

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO XII (2009-2010)

ALTAVILLA, Cristian; ALVAREZ, Raúl Alejandro; ASPELL, Marcela;
AVENDAÑO, María del Carmen; ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica;
BARBARÁ, Jorge Edmundo; BASANTA, Alicia D.; BERGOGLIO, María Inés;
BERTOSI, Roberto F.; BIANCIOTTI, Ricardo; BONAVITTA, Paola;
BONETTO, María Susana; BORGARELLO, Esther Susana;
DRNAS DE CLÉMENT, Zlata; ETCHICHURY, Horacio; GASTIAZORO, María Eugenia;
JUÁREZ CENTENO, Carlos A.; JUÁREZ FERRER, Martín; JULIÁ, Marta Susana;
LAJE, María Inés; LISTA, Carlos Alberto; LLOVERAS, Nora;
MONTENEGRO, María Cristina; NALLINO, María Alejandra; PALAZZO, José Luis;
PARMIGIANI DE BARBARÁ, Myriam Consuelo; PASTOR DE PEIROTTI, Irma;
PEREYRA, Luis Cruz; REY CARO, Ernesto; RICHARD, Efraín Hugo;
ROSSETTI, Andrés; SAAD DE BIANCIOTTI, Carla; SALAS, Graciela R.;
SÁNCHEZ, Mariana; SCHAPIRA, Leopoldo; SHAW, Enrique;
SOMMER, Christian G.; STICCA, María Alejandra; TORRES, Félix A.;
URIONDO DE MARTINOLI, Amalia; URQUIZA, María Isabel;
VOCOS, María Teresa; YANZI FERREIRA, Ramón Pedro; ZAMZEM, Verónica

Anuario XI 2008 / coordinado por Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará. - 1a ed. - Buenos Aires : La Ley, 2009.

864 p. ; 22x16 cm.

ISBN 978-987-03-1584-1

1. Enseñanza Universitaria. I. Parmigiani de Bárbara, Myriam Consuelo, coord.

CDD 378

Fecha de catalogación: 26/11/2009

Copyright © 2010 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. 978-987-03-1584-1

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTORA

S. Carolina SCOTTO

VICERRECTORA

Hebe S. GOLDENHERSCH

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 CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN

Olga PÁEZ

COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR TRABAJO SOCIAL

Paulina BRUNETTI

COMITÉ EDITORIAL DEL ANUARIO XI DEL CIJS

Marcela ASPELL
Liliana IANNACCONE
Myriam Consuelo PARMIGIANI DE BARBARÁ
Patricia SCARPONETTI
Alberto ZARZA MENSAQUE
María Alejandra STICCA (Secretaria)

MIEMBROS DEL COMITÉ EVALUADOR DE PUBLICACIONES DE ESTE ANUARIO

Ernesto ABRIL
Isabel Lucía ALEM DE MUTTONI
Julio ALTAMIRA GIGENA
Marcela ASPELL
Jorge BARBARÁ
Guillermo BARRERA BUTELER
María Inés BERGOGLIO
Susana BORGARELLO
Ricardo CARACCIOLO
Alejandra CIUFFOLINI
Manuel CORNET
Martha DIAZ DE LANDA
Zlata DRNAS DE CLÉMENT
Adriana DREYZIN DE KLOR
Elena GARCÍA CIMA DE ESTEVE
Antonio María HERNÁNDEZ
Liliana IANNACCONE
Norma JUANES
María Inés LAJE
Carlos LISTA
Nora LLOVERAS
Margarita LLABRÉS DE GARCÍA
Hilda MARCHIORI
Arturo PAGLIARI
Gabriel PÉREZ BARBERÁ
María Estela PIÑA
Víctor REINALDI
Ernesto J. REY CARO
Efraín Hugo RICHARD
José Ignacio ROMERO
Andrés ROSSETTI
Graciela SALAS
Teresita SARACHO CORNET
Patricia SCARPONETTI
Hugo SELEME
Domingo SESIN
Juan Marco VAGGIONE
Alberto ZARZA MENSAQUE
Jorge H. ZINNY

REGLAMENTO DEL ANUARIO - NORMAS EDITORIALES

1. Características del Anuario

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

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

2. Contenido del Anuario

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

3. Extensión de los originales

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

4. Lineamientos del manuscrito

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

4.1. Forma del escrito

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

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

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

4.2. *Abreviaturas y otros signos*

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

4.3. *Tablas y figuras*

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

4.4. *Notas*

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

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

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

5. Material a presentar con el libro

Deberá entregarse el material completo en la Secretaría del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Caseros 301, 1º piso, Córdoba, en el horario de 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

En este año 2010, en que el CIJS conmemora el 25° Aniversario de su fundación, la publicación del *Anuario XII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* (CIJS) marca un nuevo hito de una auténtica política institucional, a la vez que testimonia un modo de concebir la tarea universitaria.

Más de una década de presencia regular del Anuario en la comunidad académica es el resultado, en efecto, de una firme decisión de difundir y con ello abrir al conocimiento y a la discusión, los resultados del trabajo de investigaciones radicadas en el CIJS. Es una decisión que atraviesa las sucesivas gestiones y que, fuertemente encarnada, ha permitido superar las dificultades, especialmente financieras, para su implementación.

Ciertamente, la publicación presenta sólo una parte de las investigaciones de docentes y becarios. Ellas son mucho más numerosas que las que el texto registra, con una riqueza que enorgullece a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Pero a través de la sucesión de aportes desde diversas áreas, temáticas y autores, la publicación del Anuario facilita una visión en perspectiva de la totalidad de la tarea investigativa.

Esta amplitud de la apertura a problemáticas y enfoques que distingue a la presente publicación, a la vez que refleja la actividad del CIJS, es también un espejo del pluralismo científico y de la mirada de nuestros investigadores dirigida permanentemente a las cuestiones con que la propia realidad del acontecer jurídico y social nos interpela y exige compromisos y respuestas. Todo ello en el marco de una concepción de la tarea universitaria en la que se unen indisolublemente docencia, investigación y extensión, alimentándose mutuamente.

La incorporación de algunas contribuciones de investigadores noveles junto a las de investigadores formados, obedece a una definida política de promoción de formación para la investigación que lleva

adelante el CIJS, concretada además en dos programas consolidados y de significativo impacto que son el Programa de Becas de Pregrado y el Programa de Tutorías de Investigación a los que se agregan cada año, por cierto, seminarios y talleres sobre temas varios.

Agradecemos la colaboración de “La Ley S.A.E. e I” y a todos quienes han sumado generosamente esfuerzos para la edición del Anuario XII del CIJS.

Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará
DIRECTORA

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

Años 2009 - 2010

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 otras entidades. Y es de hacer notar un sostenido incremento en los recursos humanos para la investigación.

En el esfuerzo institucional permanente de satisfacer los requerimientos de la producción de conocimiento científico, una innovación de envergadura en este el período fue la inauguración el día 24 de junio del año 2009, del “LABORATORIO DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS E INFORMACIÓN VINCULADOS A LAS CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS”. Este emprendimiento, que mejora significativamente la infraestructura tecnológica del CIJS para el trabajo científico, fue posible gracias al esfuerzo conjunto de un grupo de docentes investigadores de distintas Facultades de nuestra Universidad: Facultad de Lenguas, de Filosofía y Humanidades (Escuela de Ciencias de la Educación), de Arquitectura y Urbanismo y de Derecho y Ciencias Sociales. Un rol central en la promoción de la iniciativa le cupo a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a través del CIJS; además, asumió la responsabilidad de constituirse en la sede física y administrativa para la instalación, realizando la adecuación edilicia y la asignación de perso-

nal especializado. La Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba otorgó el subsidio para financiar la compra del equipamiento.

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 objetivos que el tutorando se introduzca en el proceso de investigación científica. A fin de facilitar el acceso a su cursado, a partir del año 2010 se ofrece también como materia opcional para la carrera de Abogacía.

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.

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

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.). Desde el año 2009 cuenta con la colaboración desinteresada de un COMITÉ EDITORIAL, con las siguientes atribuciones: a) controlar el cumplimiento de las normas de edición del Anuario; b) seleccionar los especialistas a quienes se remitirán los artículos para su evaluación, integrando el denominado Comité Evaluador del Anuario; c) aceptar, aceptar con observaciones para su corrección o rechazar los artículos presentados, en base a las evaluaciones a que se refiere el apartado anterior.

En el marco de las actividades de difusión, el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales organizó las **Xº y XIº Jornada sobre Experiencias en Investigación**, las que se llevaron a cabo los días 14 y 15 de octubre del 2009 y 13 y 14 de octubre del 2010, respectivamente.

En ambas 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 (por parte de docentes, investigadores, docentes-investigadores, becarios, tutorandos, doctorandos y maestrandos).
- * Incentivar, a través de sucesivas *Jornadas* anuales, al fortalecimiento de un nexo permanente entre el CIJS y quienes desarrollan labores de investigación en diversos ámbitos de la Facultad.
- * Contribuir a la construcción del perfil del Docente-Investigador.
- * Promover la formación de los estudiantes en investigación.
- * Obtener de las *Jornadas* material de retroalimentación a los fines de adecuar de modo permanente las labores del CIJS a las necesidades de la Facultad.
- * Difundir entre los docentes, investigadores y alumnos, la oferta de apoyo a la investigación existente a través de becas y subsidios.

El trabajo se organizó en tres comisiones: Comisión de Derecho Privado, Comisión de Derecho Público y Comisión de Ciencias Sociales y Humanas.

Como en años anteriores y con la colaboración de la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales, se presentaron sendas **Ferias de Información sobre Becas y Subsidios para Investigación** (Feria VI° y Feria VII°), que contaron con la participación de instituciones tales como Alianza Francesa, DAAD, IICANA, Instituto Italiano de Cultura y por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho, la Secretaría de Extensión y RRII y el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

La celebración del 25° Aniversario del CIJS en el año 2010, estimuló la realización de un concurso abierto de ideas para el diseño de su logo-isotipo identificatorio (Res. Decanal N° 1181/10). La convocatoria cristalizó en la selección del símbolo que ya hoy lo identifica, en una afirmación de institucionalidad a la que se ha hecho acreedor por su trayectoria. La placa recordatoria del Aniversario con que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales decidiera honrar al CIJS, testimonia también el reconocimiento por esa trayectoria.

SECCIÓN I
DERECHO PÚBLICO

LA COPARTICIPACIÓN DE LAS RETENCIONES: OPORTUNISMO Y CLIENTELISMO POLÍTICO

UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DE JUEGOS

Cristian Altavilla*

Resumen El diseño institucional argentino posee ciertas características que permiten a los actores políticos desenvolverse bajo ciertos parámetros de oportunismo y clientelismo políticos, produciéndose así una situación de anomalía institucional, donde quebrantar las reglas pareciera ser el incentivo de máxima y cuyo resultado es la falta de innovación institucional, sobre todo en políticas de largo plazo que permitan resolver problemas estructurales. En un amplio espectro de intereses que poseen los actores (desde los más particulares hasta los comunes) que se ponen en juego en cada situación de conflicto, parecieran primar, en la lógica política resultante, los intereses particulares.

Palabras Claves relaciones intergubernamentales - neoinstitucionalismo - elección racional - teoría de juegos - sistema político

1. Introducción

Desde principios de 2008 hasta principios de 2009, la sociedad argentina fue testigo (y víctima) de un conflicto de intereses entre dos grandes actores: el Gobierno Nacional y las entidades representativas del sector agropecuario. En este conflicto se pusieron de manifiesto una serie de variables que explican la lógica política del conflicto. El objetivo planteado en el presente trabajo apunta a *determinar y explicar el comportamiento de los distintos actores* intervinientes, en base a las preferencias y las opciones disponibles por cada uno de ellos, desde un análisis de la teoría de juegos. De todas las variantes que nos ofrece esta teoría, la que mejor se amolda es la denominada *juego del gallina*, que nos aporta interesantes elementos teóricos para entender la dinámica política argentina¹.

* Abogado. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Cs. Ss., Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Adscripto de Derecho Político y de Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Derecho y Cs. Ss., UNC. Becario de CONICET. E-mail: cristianaltavilla@hotmail.com.

¹ Con una orientación similar, el trabajo de Carlos ACUÑA titulado "la teoría de juegos en los pactos constitucionales" (ACUÑA 1995), constituye un antecedente particularmente valioso para nuestro análisis.

La hipótesis que se intenta verificar es que en el sistema político argentino —visto a través de las relaciones fiscales intergubernamentales y muy particularmente del régimen de coparticipación federal de impuestos— el diseño institucional favorece el comportamiento oportunista y clientelar tanto del Gobierno Nacional como de los gobernadores. La forma en que se resolvió el conflicto con el campo da muestras acabadas de cómo los gobernadores, vistos generalmente como las “víctimas” en el sistema de repartos, juegan un rol decisivo en el actual régimen de coparticipación, con fuertes poderes de negociación y de veto.

2. Marco teórico.

El neoinstitucionalismo, que ha ingresado en el campo de las ciencias sociales con mucho vigor desde mediados del siglo pasado, proporciona elementos conceptuales y teóricos válidos para el análisis de la problemática bajo estudio.

Si bien el neoinstitucionalismo “*no constituye un cuerpo de pensamiento unificado*”, sino más bien un conjunto heterogéneo de enfoques analíticos que difieren entre sí en diversos puntos, tanto en lo teórico como en lo metodológico, sus distintas vertientes coinciden en su objeto: “*dilucidar el rol que juegan las instituciones en la determinación de los resultados sociales y políticos*” (Hall 1996: 1). Las instituciones, entendidas como las reglas del juego, aparecen como su principal aporte y como un elemento conceptual que se posiciona en el centro del análisis. Los interrogantes institucionales desde los que parte esta teoría concuerdan básicamente en determinar: *a)* por qué las instituciones son creadas; *b)* por qué son elegidas; *c)* por qué persisten; y finalmente *d)* qué factores influyen en ello y cómo lo hacen (Shepsle 2007).

En una de sus versiones, denominada de la *elección racional*, aparece como central la idea de los actores como entes racionales y maximizadores. Es decir, los sujetos, al momento de tomar una decisión, calculan en base a sus preferencias y eligen, dentro de lo que puedan conocer, la que mejor satisfaga sus intereses: “lo racional —aquí— es tratar de obtener el mayor valor posible a cambio de un valor tan pequeño como sea posible” (Dike, citado por Messner 1999:85).

Esta corriente —heredera de aquel *homo oeconomicus* del liberalismo clásico— parte “del individuo aislado y empeñado en extraer el máximo provecho personal” (Messner 1999:85). El problema se plantea cuando se intenta dilucidar cuáles son esos intereses: la teoría de la elección racional (como la de la *public choice*) exagera un tanto al ver al individuo aislado totalmente de la sociedad y del contexto que lo rodea. Desde esta

perspectiva, la creación de bienes públicos no pasa de ser una quimera, lo que no se ajusta mucho a la realidad².

Una combinación entre este enfoque y el denominado *neoinstitucionalismo histórico*, que aporta al análisis conceptual cierto bagaje de valores, símbolos y tradiciones —actuales y heredados³— a ese individuo que la elección racional nos lo presenta tan aislado, permite partir desde una concepción un tanto más abarcadora de los actores en juego. Éstos —sobre todo los gubernamentales que aquí nos interesan— poseen intereses (tanto particulares —políticos e individuales— como organizacionales) y se guían por percepciones y valores, que condicionan sus decisiones estratégicas.

Los actores actúan, entonces, de forma instrumental para poder maximizar el logro de estas preferencias a través de un comportamiento estratégico mediante el cálculo racional (en el sentido de que no es producto de la actuación de fuerzas impersonales) en base al *comportamiento probable de los demás actores*⁴, información que será proporcionada por las instituciones⁵ (tanto formales como informales). De esta manera, *los actores calculan y actúan en un marco de reglas e instituciones relevantes*.

Esta interdependencia viene a ser tomada por la *teoría de los juegos* y salva aquella deficiencia en la visión estrecha de los actores como entes aislados. Tenemos así actores que se comportan con cierta racionalidad estratégica (evalúan su propio comportamiento y el de los demás actores) y cuyas decisiones resultan ser interdependientes.

Teniendo en cuenta los distintos intereses que poseen los actores, esto hace que en determinadas circunstancias de conflicto, aquellos mis-

² Pero si hay algo que debemos rescatar de estas corrientes es el abandono de cualquier análisis *ingenuo* de la realidad política y social. Partiendo del supuesto de actores con intereses nos permite reconocer “la existencia de intereses contradictorios en la sociedad”, lo que constituye el punto de partida para que la superación de estas contradicciones se dé dentro de los marcos democráticos (ACUÑA, 1995:116).

³ “Las instituciones son configuradas por la historia. Independientemente de los factores que puedan afectar su forma, las instituciones tienen inercia y ‘robustez’. Son la encarnación de los caminos históricos y de puntos cruciales: lo que viene primero condiciona lo que viene después. Las personas pueden escoger sus instituciones, pero no las escogen bajo circunstancias creadas por ellas mismas y su escogencia influye, a su vez, en las reglas bajo las cuales escogerán sus sucesores” (PUTNAM, 1994:7/8).

⁴ Esta interdependencia en la toma de decisiones estratégicas implica tres propiedades: a) los beneficios de cada actor dependen de las *decisiones* del conjunto de los actores intervinientes; b) los beneficios de cada actor dependen de los *beneficios* de todos los actores intervinientes y c) dado que el éxito de los objetivos buscados por un actor dependerá de las decisiones que adopte el resto de los actores, la elección de cada actor depende de la elección del conjunto de los actores (ACUÑA, 1995:117).

⁵ El concepto de institución emergente de esta combinación, es el proporcionado por NORTH: “Las instituciones son las restricciones ideadas por el hombre en la interacción política, social y económica. Ellas se conforman tanto por limitaciones informales (sanciones, tabúes, costumbres y códigos de conductas) como por reglas formales (constituciones, leyes, derechos de propiedad)” (NORTH 1991:1). Traducción del autor.

mos intereses pueden producir un dilema interno, y luego en oposición a los de su adversario. La teoría de juegos clasifica las distintas situaciones que se pueden plantear en estas situaciones estratégicas (o juegos) en *juegos de suma cero*, donde las ganancias de un jugador equivalen a la pérdida del otro (por tanto, son juegos de puro conflicto) y las que son de *suma variable*, donde se pone en juego tanto la distribución como el total de los costos/beneficios a distribuir (Wright 1997, Acuña 1995:117). Dentro de éstos, se encuentran los *juegos cooperativos* y los *mixtos de cooperación y conflicto* (aquí encontramos el dilema del prisionero, la batalla de los sexos, el juego del gallina, etc.).

2.a. El Juego del Gallina

Dado que el juego del gallina es un modelo que sirve para analizar situaciones de conflicto entre estrategias agresivas y conciliadoras⁶, resulta útil para abordar la cuestión planteada en el presente artículo, relativa al enfrentamiento entre el Gobierno Nacional y el sector agropecuario, en la lucha por las retenciones a las exportaciones de la producción agropecuaria.

Este juego plantea una situación, de la cual toma su nombre, donde dos personas se desafían con sus automóviles en una carrera en línea recta desafiándose y enfrentándose entre sí, hasta que uno de ellos se muestre como gallina (cobarde), desviándose hacia la banquina y evitando el choque inminente. La *matriz costo/beneficio* del juego se presenta de la siguiente manera:

		Jugador A	
		Cobarde	Duro
Jugador B	Cobarde	0,0	2,1
	Duro	1,2	-1,-1

El número a la izquierda de la coma, es el costo/beneficio del jugador A; el de la derecha, es el del jugador B.

En el esquema, los cuatro valores representan las siguientes opciones/preferencias (costo/beneficio): 2 [quedar como valiente vivo, lo que implica que el otro actuó como cobarde] > 1 [quedar como un cobarde cuando el otro actuó como un valiente] > 0 [quedar como un cobarde cuando el otro también actuó como cobarde] > -1 [quedar como un valiente muerto, cuando el otro también actuó como valiente].

⁶ Este juego es también conocido como el del Halcón-Paloma, donde *Halcón* es el duro, el agresivo, y *Paloma*, el conciliador, el pacifista.

La idea del juego es convencer al otro de que uno es el más duro, lograr que se desvíe y quedar como valiente vivo, sino el resultado será terrible para ambos (pues terminarían o muertos o internados).

Por ello, este esquema presenta dos paradojas: si ambos son duros, ambos pierden, ya que morirían en el encuentro (serían dos valientes, pero muertos); la segunda paradoja consiste en que si el jugador A en su predecible intento de persuadir a B de que él es el duro —utilizando técnicas de disuasión como aferrarse al volante y acelerar cada vez más el vehículo—, B en demostración de que es más duro aún, arranca su volante, y por tanto ya no puede decidir apartarse del camino, y aunque A lo haya convencido, su suerte está echada (como podemos ver en la gráfica, no existe la opción 2,2); entonces, las opciones de A se reducen a quedar como cobarde (0) o como valiente muerto (-1) (Acuña 1995:130). Esto nos deja una importante enseñanza: el máximo resultado (2) depende de la decisión del otro jugador (1): A sólo podrá salir como un valiente vivo, sólo si B decide actuar como un cobarde. Por tanto, las decisiones son interdependientes⁷.

3. El contexto y los actores

Desde las medidas económicas establecidas por el Presidente anterior, Néstor Kirchner, hasta la sanción de la Resolución del Ministerio de Economía y Producción N° 125 del 10/03/2008, la actividad agropecuaria y ganadera había experimentado extraordinarias ganancias, gracias al tipo de cambio adoptado, lo que a su vez, repercutió en las arcas nacionales (los derechos de exportación, son impuestos exclusivos y privativos del nivel nacional de Gobierno —art. 75, inc. 1º, CN— y por tanto, su producido no es repartido con las provincias). Sin embargo, durante el período 2002-2008, los derechos de exportación, sobre todo a la soja, que despertó una enorme demanda internacional, fueron medianamente estables, pues se establecían a través de un sistema de retenciones *fijas*, dado que se intentaba garantizar los tres ejes fiscales fundamentales de la política económica: tipo de cambio medio-alto; superávit fiscal y responsabilidad en la inversión. De esta manera, la relación Gobierno-sector agropecuario fue vista como de *socios* y aunque la relación nunca fue muy buena, la “sociedad” subsistió gracias al contexto económico internacional, cuyas carac-

⁷ Esta es una de las diferencias con el *dilema del prisionero*, pues no pueden salir los dos jugadores con el máximo de ganancia, ambos valientes vivos (no existe el costo/beneficio 2,2). Ni tampoco existe el costo/beneficio 1/1, porque la decisión de uno, modificará necesariamente la ganancia del otro: el total de las utilidades colectivas a distribuir varía dependiendo de la articulación de las estrategias de los actores (ACUÑA, 1995:117).

terísticas hizo de ella una fórmula exitosa⁸. Alcanzados aquellos objetivos, el Gobierno intentó avanzar un poco más en los derechos de retención, y “cobrarse el favor” que les había prestado⁹.

Las entidades no se mostrarían conforme con la medida, y reaccionarían con un paro que —con más de 120 días de duración (desde el 11 de marzo hasta el 18 de junio del 2008)— significó el lock out más extenso en la historia argentina¹⁰. En el 2006, la Federación Agraria Argentina (FAA) había recurrido a medidas de fuerza (corte de rutas) para reclamar al Estado Nacional la solución del endeudamiento con el Banco de la Nación y pedir subsidios para evitar la suba del gasoil y la normalización del suministro por parte de las empresas petroleras, entre otros reclamos. Al no llegarse a acuerdo alguno, continuaron con las medidas de fuerza, esta vez con el apoyo de la Sociedad Rural Argentina (SRA) y Confederaciones Rurales Argentinas (CRA). El presidente de la SRA, Luciano Miguens, criticó las medidas económicas llevadas adelante por el Gobierno como un “intervencionismo en los mercados”, declarando que “*ha llegado la hora de eliminar totalmente las retenciones*”.

4. Aplicando la teoría de juegos: el juego del gallina

Tenemos así conformado el esquema con los dos actores principales de esta contienda: El *Gobierno Nacional* por un lado y las llamadas *cuatro entidades del campo*¹¹, por el otro. Antes de repasar los hechos y

⁸ Néstor Kirchner fue el primer Presidente de la historia argentina en no concurrir por varios años seguidos a las exposiciones que anualmente realiza la Sociedad Rural Argentina. Este evento ha sido, desde antaño, una tradición en la cual la presencia del Presidente de la República no podía faltar, aún cuando no fuera bien visto por los miembros de la Sociedad Rural y ello se respetó incluso a riesgo de recibir abucheos y silbidos, como fueron los casos de Justo y Alfonsín.

⁹ La entonces candidata presidencial, Cristina Fernández de Kirchner, anunciaba durante la campaña electoral de 2007, que continuaría con las medidas económicas en materia de políticas agropecuarias implementadas desde 2002, pero que en su gestión, se daría prioridad a la “redistribución de la riqueza”.

¹⁰ En este conflicto han ocurrido dos sucesos importantes en lo que respecta al sistema de Relaciones intergubernamentales: una de ellas ha ocurrido por primera vez y la segunda ha ocurrido en modo casi estable, al menos desde 1983. Por un lado, la primera de ellas, es la aparición en escena de actores civiles, que desde una demanda particular (la derogación de las retenciones a las exportaciones) hicieron del federalismo fiscal su bandera; en segundo lugar, el rol decisivo que jugaron los gobernadores en la resolución del conflicto.

¹¹ Estas entidades (que representan a los productores rurales, a los propietarios de tierras y a los empresarios de maquinarias rurales) son la Sociedad Rural Argentina (SRA), presidida por Luciano Miguens y por Hugo Biolcatti, como vicepresidente; la Federación Agraria Argentina (FAA), presidida por Eduardo Buzzi; Confederaciones Rurales Argentinas (CRA), presidida por Mario Llambías y CONINAGRO (Confederación Interooperativa Agropecuaria Limitada), presidida por Fernando Gioino. Estas cuatro entidades fueron las que llevaron a cabo las medidas de fuerza y las negociaciones con el Gobierno Federal. La quinta entidad

describir la contienda, veamos en el esquema del juego del gallina cómo queda graficado cada uno de estos actores y sus intereses:

Entidades del campo	Gobierno Nacional	
	Cobarde (derogar las retenciones)	Duro (imponer a toda costa)
Cobarde (aceptar las retenciones)	0,0	2,1
Duro (oponerse a toda costa)	1,2	-1,-1

El número a la izquierda de la coma, es el costo/beneficio del Gobierno Nacional; el de la derecha, es el de las cuatro entidades.

[1º round] En un primer momento, el Gobierno Federal se lanza a la carrera estableciendo una importante modificación en el esquema de las retenciones, pasando del sistema fijo a otro *móvil* para las exportaciones de granos¹².

La medida fue establecida de modo casi intempestivo por el Gobierno Nacional. Ello puede responder a diversas causas, de las cuales se pueden resaltar dos que son fundamentales para nuestro análisis: la *tradicción autoritaria* propia de nuestra dirigencia política, acostumbrada a la falta de concertación y de diálogo¹³. La segunda, responde al aumento de los precios internacionales, sobre todo de la soja, desde febrero de 2008 y a la inminencia de su cosecha (abril).

El campo, sin demora, dio su respuesta. La medida, tomada por las cuatro entidades del campo, se produjo casi inmediatamente, al día siguiente, con un lock out patronal de 48 hs., a fin de que el Gobierno deje sin efecto la resolución. El objetivo de ello fue, en esta primera respuesta, la anulación del sistema móvil y la restauración del anterior sistema fijo.

representativa del sector, la Federación Argentina de Contratistas de Máquinas Agrícolas, se mantuvo al margen.

¹² Resolución del Ministro de Economía y Producción N° 125, del 10/03/2008.

¹³ A lo que cabe sumarle la utilización por parte del Poder Ejecutivo de facultades que constitucionalmente corresponden al Congreso y que en nuestro esquema legal, ha sido una herencia institucional del último Gobierno de facto, que modificó el Código Aduanero y, ante la ausencia de Congreso, delegó esta facultad al Ejecutivo, hasta tanto aquel no se reinstalase. A más de 25 años de democracia, aún hoy no se ha *devuelto* esta facultad al Congreso, incurriendo en una grave contradicción con el sistema republicano de Gobierno moderno, en un aspecto que ha sido clave en la historia moderna: *no taxation without representation* (es decir, no se puede establecer impuestos sin la representación del pueblo).

¿Por qué fue tan rápida la respuesta del Campo? El hecho es que los problemas venían desde hacía tiempo, y sobre todo con las dos últimas gestiones (continuación una de la otra en cuanto a políticas económicas), situación que se exagera aún más si tenemos en cuenta la vieja disputa entre el modelo agro-exportador y el industrial, vigente prácticamente desde los inicios de nuestra nacionalidad¹⁴.

Los representantes del campo argüían que la medida resultaba confiscatoria y perjudicaba principalmente a los pequeños productores¹⁵, las que además se conjugaban con otra serie de críticas a las políticas agropecuarias: el precio del gasoil y de los fertilizantes, el cierre de las exportaciones de trigo y la restricción de carnes, etc. Desde la Confederación de Asociaciones Rurales de Buenos Aires y La Pampa (CARBAP) se sostuvo la “constante y creciente exacción al sector agropecuario” y consideró el aumento de las retenciones “un nuevo zarpazo del Gobierno”.

La medida adoptada consistía en la no comercialización de sus productos y, según manifestó el presidente de CRA, tenían el objetivo de ser atendidos por el Gobierno, es decir, querían diálogo. Pero se mostraron duros: “Seguir actuando en contra del campo origina un reclamo que *va a terminar en una protesta más fuerte*” (Miguens)¹⁶.

[2º round] El Gobierno no dio marcha atrás y no sólo defendió la Resolución, sino que incluso endilgó a los productores una medida “desmesurada”. Para el Gobierno la decisión implicaba una redistribución de la riqueza, por ello, desde su discurso, exigió “a los ruralistas que admitan que ‘ganaron mucha plata’ y que ‘el Gobierno los ayudó mucho no sólo con el gasoil subsidiado sino también con la devaluación’”¹⁷ y presentó un nuevo esquema de retenciones móviles para los granos, que implica una recaudación de US\$ 2.000.000.

El campo dobló la apuesta (se aferra al volante). Las cuatro entidades deciden la *prolongación del lock out* por doce días más a lo que se sumaron otras medidas de fuerza, esta vez de los propios productores y em-

¹⁴ El debate siempre se planteó en los términos *país agro-exportador* o *país industrial* y cada gran etapa de la historia de la Argentina ha tenido su debate y sus actores: el Interior contra Buenos Aires, entre 1810 y 1830, el debate entre Ferrer y Roxas y Patrón, durante la época rosista, las medidas proteccionistas de Avellaneda, continuadas por la Generación del '80 (sólo por algunos Presidentes, como Roca) frente a las medidas de librecambio propugnadas por el sector ganadero y mercantil de Buenos Aires, etc.

¹⁵ Este argumento fue utilizado indistintamente por ambas partes. Desde el Gobierno se decía que las retenciones no afectarían a los pequeños productores y se establecerían además una serie de medidas tendientes a favorecer su situación. El campo, por su parte, sostenía justamente lo contrario. Para ambos, este argumento equivalía a granjearse la simpatía de los pequeños productores —la mayoría— y su apoyo sería, sobre todo en los primeros momentos, decisivo para lograr las metas planteadas.

¹⁶ Diario Clarín, miércoles 12/03/2008.

¹⁷ Aníbal Fernández, Jefe de Gabinete, Diario Clarín, jueves 13/03/2008.

pleados afines, produciéndose así los primeros cortes de rutas y los tracto-razos que impidieron el transporte de cargamentos de hacienda y cosechas en distintos puntos del país (Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba). El campo se había granjeado el apoyo de los pequeños y medianos productores. En el ínterin de esta prolongación del paro, el sector agropecuario (esta vez dirigentes de las entidades financieras y los productores) lanza amenazas de prolongar el paro por tiempo indefinido.

[3º round] El Campo se le adelanta esta vez al Gobierno (acelera), y sin esperar el mensaje presidencial, que se daría ese mismo día, se declara la *prolongación por tiempo indefinido del paro*. La Presidente, como estaba previsto, dio su discurso y defendió la resolución, dando explicaciones sobre sus razones (lograr una mayor redistribución de las riquezas, aunque no aclaró cómo se haría, sino bastante tiempo después, el 10 de junio). En esa misma alocución, dirigió fuertes críticas a los representantes del campo y tildó las medidas adoptadas como “piquetes de la abundancia”, expresión que contribuyó a caldear los ánimos.

La reacción por parte del campo no se hizo esperar, a las cuales y de modo espontáneo, se les sumó una importante multitud en la Capital Federal y en diversas localidades del país, realizando *cacerolazos* en apoyo del campo. Uno de los dirigentes oficialistas, Luis D’Elía, denunció públicamente la posibilidad de un golpe de Estado por parte de los manifestantes que exigían la renuncia de la Presidente.

[4º round] El Gobierno Nacional pisa el acelerador, declarando que no dialogará con las entidades del campo a menos que éstas cesen con la medida de fuerza adoptada. En otro discurso presidencial, se sostuvo que no se dialogaría sin que se levanten los paros y los cortes de rutas. Endilgó a los manifestantes estar en contra de la política de derechos humanos que lleva adelante su gestión y que los pedidos de renuncia que circulaban por internet no fueron espontáneos, enrostrando así, la naturaleza de carácter político de las actitudes adoptadas por los ruralistas. En el acto, la Presidente se mostró con el Gabinete en pleno, el ex Presidente Néstor Kircher y *varios gobernadores oficialistas*. Simultáneamente, el Gobierno preparó un acto masivo en Plaza de Mayo mientras el Ministro de Economía emitía un documento donde se rechazan los argumentos esgrimidos por los ruralistas.

Si bien por un lado, desde el discurso oficial, se llamaba al diálogo con una actitud conciliadora (con la condición de que cesen los cortes), por el otro, de modo más informal, a través de “voceros no oficiales”, las críticas al sector agropecuario eran cada vez más duras y con una fuerte connotación ideológica¹⁸.

¹⁸ Se reinsertó así en la sociedad argentina el debate entre la *oligarquía* —identificada desde antaño con el sector ganadero— y el resto de la sociedad. Se identificó al sector con los que

Los representantes del campo habían tomado como positivo el pedido de diálogo de la Presidente, y al menos dos de las cuatro entidades (CONINAGRO y SRA) habían pensado en levantar los paros, pero sus autoridades prefirieron consultarlo con las *bases*, que rechazaron el discurso presidencial y ratificaron, informalmente, las medidas. Uno de los dirigentes de FAA, De Ángelis, fue quien finalmente redobló la apuesta: “Nosotros vemos qué nos ofrecen y después vemos si levantamos el paro”. En la misma línea se había mostrado el Presidente de FAA.

A través de un comunicado oficial emitido por las cuatro entidades se “ratificaban las medidas de fuerza que se desarrollan desde hace 15 días, aunque también pedían oficialmente la apertura de una instancia de diálogo como *paso previo* para levantar el lock out”¹⁹.

Pese a este intento de “acercamiento”, los términos de la contienda seguían siendo los mismos: ni el Gobierno daría marcha atrás con las retenciones (incluso se había sostenido que se daría la orden de liberar las rutas) ni las entidades del campo retrocederían con las medidas adoptas. Los cortes se habían multiplicado ya en distintas partes del país (abarcaban ahora no sólo a Entre Ríos, Santa Fe, Buenos Aires y Córdoba, sino además a Catamarca, Tucumán, Corrientes, Santiago del Estero, Mendoza, Jujuy y Chaco, en un racconto no exhaustivo)²⁰. Ello provocó serios trastornos en la sociedad por el desabastecimiento y la mengua de la actividad fabril ante la falta de insumos causados por los piquetes²¹.

[5º round] A pedido del Gobierno, los representantes de las cuatro entidades se reunieron con el Jefe de Gabinetes y el Ministro de Economía, pero no se pusieron de acuerdo. Luego de seis horas de negociaciones, el Jefe de Gabinete sostuvo que “no necesariamente hace falta cambiar” la resolución del 11 de marzo. ‘Esa es la pretensión de los ruralistas, pero evidentemente tenemos visiones distintas’²².

Las cuatro entidades emitieron un nuevo comunicado donde afirmaban la *suspensión del lock out* con la intención de arribar a un acuerdo. Hasta aquí, pareciera que este acto significaba el volantazo que desviaría el automóvil conducido por los ruralistas hacia la banquina, quedando así como los gallinas del encuentro. Sin embargo, la medida no significó, en los hechos, el levantamiento absoluto de los piquetes, sino que los mis-

iban en contra de los derechos humanos, con aquellos que estuvieron en contra de los Gobiernos peronistas (los *gorilas*), con los golpistas, con aquellos que buscaban la desestabilización institucional, con los que apoyaron al último Gobierno militar, etc.

¹⁹ Clarín, jueves 27/03/2008.

²⁰ Diario Página 12, jueves 27/03/2008.

²¹ Esto provocó un creciente compromiso de distintas organizaciones de la sociedad civil en el conflicto Gobierno-campo, que fueron tomando parte de uno u otro lado.

²² Diario Clarín, viernes 28/03/2008.

mos quedarían *a la espera de los resultados de la negociación*. Ante la falta de acuerdos —el Gobierno no derogaría las retenciones y los ruralistas no pretendían modificaciones— volvieron al lock out.

[6° round] A lo largo de los próximos meses (abril-julio) el encuentro continuó con el mismo talante y con los mismos tonos. Hubo algunas reformas a la Resolución N° 125, poco sustanciales²³, por lo que fueron rechazadas por las cuatro entidades, que ratificaron, en respuesta, el lock out. Mientras, la sociedad se polarizaba aún más entre unos y otros contendientes. Se sucedieron actos y manifestaciones encontradas, algunos con cierto grado de violencia. Uno de los puntos más álgidos de este nuevo round se dio con el discurso de la Presidente en Plaza de Mayo donde tildó a las entidades de *golpistas*, incluyendo en su diatriba a los medios de comunicación y en el acto realizado por los representantes de las cuatro entidades del campo, en lo que se llamó la *Proclama de Gualeguaychú*, donde se denunció el contubernio del Gobierno con los grandes productores y concentradores agrícolas. En su discurso, tomaron como bandera de lucha el *federalismo*. Sin embargo, se produjo una *tregua* de un mes a efectos de reanudar las negociaciones. Al no alcanzarse un acuerdo en el plazo, las entidades volvieron al paro.

El 10 de junio la Presidente anunció el destino de las retenciones a la soja: se crearía un Fondo Solidario Nacional, con el cual, junto a las provincias y municipios, se realizarían importantes obras públicas (se construirán 30 hospitales, más de 300 centros de asistencia primaria a la salud, viviendas populares, urbanas y rurales como así también caminos rurales). La medida no fue recibida con el beneplácito esperado y fue tachada de oportuna.

Finalmente el Gobierno decidió someter la cuestión al Congreso de la Nación, tomando la iniciativa al presentar el proyecto²⁴, para resolver definitivamente el conflicto. Por ser un proyecto de carácter impositivo, el

²³ El Gobierno produjo dos modificaciones a la Resolución N° 125. La primera por Res. N° 284/2008 y N° 285/2008, del 18 de abril (anunciadas el 31 de marzo), en las que se establecía un sistema de compensaciones a los pequeños productores de soja y girasol; la *segunda*, del 31 de mayo, complementaría de la primera, se redujo la tasa de retención —en caso que el precio de los granos superara los US\$ 600 por tonelada— de un 95% del excedente, a un 52,7% y subiendo el mínimo a US\$ 750 (éste era uno de los aspectos más criticados por las entidades del campo, Diario La Nación, viernes 30 de mayo 2008). Las modificaciones fueron establecidas unilateralmente por el Gobierno, sin participación de las entidades agrarias. El esquema de retenciones móviles siempre quedó vigente.

²⁴ En el mismo se proponía ratificar —en general— el sistema de retenciones originario con algunas modificaciones: estableció aumentos para la soja y el girasol y reducciones para el maíz y el trigo. La más importante de ellas fue tal vez la creación del Fondo de Redistribución Social, compuesto con los fondos que se recaudasen durante 2008 y 2009 en concepto de derechos de exportación que superen el 35% neto de las compensaciones que fijan las Res. Nros. 285 y 285 del 18/04/2008 (art. 4° del proyecto) y serían destinados a hospitales públi-

mismo entró en la Cámara de Diputados (art. 52, CN) que lo aprobó por una ajustada minoría (129 votos a favor, 122 en contra y dos abstenciones), con ciertas modificaciones²⁵ y pasó a la Cámara de Senadores, para su sanción completa y su conversión en Ley de la Nación. Los ruralistas no habían estado conformes con el Proyecto enviado por el Ejecutivo y pidieron que el mismo pueda ser modificado en las sesiones del debate parlamentario.

En una sesión histórica, donde se produjo un empate en la votación (26 votos positivos contra 26 negativos) decidió el Vicepresidente de la Nación (art. 57, CN)²⁶, de modo negativo, es decir, en contra del proyecto oficial. La Cámara de Senadores rechazó el proyecto oficialista —y por tanto caía la vigencia de la Resolución 125— y sólo bastaban los trámites de rigor: la comunicación al Poder Ejecutivo Nacional, su ejecución y su publicación²⁷.

El Congreso, más que actor de la contienda, pasó a ser el nuevo *ámbito* de las discusiones y presiones de uno y otro actor. Esta pudiera haber sido una *solución hobbesiana* al conflicto, actuando el Congreso como ese tercero imparcial, colocado por encima de los contendientes y por sobre el juego mismo, que imponga las sanciones correspondientes al actor que haya traicionado el accionar colectivo (Acuña 1995:119/120). Pero como veremos, ello no resultó así. Una de las características —la principal tal vez— de este tipo de solución es que el tercero imparcial, el árbitro, tenga la capacidad de aumentar en forma autoritaria los costos, redefiniendo la estructura costo/beneficio de las opciones de los contendientes, tornando dominante así la estrategia de colaboración. Pero, como bien señala Putnam, “el problema fundamental es que la imposición imparcial es en sí misma un bien público, sujeto al mismo dilema básico que trata de resolver” (1994:209).

[El último round] Su decisión pareció hacer perder la carrera a la Presidente, pero ésta decidió arrancar el volante. La suerte de su contrincante estaba echada. Se recurrió a una estrategia tan peligrosa como inno-

cos y centros de salud (60%), viviendas populares urbanas o rurales (20%) y caminos rurales (20%) (Art. 5º).

²⁵ Algunas fueron introducidas por el bloque oficialista y otras por bloques opositores. De los 8 artículos iniciales, se pasó con 26. En uno de los aspectos más importantes, este proyecto aclaraba que se ratificaba la Resolución N° 125 y declara que la ley no afectaría las atribuciones que el Código Aduanero le confiere al PEN.

²⁶ Trece senadores oficialistas habían votado en contra del proyecto.

²⁷ En efecto, la Presidente ordenó por Decreto N° 117 (del 18/07/2008) al Ministro de Economía que limite la vigencia de la resolución 125, restableciendo las Res. N° 368 y 369 (del 07/11/2007), que eran las que se aplicaban antes del 11 de marzo y que establecían retenciones a tasas *fijas* para los granos exportados. Dando cumplimiento, el Ministro de Economía —Carlos Fernández— sancionó las Resoluciones N°s 180, 181 y 182 de 2008.

vadora, pero bien conocida por los actores que se mueven en esa arena: tentó a los gobernadores con la coparticipación de la soja²⁸.

El 19 de marzo de 2009, firmó el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 206/2009 y el mismo día lo anunció públicamente, sorprendiendo incluso a los propios gobernadores (todos asistieron, con excepción de los gobernadores de Córdoba y Santa Fe, Juan Schiaretti y Hermes Binner, respectivamente). Con esta medida, que según la propia Presidente “no es poco, es mucho” (ya que representa un 11% del monto total coparticipable²⁹), se disponía la creación del Fondo Federal Solidario, por el que el 30% de los ingresos por retenciones a la soja, sería coparticipado con las provincias, de los cuales a su vez, el 30% que recibieran, de adherirse, debía ir destinado a sus municipios. Su finalidad era financiar, en provincias y municipios, obras que contribuyan a la mejora de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda o vial en ámbitos urbanos o rurales (art. 1º, del decreto)³⁰.

En el comunicado oficial (como en los considerandos del DNU) se fundamentó la medida en la crisis internacional y en las políticas de redistribución de la riqueza, que habían sido, desde la campaña electoral, la principal arma del Gobierno.

Pero tres objetivos subyacían a la medida: **a)** Saltear la instancia parlamentaria³¹, ya que no cuenta con las mayorías necesarias para imponer su proyecto³²; **b)** Alinear a gobernadores e intendentes a la agen-

²⁸ La innovación de la estrategia reside en que es la primera vez en la historia que se coparticipa un derecho de exportación. El texto del DNU resalta que esos derechos de exportación son *exclusivos* del Gobierno Nacional, pero éste los cede *parcialmente* para “reforzar los presupuestos” de provincias y municipios ante una situación “excepcional” de “crisis de inusitadas características” (Diario Clarín, viernes 20/03/2009).

²⁹ Según el cálculo oficial, las provincias recibirían \$ 6.520 millones más, cerca de un 11% de lo que se distribuye hoy por hoy en la masa coparticipable.

³⁰ La propia normativa prohíbe emplear los fondos para otros gastos, y expresamente lo hace para los *gastos corrientes*, por lo que estamos en presencia de un *sistema de asignaciones específicas*, condicionadas a una determinada finalidad.

³¹ El hecho de que la coparticipación sea mediante DNU del PEN, implica otro *beneficio* adicional; significa que cuando éste lo desee (si los gobernadores no se muestren adeptos, por ejemplo), puede derogarlos sin más. Ello implica que por más que los montos se envíen de forma automática, como lo establece el mismo decreto, y que por tanto el envío de los fondos escaque a la discrecionalidad presidencial, la existencia misma del Fondo depende de la voluntad del Presidente. Ante las propuestas de coparticipar el 100% del impuesto al cheque, que se debaten hoy en el Congreso, la Presidente ya advirtió que derogarí el DNU si se aprueba el proyecto.

³² El mismo día del anuncio, horas antes, en la Cámara de Diputados y a pedido de las bancadas opositoras, se reunieron los legisladores para discutir la baja de las retenciones. No lograron quórum por la no concurrencia de los diputados kirchneristas (fueron 108 legisladores, faltando para el quórum 21). El proyecto (impulsado por la UCR, la Coalición Cívica, el PRO y otros 15 bloques) intentaba reducir las alícuotas en varios puntos, pero además proyectaba establecer un tope de producción para que los chacareros más chicos tributen 0% y finalmen-

da presidencial ante la proximidad de las elecciones³³ (que estaban en proyecto de adelantarse a junio) y *c*) neutralizar las críticas del sector agropecuario sobre el manejo oportunista y clientelar de los fondos obtenidos por las retenciones (así, en un intento similar al fondo anunciado el 10 de junio del año anterior, se intentaba insistir con el fundamento de mayor redistribución de la riqueza, esta vez con una dosis de fortalecimiento del ajeado federalismo, con la intervención directa de gobernadores e intendentes) y restar apoyo a las cuatro entidades debilitando su creciente poder (envalentonados por la victoria en el Senado, los ruralistas iban por la reducción —y tal vez, lo más esperado, la derogación— de las retenciones, y justo en el momento en que más cerca creían estar de lograrlo, la Presidente dio su sorpresivo anuncio de la coparticipación de la soja).

Toda la oposición coincidió en caratular la propuesta como una “chicana” del Gobierno, con fines oportunistas, clientelares, electorales y, fundamentalmente, para no dar a torcer el brazo ante el campo³⁴.

Las cuatro entidades volvieron a reaccionar con nuevos cortes de rutas. Ahora, volvían a su pretensión originaria: *eliminar por completo las retenciones*. Pero ya mucho no podían hacer.

Al tratarse de un tema sobre coparticipación —y según las nuevas disposiciones de la Constitución Nacional y del propio DNU— las provincias debían adherir al mismo, por ley de la legislatura provincial. Lo cual implica una aceptación *expresa* de la medida por parte de cada gobernador.

La inclusión en el juego de terceros actores: Los gobernadores entran en escena

Antes de entrar a analizar el desenlace del conflicto, consideremos brevemente la posición de los gobernadores, tanto respecto del Gobierno Nacional como su posición en el conflicto con el campo. Uno de los principales efectos del conflicto del campo fue, precisamente, que muchos gobernadores, sean de provincias agrícola-ganaderas o no, comenzaron a reavivar con mayor fuerza la disputa sempiterna por el reparto de los impuestos coparticipables.

te, le restituye la facultad al Congreso de fijar las retenciones. Seis diputados —que responden al senador por Santa Fe, Reutemann, y a Schiaretti—, apoyaron el proyecto.

³³ Terminado el acto, el ex Presidente Néstor Kirchner le manifestó a un grupo de intendentes santafesinos “Ahora los senadores van a tener que defender a sus provincias”.

³⁴ Uno de los referentes de la oposición, Gerardo Morales, Senador por Jujuy y Presidente de la UCR, fue —a nuestros efectos— el más gráfico de todos: “el Gobierno ‘le quiere mojar la oreja al campo. Les dice: no te bajo las retenciones y sigo por el mismo camino” (Diario Clarín, sábado 21/03/2009).

Preferencias de los gobernadores. Casi todos —sino todos— los gobernadores (aliados y díscolos, propios y ajenos) criticaban —y critican aún hoy— el actual sistema de coparticipación. Los de las provincias más grandes (Buenos Aires, Córdoba) lo hacen desde el punto de vista de que sus provincias son las que más aportan y son las que menos reciben, además de resaltar la cantidad de población de éstas. Las provincias más chicas critican al sistema de coparticipación en tanto que éste no realiza una distribución más solidaria³⁵. Como podemos ver, las grandes provincias hacen hincapié en el *principio de equidad*, mientras que las chicas lo hacen en el de *solidaridad*: Las críticas al régimen de coparticipación se realizan desde una *perspectiva localista*, sin considerar el concierto de la Nación, entendida como el conjunto de las provincias y el Gobierno Federal.

Las relaciones entre gobernadores y presidente. Una de las características del sistema político argentino desde la crisis institucional, política, económica y social vivida en 2001 y que se mantuvo durante la presidencia de Néstor Kirchner (2003-2007) y la de Cristina Fernández (2007-...) ha sido la fragmentación partidaria, no solo del Partido Justicialista (PJ) sino también de la Unión Cívica Radical (UCR)³⁶. Esto significa que las relaciones y alianzas entre los ejecutivos (provincial y nacional) exceden el marco partidario. Así tenemos, por un lado, alianzas según la pertenencia partidaria, la que en principio, actúa por defecto. Y por el otro, alianzas según la afinidad política, es decir, alianzas más allá del partido, incluso, a pesar del propio partido (los llamados *Radicales K* son un acabado ejemplo de ello).

¿Qué posición ocuparon los gobernadores durante la contienda? En el acto del 31 de mayo —cuando se anunciaba la *segunda modificación* a la Res. N° 125— acompañaban a la Primera Mandataria algunos gober-

³⁵ El ex gobernador de Río Negro (Pablo Verani), aliado al Gobierno, sostuvo que “las grandes provincias se llevan la tajada del león. Fíjese: las provincias en este momento deben alrededor de \$ 90.000 millones a la Nación, y del '94 hasta ahora es mucha más la cifra con la que se quedó la Nación. Si como contrapartida de eso nos quieren decir cómo se subsidia el combustible para los que menos tienen, cómo se subsidia la energía, etcétera, que son argumentos importantes del Gobierno Nacional, le digo que las provincias nuestras son las que más lo sienten. Porque el petróleo lo producimos nosotros, la energía sale del Chocón, Alicurá, etcétera, y no tenemos ninguna contrapartida beneficiosa” (en Diario Parlamentario.com, 30/05/2008).

³⁶ Ésta última sufrió una importante fragmentación como consecuencia de las distintas alianzas que establecieron algunos dirigentes radicales (sobre todo gobernadores y, en menor importancia, algunos diputados y senadores) con la alianza partidaria impulsada por el kirchnerismo, Frente para la Victoria (FPV). Éstos —llamados *radicales K*— sufrieron por parte del propio partido Radical severas sanciones. Ejemplo de ello, fueron Cobos (que integra con Cristina Fernández la fórmula presidencial como Vicepresidente y Pablo Verani, gobernador de Río Negro), quien, en alianza electoral con el Kirchnerismo, formaron la Concertación Plural promovida desde el Gobierno Nacional; a ambos le valió la exclusión misma del partido.

nadores oficialistas: Daniel Scioli (Buenos Aires), presente desde el primer momento, Juan Manuel Urtubey (Salta), José Alperovich (Tucumán), Luis Beder Herrera (La Rioja), Sergio Urribarri (Entre Ríos), Oscar Jorge (La Pampa) y Gerardo Zamora (Santiago del Estero). Todos del FPV, menos Zamora, que es de la UCR, pero aliado al Gobierno Nacional. Sin estar en el acto, Miguel Saiz (Río Negro) y Maurice Closs (Misiones) son otros *radicales K* que apoyaban al Gobierno. Gildo Isfrán (Formosa) no es del FPV, pero sí del PJ y ha sido un aliado desde los primeros tiempos.

Cinco gobernadores fueron los que enfrentaron un poderoso dilema en esta contienda, los de las cinco provincias más afectadas por las retenciones: Buenos Aires, La Pampa, Córdoba, Santa Fe y Entre Ríos. Esto implicaba una oportunidad muy propicia para debatir con el Gobierno Nacional el nuevo régimen de coparticipación que ordena la Constitución.

Aquí podemos ver cómo intervienen, con cierto carácter decisivo, algunas variables políticas que utilizamos en el presente trabajo (pertenencia partidaria, relación política con el Gobierno Nacional y los criterios de distribución tenidos en cuenta): Los gobernadores de Buenos Aires, Entre Ríos y La Pampa fueron aliados del Gobierno Nacional por su pertenencia partidaria (todos del PJ y además miembros de la alianza FPV); El santafesino Hermes Binner no pertenecía al PJ (es del Partido Socialista), es decir que no influía en él la pertenencia partidaria. Sin embargo, siendo una figura de alcance nacional —lo que lo convertía en un posible presidenciable— optó por tomar una posición más *conciliadora*, ofreciéndose muchas veces como mediador del conflicto, pero a su vez, no dejó de criticar los estilos de la mandataria y ofreció públicamente en un documento, algunos puntos a negociar y debatir para solucionar el problema. El cordobés Schiaretti fue, tal vez, el que enfrentó el más duro dilema, lo que se manifestó en su actitud vacilante entre unos y otros contendientes³⁷.

En el arco opositor, se encontraban gobernadores “díscolos” que mantuvieron su línea durante todo el conflicto: Rodríguez Saá (San Luis)

³⁷ Por su pertenencia partidaria (PJ), tenía cercanía al Gobierno Nacional, pero no conforma la alianza FPV. Su antecesor en la gobernación —De la Sota— había sido un acérrimo aliado de Néstor Kirchner, pero a la finalización de ambos mandatos, se habían distanciado, habiéndolo hecho, en consecuencia, los continuadores de ambos: Cristina Fernández y el mismo Schiaretti. Por otra parte, además del conflicto con el campo, mantenía una seria disputa con el Gobierno Nacional por fondos de la Caja Previsional (la provincia reclamaba el financiamiento del déficit previsional de \$ 780 millones), conflicto que se desarrolló en paralelo al del campo y que mantuvo en vilo al gobernador, pues si se alineaba con el Gobierno Nacional, podría solucionar su problema de caja, pero ello implicaría desprenderse de su electorado local. Si avalaba los reclamos de los ruralistas locales, entorpecería la relación con el Gobierno Nacional y podía ser víctima de un severo castigo (el no envío de los fondos). Este caso, al igual que el de los otros cuatro gobernadores, es un interesante hecho que podría ser analizado desde el *dilema del prisionero*.

—si bien del PJ, no lo es del FPV— fue uno de los más intransigentes anti-kirchneristas, y uno de los primeros gobernadores en salir a criticar al Gobierno Nacional, tomando como bandera de sus reclamos la nueva ley de coparticipación e interpuso ante la CSJN una demanda solicitando la nulidad de las retenciones móviles y el pago de los fondos coparticipados atrasados. Con esto se estableció un importante precedente en la materia, siendo la primera vez en la historia que se recurría a la Corte para reclamar fondos coparticipables. A esta iniciativa se sumarían otros gobernadores: Brizuela del Moral (Catamarca, ex Radical K) acompañó aquél reclamo y otro efectuado por la UCR del mismo tenor. En estos reclamos se exigían distintas cuestiones que giraban en torno al Régimen de Coparticipación (cumplimiento del piso mínimo del 34% previsto por la Ley 23.548, los fondos coparticipados adeudados e incluso de otras transferencias de la Nación que ésta venía incumpliendo - programas de vivienda, asistencia social directa, etc.). Mario Das Neves (Chubut, PJ), otro gobernador díscolo, reclamó a fines del 2009 ante la CSJN el reintegro de fondos coparticipables derivados de la ley del cheque (adeudados desde diciembre 2006) que se sumaba a otra demanda por la mala liquidación de las regalías petroleras. Arturo Colombi (Corrientes) un radical K y aliado al Gobierno, realizó reclamos a la Nación por incumplimiento del Convenio del Programa de Asistencia Financiera (PAF), por el que se refinancian las deudas provinciales y más adelante lo haría ante la Corte, para reclamar el cumplimiento de la garantía del 34% y por el giro de \$80 millones, correspondientes a una deuda de ANSeS con la caja previsional local. Celso Jaque (Mendoza) y Oscar Jorge (La Pampa) son otros dos casos de gobernadores aliados (ambos del FPV) que iniciaron reclamos ante la Corte Suprema³⁸.

En una posición más moderadora, se encontraba, como dijimos, el gobernador de la Provincia de Santa Fe, Hermes Binner, quien negó la suma del giro por coparticipación declarada por la propia Presidente y terminó acompañando a las provincias demandantes ante la Corte.

5. Los resultados del encuentro

Si bien es cierto que desde el Gobierno Nacional se retrocedió en varias oportunidades y en varios aspectos (algunos de ellos sustanciales), también es cierto que lo hizo con el expreso propósito de no retroceder ante el campo. A fin de cuentas, el Gobierno Nacional se quedó con las

³⁸ Ambas provincias pretenden una indemnización por haber sido excluidas del Acta de Reparación Histórica que dispuso un régimen de promoción industrial para San Juan, San Luis, Catamarca y La Rioja. Ya hay un dictamen favorable de la Procuración (Diario Clarín, jueves 18/03/2010).

retenciones³⁹ y resolvió el problema pasando por encima de los ruralistas, quienes inevitablemente tuvieron que correrse hacia la banquina, muy a su pesar y casi en contra de su voluntad⁴⁰, ante la arrolladora carrera que impulsó la Presidente, esta vez en una especie de comvoy con 23 gobernadores (y el Jefe de Gobierno Porteño), quienes bien o mal, adhirieron a la propuesta presidencial de sumarse a la carrera y le dieron el impulso final, colmando de legitimidad el último batacazo dado⁴¹. Uno a uno, todos los gobernadores se adhirieron al DNU que establecía la coparticipación de las retenciones.

El Gobierno Nacional ganó la disputa, quedando como un “duro”, pero no fue, sino, una victoria pírrica. La figura presidencial quedó extremadamente debilitada; la imagen positiva de la Presidente, como la del ex presidente y de varios hombres políticos asociados al Gobierno, bajó muchos puntos, índices que aún en nuestros días no han podido superar. Los modos y estilos en que se encaró la contienda, produjo importantes bajas en el oficialismo (renuncias del Ministro de Economía, del Jefe de Gabinete), la desertión de un importante número de diputados y senadores oficialistas y el distanciamiento de muchos gobernadores (a pesar de su adhesión al decreto). Asimismo, consecuencia del descenso de la imagen presidencial, hubo un resurgimiento de la oposición (aunque heterogénea y muy fragmentada), que cooptó los espacios del electorado desilusionado con la política presidencial y de aquellos sectores que nunca estuvieron de acuerdo con la gestión. Surgieron y resurgieron figuras de la oposición con una alta estimación social.

³⁹ Biolcatti manifestó, al momento de declararse el décimo paro contra el Gobierno, que “los 1.770 millones de dólares que ahora el Gobierno promete distribuir entre las provincias equivaldrían a una rebaja de 15 puntos en las retenciones a la soja, que siguen en 35%” (Diario Clarín, sábado 21/03/2009).

⁴⁰ “La medida de fuerza terminará a la medianoche del viernes 27. [El 31] la Mesa de Enlace debería ser convocada a una nueva reunión con los negociadores del Gobierno. Todos dudan de que vaya a suceder, pero no importa. Si no hay invitación, en este partido interminable la pelota quedaría otra vez en la cancha kirchnerista” (Clarín, sábado 21/03/2009).

⁴¹ Entre los argumentos de los opositores, se destacan los de Colombi, para quien, si bien la medida es “confrontativa”, era necesario el dinero por el mal momento financiero que atravesaba la provincia, pero aclaró que no dejaría de lado los otros reclamos que lleva adelante y el proyecto de coparticipación del IVA y de Ganancias. Schiaretti sostuvo que “no enviará a la Legislatura el proyecto de ley que implique la adhesión ... hasta tanto no acuerde con la Mesa de Enlace el destino que los representantes agrarios consideran que deben tener esos fondos... *Es dinero del campo*, ellos tienen que opinar’ tras asegurar que consensuará con los ruralistas qué obras se harán con ese dinero. Reiteró que deben bajarse las retenciones a la soja y reclamó una vez más la necesidad de una nueva Ley de Coparticipación Federal (Diario El País, lunes 23/03/2009). Rodríguez Saá, se adhirió pero “con reservas porque mantiene su postura en contra de la forma en que fueron establecidas las retenciones” (Diario DERE, jueves 29/04/2009).

Estas consecuencias se materializarían en las próximas elecciones que se realizarían en julio del 2009, donde en una importante derrota electoral, el oficialismo perdió las mayorías que gozaba en ambas Cámaras desde 2003. Compartiendo causa además con la debilidad institucional que sufre desde hace varias décadas la República Argentina, se dio el inédito caso de que el Vicepresidente de la Nación quedó, desde su *voto no positivo* y durante el resto del año 2008, como el eje de la oposición (!).

6. Conclusión: *algunas enseñanzas*

Teniendo en cuenta que “la comprensión de los datos fiscales intergubernamentales, de sus tendencias y variaciones, es condición *necesaria* para entender las RIG, no es condición *suficiente* para una total comprensión de este campo” (Wright 1997:201), ella resulta una interesante área donde se despliegan una enorme cantidad de variables políticas que pueden explicar el comportamiento de los actores en el sistema político. Si tenemos en cuenta que las RIG se estructuran —en la generalidad de las veces— en torno a una pelea por la apropiación de recursos (cuyos actores principales son presidentes y gobernadores) y el posicionamiento de éstos suele estar definido por (a) el tipo de recursos (materiales y/o simbólicos) con que cuentan cada uno de ellos y (b) por la *urgencia* que cada uno de los mismos manifieste por apropiarse de manera rápida de los beneficios esperados de la negociación y cuánto se esté dispuesto a ceder a cambio (Olmeda 2009:9), vemos claramente cómo en el presente panorama, la posesión de *amplios recursos materiales* por parte del nivel nacional y la *extrema urgencia* que padecían los gobernadores, cuyas cuentas se encontraban en rojo, posibilitaron un extraordinariamente rápido acuerdo entre ambos niveles, al costo de legitimar las medidas presidenciales, en detrimento de sus propios recursos simbólicos (legitimidad ante su electorado, aspiraciones en el nivel nacional, etc.).

Al contrario de lo que generalmente se piensa, en el juego federal argentino se producen explotaciones oportunistas y clientelares entre ambos niveles de Gobierno, nacional y provinciales: desde el nivel nacional, mediante el uso de transferencias discrecionales que pueden ser adjudicadas de forma arbitraria con el propósito de ganar apoyos; desde los niveles subnacionales, a través del excesivo gasto público (destinando un gran porcentaje a gastos corrientes⁴²) y del endeudamiento (Jordana 2002)

⁴² A la inversa de lo que sucedió con el nivel nacional en la década de los '90, donde a través de una importante proceso de Reforma del Estado, este nivel evolucionó hacia un *Estado mínimo*, desprendiéndose de un importante cúmulo de competencias, los niveles subnacionales continuaron con el modelo de estado intervencionista, quedando a cargo de importantes

que en casos como el presente, determinan una posición de urgencia que impide consensuar políticas de largo plazo, pues terminan por prevalecer lógicas cortoplacistas y percepciones de la negociación como de suma cero (Olmeda 2009:4)⁴³.

El resultado: se soslayan soluciones a largo plazo, para resolver cuestiones puntuales (de corto plazo) que interfiere en la capacidad de *innovación institucional* de los actores políticos. El diseño institucional, por su parte, posibilita aquellos componentes oportunistas y clientelares: la falta de sanciones confiables, límites institucionales poco claros y difusos, la baja participación en la toma de decisiones de los afectados y finalmente la ausencia de mecanismos de bajo costo para resolver los conflictos (Putnam 1994, Tommasi y Spiller 2000). Este último es quizá uno de los puntos más claves: “Oliver Williamson, ha enfatizado el rol de las instituciones formales en la reducción de los ‘costos de transacción’ (esto es, los costos del monitoreo y de la imposición de los acuerdos) y, por ende, en la capacitación más eficiente de los agentes para que puedan superar los problemas del oportunismo y de escurrir el hombro” (citado por Putnam 1994:210), evitando de esta manera la desconfianza mutua. La ausencia de compromisos confiables (compromisos incompletos y de ataduras que no son absolutamente irreversibles, Jordana 2002:42) es uno de los resultados de estas deficiencias institucionales, que provocan comportamientos de free rider o de colado, que impulsan en los actores una desconfianza total, en vez de una más limitada, como fuera de esperar.

servicios y competencias, a los que además se le acumularon los que la Nación descentralizó en salud y educación (CAO y RUBINS, 1991).

⁴³ Por un lado, el *oportunismo*, a través de decisiones inesperadas con impactos negativos (JORDANA, 2002:42), se manifiesta en el establecimiento de la coparticipación de las re-tensiones, que ha puesto a los gobernadores en una situación de decisión (en un dilema): o se alinean al Gobierno Nacional, y reciben los recursos para sus arcas maltrechas o se alinean a los reclamos del campo, aunando sus esfuerzos para una mejor distribución de los recursos y lograr establecer el régimen de coparticipación que establece la Constitución. El oportunismo ha quedado de manifiesto en el hecho casi evidente de que la coparticipación de la soja no ha sido sino, un último intento por ganar la carrera, cuando de otra manera no se hubiera producido. Por su parte, los gobernadores —sobre todo los opositores— no dudaron en acceder a esta propuesta, en clara autocontradicción, aún a pesar de inclinar la balanza a favor del nivel central y en detrimento de quienes decían defender, pues su adhesión implicó, inevitablemente, dar la razón al Gobierno en esta contienda. Por otro lado, el *clientelismo*, manifestado en la tendencia de utilizar los fondos con fines proselitistas, sea para convencer a los de la oposición, o de premiar la fidelidad de los aliados, o en definitiva, de quienes el Presidente desee asegurarse el apoyo (JORDANA, 2002:42, NOVARO, 2001), ha quedado de resalto en el hecho de que el Gobierno Nacional, a través de una alta discrecionalidad en el manejo de los fondos, otorgó importantes recursos a las provincias, con el claro propósito de alinear a gobernadores díscolos a la agenda presidencial.

7. Reseña Bibliográfica

ABAL MEDINA, JUAN MANUEL y CALVO, ERNESTO (editores), El federalismo electoral argentino. Sobrerrepresentación, reforma política y Gobierno dividido en la Argentina, INAP-Eudeba, Bs. As., 1991.

ACUÑA, CARLOS H. (comp.), La nueva matriz política argentina, ed. Nueva Visión, Bs. As., 1995.

— “La teoría de juegos en los pactos constitucionales”, en Acuña, 1995.

CAO, HORACIO y RUBINS, ROXANA, “Administración nacional y administraciones provinciales: similitudes y diferencias”, en Abal Medina y Calvo, 1991.

GIBBONS, ROBERT; Un primer curso de teoría de juegos, ed. Antoni Bosch, 1992

HALL, PETER; “La ciencia política y los tres nuevos institucionalismos”, Political Studies (1996), XLIV, 936-957, 1996.

JORDANA, JACINT; Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina. Casos de Argentina y Bolivia, Proyecto Conjunto —INDES— Comunidad Europea - Documento de Trabajo, BID, Washington, junio/2002.

LANZARO, JORGE (Coordinador); Tipos de presidencialismo y modos de Gobierno en América Latina, CLACSO, Bs. As., 2001.

LECHNER, NORBERT y otros, Reforma del Estado y coordinación social, ed. Plaza y Valdéz, México, 1999.

MÉNDEZ, JOSÉ LUIS; Estudio introductorio en Wright, 1997.

MESSNER, DIRK, “Consecuencias de la reforma del Estado y perspectivas de la coordinación social”, en Lechner 1999.

North, DOUGLASS C., “Institutions” in Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, N° 1, 1991.

NOVARO, MARCOS; “Presidentes, equilibrios institucionales y coaliciones de Gobierno en Argentina (1989-2000)”, en Lanzaro (Coordinador) 2001.

OLMEDA, JUAN CRUZ, “Relaciones intergubernamentales y patrones de negociación en el federalismo fiscal argentino desde los noventa”, XXVIII Congreso Internacional de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), Río de Janeiro, 11 al 14 de junio de 2009.

PARMIGIANI DE BARBARÁ, MYRIAM CONSUELO; “Notas para el estudio de las relaciones intergubernamentales, con particular referencia la República Argentina”. Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-2004/2005, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Cba., 2005.

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

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

PUTNAM, ROBERT D.; Para hacer que la democracia funcione. La experiencia italiana en descentralización administrativa, Editorial Galac, Caracas, Venezuela, 1994.

SHEPSLE, KENNETH A.; “Estudiando las instituciones: algunas lecciones del enfoque de la elección racional”, en Revista Uruguaya de Ciencia Política - 16/2007 - ICP - Montevideo, 2007.

SUBIK, MARTÍN, *Teoría de juegos en las Ciencias Sociales. Conceptos y soluciones*, F.C.E., México, 1992.

TOMMASI, MARIANO y SPILLER, PABLO (directores); Las fuentes institucionales del desarrollo argentino. Hacia una agenda institucional, CEDI, Fundación Gobierno y Sociedad, Bs. As., 2000.

WRIGHT, DEIL S., Para entender las relaciones intergubernamentales, FCE, México, 1997.



EL ERSEP: EVALUACIÓN CRÍTICA

Jorge Edmundo Barbará*

Resumen: El Ente Regulador de los Servicios Públicos (ERSeP) de la Provincia de Córdoba, dotado por ley de amplias facultades de regulación, control y jurisdicción, sobre la totalidad de los servicios públicos, prestados por operadores públicos o privados, ha sido diseñado como un “*super Ente Omnibus*”. A la luz de los dos caracteres básicos de los organismos regulatorios y de control —independencia y experticia—, el ERSeP, en su diseño legal, en su estructura funcional y en su efectivización práctica, nos merece una evaluación crítica en orden a sus aspectos positivos y negativos, en consecución a una deseable calidad institucional.

Palabras Claves: independencia - experticia - diseño legal - estructura orgánica - críticas.

Consideraciones introductorias

El Ente Regulador de los Servicios Públicos (ERSeP) de la Provincia de Córdoba fue creado por la Ley provincial número 8835, que entró en vigencia el 28 de marzo del año 2000, ley que fuera denominada “*Carta del Ciudadano*”.

Esta denominación tiene su razón de ser en cuanto en la misma se establece un Título —Título II—, cuyo acápite reza “*Estatuto del Ciudadano*”, en el cual se preveen los “*Derechos de las personas en su relación con*

*Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. cursó estudios de posgrado en la Universidad de Tübingen, Alemania. Ex Decano de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba, República Argentina. Profesor Titular de las cátedras de “Historia del Pensamiento Político” e “Introducción a la Ciencia Política y a las Relaciones Internacionales”, de la misma Facultad. Profesor Titular de la cátedra de “Derecho Político”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Es Miembro de Sala del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba. Es Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Político. Autor de numerosas publicaciones científicas. Ha sido Convencional Constituyente y Miembro de la Comisión Redactora de la Convención Constituyente en la Reforma de la Constitución de la Provincia de Córdoba, en septiembre de 2001; Vocal Director del Ente Regulador y de Control del Sistema Postal de la República Argentina (Comisión Nacional del Correo y Telégrafos); Interventor de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Correo Oficial de la República Argentina; Secretario de Gobierno de la Municipalidad de Córdoba, República Argentina.

el Estado” (capítulo 1); “Deberes del Estado Provincial” (capítulo 2); “Derechos de los Usuarios de los Servicios Públicos” (capítulo 3); “Ente Regulador de los Servicios Públicos” (capítulo 4) y “Derechos de los Consumidores” (capítulo 5).

Según se observa, en este plexo de derechos reconocidos no solo a los usuarios y consumidores, sino a toda persona en relación al Estado provincial, es que se crea el ERSeP.

El diseño legal

A- Independencia –Experticia –Participación de los usuarios.

A- 1. Autarquía

De conformidad al artículo 21 de la Ley 8835, el ERSeP es creado en el ámbito del Poder Ejecutivo Provincial, en la Jurisdicción del Ministerio de Obras Públicas, pero con carácter de organismo autárquico, con “*personalidad jurídica de derecho público del Estado Provincial y capacidad para actuar pública y privadamente, individualidad financiera y patrimonio propio*” (artículo 21, primer párrafo).

Se le otorga al ERSeP la atribución de darse a sí mismo su propia organización interna (artículo 21, segundo párrafo).

El diseño apunta, pues, a fortalecer su independencia o autonomía respecto de los ámbitos superiores de la Administración Pública provincial.

Dicho carácter aparece corroborado en cuanto las resoluciones que dicta el ente causan estado, agotando la vía administrativa, de tal suerte que sus actos no requieren ser impugnados, víaalzada, por ante otra autoridad administrativa de rango superior, esto es, ni por ante el Ministro de Obras Públicas, ni por ante el Gobernador de la Provincia. De sus resoluciones queda expedito el control judicial, a través de una acción contencioso administrativa, debiéndose cumplir con los plazos y procedimientos procesales que preve la legislación procesal de este fuero, es decir, de la Ley provincial 7182 (artículo 33).

A- 2. Directorio

También tiende a apuntalar, al menos parcialmente, el carácter autónomo del Ente, el período de duración de su Directorio, que, de conformidad al artículo 26, es de (5) años, pudiendo ser reelegidos por una sola vez.

Es de tener presente que las autoridades de carácter político y de origen electivo —Legislatura y Poder Ejecutivo— tienen una duración en

sus cargos de (4) años¹. Al exceder este plazo, consideramos que el Directorio gana en independencia respecto de las autoridades políticas.

Sin embargo, esta misma disposición —artículo 26— nos merece algunas observaciones en cuanto al carácter de autonomía que venimos analizando.

Y ello porque el Directorio pareciera concebirse como órgano preferentemente político, antes que técnico.

En nuestro concepto, es la experticia del regulador aquello que se supone legítima su posición y sus funciones.

Sólo su experticia —además, ciertamente, de su idoneidad ética— lo pondrán en condiciones de advertir, y rechazar, los previsibles intentos de cooptación por parte de las autoridades políticas, de captura por parte de los operadores privados, de captura a la inversa por parte de los usuarios y consumidores e, inclusive, de la eventual ineficacia de las propias estructuras administrativas del Ente.

En lugar de requerir un nivel aceptable de experticia por parte de los eventuales candidatos a integrar el Directorio, el artículo 26 entiende que *“los miembros del Directorio deberán observar los mismos requisitos que para ser Diputado Provincial”*.

Ciertamente que los requisitos para ser Legislador deben ser los más generosos y amplios posibles, en orden a la amplitud que el sufragio universal, general e igual que la legislación democrática moderna prescribe.

Inclusive a un analfabeto no debe limitarse su derecho a representar al pueblo.

Pero en un órgano altamente especializado, como debiera caracterizarse el ERSeP, motivado por un complejo y alto grado de división del trabajo social, que precisamente requiere una labor de experticia las más de las veces interdisciplinaria, con capacidades y competencias susceptibles de apartarse razonablemente de las vicisitudes políticas, aparece como un contrasentido referenciar su composición personal a la del órgano político por excelencia que significa el Poder Legislativo.

Ahora bien, si bien es cierto el Ente no es un órgano político que formula políticas públicas, sino un órgano técnico que primordialmente las ejecuta, no es menos cierto que su legitimidad, haciendo abstracción de su experticia, se debe a la autoridad democrática que lo designa. Y en este sentido, pareciera que un adecuado reforzamiento de su independencia debiera compadecerse con algún grado de intervención del Poder Legislativo, de tal manera que el nombramiento no sea discrecional por parte del

¹ Constitución de la Provincia de Córdoba, artículos 83 y 139, para Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, respectivamente.

órgano ejecutivo —según la prescripción del artículo 26— órgano dentro del cual, por lo demás, se encuentra su inserción institucional².

De conformidad a los caracteres básicos con los que debiera cumplir un ente regulatorio y de control —experticia e independencia—, hubiera sido preferible la selección de los integrantes de su Directorio a través de un sistema de concursos de méritos y antecedentes, juzgado por un tribunal o comisión integrada, al menos parcialmente, por expertos, de cuyo dictamen y correlativo orden de mérito, sea designado conforme a un procedimiento en el cual participen los políticos poderes Ejecutivo y Legislativo.

Es de tener presente que de los seis (6) miembros que integran el Directorio, todos nombrados por el Poder Ejecutivo, según ya se dijo, el artículo 26 establece que dos (2) de ellos *“serán nombrados a propuesta de cada uno de los partidos políticos de oposición al Poder Ejecutivo que cuentan con mayor número de legisladores en la Asamblea Legislativa”*, previendo también esa norma que *“un (1) miembro será designado a propuesta de las Asociaciones de Usuarios”*.

Si bien es cierto resulta encomiable la intención de que el propio órgano directivo cuente con un control intraórgano por parte de Directores propuestos por los partidos políticos de la oposición y que, asimismo, en cumplimiento de la prescripción contenida en el artículo 42 de la Constitución Nacional se otorgue participación a las asociaciones de usuarios en el estadio institucional mismo de toma de decisiones, en coincidencia con nuestra interpretación acerca del nivel que debiera reconocerse a dicha participación (Barbará:2003), aquí también tenemos nuestras reservas, tanto en orden a los Directores propuestos por la oposición cuanto en orden al Director propuesto por las Asociaciones de Usuarios.

² En verdad, la independencia de un Ente Regulador queda mejor asegurada si su responsabilidad se reporta y es juzgada por el Poder Legislativo, antes que por el Poder Ejecutivo, aunque a este último le sean reconocidas facultades de designación de su Directorio, también con intervención del órgano legislativo. Ludolfo Paramio (2008), al referirse al *“Estado Regulador”* como alternativa de los gobiernos populistas en Latinoamérica, entiende como *“Estado Regulador”* aquél que, en el marco de las privatizaciones, llevó a la creación de organismos reguladores: *“La explosión de organismos reguladores, particularmente en sectores como los de la energía y las telecomunicaciones, ha llevado a hablar de capitalismo regulado o de que hemos entrado en la era del Estado Regulador... Ahora bien, el proceso al que asistimos parece ser el de un auge de la regulación, no ya sobre el sector privado, sino también en el sector público, paralelo a la tendencia hacia una “sociedad de auditoría”...”* (2008:44 y 45). En ese marco, Paramio se pronuncia por la dependencia de los organismos reguladores ante el órgano legislativo, y no ante el ejecutivo, en los siguientes términos: *“... Tanto si involucran al sector público como al privado —o una combinación de ambos—, su puesta en práctica puede estar regulada y auditada por organismos independientes del ejecutivo pero responsables ante el legislativo, que garanticen la transparencia y la eficiencia...”* (2008:45).

En efecto, en relación a los Directores propuestos por los partidos políticos de oposición, es previsible que estos se sientan tentados a proponer dirigentes que dichos partidos entiendan que puedan ser funcionales a sus chances de poder político a partir de un nuevo escenario en el que se reproduzca una oposición preferentemente política, antes que el cumplimiento de una función de control técnico. A su vez, el oficialismo que el Poder Ejecutivo representa, tenderá a compensar dicha práctica de la oposición, a través de nombramientos de actores políticos, antes que técnicos³.

Y en cuanto a la participación de los usuarios en el proceso de toma de decisiones del regulador, entre los problemas que presenta, uno de ellos consiste precisamente en que si los usuarios participan en el proceso de toma de decisiones sólo por su carácter de tales y por un imperativo legal, pero carentes de conocimientos especializados, o bien su función se verá relegada a cumplir un mero carácter ratificatorio de la opinión de quienes poseen tales conocimientos, o bien quedarán involucrados en las pujas políticas de los demás integrantes del Directorio, si estos no se guiaran por criterios técnicos, sirviendo, en este último caso, a intereses ajenos

³ Estas reflexiones parten de la experiencia constatable en el Directorio del ERSeP. De hecho, su integración, tanto por parte del oficialismo cuanto por parte de la oposición, se ha encontrado constituida, normalmente, por dirigentes que se han destacado por el cumplimiento de roles o funciones políticas, no técnicas, conforme a la deseable experticia requerida por parte de un organismo de clara naturaleza técnica, y no política. Un caso emblemático lo constituyó la propuesta efectuada por el opositor Partido Nuevo a integrar el Directorio del ERSeP de uno de sus más relevantes actores políticos, el cual había demostrado una ineludible y férrea línea de oposición al oficialismo en la Legislatura de la Provincia de Córdoba al momento de desempeñarse como Legislador. De manera por demás curiosa, y virtualmente sin fundamento, se dedujo contra él una acción judicial ante la justicia civil por supuesta incompatibilidad para ejercer el cargo de Director para el que había sido propuesto, lo cual motivó finalmente que el Partido Nuevo propusiera otro candidato. No deja de sorprender que quien dedujera semejante acción judicial, terminara consintiendo expresamente en el propio juicio que el candidato que había impugnado, era plenamente hábil e idóneo para cumplir cualquier función pública, sin reserva ni observación alguna, ciertamente después que aquél fuera sustituido para integrar dicho Directorio.

Tales extremos pueden constatarse en las actuaciones obrantes en autos "*Vieyra Hipólito Amadeo c/Agua Cordobesas S.A. y otro -Acción declarativa de certeza*", tramitados ante el Juzgado de 1º Instancia y 32º Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba. En dicho juicio se impugnó la candidatura del periodista Ricardo Oscar Fonseca para integrar el Directorio del ERSeP. Dicho juicio finalizó a través de un acuerdo en el cual todas las partes, incluyendo, naturalmente, al impugnante, manifestaron: "*Las partes reconocen expresamente la idoneidad del Sr. Ricardo Oscar Fonseca a los efectos de ser designado o cumplir funciones en cualquier cargo o posición en los ámbitos de los Poderes, Reparticiones u Organismos Públicos, tanto nacional, provincial cuanto municipal. Reconocen también expresamente que no le afecta causal de incompatibilidad alguna, ni ética ni jurídica, a tales efectos*". Según se advierte, claramente, aquello que había motivado una vacancia en el Directorio del ERSeP dio por resultado una inequívoca controversia de carácter político, tanto para la oposición cuanto para el oficialismo sin que las razones de carácter técnico hubieran asumido rol alguno en la discusión sobre la propuesta y su impugnación.

de aquellos intereses genuinos de los usuarios a cuya defensa debe su posición institucional.

Por lo demás, y según mereciera también nuestra preocupación se presenta aquí la problemática referida a la cuestión del carácter representativo de las asociaciones de usuarios y consumidores (Barbará: 2006).

En virtud de tales reservas, entendemos que el sistema de designación de los integrantes del Directorio arriba sugerido debe alcanzar no solo a quienes designa libre o discrecionalmente el Poder Ejecutivo, sino también a los Directores propuestos por la oposición y por las asociaciones de usuarios, en razón de que un método de designación que atienda preferentemente a constatar la idoneidad técnica y personal de los candidatos, en combinación con un mecanismo de balanceamiento de los políticos poderes Ejecutivo y Legislativo, privándolos de un ejercicio discrecional de nombramiento en cabeza de solo uno de tales poderes; atendería, como se dijo, de mejor manera a los atributos de experticia y autonomía o independencia que debe investir el ente regulador.

Ahora bien, la participación de usuarios no se limita a integrar el Directorio a través de las Asociaciones de Usuarios, rol protagónico no precisamente menor.

La Ley 8835, en el artículo 25, inciso l) al fijar las competencias del Ente, le prescribe que debe *“establecer los procedimientos de consultas de opinión y también para las audiencias públicas”*.

A través de esta prescripción, entendemos que la ley pretende, al menos en el marco legal, poner fin a la unilateralidad de la decisión de la Administración, toda vez que refuerza la participación del usuario por medio de su participación en el proceso que lleva a la decisión, a través de la *“consulta de opinión”*, la cual supone oír de los usuarios la opinión que les es requerida, como así también a través de su participación en las *“audiencias públicas”*, lo cual supone ya la posibilidad de una participación institucional más intensa, aún cuando ambos institutos no sean concebidos como vinculantes.

Entendemos que también apunta a la autonomía del Ente, la previsión acerca de las causales de remoción de los miembros del Directorio.

Ello así porque el artículo 29 de la ley 8835, además de establecer el régimen de incompatibilidades de los miembros del Directorio, fija el procedimiento y causales de su remoción.

Y así dispone el artículo 29: *“Los miembros del Directorio están sujetos al régimen de incompatibilidades de los funcionarios públicos.*

No podrán ser propietarios ni tener interés alguno, directo o indirecto, en las empresas controladas ni en las empresas vinculadas a éstas, ni haber pertenecido a las empresas durante los últimos 5 años.

Una vez finalizada las funciones en el ERSeP, los funcionarios del Directorio y los gerentes, no podrán formar parte de las empresas controladas por un período de cinco (5) años.

Los miembros del Directorio serán removidos de sus cargos por el Poder Ejecutivo, previo sumario sustanciado por la Fiscalía de Estado, cuando se operen las siguientes causas:

a) Incumplimiento grave de los deberes que les asigna esta ley y sus reglamentos.

b) Condena por delitos dolosos.

c) Incompatibilidad sobreviniente.

Cuando el sumario de remoción fuera iniciado por el Poder Ejecutivo, deberán ser comunicados sus fundamentos a la Comisión Bicameral quien deberá expedirse en treinta (30) días corridos.

Ciertamente que la reforma de la Constitución de la Provincia de Córdoba ocurrida en el año 2001, con posterioridad a la promulgación de la ley 8835, que transformara el Poder Legislativo de Bicameral en Unicameral, supone que el último párrafo del artículo 29 arriba transcrito, debe interpretarse en el sentido de dar participación a la Comisión Legislativa sucesora de la Comisión Bicameral, según la casuística contemplada en ese mismo párrafo.

Ahora bien, hasta el presente ninguno de los miembros del Directorio del ERSeP ha sido removido por haber incurrido en las causales que la ley menciona y a través de un sumario iniciado por denuncia de terceros o del propio Poder Ejecutivo, y sustanciado por la Fiscalía de Estado.

En todo caso, la sustitución de los miembros del Directorio ha ocurrido a partir del temperamento de provocar la renuncia de dichos miembros, práctica en que ha incurrido no sólo el oficialismo político sino también la propia oposición⁴.

⁴ En efecto, tanto el Partido Nuevo cuanto la Unión Cívica Radical, en su respectivo carácter de partidos políticos de oposición al gobernante político Unión por Córdoba (una alianza de partidos conducida por el Partido Justicialista), han provocado la separación de miembros del Directorio que ellos mismos habían propuesto, por cuestiones de mera política interna de ambas agrupaciones, durante el transcurso mismo del período de gestión del Director que esos mismos partidos habían propuesto. Y así, con fecha 15 de setiembre de 2006, la Unión Cívica Radical solicitó designar al Dr. Alberto Marcos Zapiola para el cargo de Director del ERSeP en sustitución del Ingeniero Felipe Ricardo Rodríguez, antes del vencimiento del mandato de este último. Por decreto del Poder Ejecutivo Provincial número 1370 del 23 de octubre de 2006 se procedió a dicha sustitución, designando al nuevo candidato propuesto. Asimismo, con fecha 10 de marzo de 2008, los partidos Nuevo y Córdoba en Acción solicitaron la designación del Ingeniero Rubén Borello para el cargo de Director del ERSeP en sustitución del Contador Eduardo Gabriel Fernández, también antes del vencimiento del mandato de este último, acogiendo el Poder Ejecutivo Provincial la sustitución, designando el nuevo candidato propuesto, por decreto número 286 de fecha 10 de marzo de 2008.

A- 3. Recursos

Entendemos que también opera a favor de la autonomía del Ente, la previsión contenida en el artículo 31 referida a los recursos del mismo.

Y ello porque, entre sus ingresos, establece una tasa a cargo de los usuarios de los servicios regulados, *“que no podrá exceder del 1,5% y que se calculará sobre el monto de la facturación bruta”*, tasa de regulación que se fija anualmente por el ERSeP, *“quién tendrá facultades para diferenciarlas para cada tipo de servicios”* (artículo 31, inciso a) primer párrafo).

Cabe aclarar que el porcentaje legalmente autorizado en concepto de tasa de regulación —hasta el 1,5 %— se calcula sobre la facturación bruta del prestador u operador, público o privado, pero a cargo del usuario.

El porcentaje varía según fuere el tipo de servicios —provisión de agua, servicio eléctrico, transporte, etc.—y en la práctica, el ERSeP somete anualmente el respectivo porcentaje a aprobación de la Legislatura Provincial a los efectos de su inclusión en la ley impositiva anual.

Para el caso del servicio eléctrico, el artículo 31, inciso a) segundo párrafo, remite al artículo 29 de la ley 8837, el cual establece, para el sector eléctrico una tasa de regulación bimestral a cargo de los transportistas, distribuidores y comercializadores, en favor del ERSeP *“de hasta cinco décimas por ciento (0,5%) de la facturación bruta por la prestación de los servicios correspondiente al período bimestral inmediato anterior”* (Ley 8837, artículo 29).

Es de aclarar que en la práctica, en el caso del sector eléctrico, la única tasa de regulación que percibe el ERSeP, es la que queda a cargo del

De manera por demás ilustrativa a la comprensión que le ha merecido el Directorio del ERSeP a los partidos políticos cordobeses, y a la consiguiente percepción pública, en cuanto un escenario de contiendas políticas antes que técnicas, resulta la noticia aparecida en el diario local *“La Voz del interior”*, en la pág. 9A de la edición del lunes 7 de diciembre de 2009. En efecto, bajo el título *“ERSEP- Luis Juez cambia a Borello por Quinteros”*, refiere: *“A fin de año, Rubén Borello dejará la vocalía del Ente Regulador de Servicios Públicos para acompañar al senador nacional en la Cámara Alta. Su lugar será ocupado por Juan Pablo Quinteros, ex Subsecretario de Control Institucional y Transparencia de la Municipalidad de Córdoba. El cambio obedece a que Juez quiere acentuar el rol de oposición en el organismo, a partir de que el Frente Cívico tuvo un rol mucho más desdibujado que la representación del radicalismo a cargo de Alberto Zapiola, quien -a su vez- será reemplazado por Alberto Castagno. Borello asumió la vocalía en el Ersep en 2008, en medio de un polémico cambio, ya que Juez desplazó a Eduardo Fernández, a quien le quedaban tres años de mandato. El perfil alto de Fernández fue desplazado por una actuación mucho más acotada de Borello, uno de los integrantes más cercanos del entorno del ex intendente”*. (sic).

Ciertamente que ambos cambios en el Directorio del ERSeP se produjeron poco tiempo después de la información arriba transcrita.

Queda claro, pues, la ausencia de comprensión que los partidos políticos tienen del ERSeP, en cuanto a la naturaleza prioritariamente técnica que legitima su propia existencia, y a la lamentable consecuencia de instalar esa imagen ante la opinión pública. Aquí sufre, pues, debilitamiento la deseable calidad institucional.

usuario, según fuere la facturación bruta del prestador, que, hasta el presente, asciende a cuatro décimas por ciento (0,4%) de aquella facturación.

Asimismo, y entre los ingresos genuinos del Ente, el artículo 31 inciso b) de la ley 8835 prevé *“los importes que abonen los prestadores en concepto de canon”*.

En este caso, el pago del canon es a cargo del prestador, y su fijación depende del contrato de concesión que se hubiera acordado con la Provincia en su condición de Poder concedente.

Acerca del eventual traslado del canon a la tarifa que, por el servicio, debe pagar el usuario, consideramos que ello debe ser materia de control por parte del ERSeP.

Consideramos que las fuentes de financiamiento propio con que puede contar el Ente, opera en el sentido de una autonomía financiera, toda vez que la dependencia del Tesoro Provincial tendería a provocar una indeseable dependencia hacia los poderes políticos.

B- Jurisdicción – Función Reguladora – Competencias - Controversias.

Entendemos que el diseño legal del Ente ha sido excesivamente ambicioso.

B-1. Jurisdicción

En efecto, su Jurisdicción ha sido establecida en el artículo 22, el cual dispone.

Artículo 22: *“El ERSeP tendrá como cometido la regulación de todos los servicios públicos que se presten en el territorio provincial, con excepción de los de carácter nacional y los municipales que no excedan el ámbito de un solo municipio o comuna. Quedan comprendidos en la jurisdicción del ERSeP los servicios de transporte público y el control de las concesiones de obra pública, inclusive las viales. Facúltase al Poder Ejecutivo para incorporar otros servicios públicos a dicha jurisdicción.”*

Como se advierte se trata de un Ente que tiene por objeto la regulación de *todos* los servicios públicos que se presten por operadores privados o públicos en la Provincia de Córdoba. Adviértase que la norma deja abierta la posibilidad de que el Poder Ejecutivo a través de sucesivos decretos, amplíe aún más el universo de servicios a regular. Es, pues, un Ente -Ómnibus.

B- 2. Función Reguladora

Veamos, pues, en qué consiste su misión. De ello se ocupa el artículo 24 en cuanto se refiere a la *“Función Reguladora”*.

Artículo 24: *“La función reguladora del ERSeP comprende el dictado de la normativa regulatoria, el control y aplicación de sanciones, la solución de conflictos entre las partes del sistema, el estímulo de la calidad y eficiencia de los prestadores y la aplicación de los incentivos relativos a la actividad regulada, de conformidad con las políticas sectoriales”*.

Si el Ente era por demás amplio en su *Jurisdicción*, se revela como aún más extenso en sus funciones.

En efecto, no sólo le asisten funciones de naturaleza ejecutiva o de control, en cuanto aplica normas preexistentes de conformidad a las políticas sectoriales decididas por las autoridades políticas, o cumple funciones de naturaleza legislativa o regulatoria, en cuanto dicta la normativa regulatoria o dicta actos prescriptivos, o funciones de naturaleza judicial, en cuanto soluciona o dirime conflictos entre las partes del sistema, sino que le asisten atributos de decidir medidas verdaderamente proactivas, en cuanto las mismas se anticipan a las actividades de los prestadores y tienden a encauzarlas, con el doble sentido de provocar un mejoramiento en la prestación de los servicios y de posibilitar un mejor control. A estos últimos atributos corresponde la previsión del artículo 24, en cuanto también faculta al Ente a regular sobre *“el estímulo de la calidad y eficiencia de los prestadores y aplicación de los incentivos relativos a la actividad regulada, de conformidad con las políticas sectoriales”*.

No sólo es, pues, un “Ente -Ómnibus” sino un “Super -Ente Ómnibus”.

B- 3. Competencias

La amplitud de su *Jurisdicción* y de su *Función Reguladora* se ratifica por un plexo tal de *Competencias* que las mismas, virtualmente, no tienen límites.

Y esta última afirmación tiene sentido en cuanto la ley le acuerda, además de aquellas competencias que tipifica en veinte (20) incisos del artículo 25 (desde el inciso a) hasta el inciso s)), una última competencia (inciso t)), que le acuerda facultades implícitas, enunciadas de manera genérica y abstracta, es decir, sin delimitar la base fáctica de su aplicación, y sin más límites para su ejercicio que aquello que el Ente considere necesario *“para el buen ejercicio de su función reguladora y la satisfacción de los objetivos de la presente ley”* (artículo 25 inciso t)).

Estamos, pues, en presencia de un caso de delegación legislativa amplia a favor del ERSeP.

La amplitud surge en razón de que la norma no establece una limitación en relación a las facultades previstas en los anteriores incisos del artículo 25. No se trata de que las facultades del inciso t) deban ejercer-

se sólo si son necesarias para poner en acto a las facultades *expresamente* acordadas entre los incisos a) y s) del artículo 25.

Por el contrario, las facultades del inciso t) sólo están delimitadas por una fórmula por demás abierta y generosa cual es *“que sean necesarias para el buen ejercicio de la función reguladora y la satisfacción de los objetivos de la presente ley”*.

En razón de que el *“buen ejercicio”* de la regulación y los *“objetivos”* de la ley se compadecen con los más amplios criterios de valoración, insusceptibles, por lo demás, de fijarlos en normas precisas y preestablecidas, entendemos que se ha delegado en cabeza del Ente una facultad abierta de libertad en el control y en la regulación incompatible con su naturaleza y con sus fines.

Textualmente, en cuanto a las *competencias*, el artículo 25 establece:

Artículo 25: *“El ERSeP tendrá las siguientes competencias:*

a) *Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos, como así también las normas reguladoras.*

b) *Realizar la inspección y el control del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los títulos habilitantes de los prestadores y, en particular, de los servicios que éstos presten a los usuarios.*

c) *Aplicar a los prestadores las sanciones previstas en los títulos habilitantes.*

d) *Resolver las controversias que se susciten con motivo de la prestación de los servicios regulados.*

e) *Desarrollar acciones destinadas a mejorar la calidad y eficiencia de los servicios.*

f) *Establecer y mantener actualizado un sistema informativo que permita el eficaz ejercicio de la acción regulatoria, para lo cual podrá requerir de los prestadores toda la información necesaria.*

g) *Controlar el cumplimiento de los planes de mejora y expansión de los servicios y de los de inversión, operación y mantenimiento, a cargo de los prestadores.*

h) *Aprobar las modificaciones, revisiones y ajustes de los cuadros tarifarios y precios de los servicios a cargo de los prestadores, de acuerdo con los términos de los títulos habilitantes.*

i) *Dar publicidad adecuada de los planes de expansión de los servicios y los cuadros tarifarios.*

j) *Resolver los reclamos de los usuarios por deficiencias en la prestación del servicio o fallas en la facturación.*

k) *Aprobar los manuales del usuario, que deberán contener claramente los derechos de los mismos, el régimen tarifario y las normas de*

procedimiento para sustanciar y resolver las reclamaciones de los usuarios ante los prestadores y la autoridad reguladora, conforme a los principios procesales de economía, sencillez, celeridad y eficacia.

l) Establecer los procedimientos de consultas de opinión y también para las audiencias públicas.

m) Producir una decisión fundada en todo reclamo o conflicto que deba resolver.

n) Controlar el mantenimiento de los bienes e instalaciones afectados a los servicios.

ñ) Evaluar y dictaminar sobre el informe anual que los prestadores deben presentar sobre su gestión, dar a publicidad sus conclusiones, y adoptar las medidas correctivas o sancionatorias que corresponda. Para el mejor ejercicio de esta atribución procederá a establecer previamente el contenido, alcance y diseño del informe anual.

o) Refrendar, a solicitud de los prestadores, las liquidaciones o certificados de deuda de los usuarios.

p) Proponer, a solicitud de los prestadores, las expropiaciones, servidumbres o restricciones al dominio que resulten necesarias para la prestación de los servicios.

q) Dictaminar sobre la rescisión, rescate o prórroga de los contratos de prestación.

r) Intervenir en forma cautelar, por tiempo limitado y con autorización del Poder Ejecutivo, la prestación de algún servicio, cuando por causa imputable al prestador se vea afectado en forma grave y urgente el servicio, la salud de la población o el medio ambiente.

s) Establecer criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión de los prestadores, tomando en cuenta las diferencias regionales, las características de cada sistema, y los aspectos ambientales.

t) En general, realizar todos los demás actos que sean necesarios para el buen ejercicio de la función reguladora y la satisfacción de los objetivos de la presente ley. Las competencias precedentes deben ser ejercidas de modo que no obstruyan indebidamente la gestión de los prestadores ni la elección, por parte de éstos, de los medios que consideren más adecuados para cumplir con sus obligaciones”

Las competencias enunciadas nos permiten efectuar una clasificación de las mismas, en orden a su naturaleza intrínseca; en orden a sus caracteres preponderantes, para el caso que su naturaleza participe de rasgos comunes con otra u otras competencias y en orden a que su ejercicio resulte instrumental para determinado tipo de facultades, como, por ejem-

plo: el caso del inciso f) preve facultades que son instrumentales respecto del ejercicio de funciones prescriptivas o regulatorias.

Y así tenemos:

1.- Competencias cuyo ejercicio suponen actos de ejecución o control:

Artículo 25: incisos a); b); c); g); h); i); n); ñ); o), r).

2.- Competencias cuyo ejercicio suponen actos de naturaleza judicial:

Artículo 25: incisos d); j); m); q)

3.- Competencias cuyo ejercicio suponen actos de naturaleza legislativa o regulatoria:

Artículo 25: incisos f); k); l); p).

4.- Competencias cuyo ejercicio suponen medidas proactivas:

Artículo 25: incisos e); s).

5.- Competencias de ejercicio de facultades implícitas:

Artículo 25: inciso t).

B- 4. Controversias. Las facultades del ERSeP y el “Caso Estrada”.

Ahora bien, el ejercicio de facultades judiciales por parte del Ente, está previsto de manera precisa al momento ocuparse la ley de las “*Controversias*” que se puedan suscitar con motivo de la prestación de servicios regulados por el ERSeP.

En este sentido, los artículos 32 y 33 de la ley 8835⁵ establecen normas de carácter procesal que gobiernan la actuación del ERSeP de manera

⁵ Artículo 32 ley 8835: “*Los usuarios y terceros interesados, con carácter previo a la intervención del ERSeP, deberán formular un reclamo ante el prestador del servicio quien deberá resolverlo en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos.*

Si el plazo venciere sin que medie resolución del prestador, el reclamante podrá ocurrir al ERSeP.

Toda controversia que se suscite con motivo de la prestación de los servicios regulados por el ERSeP, ya sea entre los distintos sujetos previstos en los respectivos marcos regulatorios, así como entre ellos y los usuarios o con todo tipo de terceros interesados, será sometida en forma previa y obligatoria la decisión del ERSeP, quien, luego de la sustanciación, deberá resolver dentro del plazo de treinta (30) días hábiles administrativos.

Si la cuestión no se resolviera dentro de dicho plazo, el administrado podrá hacer uso ante la Cámara Contencioso Administrativa con competencia por su domicilio de los medios que la Constitución y las leyes provinciales regulan para supuestos de mora de la administración.

En la sustanciación de las controversias el ERSeP está facultado de oficio o a petición de parte para suspender los efectos del acto impugnado, cuando, siendo éste susceptible de causar un grave daño al usuario, estimare que de la suspensión no se derivara una lesión al interés público”.

Artículo 33 ley 8835: “*Las resoluciones del ERSeP causan estado y entiéndese que agotan la vía administrativa, sin necesidad de recurso alguno, pudiendo ser materia de acción contencioso administrativa en los plazos y con los procedimientos fijados en la ley 7182 Ver texto o en el cuerpo legal de la materia que la sustituya”.*

diferente a la de otros organismos autárquicos del ámbito de la Administración de la Provincia, particularmente, según dijimos, en cuanto sus resoluciones causan estado y agotan la vía administrativa, no requiriéndose de la interposición de recurso alguno contra esa resolución. Constituye este apartamiento del régimen procedimental administrativo una saludable innovación, dado el carácter dilatorio y ocioso que la mayoría de los recursos jurídicamente obligatorios interpuestos en sede administrativa han demostrado, en razón de la praxis de ratificación de la resolución previa dictada por el mismo órgano autárquico al momento de resolver aquellos recursos.

Es de tener presente que la facultad jurisdiccional del ERSeP tiene lugar respecto de *“toda controversia que se suscita con motivo de la prestación de los servicios regulados por el ERSeP, ya sea entre los distintos sujetos previstos en los respectivos marcos regulatorios, así como entre ellos y los usuarios o con todo tipo de terceros interesados”*, según preve el artículo 32.

Dispone a renglón seguido esa misma norma que aquella tan abarcativa expresión *“toda controversia”* sobre tan amplia materia —*“que se suscite con motivo de la prestación de los servicios regulados por el ERSeP”*— y sobre tan amplio universo de sujetos, desde que atrapa, inclusive a *“todo tipo de terceros interesados”*, *“será sometida —en forma previa y obligatoria— a la decisión del ERSeP”*.

A la luz del *“Caso Estrada”*, que resolviera en el año 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el cual fuera motivo de nuestra preocupación (Barbará: 2008) nos preguntamos si la amplitud de esa norma resiste el examen de constitucionalidad.

Y ello porque, si bien la Corte, en aquel caso, no descalifica de inconstitucional una norma semejante, pero decididamente menos ambiciosa que el artículo 32 de la ley 8835 —nos referimos al artículo 72 de la Ley Nacional número 24065 en cuanto atributivo de facultades jurisdiccionales del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE)—, la validez de esa norma quedó debilitada en orden a las consideraciones contenidas en ese fallo.

Es de tener presente que la Corte, en aquel fallo, con fundamento en la doctrina de la Suprema Corte Federal de Estados Unidos, entendió que la atribución de jurisdicción primaria a organismos administrativos no rige cuando la cuestión controvertida es ajena al régimen propio de las agencias.

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 —en nuestro caso, la Legislatura de Córdoba— que las emplazó.

La Corte dispuso, entonces,

“Que, de manera general, la expresión “toda controversia” contenida en el artículo citado (artículo 72 ley 54065) 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 artículo 72 de la ley número 24065. Ello así porque tal poder no guarda relación con los motivos tenidos en mira por el legislador al crear el Ente en cuestión...”

A la luz de dicha jurisprudencia el artículo 32 de la ley 8835 ofrece, al menos, dos flancos de críticas: El primero, el referido a la amplitud de la materia sobre la que recae obligatoriamente la jurisdicción del ERSeP; el segundo, el referido a los sujetos comprendidos.

El primero de los extremos —la amplitud de la materia— tiene que ver con la expresión *“toda controversia que se suscite con motivo de la prestación de los servicios regulados por el ERSeP”* (artículo 32). La distinción e indiferenciación referida al amplio universo *“que se suscite con motivo de la prestación de los servicios”* atrapa, en aplicación del principio jurídico *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* —donde la ley no distingue no debemos nosotros distinguir—, también a aquellas controversias cuya dilucidación depende de la aplicación del derecho común, por ejemplo un reclamo de un usuario a un operador por daños y perjuicios.

Entendemos que el fallo de la Corte se opondría a ello.

El segundo de los extremos —el universo de los sujetos comprendidos— es aún más problemático. En efecto, a poco que se repare que la norma obliga a someterse a la jurisdicción del ERSeP a *“todo tipo de terceros interesados”*, terceros en cuanto a la relación de uso de los servicios, la norma avanza para atrapar relaciones extrañas a las nacidas en el acuerdo de voluntades que une al usuario con el operador público o privado. La ley se opone a dos axiomas jurídicos: *res inter alios acta nec nocet nec prodest* —las cuestiones entre partes no perjudican ni benefician a terceros— y *alterum non laedere* —no dañar al otro—.

Y este supuesto fue también expresamente previsto por la Corte, cuando, de manera lúcida, nos dice 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..."

Es de tener presente que la Corte da claras señales de entender que si existiera un texto expreso que involucrara a terceros, el mismo entraría en contradicción con el ya referido axioma *alterum non laedere* constitutivo de un principio general del derecho.

Por lo demás, y en referencia a las funciones jurisdiccionales del ERSeP, resulta pertinente aquí nuevamente manifestar nuestra observación respecto del ejercicio de tales funciones por parte de un Directorio compuesto por representantes de Asociaciones de Usuarios, sobre una materia y respecto de prestadores de servicios, públicos o privados, invistiendo la composición de aquel órgano, si bien parcialmente, el carácter de juez y parte al momento de dirimir una controversia que verse sobre la relación operador –usuario.

La garantía constitucional del debido proceso resulta aquí afectada.

Veamos, ahora, la estructura orgánica del ERSeP.

C- La Estructura Orgánica del ERSeP

La estructura orgánica del ERSeP está prevista en el artículo 30 de la ley 8835.

Artículo 30: "El ERSeP —además del Directorio— tendrá un secretario, y las gerencias de servicios públicos domiciliarios, de transporte público, de concesiones de obra pública y las que se establezcan cuando se apruebe su estructura orgánica.

La contratación de los agentes del ERSeP, así como sus promociones y ascensos, se sujetarán exclusivamente a su capacidad, idoneidad, méritos y eficiencia, conforme al reglamento de trabajo que apruebe el Directorio."

La estructura orgánica del ERSeP se encuentra organizada a través de una Secretaría, de cinco (5) Gerencias y un Área de Atención de Usuarios, todos con dependencia directa del Directorio, así como de un Consejo Asesor Consultivo de Usuarios con relación directa al Directorio.

Las cinco (5) Gerencias son las siguientes, a saber:

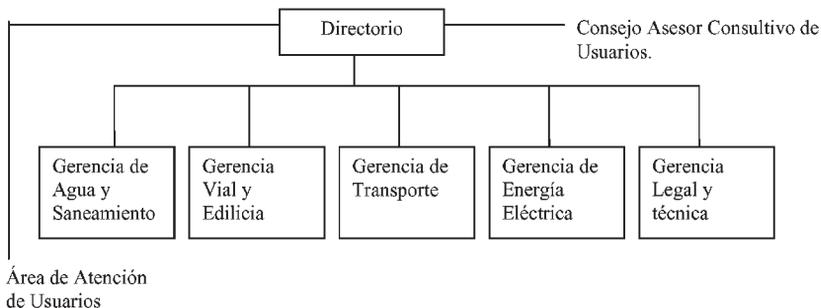
Gerencia de Agua y Saneamiento

Gerencia Vial y Edilicia

Gerencia de Transporte

Gerencia de Energía Eléctrica

Gerencia Legal y Técnica.



La actividad del ERSeP, verificable a partir de las tareas desarrolladas en cada una de las Gerencias, así como del Área de Atención de Usuarios, contribuirá también a formarnos un juicio acerca de si no sería aconsejable conformar diversos entes especializados según los respectivos sectores de servicios a regular y controlar, en lugar de un “*Super Ente Ómnibus*”, según ya lo hemos arriba caracterizado.

Y ello surge de los propios datos que anualmente el ERSeP hace saber, a partir de la Memoria Anual y Balance General que cada año se aprueba formalmente y que refleja la actividad de cada sector que comprende su estructura orgánica, en cumplimiento de la prescripción contenida en el artículo 28 inciso b) de la ley 8835⁶.

En tal sentido, si consideramos la actividad que refleja la Memoria Anual y Balance General correspondiente al año 2007, aprobada en el mes de marzo de 2008, podemos extraer interesantes conclusiones.⁷

En efecto, si nos detenemos en el análisis de la Gerencia de Agua y Saneamiento, constataremos que la misma comprende las siguientes Unidades:

-Unidad económico-financiera: esta unidad, entre sus variadas tareas, se encarga del estudio y control general de la información económico financiera enviada por las numerosas prestatarias del servicio de agua y saneamiento, que prestan servicio en el extenso territorio de la Provincia de Córdoba cuyo número asciende a veintiséis (26), incluyendo Aguas Cordobesas S.A. que presta servicios en el también amplio éjido de la Ciudad de Córdoba⁸.

⁶ El artículo 28 inciso b) de la ley 8835, establece: artículo 28: “*El Directorio del ERSeP tendrá las siguientes atribuciones...b) Elaborar anualmente le memoria y balance*”.

⁷ La Memoria Anual y Balance General correspondiente al período dos mil siete, fue aprobada por Resolución Número seis del Directorio del ERSeP con fecha 19 de marzo de 2008. (Expediente Número 0521-015459/2008).

⁸ La superficie de la Provincia de Córdoba asciende a 165.321 km², y la de su capital, la Ciudad de Córdoba, asciende a 576 km². La población de la Provincia asciende, según censo de 2001, a 3.061.611 habitantes y, en la Ciudad de Córdoba, a 1.315.540 habitantes.

-Unidad gestión de calidad y servicio: entre las variadas y numerosas actividades cumplidas por esta Unidad, se pueden mencionar: verificación de la calidad del servicio de agua y cloacas, a través del control de parámetros analíticos; control de algas y detección de toxinas en prestaciones en las que se registro incremento de eutroficación; el seguimiento de fuentes superficiales de provisión de agua potable en Embalses San Roque y Los Molinos con objeto de evaluación de organismos algales y propuestas para evitar transferencia de toxinas en productos. Se realizaron estadísticas, curvas y elaboración de recomendaciones, con el objeto de prevenir, minimizar y sanear el recurso.

Dentro de esta unidad de gestión de calidad y servicio, existe un área de gestión de reclamos individuales, que motivan la realización de pericias conforme fueren los reclamos; un área de gestión de reclamos colectivos, correspondientes a Barrios y/o sectores urbanos en general, Centros Vecinales e Instituciones en general, un área de auditorías de control a los sistemas de la Ciudad de Córdoba a los efectos de la constatación del estado de las instalaciones y entrega del servicio y prestación de servicios del interior provincial.

-Unidad de Control de Inversiones y Técnica: esta unidad comprende, entre otras actividades, los Registros ISO y la elaboración de dictámenes e informes técnicos.

-Unidad de Asesoramiento Legal: a este aspecto, el Balance Anual de 2007 refiere la cantidad de reclamos ingresados en el transcurso de dicho año —906 reclamos—; la cantidad de reclamos resueltos y archivados —618—.

Pues bien, según se observa, la Gerencia de Aguas y Saneamiento no solo cumple con extensas y variadas actividades, sino que las mismas, por su naturaleza y especificidad, revelan un tratamiento regulatorio y de control determinado por la naturaleza y especificidad del sector de servicios del cual se ocupa.

Ciertamente que la especificidad de la Gerencia Vial y Edilicia, la cual cumple sus funciones a través de la Subgerencia Vial y de la Subgerencia Edilicia, poco tiene que ver con la de la Gerencia de Aguas y Saneamiento.

En efecto, la materia de regulación y control de la red vial concesionada a cargo de la Subgerencia Vial, tales como el estado de transitabilidad de las rutas; su iluminación; su limpieza; su señalización; los inconvenientes de tránsito; los peajes, etc., exige un específico tratamiento por parte del órgano regulador, sustancialmente diferente de la Gerencia de Agua y Saneamiento de la cual arriba nos ocupamos.

Igual consideración nos merecen, las actividades de control y regulación a cargo de la Subgerencia Vial, que se ocupa de concesiones edilicias otorgadas por la Provincia de Córdoba, tales como la vieja denominada Vieja Usina y la Zona Franca.

Las mismas reflexiones podemos efectuar si consideramos la materia de regulación de la Gerencia de Transporte o de la Gerencia de Energía Eléctrica. Y ello porque poco tiene que ver la habilitación y el control de los vehículos que realizan servicios de transporte interurbano de la Provincia, con la prestación del servicio de energía eléctrica en dicha Provincia.

Por tanto, de la propia problemática que aparece reflejada en las actividades anuales del ERSeP, se advierte que la posibilidad que un solo Ente, con una sola estructura orgánica a cargo de Gerencias y bajo la responsabilidad de un solo Directorio, resulta claramente contradictorio con el principal motivo que diera origen, a partir de los noventa, a la aparición de Entes reguladores.

Y tal motivo consistió en la necesidad de especialización de la estructura estatal impuesta por la especialización del mercado en los respectivos sectores de prestación del servicio público, el cual exigía un ejercicio del poder de policía específico y diferenciado.

Las observaciones precedentes tienen su fundamento en que la legitimación de los órganos de regulación estatal depende de su racionalidad y eficacia, y esto, de su experticia e independencia, independencia inclusive entre los mismos órganos regulatorios, y depende de la distancia que guarden de estructuras administrativas que tiendan a reproducir un Estado descomunal, cuyo colapso ya hemos experimentado.

Bibliografía:

BARBARÁ, JORGE EDMUNDO: *Estado de Derecho y autonomía de la voluntad*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2008.

— “Criterios Constitucionales para el control social en la regulación” Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) —Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba— Anuario VI (2001-2002) —Córdoba— 2003.

— “República Argentina: Ruptura de contratos sociales y la cuestión de entes reguladores independientes”. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) —Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba— Anuario VII (2004) —Córdoba—2004.

— “La participación y el control del usuario en los entes reguladores y de control” Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) —Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba— Anuario IX —Córdoba— 2006.

— “El control judicial de entes reguladores y de control: luces y sombras en la evaluación de los entes” Centro de Investigaciones Jurídicas y sociales (CIJS) —Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba— Anuario X —Córdoba— 2008.

— “Participación y control ciudadano en el Estado Post Privatizador” —Ponencia presentada en V Congreso Internacional de CLAD— Santo Domingo —República Dominicana— 2000.

— “Crisis global y Regulación local”. Ponencia incorporada a la página permanente del Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD): <http://www.clad.org.ve/docume.html>.

BARBARÁ, JORGE EDMUNDO - NALLINO, MARÍA ALEJANDRA: “El Estado Post privatizador: De la decisión general a la decisión especializada” —*Revista Jurídica La Ley Buenos Aires*— 25 de marzo de 1996.

PARAMIO, LUDOLFO: “El regreso del Estado: entre el populismo y la regulación”, *Revista del CLAD, Reforma y Democracia*, N° 42, Caracas, 2008.

STIGLITZ, JOSEPH: “Mejorando la eficiencia reciente”, *Revista del CLAD, Reforma y Democracia*, N° 22. Caracas, 2002.

Documentos:

Autos caratulados “*Vieyra Hipólito Amadeo c/ Aguas Cordobesas S.A. y otro -Acción declarativa de certeza*”, tramitados ante el Juzgado de 1° Instancia y 32° Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba

Constitución de la Provincia de Córdoba.

Decreto Número 1370 dictado por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba con fecha 23 de octubre de 2006.

Decreto Número 286 dictado por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba con fecha 10 de marzo de 2008.

Diario “La Voz del Interior”, edición del día 7 de diciembre de 2009.

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en caso “Ángel Estrada y Cía. SA c/resolución. 71/96 -Secretaría de Energía y Puertos” (Expediente Número 750-002119/96) -CSJN-A.126. XXXVI- También puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

Ley de la Provincia de Córdoba Número 8835 “*Carta del Ciudadano*”.

Ley de la Provincia de Córdoba Número 8837 “*Ley de Incorporación de capital privado al sector público*”.

Resolución General Número seis de fecha 19 de marzo de 2008 dictada por el Directorio del ERSeP —Expediente administrativo Número 0521-015459/2008— Memoria Anual y Balance General correspondiente al año 2007.



LA GRATUIDAD DE LOS ESTUDIOS DE GRADO EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

*Horacio Javier Etchichury**

Resumen: El trabajo revisa la constitucionalidad de la Ordenanza 5/90 de la Universidad Nacional de Córdoba. Luego de describir el contenido central de la norma, este trabajo analiza la relación entre ella y los principios de gratuidad y equidad y el de progresividad, todos ellos insertos en el texto constitucional. Asimismo, se examina la articulación entre la ley de Educación Superior y la norma universitaria. Como resultado de los argumentos ofrecidos, se sostiene que la ordenanza no guarda coherencia con las disposiciones de la Constitución Nacional ni con las de la ley de Educación Superior.

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

1-Introducción.

Nuestra universidad tiene en vigencia, desde hace casi veinte años, un sistema de contribución estudiantil, a través de la Ordenanza 5/90. En el presente trabajo, revisamos su contenido y señalamos las distintas razones por las que consideramos que dicha norma es inconstitucional.

1. Sanción y contenidos

La Ordenanza 5/90 fue aprobada por el Honorable Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba en su sesión del 18 de mayo de 1990. Concebida en el marco de una crisis económica y fiscal derivada de la hiperinflación de 1989, la ordenanza se presenta en sus vistos y considerandos como una medida “urgente” para “mantener la actividad universitaria” frente a las “severas restricciones presupuestarias impuestas por el Estado Nacional”.

Su art. 1º establece una “contribución” que deben pagar los estudiantes de la UNC. El pago tiene carácter obligatorio, según resulta del juego armónico de distintos elementos de la norma. En primer lugar, no

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). *Master of Laws*, Yale Law School. Profesor asistente de Introducción al Derecho y profesor ayudante “A” de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Profesor asistente de Epistemología de las Ciencias Sociales, Escuela de Ciencias de la Información, UNC. Correo electrónico: etchichury@hotmail.com.

se califica a la contribución como voluntaria en ninguna parte del texto. Por otra parte, el art. 7º crea un régimen de eximiciones, lo que —*contrario sensu*— define la obligatoriedad como regla. Las excepciones se conceden ante la “imposibilidad” de pago. No hay derecho a eximirse por voluntad propia, sino que el estudiante debe hallarse impedido de abonar. El otorgamiento de eximiciones queda en manos del Rector y los Decanos.

La ordenanza introduce una distinción entre estudiantes argentinos y no argentinos. En efecto: según el mismo art. 7º, “ningún estudiante argentino estará obligado a dejar sus estudios por imposibilidad de pago”. Las eximiciones, por lo tanto, se limitan a este grupo nacional. El texto indica —una vez más, *contrario sensu*— que personas de otra nacionalidad sí deberán abandonar sus estudios ante la imposibilidad de cumplir con la contribución.

Lo recaudado se destina a “complementar exclusivamente los servicios paraeducativos” (art. 1º), definidos como “los insumos necesarios para los trabajos prácticos, para la limpieza de aulas y servicios sanitarios, materiales educativos, mantenimiento del sistema de iluminación, materiales bibliográficos, biblioteca y servicio de computación” (art. 2º). Se trata de gastos corrientes, que deben solventarse mes a mes de modo constante.

En cuanto al monto, la ordenanza fija un límite máximo: la contribución anual de los estudiantes argentinos no puede superar el sueldo mensual básico de un Auxiliar de Segunda de dedicación simple (art. 8º). Este límite se aplica según un criterio de nacionalidad, de modo que la norma habilita a imponer contribuciones más onerosas (en rigor, sin un tope) a los extranjeros.

Un Comité de Asignaciones integrado por dos representantes docentes y dos estudiantiles (arts. 3º y 4º) propone al Consejo Directivo de cada Facultad cómo usar los fondos. El Consejo aprueba en cada caso las propuestas, que deben venir avaladas por al menos uno de los dos delegados del alumnado. Un banco oficial recauda las contribuciones, y entidades sin fines de lucro quedan a cargo de ejecutar lo recaudado (art. 6º).

Este sistema, genéricamente conocido como “contribución estudiantil”, se halla vigente desde 1990. Cabe señalar, aunque no constituye el centro del presente trabajo, que en algunas unidades académicas, la resistencia del alumnado condujo, gradualmente, a su eliminación o reducción a montos simbólicos no obligatorios. En otras, por el contrario, la contribución se mantiene como una fuente relevante de ingresos y el monto se actualiza periódicamente, sin flexibilizar su carácter obligatorio.

2. Argentinos y extranjeros

Una primera objeción constitucional, por supuesto, se halla en el trato diferenciado a los extranjeros. El presente trabajo se centra en la cuestión de la gratuidad; sin embargo, aquí señalamos algunos argumentos contra este tratamiento diverso.

El articulado divide a los estudiantes en argentinos y no argentinos; es decir, distingue a partir de la nacionalidad, un criterio generalmente prohibido en los instrumentos internacionales de derechos humanos¹. Los estudiantes no argentinos se hallan en desventaja de dos formas: 1) no se les garantiza que no deberán abandonar sus estudios si no pueden pagar la contribución; 2) se permite fijarles un monto de contribución más alto que el correspondiente a las personas argentinas.

En defensa de la disposición, puede argumentarse que resulta lógico cargar con una obligación mayor a quienes no han contribuido a lo largo de sus vidas (o por medio de sus familias) al erario público que sostiene a las universidades nacionales, o a quienes —luego de sus estudios— regresarán a su país de origen y no devolverán a la sociedad argentina lo invertido en ellos, a través de sus conocimientos o habilidades.

Este argumento parte de una confusión inicial: concibe los derechos (en este caso, el derecho a la educación) como una especie de préstamo que la comunidad reclamará más tarde. Por el contrario, los derechos constitucionales no se hallan sujetos a semejante condición. De otro modo, sólo correspondería brindar abogado defensor gratuito (CADH, art. 8º.2) a los acusados que sean realmente inocentes, o libertad de expresión (CADH, 13) a quienes tengan algo verdaderamente valioso para decir. Los derechos no ganan su validez a partir de sus resultados, ni representan una acreencia de la sociedad frente al individuo.

Pero no acaba allí el problema: la distinción fijada en la ordenanza presupone que las personas no argentinas tienen una relación transitoria con el país o con sus universidades. Semejante presunción resulta injustificada: la simple condición de extranjero no permite inferir el lapso de residencia cumplido o proyectado. En el marco de la ordenanza, está en igual situación una persona no argentina que lleva treinta años viviendo en el país y otra que llegó hace treinta días, siempre y cuando la primera no se haya naturalizado.

De modo que la distinción podría objetarse, inicialmente, sobre bases de razonabilidad (CN, art. 28). La razonabilidad exige guardar proporcionalidad al momento de limitar derechos por vía reglamentaria (una

¹ Véase, por ejemplo, el artículo 2º.1 de la DUDH, el art. 1º de la CADH, el art. 2º.2 del PDESC y el 2º.1 del PDCEP, entre otros.

función legislativa, según Quiroga Lavié²). Según ha dicho reiteradamente nuestra Corte Suprema, el principio de razonabilidad exige relacionar “los medios elegidos con los propósitos perseguidos”³. Gelli sostiene que una decisión razonable debe guardar: 1) una proporción entre los medios y los fines, según fijó la Corte en “Inchauspe” (1944)⁴; y 2) una relación causal entre la limitación de derechos y el objetivo buscado, tal como el alto tribunal señaló –por ejemplo– en “Irizar” (1996)⁵. En el caso de la ordenanza bajo análisis, no se halla una relación proporcional entre la diferencia de trato establecida y los supuestos objetivos de protección al erario público. Se incluye dentro de la clase menos favorecida (los no argentinos) a personas que bien pueden haber contribuido durante largos años al tesoro estatal. Dicho de otra forma, la categoría resulta sobreinclusiva: abarca más casos de los que correspondería a la luz del objetivo que podemos presumir.

Sin embargo, el trato diferenciado resulta aún más cuestionable por afectar a extranjeros. Este grupo recibe una protección especial de nuestra Constitución. El art. 20 de la ley suprema consagra la igualdad con los nacionales en materia de derechos que no sean políticos; y por otra parte, el art. 14 garantiza derechos a todos los “habitantes”, sin distinción de nacionalidad. En “Repetto” (1988)⁶, la Corte declaró inconstitucional la exigencia de ser argentino para ser maestro preescolar. Diez años más tarde, en “Calvo y Pesini” (1998)⁷, el máximo tribunal declaró por unanimidad la inconstitucionalidad de una norma provincial (el art. 15 de la ley 7625 de la Provincia de Córdoba) por exigir la condición de “argentino” para el desempeño de profesiones en el ámbito de la salud pública provincial, considerando que dicho requisito no constituía una razonable reglamentación del principio de idoneidad violando así la regla de equiparación entre nacionales y extranjeros para el desempeño de sus profesiones consagrada en el artículo 20 de la CN. La Corte instaure a partir de este fallo el criterio de presunción de inconstitucionalidad de normas que esta-

² QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, 3ª ed., Zavallia, Buenos Aires, 2000, pág. 159.

³ “Irizar, José M. c/ Provincia de Misiones”, 12 de septiembre de 1996; *Fallos*, 319:1934 (en adelante, “Irizar” [1996]), voto de la mayoría, considerando 8, con citas concordantes de *Fallos*, 160:247, 171:349 y 243:98

⁴ “Inchauspe Hnos. c/ Junta Nacional de Carnes”, 1 de septiembre de 1944; *Fallos*, 199:483.

⁵ Gelli, 2005: 331. En un sentido similar, Bidart Campos, 1991: 407.

⁶ “Repetto, Inés María c/ Bs. As. Prov. de s/ inconstitucionalidad de normas legales”, 8 de noviembre de 1988; *Fallos*, 311:2272.

⁷ “Calvo y Pesini, Rocio c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo”, 24 de febrero de 1998; *Fallos*, 321:194.

blecen discriminaciones entre ciudadanos y extranjeros para el goce de derechos en el territorio argentino⁸.

En virtud de esta específica protección constitucional, resulta injustificada la carga adicional para los extranjeros permitida por los artículos 7º y 8º de la ordenanza.

3. La gratuidad en la educación superior

La ordenanza 5/90 aparece en contradicción con otro principio constitucional: el de la gratuidad (progresiva) en la educación pública estatal.

Este principio deriva de dos cláusulas principales. Por una parte, el inciso 19 del art. 75 ordena al Congreso “garanti[zar] los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal” en la legislación sobre la materia. Por otra, el art. 13 del PDESC (dotado de jerarquía constitucional) reconoce el derecho de toda persona a la educación, precisando que la de nivel superior “debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, [...] en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”. En el art. 75, la gratuidad no distingue niveles: toda la educación pública estatal es gratuita. El PDESC, en cambio, distingue la situación del nivel superior, donde permite que la gratuidad se implemente de modo progresivo. Esto se dirige a garantizar la accesibilidad económica a la educación, un aspecto que integra las obligaciones de cada Estado parte del PDESC, según ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹.

4. Gratuidad y equidad

La ordenanza 5/90 crea una obligación de pago para quienes ejercen su derecho a la educación superior en una institución pública estatal. De esta forma contradice el principio de gratuidad.

Sin embargo, podría defenderse la norma a partir del principio de equidad, también consagrado en el art. 75 inc. 19 (aunque ausente en el PDESC). Siguiendo esta línea, se afirmaría que la equidad introduce lí-

⁸ La situación de los extranjeros también se planteó en “Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional”, 4 de septiembre de 2007; *Fallos*, 330:3853 [en adelante, “Reyes Aguilera” (2007)]. Allí la Corte rechazó que para conceder una pensión a una niña extranjera discapacitada, se le exigiera un plazo de residencia de 20 años en el país, cuando a los argentinos nativos o naturalizados se les requiere sólo 5 años. Sin embargo, solamente dos ministros fundaron su decisión en la prohibición del trato discriminatorio a los extranjeros. El resto sostuvo que el plazo era demasiado extenso (más allá de que se aplicara sólo a un grupo) y ello lo hacía irrazonable.

⁹ Véase la Observación General (OG) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales núm. 13 (1999), párr. 6. El Comité es el órgano de aplicación del PDESC.

mites a la gratuidad, abriendo la posibilidad de imponer contribuciones a quienes pueden pagarlas. La equidad, entendida en general como una justicia del caso concreto¹⁰, permitiría que personas con recursos económicos aporten dinero para asegurar la existencia del sistema educativo. Dicho de otra forma: la gratuidad no alcanzaría a todos, sino que podría excluir a ciertos grupos con capacidad contributiva¹¹.

Pero esta interpretación presenta problemas. Como objeción principal, señalamos que no se comprende por qué un concepto como “gratuidad” podría tomarse de forma parcializada o reducida, convirtiéndose en “onerosidad moderada”, o algo similar. Según Bidegain, la Corte Suprema ha fijado la pauta de “atenerse a los textos”, dándole a las palabras el sentido “que tienen en la vida diaria”, sin suponer que hay palabras superfluas, o que deben ignorarse o considerarse no escritas¹². Siguiendo esta línea, la noción de gratuidad no permite lecturas parciales: la onerosidad, en cualquier extensión, excluye la gratuidad. Su eliminación no podría presentarse como una regulación razonable (CN, art. 28) ya que no se trata de una reducción proporcional ponderable con relación al fin buscado (por ejemplo, mantener funcionando el sistema educativo). La idea de proporción queda descartada con nociones como “gratuidad”, que sólo pueden tener vigencia completa, y no parcial. Tomar “equidad” como la llave para eliminar la gratuidad volvería superflua la inclusión de este último principio.

Por otra parte, la ordenanza misma, tal como está redactada, ofrece problemas particulares. La distinción entre estudiantes con capacidad contributiva y sin ella abre la puerta a una práctica estigmatizante¹³, a saber, la de revisar las condiciones materiales de vida del alumnado. Quien alegue no poder cumplir con la ordenanza debe allanarse a que se verifique su grado de imposibilidad, esto es, su nivel de pobreza. Cabe agregar que, en muchos casos, esas constancias requieren la inspección de las condiciones de vida privada, la visita al hogar y otros elementos que integran

¹⁰ Así está definida en “Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación de la Nación) formula observación a los Estatutos de la UNC —art. 34, ley 24.521—”, 24 de mayo de 1999; *Fallos*, 322: 875 [en adelante, “UNC” (1999)], voto de la mayoría, considerando 11.

¹¹ Esta interpretación, favorecida en Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 697.

¹² BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, *Curso de derecho constitucional*, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 78. En materia de derechos sociales, la Corte hizo explícito uso de este criterio al distinguir entre las expresiones “protección contra el despido arbitrario” y “estabilidad del empleado público”, incluidas en el art. 14 bis; véase “Madorrán” (2007), voto de la mayoría, considerando 5. Este criterio se reitera en “Gentini” (2008), voto de la mayoría, considerando 12. Ver *Fallos*, 330:1989 y 331:1815.

¹³ Una preocupación semejante, en LEMA AÑÓN, CARLOS, “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, Época II, núm. 22, Madrid 2009, parág. III.1.

el estudio “socioambiental”¹⁴. El resultado de esa investigación constará en un certificado que se integrará a expedientes públicos y señalará a determinadas personas como el grupo de impedidos económicos. Esto afecta, ciertamente, el derecho a ser tratado como un igual por parte de la universidad, y a participar sin marcas discriminatorias en la vida académica. Además, resulta injustificado presumir la capacidad de pago, cargando a quien la niegue la obligación de probar la incapacidad. Si el principio es la gratuidad, y la equidad habilita el cobro para casos concretos, la ordenanza parte del lado opuesto: se presume que todos pagan y la gratuidad representa la excepción.

Por otra parte, la admisión de contribuciones “equitativas” en el nivel universitario permitiría introducir normas semejantes en la enseñanza media o primaria. No hay argumentos que justifiquen limitar la equidad a la educación superior. No puede presumirse que el alumnado de ese nivel (o sus familias) tenga mayor capacidad adquisitiva que el de los demás.

En general, la propuesta de limitar la gratuidad educativa a quienes no pueden pagar se integra en las estrategias de “focalización” de las políticas sociales. Consiste en concentrar (o “enfocar”) esas políticas sobre los grupos que se hallan en la indigencia más extrema. Durante la década de 1990 el BM impulsó estos planteos, incluso proponiendo el arancelamiento de la educación y la salud¹⁵, para hacer más eficiente el gasto social. Actualmente, el Banco Mundial (BM) no mantiene esta propuesta para la educación primaria, pero sí en los niveles secundario y terciario; además, promueve techos salariales para los maestros¹⁶. La noción de derechos, en cambio, supone que la provisión de salud y enseñanza deben financiarse a través de impuestos generales¹⁷, para asegurar que los más pobres queden efectiva y automáticamente exentos sin necesidad de los trámites para lograr una excepción.

Sin embargo, esta eficiencia se orienta a garantizar el ahorro fiscal para el cumplimiento de compromisos externos¹⁸, y no para garantizar la vigencia más extendida del conjunto de derechos sociales. Como señala

¹⁴ A modo de ejemplo, remitimos a la descripción que la Corte Suprema hace de la “serie minuciosa y detallada de diligencias”, destinadas a comprobar la situación de quien solicita una pensión no contributiva por incapacidad para trabajar; la investigación se lleva adelante incluso en el domicilio del solicitante; véase “Reyes Aguilera” (2007), voto de la mayoría, considerando 5.

¹⁵ Véase, por ejemplo, BANCO MUNDIAL, *World Development Report 1994: Infrastructure for Development*, Washington (D.C.), Banco Mundial, 1994, pág. 31.

¹⁶ ABOUHARB, M. RODWAN, Y CINGRANELLI, DAVID, *Human rights and structural adjustment*, Cambridge University Press, Cambridge (GB), 2007, pp. 65-66.

¹⁷ BEITER, KLAUS, *The international protection of the right to education by international law*, Martinus Nijhoff, Boston, 2006, pág. 490.

¹⁸ ABOUHARB, M. RODWAN, Y CINGRANELLI, DAVID, *op. cit.*, pág. 3.

acertadamente Lema Añón, los impulsores de la “focalización” dan por sobreentendido que la adquisición de salud, educación o vivienda se produce naturalmente a través del mercado, y que sólo subsidiariamente se obtienen bajo la forma de derechos sociales a través de una prestación del Estado. Esto implica dar por supuesto que estos bienes tienen el carácter de mercancía¹⁹. En el caso de la Constitución argentina, la educación estatal (de todos los niveles) claramente se integra en el conjunto de derechos, y no de bienes de mercado. El art. 13 del PDESC refuerza esta noción.

Para evitar estos problemas, corresponde encontrar una interpretación de “equidad” que no niegue la gratuidad, sino que la complemente. Tal interpretación no significaría recortar la gratuidad (volviéndola “onerosidad”), sino fortalecerla. De esa forma, la justicia del caso concreto beneficiaría a quienes no logran acceder a la educación superior aun en un régimen de gratuidad. Esta segunda manera de entender la relación entre gratuidad y equidad se halla, precisamente, en la intervención del miembro informante Rodríguez durante la Convención constituyente de 1994. Afirma el convencional: “[...] la gratuidad no será una mera técnica para alcanzar para alcanzar la igualdad de oportunidades, sino una técnica absolutamente insustituible. [...] El principio de equidad [...] impone al Estado la carga de proveer a los habitantes de los medios suficientes para acceder a la educación gratuita.”²⁰.

Bajo esta interpretación²¹, la equidad implicaría la provisión de ventajas adicionales, tales como ayudas alimentarias, becas de materiales o subsidios para el cuidado familiar. De esta manera, no se violenta el sentido común del término “gratuidad” y a la vez se incorpora la noción de “equidad” como justicia anclada en las circunstancias concretas. Su combinación da como resultado la vigencia más plena del derecho a acceder a la educación superior, y no su recorte ni su sujeción a certificados de pobreza, ni su conversión en una mercancía que “por naturaleza” debe pagarse.

La Corte argentina ha presentado su propia lectura de la cuestión en “UNGS” (2008). Allí, convalidó el estatuto de la Universidad Nacional de General Sarmiento, que no incluye la noción de “equidad” en su texto. Sostuvo que la mención explícita no era necesaria²².

¹⁹ LEMA AÑÓN, CARLOS, *op. cit.*, parág. I y III.1.

²⁰ Citado en “UNC” (1999), voto de la mayoría, considerando 8; el texto se halla en el *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente* de 1994, pág. 3181.

²¹ Gelli reseña esta interpretación, pero la descarta; véase GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *op. cit.*, págs. 696-697.

²² Revirtió así la postura anterior, adoptada por la mayoría de la anterior integración de la Corte en “UNC” (1999). Esa decisión obligó a la UNC a incorporar la palabra “equidad” en su Estatuto.

Sin embargo, la decisión en “UNGS” (2008) deja algunos puntos problemáticos. Luego de transcribir la cita del convencional Rodríguez, la mayoría del tribunal adopta un criterio diferente sobre el juego entre gratuidad y equidad. Sostuvo que no se violenta la “relación armónica” entre ambas cuando “por aplicación del principio de equidad y para lograr la igualdad real de oportunidades [...] se dispusiere recurrir a contribuciones o cánones [...], con el fin de instrumentar un sistema de educación superior que efectivamente posibilite que los sectores más postergados en lo económico tengan acceso real a las carreras de pregrado y grado”²³. En otras palabras, no sostiene que la equidad agregue ventajas a quienes las necesiten para poder aprovechar integralmente la gratuidad. Por el contrario, permite imponer contribuciones, siempre que tengan la finalidad de aportar a que sectores de bajos ingresos puedan ingresar a la universidad. Esto significa, en los hechos, adoptar un programa redistributivo muy limitado: tomar fondos de cierta parte del estudiantado para transferirlos a otra más pobre. Huelga señalar que esto evade la redistribución más amplia, desde los estratos de mayor riqueza (que asistan o no a la universidad) hacia el alumnado de menores recursos. El problema central de la interpretación propuesta por esta mayoría de la Corte es que no logra dar vigencia simultánea a las nociones de gratuidad y equidad: la primera cede a favor de la segunda. La hermenéutica adoptada por el convencional Rodríguez, en cambio, habilita la coexistencia plena de ambos conceptos. Por ello resulta más incomprensible que, después de citar extensamente esa intervención del convencional, la Corte tome una postura diversa, sin argumentar ese apartamiento.

Sin embargo, ni siquiera las conclusiones de la Corte Suprema en “UNGS” (2008) logran justificar la ordenanza 5/90. Aun si aceptáramos la posición del Alto Tribunal en la materia, la norma de la UNC bajo análisis no queda abarcada en el marco de lo permisible. Los fondos percibidos como contribución estudiantil no se destinan a asegurar el ingreso de estudiantes menos pudientes. Nada en el articulado de la ordenanza dispone el uso de los recursos para desarrollar programas de inclusión o becas. El objetivo, como se señala en los considerandos de la norma, consiste en

²³ “Estado Nacional - Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad de General Sarmiento s/ res. (au) N° 6/99 H.A.U. —aplicac. Ley 24.521—”, 6 de mayo de 2008, expte. E. 129. XL. [en adelante, “UNGS” (2008)], voto de la mayoría, considerando 9. Una postura similar se halla en “UNC” (1999), voto de la mayoría, considerandos 12 y 13. Allí, la mayoría sostiene que “una afirmación excesiva de la igualdad puede dar lugar a un individualismo donde cada cual reivindique sus derechos sin querer hacerse responsable del bien común”; por lo tanto, la equidad, fundada en la solidaridad y la colaboración (no incluidas en el texto constitucional), justifica la imposición de contribuciones a los alumnos “que pueden hacerlo”, o “que más tienen”.

preservar el funcionamiento de la institución, y no en abrirla a sectores postergados o desfavorecidos.

5. Gratuidad y progresividad

Ahora bien: supongamos que la equidad funcionara como argumento, o bien que aceptáramos que comprar insumos “paraeducativos” sirve —de alguna forma indirecta— para que estudiantes más pobres ingresen a la Universidad.

Aun en ese caso, la ordenanza todavía sería inconstitucional, por afectar el principio de progresividad, consagrado en el art. 2º del PDESC. Según este principio, cada Estado “se compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. El art. 11.1 del Pacto, por su parte, incluye el derecho “a una mejora continua de las condiciones de existencia”, lo que también sirve de base a la progresividad. En cuanto al derecho a la educación superior, el art. 13 del Pacto establece la “implantación progresiva de la enseñanza gratuita” como una manera de garantizar este derecho. De modo que, en principio, cualquier norma que reduzca la gratuidad atenta contra el PDESC.

Una medida regresiva es la que “empeora el nivel de ejercicio o el goce de un derecho”²⁴. Abramovich y Courtis, por su parte, definen a una norma como regresiva respecto de otra cuando “el grado de efectividad del derecho social reglamentado [...] resulte menor al que había alcanzado [...] antes de la sanción de esa norma. Esto es, cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse”²⁵.

No es difícil comprender que la ordenanza 5/90 establece una condición que debe cumplir cada estudiante para poder acceder plenamente a su derecho a la educación superior. Para determinar su carácter regresivo, debe precisarse si la exigencia de pago representa un retroceso frente a la situación existente antes de su aprobación.

²⁴ SEPÚLVEDA, MAGDALENA, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’”, en CHRISTIAN COURTIS (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 132; esta autora elabora su definición a partir de las OG del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

²⁵ ABRAMOVICH, VÍCTOR, Y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pág. 112.

A primera vista, la ordenanza es regresiva. Antes de su vigencia, no era necesario pagar para ejercer el derecho a la educación superior; luego de su aprobación, se debe abonar la contribución o gestionar una excepción por imposibilidad de pago (esto último sólo es viable si se trata de un estudiante argentino).

Para confirmarlo, describamos cuál era el nivel de gratuidad existente en 1990, año de aprobación de la ordenanza 5/90. En ese tiempo, no existía la garantía de gratuidad en la Constitución nacional: el actual art. 75 inc. 19 se incorporó en la reforma de 1994.

La gratuidad se hallaba consagrada, sin embargo, en el mismo PDESC. Este Pacto fue aprobado por el Congreso argentino a través de la ley 23.313, sancionada en abril de 1986, y pocos meses después el Gobierno depositó el instrumento de ratificación. Ello le daba, aun bajo la Constitución de 1853, jerarquía al menos igual a la de las leyes²⁶, en virtud del art. 31. Por lo tanto, la línea de base para determinar la regresividad se halla en la situación existente en 1986, y sólo cumplen con el Pacto aquellas normas que amplían la vigencia alcanzada en aquel año (esto es, que representan un progreso). La ley 23.569, aprobada en 1988, establece hacia el futuro la gratuidad de la enseñanza universitaria por lo menos en el nivel de grado. En su art. 3º inc. h), esta norma prohíbe arancelar los estudios de grado (art. 3º inc. h).

Reiteramos la sucesión cronológica: principio de progresividad del PDESC, en 1986; gratuidad del nivel universitario de grado (al menos), en 1988; contribución estudiantil de la UNC, en 1990. Claramente, la ordenanza constituye un retroceso. Establece una contribución en un nivel que una ley anterior definía como gratuito²⁷. Por ello, la ordenanza ya era regresiva en 1990²⁸, y esto la invalida bajo la vigencia del PDESC.

²⁶ La reforma de 1994 especificó, en el art. 75, inc. 22, la jerarquía de los tratados internacionales, asignándoles un rango superior al de las leyes. En el caso del PDESC, esa misma disposición le da jerarquía constitucional.

²⁷ Por supuesto, también podría aducirse que la ley 23.569 tiene jerarquía superior a la de una ordenanza universitaria. Sin embargo, ese argumento pone en tensión la noción de autonomía universitaria. Creemos que basta con examinar la cuestión a la luz del principio de progresividad para comprender que la ordenanza bajo análisis significa un paso atrás prohibido por el PDESC vigente desde 1986.

²⁸ Y sin dudas, es regresiva hoy. La gratuidad se consagró luego expresamente para todos los niveles educativos estatales a través del art. 39 de la ley 24.195 (o Ley Federal de Educación) sancionada en 1993. Cabe aclarar que ese mismo artículo autoriza a las universidades a “disponer de otras fuentes complementarias de financiamiento que serán establecidas por una ley específica, sobre la base de los principios de gratuidad y equidad”. Sin embargo, estas fuentes no pueden consistir en aranceles estudiantiles. La gratuidad fijada al comienzo del artículo impediría darle ese sentido al concepto de “fuentes complementarias”. Si el legislador hubiera querido autorizar esa modalidad de financiamiento, la habría especificado para marcar una excepción al criterio general.

6. Gratuidad y Ley de Educación Superior

Por último, aun dejando de lado los argumentos constitucionales expuestos, la ordenanza 5/90 tampoco resulta admisible bajo el marco de la Ley de Educación Superior vigente (ley 24.521, sancionada en 1995).

En efecto: esta ley permite (no obliga) a las universidades percibir “contribuciones o tasas por los estudios de grado”, pero éstas “deberán destinarse prioritariamente a becas, préstamos, subsidios o créditos u otro tipo de ayuda estudiantil y apoyo didáctico”; la norma agrega que esos fondos recaudados “no podrán utilizarse para financiar gastos corrientes” (art. 59 inc. c). La ley autoriza a crear contribuciones; pero fija ciertas condiciones en cuanto al destino de los fondos. Si las universidades no desean cumplir esos requisitos, entonces pueden abstenerse de imponer aranceles.

Aquí nos interesa señalar que esta disposición de la ley 24.521 viola, a nuestro juicio, la noción de gratuidad progresiva consagrada en la Constitución y los instrumentos de igual jerarquía, tal como expusimos en los apartados anteriores.

Pero aun si admitiéramos la validez de esta cláusula de la Ley de Educación Superior, la ordenanza 5/90 no resulta aceptable. En primer lugar, porque no destina lo percibido a ayudas estudiantiles como prioridad. Más aún: no se menciona tal objetivo en absoluto. En segundo lugar, porque –en directa contradicción con lo establecido en el art. 59 citado– se asignan los fondos a cubrir gastos corrientes (la adquisición de insumos “paraeducativos”).

7. Conclusión

En los apartados precedentes, hemos expuesto las razones por las que sostenemos que la Ordenanza 5/90 resulta inconstitucional. Afirmamos que afecta el principio de gratuidad consagrado en el art. 75 inc. 19 de la Constitución y en el art. 13 del PDESC, dotado de igual jerarquía. Sostenemos que el principio de equidad, correctamente interpretado, no logra justificar el cobro de contribuciones. Agregamos también que, aun bajo interpretaciones restrictivas de la gratuidad, la ordenanza bajo estudio violenta el principio de progresividad establecido en el PDESC, ratificado por nuestro país en 1986. El carácter regresivo se constata al verificar que la gratuidad para el nivel universitario (al menos, de grado) quedó establecido en 1988, por la ley 23.569. De esta forma, la aprobación de la ordenanza bajo análisis en 1990 significó un retroceso. Por último, señalamos que ni siquiera la ley 24.521 (o ley de Educación Superior) logra dar cobertura a la ordenanza, ya que los fondos recaudados por la UNC no se destinan a los fines exigidos por la ley nacional.

Estos argumentos demuestran, en nuestra opinión, la inconstitucionalidad de la ordenanza 5/90.



APROXIMACIÓN A LA INSTITUCIONALIZACIÓN AMBIENTAL

*Marta Susana Juliá**

Resumen: En el presente trabajo se reflexiona a partir de un conjunto de conceptos y perspectivas de análisis de la cuestión ambiental, desde las ciencias sociales en general y del derecho en particular, sobre algunos aspectos de la institucionalización de la temática ambiental en Argentina.

Se realiza una aproximación al desarrollo institucional alcanzado en la Nación y las provincias, los modelos utilizados, las principales tendencias que se observan para concluir sobre los principales compromisos ambientales asumidos por las instituciones ambientales actuales.

Palabras claves: derecho ambiental - institucionalidad ambiental - gestión ambiental.

Introducción

En el presente artículo nos proponemos reflexionar sobre algunos conceptos que integran la cuestión ambiental actual y forman parte de la construcción de nuevas perspectivas en materia ambiental.

A partir de las relaciones que establece el hombre con su entorno y las múltiples visiones que han dado cuenta del estado, tipo y modalidades de dichas relaciones, por una parte y las demandas hacia las ciencias sociales en general y el derecho en particular de tomar en cuenta estas relaciones, los conflictos y los diferentes marcos en que se desarrollan.

En primer término nos aproximamos a algunas perspectivas de análisis sobre las relaciones del hombre con el ambiente que hacen hincapié en la inclusión de las relaciones de poder que se establece y los conflictos como parte ineludible de su estudio.

En segundo lugar la institucionalización de la temática ambiental, el alcance y significado actual y la importancia de tenerla en cuenta para abordar las situaciones ambientales.

*Dra. Marta Susana Juliá, Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Investigadora del CIJS, Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y docente en distintas Maestrías sobre temáticas ambientales en Córdoba, Santa Fe, y Catamarca.

En tercer término el origen y desarrollo de la institucionalidad ambiental en Argentina y la configuración de modelos institucionales ensayados.

Para finalizar con una caracterización de la institucionalidad ambiental en la gestión gubernamental actual.

Las relaciones del hombre con el ambiente

La primera aproximación que tenemos con el ambiente como tema objeto de interés nos vincula como individuos insertos en el mismo o nos enfrenta a situaciones a resolver como partes de un sistema que aspiramos conocer y comprender.

Para las diversas disciplinas que lo estudian no ha sido sencillo formular explicaciones para comprender el ambiente, conceptualizar su alcance y significado, atendiendo al carácter complejo de los problemas que lo conforman y las múltiples relaciones que hay que tener en cuenta.

Preguntarse cómo observar las relaciones del hombre con su entorno ha sido una forma de explicar por parte de los autores las relaciones sociedad-naturaleza dando lugar a la comprensión de las acciones e interacciones que se desarrollan en los sistemas socio- ambientales¹.

Las descripciones estuvieron centradas en el hombre como parte del entorno, en sus primeros intentos, estableciendo las relaciones naturales como especie con relación al resto de las especies, sin profundizar sobre las relaciones sociales, sólo en los impactos que sus formas de asentamiento y actividades producen sobre el ambiente.

A medida que se avanza en el abordaje de problemas ambientales y se analizan las dimensiones sociales del problema, las relaciones que se resaltan son diferentes y se inicia un estudio sobre relaciones y conflictos donde las ciencias sociales tienen un rol importante.

En las relaciones a profundizar se plantea que: "Son las relaciones sociales de poder las que regulan el acceso, la disponibilidad y la utilización de los elementos de la naturaleza. Esta regulación realimenta el poder, y divide a las sociedades en función de esas disponibilidad y de su usufructo de esta forma, las relaciones entre los humanos son intermediadas por la naturaleza, así como la naturaleza ha sido marcada por las acciones de los humanos"².

¹ En la temática véase GALLOPIN, G. "Ecología y ambiente" en LEEF, E. (Coor) *Los problemas del conocimiento y la perspectiva ambiental del desarrollo*. México: Siglo XXI, 1986, págs. 126-172. o GALLOPIN, G. et al. *Ambiente y desarrollo en América Latina y El Caribe: problemas, oportunidades y prioridades*. Río Negro: Grupo de análisis de sistemas ecológicos, 1991.

² ALIMONDA, H. *Gestión ambiental y conflicto social en América Latina*, CLACSO, Buenos Aires, 2008, pág. 13.

Nos estamos planteando frente al ambiente relaciones de poder que pueden formularse en distintas escalas o niveles de análisis, desde lo internacional y la lógica de poder en los estilos de desarrollo actuales y los modos de producción dominantes, hasta análisis más puntuales siempre enmarcados en este contexto donde podemos observar las situación de las relaciones sociales dominantes y las lógicas que involucran.

Es imprescindible considerar en los contextos de análisis de las situaciones jurídicos ambientales a las relaciones de poder, ya que van a estar presentes en la conformación y funcionamiento de las gestiones ambientales que se desarrollan en los distintos estados.

En consideraciones regionales se afirma que: “es posible verificar que los procesos sociales y políticos vigentes en América Latina reponen una y otra vez la relevancia de los conflictos vinculados con la gestión del ambiente y de los recursos naturales y, consecuentemente, la ingerencia de una reflexión crítica por parte del pensamiento social integrando cada vez más la perspectiva de la ecología política y también de la historia ambiental”³.

Esta demanda de reflexión crítica del pensamiento social se hace sentir e incorpora al derecho ambiental o la perspectiva ambiental del derecho con el planteo de una visión crítica de la normativa haciendo eje en lo ambiental como objeto y en el contexto en que se dictan y aplican las normas.

Se han formulado perspectivas jurídicas como el “critical legal Studies” que plantean claramente que “cualquier derecho establecido no es más que el resultado transitorio y contingente de luchas ideológicas entre sectores sociales y concepciones sobre la justicia, la libertad y demás valores sociales”⁴.

Serrano Moreno establece una definición de derecho ambiental como “el sistema de normas, instituciones, prácticas, e ideologías jurídicas eventualmente útiles para la tutela del equilibrio de los ecosistemas”⁵ donde se pone en evidencia el contexto que debe observarse en un sistema de normas dado.

En el análisis de la cuestión ambiental desde el campo social aparecen diferentes formas de aproximación a los problemas, destacándose la necesidad de abordar los conflictos que se producen asociados a la temática.

³ Ibidem, pág. 14.

⁴ MESA, D. A. “Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo: el movimiento ‘critical legal studies’”. *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali. Vol 2, págs. 129-159, 2002.

⁵ SERRANO MORENO, J. L. *Ecología y Derecho: principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*, Comares, Granada, 1992, pág. 42

Podemos definir el conflicto como “aquellas situaciones de disputa o divergencia en la que existe una contraposición de intereses, necesidades, sentimientos, objetivos, conductas, percepciones, valores y/o afectos entre individuos o grupos que definen sus metas como mutuamente incompatibles”⁶.

En su análisis Azuela afirma que son “los conflictos no puramente ambientales sino que tienen un carácter social que merece ser tomado en cuenta. Pero, más allá de este reconocimiento, lo que los aleja irreconciliablemente de la manera que nos proponemos abordar el conflicto ambiental son algunos de sus supuestos sobre el papel mismo del conflicto en la realidad social y, en consecuencia, sobre las manera de intervenirlo. Las diferentes visiones de esta perspectiva (mediación, negociación, conciliación, arbitraje, facilitación) parten de la idea que es necesario hacer algo con los conflictos y esa intervención se orienta principalmente a su resolución”⁷.

En este aspecto coincidimos además con Azuela en que se trata de una “visión normativa que se resiste a aceptar que el conflicto sea parte constitutiva e inevitable de las relaciones sociales”⁸.

El conflicto ambiental puede considerarse como “una tipología del conflicto social en el que el enfrentamiento y las desavenencias se manifiestan en algún tipo de alteración de las condiciones del ambiente o la calidad de vida de las personas”⁹.

La discusión de lo ambiental como objeto le planteó al derecho posiciones tales como considerar la inexistencia de una materia en términos jurídicos hasta la creación de una rama específica con objeto propio. El conflicto forma parte de las temáticas poco visibles a profundizar en materia ambiental.

La institucionalización de lo ambiental

En el estudio de la temática ambiental, en su corta historia, se han definido importantes conceptos y precisado innumerables relaciones e interrelaciones tanto entre sus elementos como en los numerosos sectores que lo constituyen, lo que ha dado lugar a una percepción de la problemática ambiental más integral.

⁶ LÓPEZ MARTÍNEZ, M. (dir.) *Enciclopedia de la paz y conflictos*. Eirene, Granada, 2004, pág. 149.

⁷ AZUELA, A. y MUSSETTA, P. “Algo más que el ambiente. Conflictos sociales entre áreas naturales protegidas de México”, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de Quilmas (en prensa), 2009, pág. 3.

⁸ *Ibidem*, pág. 4.

⁹ *Enciclopedia de la paz y el conflicto*, pág. 156.

Para algunos autores “Lo ambiental se constituyó en un predicado con presencia real en el ámbito de las luchas por la producción de significaciones precisamente a partir del universalismo evidente y su carácter omnímodo”¹⁰.

Hoy podemos considerarlo un tema instalado en cuanto a significaciones y carácter pero con una enorme discusión en cuanto al alcance y su inserción en la agenda pública de sus problemáticas.

En cuanto a la situación en América Latina se afirma que “por un lado se había generado un ‘ambientalismo de resultado’, clientela elocuente de las instituciones estatales y de los medios de comunicación que confluyen en un intento de formulación de preguntas de hegemonía en el ámbito de la política ambiental y por extensión en la definición de las condiciones de apropiación y usufructo de la naturaleza latinoamericana”¹¹.

Es por ello que indagar en la institucionalización de la problemática ambiental en Argentina nos parece un tema de suma relevancia que inicia un camino de profundización en la política ambiental que se instala desde los sectores gubernamentales.

Hemos entendido la institucionalización con una conceptualización propia a los fines del trabajo realizado, ya que nuestro análisis, que parte desde la ciencia del derecho hacia el fenómeno social de la institucionalidad ambiental, pondrá énfasis en las instituciones entendidas como aquellas entidades públicas formales destinadas a adquirir estabilidad en el tiempo y a cumplir diversas funciones, compuestas por un conjunto de roles sociales o que definen un conjunto de roles sociales; conformadas por una variedad de actores, regidas por un determinado marco legal, y situadas en relación a determinados contextos sociales, históricos, políticos y económicos.

En este sentido coincidimos con el concepto propuesto por Enrique Cáceres Nieto en tanto entiende por institución “a aquellos organismos creados por virtud de la propiedad constitutiva del discurso jurídico que cumplen determinadas funciones sociales y pueden ser concebidos como microsistemas sociales”¹².

Nos referiremos a las instituciones como aquellos organismos que son creados por disposición legal que, además del específico acto de creación, suele establecer (en la misma norma o en complementarias) las funciones y atribuciones del mismo y su estructura orgánica. Cabe aclarar que

¹⁰ ALIMONDA, op. cit., pág. 15.

¹¹ ALIMONDA, op. cit. pág. 15.

¹² CÁCERES NIETO, ENRIQUE. Institucionalismo jurídico y constructivismo social. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XXXIV, n° 100. Enero-Abril de 2001. pág. 30. En la web en: <http://www.juridicas.unam.mx> (20/09/2008).

estas instituciones a las que nos referimos son aquellas que surgen y se desenvuelven en el ámbito público estatal en sus diferentes niveles.

Para algunos autores: “Desde el punto de vista ambiental, ni la legislación ni la nueva institucionalidad (y mucho menos la producción discursiva) otorgan garantías efectivas para los sectores populares, ya que los interlocutores preferenciales son los agentes del capitalismo gestor de exportaciones, recursos naturales y servicios públicos”¹³.

El análisis de los contextos políticos en que están funcionando las instituciones ambientales y los poderes dominantes que están fijando condiciones en gran parte de las relaciones son algunos de los aspectos con que se enfrentan diariamente.

El análisis de las instituciones no puede estar alejado de las políticas generales de la gestión que se trate, ya que van a estar imbuidas de decisiones que las acotan o restringen en cuanto al ambiente deseado o posible en un momento determinado.

Es por ello que se considera que: “Las bases institucionales presentan contradicciones a la hora de tomar decisiones frente a conflictos de actividades de un área (por ejemplo la actividad agrícola, actividad turística, entre otras)”¹⁴. Claramente las contradicciones están presentes en las diferentes políticas que guían una gestión donde lo ambiental empieza a hacerse lugar en la agenda pero no la integra y compite con políticas globales.

La presencia de problemas ambientales genera toma de posiciones y actitudes que no siempre forman parte de las decisiones políticas o que incluso las contradicen, es necesario plantear una serie de debates sobre diferentes aspectos que todavía no se han planteado en nuestro país.

Entre las propuestas que realizan los autores sobre los debates pendientes en las distintas gestiones gubernamentales y que deben considerarse, aparece entre otros destacados: “una discusión que deberá integrar la agenda se refiere a la discusión de la cosa pública y la toma de decisiones sobre tales asuntos públicos”¹⁵.

Las instituciones ambientales. Un contexto de análisis

Para comprender y profundizar en las situaciones jurídico ambientales se torna necesario ubicarse en diferentes contextos de análisis

¹³ ALIMONDA, op. cit. pág. 16.

¹⁴ ALVARADO MERINO, G “Políticas neoliberales en el manejo de los recursos naturales en Perú: el caso del conflicto agrominero de Tambo grande” en *Gestión ambiental y conflicto social en América Latina*, CLACSO, Buenos Aires, 2008, pág. 78

¹⁵ *Ibidem* pág. 78.

que conforman el problema, uno de ellos lo configuran las instituciones o los contextos institucionales en los que se abordan los problemas.

La institucionalización de la temática ambiental en el ámbito gubernamental tiene su origen en el marco de la recuperación de la democracia en Argentina que inicia el proceso de inserción de la dimensión ambiental en lo institucional con modalidades propias en los distintos niveles de gobierno.

El reinicio de la democracia (1983) es el momento histórico en que se reconstruyen las administraciones públicas en Argentina, organizando los nuevos gobiernos democráticos en los distintos niveles (nación, provincias y municipios) y allí se incorpora la temática ambiental en la gestión pública.

En el contexto internacional, en esa época, ya habían transcurrido trece años de la cumbre de Estocolmo sobre medio ambiente humano (1972) y la temática ambiental se encontraba en crecimiento, tanto en la difusión de los principales problemas como en la discusión de los modelos de desarrollo de la sociedad y su impacto en el entorno.

En Argentina, en las distintas jurisdicciones, se empezaban a conformar en la década de 1983 a 1990 las primeras instituciones ambientales gubernamentales. De acuerdo a la definición de la cual partimos, entendiendo como “aquellas organizaciones públicas formales destinadas a adquirir estabilidad en el tiempo y a gestionar la problemática ambiental de una determinada jurisdicción, compuestas por un conjunto de roles sociales o que definen un conjunto de roles sociales; conformadas por una variedad de actores, regidas por un determinado marco legal, y situadas en relación a determinados contextos sociales, históricos, políticos y económicos”¹⁶.

En las primeras instituciones que se crean en Argentina, en la década de los ochenta, destacamos que particularidades tienen y como se configuran las áreas encargadas de gestionar los problemas en cada una de las jurisdicciones que se crearon en esta etapa.

A nivel nacional la Secretaría de Ambiente Humano con dependencia del Ministerio de Economía le da un perfil singular a la modalidad elegida por el gobierno nacional. Si bien su formalización no es a través de una ley específica sino por la ley de ministerios, no cuenta con ley general ni orgánica del ambiente. Se crea incluyéndose en la estructura del ministerio el espacio institucional ambiental que va a gestionar la problemática a nivel nacional.

¹⁶ JULÍA, M; DEL CAMPO, MC y FOA TORRES, J. *La Institucionalización ambiental en Argentina*. Lerner, Córdoba, 2009.

En las jurisdicciones provinciales vamos a observar diferentes modalidades de incorporación de las instituciones ambientales en la estructura de los gobiernos provinciales.

En la provincia de Córdoba, en la gestión de gobierno que se inicia en 1983, se incorpora la Subsecretaría de Gestión Ambiental en el Ministerio de la Función Pública. Dos años después, se dicta la ley provincial 7343 sobre “los principios rectores para la preservación, protección defensa y mejoramiento del ambiente”, donde se ratifica la Subsecretaría de Gestión Ambiental como autoridad de aplicación.

La provincia de La Rioja conforma un espacio en el área de Salud como Dirección de Medio Ambiente.

La provincia de Río Negro a partir de 1985 crea el Consejo de Ecología y Medio Ambiente generando una instancia de coordinación de políticas en el gabinete de gobierno.

Mendoza establece una importante institucionalización de la temática en un Ministerio, entre las primeras provincias junto con Misiones, que lo ubica en la más alta jerarquía, asociado al Urbanismo y la calidad de vida.

La provincia de Misiones, en el mismo año que Mendoza, crea el Ministerio de Ecología y Recursos Naturales con dependencia del Poder Ejecutivo.

Como síntesis, en la década de los ochenta, son seis jurisdicciones que institucionalizan su espacio ambiental a nivel gubernamental dando inicio a este proceso en Argentina. En el resto del país, los problemas ambientales eran asumidos por diferentes áreas de gobierno, sin un espacio específico o una institución propia, dando respuesta gubernamental de esta manera al tema.

Durante la década de los noventa (1990-2000), se produce una situación particular: por una parte, encontramos muchas provincias que dictan sus leyes generales de ambiente y a partir de las mismas se institucionaliza el tema y, por otra parte, provincias que crean instituciones ambientales, a pesar de no tener ley, en distintos sectores de la administración pública provincial.

Las provincias que organizan su institución ambiental gubernamental en este período son: Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Formosa, Jujuy, Corrientes, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán. Un total de dieciséis jurisdicciones.

A partir del año 2000 y hasta la actualidad, podemos destacar que en la provincia de Entre Ríos se institucionaliza el tema y en la provincia de Chubut, La Pampa y La Rioja se dictan sus leyes generales.

En la jurisdicción nacional, en el año 2002, se dicta la Ley N° 25.675 “General de Ambiente” como ley de presupuestos mínimos, que establece la política ambiental nacional y, en el año 2006, se jerarquiza la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable donde pasa a depender de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

Los modelos institucionales

De acuerdo a las distintas formas de institucionalización ambiental en Argentina a través del tiempo se han elaborado cuatro categorías de modelos institucionales.

- a- Modelo netamente ambiental: comprende aquellos organismos de mayor jerarquía en las administraciones que se encuentran representados en la creación de ministerios y secretarías de estado para atender la temática ambiental;
- b- Modelos con menor jerarquía y dependencia funcional de ministerios de objeto compartido: comprenden aquellos organismos que no tienen ni rango de ministerio ni secretaría de estado y que dependen de ministerios donde la temática ambiental se encuentra asociada a otros temas;
- c- Modelos con menor jerarquía y dependencia funcional de ministerios con otra temática: comprende aquellos organismos que no tienen rango de ministerio ni de secretaría de estado y que dependen de ministerios que se ocupan de otras temáticas como producción, economía, etc.
- d- Modelo no estructurado en organismos tradicionales: el modelo seleccionado no se encuentra comprendido en la estructura tradicional del estado.

Ello nos permite sistematizar las instituciones existentes en estas categorías ubicando su jerarquía en la administración de cada jurisdicción en función de su dependencia, indicando su cercanía al responsable del Poder Ejecutivo, en cada jurisdicción (Presidente, Gobernador). El modelo no estructurado en organismos tradicionales, como el caso de las Agencias, puede competir con los modelos netamente ambientales, en cuyo caso dependerán de su autarquía y su relación con el titular del poder ejecutivo, lo que le permitirá realizar acciones de mayor independencia que incluso un ministro o secretario de estado.

Los gobiernos de las distintas jurisdicciones pueden modificar o no su modelo institucional a través del tiempo, de acuerdo a las distintas gestiones de gobierno, a las prioridades que cada gestión otorga al tema, es que se van a jerarquizar o no las áreas ambientales según la importancia otorgada o las prioridades establecidas.

Situación institucional ambiental en 2008

El siguiente cuadro representa el estado de situación en cada jurisdicción a diciembre de 2008, donde se describe el organismo que tiene a cargo la temática ambiental, de que área de gobierno depende y cual ha sido la última modificación que jerarquiza el organismo.

Jurisdicción	Organismo	Dependencia	Modificación en la jerarquía/año
Nacional	Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable	Jefatura de Gabinete de Ministros	2006
Provincial	Organismo	Dependencia	
Buenos Aires	Organismo provincial para el desarrollo sustentable	Jefatura de Gabinete	2007
Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Agencia de Protección Ambiental	Ministerio de ambiente y espacio público Org. Autárquico	2008
Catamarca	Subsecretaría del Ambiente	Secretaría de Agua y Ambiente	
Chaco	Ministerio de Infraestructura, Obras, Servicios Públicos y Medio Ambiente	Poder Ejecutivo	2008
Chubut	Ministerio de Medio Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable	Directa del Poder Ejecutivo de la provincia	
Córdoba	Secretaría de Ambiente	Del Poder Ejecutivo	2007
Corrientes	Instituto Correntino del Agua y el Ambiente	Ente autárquico descentralizado.	
Entre Ríos	Secretaría de medio ambiente y ecología	Del Poder Ejecutivo	
Formosa	Ministerio de la Producción y el Ambiente	Poder Ejecutivo	2008

Jurisdicción	Organismo	Dependencia	Modificación en la jerarquía/año
Jujuy	Secretaría de Estado de Gestión Ambiental	Poder Ejecutivo	2008
La Pampa	Subsecretaría de ecología	Directa del Poder Ejecutivo	
La rioja	Secretaría de Ambiente	Directa del Poder Ejecutivo	
Mendoza	Secretaría de Medio Ambiente	Directa del poder ejecutivo	2007
Misiones	Ministerio de Ecología y Recursos Naturales Renovables y Turismo.	Directa del Poder Ejecutivo de la provincia	2008
Neuquén	Subsecretaría de Medio Ambiente	Secretaría de Estado de Recursos Naturales	
Río Negro	Secretaría de medio Ambiente	Directa del Poder Ejecutivo Provincial.	
Salta	Ministerio de Ambiente y Desarrollo	Poder Ejecutivo.	2008
San Juan	Subsecretaria de Medio Ambiente	Secretaría de Turismo Cultura y Medio Ambiente	
San Luis	Ministerio de Medio Ambiente	Directa del Poder Ejecutivo	
Santa Cruz	Subsecretaría de medio ambiente	Jefatura de gabinete	
Santa Fe	Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable	Ministerio de Agua Servicio Públicos y Medio Ambiente	
Santiago del Estero	Dirección General de Recursos Forestales y Medio Ambiente	Ministerio de Producción, Recursos Naturales, Forestación y Tierras.	
Tierra del Fuego, Antártica e islas del Atlántico Sur	Subsecretaría de Recursos Naturales	Poder Ejecutivo	
Tucumán	Secretaría de Medio Ambiente	Ministerio de desarrollo productivo	

Los modelos de la actual gestión iniciados en 2007 y las administraciones que han jerarquizado la problemática representan un porcentaje importante de las gestiones públicas ambientales en Argentina.

El 48 % de las jurisdicciones provinciales han jerarquizado sus organismos durante las actuales gestiones gubernamentales. La modalidad seleccionada en nueve de ellas, para jerarquizar el área es con organismos netamente ambientales, dos con organismos no tradicionales y una que ascendió su jerarquía dentro del ámbito de dependencia de ministerios de objeto compartido.

En el total de jurisdicciones, considerando Nación, provincias y ciudad autónoma, dieciocho tienen formuladas sus leyes generales de ambiente, las restantes establecen en sus leyes de ministerios y en los decretos de creación de organismos las pautas generales de la política ambiental.

Reflexiones finales

La temática ambiental se ha institucionalizado en el ámbito gubernamental, poniendo de manifiesto las características de los espacios asignados a este tipo de problemas y las modalidades con que se están enfrentando las situaciones que se presentan.

Hoy podemos considerar que la temática ambiental se encuentra instalada en el ámbito gubernamental en cuanto a significaciones y carácter de las áreas que la gestionan, pero con una enorme discusión en cuanto al alcance y su inserción en la agenda pública de sus problemáticas. Se puede afirmar que los problemas ambientales se incorporan cada vez con mayor asiduidad a la agenda y numerosos conflictos socio-ambientales toman entidad y visibilidad para las gestiones.

El contexto que hoy representan las instituciones ambientales está caracterizado por los modelos seleccionados, los marcos normativos con que cuentan y el andamiaje administrativo diseñado para la gestión en el territorio.

La Constitución Nacional ha impuesto a las autoridades una serie de exigencias en materia ambiental, donde se destaca el deber que tienen las autoridades de proveer a la protección ambiental y demás obligaciones que surgen de la cláusula ambiental constitucional. Todo ello constituye un marco de exigencia ineludible por parte de quienes tienen la responsabilidad de gestionar en lo ambiental en los distintos niveles y sectores gubernamentales.

Los problemas ambientales que deben atender las instituciones ambientales gubernamentales manifiestan un compromiso social que está en constante crecimiento, muestra de ello es la presencia de numerosos conflictos entre distintos actores y sectores que son acompañados por la

ciudadanía (temas como residuos, minería, entre otros), lo que implica que los distintos actores van a demandar una accionar de las instituciones en cuanto a su objeto: ya sea hacia el cumplimiento de las políticas ambientales existentes o en la formulación y definición de nuevas políticas que guén la gestión y faciliten la relación con la sociedad.

Las instituciones, de acuerdo a su importancia, su historia, su experiencia en la temática ambiental se enfrenta a distintos conflictos ambientales, que en muchos casos, se presentan ante estas instituciones para ser dirimidos en su ámbito, dependiendo su entidad y complejidad donde puede la administración convertirse en árbitro o ser parte del mismo.

En la relación del hombre con el ambiente y la manera en que se institucionalizó la temática en el ámbito gubernamental se observa que algunos conflictos van a adquirir visibilidad y generar participación en la medida que llega, producto de acciones previas, a la instancia de las instituciones ambientales. Esta regulación del conflicto va tener un alcance y significado frente a los afectados.

La presencia de conflictos ambientales de diverso tipo, entidad, problemática ponen en evidencia su presencia en el escenario político, la visibilidad que tienen para la sociedad y como se involucran los distintos actores en los problemas y en la gestión que se realiza sobre los mismos.

Asimismo, van a adquirir nuevos significados los conflictos a partir de los movimientos sociales, la participación ciudadana que se incrementa, la difusión y el acceso a la información, pero también desde la construcción que realicen las instituciones sobre el ambiente deseado y posible al que se aspira.



LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE AGENCIAS. LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL Y EL CASO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA – REPÚBLICA ARGENTINA

*María Alejandra Nallino**

Resumen: El artículo analiza la creación de agencias como parte del proceso de reforma del Estado y su administración pública, en el contexto doctrinario e institucional internacional. Asimismo, expone algunas características del caso de agencialización en la Provincia de Córdoba-Argentina.

Palabras clave: Nueva Gestión Pública – Agencias – Reforma del Estado – Administración Pública.

Introducción

Desde hace tres décadas se verifica a nivel internacional la implementación de procesos de reforma del Estado, de intensidad y alcance variado, impulsados como reacción ante el colapso de la matriz estadocéntrica de relación Estado-sociedad.

Simultáneamente, se registra en el campo doctrinario un renovado interés por el estudio del Estado y su administración (March y Olsen, 1997, Olsen, 2005); precisamente en el momento en que sus roles y modos de actuación son objeto de fuertes controversias.

La crisis del modelo de desarrollo centrado en el Estado dejó como saldo una acentuada disconformidad en el seno de la ciudadanía que socavó las bases de la legitimidad de la acción del Estado. En efecto, de modo creciente sus productos (ya se trate de bienes, servicios o normas) no resultan satisfactorios para los ciudadanos que son sus destinatarios, en términos de calidad, cantidad, oportunidad, precio, tranquilidad, seguridad o justicia.

*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 Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Córdoba, Profesora Adjunta de Historia del Pensamiento Político, Profesora Adjunta de Introducción a la Ciencia Política y Relaciones Internacionales, ambas asignaturas de la carrera de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. Docente Investigadora.

Esta insatisfacción se traduce en una discusión acerca de cuáles son las funciones que debe cumplir el Estado y acerca del modo en que deben ser cumplidas esas funciones y las acciones necesarias para encauzar los procesos de reforma.

Como se advierte, coexisten en la problemática de la reforma del Estado dos cuestiones fundamentales que se pueden resumir en la formulación de dos interrogantes: ¿qué? y ¿cómo?, esto es, ¿qué hace o debería hacer el Estado? y ¿cómo lo hace o debería hacer?

La primera cuestión remite al problema del trazado de límites entre Estado y sociedad y se concentra en el contenido de la acción pública, redefiniendo su finalidad, objetivos y alcance (Echevarría Ariznabarreta, 2000), o en otras palabras, la definición de aquello que se estima que el Estado debe hacer y no puede delegar a los particulares su provisión o satisfacción y paralelamente, la definición de aquello que queda librado a los particulares. A partir de la respuesta dada a este problema se derivan al menos tres modelos de relación Estado-sociedad, según se atribuya la capacidad de coordinación social al Estado, al mercado o a las redes (Messner, 1999, Nallino, 2008).

La segunda cuestión que caracteriza los debates sobre reforma del Estado es la relativa al modo o forma en que el Estado asume la realización sus funciones, abarcando la discusión tanto el aspecto estructural como procedimental de la acción de la administración pública. El eje de la discusión lo constituye la viabilidad del modelo burocrático de gestión de la administración y la posibilidad de su sustitución total o parcial por estructuras y procedimientos alternativos como los modelos gerencial y participativo.

Ciertamente, la distinción en torno al qué y cómo del accionar del Estado, no cumple sino una finalidad analítica, separando sólo transitoria y provisionalmente dos aspectos de una misma realidad que no puede ser cabalmente abordada y comprendida sin acordar previamente su mutua interrelación.

Es así que los procesos de reforma llevados adelante desde la década del ochenta a nivel internacional se han caracterizado por abordar de manera más o menos explícita ambas dimensiones, implementado lo que se ha dado en llamar “Nueva Gestión Pública” (“New Public Management” —NPM— entre los autores de habla inglesa) o “Administración Gerencial”.

La Nueva Gestión Pública reconoce sus primeros desarrollos doctrinarios y prácticos en países desarrollados de tradición anglosajona (Reino Unido, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Australia y Canadá), pero fue rápidamente adoptado a nivel internacional por países con tradición política y administrativa diferente (Latinoamérica, Europa continental), en

algunos casos como resultado de decisiones reformadoras relativamente autónomas (isomorfismo mimético) y en otros casos como consecuencia de presiones formales o informales para que se reproduzcan sus instituciones y pautas de funcionamiento (isomorfismo coercitivo).

Bajo el nombre Nueva Gestión Pública son comprendidos un conjunto de corrientes y modelos de gestión clasificables en dos líneas principales: el enfoque neempresarial de corte neoliberal y el enfoque neopúblico (Ramíó Matas, 2001).

Ambos enfoques presentan características comunes que permiten su complementariedad, si bien existe entre ellos importantes diferencias referidas a las respuestas que dan a los problemas detectados.

Una característica común es el cuestionamiento de ambos enfoques al modelo centrado en el Estado.

El Estado, a partir de sus atributos específicos, esto es, su carácter de unidad de dominación territorial, legítima y soberana¹ (Weber, 1996), se situó históricamente como la instancia privilegiada de coordinación social.

Consecuente con este postulado, desde la Teoría del Estado se afirma que el fin o sentido objetivo inmanente del Estado es su función social, su acción social de coordinación² (Heller, 1992), toda vez que la legalidad característica de la economía capitalista, esto es, una orientación en sentido mercantil y de rentabilidad, o de máximo rendimiento, no provee siquiera las condiciones de seguridad del tráfico que la propia economía capitalista requiere³. Menos aún -se sostiene- produce un orden equitativo entre los individuos. De allí que, desde esta perspectiva, el Estado deba intervenir como mecanismo compensatorio de fuerzas desiguales.

Así, la coordinación mediante el Estado se caracteriza en términos generales por ser (Lechner, 1997: 8; Messner, 1999:117):

- Centralizada: El Estado es quien de modo exclusivo ordena la sociedad;

¹ *“El Estado moderno es una asociación de dominio de tipo institucional que en el interior de un territorio ha tratado con éxito de monopolizar la coacción física legítima como instrumento de dominio y reúne a dicho objeto los medios materiales de explotación ... colocándose a sí mismo, ... en la cima suprema.”* (Weber 1996:1060).

² Según Heller la función del Estado consiste en *“la organización y activación autónomas de la cooperación social - territorial, fundada en la necesidad histórica de un ‘status vivendi’ común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica, la cual, en tanto no exista un Estado mundial, aparece delimitada por otros grupos territoriales de dominación de naturaleza semejante.”* (Heller, 1992:221).

³ Por cierto, *“la economía capitalista del dinero reclama, tanto para el derecho privado como para la administración, la previsibilidad, extendida a un territorio lo más amplio posible, de un derecho sistematizado.”* (Heller, 1992:150).

- Jerárquica: Las decisiones son adoptadas por los órganos autorizados a través de los procedimientos legales establecidos e impuesta a los subordinados;
- Pública: Tiene como fundamento normativo y destinatario de su acción el bien común y la ciudadanía;
- Intencional: Responde a criterios y propósitos fijados con intencionalidad política.

El modelo de coordinación centrado en el Estado, cuya intervención en la sociedad se legitima por el “fracaso del mercado”, tiene a tal fin, sin embargo, condiciones de eficacia sumamente exigentes. En efecto, la acción racionalizadora del Estado demanda (Lechner, 1997:9):

- Nivel de complejidad social relativamente bajo en comparación con la realidad modificada que implica la globalización;
- Relación de causalidad simple y directa, a fin de influir sobre los destinatarios de la acción.

La crítica ha señalado las limitaciones del modelo centrado en el Estado, algunas de las cuales son consecuencia, precisamente, de la brecha que existe entre las condiciones ambientales necesarias para su éxito y las realmente existentes.

Otra limitación, especialmente destacada por el enfoque neopúblico, está asociada a la clausura, falta de apertura de las instituciones estatales. La ausencia de mecanismos de participación social es consecuente con el modelo centrado en el Estado y los supuestos sobre los que se edificó la organización, esto es, la idea de una sociedad débil y la identificación de lo público con lo estatal (Martínez Nogueira, 2000). De modo concomitante, una tendencia centralizadora y autocrática (Bresser Pereira, 1997).

A estas, se suma la crítica del enfoque neoempresarial que denuncia la “colonización del Estado”. La coordinación jerárquica constituye –afirma– una “*tiranía depredadora*”, originada en la conducta oportunista de los actores sociales (Scharpf, 1997). Desde esta perspectiva, el Estado padece la *colonización y captura* de “*los grupos de interés que medran a costa del consumidor y del contribuyente; de los partidos políticos y de los burócratas que se dedican básicamente a engrosar sus presupuestos y sus privilegios, y de los gobiernos que procuran perpetuarse en el poder a costa del bienestar público.*” (Messner, 1999: 86).

Otra característica común es el cuestionamiento que tanto el enfoque neoempresarial como el enfoque neopúblico formulan al modelo burocrático weberiano.

El modelo burocrático se ha caracterizado por su pretensión de lograr la juridicidad de la actuación de la administración. La aplicación ob-

jetiva y general de la norma jurídica en la actuación del Estado representa, para este modelo, el medio adecuado para garantizar la libertad y los derechos políticos y económicos y evitar la arbitrariedad⁴ (Weber, 1996). Su valor central es la seguridad jurídica.

Representa la operacionalización del modelo de dominación legal racional weberiano, instituido sobre la base de una regulación jurídica —a través de un derecho objetivo— de las conductas a observar por funcionarios profesionales en el ejercicio de sus funciones; establecidas estas, de acuerdo con una clara y firme definición de competencia (ámbito de deberes y servicios objetivamente delimitado con la asignación de los poderes necesarios para su ejercicio) y jerarquía (ordenación de las autoridades según relaciones de supra-subordinación) a fin de ser ejercidas de conformidad con el procedimiento correspondiente y con sujeción al expediente (Weber, 1996: 173-175).

Así, el sector público se concibe como un actor relativamente autónomo que, sobre la base de sus propios recursos, adopta sus propias decisiones sobre las políticas públicas que define como necesarias y respecto de las cuales los ciudadanos no juegan sino un papel pasivo. De esta manera, la orientación general del gobierno es vertical y descendente, o como frecuentemente se expresa “desde arriba hacia abajo”; esto en un doble sentido, por una parte, como modalidad de dirección de las organizaciones públicas y por la otra, como estilo de relación con la sociedad (Echevarría Ariznabarreta, 2000, Peters⁵, 2003b).

Este modelo concibe la posibilidad de planificación racional y se asienta en consecuencia sobre un conjunto de presupuestos:

- Determinación clara y precisa de metas y medios;
- Disponibilidad de toda la información fundamental;
- Implementación precisa de las políticas;

⁴ Dice Weber: “La igualdad jurídica y la exigencia de garantías jurídicas contra la arbitrariedad requiere una objetividad racional formal por parte del régimen de gobierno, en oposición al capricho personal...” (Weber, 1996:735). “Sólo la burocratización del Estado y del derecho reconoce en general la definitiva posibilidad de una rigurosa distinción conceptual entre un orden jurídico “objetivo” y los derechos “subjetivos” de los individuos por él garantizados, así como la separación entre el derecho “público”, que concierne a las relaciones entre las autoridades y los “súbditos”, y el “derecho privado”, que regula las relaciones de los individuos dominados entre sí. La burocratización presupone la separación abstracta entre el “Estado”, en cuanto sostén abstracto de los derechos de mando y creador de las “normas jurídicas” y todas las atribuciones personales de los individuos” (Ibíd.:749).

⁵ Dice Peters: “En la mayoría de los sistemas políticos democráticos de gobierno, que asumían este modelo tradicional, el público sólo se involucraba en la selección inicial de las medidas del gobierno, pero sólo de una manera muy indirecta, a menudo poco efectiva. El público estaba en realidad involucrado en la selección de sus líderes —los que a su vez planteaban objetivos y metas— pero su influencia no podía ir mucho más allá de su voto.” (Peters, 2003:18).

- Disponibilidad de criterios de evaluación del cumplimiento de los objetivos (Lechner, 1997:9).

Las críticas formuladas por el enfoque neoesempresarial y neopúblico destacan las limitaciones del modelo burocrático en las condiciones actuales y la distorsión de sus presupuestos, que se expresan en los procesos de:

- Burocratización: los vicios aquí denunciados se refieren a la excesiva rigidez asociada a los procedimientos de decisión e implementación de las políticas públicas (Messner, 1999; Martínez Nogueira, 2000).
- Incapacidad de adaptación a la complejidad actual y a situaciones sujetas a cambios imprevisibles⁶.

Otro punto de coincidencia lo marca el reconocimiento de la especificidad del sector público, por lo que no se trata de propuestas que meramente se orienten a tratar a la administración pública cual si fuese una empresa privada⁷, ya que es diferente la motivación que guía a la empresa privada y al sector público. La empresa privada actúa con ánimo de lucro, en tanto, el poder público debe actuar conforme al interés público. Asimismo, es diferente la legitimación. La empresa se legitima por su supervivencia en el mercado, en cambio, los gobiernos se legitiman a través de la vía democrática.

En suma, ambos enfoques acuerdan en la necesidad de un replanteo del modelo burocrático. No se trata sin embargo, de la sustitución lisa y llana del mismo por un modelo alternativo, sino de la introducción de cambios orientados a resolver los problemas destacados por la crítica que ambos enfoques le formulan al modelo, pero teniendo como presupuesto la existencia de un sistema público profesional y meritocrático característico del modelo burocrático weberiano.

Más allá de las coincidencias señaladas, referidas fundamentalmente a la crítica del modelo Estado céntrico burocrático, las diferencias

⁶ Así indica Crozier que *“nuestro razonamiento tradicional, con la figura central del servidor público obediente, que ejecutaba las decisiones adoptadas mediante el debido proceso democrático, no se ajusta a la nueva realidad. El orden de capas burocráticas superpuestas resulta demasiado engorroso para ser aplicado a la complejidad del mundo moderno”*. (Crozier, 1997: documento electrónico). Por su parte, el especialista en sector público para la región de América Latina y el Caribe del Banco Mundial, Shepherd (1999) repasa las características del modelo burocrático - jerárquico y señala que el mismo se encuentra hoy bajo presión, aún en los países avanzados donde ha tenido un buen desempeño.

⁷ *“La naturaleza y especificidad de muchos de los problemas públicos pondría de manifiesto la imposibilidad de encontrar soluciones prêt-à porter en el sector privado. ... El management público constituye un enfoque de gestión distintivo que se esfuerza por responder a la especificidad y complejidad de las administraciones públicas y del entorno en que éstas operan”*. (Echevarría y Mendoza, 1999:16).

entre el enfoque neoempresarial y el enfoque neopúblico son importantes.

Atendiendo a los problemas planteados por los procesos de reforma, aquello que resumíamos con las preguntas ¿qué debe hacer el Estado? —la cuestión del trazado de límites entre el Estado y la sociedad—, y ¿cómo debe hacerlo? —la cuestión relativa al diseño de las instituciones y los procedimientos mediante los cuales el Estado se organiza y articula con la sociedad para la ejecución de sus funciones— se observan diferencias entre ambos enfoques (Tabla 1).

En cuanto se refiere a la primera cuestión, el enfoque neoempresarial guarda afinidad con el modelo centrado en el mercado. Por su parte, el enfoque neopúblico, se inclina a favor del modelo de redes y una redefinición del espacio público que supere la tradicional dicotomía público - privado, donde lo público se limita al Estado, para dar cabida a un espacio público no estatal.

Respecto de la segunda cuestión, el enfoque neoempresarial se aproxima al enfoque gerencial moderado, es decir, adopta principios de la gestión privada de empresas pero reconociendo la especificidad del sector público. En tanto, el enfoque neopúblico adhiere a un modelo participativo de gestión, como expresión de valores democráticos.

Tabla 1. *Nueva Gestión Pública: enfoques*

Nueva Gestión Pública		
	Enfoque neoempresarial	Enfoque neopúblico
Modelo de coordinación social	Mercado	Redes
Modelo de gestión	Gerencial moderado	Participativo

Tabla: Elaboración propia

El enfoque neoempresarial, se caracteriza por su énfasis en la eficacia, la eficiencia y la economía en la actuación de la administración y la condición de cliente o consumidor del ciudadano. Se operativiza a través de medidas tales como la desregulación, la agencialización, la gerencialización, la privatización, la externalización, entre otras.

El enfoque neopúblico, se caracteriza por acentuar la importancia de la participación ciudadana en los procesos de formulación, implementación y control de las políticas públicas, asumiendo que entre los ciudadanos y el Estado no existe un contrato comercial (ciudadano como cliente), sino un contrato social y político, así como por enfatizar la cuestión de la transparencia y la ética pública.

La primera ola de reformas (reformas de primera generación) tuvo como nota distintiva la aplicación de las fórmulas del enfoque neopresarial y llevó adelante una operación de desmantelamiento del Estado con medidas de ajuste estructural.

En tanto, el enfoque neopúblico, propio de las reformas de segunda generación, orientado a la reconstrucción del Estado, no alcanzó el mismo grado de desarrollo, probablemente por la complejidad de las variables involucradas.

Sin perjuicio de las diferencias que es posible observar entre el enfoque neopresarial y el enfoque neopúblico desde el punto de vista doctrinario, lo cierto es que en la realidad se constata la implementación de reformas del Estado que se destacan por su carácter híbrido o mixto; así el caso de la Provincia de Córdoba - Argentina, como luego veremos.

La creación de agencias. La experiencia internacional

Bajo los auspicios de la Nueva Gestión Pública y particularmente del enfoque neopresarial, numerosos países replantearon sus estructuras organizativas a fin de tornarlas coherentes con estos nuevos paradigmas y crearon agencias en vastos sectores de la administración pública. Organismos concentrados sobre ámbitos específicos, ágiles, eficientes y altamente calificados en el plano profesional, parecen constituir una respuesta más adecuada a las exigencias de modernización de la administración pública.

Las agencias no representan un fenómeno reciente, sin embargo, la intensidad con la que en las últimas dos décadas los decisores públicos de diversas latitudes accedieron a tal modelo, lo ubica como un fenómeno que deber ser atentamente analizado.

El país que cuenta con la más antigua tradición es Suecia, cuyas primeras agencias se remontan al siglo XVIII habiendo alcanzado las agencias una autonomía sancionada constitucionalmente.

Sin embargo, es a partir de finales de los años ochenta del siglo XX cuando se observa una progresiva difusión del recurso a la agencialización, con procesos de reforma que van desde la implementación de un programa de vasta escala, como en Gran Bretaña, a la experimentación de proyectos de menor envergadura, comprensivo de un reducido número de organizaciones.

No obstante el tiempo transcurrido la cuestión de la definición de las agencias no ha sido todavía resuelta, conservando la expresión un carácter vago y ambiguo. Esta imprecisión y falta de certeza del sentido de la expresión, no fue advertida como una carencia relevante sino hasta el momento en que la difusión de la institución y su inclusión en los programas

de reforma de la administración pública alrededor del planeta, hicieron de esta situación un escollo para el conocimiento y valoración del fenómeno.

Es entonces, a la luz de las experiencias desarrolladas a nivel internacional, que se inicia una labor a nivel doctrinario orientada a precisar el concepto de agencia, atendiendo a la especial circunstancia que en los hechos la expresión abarca realidades diferentes, en cuyos polos son situados los casos del Reino Unido y Suecia, pero en cuyo interior se ubican experiencias con variados matices.

De este análisis resulta la determinación de algunos elementos que típicamente identifican a una agencia y proveen una provisional definición de la misma:

- Se trata de una organización pública que forma parte de la administración pública, aunque desagregada estructuralmente y distinta de la organización ministerial,
- interactuante con un órgano de naturaleza política (ministerio) con el cual mantiene una condición de separación y distancia, pero también de proximidad (principio de *arm's length* -distancia de un brazo),
- desarrolla una función pública,
- el personal está constituido por empleados públicos,
- el financiamiento de la actividad de la agencia es público,
- y se aplican a su actividad las normas del derecho administrativo.

Como se observa, la definición es lo suficientemente amplia como para albergar más de un modelo. Así es posible reconducir la experiencia internacional a dos modelos: uno, denominado modelo contractual (afín al programa británico *Next steps*) y otro, llamado modelo del centro de competencias (próximo a la experiencia de Suecia). Un tercer modelo, desarrollado atendiendo a las características y condiciones especiales de la realidad Latinoamericana, es el modelo de agencialización propuesto por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (1998), que podríamos denominar "modelo integrador". Este se distingue especialmente por su intento de articulación del enfoque neoesempresarial y neopúblico de la Nueva Gestión Pública.

El denominado modelo contractual (también llamado *tripod model*) se ha desarrollado a partir de la experiencia británica.

En esta perspectiva las agencias deberían caracterizarse por ser estructuralmente desagregadas, pero alcanzables por el ministerio (principio *arm's length*) y concentradas sobre la ejecución, ser dotadas de alta autonomía de dirección, pero no de autonomía estratégica, esto es, concentrarse en la implementación, mientras las oficinas del ministerio formulan

las políticas y deberían administrar su relación con el ministerio a través de formas intensas de contractualización (*performance contract*).

El concepto de desagregación estructural describe una particular estructura de *governance* entre organizaciones, inspirada en la idea de la neta separación de política y administración.

Esta idea se traduce en la distinción organizativa de sujetos (ministerio- agencia) y la atribución respectiva de funciones y responsabilidades. De ello resulta que el ministerio debe ser responsable sólo de la formulación o elaboración de las políticas (*policy*), manteniendo una responsabilidad general en el área política considerada, en tanto corresponde a la agencia desarrollar la actividad ejecutiva o de implementación de las políticas sobre la base de específicas funciones o responsabilidad asignada (*operation*). Los dos sujetos sin embargo actúan para el logro conjunto del mismo fin.

El sujeto desagregado no constituye propiamente una articulación organizativa del sujeto principal y por lo tanto no está jerárquicamente subordinado al mismo. La agencia está desagregada del ministerio, pero es alcanzable por él (principio del *arm 's lenght*).

El concepto de autonomía describe la posibilidad de un sujeto de definir al menos en parte los objetivos que tiene intención de perseguir, de tomar decisiones sobre la modalidad de empleo de los recursos, adoptar las soluciones organizativas y de gestión consideradas más idóneas.

En este sentido, la agencia goza de alta autonomía de dirección, esto es, tiene amplios márgenes de libertad en la administración de los recursos (financieros, organizativos, de personal) necesarios para la realización de los objetivos asignados.

Sin embargo, la agencia no dispone de autonomía estratégica o la misma es baja, dado que no puede dotarse autónomamente de objetivos de políticas (*policy*) que son reservados al ministerio. Asimismo, la agencia cuenta con baja autonomía financiera, lo cual guarda coherencia con el modelo delineado.

El concepto de contractualización describe una situación en la cual dos sujetos regulan su propia relación sobre la base de un acuerdo, que asume una dimensión formal sobre el plano organizativo (si bien no necesariamente sobre el jurídico), de naturaleza contractual y que describe los deberes recíprocos, en modo particular en relación a los resultados que una parte se compromete a alcanzar por cuenta de la otra.

La definición en el contrato de los niveles de prestaciones comprendidos, de las modalidades de medición y de los mecanismos de incentivo (sanciones y premios) es definido como *performance contracting*.

De este modo la relación entre el ministerio y la agencia no es regulada a través de la jerarquía sino a través de formas de contractualización (*performance contract*) que garantizan que la agencia se oriente hacia la mejora de sus prestaciones.

El control sobre el funcionamiento de la agencia es ejercido primariamente a través de los resultados, en un contexto donde la formulación de las políticas y su implementación son netamente separadas y en el cual las agencias gozan de amplia discrecionalidad y deben respetar sólo algunas reglas generales definidas expresamente para tal categoría de administraciones. La supervisión directa de las decisiones de la dirigencia (control paso a paso de las normas y procedimientos característico del modelo burocrático weberiano) es reemplazado por el control de los resultados sobre la base de precisos estándares de rendimiento.

El control sobre los resultados (*a posteriori*) modifica una de las premisas fundamentales de la administración burocrática que intentaba vigilar las decisiones adoptadas por la burocracia con el fin de evitar la arbitrariedad, la corrupción y la ineficiencia administrativa. El control sobre los resultados se asienta en la confianza limitada y no la desconfianza total respecto de los funcionarios.

La evaluación de la burocracia se realiza fundamentalmente a través del análisis del cumplimiento eficaz y eficiente de los objetivos y no a partir de la observancia fiel de normas y procedimientos, lo cual indudablemente supone la necesidad de una clara definición de los objetivos.

Este modelo, con aspiraciones prescriptivas acerca de lo que deben ser las agencias, ha encontrado amplia aceptación y de alguna manera logró posicionarse como modelo principal en materia de agencialización dominando el debate público sobre el tema.

Sin embargo en la realidad raramente se observa la presencia de manera conjunta de todas las dimensiones en el grado o forma requeridos por el modelo: con frecuencia falta la contractualización (*performance contract*) entre principal (Ministerio) y agente (Agencia), o bien la autonomía es sustancialmente limitada o en cambio es tan elevada que se aproxima a la independencia.

El modelo en su forma más pura es relativamente raro confrontado con el amplio y variado panorama de la desagregación estructural en el ámbito de las administraciones públicas actuales.

El segundo modelo observable en la realidad (con afinidad al caso de Suecia, originariamente desarrollado para contener las ambiciones absolutistas del monarca) presenta características diferentes del modelo contractual.

Se basa sobre la idea que promueve un modelo de agencia cuyos rasgos salientes son la autonomía como garantía de neutralidad, la profesionalidad y la integración de política y administración.

El concepto de autonomía describe aquí una situación de independencia respecto del ministerio, toda vez que el vértice de la agencia se encuentra típicamente en cabeza de un comité o consejo directivo (*board*) provisto del poder de definir los objetivos y que una vez establecido se hace garante de la autonomía de la agencia.

El modelo se funda sobretodo en la naturaleza de la actividad desarrollada por la agencia y en la necesidad de limitar la invasión de la política en las decisiones discrecionales que deben ser determinadas por criterios profesionales y en las cuales la neutralidad de las acciones administrativas es de significativa importancia.

A efectos de asegurar la neutralidad de las acciones administrativas, filtrando la influencia directa de la política sobre la gestión, se verifica una sustancial ausencia de contractualización en la relación ministerio-agencia.

Nota distintiva de las agencias, en el modelo de la neutralidad, es la profesionalidad de la misma, en cuanto concentra experticia profesional y competencia en un área determinada de políticas públicas. El desarrollo de las actividades se basa en la presencia de un cuerpo profesional (abogados, médicos, ingenieros, ambientalistas, urbanistas, etc.) y la preparación y calidad de los profesionales empleados es determinante de la calidad global de la función desarrollada.

El ámbito de acción en general comprende tanto la formulación de la política como su implementación, siendo tendencialmente menor la distinción entre política y administración.

El modelo que hemos llamado integrador, propuesto por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo se distingue, como señalamos, por articular el enfoque neoproposicional y el enfoque neopúblico de la Nueva Gestión Pública a partir de la realidad Latinoamericana, que parece evidenciar antes que un desarrollo excesivo del modelo burocrático weberiano, un déficit del mismo.

“Más que en Europa y los Estados Unidos, la autoridad estatal en nuestro continente debe garantizar la seguridad jurídica, la imparcialidad administrativa y la responsabilidad judicial de autoridades y funcionarios, condiciones esenciales para establecer mercados eficientes y democratizar el espacio público” (CLAD, 1998).

Como enfoque integrador, la propuesta del CLAD, postula la necesidad de adoptar el modelo de coordinación social a través de redes de actores y los modelos de gestión neoproposicionales y neopúblicos.

La articulación equilibrada de los marcos institucionales del Estado, el mercado y la sociedad con sus respectivas legalidades de actuación a través de las redes de actores, representa, para este modelo, la forma más adecuada de enfrentar los desafíos que ofrece la realidad actual de los países Latinoamericanos.

Congruente con este planteo y una clara expresión de la incorporación de los valores del enfoque neopúblico, es la demanda de generar o adecuar los mecanismos institucionales a fin de permitir e incentivar la participación de los ciudadanos en la gestión y la evaluación de las políticas públicas, de modo que estos asuman un rol activo y reviertan la condición pasiva propia del modelo estado - céntrico (ciudadano - usuario) y del modelo centrado en el mercado (ciudadano - cliente).

Desde el punto de vista de la gestión, el modelo del CLAD asocia ambos enfoques de la Nueva Gestión pública, afirmando la necesidad de construir sobre los aspectos positivos del modelo burocrático weberiano, una nueva administración pública más eficiente, más eficaz, más transparente y responsable.

Así, un mecanismo fundamental de la agencialización como es el contrato de gestión, con una clara definición de objetivos mensurables y evaluables y la implementación del control de resultados correspondiente, sirve a un doble propósito. Por una parte, satisface el interés del enfoque neoempresarial de contar con medios de estimación rigurosa de la eficacia y la eficiencia del funcionamiento de la agencia y por otra parte, da una respuesta positiva a la aspiración del enfoque neopúblico de incrementar la transparencia de la actuación de la administración pública, lo cual habilita la posibilidad de ejercicio del control social, dado que la sociedad se encuentra por esta vía en condiciones de conocer cuáles son los objetivos de cada organismo público y sus resultados.

El caso de la agencialización en la Provincia de Córdoba - Argentina

En la Provincia de Córdoba-Argentina, desde el año 1999 se ha implementado un proceso de reforma del Estado que, entre otras medidas, lleva adelante una transformación de la Administración Pública de la Provincia a través de la creación de agencias (Ley Orgánica de Ministerios 8779/99 y sus modificatorias), bajo la forma jurídica de las sociedades de Economía Mixta algunas de ellas (como las agencias en las áreas de turismo, deportes y promoción de las exportaciones), o bien de las sociedades del Estado (tal la forma inicial de las agencias en las áreas de ambiente, cultura y ciencia).

Las agencias en la Provincia de Córdoba constituyen una innovación institucional desde el punto de vista estructural e ideológico, carac-

terizadas por la recepción, a través de su diseño formal, de las pautas propuestas por el modelo integrador del CLAD.

En este sentido, es posible observar la adopción del modelo de coordinación social de redes de actores estatales y no estatales, materializado en el recurso a la figura de la sociedad de economía mixta y la sociedad del Estado (con consejos asesores integrados por actores no estatales) como medio de vinculación de ambos sectores institucionales y sus respectivas lógicas de actuación; modificando de este modo el patrón tradicional de relación Estado-sociedad en las áreas de políticas públicas a las que se aplica la agencialización.

Asimismo, se aprecia la aplicación de las pautas de gestión neomercantiles y neopúblicas promovidas por el modelo; orientadas, por una parte, a flexibilizar el ejercicio de las funciones, promover un desempeño eficaz y eficiente, por medio reglas de actuación propias del derecho privado y por otra parte, instituciones más transparentes, mediante la inclusión de mecanismos de control de la oposición y de control social.

Reflexiones finales

Desde la implementación de las primeras reformas creadoras de agencias a nivel internacional y local ha transcurrido ya un tiempo considerable. Las virtudes y debilidades del modelo comenzaron a ser advertidos. Especialmente, se ha podido constatar la presencia de problemas a la hora de evaluar los resultados del desempeño de las agencias según criterios de eficacia y eficiencia, como consecuencia de la especial naturaleza pública de su objeto, así como las dificultades existentes para la aplicación de los mecanismos destinados a hacer responsables a los sujetos parte del proceso de formulación e implementación de políticas públicas a quienes se había delegado una cuota importante de poder.

En algunos casos la respuesta ante las dificultades consistió en un retorno al esquema centralizador tradicional en la forma de Secretarías y Ministerios y en otros consistió en una revisión de las debilidades y fortalezas del modelo y una mirada más atenta a las condiciones endógenas y exógenas de su éxito.

Bibliografía

AGUILAR VILLANUEVA, LUIS, 1999, "Coordinación social y administración pública", en *Reforma del Estado y coordinación social*, Editorial Plaza y Valdés, México.

ALVAREZ DÍAZ, ANGEL, 1992, *Análisis de políticas públicas*, mimeo, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Caracas, Venezuela.

AYALA ESPINO, JOSÉ, 1996, *Mercado, Elección pública e Instituciones. Una revisión de las teorías modernas del Estado*. Editorial Porrúa, UNAM, México.

BARBARÁ, J. y NALLINO, M., 1996, "El Estado post privatizador: De la decisión general a la decisión especializada", en *Diario La Ley*, 25 de Abril de 1996, Buenos Aires, Argentina.

BRESSER PEREYRA, LUIS, 1997, "Una reforma gerencial de la administración pública en Brasil", en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia*, N° 9, Caracas, Venezuela.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 1998, "Una nueva Gestión Pública para América Latina", *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)* www.clad.org.

CROZIER, MICHEL, 1997, "La transición del paradigma burocrático a una cultura de gestión pública", en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia*, N°7, Caracas, Venezuela.

DÍAZ DE LANDA, MARTHA, 2005, "El derecho como instrumento de innovación institucional y transformación socio-territorial: Regionalización y gobiernos locales"; en *VI Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 17-19 de Noviembre.

DÍAZ DE LANDA, MARTHA y PARMIGIANI, MYRIAM, 1996, *En lo pequeño y en lo pobre ... ¿qué pasa con la salud?. Un estudio sobre descentralización de salud en comunas de la Provincia de Córdoba*. Alveroni Ediciones, Córdoba.

— 1997, "Redes de influencia política, poder y desarrollo local", en *Hacia un nuevo modelo de gestión local. Municipio y sociedad civil en Argentina*. Editado por FLACSO, Buenos Aires, Argentina.

— 2004, "Cooperación intermunicipal inducida para el desarrollo regional - local: el Pacto de saneamiento Fiscal en la Provincia de Córdoba", en *Anuario VI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*.

ECHAVARRÍA, K. y MENDOZA X., 1999, "La especificidad de la Gestión Pública: El concepto de management público", 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.

ECHAVARRÍA 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>].

GARCÍA DELAGADO, DANIEL, 1998, *Estado-nación y globalización. Fortalezas y debilidades en el umbral del tercer milenio*. Editorial Ariel.

JORDANA, CASAJUANA, 2002, *Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina -Casos de Argentina y Bolivia* BID -UE - Serie Documentos de Trabajo. Washington.

LECHNER, NORBERT, 1997, "Tres formas de coordinación social", en *Revista de la CEPAL* N°61.

LINDBLOM, CHARLES, 1991, *El proceso de elaboración de las políticas públicas*. Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, España.

MARCH, JAMES y OLSEN, JOHAN, 1997, *El redescubrimiento de las instituciones. La base organizativa de la política*. Editorial Fondo de Cultura Económica.

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, 1993, "Policy -Netzwerke und die Logia von Verhandlungssystemen" en *Sonderheft*, 21 Opladen, WVG

— 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: 01/03/2002.

— 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.

MAYNTZ, R. y SHARPE, F., 1995, "Der Ansatz des akteurzentrierten Institutionalismus", en *Gesellschaftliche Selbstregulung und politische Steuerung*, Frankfurt a.M/New York: Campus.

MÉNDEZ, JOSÉ, 1999, "¿Vieja o nueva administración pública? Una propuesta ante los dilemas de la modernización administrativa", en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia* N° 13, 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.

MOLS, MANFRED, 1987, *La democracia en América Latina*, Editorial Alfa, España.

NALLINO, MARÍA ALEJANDRA, 2006, *La articulación del sector público y del sector privado en la Reforma del Estado. El caso de las agencias en las áreas de turismo, deporte y ciencia en la Provincia de Córdoba*. Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Córdoba - Mimeo.

— 2007, "La política de agencialización en el marco de la reforma del Estado en la Provincia de Córdoba". En *Anuario X del Cetro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*.

— 2008, "Alcances y límites de la coordinación horizontal mediante redes: El caso de la agencialización en la Provincia de Córdoba-Argentina". En *Anuario XI del Cetro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*.

O'DONNELL, GUILLERMO, 2000, "Estado, democratización y ciudadanía", en *Revista Nueva Sociedad*, N°128, Noviembre -Diciembre, Caracas, Venezuela.

OLSEN, JOHAN, 2005, Quizás sea el momento de redescubrir la burocracia. En *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia* N°31, Caracas, Venezuela.

OSZLAK, OSCAR, 1997, "Estado y sociedad: ¿Nuevas reglas de juego?", en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia* N°9, Caracas, Venezuela.

PARMIGIANI DE BARBARÁ, M., 2005^a, "Notas para el estudio de las relaciones intergubernamentales, con particular referencia a la República Argentina", en *Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

— 2005b, "Aspectos jurídicos y políticos de la institucionalización de modelos innovadores de asociativismo municipal: una reflexión a partir de experiencias en Argentina", en *X Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Santiago de Chile, 18 - 21 de Octubre 2005. www.clad.org.ve.

— 2006, "La (re)significación de la autonomía local en el marco de la construcción de las relaciones intergubernamentales bajo formas regionales", en *XI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Ciudad de Guatemala, 7 -10 de Noviembre de 2006. www.clad.org.ve

PARRI, L., 1990, "Territorial politics and political exchange: American federalism and French unitarism reconsidered", en Marin, B. (Ed.) *Generalized Political Exchange*. Westview Press, Boulder, Colorado.

PETERS, GUY, 1999, *La política de la burocracia*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México.

— 2003^a, *El nuevo institucionalismo. Teoría institucional en Ciencia Política*, Gedisa Editorial, Barcelona, España.

— 2003b, "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.

— 2005, "Concept and theories of horizontal policy management", en *X Congreso Internacional del CLA sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública*, Santiago, Chile. www.clad.org.ve

PRATS I CATALÁ, JOAN, 2001, "La rehabilitación del Estado en la teoría y la práctica del desarrollo. Planteamientos neoinstitucionales", en *Instituto Internacional de Gobernabilidad, Biblioteca de Ideas, Colección de documentos*, [<http://www.iigov.pnud/bibliote/documentos/taller/docu3>], consulta 21/03/2001.

RAMÍO MATAS, CARLES, 2001, "Los problemas de la 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.

SCHARPE, FRITZ, 1993, "Positive und negative Koodination in Verhandlungssystemen", en *Sonderheft 24*, Opladen, WVG.

— 1997, *Games real Actors Play/Actor- Centered Institutionalism in Policy Reserch.*, Wetview Press, US/UK.

SHEPHERD, GEOFFREY, 1999, "Administración pública en América Latina y el Caribe: En busca de un paradigma de reforma", 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.

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.

WEBER, MAX, 1996, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México.

WRIGHT, DEIL, 1997, *Para entender las relaciones intergubernamentales*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México.

ZLATA DRNAS DE CLEMENT, 2000, *Ordenamiento Legal en materia ambiental en la Provincia de Córdoba (Provincial- Municipal)*. Marcos Lerner Editora Córdoba.

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.



HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA JUDICIAL

EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA C.S.J.N.

José L. Palazzo*

Irma Pastor de Peirotti**

Resumen: La habilitación de instancia es una prerrogativa procesal de la administración, que consiste, en que el Juez, luego de analizar los requisitos de admisibilidad de la acción, tales como cumplimiento de los plazos, legitimación, agotamiento de la vía, dicta un acto admitiendo o rechazando la pretensión, sin correr traslado a la demandada.

Dicha facultad surge del art. 31 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 que establece que *“los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 23,24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el art. 25 y en el presente.”*

Analizando la evolución de la Jurisprudencia de la CSJN, anterior a la sanción de la Ley 25.344, que modificó el título IV (los arts. 30 y 31 y 32 de la LNPA), y fallos posteriores a la vigencia de dicha normativa, podemos afirmar que la cuestión relativa a la habilitación de instancia sigue siendo confusa, aunque los dos últimos casos resueltos por el máximo Tribunal permiten vislumbrar con mayor claridad si el requisito del agotamiento de la vía administrativa,

*Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina, Profesor Titular por concurso de la cátedra Derecho Procesal Administrativo y Profesor Titular encargado de la cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C., Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Profesor encargado de la materia Derecho Administrativo II de la Carrera de Posgrado de Especialista en Derecho Público, Profesor de la Carrera de Posgrado de Especialista en Derecho Procesal, Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y C. Sociales, ex Conjuez de la Cámara Federal de Córdoba y actual Conjuez del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

**Abogada Especialista en Derecho Público, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. PROFESORA TITULAR por concurso de la cátedra de Derecho Administrativo del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. N. de CHILECITO,. PROFESORA ADJUNTA de las cátedras de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. 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 de Especialización en Derecho Procesal (UNC) y de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de La Rioja. Docente de Posgrado en la Universidad Empresarial Siglo XXI. Fiscal de Tribunal Universitario.

es obligatorio o no, y en qué situaciones se podría demandar directamente al Estado, fuera de las excepciones previstas en el art. 32.

Palabras claves: habilitación - instancia - legitimación - agotamiento - inadmisibilidad pretensión - control - oficio - ritualismo.

INTRODUCCIÓN

Definiremos la habilitación de instancia como el incidente o juicio previo en la que el Tribunal con competencia en lo contencioso administrativo examina de oficio si la pretensión reúne ciertos requisitos formales previos como el agotamiento de la vía administrativa, la legitimación para accionar, el plazo etc., de acuerdo a lo establecido en el art. 31 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19549, en adelante LNPA y el art. 337 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en caso contrario la rechaza in límini.

Sostiene Laura Monti¹ que para efectuar el control, “se tramita un incidente en el que no interviene la demandada, esto es el incidente de habilitación de instancia. Se trata de un trámite dilatorio del principal”. Y agrega que “antes de dar traslado a la demanda, el tribunal examinará si la pretensión reúne los requisitos de admisibilidad, si así lo declara, no podrá volver sobre la cuestión, salvo que el Estado oponga como excepción la inadmisibilidad de la pretensión”

Dicha facultad surge del art. 31 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, en adelante LNPA, que establece que “*los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el art. 25 y en el presente.*”

Señala Sarmiento García² que “uno de los principios fundamentales de nuestro derecho administrativo en orden a la habilitación de la instancia judicial es que el Poder Judicial pueda revisar la legitimidad de la actividad administrativa, pero para que ello ocurra debe haberse agotado el camino procedimental que la ley respectiva establece, siendo la habilitación de la instancia judicial, entonces, la resultante del agotamiento de la instancia administrativa, estableciéndose para ello una doble vía: a) un

¹ MONTI, LAURA “Control de la Habilitación de instancia contencioso administrativa (Nuevas orientaciones jurisprudenciales)”, publicado EDA, 00/01-494. Disponible en EL Derecho Digital.

² SARMIENTO GARCÍA, JORGE H.: “La Demandabilidad Del Estado y El Agotamiento De La Instancia Administrativa”. *ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO-X- EL PROCESO ADMINISTRATIVO EN LA ARGENTINA*. p. 169. Edit. Artes Graficas Candil. Bs As Argentina. 2004.

sistema de reclamo administrativo llamado vía reclamativa o reparatoria; y b) un sistema de recursos llamado vía recursiva o impugnatoria”.

La Ley 25.344 que modificó el art. 31 de la LNPA y determinó que los jueces están facultados para revisar de oficio los presupuestos procesales de la acción, ya tiene nueve años y persiste el “enigma” de la habilitación de la instancia judicial.

El problema se suscita con motivo de que los fallos posteriores a la reforma siguen aplicando la normativa anterior, cuando al iniciarse la demanda no estaba vigente la Ley 25.344 y por lo tanto no resulta pertinente aplicar el art. 31 de la LNPA modificado.

La doctrina se encuentra dividida en cuanto a la obligatoriedad de cumplir algunos de esos requisitos procesales necesarios para que se habilite la instancia, como por ejemplo el agotamiento de la vía administrativa.

En algunos casos la Corte no exigió el reclamo administrativo previo por considerarlo un “ritualismo inútil”. Se configura esa situación cuando del expediente surge una clara conducta administrativa en sentido contrario a la pretensión que se intenta formular.

Analizaremos en primer lugar si actualmente de acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Suprema el Juez tiene competencia para controlar de oficio los requisitos de acceso a la jurisdicción.

En segundo lugar, es nuestro objetivo establecer, si el agotamiento de la vía es un requisito procesal exigible, considerando que para parte de la doctrina resulta contraria a la tutela judicial efectiva, al derecho de acceso a la justicia, etc.

ANTECEDENTES

1- Control de oficio de los requisitos de admisibilidad de la pretensión.

La Corte Suprema en la causa “**Caja Nacional de Ahorro y Seguro c/ N.C.R. Argentina S.A.I.C.**” dictada el 15 de diciembre de 1987 sostuvo que el juez de la causa no puede de oficio inhabilitar la instancia porque le corresponde a la demandada plantear la falta de cumplimiento de los requisitos para la admisibilidad de la acción.

En la causa “**Cohen Rafael c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ nulidad de resolución**” del 13 de marzo de 1990, la Corte vuelve a señalar que “...*el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos en la causa es incompatible con las garantías de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (...) pues el Juzgador no puede convertirse en intérprete de la voluntad implícita de una de las partes sin*

alterar, de tal modo, el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria”

En “**Construcciones Taddia S.A. c/ Ministerio de Educación y Justicia**”, de fecha 6 de octubre de 1992, la Corte vuelve a confirmar en forma categórica su posición y afirmó que “*el carácter renunciante de los derechos en juego impide el control por los jueces de los requisitos de admisibilidad de la demanda en puntos que no fueron objeto de planteos de la demandada...*”

Años más tarde, en la causa “**Gorordo Allaria de Kralj, Haydeé Maria**”, de fecha 4 de febrero de 1999 se resolvió en sentido contrario expresando. “*Que si bien este Tribunal en los casos Cohen*” Fallos 313:228 y “*Construcciones Taddia S.A.*” (Fallos 315:2217) *se pronunció contra la posibilidad de revisar de oficio o a instancia de los fiscales el cumplimiento de los recaudos de admisibilidad de la acción procesal administrativa con anterioridad a la traba de la litis, un nuevo examen de esta delicada y trascendente cuestión conduce a esta Corte a modificar dicho criterio y a concluir en sentido opuesto al antes referido...*”

Concluye diciendo que: “*...dada la condición de presupuesto procesal del plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la ley 19.549 el juez de primera instancia está facultado para examinar de oficio su cumplimiento y rechazar en caso contrario in limine la pretensión (art. 337 Cód. Procesal civil y Comercial de la Nación) pues su falta no requería la expresa denuncia por parte del demandado*”.

Pero el 31 de marzo de 1999, cuando no habían transcurrido dos meses del fallo Gorordo, la Corte se pronuncia en la causa “**Tajes**” y deja sin efecto la sentencia de la sala III de la Cámara Contencioso administrativa Federal que había fallado declarando inhabilitada la instancia judicial, porque consideró irrevisable la decisión administrativa de desestimar la “denuncia de ilegitimidad”.

La Corte consideró que no se podía tomar esa decisión sin que existiera un planteo de la demandada, porque significaba una violación de la garantía de la defensa en juicio receptada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

En el mismo sentido que la Corte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Federal, en la causa “**Romero, Gerardo c/E. N. (E.M.G.E.)**” en un fallo plenario, de fecha 15 de abril de 1999, establece que “*la falta de habilitación de instancia puede ser declarada previo al traslado de la demanda en los supuestos de incumplimiento de los requisitos exigidos para la admisibilidad de la acción. Los plazos establecidos en el art. 25 de la ley 19.549, al igual que los demás requisitos de admisibilidad formal*

deben ser examinados previo a correr traslado de la demanda contenciosa administrativa”.

Al fallar la Corte en el caso **Resch**, con fecha 26/10/2004, la confusión aumentó, ya que el Tribunal sostuvo en el considerando 5º que “...los jueces no están facultados para denegar de oficio la habilitación de la Instancia Judicial ni declarar por esta vía la caducidad de la acción deducida ante ellos...”

Con esa afirmación el Tribunal introdujo una cuestión que estaba definida en el art. 31 de la Ley 19.549, modificada por la Ley N° 25.344, donde la Jurisprudencia establecida en Gorordo tuvo consagración legislativa.

En relación a lo afirmado por los jueces en el considerando 5º del fallo Resch, afirman Canda y Comadira³ que “sostener hoy que la habilitación de instancia no pueda ser controlada de oficio por los jueces, contraría lo expresamente dispuesto por la Ley de Procedimientos, por lo que un eventual cambio de criterio sobre el punto exigiría la declaración previa de inconstitucionalidad del art. 31 último párrafo de la LNPA”.

Gordillo, citado por Diana Nicolás⁴ sostiene que la habilitación de instancia o por lo menos el sistema instaurado por el Dec. Ley 19.549/72 y la Ley 25.344 implica “una irrazonable restricción a la garantía constitucional, supranacional e internacional de acceso inmediato y expedito a una instancia judicial pronta y cumplida. Por ello el constituyente de 1994 dijo que podía acudir a la instancia judicial en materia de amparo sin necesidad de agotar la vía ni hacer el reclamo administrativo previo. Es una orientación que deberá expandirse en el futuro”.

La nueva redacción del art. 31 no deja lugar a dudas ya que expresa “*los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 23,24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el art. 25 y en el presente.*”

2- Agotamiento de la vía administrativa.

Sostiene Carranza Torres⁵ que el agotamiento de la vía administrativa es la “situación jurídica procedimental, que acaece en sede administrativa, al haberse cumplido por parte interesada, con todas las etapas y

³ CANDA, FABIÁN y COMADIRA JULIO PABLO: “Cuestiones relativas a la habilitación de la instancia Judicial en un fallo de la CSJ (El caso RESCH y la aplicación de la LNPA a las Fuerzas Armadas y de Seguridad, Inhabilitación de oficio de la instancia judicial y la necesidad imperiosa de un Código Contencioso)”

⁴ DIANA, Nicolás: “¿Otra vez el enigma de la Habilitación de instancia” Pub. en LA LEY 2006-A, 60.

⁵ CARRANZA TORRES, LUIS R. *El Procedimiento Administrativo Nacional. Régimen General y especiales*, págs. 207 y 208. Edit. Legis Argentina - Buenos Aires 1º Edic. 2008.

planteos, recursivos o reclamatorios establecidos en el ente u órgano estatal, a los efectos de lograr la modificación de un determinado acto jurídico administrativo, sin éxito respecto de lo pretendido”.

Analizaremos las modificaciones que -en relación con la vía del reclamo administrativo previo- resulta de la Ley N° 25.344.

El art. 30 establece que *“El Estado Nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente **sin previo reclamo administrativo** dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se trate de los supuestos de los arts. 23 y 24. El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas”*.

El art. 31 expresa: *“El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente”*.

El art. 32, en su actual redacción prescribe: *“El reclamo administrativo previo al que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediar una norma expresa que así lo establezca y cuando: a) se tratase de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; b) se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual”*.

En la anterior redacción del art. 32 no era necesario el agotamiento de la vía administrativa si se consideraba que era un ritualismo inútil.

Y en esos supuestos el administrado se encontraba eximido de la obligación de interponer el recurso o reclamo previo.

Gordillo⁶ sostiene “que a pesar de la modificación de la Ley 25.344, sigue vigente la regla del art. 32 inc. e (ritualismo inútil) que permite prescindir del reclamo previo “cuando pueda presumirse la ineficacia cierta de éste, en virtud de mediar una clara conducta administrativa en sentido contrario a la pretensión que se intente formular”.

⁶ GORDILLO, AGUSTÍN: *Procedimiento Administrativo*. P. 328. Editorial Lexis Nexos - Depalma. Pub. 2003.

El destacado administrativista fundamenta su postura en que “la ley 25.344 no puede derogar un principio jurídico que subsiste como tal y cuya vigencia ha sido expresamente ratificada por la jurisprudencia”⁷.

Inexigibilidad del reclamo en casos de impugnación de actos de alcance individual y actos de alcance general.

En el caso de actos administrativos de alcance individual, se considera agotada la vía administrativa cuando contra el acto definitivo o que impida la prosecución del trámite se hayan interpuestos todos los recursos obligatorios (art. 23 incs. a) y b) de la LNPA).

Cuando se impugne actos de alcance general, se deberá interponer el “reclamo impropio” en caso de recurrir en forma directa.(art. 24, inc. a) LNPA).

Pero también se podrá impugnar en forma indirecta (art. 24 inc. b) LNPA), una vez dictado el acto que ejecuta la norma de alcance general.

Al respecto sostiene Gordillo⁸ “que el nuevo texto al remitir en forma expresa a los arts. 23 y 24 del decreto-ley ratifica la inexigibilidad del reclamo administrativo previo cuando se trate de impugnar actos de alcance particular o general”.

SITUACION ACTUAL

No estamos en condiciones de afirmar que la Jurisprudencia de la C.S.J.N. posterior a la sanción de la Ley 25.344, ha dejado atrás todas las dudas, confusiones y hasta contradicciones en materia de control de oficio de los presupuestos de admisibilidad atinentes a la habilitación de la instancia y de la obligatoriedad de agotar la vía administrativa.

Pero es importante resaltar que los últimos fallos del alto Tribunal demuestran la vigencia de la doctrina sentada en “Gorordo” y la necesidad del agotamiento de la instancia administrativa.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 28/04/2009 en la causa “**Ramírez, Andrés Lionel c/ Estado Nacional- Secretaría Presidencia de la Nación s/empleo público**” se pronuncia en forma coincidente con el dictamen de la Procuradora Fiscal Laura Monti y si bien el fallo es muy breve, afirma la vigencia de la doctrina “Gorordo”, así expresa: “...la reforma efectuada en el año 2000 a la Ley de Procedimiento Administrativo vino a convalidar el criterio de este Tribunal favorable a la revisión de oficio de los recaudos de admisibilidad de la acción procesal administrativa”.

⁷ CNFed. C.A. Sala I, 29/5/2001, “Cortez, Gloria E. y otros v. Dirección General de Fabricaciones Militares” J.A. 2001-IV-189.

⁸ GORDILLO, AGUSTÍN. “Procedimiento Administrativo”, Editorial Lexis Nexos- Depalma. Bs. As., 2003, pág. 324.

El 4 de agosto de 2009, la Corte falla en el caso “**E.D.E.M.S.A c/ E.N.A. y M.E.O.S.P.N. s/ cobro de pesos**” y aquí lo relevante es la vigencia de lo preceptuado en la normativa (art. 31 LNPA) respecto al agotamiento de la vía administrativa.

Es importante destacar que al iniciarse la demanda no estaba vigente la Ley 25.344 y por tanto no estaban modificados los arts. 30, 31 y 32 de la LNPA, y como consecuencia estaba vigente la excepción del “ritualismo inútil” como fundamento para no agotar la vía administrativa. Pero como bien señala Lima, Fernando Juan⁹ “esta circunstancia debe ser alegada circunstanciadamente por la parte y, por lo demás debe poder ser comprobada en los hechos.”

La demanda se inició el 29 de septiembre del año 2000 y EDEMSA había planteado los reclamos el 10 y el 29 de agosto del 2000, antes del vencimiento del plazo establecido en el art. 31 de la LNPA para que la administración responda y sin alegar y demostrar que el reclamo previo era un “ritualismo inútil”.

En primera instancia el Juez hizo lugar a la demanda sosteniendo que al momento de la interposición de la demanda no estaba sancionada la ley 25.344 y estimó aplicable la excepción del ritualismo inútil (establecida en la redacción anterior del art. 32 de la LNPA) para no agotar la vía administrativa.

La Cámara Federal dejó sin efecto el fallo de la anterior instancia porque no había respetado el plazo establecido en el art. 31 y no había acreditado que el agotamiento de la instancia administrativa, era un caso de ritualismo inútil.

La CSJN dictó sentencia en agosto de 2009 y estableció que conforme a la doctrina de Sisterna¹⁰, al iniciarse la demanda no estaba vigente la Ley 25.344 y por lo tanto no se podía aplicar a este caso.

En cuanto al “ritualismo inútil”, sentenció que para poder aplicar este principio era necesario alegar y probar esta situación.

CONCLUSION

Del análisis de los últimos fallos de la Corte surge que la doctrina de Gorordo está vigente.

Podemos afirmar entonces que **el Juez tiene competencia para controlar de oficio los requisitos de admisibilidad de la pretensión.**

⁹ LIMA, FERNANDO E. JUAN: “La Ley 25.344, la jurisprudencia y la habilitación de instancia” EDA 15/09/2009, nro 12.138. Pub. en 2009.

¹⁰ CSJN 07/02/2006: SISTERNA, Ramón Silvano c/ ANSÉS (s.3053.XXXVIII-R.H.).

Esta facultad surge de una normativa expresa, el último párrafo del art. 31 de la LNPA y de los últimos fallos de la Corte Suprema (Ramírez y Edemsa).

Con respecto al **agotamiento de la vía administrativa** está establecido en el art. 30 de la LNPA y su obligatoriedad surge de la norma y de la ratificación de la doctrina de Gorordo en los últimos fallos de la Corte sobre habilitación de instancia.

Sin embargo, cabe destacar, que si bien el “ritualismo inútil” ha sido suprimido por la Ley 25.344 como excepción para la obligatoriedad del agotamiento de la instancia administrativa, del análisis de la Jurisprudencia podemos inferir que se puede invocar esta situación cuando “ello implica un injustificado rigor formal, incompatible con el derecho de defensa”¹¹

Afirma Sesin¹² que “Salvo supuestos extraordinarios, es mejor dejar al legislador que señale concretamente en qué casos se puede invocar el ritualismo inútil; no basta una fórmula amplia o un concepto jurídico indeterminado que genere incertidumbre en su aplicación, según el criterio del administrador o del juez competente, en el que pueden existir numerosas interpretaciones, en un sentido u otro, que fomenten la inseguridad jurídica.”

La exigencia del cumplimiento de los requisitos para acceder a la jurisdicción, entre lo que se encuentra el agotamiento de la vía administrativa, puede resultar para algunos un obstáculo por razones meramente formales del derecho a la tutela judicial efectiva, pero la posibilidad de invocar el “ritualismo inútil” cuando hay un exceso de exigencias formales, que violan el derecho de defensa, nos garantiza el acceso a la justicia.

Consideramos que la Jurisprudencia de la Corte Suprema delimitó la aplicación de la Ley 25.344 sólo a aquellos supuestos en que el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción se hubiese configurado antes de la sanción de la nueva ley”¹³.

A modo de conclusión, cabe señalar, que el máximo Tribunal ha reafirmado la vigencia de lo establecido en los arts 30 y 31 de la LNPA en relación a la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa y el control de oficio por parte de los magistrados, de los presupuestos procesales de la pretensión.

¹¹ CSJN, *Fallos*: 311:2082.

¹² SESIN, DOMINGO J.: “El Principio del Formalismo Atenuado y sus consecuencias prácticas” pág. 95- *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*. Ediciones RAP-R. Argentina- Mayo 2006.

¹³ CSJN, 07/02/2006- Sisterna, Ramón Silvano c. ANSES (s.3053.xxxviii-R.H.).

BIBLIOGRAFIA

CANDA, FABIÁN y COMADIRA, JUAN PABLO, Cuestiones relativas a la habilitación de la instancia judicial en un fallo de la CSJ (El caso “Resch” y la aplicación de la LNPA a las Fuerzas Armadas y de Seguridad; inhabilitación de oficio de la instancia judicial y la necesidad imperiosa de un Código Contencioso- administrativo).

CARRANZA TORRES, LUIS R. –*El Procedimiento Administrativo Nacional- Régimen general y especiales*. págs. 207 y 208- Edit.: Legis Argentina- 2008- 1ª Edición.

DIANA, NICOLÁS, “¿Otra vez el enigma de la habilitación de instancia? Sobre las cenizas de Cohen”. Pub. en La Ley 2006-A, 60.

GORDILLO, AGUSTÍN, *Procedimiento Administrativo*.-1º Edición- Buenos Aires-Lexis Nexos-Depalma. 2003, págs. 322 a 330.

LIMA, FERNANDO JUAN, “La Ley 25.344, la Jurisprudencia y la habilitación de la instancia Judicial”. EDA (15/09/2009, N° 12.338).

MONTI, LAURA M., “Control de la habilitación de instancia contenciosa administrativa. (Nuevas Orientaciones Jurisprudenciales)” Ref. EDA, 00/01-494.

SARMIENTO GARCÍA, JORGE. “La Demandabilidad del Estado y el Agotamiento de la Instancia Administrativa”. *Estudios de Derecho Administrativo-X- El Proceso Administrativo En La República Argentina*. págs. 167 a 169. Edit. Artes Gráficas Candil- Buenos Aires 2004.

SESIN, DOMINGO J., “El Principio Del Formalismo Atenuado y Sus Consecuencias Prácticas”. *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*. págs. 93 a 96. Ediciones RAP- 1ª Ed. Buenos Aires-2006.

CSJN, 15/12/87 “Caja Nacional de Ahorro y Seguro c/ N.C.R. Argentina S.A.I.C.” Fallos 310:2709.

CSJN, 13/03/ 90 “Cohen, Rafael c/Instituto Nacional de Cinematografía- s/ nulidad de Resolución” Fallos 313:228.

CSJN, 06/10/92 “Construcciones Taddía S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia), Fallos 315:2217

CSJN, 4/02/1999, “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)”, Fallos 322:73.

CNFed. C. A. en pleno, 15/04/1999 “Romero, Gerardo c/ E.M.G.E.” J. A. 1999-III -122.

CSJN, 31/03/1999, “Tajes, Raúl Eduardo c/ Estado Nacional (EMGE) s/ retiro militar y fuerzas de seguridad”, Fallos 322:551.

CSJN, 26/10/2004. “Resch, Héctor Juan c/ Mº del Interior - Policía Federal s/ personal militar y civil de las FF. AA. y de Seg.” R. 920. XXXVI.

CSJN,07/02/2006.- “Sisterna, Ramón Silvano c. ANSeS” (S.3053.XXXVIII-R.H.).

CSJN, 28/04/2009. “Ramírez, Andrés Lionel c. Estado Nacional- Secretaría Presidencia de la Nación s/empleo público. (R.341.XLIII).

CSJN, 04/08/2009. “E.D.E.M.S.A. c/ E.N.A. y M.E.O.S.P.N. s/ cobro de pesos”.



UNA LECTURA DE LA COOPERACIÓN INTERGUBERNAMENTAL LOCAL DESDE EL NEOINSTITUCIONALISMO

*Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará**

Resumen: Bajo la premisa de la necesidad de superar la fragmentación que manifiesta el panorama institucional de los gobiernos locales en Argentina, el artículo analiza las condiciones que constriñen o facilitan la institucionalización de relaciones cooperativas entre ellos. En base a categorías de análisis provistas por el enfoque neoinstitucional, diferencia y desarrolla tres tipos de condiciones: el contexto de crisis, el político-institucional y el de las comunidades locales. La aplicación a la realidad argentina permite avances en la descripción y explicación de su situación actual.

Palabras claves: cooperación intergubernamental - neoinstitucionalismo - cambio institucional

Consideraciones introductorias

La literatura científica, desde un muy amplio espectro de abordajes disciplinares —jurídicos, económicos, politológicos, sociológicos, demográficos, históricos, etc.—, es pródiga en referir el impacto que la revolución tecnológica —particularmente en el campo de las comunicaciones— ha generado en las dos últimas décadas, con un enorme incremento en la densidad de información y en la interrelación y complejidad de la vida humana.

Naturalmente, el campo de las políticas públicas en el que incursiona el presente artículo no queda al margen de este fenómeno. Esto es: los procesos de decisión e implementación de políticas públicas están igualmente caracterizados por aquellas notas de complejidad y fuerte interrelación entre diversas instancias jurisdiccionales (y también de éstas con la sociedad civil), derivadas de la misma naturaleza transversal de los problemas a resolver hoy; las políticas sociales, medioambientales y de desarrollo económico constituyen los ejemplos más claros de esta aserción, pero de ninguna manera los únicos.

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular Ordinaria 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. Docente-Investigadora Categoría I- Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación.

En la estructura organizativa del Estado se han producido transformaciones correlativas, a través de la multiplicación de agencias, del empoderamiento de gobiernos subnacionales vía procesos descentralizadores, del desarrollo de entidades cuasi-gubernamentales (“Quango”¹), etc., de modo que como señala con agudeza Peters B. G. (2006) quizás el punto más importante aquí sea que prácticamente todo el gobierno contemporáneo es multinivel, lo cual requiere no sólo armonizar las perspectivas de diferentes niveles del sector público sino también conciliar las diferentes áreas funcionales presentes en todos los niveles del sistema. Sin embargo y como este mismo autor advierte, es en verdad difícil avanzar en la coordinación debido al modo vertical en que los gobiernos tienden a estructurarse y por la presencia de formas arraigadas de pensar la política pública.

Una situación histórica de tal modo modificada exige pues un especial esfuerzo para superar los dilemas que a los actores político-institucionales se le presentan en orden a construir una acción colectiva institucionalizada superadora de los defectos derivados de la fragmentación. De lo que se trata, en concreto, es de cómo resolver situaciones y llevar adelante de modo exitoso procesos que involucran a más de un actor institucional (nación, provincias, ciudad autónoma de Buenos Aires y municipios, en el caso por ejemplo del sistema jurídico-político argentino), evitando obstrucciones, innecesarias superposiciones de esfuerzos o bien omisiones de emprendimientos, ya sea que estas omisiones se produzcan por una insuficiencia de recursos materiales y humanos que podría ser resuelta a través de la articulación con otras instancias jurisdiccionales², ya sea que deriven del aprovechamiento oportunista de los esfuerzos de otros actores institucionales.

Precisiones conceptuales, cuestión problemática y perspectiva teórica del presente análisis

Naturalmente, se parte siempre del carácter beneficioso de la coordinación la que, como acción intencional en relación a decisiones vinculantes, permite un nivel de beneficio superior al que se lograría a través

¹ Sigla que en inglés significa “*quasi-nongovernmental organization*” o “*quasi-autonomous nongovernmental organization*”, cuyos equivalentes en español serían “organización cuasi-gubernamental” y “organización cuasi-autónoma no gubernamental”. Este acrónimo -empleado con mayor frecuencia en el Reino Unido, Australia e Irlanda- alude a las agencias de gobierno que ostentan autonomía parcial. Las mismas se encuentran fuera de la estructura formal del gobierno, pero es éste quien financia su operatoria y designa a sus funcionarios pese a haberles delegado poderes y prerrogativas.

² Los acuerdos cooperativos no se limitan a sumar recursos, sino que también operan otorgando o fortaleciendo la viabilidad de las obras y servicios pretendidos merced a las economías de escala.

de elecciones unilaterales de actores independientes. Pero la expresión “coordinación” porta distintos significados, que aunque recogidos con frecuencia por la doctrina desde su formulación por Scharpf (1993), se impone recordar. La coordinación no se sobreentiende horizontal: puede, a la manera del gran Leviathan, desarrollarse jerárquicamente. En la nueva realidad antes descrita de relaciones ensanchadas en cuanto actores involucrados y cuestiones de políticas públicas a atender, es expectable (al menos en principio) que se resuelvan de manera más eficiente y legitimada si adoptan una modalidad horizontal. Mas, a su vez, la coordinación horizontal o negociada puede ser negativa o positiva; para esta última basta la evitación de comportamientos obstructivos, mientras que aquélla es más exigente, pues demanda cooperación, es decir, el trabajo conjunto y colaborativo. Y existe finalmente otra alternativa a la coordinación, que es la denominada “coordinación negociada bajo la sombra de la jerarquía”, la cual a través de la intervención y aprobación del acuerdo por una autoridad superior procura superar las limitaciones que se atribuyen a la coordinación positiva: el incremento del número de participantes y de los costos de transacción correspondientes (limitación conocida como el “problema del gran número”), así como la presencia en los negociadores de comportamientos competitivos que llevan a soluciones no óptimas o al perjuicio de uno de ellos bajo condiciones de información incompleta de actores racionales egoístas (limitación conocida como “el dilema de la negociación”).

De modo consecuente con la aludida necesidad e importancia de la coordinación positiva o cooperación, la cuestión central sobre la que reflexiona este artículo se refiere a las condiciones institucionales que inciden sobre ella, favoreciendo u obstaculizándola.

Estas condiciones son en realidad variables que juegan con respecto a cualquiera de los niveles de gobierno en tanto actores de procesos de políticas en su dimensión estratégico-relacional; o sea, su consideración vale tanto para el análisis del accionar de gobiernos locales cuanto de actores altamente complejos (por ejemplo la Unión Europea), y ya sea que en la relación participen gobiernos del mismo o de diferentes niveles. Pero dado que en el contexto actual de los Estados, son los niveles locales los más afectados, en términos generales, por la falla de la fragmentación y que tal fenómeno sucede sin duda alguna en Argentina³, el desarrollo teó-

³ La literatura especializada es concordante e insistente sobre la intensidad que el fenómeno presenta en Argentina (un artículo liminar sobre la materia es el de Iturburu, M., 2001). Como indicador más que ilustrativo de la envergadura del problema baste recordar que, según datos del año 2007, el 80% de los gobiernos locales argentinos tiene menos de 10.000 habitante y contienen sólo el 13% de la población total del país. Además, el 38% de los gobiernos locales registra poblaciones inferiores a 1.000 habitantes. En cuanto a la provincia de Córdoba, par-

rico que presento se complementará con casuística vinculada a gobiernos locales argentinos, en particular de la provincia de Córdoba⁴.

El neoinstitucionalismo, de claro y creciente predicamento desde hace ya por lo menos tres décadas en las ciencias sociales, es de gran utilidad como marco teórico para procurar algunas respuestas al problema planteado en este artículo. Creo que no está de más advertir que este corpus teórico, asociado inicialmente a la descripción y búsqueda de explicación de los procesos de formación de la acción colectiva en el campo político y económico, porta una fuerte impronta interdisciplinaria, por lo que resulta de aplicación fértil en otros campos disciplinares, como por ejemplo el jurídico. En efecto: su concepto nuclear de institución, bajo la modalidad de regla formalizada, se identifica con el derecho mismo y desde su óptica, el enfoque neointitucional ayuda también a responder interrogantes asociados al diseño, vigencia y cambio de las formas jurídicas. Y si bien en el presente trabajo no se propone abordar el análisis de las regulaciones constitucionales e infraconstitucionales en materia de cooperación intergubernamental local⁵, va de suyo que las mismas se entretujan en todas las situaciones que serán consideradas al plantear luego las proposiciones sobre la cuestión problemática de interés.

Comparten el enfoque neoinstitucional diversas corrientes, que en una gran síntesis sistematizadora cabe simplificar en dos variantes: el neoinstitucionalismo de la elección racional y el neoinstitucionalismo histórico-sociológico. Ambas hacen suya la idea central —reaccionando contra la economía neoclásica y el conductismo sociológico— de que *“las instituciones importan”*, esto es, de que cumplen un rol privilegiado en la explicación del comportamiento de los individuos y de las organizaciones. Pero la pregunta sobre *“cómo”* tal influencia se produce, marca la división de aguas entre lo que se ha denominado el *“enfoque del cálculo”* y el *“enfoque cultural”*.

Para el neoinstitucionalismo de la elección racional, las instituciones inciden en las conductas en tanto proveen información sobre proba-

ticipa con el alto porcentaje del 18,8% en el total de gobiernos locales argentinos, mientras su participación en el total poblacional asciende al 8.4%.

⁴ Esta provincia participa con el alto porcentaje del 18,8% en el total de gobiernos locales argentinos, mientras su participación en el total poblacional asciende al 8.4%. Esta característica justifica su elección a los efectos del texto, así como la circunstancia de ser la única que registra iniciativas de coordinación intermunicipal amplias, estables y abarcadoras de todo el territorio provincial a través de formaciones regionales, si bien con logros muy escasos, a través de las leyes 8864/00 y 9206/04. He analizado esta singularidad en trabajos anteriores y realizado en particular un balance y estudio comparativo a nivel nacional en Parmigiani de Barbará, M.C., 2008.

⁵ Un análisis desde la dogmática jurídica se encuentra en Parmigiani de Barbará, M.C., 2003; ídem, 2006.

bles conductas de los demás, mecanismos coactivos para la ejecución de acuerdos, castigos para la deserción y otros comportamientos similares. Esto es: permiten a un actor prever las conductas de los otros con certidumbre relativa y realizar un consecuente cálculo de los costos y beneficios de la propia conducta orientada a lograr sus preferencias y la satisfacción con ello de su interés. La interacción estratégica domina las relaciones entre los actores y adquiere el rango de concepto fundamental en los análisis de actores maximizadores desde esta corriente.

El neoinstitucionalismo de la elección racional da por supuestas las preferencias, esto es, las mismas se forman de modo externo a los sujetos. Esta deuda en punto a la formación de las preferencias, es mejor resuelta por la corriente histórico-sociológica la cual, sin desconocer que el comportamiento humano tiene racionalidad y tiende a metas, subraya que las instituciones proveen valores y elementos cognitivos conforme a los que los individuos van constituyendo sus modos de conocer, evaluar y, por tanto, preferir. Los individuos se conciben más como satisfactores que como maximizadores. “¿Qué hacen las instituciones? Desde esta perspectiva las instituciones proveen modelos morales y cognitivos para la interpretación y la acción. El individuo es visto como una entidad profundamente integrada en un mundo compuesto por símbolos, argumentos y rutinas que proporcionan filtros tanto para la comprensión de la situación como de uno mismo, a partir de lo cual se construye el curso de acción. Las instituciones no sólo brindan información estratégicamente útil, sino que también afectan las identidades, las imágenes de sí mismo y las preferencias de los actores” (Hall, P. A. y Taylor C.R.; 1996:955). Esta interpenetración entre instituciones y conductas se cristaliza en una “lógica de lo adecuado”, que refiere a la influencia de las reglas (de modo no necesariamente conciente, sino la mayoría de las veces rutinario) que lleva a los individuos a valorar y preferir en una dirección determinada, incluso muchas veces en contra de sus intereses particulares⁶. La “lógica de lo adecuado” se distingue pues bien de la “lógica consecuencialista” de la maximización.

La escuela de la elección racional ha ido no obstante haciéndose cargo de sus limitaciones para explicar el origen de las preferencias. En esta dirección se destacan los aportes del ampliamente conocido Douglass C. North, quien sin abandonar del todo el enfoque de la elección racional, ha sido quien más ha contribuido a dilucidar el tema abogando por la ne-

⁶ Bueno es acotar que, a diferencia del “viejo” institucionalismo, el constreñimiento institucional no tiene que ver tanto con la dimensión valorativa (ética), sino más con la cognitiva (estructuras mentales para procesar la información influenciadas por la socialización, modelos cognitivos cuyos guiones o registros hacen que quienes decidan se resistan a evidencias nuevas, etc.).

cesidad de desarrollar una teoría de la ideología en tanto ésta aparece limitando la racionalidad de las decisiones de los actores y participando del proceso de formación de las preferencias⁷. Las ideologías son entendidas como “modelos mentales” que les sirven a los individuos tanto para percibir el ambiente como para determinar cómo debe ordenarse ese ambiente (Romero, J. J., 1999) y que se agregan como constreñimientos internos a los externos que son las instituciones.

Este paso dado por la corriente de la elección racional ha permitido un significativo acercamiento con la histórica-sociológica y habilitado al uso del instrumental analítico de ambas corrientes en los análisis empíricos, lo que posibilita mayores logros en la explicación de concretos procesos de formación de la acción colectiva. Precisamente, los enunciados sobre la cooperación intergubernamental local que se presentarán más abajo, resultan de esa convergencia.

A fin de atrapar las distintas vertientes del neoinstitucionalismo brevemente referidas, así como para operar con una visión suficientemente compresiva de los procesos reales, conviene adoptar un concepto de institución amplio, como ya antes he sostenido (Parmigiani de Barbará, 2003). El formulado por Hall, P. A. (1986:19) estimo reúne tales características: “Las instituciones son las reglas formales, los procedimientos de acuerdo (*compliance*) y las prácticas standard operantes que estructuran la relación entre individuos en diversas unidades de la comunidad política y económica”.

Para el desarrollo de la cuestión de la que se ocupa este artículo, relativa a cómo superar la fragmentación en el accionar de los gobiernos locales institucionalizando la cooperación, y en tanto ella lleva ínsita un desafío de innovación, tiene particular significado la respuesta que desde la teoría se dé al interrogante sobre el cambio institucional.

Preguntarse sobre el cambio es la contracara de la pregunta por la persistencia. ¿Por qué persisten las instituciones?; indudablemente, no porque necesariamente sean eficientes con respecto al cumplimiento de

⁷ “De cualquier modo, los diversos desempeños de las economías y de las políticas tanto históricas como contemporáneas argumentan en contra de que los individuos realmente conocen lo que les beneficia y actúan en consecuencia. Por el contrario, la gente actúa en parte en parte sobre la base de mitos, dogmas, ideologías y teorías a medio cocinar.

Las ideas importan; ...En muchos de los temas relevantes para los mercados políticos y económicos, la incertidumbre, y no el riesgo, caracteriza la toma de decisiones. Bajo condiciones de incertidumbre, la interpretación que hacen los individuos de su entorno refleja su aprendizaje. Individuos con bagajes culturales y experiencias comunes compartirán modelos mentales razonablemente convergentes, ideologías e instituciones, e individuos con diferentes experiencias de aprendizaje (tanto culturales como ambientales) tendrán diferentes teorías (modelos, ideologías) para interpretar su entorno” (Denzau y North, 1994:3-4).

los fines que de ellas se espera⁸. En ese sentido, los abordajes neoinstitucionalistas tienen un cierto sesgo de quietismo determinista que aparece refrendado por la experiencia histórica, argumentada aún por los teóricos de la elección racional no obstante ser una concepción que da cabida a conductas más intencionadas, es decir, a la programación y al cálculo.

Para esta última escuela, bajo el concepto privilegiado de los “costos de transacción”, habrá que asumir que la persistencia o cambio de una institución dependerá del cálculo de los beneficios o perjuicios realizados por los actores en una relación estratégica conformada según los incentivos provistos por dicha institución. Pero los desarrollos más depurados de la escuela, como los del ya citado Douglas C. North o de George Tsebelis (1990), incorporan al análisis del cambio variabilidades que tienen que ver con la subjetividad de los actores (modelos mentales compartidos, en el primer autor e incertidumbre sobre el cambio institucional, en el segundo) y que permiten esclarecer que el mismo tiene un carácter fundamentalmente *incremental*. Dentro de los límites del presente artículo, me detengo brevemente en North, quien remarca la influencia que en los costos de transacción tienen tanto la modificación de las estructuras productivas (en tanto generan nuevos grupos de poder o modifican el poder de negociación de los actores), y la modificación del marco general en que actúan (urbanización o población creciente, por ejemplo), cuanto la capacidad de aprendizaje y de cambio en los modelos mentales compartidos. Esto último no es para nada sencillo pues los sujetos tienden a reproducir las conductas institucionalizadas, en tanto están dotadas de incentivos conocidos y probados en juegos estratégicos anteriores. De allí que el cambio institucional sea percibido en general como una suerte de inversión de alto riesgo y se marque la tendencia —reitero— hacia el incrementalismo. Ciertamente, son posibles los cambios profundos, los que ocurren “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” (1991:8). Pero aún en los más revolucionarios la historia

⁸ “...resulta evidente que en un mundo donde gran parte de las decisiones se toman fuera del mercado, las estructuras políticas ineficientes sobreviven durante largos períodos de tiempo. De no ser así, no tendría ninguna importancia que los individuos, grupos y clases tuvieran percepciones diferentes y contradictorias: “[Falsas] teorías de las que se derivan consecuencias ineficientes llevarías a la desaparición de esos grupos respecto a aquellos que tienen teorías que producen resultados más eficientes. Pero la persistencia de estructuras políticas y económicas ineficientes, a su vez, hace que la existencia de ideologías rivales sea una cuestión fundamental en la comprensión de la historia económica. Las intuiciones sociobiologistas sobre las características de la supervivencia de la sociedad humana son una contribución importante, pero deben acompañarse por el hecho evidente de que, por lo menos durante largos períodos de tiempo, fundamentales para el historiador, la cultura humana ha producido diversas soluciones ineficientes y en conflicto. [North, 1984:21]” (Romero, J. J., 1999: 24).

registra la supervivencia de instituciones anteriores, fundamentalmente las informales (que naturalmente escapan al diseño intencionado).

La resistencia de las instituciones al cambio se manifiesta más fuerte en el neoinstitucionalismo histórico-sociológico, dado que el elemento intencional se desdibuja mucho frente al condicionamiento cultural construido a lo largo de la historia del grupo y que opera como filtro en la definición de los intereses y preferencias de los sujetos. Cobra relevancia así la noción de “path dependency” (dependencia del sendero o del rumbo), con la resultante de que “Los arreglos institucionales se reproducen porque los individuos son frecuentemente incapaces incluso de concebir opciones apropiadas (o porque consideran poco realistas las alternativas que pueden imaginar). Las instituciones no sólo restringen las opciones: ellas establecen el criterio mismo a través del cual la gente descubre sus preferencias. En otras palabras, muchos de los costos sumergidos más importantes son cognitivos” (Powell W. y Dimaggio P., 1999:45). Cabe agregar que la tendencia a la inercia es más fuerte en el sector público que en el privado, pues una vez que los gobiernos logran instalar una decisión e institucionalizarla, las organizaciones públicas (cualquiera sea) tienden a convertir sus actividades en rutinas y a crear procedimientos operativos estándares.

Desde esta óptica, incluso los cambios incrementales son escasos y modestos, porque modestos y escasos son los procesos de aprendizaje. La imagen del “cubo de basura” (Cohen M., March J. y Olsen J.; 1972) describe bien la dinámica adaptativa resultante tal como la concibe esta corriente: las instituciones disponen dentro de sus rutinas de un repertorio de respuestas ante posibles problemas y a dichas previsiones echan mano para ir ajustando sus políticas frente a nuevas oportunidades o amenazas, probando y desechando si no logran lo esperado y sin apartarse de sus valores básicos (los que cumplen la función apreciada de limitar la búsqueda de alternativas políticas con una lógica de racionalidad limitada). Los cambios se adaptan de ese modo a la lógica de lo adecuado y, en lo substancial, la institución queda intacta no obstante sus adaptaciones y aprendizajes, renuente a la planificación y al cálculo intencionado para el cambio.

Sin embargo, sería una errónea interpretación del neoinstitucionalismo histórico-sociológico imputarle una reificación de las instituciones en tanto afirmara la inmutabilidad de ellas. Los períodos de continuidad pueden ser interrumpidos, en efecto, por “coyunturas críticas”; March J. y Olsen J. (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. Contradicciones al interior de la propia institución, cuanto factores exógenos (crisis

económicas o militares, difusión de ciertas ideas, etc.) pueden conducir a cambios sustantivos.

Ciertamente no es sencillo a veces en la práctica distinguir cuándo se trata de un mero cambio adaptativo y cuándo se ha producido realmente un cambio institucional. Esto sucede de manera especial con las instituciones gubernamentales, donde los argumentos esgrimidos en el discurso político suelen presentar como cambio lo que no es o viceversa. En el campo de las relaciones intergubernamentales locales sobre las que se interesa el presente artículo y aplicando categorías sugeridas por desarrollos de Jessop, B. (2002), he tenido oportunidad de mostrar cómo la innovación institucional resultante de la ley 9206/04 de creación de las Comunidades Regionales en la Provincia de Córdoba fue explícitamente presentada como adaptación a los nuevos requerimientos de gestión eficiente de lo público y, en realidad, significa la pretensión de un verdadero cambio institucional, tan profundo que llega a contradecir la constitución provincial (Parmigiani de Barbará, 2008b).

La cooperación intergubernamental local y sus condicionamientos institucionales

Centrada la preocupación del presente artículo en dilucidar el problema de los condicionamientos institucionales para la acción colectiva cooperativa entre los gobiernos locales (complementada con la casuística argentina y en particular de la provincia de Córdoba) y en el marco de los desarrollos anteriores, conviene analizar tres cuestiones:

- a) Las características del crítico contexto de fragmentación
- b) Las características de la institucionalidad política
- c) Las características de las comunidades locales

a) Las características del crítico contexto de fragmentación

El paisaje institucional fragmentado que ofrecen los gobiernos locales va de la mano de desajustes entre las competencias de los gobiernos locales y sus capacidades de efectivización. Este desajuste constituye una situación indudable de crisis y es por consiguiente una matriz potencialmente generadora de cambios, que permitan cumplir con las expectativas depositadas en los roles formalmente previstos y socialmente legitimados. Pero tal desajuste (crisis), ¿es lo que la teoría prevé con virtualidad de impacto en los costos de transacción (North) o la “coyuntura crítica” u “oportunidad de cambio”, en el lenguaje del neoinstitucionalismo histórico-sociológico?

Cuando la crisis sea crónica y exista la posibilidad de externalizar costos, como sucede en Argentina, la respuesta será negativa. Es importante distinguir por eso el carácter de la crisis, las que pueden ser agudas o crónicas: mientras las primeras estimulan nuevos arreglos institucionales, nuevos acuerdos y soluciones que pueden tener como una de sus estrategias la cooperación interlocal con modalidades de mayor envergadura, las segundas tienden a cristalizar en procesos adaptativos con cambios incrementales, especialmente si es factible externalizar los costos.

No dudamos en calificar como “crónica” la crisis que padece la capacidad institucional de la gran mayoría de los municipios y comunas en Argentina, atento a la persistente falencia de recursos humanos, tecnologías de gestión y estructuras organizacionales adecuadas, debilidades que no han podido ser superadas a pesar de los abundantes diagnósticos y proyectos incorporados a una agenda latinoamericana de reformas del Estado que lleva ya varias décadas. Esta crisis crónica contiene además un componente que se reitera en los países en vías de desarrollo, que es el desequilibrio fiscal de los gobiernos locales y que puede llegar a comprometer seriamente la provisión de bienes públicos de la que los mismos son responsables. Tal debilidad obedece no sólo a una estructura incorrecta el gasto, de la que son responsables los gobiernos locales merced al sobredimensionamiento de la planta de personal y al endeudamiento para obras públicas no siempre prioritarias para el desarrollo, bajo la incitación de urgencias electorales y/o compromisos clientelares. A esta “inconducta fiscal” se agrega, además, la incorrecta coordinación fiscal en sentido vertical, es decir, la transferencia de funciones a los niveles inferiores sin prever los recursos necesarios para afrontarlos, ya sea a través de la provisión de mayores fondos coparticipables por la Nación o las Provincias, o bien dotándolos de una capacidad de imposición acorde con las responsabilidades transferidas. La crisis fiscal de la estatalidad bienestarista ha tenido gran incidencia en estos arreglos institucionales incorrectos, buscando los niveles supraordenados realizar “el ajuste” en la reforma del Estado desprendiéndose de servicios y adjudicándoselos al nivel inferior de modo casi compulsivo, bajo el manto legitimador de un supuesto incremento de eficiencia derivado casi mágicamente de la descentralización.

El tipo descrito de crisis crónica que atraviesa a los gobiernos locales, configura un contexto propicio para innovaciones “menores”, que son aquéllas que sólo afectan “un área acotada de la organización” (Cravacuore, D., Ilari S. y Villar A., 2004:28) y que además, por eso mismo, generan escasa o nula resistencia. Resulta entonces expectable el balance que los mismos autores realizan en punto a los procesos de reforma llevados a cabo: “La casuística acumulada en la Argentina durante los últi-

mos años permite sostener que la innovación mayor ha sido irrelevante en los gobiernos locales, con pocos procesos de cambio cualitativamente relevantes en la organización municipal o en la calidad de las prestaciones” (ibid.: 28).

Encuentro que hay coherencia también con lo ocurrido en el campo de la institucionalización de relaciones intergubernamentales interlocales que Argentina ha visto multiplicarse en las últimas dos décadas y bajo distintos nombre y modalidades —como veremos luego—: aquéllas con un objetivo determinado a cumplir y con frecuencia por un plazo determinado (construcción y/o mantenimiento de caminos, ejercicio de la justicia municipal de faltas, compras conjuntas de medicamentos), son no sólo más numerosas sino también más exitosas que las nacidas con objetivos más ambiciosos de desarrollo regional sustentable. Estas últimas registran además resistencias que incrementaron los costos de transacción⁹.

Estas innovaciones menores no son por cierto desdeñables y han permitido a los municipios y comunas avanzar *incrementalmente* hacia un fortalecimiento institucional, mejorando la calidad de ciertos servicios, realizando ciertas obras reclamadas por la ciudadanía y creando las bases para futuras cooperaciones, en un esfuerzo *adaptativo* a las nuevas circunstancias. Pero hay que tener bien en claro que las mismas resultan insuficientes para resolver la crisis crónica de los gobiernos locales, especialmente en tanto ésta se asocie con la variable de la fragmentación. Es decir, no han logrado impactar de modo suficiente en la reorganización espacial del poder ni generar identidades.

Mas también hay que tener en claro el escaso éxito de las formaciones de cooperación de alcance regional, especialmente las más inclusivas en número de localidades y naturaleza de sus objetivos, en general con obstáculos para enraizarse, manifestándose una tendencia a desaparecer o a modificar sus objetivos originarios. Ejemplos claro de esta aserción son los denominados “corredores productivos” de la Provincia de Buenos Aires y, en la Provincia de Córdoba, los “entes regionales de recaudación y gestión” y las actuales “comunidades regionales”¹⁰.

⁹ La revisión de las experiencias en la materia proporciona numerosos ejemplos. Al sólo efecto ilustrativo mencionaremos la creación de los “Entes regionales de recaudación y gestión” por la ley 8869/00 en la Provincia de Córdoba: en el eje de las relaciones Provincia-Municipios, provocó largas negociaciones, dificultadas por concretos intereses políticos y financieros divergentes (con respecto a la Provincia y entre las propias localidades) y, en el eje local-local, un variado abanico de razones (políticas, demográficas, de afinidad económica, etc.) crearon resistencias tales que debió reconfigurarse totalmente el diseño de regiones originariamente previsto según criterios técnicos explícitos.

¹⁰ Con respecto a los primeros, dicen Cravacuore D, Ilari S. y Villar A. (2004:59) que “La articulación intermunicipal en la provincia de Buenos Aires reconoce como su principal antecedente a los Corredores Productivos que se propagaron durante la década de los ‘90”. Los co-

Otro aspecto muy significativo a considerar es la posibilidad de externalizar costos hacia los niveles superiores del sistema o en relación a futuras administraciones, lo que se ve favorecido por las características del sistema político-institucional argentino con sus notas de inestabilidad, fragmentación y tendencia a la centralización, que prohijan comportamientos oportunistas y clientelares por parte de los gobiernos locales y conspiran contra la emergencia y persistencia de instituciones de cooperación

Resulta además interesante observar, con respecto de la emergencia de algunas de ellas, la incidencia de crisis agudas nacionales, es decir, exógenas a los subsistemas político-administrativos que examinamos.

redores o consorcios productivos nacieron en la provincia de Buenos Aires a partir de 1993, en parte por iniciativas de las localidades y en parte por el estímulo financiero nacional y provincial; llegaron a conformarse 13 Corredores, aunque ya en el año 2003 manifestaban una importante disminución de actividad que se fue acentuando, terminando en algunos casos por disolverse formalmente y en otros, con una supervivencia sólo formal. Uno de los objetivos que impulsó la creación de los corredores fue el de aunar criterios para la elaboración de proyectos conjuntos que permitieran dar una mejor y mayor explotación a las actividades productivas de cada región. La mayoría de los proyectos de desarrollo sostenidos por los Corredores florecieron entre 1999 y 2000 con aportes realizados por la Provincia y si bien algunos de ellos continuaron, en general se paralizaron por la crisis de 2001-2002 (Informe "Alianzas Productivas", Mecom-Prensa Clave, La Plata, 7-2-2003).

En la Provincia de Córdoba se han realizados dos ensayos de una reingeniería institucional más profunda. La primera iniciativa fue el "Acuerdo económico, financiero y fiscal entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal" —también llamado "Pacto de Saneamiento Fiscal"—, luego ley 8869/00, que a la vez que hizo posible la renegociación de la abultada deuda que los gobiernos locales tenían con la Provincia, estableció como contrapartida que aquellos con menos de 30.000 habitantes (y los de mayor tamaño que lo quisieran) debían conformar "Entes regionales de recaudación y gestión" para la gestión tercerizada del pago de los tributos municipales; se preveían, simultáneamente, objetivos más ambiciosos de reforma político-administrativa de los gobiernos locales y acciones para el desarrollo regional. Su implementación fue resistida, lográndose sólo el refinanciamiento de la deuda y la permanencia de la denominada Unidad de Trabajo Provincia-Municipios como un rico espacios de contactos y negociaciones.

Pero a este fracasado intento de regionalización sucedió muy pronto otro, apoyado por la mencionada unidad, mucho más ambicioso, plasmado en la ley 9206/04 que organiza todo el territorio provincial en las denominadas "Comunidades Regionales", tomando como base los departamentos en que se divide la provincia y previendo los órganos, competencias y funciones de las mismas. Aunque la primera función de las Comunidades refiere al ejercicio de las competencias del poder de policía que les delegue la Provincia sobre las zonas entre los ejidos municipales, pueden ejercer competencias que les deleguen los municipios dentro del radio de éstos (aspecto cuya constitucionalidad, entre otros, hemos cuestionado en un trabajo anterior -Parmigiani de Barbará, 2006) y básicamente, han sido creadas para llevar adelante políticas de interés regional, disponiéndose una partida presupuestaria en el proyecto trianual para financiar proyectos regionales propuestos por las propias Comunidades. Finalmente, hay que añadir que coexisten con otros organismos intermunicipales creados o a crearse, con los que también pueden articularse: la perspectiva reticular de la gobernanza deja aquí su impronta. A cuatro años de creadas, su actividad ha sido muy magra.

Cravacuore y Clemente (2006) estiman que el mayor incremento de las formaciones asociativas interlocales no se ha dado en el quinquenio anterior al 2000 sino con posterioridad a este año, asociado a la severa crisis económica, social, fiscal y política que ocurrió en Argentina. Ésta impactó duramente sobre las ya de por sí menguadas finanzas locales, a la vez que acrecentó las demandas en torno a políticas sociales dirigidas a los gobiernos locales y acentuó la percepción de éstos en punto a la interdependencia existente entre localidades y los potenciales beneficios de la articulación¹¹. Además, la construcción territorial del poder político llegó en esos momentos a una expresión máxima que, aunque pendularmente reducida luego a favor del centro político nacional, se mantiene como una alternativa importante en el contexto del frágil sistema de partidos argentino. Sin embargo, no han logrado los factores descriptos cristalizar como matrices de cambios institucionales superadores.

b) Las características de la institucionalidad política

Diferenciaré en este aspecto tres variables de relevancia.

En primer lugar, cabe atender al entramado de las reglas formales relativas a la distribución territorial del poder estatal y al espacio que para la cooperación interlocal las mismas otorgan, en tanto tal entramado constituye el soporte de las estrategias de los actores, a la vez que es dinamizado por ellos.

Sin duda que la claridad de las reglas formales favorece las conductas asociativas y en ese sentido el condicionamiento para el cambio hacia la cooperación se presenta en Argentina como muy positivo. Tratándose de un estado de derecho, lo primero a considerar es la constitución nacional y luego las constituciones provinciales o estatales (en el supuesto de un país federal), para luego atender a la legislación derivada respectiva (leyes, decretos y resoluciones). Y hablar de asociativismo o cooperación interlocal en un marco de gobiernos locales con roles potenciados por procesos descentralizadores y demandas del mundo globalizado, cual es el punto de partida del presente trabajo, significa asumir que a las unidades más pequeñas de distribución territorial del poder estatal se les reconoce

¹¹ Escribíamos en su oportunidad que “La crisis económica y financiera que afecta a la República Argentina desde hace ya algunos años y que llegó a un punto extremo de visibilidad con las vertiginosas sucesiones presidenciales a fines del año 2001, no ha resentido la idea fuerza de la necesidad de vigorizar los gobiernos locales ni detenido iniciativas en ese sentido, que se inscriben dentro de las medidas propugnadas por la segunda generación de reformas del Estado. Hasta cierto punto *puede decirse que la crisis ha jugado como un contexto de oportunidad para la innovación*, sin perjuicio naturalmente que la misma incida luego negativamente lentificando los procesos o modificando sus objetivos originarios” (Parmigiani de Barbará, 2002).

constitucionalmente autonomía, es decir, la potestad jurídica si no necesariamente para definir sus propias instituciones de gobierno, sí la independencia política para elegir sus autoridades, así como para gestionar administrativamente las competencias asignadas constitucionalmente y, en el plano económico financiero, la aptitud para generar sus propios recursos y disponer libremente de los recibidos de otra jurisdicción¹². De ese reconocimiento constitucional de autonomía surge indubitable la posibilidad de los gobiernos locales de asociarse para diversas actividades de interés común, pero la previsión expresa de tal posibilidad sin duda que la refuerza y contribuye a hacerla más patente como estructura de oportunidad¹³.

En segundo lugar, cuando la distribución territorial del poder del Estado asume la forma federal, con consagración además de la autonomía político-administrativa de Municipios y Comunas¹⁴, las relaciones intergubernamentales se tornan más complejas.

Se produce una multiplicación de las arenas de juego y el correspondiente acrecentamiento de los puntos de veto, lo que sin duda demanda mayores esfuerzos de coordinación para la acción colectiva eficaz. Sin que esto signifique excluir tampoco acciones conducentes a innovaciones, en general la doctrina reconoce que una menor tendencia a la innovación acompaña a los gobiernos compuestos. La resolución del problema del gran número y el dilema de la negociación —a los que ya hemos hecho referencia al comienzo de este trabajo—, condicionan negativamente la cooperación: tienden a incrementar los costos de transacción entre actores, además, con mayor heterogeneidad de modelos mentales o ideas de lógicas institucionales adecuadas.

¹² La Constitución Nacional de la República Argentina de 1853/60 ya consagraba la autonomía municipal en su art. 5, reforzándose el principio con el nuevo art. 123 incorporado a la Constitución Nacional en la reforma de 1994, que reza: "Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto en el art. 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

¹³ Hay constituciones provinciales que son explícitas y contundentes en cuanto a la cooperación intermunicipal otorgando rango constitucional a los emprendimientos respectivos: es el caso de las Constituciones de Córdoba, que en su art. 190, bajo el acápite de "Convenios intermunicipales", prevé la creación de "organismos intermunicipales", denominación corrientemente sustituida por la de "entes intermunicipales", la de Chubut, que en sus arts. 235 y 237 prevé la creación de "subregiones" y la de Corrientes, que prevé "microrregiones" (art. 227). Otras constituciones efectúan precisiones menores, como la de la provincia de Buenos Aires cuyo art. 192 expresa "Son atribuciones inherentes al régimen municipal, las siguientes: ...8) constituir consorcios de municipalidades"; o bien se refieren a la facultad de realizar convenios.

¹⁴ El nombre de estos últimos gobiernos locales de menor base demográfica —y a veces geográfica— varía según las provincias argentinas: comunas, comisiones de fomento, comisiones municipales, comisiones rurales de fomento, juntas rurales, juntas de gobierno, etc., y varían también los requisitos y modalidades para su constitución, así como las facultades acordadas (Cravacuore, 2007), aunque es posible detectar siempre algún grado de autonomía.

En el eje vertical de las relaciones, hay que hacer notar que las instancias supraordenadas pueden funcionar como ventanas de oportunidades para acciones de promoción y apoyo a las políticas asociativas locales. La experiencia argentina registra, por ejemplo, la realización de talleres, seminarios y foros de discusión dirigidos a los funcionarios locales y promovidos ya desde el nivel nacional, ya provincial¹⁵, con el objetivo de estimular el conocimiento de mutuas necesidades y la elaboración de diagnósticos compartidos, a fin de estimular la implementación mancomunada de soluciones a través de estrategias asociativas interlocales¹⁶.

La política fiscal es central en un gobierno multinivel en tanto determina las competencias y mecanismos para la percepción y distribución de los recursos económicos y refleja claramente el entrecruzamiento de factores políticos y económicos. Y sucede, precisamente, que en Argentina refleja la dependencia de los gobiernos provinciales con respecto a la Nación y de los municipales con respecto a ambos y *una progresiva centralización*. La ley 23.548 /88 estableció un Régimen de Coparticipación de Impuestos entre la Nación y las provincias,¹⁷ pero el régimen original fue sucesivamente modificado restando fondos de la masa coparticipable de transferencia automática¹⁸, para su adjudicación a programas especiales que importan transferencias a veces negociadas y a veces arbitrarias, por

¹⁵ En el ámbito nacional lleva a cabo este tipo de acciones la Subsecretaría de Asuntos Municipales; en las veintitrés provincias argentinas, se encuentran especialmente en las de Buenos Aires, Córdoba y Chaco, si bien va incrementándose en las restantes, especialmente para la promoción de microrregiones (por ejemplo Neuquén, Río Negro y Corrientes, entre otras).

¹⁶ No existen estudios evaluativos sobre el impacto de estas acciones. En la provincia de Córdoba, en la que se multiplicaron sobre todo a partir de la sanción de la ley 9206/04 con la activa participación de especialistas de todas las universidades con sede en la provincia, el balance es ambivalente, según surge de los datos relevados en el marco de los proyectos "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" y "Gobernanza regional en la provincia de Córdoba: análisis político, cultural y de redes en estudios de casos" (2005/07 y 2008/09, respectivamente; dirección: Parmigiani de Barbará M. y Díaz de Landa, M.; con subsidio SeCyT UNC). La tendencia a la evaluación negativa de la asistencia técnica aparece asociada a comunidades con escasas experiencias previas de cooperación y asimetrías conflictivas a su interior, con incidencia del menor tamaño y recursos de influencia política de la localidad (son casos en que en las entrevistas a los funcionarios municipales se reiteran expresiones del tipo "... sí, vinieron de la universidad y nos propusieron reuniones...hablamos... nos presentaron estudios... pero todo muy teórico pero en la práctica nada", o "...nos pidieron información y no teníamos y bueno...no se en qué terminó esto..."). Ciertamente, también es posible advertir distintos impactos según las calidades de la asistencia efectuadas. Las localidades que ya han tenido experiencias asociativas más importantes aparecen, en cambio, valorando más positivamente la asistencia técnica.

¹⁷ Vale recordar que la Ley-convenio de coparticipación impositiva prevista por la reforma constitucional de 1994 no ha sido lograda, a casi quince años, en detrimento de un verdadero federalismo fiscal.

¹⁸ Creación de fondos especiales: fondo educativo, fondo nacional de energía eléctrica, fondo de emergencia social, etc. Pacto Federal para la Producción, el Empleo y el Crecimiento, etc.

parte de la Nación tanto a las provincias como a los municipios; a ello hay que agregar los Aportes del Tesoro Nacional (ATN), de disponibilidad arbitraria, que tanto en períodos de tanto de estrechez cuanto de bonanza constituyen poderosos instrumentos de negociación y presión política. La crisis e inestabilidad económica que ha caracterizado a nuestro país en la última ha impactado naturalmente también sobre la capacidad recaudatoria propia de las provincias —así como de los municipios—, haciendo más patente la dependencia de los niveles infraordenados (Parmigiani de Barbará, 2008a).

En este marco, la asociación de los gobiernos locales para reclamar la remisión de los fondos debidos o bien negociar el apoyo para emprendimientos de interés común, resulta una estrategia expectable por el fortalecimiento de la presión que ello significa¹⁹.

Sin embargo, los intereses y compromisos políticos impulsan con frecuencias conductas no cooperativas de abstención por parte de los gobiernos locales, que disminuyen los costos de transacción al permitir con menor desgaste de recursos de tiempo, políticos, etc., obtener iguales o mayores beneficios negociando individualmente o por agrupamientos menores o distintos a los institucionalmente expectables²⁰. Las conductas

¹⁹ La siguiente información periodística ilustra esta estrategia “El bloque de intendentes radicales de la Mesa Provincia-Municipios... pedirá reuniones con la Nación para tratar temas sociales y de distribución de fondos. ... Los intendentes radicales presentarán una serie de notas en las cuales solicitarán tres audiencias con la Nación: una con el ministro del Interior, Florencio Randazzo, por el tema de la distribución de los Aportes del Tesoro Nacional (ATN) en Córdoba; otra con el ministro de Planificación, Julio de Vido, a los efectos de saber qué pasa con las obras y el tema de las viviendas; y otra con la ministra de Desarrollo Social Alicia Kichner, para discutir los ocho meses de atraso en los módulos alimentarios. “Si toda la Mesa lo acepta, automáticamente le solicitaremos al ministro de Gobierno de la Provincia... que gestione las audiencias y dos representantes por bloque podamos estar presentes ante la Nación” (Fuente: *La Voz del Interior*, 17/08/2009).

²⁰ Obsérvese en esta información la estrategia contraria a la descrita en la nota anterior: “El análisis de temas de gestión le dio un marco netamente institucional a la reunión que sostuvieron ayer en la Casa Rosada el jefe de Gabinete Alberto Fernández y los representantes del Foro de Intendentes Radicales de Córdoba. Sin embargo, la interpretación política es unánime: la Nación continúa con su proyecto de seducir a los jefes municipales de la UCR para que apoyen la reelección del presidente Néstor Kichner. ... ‘Se estableció una agenda de gestión por temas y por grupos, para obras y servicios para nuestras ciudades’, explicó Alberto Giménez (Mina Clavero). Para avanzar en hechos concretos, acordaron que en las próximas dos semanas los intendentes elevarán al Gobierno nacional los proyectos-algunos en trámite, otros a iniciarse- de obras, servicios y créditos que necesitan. Luego la Nación les dará curso y los financiará...” (Fuente: *La Voz del Interior*, 14/09/2006).

Ya en el eje provincial-local de las relaciones intergubernamentales, registramos otro ejemplo: meses más tarde se difundió que a la segunda ciudad de la Provincia de Córdoba (Río IV) se le anticiparían los fondos para la reparación de escuelas que debían ser remitidos para su distribución a la Comunidad Regional respectiva porque no podía ponerse en peligro el inicio de las clases por diferencias internas en la Comunidad.

no cooperativas de *free rider* son también frecuentes, sobre todo por parte de los gobiernos con menores recursos de poder político y económico²¹.

Para el gobierno nacional y provincial la institucionalización de organismos asociativos interlocales implica la posibilidad de optimizar acciones en áreas diversas de políticas, descentralizando (en sentido técnico, no jurídico político) a través de ellos y por su mediación, acciones de decisión y ejecución de políticas públicas, particularmente en el área de políticas sociales, medioambientales y de obras públicas en las que existan competencias concurrentes, o bien canalizando también a través de ellos las ayudas financieras para la realización de obras de responsabilidad local (como pavimentación y alcantarillado de calles, alumbrado público, construcción y funcionamiento de unidades de primeros auxilios, etc.).

Ciertamente, la institucionalización de asociaciones de gobiernos locales reduce —en principio²²— la complejidad de la coordinación de la acción colectiva propia de los Estados compuestos, pues contribuye a solucionar el denominado problema del gran número. Dado que las dificultades para la negociación aumentan con el número de participantes independientes y sus opciones de acción interdependientes y, por consiguiente, con el número de transacciones que se deben dar simultáneamente, al concentrarse en un organismo las preferencias de los gobiernos locales dicha dificultad decrece significativamente²³.

Sin embargo, los beneficios que puede traer esta mejor organización de las relaciones intergubernamentales para la eficiencia y eficacia de las políticas públicas, al reducir las arenas de juego, pueden verse frustra-

²¹ En las entrevistas realizadas a funcionarios municipales y comunales en las investigaciones referidas en la nota 16, se encuentran respuestas indicativas de esta conducta, por ejemplo: “¿Qué evaluación le merecen las acciones adoptadas por la Comunidad Regional al respecto (se refiere a problemas regionales, que afectan a la localidad del entrevistado)? Yo pienso que bien, yo pienso que están trabajando bien, ... porque la verdad yo soy nuevo no puedo no conozco nada anteriormente de acá pero yo pienso que sé, no... esto va a llegar. va a llegar... si aparte gente sería son muy buenos los chicos, son todos muy buenos” o “Qué opina Ud. sobre las relaciones entre la Comunidad Regional y los municipios/comunas correspondientes? No, no sé, yo lo que veo de la comunidad mía es que se reúne un grupo de diez comunas y dos municipalidades, bueno... no veo activamente la cantidad que tendríamos que ser los veinticuatro o sea en eso veo un poco de dejadez...” (transcripciones textuales de entrevistas grabadas).

²² Decimos en principio, pues en la práctica puede implicar que en definitiva se agregue al juego de arenas múltiples un actor más, si aparecen divergencias al interior del ente asociativo que generen demandas superpuestas.

²³ La siguiente noticia periodística pone de manifiesto la facilidad para la coordinación cooperativa creada por la existencia a la fecha de una asociación intermunicipal —la Comunidad Regional—: “Después de varios años de gestiones, municipios y comunas de Calamuchita, a través de la Comunidad Regional, esperan obtener finalmente el poder de policía para controlar lagos y ríos de la zona y sancionar infracciones en caso de degradación.” (Fuente: *La Voz del Interior*, 05/05/2009).

dos por manipulaciones oportunistas de tipo político que busquen diluir responsabilidades de los niveles supraordenados²⁴ o encolumnar adhesiones de líderes territoriales con miras electoralistas²⁵.

Por último, los agrupamientos institucionalizados por excelencia del sistema político en una democracia, los partidos políticos, juegan un rol protagónico en la formación, funcionamientos y estabilidad de las articulaciones municipales. Protagonistas centrales del proceso de formación de voluntad política por su intervención en las luchas electorales y luego, desde el rol oficialista u opositor, su número y comportamientos recíprocos (alianzas, ejercicio del veto, conductas parlamentarias obstruccionistas, etc.) configura un determinado sistema de partidos que incide directamente en las estrategias de activación de las reglas de juego del sistema político. Como lógica consecuencia, un sistema de partidos de pluralismo polarizado o extremo, e incluso de pluralismo moderado (Sartori, 1980) puede constituir una variable problemática para la estabilidad de las co-operaciones interlocales acordadas, máxime en un gobierno multinivel donde el arco partidario se multiplica y también las tensiones y frecuencias de los ciclos electorales. Ello estimula juegos de defección, en lugar de juegos a largo plazo de la cooperación continua²⁶.

²⁴ En el armado institucional de la ley 9206/04 de la Provincia de Córdoba, ya explicado en nota 10, la descentralización de tareas debía acompañarse con la remisión de los fondos correspondientes –en un primer tramo, para la refacción de escuelas según prioridades a propuestas por cada Comunidad Regional y con efectivización de las tareas a cargo de ellas– La demora de la Provincia en la remisión de fondos generó diversas reacciones, entre las que figuran del tipo señalado en el texto, como la expresada por un intendente de filiación partidaria distinta al oficialismo provincial: “Todavía no vimos un solo peso, ni siquiera para cubrir los gastos operativos, que son de tres milpesos al mes. No estamos dispuestos a seguir *poniendo la cara por el Gobierno* para anunciar obras que después no se concretan” (Fuente: *La Voz del Interior*, 26/06/2006; lo resaltado en bastardilla nos pertenece).

Se encuentran percepciones coincidentes en entrevistas efectuadas en las investigaciones indicadas en nota 16; por ejemplo: “Yo creo que ha sido una forma del gobierno de sacarse, no se... pesos de intendentes a través de la Comunidad Regional, de bajar... este.... ayuda a través de la Comunidad Regional a su criterio”.

²⁵ En el encuentro que se relata en nota 19, se creó la Mesa Nación-Intendentes, a fin de facilitar el tratamiento de temas vinculados a las necesidades de gestión de los gobiernos locales, pero “Con todo, nadie duda que el Gobierno nacional utilizará a la Mesa como una herramienta para captar a jefes municipales que representan hoy el mayor capital del radicalismo cordobés.” (Fuente: *La Voz del Interior*, 14/09/2006).

²⁶ La percepción expresada por un funcionario local en el curso de una entrevista, ejemplifica con claridad esta impronta cortoplacista de la dinámica política partidaria (la referencia personal es a un ex ministro de Gobierno de la Provincia de Córdoba): interrogado sobre sus expectativas de apoyo por parte del gobierno provincial a las Comunidades Regionales, respondió. “No se que decirte... te digo, para mí esto fue un caballito de batalla de Acastello. Y hoy no está Acastello, y esto como que se perdió. Como que no hay que darle importancia para que no, este... sea positivo lo que inventó Acastello. Es así lamentablemente. Las cosas no funcionan en este país por eso. Si alguien hace algo y sirve, no importa; hay que tratar de que no sirva. Que no tenga trascendencia para que no saque la cabeza como candidato ...”

c) Las características de las comunidades locales

La proximidad geográfica de las localidades y su homogeneidad o semejanza demográfica, económica y política, tienen una gran influencia en la configuración de las preferencias en relación a los bienes públicos y, por lo tanto, también en la determinación de las ganancias potenciales y los costos de la cooperación. Asimismo, otra variable importante es la existencia de relaciones previas de cooperación en tanto creadoras de un piso de confianza que disminuye los costos de transacción y genera una disponibilidad a la cooperación que permite superar conductas competitivas.

La ubicación geográfica es de particular importancia en el caso de las formaciones asociativas a que nos hemos estado refiriendo en el presente trabajo, las que si bien muchas por el alcance de la cooperación con respecto a los objetivos y al número de miembros pueden no alcanzar una impronta regional (bajo denominaciones diversas éstas como micro-regiones, comunidades regionales, corredores productivos, planificación estratégica conjunta del desarrollo, etc.), responden sin embargo potencialmente a ese patrón, que lleva ínsito una relación con la organización del espacio geográfico. Hay que tener presente que la vecindad crea incentivos para cooperar en razón de la posibilidad de compartir los costos técnicos de la prestación de servicios; de allí también las diferencias que frecuentemente surgen entre las jurisdicciones en la definición de sus límites geográficos, aunque las diferencias pueden originarse también en la obtención de beneficios particulares por contener el espacio en litigio fuentes de recursos económicos, financieros o de patrimonio cultural. Por tales motivos la fijación de los límites geográficos origina con frecuencia juegos estratégicos reiterados entre las jurisdicciones²⁷.

Finalmente, no hay que olvidar que la vecindad propicia la circulación más intensa de personas y bienes, favoreciendo el surgimiento de un capital social compartido y las consecuentes redes de cooperación.

Además de la proximidad geográfica, en el entramado de interdependencia creado por la institucionalización del asociativismo interlocal

Otro, al evaluar la importancia de la tarea de la Comunidad Regional para su localidad, dice: "Todavía no ha tenido mucha porque no se ha trabajado bien en el último tiempo sobre todo en el último año que ha sido un año electoral prácticamente la comunidad regional ha estado en los últimos meses parada" (Fuente: investigaciones citadas en nota 16).

²⁷ Este breve relato a raíz del largo e inconcluso proceso —luego de tres años— de determinación de los ejidos municipales para implementar la ley de la Provincia de Córdoba 9206/04, lo refleja: "Se utilizó el criterio según el cual hasta donde se podía prestar los servicios se ampliaba el ejido. Actuaron bien, se logró el acuerdo, pese a varios conflictos (por ejemplo San Agustín y Calmayo con el tema de los monjes benedictinos; Embalse y La Cruz, respecto de la central nuclear de Embalse, se planteó el tema de quién cobraría las contribuciones)" (Fuente: investigaciones citadas en nota 16).

debe atenderse a la homogeneidad o complementariedad en otros aspectos a fin de poder resolver el denominado “dilema de la negociación”.

El dilema se asocia por una parte a la interdependencia política, jurídica, financiera, económica, etc. entre los distintos miembros de un emprendimiento interlocal y, por la otra, a la imposibilidad de obrar sólo por móviles racionales egoístas ya que se carece de información completa. Pero como todos están interesados en una situación por encima del statu quo, es decir, en una innovación, el resultado óptimo dependerá de una orientación “cooperativa” favorable a la creatividad, la comunicación abierta y el trabajo confiado en grupo; sin embargo, con frecuencia no pueden evitarse orientaciones “competitivas” que llevan a resultados subóptimos o que impiden un acuerdo incluso en situaciones en que el trabajo coordinado podría ser muy ventajoso para todos los interesados.

Precisamente la homogeneidad demográfica, la homogeneidad o complementariedad en materia económica y las coincidencias políticas básicas (las ideologías o modelos mentales compartidos de North o la participación en patrones culturales comunes del neoinstitucionalismo histórico), permiten conjeturar que no se pretenderán ventajas asimétricas para alguna o algunas de las partes, llevándose a cabo una negociación razonable de la división de los beneficios, en un proceso a la manera de la “batalla de los sexos” como lo sostiene Scharpf²⁸.

La respuesta del funcionario comunal que se reproduce fielmente a continuación ilustra bien cómo la diferencia demográfica y con ella en potencialidad económica y política tiende a producir comportamientos competitivos:

“Entrevistador: ¿Cuál es la importancia que tiene la Comunidad Regional para el desarrollo de su localidad? Respuesta: El estar todos juntos hace que se logren más cosas. Aunque algunas localidades no se llevan muy bien, porque están pensando cómo sacar el mayor provecho. ...

Y la relación nuestra digamos... es buena, pero sí me parece que a los municipios más grandes realmente no les interesa la regionalización, a los más chicos sí. *Entrevistador: ¿Por qué cree Ud. que no les interesa? Lo he visto así que en muchos lugares pasa lo mismo, no, es como que creen que por sí solos se valen o como en el caso nuestro porque creemos que haciendo bloque somos más fuertes para ir a pedir algo al gobierno, o me parece que había otra propuesta de formar comunidades, incluso a mí me tocaba*

²⁸ SCHARPF (1997:140) argumenta que la dependencia mutua puede ser representada como el juego de la batalla de los sexos en la cual ambos jugadores tienen interés en concluir el acuerdo, pero hay diferencias en las preferencias acerca de cómo coordinar los resultados. En esta situación cada jugador puede lograr el segundo mejor resultado; si se negara a cooperar se llegaría al resultado peor para todos. Pero si el poder está distribuido asimétricamente, el jugador en posición de ventaja puede no querer repartir los beneficios.

ver en otros países, y hay países que se arman con los más chicos para tener un poco más de escala, de presión entre comillas o de negociación y a los más grandes se los deja de lado y en este caso como están obligados por la ley, algunos asisten por obligación, pero no porque realmente crean que le ven beneficio para el municipio de ellos” (Fuente: investigaciones citadas en nota 16).

Las diferencias políticas son uno de los componentes remarcados unánimemente por la doctrina nacional como obstáculos a la cooperación interlocal: son fuente de grandes dilaciones en el proceso de negociación, en el que el oportunismo y la desconfianza elevan los costos de transacción hasta hacer abortar con frecuencia los acuerdos²⁹. O bien producida la institucionalización, abonan conductas de abstención o defección.

Otro aspecto sobre el que creo conviene insistir es el de las estructuras de redes. La existencia de un proceso a lo largo del tiempo en el que las localidades vayan progresivamente anudando redes de conocimiento, información y confianza a través de contactos y cooperaciones incluso informales y para la solución de problemas puntuales, configura un proceso de aprendizaje de alto valor para la construcción de futuras cooperaciones regionales que tengan el más ambicioso objetivo de concretar un conjunto de políticas para el desarrollo sustentable. Las previas estructuras de acuerdo entre gobiernos locales reducen los costos de transacción para la innovación, a través del incremento de información sobre conductas que ya han sido objeto de acuerdos e incrementan la confianza sobre que comportamientos análogos se reiterarán en el futuro. Adviértase la combinación de la “dependencia del camino” y de la “lógica de lo adecuado” y su impronta normativa y cognitiva, propias de la visión neoinstitucionalista histórico-sociológica y aptas para crear significados compartidos de vocación identitaria, con la perspectiva instrumental y estratégica del enfoque de la elección racional.

Finalmente digamos que, precisamente por esta aseveración sobre la importancia de la estructura de redes sobre la conformación de la acción colectiva para la cooperación, es que la doctrina nacional en general entiende menos viables —al menos en punto a su persistencia—, las formas asociativas interlocales inducidas desde la instancia supraordenada. En efecto: aún cuando se respeten las autonomías locales vía participación voluntaria, y aún cuando proporciona una innovación más rápida y

²⁹ El relato de los conflictos en el proceso de constitución del Consorcio del Corredor Productivo del Sudoeste de la Provincia de Buenos Aires, disuelto en el año 2002 y luego en el del proyecto universitario asociativo derivado de él que es la UPSO, contenido en Cravacuore D, Ilari S y Villar A. (2004) ilustra claramente estas situaciones conflictivas. Ver también lo descripto en nota 9 de este trabajo.

funcional a los efectos del desarrollo, la “coordinación bajo la sombra de la jerarquía” (Scharpf, 1993) plasmada a través de una ley provincial que ordena en regiones todo el territorio, no se ha manifestado exitosa hasta el presente en Argentina, como ya antes se expuso. Por cierto, los aspectos vinculados al sistema político y al tipo de crisis que aqueja a los gobiernos locales, deben ser también integrados al argumento explicativo.

Conclusiones

Las argumentaciones desarrolladas y la casuística recogida en el presente trabajo, han permitido mostrar que las instituciones no sólo emergen y funcionan según estrategias maximizadoras (dimensión instrumental-estratégica), sino que la propia percepción y valoración de la realidad a mantener o cambiar se hace desde ellas (dimensión cognitiva y normativa). De modo acorde con esta afirmación teórica, cabe hacer el siguiente enunciado general: los gobiernos locales cooperarán entre sí en la solución de problemas comunes cuando los beneficios superen los costos de transacción, según mapas cognitivos y valorativos condicionados por la inserción de los actores en las instituciones existentes.

Para las urgencias de institucionalización de coordinación interlocal cooperativa que registran los procesos de decisión e implementación de políticas públicas, a fin de satisfacer las demandas ciudadanas y contribuir a la construcción de un desarrollo sustentable, los resultados del análisis de la situación argentina no son promisorios. Solamente la institucionalización formal a través de reglas jurídicas constitucionales evidencia fortaleza; pero su impronta predominantemente propositiva, débil para realizarse en las prácticas, se advierte en el carácter incremental que predomina en las innovaciones institucionales. El incrementalismo es la ratificación de la fuerza de las rutinas institucionales, aún de las ineficientes, y de la dificultad de modificar modelos mentales y bagaje cultural (cognitivo y valórico, en ese orden) de los potenciales actores del cambio. Por otra parte, la organización federal con reconocimiento además amplio de las autonomías locales, introduce en el sistema de relaciones interjurisdiccionales un alto grado de complejidad para los intercambios y un difícil manejo de los costos de transacción, en el marco de un federalismo real vaciado financiera y políticamente. Y si en el sistema político no estatal se observa la dinámica de las instituciones políticas por excelencia que son los partidos políticos, se advierte el predominio de comportamientos clientelares, oportunistas y fragmentados, incompatibles con la coordinación cooperativa que se nutre de la confianza, el compromiso y la horizontalidad. Por último, en la vecindad y la homogeneidad e interdependencia económica, cultural, etc.,

de las unidades locales puede encontrarse un condicionamiento positivo para la cooperación.

¿Deberemos entonces abandonar la expectativa de contar con políticas públicas más eficaces y responsivas a las demandas ciudadanas y resignarnos a reiterar, a lo sumo con muy leves adaptaciones, rutinas institucionales en una interminable reproducción siempre casi idéntica? Naturalmente que no. La resistencia al cambio es propia de la función social que las instituciones cumplen. El análisis científico no las reifica, sino sólo alerta sobre las condiciones para el cambio y sobre eventuales entusiasmos excesivos de diseñadores institucionales.

Bibliografía

BARRERA BUTELER, GUILLERMO (2007) "Los entes intermunicipales," en *Derecho Municipal Profundizado -Cuadernos de estudio*. Sima Editora, Córdoba, Argentina.

COHEN, MICHEL D; MARCH, JAMES G. y OLSEN, JOHAN P. (1972): "A Garbage Can Model of Organizational Choise", en *Administrative Science Quaterly*, nº 17.

CRAVACUORE, DANIEL (2007): "Los municipios argentinos (1990-2005)" en *Procesos políticos comparados en los municipios de Argentina y Chile (1990-2005)*, Universidad Nacional de Quilmes/ Universidad Autónoma de Chile/ Hans Seidel Stiftung, Buenos Aires, Argentina.

CRAVACUORE, DANIEL; ILARI, SERGIO y VILLAR, ALEJANDRO (2004): *La articulación en la gestión municipal - Actores y políticas*. Universidad Nacional de Quilmes Editorial, Argentina.

DENZAU, ARTHUR y NORTH, DOUGLASS C. (1994): "Shared Mental Models: Ideologies and Institutions", en *KYKLOS*, vol. 47.

DIAZ DE LANDA, MARTHA (2007): "Las relaciones intergubernamentales desde los gobiernos locales" en *Procesos políticos comparados en los municipios de Argentina y Chile (1990-2005)*, Universidad Nacional de Quilmes/ Universidad Autónoma de Chile/ Hans Seidel Stiftung, Buenos Aires, Argentina.

NORTH, DOUGLASS C. (1984): *Estructura y cambio en la historia económica*, Alianza Universidad, Madrid.

— (1991): *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge

HALL, PETER A. y TAYLOR, ROSEMARY C. R. (1996): "Political Science and The Three New Institutionalisms" en *Political Studies*, N°44.

HALL, PETER (1986): *Governing the Economy: The politics of state intervention in Britain and France*. Oxford University Press, Nueva York.

ITURBURU, MÓNICA (2001): "Nuevos acuerdos institucionales para afrontar el inframunicipalismo argentino", en *Cooperación intermunicipal en Argentina*. INAP- Eudeba. Buenos Aires.

JESSOP, BOB (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.

MARCH, JAMES G. y OLSEN, JOHAN P. (1989): *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, The Free Press, Nueva York.

— (1993): "El nuevo institucionalismo: factores organizativos de la vida política", en *Zona Abierta* N° 63/64.

PETERS, B. GUY (2006): *Horizontal Governance: The Search for Coordination and Coherence*, Lawrence: University Press of Kansas.

— (2003) *El nuevo institucionalismo*, Gedisa Editorial, Barcelona.

PARMIGIANI DE BARBARÁ, MYRIAM C. (2008a): "El reordenamiento territorial de las relaciones intergubernamentales locales bajo formas regionales: antecedentes y balances de experiencias en Argentina". Ponencia incorporada a la página permanente del Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD): <http://www.clad.org.ve/docume.html>.

— (2008b): "Regionalización subnacional e institucionalidad en un contexto de autonomías locales", en *Anuario X del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-2007*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Córdoba, Argentina.

— (2006): "Modelos de regionalización subnacional en la Provincia de Córdoba", en *Anuario IX del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-2001/2002*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Córdoba, Argentina.

— (2003): "Instituciones jaqueadas: Reformas político-institucionales a nivel subnacional en el marco de la crisis en Argentina", en *Anuario VI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-2001/2002*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Córdoba, Argentina.

POWELL, WALTER W. y DIMAGGIO, PAUL J. (1999): *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional* (comp.), FCE, México.

PUTNAM, ROBERT (1993). *Making democracy work: Civic traditions in modern Italy*. Princeton University Press.

SARTORI, GIOVANNI (1980): *Partidos y sistemas de partidos*. Madrid, Alianza Universidad.

ROMERO, JORGE JAVIER (1999): "Estudio Introductorio" en *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional* de W.W.Powell y P. J. Dimaggio (comp.), FCE, México.

SCHARPE, FRITZ (1993): "Positive und negative Koordination in Verhandlungssystemen", en *Sonderheft 24*, Opladen, WVG.

— (1997): *Games real actors play*, Westview Press, Boulder.

TSEBELIS, GEORGE (1990): *Nested Games, Rational Choice in Comparative Politics*, University of California Press, Berkeley.



SOBRE EL VALOR DE LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS UNIVERSALES Y REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO ARGENTINO

*Andrés Rossetti**

Resumen: En este artículo el autor reflexiona sobre el valor que tienen en el derecho argentino las diferentes decisiones que toman los distintos organismos que monitorean los tratados de derechos humanos que el país ha ratificado y que, muchos de ellos, cuentan con “jerarquía constitucional”. La cuestión que se plantea es, frente a la enorme cantidad de nuevas fuentes de derecho, reflexionar sobre el lugar y valor que cada una de ellas tiene en nuestro ordenamiento.

Palabras claves: Derechos humanos - Tratados - Organismos - Jurisprudencia.

Sumario: I. Introducción. II. La ampliación de las fuentes en materia de derechos humanos. III. Las decisiones de los organismos universales y regionales de derechos humanos. Su valor en nuestro derecho. IV. Cierre. V. Bibliografía.

I. Introducción.

La hoy llamada “globalización” es un fenómeno que viene de larga data, pero seguramente una serie de factores como la aceleración de la tecnología, las comunicaciones, la computación y tantos otros elementos, la ha “favorecido” y hace que hoy sea un hecho irrefutable. Vivimos en un mundo más “global”, más interconectado y relacionado¹. Frente a ella, nos encontramos con el viejo y clásico esquema de los Estados naciones que sigue predominando y —en el campo jurídico— de la también clásica distinción entre el monismo y el dualismo. No voy a tratar aquí estos aspectos ya que lo que

* Abogado (UNC). *Diplomado en Derechos Humanos* en el Instituto Europeo Universitario (Florencia, Italia 1999), *Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos* en la Universidad de Lund, Suecia (2000) y *Doctor en Derechos Humanos* en la Universidad de Palermo, Italia (2007). Actualmente es *Profesor Adjunto* por concurso en las materias *Derecho Constitucional* y *Derecho Procesal Constitucional* en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC, dicta diferentes materias en cursos de post-grado en esta y otras universidades y es Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC. Correo electrónico: andresarg@hotmail.com.

¹ Sobre la globalización, ver, entre otros, Bauman (1999) y Ferrarese (2002).

quiero es simplemente concentrarme en los cambios que de esas “viejas” estructuras y visiones por, me animaría a decir, “la fuerza de los hechos” o de la realidad influenciada por la llamada “globalización”, se están produciendo en el campo jurídico, en particular en nuestro ordenamiento jurídico y más específicamente en relación con el ámbito de los derechos humanos.

En Argentina, con el advenimiento de la democracia se empiezan a ratificar una importante cantidad de tratados de derechos humanos², lo que luego se reafirma, en el plano interno con la reforma de la Constitución Nacional (en adelante CN) en el año 1994 que les otorga, a los principales instrumentos de derechos humanos, *jerarquía constitucional* (art. 75 inciso 22 CN).

Por lo tanto, en materia de derechos humanos (pero es claro que no sólo en ella, ya que también hay un proceso fuerte de integración y muchos otros elementos de “internacionalización” de nuestro derecho) empieza a ponerse en crisis el rol del Estado y la idea de un sector del derecho que sostiene el dualismo en referencia a los ordenamientos jurídicos, ya que hoy se produce una fuerte “mixtura”, por decisión del Estado Argentino, entre nuestro ordenamiento y el “derecho internacional” (de aquí en adelante me refiero exclusivamente al de los derechos humanos) que hace que la teoría “monista” se presente como más “realista”: existiría, de hecho, un único ordenamiento en el que conviven normas del derecho internacional, regional y nacional.

II. La ampliación de las fuentes en materia de derechos humanos.

Lo dicho en el punto precedente es la causa principal que ha generado una fuerte ampliación de las fuentes del derecho en nuestro país, e incluso puede sostenerse que estas tienen, en algún sentido, nivel constitucional. En efecto, en particular por la frase que dice “*en las condiciones de su vigencia*” (art. 75 inc. 22 CN), pero ya en realidad antes con la ratificación de los tratados de derechos humanos y por lo dispuesto en la Convención de Viena sobre los Tratados de 1969 que Argentina ha ratificado antes de la vuelta a la democracia en 1983, puede señalarse que las normas (en sentido amplio de normas, es decir, incluyendo no sólo los textos de los tratados, sino todas las demás decisiones que derivan de ellos, o sea las normas que producen los organismos —generalmente creados por ellos— y que monitorean su cumplimiento), pasan a formar parte de nuestro ordenamiento como fuentes del mismo. Las decisiones en cuestión de “casos” (“denuncias”, “peticiones” o “comunicaciones”) individuales son fuente

² Por ejemplo, en 1984 la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el año 1986 los dos Pactos Internacionales de Naciones Unidas, sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por citar tres de ellos bien importantes.

para el caso, pero también valen como precedentes para nuevos casos, y las Observaciones Generales —u Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, las Observaciones Conclusivas, los informes temáticos o por países, y demás documentos que emanan de los órganos que controlan los tratados que el país ha ratificado también comportan fuentes³ de nuestro derecho.

Ello se relaciona, por cierto, con los niveles jerárquicos de las normas de los ordenamientos y su relación entre sí. Es decir: ¿Qué o cuál norma tiene supremacía? Al hacerse este planteo, se visualiza la concepción “dualista” y podría decirse que una primera respuesta se concentra en la óptica de quien responde al planteo: normalmente los constitucionalistas tienen la tendencia a dar primacía al derecho constitucional (con distintos argumentos) mientras que los internacionalistas suelen defender la primacía del derecho internacional (también con variadas razones). Esto se ve, por ejemplo, en la actual discusión —un poco teórica en nuestro país dada la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— entre el llamado “control de convencionalidad” y su vínculo con nuestro control de constitucionalidad⁴. Además, cabe preguntarse, como hacen algunos autores, sobre si realmente el derecho internacional es “derecho”⁵, y ello fundamentalmente en base a los débiles mecanismos de “coerción” que el mismo tiene. La réplica a esta discutible objeción podría ser: ¿Y el constitucional? ¿Tiene acaso este último “derecho” mecanismos de coerción? Piénsese, por ejemplo, en sentencias contra el Estado que no pueden ser ejecutadas o bien cuando su ejecución es bien complicada y dilatada en el tiempo. Por supuesto, a más de cuestionarse sobre lo que es “derecho” y lo que no, también puede preguntarse la razón por la cuál el derecho debe ser obedecido, pero todo ello excede el objetivo de este breve artículo. Sin embargo, cabe manifestar que el derecho se vincula con lo ideológico, lo político, lo ético, lo económico, las relaciones internacionales y por tanto las respuestas también se mezclan con estas disciplinas. Y, por cierto, las decisiones que se toman (de los tribunales, pero no sólo de ellos) dependen en buena parte de su relación con aquellos campos y la obediencia, como así también la ejecutabilidad de las decisiones, siempre se encuentra condicionada en alguna forma por razones “extrajurídicas”. Doy por supuesto que el derecho debe, en principio, ser siempre obedeci-

³ Ver GIALDINO (2003).

⁴ Ver ALBANESE (2008), GIALDINO (2008) y SAGÜÉS (2009).

⁵ GUASTINI (1996, 149), por ejemplo, pone en duda esta “cualidad” en relación con éste derecho (fundamentalmente por los problemas de coacción y coerción que presenta) y se cuestiona si el mismo “*debba essere annoverato tra i sistema giuridici positivi, o debba invece essere considerato una sorta di ordinamento morale*”.

do. No obstante lo dicho, no es mi intención discutir estas cuestiones aquí⁶ sino concentrarme, como ya dije, en el valor de las decisiones de los organismos universales y regionales que monitorean el cumplimiento de los derechos humanos.

Hay argumentos importantes de parte de quienes defienden una postura “nacionalista” o que se manifiestan en contra de esta “globalización” del derecho. Uno de ellos es lo que podría llamarse “el problema del argumento contramayoritario”, ya no sólo en el plano local, sino fundamentalmente en el regional y universal. En efecto, si se afirma que es mediante los mecanismos “democráticos” como se tienen que resolver los principales lineamientos de las políticas públicas en un país y que si la última palabra en relación con ellas —en materia de derechos humanos, pero que abarca una enorme cantidad de otros campos: integración, derecho internacional, etc.— la tienen generalmente los jueces, el problema es aún más grave que en el plano interno. Es decir, se hace un paralelo entre los problemas vinculados con el hecho que los jueces tengan la última palabra en relación con lo que es constitucional y lo que no lo es⁷ en nuestros sistemas jurídicos y su “agravamiento” ahora que la última palabra —en muchos aspectos— la pueden tener jueces pero “supranacionales”: esto acrecienta las críticas, por la mismas razones dadas con relación al plano interno, pero profundizadas por el desconocimiento que se tiene de los jueces —y de ellos con relación a cada ordenamiento— como así también por la falta de “mediatez” en la elección y el control de los mismos. Sin embargo, esto puede generar tanto ventajas como desventajas, según como actúen los órganos involucrados y cómo evolucionen los derechos en cuestión⁸. De todos modos, se tenga la opinión y la posición que sea, lo que pa-

⁶ He trabajado brevemente algunas de ellas en ROSSETTI (2010), donde remito.

⁷ Por supuesto, hay que ver como es el sistema de control de constitucionalidad, pero me refiero a sistemas como el nuestro, el estadounidense, o incluso aquellos europeos concentrados. Sobre el tema del “argumento contramayoritario”, ver Gargarella (1996).

⁸ En efecto, el avance incesante del derecho internacional y regional de los derechos humanos con la incorporación del mismo en nuestro ordenamiento y la cada vez más fuerte “dependencia” de éste con respecto a aquél (y que genera una “mixtura” entre ambos), produce una fuerte resistencia teórica de parte de un sector de la doctrina. Los principales argumentos son la “pérdida de la soberanía estatal” y, particularmente, el debilitamiento de una concepción democrática robusta y deliberativa. Además, la misma objeción “contramayoritaria” relacionada con el rol de los jueces a nivel interno se plantea, incluso reforzada, en relación con las potestades de los diferentes organismos de monitoreo en materia de derechos humanos. Al respecto, afirma agudamente Mariano Fernández Valle en su artículo “*Corte Suprema, dictadura militar y un fallo para pensar*” (Gargarella, 2008, Tomo II, páginas 1069-1071) lo siguiente: “...la ratificación de tratados de derechos humanos se mostró como un nuevo intento para limitar nuestra libertad política. Un justo intento, dado lo que hicimos con esa libertad. Sin embargo, estos instrumentos depositan la interpretación final sobre el alcance de nuestros derechos en órganos que, por más prestigio que nos merezcan, están alejados del control democrático, no gozan de legitimidad popular, tienen un perfil determinado, niveles de rotación cuestionables,

rece es que la “globalización” del derecho y los pasos ya dados en materia de derechos humanos en el campo del derecho universal y regional hacen presagiar —con una dosis alta de certeza— que las decisiones en esta materia continuarán en manos de estos organismos y que la influencia de ellos —guste o no— continuará creciendo, por distintos factores, siempre y cuando no se den cambios completamente inesperados en el campo de la política y las relaciones internacionales. En virtud de ello, cabe cuestionarse qué valor tienen las decisiones de estos organismos en nuestro derecho, y es lo que trato en el próximo punto.

III. Las decisiones de los organismos universales y regionales de derechos humanos. Su valor en nuestro derecho.

Un primer aspecto a considerar es cuál es el valor de las decisiones judiciales provenientes de nuestro derecho interno. Es claro que las decisiones de los órganos internos son obligatorias y cuando de órganos jurisdiccionales internos se trata también es así para las partes involucradas, cuando quedan firmes, ello con independencia que luego se cumplan o no, que sean “realmente” ejecutables/das o no. A su vez, las decisiones de los tribunales —y máxime cuando son de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN)— “sientan jurisprudencia”, es decir que se vuelven fuente de derecho. En este último caso en particular, tiene dicho la CSJN que sus sentencias deben ser respetadas, a más que los jueces inferiores no pueden —salvo que den razones justificatorias— dejar de seguir la jurisprudencia por ella sentada⁹.

Lo que aquí me propongo, en cambio, es analizar el valor de las decisiones provenientes ya no de nuestra CSJN ni de nuestro jueces “locales”,

problemas de deliberación, conflictos de intereses, etc. Todas las críticas que pueden recibir una Constitución y los jueces por su carácter contramayoritario crecen en intensidad cuando hablamos de tratados y de sus órganos de contralor. Pero reconocemos en ellos, al igual que en las Constituciones, beneficios de los cuales queremos gozar y debemos determinar como hacerlo... Como expliqué, los Estados entregaron, por buenas razones, su soberanía a manos de agencias internacionales para la protección de derechos humanos, la promoción de la inversión, la resolución de diferendos contractuales, etc. Pero también existen buenas razones para no perder poder de veto sobre estas materias. Sostener entonces como regla rígida la supremacía del sistema internacional sobre el local, o viceversa, quizá sea un error. Desde el ámbito internacional se dirá que su supremacía debe valer. Desde el ámbito local se dirá lo contrario. Sin embargo, no vale nada sostener que mi supremacía debe valer porque yo lo digo. Aun así, proliferan citas de este estilo en la jurisprudencia de nuestros tribunales. No estoy muy seguro de que debamos aspirar a una regla rígida de supremacía que nos ate de manos, con independencia de cuál sea el sistema normativo que jerarquicemos en mayor medida. No queremos quedar atrapados por el peso de la globalización y tampoco por el de la soberanía. Es un momento propicio para discutir profundamente cuándo y por qué optar por uno o por otro” [citas omitidas]. Es interesante ver la discusión entre Filippini (2007) y Rosenkrantz (2007) que toca este problema.

⁹ Ver SAGÜÉS (2007, 176/7).

sino en cambio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o bien de otros organismos “supranacionales” como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y los demás “comités” que monitorean los diferentes tratados de derechos humanos que Argentina ha ratificado¹⁰.

Para empezar a dilucidar esta cuestión hay que distinguir entre las que se pueden calificar como “decisiones obligatorias” de las que no lo son¹¹.

Sobre el valor de las decisiones provenientes de los organismos supranacionales, hay que ver lo que se sostiene desde el “derecho interno” y sus órganos, como así también desde el derecho “universal/regional” de los derechos humanos y analizar los eventuales conflictos que pueden suscitarse.

En Argentina, nuestra CSJN (máximo intérprete de la CN, según reiterada jurisprudencia del mismo tribunal) no tiene aún fijada una posición sólida y clara sobre el tema, ya que ha ido cambiando en sus decisiones en diferentes posturas, más allá de que puede afirmarse que existe una “tendencia” a darle cada vez mayor lugar y peso a las decisiones de los órganos del derecho universal y regional de los derechos humanos.

Al respecto, la CSJN después de la reforma de 1994, trata el tema en varios casos, entre ellos —y sin pretender abarcarlos a todos— por ejemplo en el caso “*Girolodi*”¹² en el que dice que la interpretación que haga la Corte Inter-americana “*debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana*”. A su vez, en la frase previa, afirma “*Que la ya recordada ‘jerarquía constitucional’*

¹⁰ También hay órganos que monitorean documentos que no son ratificados, como por ejemplo el reciente Consejo de Derechos Humanos (creado en 2006, en reemplazo de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas) en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Asimismo, hay muchos órganos que también monitorean el respeto de los derechos humanos en distintas formas (piénsese por ejemplo en el Comité de Libertad Sindical de la OIT), pero su función no proviene de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en Argentina, por lo que no los trataré aquí.

¹¹ Y aquí hay un problema terminológico en relación con el término “vinculantes” que puede tener consecuencias “teóricas” que deben ser consideradas: llamaré *obligatorias* las que deben, sí o sí -con independencia de los problemas de ejecutabilidad y otros— ser cumplidas y respetadas por el Estado, mientras que las demás podrán ser consideradas como recomendaciones, debido a su falta de “obligatoriedad” para su cumplimiento por parte del/de los Estado/s involucrado/s. La “vinculatoriedad”, en cambio, se refiere a si las decisiones tienen o generan vínculos, y en realidad todas las decisiones, en mayor o menor medida, generan algún tipo de vínculo jurídico, más allá que sea seguida o no, por lo que prefiero redimensionar el término “vinculante” en el análisis que sigue, ya que todas las decisiones son, en cierto sentido, vinculantes. Lo que sucede, que la doctrina suele usar el término “vinculante” como similar a “obligatorio”, y es lo que no hago en este artículo.

¹² *Fallos 318:514*, 7 de Abril de 1995.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5) ha sido establecida por la voluntad expresa del constituyente 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75 inc. 22, 2do. Párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación" (Considerando 11).

En 1996, el máximo tribunal argentino vuelve sobre la cuestión pero ahora refiriéndose, en el caso "*Bramajo*"¹³ a lo resuelto por la Comisión Interamericana.

Dos años más tarde, en el caso "*Acosta*"¹⁴ se produce un cambio o "repliegue" de parte de la mayoría de los jueces de la Corte, ya que manifiestan que el seguimiento de los jueces nacionales a la jurisprudencia de los organismos de la jurisdicción internacional emergente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no es inexorable, en el sentido que no hay un deber jurídico vinculante que derive de ella, y menos que obligue a modificar sentencias firmes (consid. 13). Lo paradójico y anecdótico es que, en el mismo día, en el caso "*Napoli*"¹⁵ la mayoría de la Corte reiteró la "doctrina Girolodi" (remitiendo a ese fallo) en relación con que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el año 2000 en el caso "*Felicietti*"¹⁶ la CSJN sostiene que los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos no la obligan irremediamente a ella a seguirlos, máxime si alteran el principio de cosa juzgada, aunque de todos modos el Estado debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión.

En el caso "*Alonso*"¹⁷ la Corte vuelve a ratificar la doctrina de repliegue sentada en "*Acosta*".

En "*Simón*"¹⁸ la Corte, ya con una distinta composición, vuelve sobre la cuestión y establece que el derecho local queda supeditado al internacional de los derechos humanos (en los delitos de lesa humanidad) y que este último ejerce una especie de tutela sobre aquél. Además, la jurisprudencia de la Corte Inter-americana y las directivas de la Comisión son "*una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*".

¹³ Fallos 319:1840, 12 de Diciembre de 1996.

¹⁴ Fallos 321:3555, 22 de diciembre de 1998.

¹⁵ Fallos 321:3630, 22 de diciembre de 1998.

¹⁶ Fallos 323:4130, 21 de diciembre del 2000.

¹⁷ Fallos 325:2322, 19 de septiembre de 2002.

¹⁸ Fallos 328:2056, 14 de junio del 2005.

En el caso “*Mazzeo*” (13 de Julio de 2007) la CSJN confirma la supremacía del ordenamiento internacional sobre el nacional y destaca el rol de nuestros jueces en respetar lo que llama, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el “control de convencionalidad” que aquellos deben ejercer para controlar la adecuación de las normas nacionales con respecto a las del derecho de los derechos humanos en el orden, en este caso, regional, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Hay muchos otros casos involucrados en la cuestión (por ejemplo, “Espósito”, “Llerena”, “Cantos” y otros)¹⁹.

Desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo órgano del sistema regional de derechos humanos, ella cada vez más se encarga de advertir que sus decisiones deben ser seguidas por todos los Estados que han ratificado la Convención y han aceptado su competencia. A su vez, ha incorporado el concepto de “control de convencionalidad” que no sólo lo realiza ella, sino que también debe ser realizado por los órganos internos. En efecto, la Corte dice:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (punto 124²⁰). En el 125 invoca la Convención de Viena y la obligación de respetar los pactos.

Esta posición se repite en el caso “*La Cantuta vs. Perú*” (29 de noviembre del 2006, punto 173) y en “*Boyce y otros vs. Barbados* (20 de noviembre de 2007, punto 78). Aquí dice que la inconvencionalidad comporta, en el caso concreto, la inaplicación de la norma objetada por carecer de efectos jurídicos.

En “*Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*” (24 de noviembre de 2006, punto 128) la Corte dijo: “*Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la convención Ameri-*

¹⁹ Ver SAGÜÉS (2003), BAZÁN (2007) y GIL DOMÍNGUEZ (2007).

²⁰ Caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*” (26 de Septiembre de 2006).

cana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control debe ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones". Ratifica esta posición en "Raxcacó Reyes vs. Guatemala" (9 de Mayo de 2008, pto. 63), entre otros fallos.

Los demás organismos que monitorean el control del cumplimiento de los tratados no tienen "fuerza" para exigir el cumplimiento de sus decisiones, por lo que no parece necesario detenerse aquí a visualizar lo que puedan decir al respecto.

IV. Cierre.

En esta última parte presento un esquema que se deriva de lo expuesto y destaco el valor de los diferentes tipos de decisiones de los organismos regionales y universales en el ordenamiento jurídico argentino. Podría decirse que la regla, es que se deben respetar todas las decisiones de todos los órganos que monitorean el cumplimiento de los derechos humanos²¹, pero obviamente deben señalarse diferencias entre los muy variados y distintos pronunciamientos posibles.

²¹ El Procurador General de la Nación en un Dictámen reciente ha dicho que se debe seguir la jurisprudencia de los organismos internacionales y que: "*Esto incluye un deber de examinar minuciosamente la aplicabilidad en el caso concreto, de expresarla y discutirla razonablemente y, en su caso, de explicar las razones jurídicas por las cuales no se sigue en el caso particular*". Dictámen del Procurador General Esteban Righi en "A., J. E. y otro s/ recurso de casación", emitido el 10 de marzo de 2010. Al respecto, sobre la "jurisprudencia internacional", en síntesis señala sobre la posición del Procurador en el dictámen Gelli (2010) que éste propone seguir, cuando se deben resolver controversias judiciales en el derecho interno, un "*test que él mismo empleó en parte en "A., J. E.": 1) verificar si existe jurisprudencia de la Corte o la Comisión Interamericana o de ambas sobre la cuestión debatida en el proceso interno; 2) identificar la doctrina o razón de la decisión; 3) examinar minuciosamente la aplicabilidad de esa doctrina al caso concreto; 4) examinar si existen razones jurídicas basadas en el ordenamiento constitucional que se opongan a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia del órgano pertinente, es decir efectuar un examen de compatibilidad entre esa doctrina y el orden jurídico constitucional*". Es claro que la parte controvertida es el punto 4, máxime cuando se trata de "jurisprudencia" de la Corte Interamericana que debiera, en cambio según esta Corte, ser respetada.

Cabe distinguir entre dos grandes tipos de decisiones, las “obligatorias” y las que no lo son:

a) El primer grupo está conformado por las decisiones “*obligatorias*”. Aquí entran solamente las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando ellas recaen directamente en un caso en el que el Estado Argentino es llevado ante ella en forma contenciosa y el Tribunal dicta sentencias (fondo, reparaciones o resoluciones de ejecución de sentencia) o medidas provisionales²². Las decisiones de la Corte deben ser obedecidas y son inapelables²³. A su vez, existen mecanismos frente a la misma Corte para reclamar por la falta de ejecución (o defectuosa ejecución) de las sentencias por los Estados parte de la Convención y que han aceptado la competencia de la Corte (Argentina se encuentra entre ellos).

b) El segundo grupo, mucho más amplio que el anterior, está formado por las decisiones “*no obligatorias*”, o sea aquellas decisiones cuyo cumplimiento no es “jurídicamente” obligatorio para el Estado. Este tipo de decisiones, si bien deben ser tomadas en cuenta al momento de decidir las políticas públicas y las controversias en los casos judiciales y, se supone, deben ser seguidas y respetadas, al no ser “obligatorias” carecen, precisamente, de dicha fuerza y, si no son respetadas, no hay mecanismos jurídicos que permitan su exigencia o actuación obligatoria frente a su incumplimiento. Dentro de este grupo, cabe distinguir distintos y variados tipos de decisiones. Las principales son:

1. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contenciosos que no se refieren a la Argentina. Desde la posición de la Corte Interamericana, deben ser seguidas y respetadas por todos los Estados del sistema. Nuestra CSJN ha aceptado esta posición en algunos de sus fallos. Sin embargo, en concreto, pareciera que sólo sientan un precedente (“sientan jurisprudencia”) y si bien debieran ser respetadas, todo hace suponer que nos encontramos en una situación similar a la que se vive con respecto a las sentencias de la CSJN en el plano interno: puede decirse que deben ser seguidas y de no hacerse deberían señalarse las razones por las que se aparta. El argumento de la economía procesal pero especialmente el de la obligatoriedad de la jurisprudencia (como lo dice nuestra CSJN en el derecho interno) parecen fuertes al respecto, aunque sin embargo si no se respetan, el único mecanismo que quedaría sería,

²² Estas incluso pueden ser dictadas cuando la denuncia se encuentra en trámite en sede de la Comisión, pero a pedido de ésta la Corte las dicta y, en ese caso —siempre que se trate de un Estado que ha aceptado su competencia— son obligatorias para el Estado en cuestión.

²³ Estas decisiones son obligatorias y no pueden dejar de ser cumplidas. Ello se deriva de lo dispuesto en el Art. 67 Conv. Am. DH “*El fallo de la Corte será definitivo e inapelable.....*” y el 68 “*1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.....*”

precisamente, recurrir al sistema interamericano de derechos humanos y que eventualmente la Corte Interamericana condene al Estado involucrado en el respectivo caso.

2. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que no son casos contenciosos, es decir las *Opiniones Consultivas*, que son una suerte de “interpretación auténtica” de la Convención Americana de Derechos Humanos y de los demás documentos referidos a ellos. Vale lo dicho en el punto anterior, deben ser respetadas pero si no se hace sólo puede recurrirse al sistema interamericano de derechos humanos en casos puntuales con la presunción que la Corte respetará su interpretación ya dada en el ámbito consultivo²⁴.

3. Decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relacionadas con nuestro país en casos “cuasi-judiciales”²⁵. Aquí se supone que las decisiones debieran cumplirse, aún cuando las resoluciones no sean obligatorias, y los casos pueden ser llevados (es la regla si ha habido un informe contra el Estado y si no lo hace la mayoría de los miembros de la Comisión debe dar razones) por la Comisión —pero a los peticionantes se les da participación en el proceso— a la Corte Interamericana para obtener una resolución obligatoria.

4. Decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los diferentes casos “cuasi-judiciales” que no se relacionan con nuestro país, sino con otros Estados. En estos casos, “sientan jurisprudencia” y se supone que, por tanto, deben también ser considerados sus lineamientos, aún cuando ya se trata de jurisprudencia “no obligatoria” ni siquiera para el Estado involucrado, por lo que en lo que se refiere al nuestro ella es, si bien siempre “fuente”, un poco más débil que en los tres casos anteriores.

5. Decisiones “generales” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: los diferentes informes que ella realiza, sobre aspectos generales, temáticos o bien puntuales sobre países, en el que puede estar incluida Argentina. Señalan la posición de la Comisión en diferentes aspectos y deben ser tomados en cuenta al momento de tomar las decisiones internas tanto generales como particulares.

²⁴ Al respecto, dice Hitters (2008, 150) “En síntesis, puede sostenerse que esta específica alta función interpretativa que cumple el cuerpo de marras, si bien no es vinculante en sentido propio, su fuerza —como vimos— se apoya en la autoridad científica y moral de la Corte, y tiene efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional, y en particular para el Estado que lo solicitó”.

²⁵ Se suele distinguir entre casos “judiciales” (con decisiones obligatorias), “cuasi-judiciales” (que tienen un procedimiento similar a los anteriores, pero cuyas decisiones no son obligatorias) y “políticas” (que emanan de órganos “menos técnicos” y con visión política de la cuestión).

6. Decisiones de los distintos Comités de los Tratados de Derechos Humanos: en efecto existen tanto el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como los otros Comités que monitorean los demás tratados: de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para la Discriminación contra la Mujer, de la Tortura, del Niño, etc.. Al respecto, las decisiones relacionadas directamente con Argentina, pueden ser de dos tipos: a) una en un caso “cuasi-judicial”²⁶ y que la resolución contraria si bien no es obligatoria se supone que debe ser respetada y b) en relación con las *Observaciones Conclusivas* que los Comités adoptan periódicamente en donde evalúan la evolución, cada 4 o 5 años, en relación con los derechos humanos que se monitorean y en las que cada Comité formula una serie de recomendaciones que también se supone que el Estado debe respetar, más allá de la falta de coerción.

7. Por último, existen los mismos tipos de decisiones referidas en el punto anterior, pero relacionadas con los demás países: en realidad “sientan jurisprudencia” (aun cuando algunos informes no pueden ser calificados como “jurisprudencia”, pero comportan fuentes) y valen como precedentes que deben ser tenidos en cuenta (tipo decisiones de la Corte Argentina, en el primer caso como precedente, en el segundo incluso por “economía procesal”), más allá que su fuerza como tales es menor.

En definitiva, con el muestreo rápido presentado precedentemente he querido hacer notar que claramente la cantidad normas en materia de derechos humanos se ha ampliado en forma impresionante y que quienes establecen las normas en Argentina, tanto generales (leyes, etc.) como particulares (sentencias, etc.), no pueden ignorar todo este cúmulo de fuentes que son parte de nuestro derecho. Por supuesto, al haberse ampliado en forma tan notable las fuentes, existe también la posibilidad de mayores contradicciones y conflictos entre los derechos reconocidos en relación con casos concretos, pero para ello se deberán utilizar los mecanismos clásicos de resolución de ellos que ya tienen larga data y que no comportan una novedad. Lo que sí es novedoso, en cambio, es esta enorme y rica cantidad de nuevas fuentes en nuestro derecho, que obligan a conocer las decisiones de todos estos órganos regionales y universales de derechos humanos antes de tomar las decisiones jurídicas en nuestro país.

El tiempo dirá si esta enorme evolución en materia de fuentes sirve para que los seres humanos tengan realmente más derechos, pero lo que no pueden ignorar los que están en la producción de las normas jurídicas (legisladores, jueces, etc.), es que estas fuentes deben ser tenidas en cuenta al momento de consagrar nuevas normas y de ejecutar las políti-

²⁶ Pero no todos los Comités tienen el sistema de peticiones individuales.

cas públicas desde el Estado. Es un efecto de la globalización del derecho, cuyas ventajas, como ya se dijo, pueden ser muy importantes, más allá de que también, como todo cambio, puede traer consigo inconvenientes. Será tarea, entonces, de quienes “hacen” el derecho argentino el usar estas herramientas/fuentes en el sentido correcto, como así también dependerá de cómo evolucionen los sistemas regional y universal de derechos humanos, junto con otros aspectos de las relaciones internacionales, que nos llevará, como parece, hacia un mundo cada vez más globalizado —también en lo jurídico— y con ello esperemos, con un poco de utopía, más justo, más igualitario, más democrático. Sea lo que sea, ahora, tenemos que conocer estas fuentes y aplicarlas, bajo pena de incumplir el derecho vigente.

V. Bibliografía.

ALBANESE, SUSANA (coordinadora) (2008) *El control de convencionalidad* (Ediar, Bs. As. 2008).

BADENI, GREGORIO (2009) *Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia* en La Ley, 2 de septiembre de 2009.

BAUMAN, ZYGMUNT (1999) *La globalización. Consecuencias humanas* (Fondo de cultura económica, Bs. As. 1999. Traducción de su original en inglés *Globalization. Human consequences* de 1998, de Daniel Zduanisky).

BAZÁN, VÍCTOR (2007) *La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina* en Estudios Constitucionales, Año 5, Número 2, 2007, págs. 137-183.

FERRARESE, MARIA ROSARIA (2002) *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni* (Il Mulino, Bolonia 2002).

FILIPPINI, LEONARDO G. (2007) *El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica de los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz* en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo 2007, páginas 191-202).

GARGARELLA, ROBERTO (1996) *La justicia frente al gobierno* (Ariel, Barcelona 1996).

GARGARELLA, ROBERTO (coordinador) (2008) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2008, 2 tomos).

GELLI, MARÍA ANGÉLICA (2001) *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada* (La Ley, Bs. As. 2001).

— (2010) *El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso “Bayarri” en un dictamen de la Procuración General de la Nación* en La Ley del 1 de Junio del 2010.

GIALDINO, ROLANDO (2003) *Control internacional de los derechos humanos y Fuentes constitucionales. Fuentes universales y americanas* en El Derecho, T. 2004, Año 2003, páginas 683-699.

— (2008) *Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos* en La Ley, 2008-C, 1295.

GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS (2007) *La regla de reconocimiento constitucional argentina* (Ediar, Bs. As. 2007).

GUASTINI, RICCARDO (1996) *Diritti, en Distinguendo*, Giappichelli, Turín, 1996.

HITTERS, JUAN CARLOS (2006) *Los tribunales supranacionales* en La Ley, 2006-E-818.

— (2008) *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)* en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Núm. 10, julio-diciembre 2008, págs. 131-156.

MANILL, PABLO L. (2003) *El bloque de constitucionalidad* (La Ley, Bs. As. 2003).

ROSENKRANTZ, CARLOS F. (2007) *Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)* en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo 2007, páginas 203-213.

ROSSETTI, ANDRÉS (2010) *Reflexiones sobre la supremacía y el control de constitucionalidad en Argentina* en Víctor Bazán (coordinador) *Derecho procesal constitucional americano y europeo* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2010, Tomo 1, páginas 331-352).

SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO (2003) *Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica* en Ius et Praxis, Talca 2003, Año 9, Número 1 (el artículo se puede obtener en versión electrónica libremente en internet).

— (2009) *El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales* en La Ley, 2009-B, 761.

VILLÁN DURÁN, CARLOS (2002) *Curso de derecho internacional de los derechos humanos* (Trotta, Madrid 2002).



ACERCA DE LA “IMPUTABILIDAD DISMINUIDA”

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y DOCTRINARIOS¹

María Teresa Vocos*

*“Aquel a quien los dioses quieren destruir,
primero lo vuelven loco”²*

Resumen: En el presente trabajo, procuraremos desentrañar el alcance jurídico del término “Imputabilidad disminuida”, que si bien no se encuentra legislado actualmente en el Derecho Penal Nacional, el objetivo es establecer su universo de aplicación, especialmente frente a los casos que no resultan inimputables por “insuficiencia de las facultades mentales o alteración morbosa de las mismas”, no obstante tratarse de personalidades que no transitan el terreno de la normalidad jurídica ni clínica.

Palabras claves: trastorno mental - insuficiencia - psicopatías - insania - Psiquiatría.

Desde los orígenes del derecho, el tema de la condición mental del inculpa en la comisión de un hecho delictivo, preocupó al legislador.

En el derecho mosaico germina una distinción entre negligencia, intención y causalidad en la ejecución de un hecho castigable.

La palabra “locura” utilizada en español, traduce diferentes sustantivos griegos, entre otros, *ánoia* es ausencia de *nous* (mente, intelecto); *paranoia* entonces es un desvío de *nous*, un estado en que la mente está desviada.

Según dice Platón en el Fedro, la locura se clasifica de acuerdo a la conducta de las personas y el dios que la provoca. Los dioses capaces de generarla son: las Erinias, Dioniso, Afrodita, Ares, Eros, Lisa, Hera y Ate-nea.

¹ El presente artículo forma parte de un trabajo mayor de Post-Doctorado, titulado: “Las personalidades psicopáticas y la imputabilidad disminuida, un tema olvidado por el Derecho Penal Argentino?”.

* Abogada. Docente de la Facultad de Derecho y Cs. Ss. -U.N.C.- Doctora en Derecho y Ciencias Sociales -U.N.C.- Diplomada en Justicia Penal -INECyP - U.N.C.- Becaria Post-Doctorado SECyT - U.N.C. E-mail: terevocos@yahoo.com.ar.

² Refrán Griego.

Aristóteles en su Poética al estudiar la tragedia se concentra en lo humano, pese a que los elementos de este género, entre ellos la locura son el resultado de la confluencia del accionar humano y el divino.

Para los atenienses del siglo V, hablando de enajenación, lo importante era el dios que la causaba. Oístros: se representa como un tábano, pero además es la animalización de la locura, hace referencia al frenesí de cualquier índole; Lisa: es la personificación de la demencia, quien no posee una única forma de representación.

El enajenado en Roma era una persona *sui iuris* incapaz, se le otorgaba un *curator* para la protección del patrimonio fuera de los casos de tutela. Específicamente era tratado como una *Cura furiosi*. El Derecho Romano se extendió desde el furor (manía aguda) hasta los estados de demencia, insania, *fatuita, mora y mente capti*.

Dicha categoría se remonta a tiempos de la Ley de las XII Tablas. En ésta se ve el nombramiento de un *curator legitimus* que sería nombrado primero entre los agnados y a falta de ellos, entre los gentiles. También se ve el nombramiento de un *curator honorarius*, nombrado por el pretor, pero para estos tipos de incapaces no se ve el nombramiento de un *curator testamentarius*.

Las Leyes de Justiniano suprimieron la responsabilidad penal del alienado (*furiosus satis ipso furore punitus*) y consideraron los estados pasionales intensos como situaciones de locura momentánea (*ira furor brevis ist*)³. Los trabajos de Areter, Galeno y Celio Aureliano respecto a la naturaleza de las enfermedades mentales fueron de gran ayuda para los juristas romanos. La pérdida de la razón implicaba el nombramiento de un curador, y se admitía la existencia de intervalos lucidos (*intervala perfectissima*).

Estos curatos se ocupaban de la administración del patrimonio y el cuidado del incapaz quedaba en segundo plano. Las diferencias que pudieran surgir entre el *curator* y el incapaz se resolvían mediante la *actio negotiorum gestiorum*.

Los progresos logrados en el tratamiento del enfermo mental en el Derecho Romano, prácticamente desaparecieron tras la expansión del cristianismo, luego de Constantino, con la influencia cada vez mayor de la iglesia en todos los ámbitos de la vida social.

La iglesia se arrogó las funciones de juez, por medio del Derecho Canónico, ejerciendo un papel instructivo y disciplinario, que desembarcaron en la Inquisición con sus rituales de torturas, suplicios, hogueras y ordalías para los procesos de hechicería. No todos los acusados de ser brujos o hechiceros eran enfermos mentales, pero casi todos los enfermos

³ Confr. GAVIRIA-TRESPALACIOS, J.; GUERRERO-GONZÁLEZ, P.: "El Loco y la Justicia." *Nuevo Foro Penal*. 1982. 12. 411-32

mentales eran sindicados de brujos, hechiceros o hechizados y eran llevados a la hoguera.

Los filósofos naturalistas de los siglos XVI y XVII (Grocio, Hobbes, Lulio, Bruno, etc.) se preocuparon por los factores subjetivos de la imputación del inculpadado. Los juristas italianos del siglo XVI lograron un importante progreso al incorporar la observación médica del estado mental de los inculpadados al Derecho Penal⁴. Así se aportó un importante conocimiento de las condiciones subjetivas de la imputación y las consecuencias jurídicas en los casos en que el sujeto padecía de enfermedades mentales, ya que la capacidad de imputación no existía para los enajenados (*furiosus Satis ipso furore punitur*), principio que fuera consagrado en su momento en los preceptos del Derecho Romano.

En el nuevo continente, durante la época colonial del Virreinato del Río de la Plata, el enajenado blanco era destinado a las celdas de los conventos; en cambio, el que era negro o indio era destinado a la cárcel de los Cabildos, marcando una amplia diferencia social entre los blancos y los negros o indios. No se tomaba en cuenta la locura ni si era o no transitoria, la solución era la reclusión de las personas.

Se los clasificaba en: Furioso: previa visita de un sacerdote si era blanco o un hechicero si era negro, se lo enviaba a la cárcel teniendo como tratamiento los palazos, ayunos y duchas. Luego del "tratamiento" en la cárcel la familia del furioso podía retirarlo y continuar con el tratamiento ya sea con el Padre o el hechicero. Si aun así no se tranquilizaba, podían encarcelarlo de por vida hasta que se tranquilizase o muriese. Deprimido: eran asistidos en sus domicilios por el Padre o el Brujo, según fuera su color. Sus familias intentaban ocultarlos. No tenían pena de cárcel. Tranquilo: se dividían en "maniáticos", "zonzos" y "graciosos" muchas veces eran cobijados en las Cortes y familias adineradas. En efecto, las autoridades de las Indias contaban en sus dependencias con locos parlanchines, que alegraban a las familias y a las cortes con sus locuras, siendo los bufones de turno. No tenían pena de prisión.

No existían diferencias entre delinquentes comunes y alienados, poseyendo ambos un mismo e igual destino: la cárcel. A ninguna persona se le ocurría que la locura pudiera ser eximente de pena y responsabilidad penal. Los regímenes de reclusión del loco y del cuerdo eran análogos. La enajenación recién a principios del siglo XIX será considerada como una enfermedad mental.

⁴ Confr. GAVIRIA-TRESPALACIOS, J., GUERRERO-GONZÁLEZ, P.: Cit.

Con la llegada al poder de Rivadavia se producirán grandes innovaciones en cuanto al tratamiento de los alienados mentales y al funcionamiento de hospitales y cárceles.

Se dicta el Decreto sobre “Arreglo de la medicina”, el cual reordenó todo lo relativo a la administración sanitaria y asistencia pública. Creaba los médicos de Policía, a los cuales se les confió el examen de todas las personas sometidas al accionar policial o judicial. Específicamente, en su artículo 51, el decreto de marras establecía que “el médico de Policía y todo facultativo está obligado a expresar el estado moral de las personas sobre las que certifique”.

En el curso de dichas reformas se pretendió remediar la triste situación del Hospital General de Hombres, lugar en el que se hallaban una gran cantidad de alienados mentales hacinados en un espacio denominado “Cuadro de dementes”. Se pensó en fundar una Casa de Orates y un Asilo de Crónicos e Incurables. Los dementes que insensiblemente se habían acumulado en el único hospital de hombres que existía, habían hecho sentir la necesidad de instalar establecimientos especiales que los separaran de los demás enfermos. Dicha situación constituía una de las grandes preocupaciones del gobierno.

Muchos de los que acompañaron a Rivadavia eran declarados seguidores de Pinel —considerado padre de la psiquiatría y el manicomio moderno—, enfatizando sobre la necesidad e importancia de hacer una separación o distingo entre los alienados y el resto de la población carcelaria. Decía Pinel, que no había tratamiento posible si los alienados se encontraban mezclados con sujetos de otras categorías.

Durante el período de Juan Manuel de Rosas, la locura muchas veces sirvió a los fines del poder de turno, siendo que a través de la imputación de demencia se lograba reducir al adversario político. Se destaca en tal sentido el Decreto expedido el 31 de mayo de 1842 por el Fraile Aldao, quien tenía a su cargo el gobierno de Mendoza. Dicho cuerpo normativo establecía legalmente que todos los unitarios eran locos y debían ser considerados como tales; ordenándose que los más notables debían ser llevados sin más a un hospital para ser allí alojados.

Ya desde el siglo XIX se conocían disposiciones legales que admitían la existencia de sujetos que se hallaban en situaciones caracterizadas por la doctrina de la época como estados intermedios entre la imputabilidad y la inimputabilidad⁵: los llamados, en ese momento, semi-respon-

⁵ La legislación positiva argentina de 1886 había reconocido expresamente la imputabilidad disminuida, adoptando el sistema Español de las eximentes incompletas.

sables o semi-imputables, denominaciones éstas que, actualmente, son criticadas por algunos autores⁶.

En la doctrina penal, entre quienes reconocían esta categoría, se encontraron posiciones diversas, a favor, los que veían en la imputabilidad disminuida una forma de agravamiento de la penalidad por la mayor peligrosidad que podían revestir para la sociedad los semi-imputables⁷, hasta aquellas posiciones que proponen una atenuación de la pena aplicable a la persona en vistas a su menor capacidad de culpabilidad.

Desde el año 1877, el Código Tejedor admitía el instituto de la imputabilidad disminuida, en el art. 188, el cual fuera tomado del Código de Baviera, que luego fuera fuente principal del Código Imperial de Brasil. Continuó presente en el Código de 1886 (art. 83), adoptando el sistema español denominado "de las eximentes incompletas", para aquellos casos en que no concurrían todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal, sistema éste que fuera recepcionado por la legislación hispana por influencia directa del Código Imperial de Brasil de 1830⁸. De allí que desde 1877 hasta 1922 la legislación Argentina reconocía expresamente en su letra a la imputabilidad disminuida dentro de su sistema de imputabilidad.

A partir de 1922 queda desregulado el tema que nos ocupa, no obstante la continuidad de su tratamiento en proyectos posteriores y en Doctrina. Eusebio Gómez consideraba que a través de la imputabilidad disminuida, los delincuentes más peligrosos podían alcanzar una situación de privilegio en perjuicio de la defensa social⁹. El proyecto Coll-Gómez de 1937, que co-redactara este autor, preveía la internación por tiempo indeterminado en establecimientos especiales, de aquellos sujetos que delinquieran a causa de una grave anomalía psíquica, fijándose un régimen curativo con trabajo obligatorio para el caso de ser posible.

Sebastián Soler sostuvo que los límites entre la salud y la enfermedad no eran matemáticos ni discretamente fijos, ni para el jurista, ni para

⁶ En este sentido, Cabello sostuvo que "después de haber desechado por impropia la denominación de semiresponsabilidad, los penalistas han convenido en llamarla imputabilidad disminuida, y así figura en los proyectos de reforma legislativa, tendiente a crear un régimen especial para los semialienados" (CABELLO, Vicente Pablo: *Psiquiatría Forense en el Derecho Penal*. T. I, Hammurabi, Bs. As. Pg. 179 y ste. Adhiriendo al mismo, Carlos FONTÁN BALESTRA en *Tratado de Derecho Penal*. T. III, Pg.149/153).

⁷ Los positivistas admitieron la imputabilidad disminuida como la llave que abría el paso a la aplicación de medidas de seguridad (por ejemplo, los proyectos sobre estado peligroso de 1923 y 1928, y el Proyecto Coll-Gómez de 1937). Ello porque conforme la ideología del positivismo, las personas que delinquieran con menor culpabilidad eran más peligrosas que quienes contaban con plena aptitud para delinquir.

⁸ ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte General*. Ediar. 2000. Pgs. 674 a 676.

⁹ GÓMEZ, EUSEBIO: *Tratado*, T.I. Pg. 312 / 313.

el psiquiatra¹⁰, proponiendo en el art. 25 del Anteproyecto de Código Penal Argentino de 1960, la previsión de los casos de imputabilidad disminuida. Dicho texto establecía: *“si por efecto de alguna de las causas a que se refiere el artículo anterior, se hallare gravemente disminuida en el momento del hecho la capacidad del agente para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, la pena será atenuada”*¹¹, conforme al sistema de atenuantes específicas que preveía el art. 74 del mismo cuerpo legal¹².

En el Proyecto del Código Penal elaborado por la Comisión designada por Resolución Ministerial 523 del 25 de octubre de 1972, se estableció también que *“si por efecto de alguna de las causas a que se refiere el artículo anterior, se hallare gravemente disminuida en el momento del hecho la capacidad del agente para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, la pena será atenuada...”* Finalmente, en el Proyecto elaborado en virtud de lo dispuesto por la Ley 20.509, art. 5º (Proyecto 1973/1975), se estableció un régimen de imputabilidad disminuida sobre la base de que el autor *“sufriera una grave disminución de su capacidad para comprender la criminalidad del hecho”*.

Sin perjuicio de ello, el sistema diseñado por Soler establecía también la posibilidad de aplicar en estos casos medidas de seguridad al sujeto, diferenciándola en su alcance según la condición de peligrosidad que pudiera observarse en la afección del semi-imputable. Para el caso de que tal peligrosidad no existiera, el art. 85 dejaba abierta la posibilidad de disponer un tratamiento especial al sujeto, el cual podía desarrollarse en un establecimiento adecuado para ello o en un anexo especial de la prisión, computándose dicho período en la pena y no pudiendo exceder del término de ésta.

Por otra parte, si el sujeto resultaba peligroso a causa de su afección, se dejaba al tribunal la posibilidad de que al aplicar la pena atenuada, pudiera sustituirla por la internación indeterminada en un establecimiento especial o anexo a la prisión, internación esta que no podía durar menos que la pena fijada, pero sí prolongarse mientras sea necesario para la seguridad colectiva (art. 86).

Ricardo Núñez sostuvo que la imputabilidad disminuida significaba que la capacidad intelectual o volitiva del agente se encontraba sólo disminuida y que la ausencia en la ley de un sistema adecuado de penas y medidas de seguridad generaba un grave problema que no podía salvarse con la disminución o el aumento de las penas ordinarias. Instaba a que el

¹⁰ SOLER, SEBASTIÁN: *Derecho Penal Argentino*. Tea. Bs. As. 9º reimpr. 1983. Pgs.40 y 48.

¹¹ Transcripción textual del art. 25 del Anteproyecto del Código Penal Argentino de 1960.

¹² Confr. BLARDUNI, O.: “El problema de la imputabilidad disminuida”. *La Ley*, T. 100, Secc. Doctrina.

derecho futuro estableciera penas adecuadas a la efectiva personalidad del delincuente¹³.

Zaffaroni sostiene que no siempre el límite entre la imputabilidad y la inimputabilidad está emparentado en forma absoluta con la enfermedad y la salud mental¹⁴. Agrega este autor que, afirmar que el código argentino no reconoce la posible disminución de la imputabilidad, implica asignarle a la expresión "no haya podido" del inc. 1º del art. 34, un carácter de imposibilidad total y absoluta. De igual forma supondría pasar por alto el texto expreso en el art. 41 y sus correspondientes antecedentes legislativos.

La imputabilidad disminuida es, según Zaffaroni, un caso particular de menor culpabilidad o una regla para la cuantificación de la pena, reconocido desde siempre como fenómeno real por las sucesivas leyes penales.

Del mismo modo, la doctrina continuó con su tratamiento, a pesar de no encontrarse regulado legalmente.

La actual redacción del artículo 34 del Código Penal refleja la versión francesa incluida en el Art. 35 del proyecto ruso del Código Penal de 1903 que indica que: *"...no es punible el hecho cometido por un individuo que, por insuficiencia de sus facultades, sea por alteración morbosa de la actividad de su alma, sea en un estado de inconsciencia, no podía en el momento de la acción comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir las acciones..."*¹⁵.

El Proyecto Tejedor de 1866 incluía la versión biopsicológica vinculando al aspecto patológico el adicional de que el sujeto hubiera perdido el uso de la inteligencia, o la capacidad para comprender la criminalidad del acto, lo que así se consignó en el artículo 81, inc. 1º, del Código Penal de 1886. Siguiendo el rastro de las reformas, se advierte que el Proyecto de 1891 erradica el aspecto psicológico, ciñéndose únicamente a la causalidad psiquiátrica eximiendo de pena a quien cometiera el hecho bajo la influencia *"...de una enajenación o enfermedad mental cualquiera..."*, con lo que se le limita a excusar los casos de alienación mental.

Sobre el proyecto de 1906 había discusión en el mundo de los juristas. Sostuvo, por ejemplo, el jurista húngaro L. Thot: "En general, podemos decir que el proyecto argentino es una de las obras de codificación más dignas de atención, y que si se tradujera al alemán y al francés, sería un tesoro común para los criminalistas de todas las naciones".

¹³ NUÑEZ, RICARDO: *Derecho Penal Argentino*. Bibliográfica Argentina. Bs. As. 1959. T. II.

¹⁴ ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: *Derecho Penal*. Cit. Pgs. 674 a 676.

¹⁵ CABELLO, VICENTE P.: *Psiquiatría Forense en el Derecho Penal*. Hammurabi. José Luis De palma. Ed. Bs. As. 2000. Pg. 119 y ss.

La inimputabilidad por enajenación mental, prevista en el artículo 147 del Código Penal de Tejedor, el cual se ocupaba de casos de incapacidad psíquica, agregaba un último párrafo que decía que: “*Las personas nombradas que cometan algún crimen, serán encerradas en alguna de las casas destinadas para los de su clase, o entregadas a su familia, según lo estime el juez por conveniente*”. Dicho artículo era realmente innovador en cuanto a la cuestión, distinguía el caso de los imputados que poseían incapacidad psíquica con el de aquellos que tenían esa capacidad. Por otro lado, mandaba a alojar a los incapaces psíquicos a casas destinadas para los de su clase —tal como manicomios— o a entregar a dichos sujetos a sus familiares. Ello quedaba sujeto a lo que el Juez de la causa pudiera resolver.

Luis Jiménez de Asúa¹⁶ consideró que “Tanto el Proyecto de 1906, como el de 1917 tienen algunos preceptos esporádicos que se inspiran en los principios de la Política Criminal europea y norteamericana... Al tratarse de los irresponsables por enajenación mental, establecen la hospitalización en un manicomio por tiempo indeterminado...”

Sigue el informe y señala: “La criminalidad continúa en progresivo aumento y el sistema penal actual, basado en el antiguo principio de la represión severa, se ha sentido impotente para evitar los males y peligros que amenazan a la sociedad”.

De manera similar se realizan distinciones doctrinarias en Italia respecto del vocablo “infermita” contenido en los arts. 88 y 89 del Código Rocco y “malattia” creación propiciada por los juristas. Acentuado que el primero refiere a un estado morbosos bien particularizado y pasible de evolución, mientras que el segundo es una desviación de la función en relación a lo normal.¹⁷ La norma italiana alude expresamente al primero de ellos.

El Código Penal Italiano de 1930, legisla este instituto de la imputabilidad disminuida bajo la forma del denominado “vicio parcial de la mente” (art. 89).

Dicho texto establece que: “Quien en el momento de cometer el hecho estaba, por enfermedad, en tal estado mental que alterase grandemente sin excluirla, la capacidad de entender o de querer, responde del hecho cometido; pero la pena será atenuada”. El régimen en estos casos se complementa con la aplicación de una medida de seguridad que consiste

¹⁶ Que en esa época era profesor de Derecho Penal en la Universidad de Madrid, autor, entre otras obras, de “*La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*”, asiduo concurrente a la Argentina.

¹⁷ FRÍAS CABALLERO: *Imputabilidad Penal (Capacidad personal de reprochabilidad ético-social)*, Ediar, Bs. As., 1981. Pgs. 263 y ss.

en la internación en una casa de corrección y custodia. Los sujetos pagan su culpa (pena) y después se curan (tratamiento).

También debe resaltarse que la mayoría de los autores coincidían en el carácter patológico que debía presentar el "vicio parcial" para ser incluido en esta figura, y por lo tanto quedaban descartados para ello los motivos netamente psicológicos que pudieran generar la afección.

El Código Penal Alemán de 1871, en su originaria redacción no reconocía a la imputabilidad disminuida dentro de su sistema de imputabilidad que regulaba en el art. 51 de dicho texto; es por ello que tal sistema quedaba relegado solamente a la verificación de los estados plenos de imputabilidad e inimputabilidad sin considerar las posiciones intermedias que pudieran darse.

Según Mezger, no se trata de un concepto construido exclusivamente en la experiencia científico-natural sino que también contiene cantidad de valoraciones sociales. De tal manera se entiende que el concepto psíquico de enfermedad resulta menos abarcador que el concepto jurídico. Así, la perturbación morbosa a que se refiere la norma mencionada, puede aludir tanto a procesos ajenos a la personalidad como procesos de una especie de personalidad anormal, configurando un concepto "bipolar"¹⁸.

Es la reforma del Código Penal Alemán de 1933 la que introduce por primera vez en su normativa esta cuestión, agregando al originario art. 51 un párrafo donde se decía que "Si la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de obrar según esa comprensión, estaba al tiempo del hecho disminuida considerablemente por una de estas causas —las previstas para los casos de inimputabilidad en su 1er. Párrafo— la pena puede ser atenuada de acuerdo con las disposiciones sobre el castigo de la tentativa".

El sistema se cerraba con la aplicación conjunta de una medida de seguridad que consistía en la internación del sujeto en un sanatorio especial (art. 42 b).

En lo que a la doctrina alemana se refiere, no era unánime en la opinión de los autores más prestigiosos la importancia o necesidad de regular este concepto de la imputabilidad disminuida.

Von Litz, que con anterioridad a la reforma citada ya sostenía la relatividad del concepto de imputabilidad, consideró falsa y peligrosa la separación entre delincuentes responsables y no responsables, y en consecuencia, la brusca oposición entre penas y medidas de seguridad: de ello infirió la importancia del concepto de imputabilidad¹⁹.

Por su parte, Mezger, tanto antes como después de la reforma de 1933, consideraba que sólo se trataba de una cuestión referida a la medida

¹⁸ FRÍAS CABALLERO, Jorge: Cit.

¹⁹ VON LITZ: *Tratado*. T. II. Pgs. 386 y ste.

de la pena. Este autor era contrario a la atenuación obligatoria, porque ello sólo conduciría a debilitar la protección que la pena representa; “se trataba de poner la pena en armonía con la personalidad del delincuente”, pero si se daba un tratamiento atenuado consideraba que “será preciso que la ley establezca medios y rutas que limiten o supriman su libertad individual de movimiento en todas aquellas direcciones de las que surjan peligros para la colectividad y la salud del pueblo”²⁰.

Con el surgimiento de la concepción normativa de la culpabilidad y sus precursores, la discusión dogmática tomó un giro interesante: Ernst Von Beling consideraba equívoca la denominación de imputabilidad disminuida, puesto que no existen grados de imputabilidad; “en estos casos lo que ocurre es que la medida de la culpabilidad es menor y por ello se aminora la punibilidad”²¹.

Coincidentemente, Welzel habló de una capacidad disminuida de la culpabilidad²² y en igual sentido lo postuló Reinhart Maurach, diciendo que en estos casos el autor es imputable, pero para alcanzar el grado de conocimiento y dirección de un sujeto anímicamente normal, debe esforzar mucho más su voluntad, por lo tanto esto importaba una disminución de su culpabilidad. Sostuvo este autor que se trataba de simples reglas de medición de la pena, caracterizándolas de facultativas, y que este instituto tenía las mismas bases biológicas de la imputabilidad²³.

Esta normativa estuvo vigente en el país europeo hasta finales de 1974, donde se sanciona el nuevo y actual Código Penal Federal, el cual mantiene su previsión sobre este instituto con la denominación de “capacidad de culpabilidad disminuida”, regulándolo en forma similar a la prevista por la reforma de 1933, pero con dos distinciones que vale la pena destacar.

La primera de ellas y a nuestro criterio la más relevante, se debe a la expresa previsión que se hace, entre las causas de inimputabilidad, a las que están subordinadas las que determinan la imputabilidad disminuida, de las allí llamadas “anomalías psíquicas graves”, donde se introducen

²⁰ MEZGER, E.: *Criminología*. Pg. 80; *Tratado*, T.II. Pg. 89, 410 y 411.

²¹ BELING, E.: *Esquema del Derecho Penal. La doctrina del delito tipo*. Depalma. Bs. As. 1944. Pg. 35. Manifestó que: “Hay individuos cuyo poder de inhibición, si bien no puede negarse, cuantitativamente es inferior en poder al normal, ya sea porque aún no lo es bastante (así los jóvenes en edad penal), sea por deficiencia patológicas (espiritualmente inmaduros), sea porque median estados fisiológicos que debilitan el poder de resistencia. También tales personas son plenamente imputables y penalmente responsables (es equívoca la designación de imputabilidad disminuida), no hay grados de imputabilidad, sólo que la medida de culpabilidad de sus acciones es menor y por ello su punibilidad, en parte la ley la aminora, y en parte el juez, al fijar la pena, debe hacerlo más levemente que en otros casos”.

²² WELZEL, H.: *Derecho Penal. Parte General*. Bs. As. 1956. Pgs. 167 y ss.

²³ MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal*. T. II. Pgs. 119 y ss.

aquellas afecciones de orden psicológico sin necesidad de que tengan una base corporal orgánica —biológica— en el sujeto.

Esto resultaba ser novedoso para el régimen de la imputabilidad, el que estuvo ligado desde antaño a criterios orgánicos y biologicistas, los que consideraban con la influencia de Schneider, que aquellas afecciones que no tenían origen en defectos corporales, eran "variedades del ser humano" y no debían por ello excusar²⁴.

Sin embargo, el nuevo texto legal, receptando lo que se venía sosteniendo por la jurisprudencia Alemana y que tanto había dado a la discusión en el seno de su ámbito parlamentario previo a la sanción del Código Penal vigente, así como también conciliando esta cuestión con los avances existentes en el área de la psicología moderna, con buen criterio amplió la casuística de afecciones que podían determinar la inimputabilidad, llevándolas también al terreno de las anomalías psíquicas sin base corporal orgánica alguna.

Por otra parte es dable destacar que el nuevo texto legal —en referencia a las medidas de seguridad aplicables a los sujetos con imputabilidad disminuida—, prevé, a diferencia de su predecesor, su aplicación sólo en los casos en que exista peligrosidad del sujeto, disponiendo su internación en un establecimiento asistencial psiquiátrico. El texto del Código Penal que actualmente rige en la República Federal Alemana prescribe: "*Estando sensiblemente disminuida en la ejecución del hecho la capacidad del autor para comprender lo injusto del hecho o para conducirse de acuerdo con esa comprensión, por una de las razones señaladas en el párrafo 20, la pena podrá ser disminuida conforme al párrafo 49, parr. 1*"²⁵.

La exclusión de responsabilidad a través de la verificación de la carencia de capacidad de culpabilidad se encuentra presente en la mayoría de los códigos penales latinoamericanos.

La solución consagrada en el artículo. 34 inciso 1º del actual Código Penal Argentino, pone de manifiesto los grandes temas que históricamente interesaron a la criminología. Logrando establecer una clara diferenciación entre el alienado delincuente y el delincuente cuerdo, patentiza el desplazamiento de la responsabilidad o libre albedrío respecto del loco y las circunstancias que determinaban el desplazamiento de esa personalidad, vale decir, la insuficiencia de las facultades mentales, la alteración morbosa de esas facultades, la inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable y la enajenación.

En el Libro Primero —Disposiciones Generales—, Título V —Imputabilidad—, el Código Penal Argentino establece: Artículo 34: "*No son*

²⁴ ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*. T. I.

²⁵ Texto del parág.21 según traducción de E. R. Zaffaroni.

punibles: 1.- El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causas del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”.

La norma transcripta establece: un criterio temporal: “*en el momento del hecho*”; un criterio valorativo: “*comprender la criminalidad del acto*”, unido a la fórmula bio-psicológica que exige la madurez mental, salud mental y conciencia, en cuyo caso, la falta de cualquiera de ella, influye sobre la comprensión de la criminalidad del acto y/o el poder dirigir las acciones del sujeto.

El sistema consagrado por el Código Penal Argentino es, conforme a lo que venimos afirmando, mixto. La alteración o insuficiencia debe producir determinados efectos, es decir, hay una condición biológica y un efecto psicológico²⁶.

La condición biológica es la insuficiencia de las facultades mentales, la alteración morbosa de las facultades o la inconciencia. Se trata, en términos generales, de desarrollo insuficiente o alteración morbosa de las posibilidades psíquicas de percepción, ideación, juicio y decisión.

El efecto psicológico que deben producir la insuficiencia o alteración morbosa de las facultades mentales, es el de incapacidad para comprender la criminalidad del acto o poder dirigir sus acciones. De allí el nombre de bio-psicológica que se ha dado a la fórmula. “Comprender” se refiere al intelecto, y “dirigir” alude a la voluntad. De modo que son los planos intelectuales y volitivos los que interesan a la imputabilidad —que denominaremos criterio restringido—, expuesto principalmente por Fontán Balestra²⁷ y Núñez²⁸.

No obstante, existe un criterio amplio frente al restringido, en el que toma relevancia el plano afectivo cuando está afectado para determinar si el sujeto es imputable o no.

²⁶ CNCrimCorr, Sala VI, 17/11/1978. “Selección de Jurisprudencia Penal”, 5-52.

²⁷ FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. 5º ed. Pg. 185.

²⁸ NÚÑEZ, RICARDO C.: *La Culpabilidad*. Pg.72.

Por lo que, la imputabilidad de un sujeto no estaría determinada sólo en función de su esfera intelectual, ya que por más que el sujeto co-nozca el disvalor jurídico de una conducta, no puede exigírsele que se adecue a ella cuando es incapaz de internalizarlo.

La antijuridicidad de una conducta es un disvalor, por lo tanto, no pertenece al mundo físico. Tener la posibilidad de comprender una valoración jurídica, no es sólo tener la posibilidad de conocerla, sino de intro-yectarla²⁹.

Comparten este criterio amplio Spolansky³⁰, quien, al tratar el caso "Tignarelli"³¹, manifiesta que "el psicópata utiliza objetos cuya representación mental posee, pero no puede manejar adecuadamente símbolos de éstos, porque no existen para él"³². Con estos argumentos se ha admitido la inimputabilidad del psicópata quien, no siendo un enfermo mental, presenta insuficiencia o alteración en la comprensión afectiva de la realidad.

Soler pareciera inclinarse por este último criterio, ya que sostiene que "una personalidad que no puede determinar con normalidad los fines de su obrar en función de valoraciones, carece de capacidad"³³.

La imputabilidad es la síntesis de las condiciones psíquicas mínimas y necesarias que hacen que el delito tenga un autor punible.

A continuación, reflejaremos la situación presentada por algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos que ilustran, con diferente redacción, causales de eliminación del reproche penal, atendiendo al estado de las facultades del individuo que se reputa autor de la acción u omisión típica.

En la redacción de los párrafos que citaremos, observamos que no se repite la expresión "alteración morbosa" propia del código nacional, proveniente de referentes continentales europeos, sino que se emplean

²⁹ CNCrimCorr, Sala VI, 17/11/1978. "Selección de Jurisprudencia Penal", 5-52 a 82, n° 5. Fallo del Juez de Sentencia Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Ver en el fallo la transcripción íntegra. La posición de Zaffaroni es más amplia aún que la de Spolansky. Ver nota n° 29.

³⁰ SPOLANSKY, NORBERTO: "Imputabilidad y comprensión de la criminalidad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 1, ene-mar. 1968. Pg. 83 y ss.

³¹ CNCrimCorr, Sala de Cámara, 04/06/1965, "Revista de Derecho Penal y Criminología", n° 1, ene-mar. 1968. Pg. 83.

³² "...Por esta razón, las personas para los psicópatas no son tales, sino objetos que funcionan como cosas... no posee un cuerpo cargado de experiencias que, integrado con los procesos mentales, puede diferir las respuestas frente a determinadas situaciones, sino simplemente un lugar de tránsito donde los estímulos son muy rápidamente descargados. Es por esto que el psicópata no tolera la frustración y la espera, y de ahí también su bloqueo de emociones" Confr. GARCÍA REYNOSO, DIEGO y otros: "La psicopatía como déficit de la personalidad", y PAZ, C. A.: "El Psicoanálisis de la manía y la psicopatía", en Zac, Joel, *Psicopatía*; ALMEYRA, Miguel A.: "Imputabilidad y personalidad psicopática", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Jul-set. 1969. Pgs. 389 y ss.

³³ SOLER, SEBASTIÁN: *Derecho Penal Argentino*. Tea. T. II. Pgs. 58 y 59.

otras modalidades que aluden al mismo tema, con criterios específicos y en general de uso terminológico más moderno, lo que parece razonable si se atiende al tiempo de redacción de las distintas normas, esto es con modificaciones de próxima o reciente data.

Código Penal de Bolivia: Ley 19770, 1999: “Bases de la punibilidad. 17º (Inimputabilidad). Está exento de pena el que en el momento del hecho por enfermedad mental o grave perturbación de la conciencia o por grave insuficiencia de la inteligencia no puede comprender la antijuridicidad de su acción o de conducirse de acuerdo a esta comprensión”.

Código Penal de Brasil: “Art. 26: É isento de pena o agente que, por doenca mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da acao ou omissao, inteiramente incapaz de entender o carater ilícito do fao ou de determinarse de acordo como esse entendimento”.

Código Penal de Chile: Ley 19.617 actualizada por Ley 19.734: “Art.10: Están exentos de responsabilidad criminal: 1) El loco o el demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón”.

Código Penal de Colombia: Decreto Legislativo 100 de 1980, reformado por ley 599 de 2000: “Art. 31. Concepto. Es inimputable quien al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental”.

Código Penal de Costa Rica: Ley 4573, 1970: Art. 42: “Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia”.

Código Penal de Cuba: Ley 62, modificada por ley 87, 1999: “Art.20: 1) Está exento de responsabilidad penal el que comente el hecho delictivo en estado de enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado, si por alguna de esas causas no posee facultad de comprender el alcance de su accionar o dirigir su conducta”.

Código Penal de Ecuador: (1997). “Art. 34: No es responsable quien en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o querer.”

Código Penal de El Salvador: Decreto legislativo 1030. 1997, modificado en 2004: “Art.27. No es responsable penalmente: 4) quien al momento de ejecutar el hecho no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión por cualquiera de los motivos siguientes: a) enajenación mental; b) grave

perturbación de la conciencia; y c) desarrollo psíquico retardado o incompleto”.

Código Penal de Guatemala: Decreto 17-73 “Art. 23: No es imputable:... 2º. Quien al momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, desarrollo psíquico incompleto o retardo o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter lícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito por el agente”.

Código Penal de Haití: “Art. 48: “Il n’y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au de temps de l’action ou lorsqu’il a été contraint par une force à laquelle il n’a pas pu résister.”

Código Penal de Honduras: Decreto 144-83: “Art. 23: No es imputable...2) quien en el momento de la acción u omisión padezca psicosis, de retardo mental severo, de psicosis transitoria y carezca, por ello, de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión salvo que el trastorno mental transitorio haya sido provocado por el agente dolosa o culposamente”.

Código Penal de México: (1999). “Art.15: El delito se excluye cuando: ...VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o fuera previsible...”

Código Penal de Nicaragua: “Art. 28. Están exentos de responsabilidad criminal: 1º El que por enfermedad mental o una grave alteración de la conciencia no posea, en el momento de obrar, la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esa apreciación”.

Código Penal de Paraguay: Ley 1.160/97: “Art. 23. Trastorno mental. 1º No es reprochable el que en el momento de la acción u omisión, por causa de trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, fuera incapaz de conocer la anti-juridicidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento.”

Código Penal de Perú: Decreto Legislativo nº 635. Ley 25.280, 1991: “Art. 20: Imputabilidad: 1) Está exento de responsabilidad penal: El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto para determinarse conforme a su comprensión”.

Código Penal de Uruguay: 1998. “Art. 30 (Locura). No es imputable aquel que en el momento en que ejecuta el acto por enfermedad física o

psíquica, constitucional o adquirida, o por intoxicación se halle en tal estado de perturbación moral, que no fuere capaz o sólo lo fuere parcialmente, de apreciar el carácter ilícito del mismo, o de determinarse según verdadera apreciación. Esta disposición es aplicable al que se hallare en el estado de espíritu en ella previsto, por influjo de sueño o de hipnótico”.

Código Penal de Venezuela: (1964). “Art.62: No es punible el que ejecuta la acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos, sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o sustancias enervantes”.

Los vocablos utilizados con mayor frecuencia para aludir a idéntica problemática y abarcadores de numerosas posibilidades patológicas son trastorno mental, anomalía psíquica, enfermedad mental, enajenación mental, psicosis y demencia. Sin embargo, también se advierte el empleo de términos que reflejan cierta delimitación tales como locura o demencia y algunos que aluden a un especial estado de perturbación moral, los que en todos los casos se combina con un adicional que demanda que en virtud de tal perturbación el sujeto no haya podido comprender el carácter de su accionar o conducirse de acuerdo a esa comprensión.

En todos los textos comparados aparece la inclusión concreta de hipótesis de exclusión de sanción en virtud de existencia de patologías mentales padecidas por el autor, definidas de distinta manera y que siempre remiten a su caracterización por parte de la ciencia médica.

El Código Penal Argentino no proporciona una definición de “imputabilidad”, sino que bajo la expresión “imputabilidad” —que es la denominación del Título V (arts. 34 y ss.)—, se regulan materias diversas como la insuficiencia de las facultades mentales, la alteración morbosa de las mismas, la inconciencia, el error y la ignorancia, sin que exista un claro criterio clasificatorio de la enumeración de las mismas, según recaigan sobre la salud mental del sujeto, la voluntad o el conocimiento. Simplemente, la existencia de estas circunstancias excluyen la punibilidad al autor. Adviértase que el legislador no ha tenido en cuenta la posibilidad de la existencia de una “imputabilidad disminuida”, simplemente exime de pena al autor, ordenando en su caso la aplicación de una medida de seguridad como la reclusión manicomial.

No obstante, existen otras legislaciones penales que han adoptado la existencia de la imputabilidad disminuida.

El Código Penal Italiano de 1930, en su artículo 89 declaró responsable a quien en el momento de cometer el delito estaba, por enfermedad, en tal estado mental que le disminuyera grandemente, sin excluirla, la ca-

pacidad de entender o de querer, prescribiendo que en tales casos se disminuiría la pena.

La ley alemana contra delincuentes habituales peligrosos y sobre las medidas de seguridad y corrección, del 24 de noviembre de 1933, acogió esta figura de la imputabilidad disminuida y en reforma posterior al Código Penal, en 1934, se estableció: "No hay una acción punible cuando el autor en el momento del acto es incapaz de comprender la ilicitud de éste o de obrar de acuerdo con esta comprensión a causa de una perturbación patológica de la actividad mental, o a causa de una debilidad mental. Cuando la capacidad para comprender la ilicitud del acto o de obrar de acuerdo con esta comprensión, al tiempo del acto, esté considerablemente disminuida por alguna de aquellas causas, podrá atenuarse la pena, según las normas del castigo de la tentativa".

A la inclusión de esta figura en los Códigos Penales aparecieron diferentes formas de aplicación: la primera potestativa, dando al juzgador la posibilidad de operar una atenuación de la pena; otra, obligatoria, operando la reducción por ley.

En la teoría jurídica general, la imputabilidad es la síntesis de las condiciones psíquicas mínimas y necesarias que hacen que el delito tenga un autor punible. Imputar significa atribuir a otro una culpa, delito o acción. Para el Derecho Penal Argentino, existe imputación cuando la persona tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su acción u omisión y de determinarse de acuerdo con esa comprensión y conocimiento. Mientras que la culpabilidad es el juicio sobre la conducta, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, ya que solamente puede ser culpable el que es imputable. De ello se deduce, entonces, que la inimputabilidad consiste en la incapacidad de comprender la ilicitud o antijuridicidad del hecho realizado por el autor, por lo que el inimputable actúa sin capacidad de culpabilidad, es decir, la culpabilidad falta en los casos de inimputabilidad.

Por lo expuesto, la imputabilidad (capacidad psíquica de culpabilidad)³⁴ como exigencia mínima "para atribución de responsabilidad penal a su autor"³⁵, ha sufrido ella misma una evolución en el campo de las ciencias penales. En efecto, "ha sido definida de muy diferentes maneras y, en consecuencia, también se le asignaron ubicaciones dispares dentro de la teoría del delito y aun fuera de ella"³⁶.

³⁴ ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: Cit. Pg. 536.

³⁵ BUTELER, JOSÉ A.: "Reproche de Culpabilidad y Exclusión Social" en: *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, N° 4, Lerner. Córdoba. 2004. Pg. 13.

³⁶ ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: Cit. Pg. 535.

Así las cosas, en el derecho argentino, la imputabilidad se sustenta en un criterio bio-psicológico: un dato naturalístico que, con ayuda de las ciencias médicas-forenses, de acuerdo a un catálogo cerrado de alteraciones psíquicas/mentales permiten ubicar al sujeto como inmerso en una u otra categoría (imputabilidad-inimputabilidad). De acuerdo a la ubicación dentro de esta nómina, se podrá luego, reprocharle o no, haber realizado un injusto penal. No es permitida, dentro de los parámetros del Código Penal, otra alternativa.

Así lo entendió Núñez: en el “sistema del Código Penal la imputabilidad existe o no existe. Los casos llamados de imputabilidad disminuida, que, en virtud de trastornos de las facultades o de la conciencia, acusan una disminución de la capacidad intelectual o volitiva, no tienen una regulación particular”³⁷, encontrando para estos casos los tribunales “una causa de agravación de la pena”³⁸.

Existen ciertas “situaciones o estados personales de carácter bio-psicológico, denominados ‘causas de inimputabilidad’.. que aniquilan la capacidad personal de reprochabilidad”³⁹. No obstante estas situaciones, “en manera alguna tienen como función la selección ‘científico-natural’ de sanos por una parte y enfermos por otra”⁴⁰. Debe estarse a la posibilidad de reprochar la conducta conforme a la mayor o menor comprensión del sujeto al momento del hecho.

Al introducirse el juicio de reproche al sujeto por no haber adecuado su conducta a la norma en el ámbito de la culpabilidad, se posibilitó cuantificar la culpabilidad del mismo de acuerdo al grado de comprensión que tuvo al momento de realizar su conducta, traducida, a la postre, en la cuantificación de la pena.

Zaffaroni afirma que la mayor o menor comprensión al tiempo de cometer el injusto está relacionada con “el grado de esfuerzo que la persona debe haber realizado para comprender la antijuricidad de su conducta, sin importar si ésta es normal o patológica”⁴¹. Esta relación se logra con un análisis inversamente proporcional: a mayor esfuerzo, menor capacidad psíquica de culpabilidad y a menor esfuerzo, mayor capacidad psíquica de culpabilidad, luego, traducido en la reprochabilidad al sujeto por el injusto cometido. El esfuerzo de comprensión que realiza el individuo, debe ser valorado por el juez, aportando el perito un “simple dato informativo”⁴².

³⁷ NÚÑEZ, RICARDO C.: *Derecho Penal Argentino, Parte General*. TII, Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1960. Pg. 36.

³⁸ NÚÑEZ: Cit. Pg. 37.

³⁹ FRÍAS CABALLERO, J.: Cit. Pg. 127.

⁴⁰ FRÍAS CABALLERO, J.: Cit. Pg. 134.

⁴¹ ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: Cit. Pg. 545.

⁴² ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: Cit. Pg. 553.

Finaliza agregando que “entre la capacidad y la incapacidad psíquicas no hay una diferencia tajante. Tratándose de medir un esfuerzo, se plantea una cuestión de grado”⁴³. De allí, al reconocer la cuantificación del reproche, anhela la reubicación de “la imputabilidad en la punibilidad, con un sentido por completo diferente del que tuvo en su época con el positivismo y el neoidealismo”⁴⁴.

Ante el tratamiento extremo del código penal, en su redacción literal, surgió la necesidad de dar respuesta efectiva al planteamiento de aquellos casos en los que el sujeto se encuentra en una situación de “imputabilidad disminuida”. No obstante ello, y a pesar del vacío legal de la actual redacción del texto penal argentino, Zaffaroni afirma que hay “claros casos de imputabilidad disminuida, como la emoción violenta del inc. 1º del art. 81 y las circunstancias extraordinarias de atenuación en el caso del parricidio, del art. 80”⁴⁵. Al estar ya legisladas por el texto legal argentino y haciendo uso de la analogía *bonam partem*, este jurista afirma que debe considerarse que es aplicable a cualquier delito en que sea admisible⁴⁶. A similares conclusiones arriba Mir Puig.

Roxin propone un concepto de culpabilidad partiendo de un criterio de asequibilidad normativa: “Hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles ‘posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma..’”⁴⁷. Agrega que esta posibilidad de atender el llamado de la norma, puede verse disminuido en el caso concreto, repercutiendo en consecuencia, sobre la medida de la culpabilidad.

En el mismo sentido Mir Puig, sostiene que “el concepto de normalidad es relativo —refiriéndose a la normalidad motivacional del sujeto— y depende no tanto de consideraciones estadísticas como de lo que en cada momento histórico-cultural se considera como ‘normal’: no se trata de un concepto naturalístico, sino normativo o cultural”⁴⁸.

Roxin afirma que “la delimitación entre la disminución ‘notable’ y la menos notable de la imputabilidad naturalmente deja un espacio amplio a la valoración judicial”⁴⁹. Para la aplicación de la atenuación de la pena, —agrega—, “se habrá de exigir básicamente que la constitución psíquica

⁴³ ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: Cit. Pg . 562.

⁴⁴ ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: Cit. Pg . 544.

⁴⁵ ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: Cit. Pg . 562.

⁴⁶ Confr. ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: Cit. Pg . 562.

⁴⁷ ROXIN, CLAUS: *Derecho Penal, Parte General*. 2º Edición. Civitas. Madrid. 1997. Pg. 807.

⁴⁸ MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal, Parte General*. 4º ed. Tecfoto, S.L. Barcelona. 1996. Pg. 573.

⁴⁹ ROXIN, CLAUS: *Derecho Penal, Parte General*. TI. Civitas. Madrid. 2000. Pg. 840.

del sujeto se aparte claramente de la media de la normalidad y se aproxime a la imputabilidad”⁵⁰. Maurach estima que “la determinación de tal grado relevante es en lo esencial una cuestión de hecho, para cuya precisión debe tenerse en cuenta la especie del delito concreto”⁵¹ no pudiendo establecerse reglas vinculatorias.

Como postura de política criminal el legislador nacional ha establecido que el sistema penal no acarreará sus propias consecuencias a quien por padecer graves perturbaciones de su psiquismo no ha podido comprender la criminalidad de su acción o dirigir su conducta conforme a dicha comprensión.

Esas perturbaciones a las que alude la norma penal, han sido conceptualizadas como “insuficiencia o alteración morbosa” de las facultades mentales, lo que conlleva necesariamente a la introducción de caracterizaciones propias de la psiquiatría, a la obligada distinción entre salud y enfermedad, y en este último caso, a la determinación de los supuestos que hacen posible la exclusión de pena.

La fórmula terminológica empleada en el ordenamiento argentino, no aparece reflejada de la misma manera en otros códigos latinoamericanos los que también sistemáticamente situados en la parte general, utilizan diversos conceptos tales como enfermedad mental, trastorno mental, psicosis, enajenación mental, etc., para aludir a idéntica cuestión de exclusión de responsabilidad, conceptos éstos que siempre remiten a referencias de la ciencia médica, cuyo contenido debe precisarse con apoyo pericial en el caso concreto.

Por ello, ante la latitud de la mencionada locución jurídica empleada por el Código Penal Argentino, corresponde recordar que más allá de la constatación de las entidades, síndromes y cuadros clínicos que a través de la ciencia médica han de determinarse con el alcance otorgado por la tesis alienista o la tesis nosológica y las consecuencias que cada una de ellas vuelca en el ordenamiento penal, la determinación de la capacidad o incapacidad de culpabilidad, implica una tarea jurídica y valorativa que —hasta el momento— compete exclusivamente al juez, sin considerarse, por ahora, los estados intermedios, de difícil determinación, como lo son los casos de “imputabilidad disminuida”.

Cabe aclarar que, cada vez que la doctrina hace alusión a los supuestos de “imputabilidad disminuida”, es manifiesta la intención de que esta nueva categoría funcione como un especial atenuante de la pena para el sujeto que la padece. En el mismo sentido se inclina la interpretación en

⁵⁰ ROXIN, C.: Cit. Pg. 840.

⁵¹ MAURACH, REINHART y ZIPF, HEINZ: *Derecho Penal, Parte General*. T.I. Astrea. Bs. As. 1994. Pg. 630.

el Derecho Comparado, según los criterios adoptados por las legislaciones que ya han incorporado este supuesto.

Bibliografía:

ALMEYRA, MIGUEL A.: "Imputabilidad y personalidad psicopática" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Jul-set. 1969.

BELING, E.: *Esquema del Derecho Penal. La doctrina del delito tipo*. Depalma. Bs. As. 1944.

BLARDUNI, O.: "El problema de la imputabilidad disminuida" *La Ley*, T. 100, Secc. Doctrina.

BUTELER, JOSÉ A.: "Reproche de Culpabilidad y Exclusión Social" en: *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, N° 4, Lerner. Córdoba. 2004.

CABELLO, VICENTE PABLO: *Psiquiatría Forense en el Derecho Penal*. T. I, Hammurabi, Bs. As.

Código Penal de Bolivia

Código Penal de Brasil

Código Penal de Chile

Código Penal de Colombia

Código Penal de Costa Rica

Código Penal de Cuba

Código Penal de Ecuador

Código Penal de El Salvador

Código Penal de Guatemala

Código Penal de Haití

Código Penal de Honduras

Código Penal de México

Código Penal de Nicaragua

Código Penal de Paraguay

Código Penal de Perú

Código Penal de Uruguay

Código Penal de Venezuela

FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Tratado de Derecho Penal*. T. III.

— *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. 5º ed.

- FRÍAS CABALLERO: *Imputabilidad Penal (Capacidad personal de reprochabilidad ético-social)*, Ediar, Bs. As., 1981.
- GARCÍA REYNOSO, DIEGO y otros: "La psicopatía como déficit de la personalidad" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Jul-set. 1969
- GAVIRIA-TRESPALACIOS, J., GUERRERO-GONZÁLEZ, P.: "El Loco y la Justicia" *Nuevo Foro Penal*. 1982. 12. 411-32.
- GÓMEZ, EUSEBIO.: *Tratado*, T.I.
- MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal*. T. II
- MAURACH, REINHART y ZIPF, HEINZ: *Derecho Penal, Parte General*. T.I. Astrea. Bs. As. 1994.
- MEZGER, E.: *Criminología*. Pg. 80; *Tratado*, T. II.
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal, Parte General*. 4º ed. Tecfoto, S.L. Barcelona. 1996.
- NÚÑEZ, RICARDO: *Derecho Penal Argentino*. Bibliográfica Argentina. Bs. As. 1959. T. II. T. III.
— *La Culpabilidad*.
- REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, nº 1, ene-mar. 1968.
- REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, Jul-set. 1969.
- PAZ, C. A.: "El Psicoanálisis de la manía y la psicopatía", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Jul-set. 1969.
- ROXIN, CLAUS: *Derecho Penal, Parte General*. 2º Edición. Civitas. Madrid. 1997.
— *Derecho Penal, Parte General*. T.I. Civitas. Madrid. 2000.
- SOLER, SEBASTIÁN: *Derecho Penal Argentino*. Tea. Bs. As. 9º reimpr. 1983.
- SPOLANSKY, NORBERTO: "Imputabilidad y comprensión de la criminalidad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 1, ene-mar. 1968.
- VON LIZT: *Tratado*. T. II.
- WELZEL, H.: *Derecho Penal. Parte General*. Bs. As. 1956.
- ZAC, JOEL: "Psicopatía", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Jul-set. 1969.
- ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte General*. Ediar. 2000.



ABORDAJE DE LA REFORMA POLITICA EN CÓRDOBA

*Ramón Pedro Yanzi Ferreira**

Resumen: El presente trabajo da cuenta de las tareas llevadas a cabo por la Comisión Consultiva de Expertos creada por decisión del Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba, mediante el Decreto N° 2192/07 de fecha 10 de diciembre de 2007, para abordar la temática relacionada con la Reforma Político-Electoral de la provincia de Córdoba.

Palabras claves: Comisión Consultiva - Expertos - Provincia de Córdoba - Reforma Político-Electoral.

Sumario: Introducción. Puede hacerse reforma política sin reforma constitucional.

Propuestas para superar las debilidades en la Legislatura. Algunos aportes de la comisión consultiva de expertos que se han concretado en reforma legislativa

Introducción:

La Comisión Consultiva de Expertos fue creada por decisión del Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba, mediante Decreto N° 2192/07 de fecha 10 de diciembre de 2007, para abordar la temática relacionada con la Reforma Político-Electoral. Se convocó a ciudadanos destacados junto a expertos en la materia, y la Comisión quedó efectivamente integrada por nueve miembros, a principios de diciembre de 2007. Ellos fueron: el Dr. Daniel Zovato, experto en materia electoral internacional y Director Regional de IDEA Internacional para América Latina, quien actuó como Presi-

* Ex integrante de la Comisión Consultiva de Expertos.

Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de la Cátedra C de Historia del Derecho Argentino, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho; Miembro de Número de la Junta Provincial de Historia de Córdoba; Miembro del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano; Miembro Fundador y Director del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Roberto I. Peña, de la Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía de la República Argentina. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas en la Provincia de Córdoba. Presidente de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho.

dente de la Comisión; la Profesora Dra. Silvia Carolina Scotto, Rectora de la Universidad Nacional de Córdoba; el Lic. Rafael Velazco, Rector de la Universidad Católica de Córdoba; el Profesor Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba¹; el Mgter Mario Riorda, ex Decano de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba; el Profesor Dr. Antonio María Hernández, Titular de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; el Profesor Dr. Jorge Gentile, Titular de la Cátedra de de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; el Señor Fiscal Adjunto del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba y Presidente del Foro Federal de Organismos Electorales Provinciales de la República Argentina, Dr. Hugo Pittaro² y la Sra. Presidenta de la Asociación Civil El Agora, Dra. Claudia Laub.³

La Comisión conforme a los fundamentos del decreto mencionado, tuvo por objeto realizar mediante un proceso amplio y plural de consulta, un diagnóstico sobre las fortalezas y debilidades del sistema electoral de la Provincia de Córdoba y formular una propuesta de reforma política electoral dirigida a la modernización y fortalecimiento de dicho sistema. El decreto aclaraba que esa comisión no constituía un órgano de asesoramiento político del gobierno provincial, como así tampoco pretendía con su creación sustituir o arrogarle funciones que le competen a la Legislatura Provincial, única institución con facultades y atribuciones constitucionales para aprobar una reforma política electoral.

Sus tareas fueron guiadas por los principios rectores que favorecieran a la concreción del objetivo:

1. Plena autonomía e independencia funcional del Poder Ejecutivo y de cualquier otra instancia del Gobierno Provincial
2. Pluralismo
3. Imparcialidad
4. Transparencia
5. Idoneidad
6. Compromiso y responsabilidad social

¹ Destaco la colaboración prestada al suscripto por los profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Guillermo Barrera Buteler, José Pérez Corti, Lorenzo Barone, Norma Bonifacino y Javier Fazio.

² Integró la Comisión en los comienzos de las tareas de la CCE —diagnóstico de fortaleza y debilidades del sistema político-electoral provincial—.

³ La repercusión que ese decreto tuvo inicialmente en las fuerzas políticas (Frente Cívico – UCR sobre todo) y prensa, fue cambiando gradualmente a medida que la C.C.E cumplía acabadamente con su objetivo y metodología de trabajo.

7. Conciencia ética

Para el cumplimiento de sus fines, la Comisión Consultiva realizó un proceso amplio de consulta con los partidos políticos de la Provincia de Córdoba, en especial con la totalidad de las fuerzas políticas representadas en el seno de la Legislatura Provincial y con las diversas autoridades electorales tanto en el ámbito provincial como federal; autoridades del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo Provincial; intendentes, universidades, gremios, empresarios, colegios profesionales, organizaciones de la sociedad civil, representantes de comunidades religiosas, con los medios de comunicación social, la ciudadanía en general, tanto en la ciudad de Córdoba como en el interior provincial, y con todos aquellos otros sujetos que a criterio de la comisión consultiva cooperan en una mejor realización de su labor.

El proceso de consulta fue amplio y plural y fue ejecutado no solo en la ciudad de Córdoba, sino también en las ciudades de Río IV, Villa María y San Francisco, en atención a su importancia en el marco institucional provincial.

Entre las actividades desarrolladas por la CCE, podemos mencionar:

- Ronda de consultas intersectorial.
- Encuesta poblacional en el ámbito provincial y estudio cualitativos de Grupos Focales, con el fin de identificar preocupaciones difusas pero al mismo tiempo sustanciales, latentes en la sociedad.
- Investigación y sistematización (recopilación, análisis y sistematización de antecedentes, proyectos de ley, legislación, bibliografía, etc.) en la temática de estudio de la Comisión.
- Análisis comparado electoral.
- Investigación en archivos de prensa y medios de información acerca de la reforma político-electoral.

Asimismo, a través de su página Web la comisión (www.reforma-politica.cba.com.ar) ofreció un espacio de interacción donde fue posible conocer las distintas opiniones de la ciudadanía.

Por otra parte, a la Comisión le fue fijada, para concluir su objetivo, un término máximo de funcionamiento de nueve meses, no obstante, la ardua labor de la misma, elaboró el dictamen final encomendado prácticamente a los siete meses de iniciada su labor, es decir, en el mes de Junio de 2008.

Cabe agregar que los miembros de la CCE desempeñaron sus funciones ad honorem, sesionando en reuniones plenarios de sus miembros, —se labraban actas y se publicaban en la página Web— siempre dentro

del ámbito de las Universidades Nacionales y Católica de Córdoba y que la Comisión gozó de plena autonomía e independencia funcional de todo poder del Estado Provincial. La CCE conformó un equipo técnico de apoyo surgido de las Universidades intervinientes, integrado por una Secretaría Ejecutiva e investigadores y asistentes de logísticas.

Una de las cualidades más importantes de la CCE ha sido el pluralismo de ideas y visiones que la caracterizó. No sólo no actuó sujeta a instrucciones, sino que todos y cada uno de sus miembros hemos partido de ideas y visiones diversas y eso ha llevado naturalmente a que no pueda hablarse de un único criterio en sus conclusiones, porque éstas también reflejan la diversidad.

Con base en la información recopilada durante el proceso de consultas llevado a cabo por la CCE, así como del resultado de su propio debate interno, la Comisión elaboró una matriz de consenso. Dicha matriz identifica, clasifica y sistematiza en seis cuadrantes, los principales temas que han sido señalados (por las fuerzas políticas, por los diversos sectores de la sociedad civil, por la ciudadanía y por la propia comisión consultiva) como objeto de la propia reforma política electoral. Los temas aparecen organizados en una doble categoría: 1) mecanismos de reforma (modificación vía proyectos de ley o vía reforma constitucional); 2) intensidad de consenso (alto, medio y bajo)⁴

En consecuencia no puede afirmarse que la Comisión haya propiciado la reforma constitucional, ni que la haya desechado. Es claro que estaba lejos de la finalidad con que fue creada el pronunciarse sobre la necesidad de una modificación de la Constitución de la Provincia, porque si la labor había sido encomendada por el Poder Ejecutivo, es sabido que es a la Legislatura a quien le compete tomar esa determinación y a aquél le está vedado aún presentar proyectos en tal sentido (art. 197 Const. Pcial.). Sí tiene el Gobernador iniciativa en materia legislativa y por eso la labor se enfocó principalmente a aconsejar sobre los proyectos de ley que el Ejecutivo podría promover en orden a lograr la reforma política.

Está claro que reforma política y reforma constitucional no son sinónimos y que aquélla puede llevarse a cabo sin ésta, aunque también es cierto que hay transformaciones de mayor profundidad que escapan a la competencia del órgano legislativo ordinario, tales como la constitucionalización del Consejo de la Magistratura o la supresión del sistema electoral único con la llamada "*cláusula de gobernabilidad*" para los municipios.

Por esa razón, el dictamen de la Comisión se ha encargado de señalar cuáles son las modificaciones al sistema que pueden introducirse

⁴ Véase en Dictamen de la Comisión Consultiva de Expertos *Así No va más*, Universidad Católica de Córdoba; 2008, pág.126/170.

mediante reformas legislativas y cuáles requieren la puesta en ejercicio del Poder Constituyente, para que, llegado el momento en que se decida encarar un proceso reformista, sus conclusiones puedan ser de utilidad.

La diversidad de opiniones en su seno trajo como consecuencia profundos y arduos debates en torno a numerosas cuestiones que hacen el sistema político de la Provincia, que concluyeron en un importante número de consensos, pero también de opiniones divididas en algunos temas.

Puede hacerse reforma política sin reforma constitucional.

En particular un tema que dividió las aguas fue el de la actual composición de la Legislatura y esta cuestión era clave en relación con la necesidad o no de modificar la Constitución. Mientras la mitad de los miembros de la Comisión consideró que la Legislatura unicameral establecida en la reforma constitucional de 2001 es una debilidad del sistema político que es necesario reformar ya, la otra mitad, en la que me incluyo, sostuvimos lo contrario y consideramos que debe mantenerse aún si se encara una reforma de la Constitución.

Entre las razones que señalé para defender la postura de mantener el unicameralismo en la Legislatura de la Provincia están las siguientes:

1) La Legislatura Unicameral reestablecida en la Provincia de Córdoba por la reforma constitucional del año 2001, después de más de un siglo de bicameralismo, tiene una fuerte legitimidad política que le viene dada por el amplio respaldo popular que tuvo el proceso reformista en la consulta popular que lo precedió y en el que una muy marcada mayoría del electorado se pronunció por el SI, frente a la pregunta expresa respecto de si se quería establecer un Poder Legislativo con una sola cámara.

Ese pronunciamiento fue efectuado en el único caso en la historia de la provincia en que el pueblo pudo pronunciarse directamente en forma clara y concreta sobre una cuestión de tal trascendencia institucional. Si a ello se le suma la amplia mayoría que obtuvo en la elección de convencionales la lista que sostenía el unicameralismo en su propuesta, se comprende que la actual composición de la Legislatura es el único aspecto de la organización institucional que exhibe la fuerte legitimidad democrática de un pronunciamiento popular directo explícito y contundente relativamente reciente.

2) Es claro que la Legislatura unicameral importa un menor costo de funcionamiento que la de dos cámaras. No se trata únicamente de la reducción del número de legisladores, sino también de evitar la duplicación de los servicios de apoyo de la labor legislativa que se da en el sistema bicameral. La reducción de personal y presupuestaria en más de un cincuenta por ciento que se ha producido lo pone en evidencia.

Si bien es cierto que esta disminución tiene escasa relevancia si se la examina desde la perspectiva del monto total del presupuesto provincial, dado que las partidas asignadas al Poder Legislativo representan un porcentaje muy pequeño, su incidencia es fuerte en la percepción de la ciudadanía en general que la visualiza como un paso hacia la “disminución de los costos de la política”.

En la representación que la sociedad tiene de la política, su sede y centro principal está en el órgano legislativo y, por tanto, todo el dinero público que se gasta desde allí es catalogado como “gasto de la política,” cosa que no ocurre —al menos en esa medida— con las partidas que se asignan a los otros poderes del Estado. De ahí que el porcentual de reducción que importa el unicameralismo frente al bicameralismo en las partidas asignadas al Poder Legislativo es percibido, casi en igual medida, como porcentual de disminución del “costo político”.

3) Es bien sabido que la mecánica de funcionamiento de los parlamentos, concebida en el siglo XIX, tiene mucha dificultad para adecuarse a la vertiginosa realidad cambiante del siglo XXI, que exige respuestas rápidas frente a requerimientos muchas veces impostergables. Esa es una de las razones que explica el fenómeno, hoy universal, de debilitamiento de los parlamentos frente a un liderazgo cada vez más fuerte de los órganos ejecutivos.

El sistema bicameral impone necesariamente procedimientos más complejos y lentos que el unicameral para la toma de decisiones. Ese es un costo que necesariamente debe asumirse en el Congreso de la Nación, para dar cabida a la ineludible participación de los distintos sujetos que componen la relación federal junto a la representación del pueblo, pero esa exigencia no concurre en la Legislatura de la Provincia, en la que el único sujeto representado es el pueblo, porque la provincia no es una federación. El riesgo de las decisiones legislativas apresuradas y carentes de la necesaria maduración encuentra un mecanismo correctivo en el procedimiento de doble lectura.

4) Otra de las fortalezas de la actual composición de la Legislatura provincial es que el sistema electoral vigente no garantiza la mayoría legislativa a ningún partido y el juego de fuerzas en el cuerpo para cada período dependerá del resultado obtenido por cada partido en los comicios, combinando los que se obtengan en el cómputo del total de votos de la provincia con los logrados territorialmente. De tal manera, una mayoría legislativa sólo se logra acumulando un porcentaje significativo del total general de los votos de la provincia con un número significativo también de triunfos en los departamentos. Si a pesar de no estar impuesta se logra

de todos modos esa mayoría, habrá sido consecuencia del resultado electoral y no de un condicionamiento preestablecido.

5) El sistema electoral vigente para la Legislatura favorece la participación de partidos minoritarios, dando así cauce institucional a corrientes de opinión que no encuentran cabida en los partidos tradicionales y mayoritarios.

Por un lado, la supresión del piso electoral en la aplicación del sistema proporcional d'Hondt tiene una obvia consecuencia favorable a los partidos minoritarios que muchas veces han quedado excluidos de representación legislativa, aunque sus cocientes alcanzaban para ello, por no haber alcanzado la cifra fijada como piso.

El sistema uninominal, por su parte, si bien todavía no ha producido ese efecto en nuestra provincia, puede lograr que un partido cuyo número de seguidores sea escaso en relación con el total del cuerpo electoral, pero sea fuerte en uno o más departamentos con escasa cantidad de población, ocupe bancas departamentales, como ocurrió en la Cámara de Diputados de la Nación cuando, por aplicación de la ley 4161 de 1902, ocupó una banca en el Congreso el socialista Alfredo Palacios, por la mayoría lograda en una circunscripción que abarcaba barrios obreros de la Ciudad de Buenos Aires.

6) Son conocidos los cuestionamientos que se hacen al sistema político por la tendencia a despersonalizar la representación, asignando un protagonismo exacerbado a los partidos a punto tal que los candidatos, principalmente los candidatos a legisladores, pasan a ser prácticamente anónimos. La difusa pero gráfica expresión de "listas sábanas" expresa esos cuestionamientos.

Las consecuencias negativas de esa despersonalización que primero se detectan son la debilidad del vínculo entre representante y representado y el poco peso que tienen las condiciones personales del candidato, positivas o negativas, en la decisión del elector, a la vez que el legislador elegido por este tipo de sistemas tiende a exhibir menor independencia de criterio, porque de alguna manera puede sentir que debe su banca al partido que lo puso en la lista, antes que al electorado que lo votó sin conocerlo.

Al utilizarse el sistema uninominal para la adjudicación de veintiséis bancas en la Legislatura provincial, esos defectos se atemperan porque un número importante de legisladores es elegido *intuitu personae* por el cuerpo electoral del departamento que normalmente lo conoce en forma personal o por referencias mas o menos directas, saben cómo hacerle llegar sus reclamos y hacerle conocer su aprobación o desaprobación a la labor cumplida.

7) La historia nos muestra que las legislaturas de todas las provincias históricas fueron originariamente unicamerales. El bicameralismo comienza a introducirse recién después de 1853, por imitación del modelo adoptado por la Constitución Nacional. En el caso de Córdoba la Legislatura desde 1821 y hasta 1870, fue unicameral.

Por otra parte, hoy prevalece ampliamente el unicameralismo entre las provincias argentinas porque quince de ellas (Chaco, Chubut, Córdoba, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Misiones, Neuquén, Río Negro, San Juan, Santa Cruz, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán) y también la Ciudad de Buenos Aires lo han adoptado, mientras que sólo ocho provincias tienen sistema bicameral (Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, Mendoza, Salta, San Luis y Santa Fe).

Quienes critican la Legislatura unicameral apuntan principalmente a señalar que provoca un debilitamiento del Poder Legislativo y que se facilita que el Poder Ejecutivo obtenga una rápida aprobación de sus proyectos de ley mediante la imposición de la mayoría en el cuerpo. Pero esta debilidad no parece que pueda reconocer como causa al unicameralismo, porque un fenómeno similar parece generalizarse en todos los parlamentos provinciales, aún los bicamerales e incluso en el mismo Congreso de la Nación. Es más, sólo hace falta recordar la historia reciente de la provincia para comprobar que aún con una Legislatura bicameral, cuando las mayorías parlamentarias han sido afines al Poder Ejecutivo éste ha impuesto sin ninguna dificultad sus proyectos en ambas cámaras y en algunas oportunidades en un tiempo sorprendentemente veloz, tal como ocurrió con la sanción de la ley de emergencia N° 8472 que fue modificada por la ley N° 8482 antes de ser publicada en julio de 1995.

La debilidad del Poder Legislativo y el correlativo avance del Poder Ejecutivo sobre las atribuciones de éste es un fenómeno que no guarda relación con el sistema unicameral o bicameral del parlamento, sino que más bien se vincula con la necesidad de fortalecer los principios republicanos en el núcleo no negociable de la cultura de la sociedad y con los mecanismos de selección de candidatos para ocupar las bancas legislativas, porque si los legisladores tienen clara conciencia de ser miembros de un Poder del Estado y de la alta responsabilidad que ha sido puesta en sus manos, que implica controlar al Poder Ejecutivo y evitar que desborde el ámbito de sus atribuciones constitucionales, aunque pertenezca al mismo partido político, cumplirán su rol con igual firmeza, sea que esté integrado por una o por dos cámaras. Es más, si está integrado por sólo una, podrá actuar con mayor firmeza y celeridad para imponer la voluntad del pueblo que representa frente al Ejecutivo.

Por el contrario, una Legislatura cuyos integrantes carezcan de esa conciencia y no asuman la responsabilidad que les ha sido confiada, será dócil frente a un Ejecutivo avasallador, cualquiera sea el número de cámaras que la integren. Es que el problema pasa más por la cultura republicana de los pueblos que por la forma de organización de sus instituciones.

Ciertamente el sistema político de nuestra Provincia requiere fortalecer a la Legislatura y optimizar su funcionamiento como órgano de debate de ideas y de control. Pero no es necesario ni conveniente volver al bicameralismo y bastaría con intentar algunas reformas que no requieren modificar la Constitución.

Propuestas para superar las debilidades en la Legislatura.

1) Como contrapartida de la fortaleza que implica la agilización del procedimiento de formación de leyes, se ha detectado como debilidad el incremento del riesgo de las decisiones legislativas impuestas por mayorías circunstanciales con apresuramiento y sin la necesaria maduración.

La Constitución vigente ha previsto un mecanismo correctivo en el procedimiento de doble lectura, pero es forzoso reconocer que el ámbito de materias que comprende se encuentra indebidamente restringido y al disponer que entre la primera y segunda lectura debe mediar un plazo máximo de quince días, a diferencia de la Constitución de Río Negro que fija ese plazo como mínimo, se introduce una incoherencia en el sistema que hace posible su desnaturalización.

Pero esas deficiencias pueden corregirse sin necesidad de modificar la Constitución, por vía del Reglamento de la Legislatura, porque la nómina de materias sometidas a doble lectura puede ser ampliada por la propia Legislatura según el art. 106 C. Pcial. La propuesta consiste concretamente en que, con la mayoría especial requerida, la Legislatura incluya en su Reglamento una norma que establezca que los proyectos de ley, como regla, deben ser sometidos al procedimiento de doble lectura y admita, como excepción, la sanción en una sola votación de los proyectos de menor trascendencia.

Además, para hacer que el lapso entre ambas lecturas cumpla con la finalidad prevista de asegurar el debate, el reglamento de la Legislatura puede establecer que la segunda lectura no podrá efectuarse antes del decimocuarto día de aprobada la primera e imponer exigencias a cumplir durante el mismo, que comprendan como mínimo el deber de la Presidencia de dar amplia difusión al proyecto por los medios de comunicación, de requerir opinión a los sectores interesados o de efectuar audiencia pública, etc.

2) Se ha señalado también como una debilidad en la Legislatura Provincial la facilidad que tiene la mayoría para apresurar el procedimiento de sanción de las leyes obviando el tratamiento en comisión, con la restricción del debate que ello implica.

Pero esa deficiencia no es atribuible al diseño constitucional en la organización y funcionamiento del cuerpo, sino a la particularidad que tiene el reglamento que admite la aprobación del tratamiento sobre tablas de los proyectos sin exigir una mayoría agravada.

Es claro que se desnaturaliza la esencia de un cuerpo parlamentario plural si se permite que una mayoría simple sustraiga un proyecto del tratamiento en comisión, donde naturalmente los proyectos son estudiados, debatidos y tratados y donde el ámbito es más propicio para que las minorías puedan formular con éxito sus propuestas, observaciones y puntos de vista.

La propuesta para corregir esta deficiencia es por demás sencilla: modificar el Reglamento de la Legislatura exigiendo mayoría agravada de dos tercios, sea del total o de los presentes, para aprobar el tratamiento sobre tablas, tal como lo exigen en general todos los reglamentos parlamentarios conocidos.

3) Se cuestiona también el cumplimiento de la función de control a cargo de la Legislatura, porque no se integran las salas a los fines del juicio político. Pero esta deficiencia tampoco obedece al diseño que el constituyente ha hecho de esta institución, sino a la inacción de la Legislatura, apoyada en una errónea interpretación del texto constitucional.

En efecto, cuando el art. 114 dice que la división en dos salas debe efectuarla el cuerpo “en su primera sesión ordinaria”, no puede sensatamente interpretarse sino que se refiere a la primera sesión ordinaria del año legislativo. Entender que el constituyente quiso hacer referencia a la primera sesión ordinaria posterior a que se formule una denuncia de juicio político contraría elementales principios jurídicos porque en ese caso la sala juzgadora sería un tribunal constituido *ex post facto*, una verdadera comisión especial, en abierta violación al art. 18 C.N. que requiere que los jueces naturales sean “designados por la ley antes del hecho de la causa”.

La solución de esta deficiencia también puede hacerse sin necesidad de reformar el texto constitucional. Basta simplemente modificar la ley 8794, reglamentaria del juicio político, adecuándola al sistema unicameral y disponiendo en forma expresa, clara e inequívoca el número de miembros de cada una de las salas y el modo de designación de sus miembros de manera tal que se cumpla el mandato constitucional de respetar en cada una de ellas la proporcionalidad de la representación política de sus miembros en el pleno del cuerpo, como así también que anualmente, en la

primera sesión ordinaria de cada período legislativo, la Legislatura deberá proceder a designar a los integrantes de las salas.

En estos, como en muchos otros aspectos, las autoridades provinciales pueden avanzar mucho en orden a una profunda reforma política, aprovechando el trabajo fecundo de la Comisión y sin necesidad de modificar la Constitución Provincial. La reforma política puede hacerse sin reformar la Constitución.

El día en que el pueblo de Córdoba decida que es la oportunidad de encarar un nuevo proceso constituyente, también encontrará en la Comisión elementos que, sin dudas, enriquecerán el debate.

Algunos aportes de la comisión consultiva de expertos que se han concretado en reforma legislativa

Las propuestas plasmadas por la Comisión en su dictamen han comenzado ya a rendir sus frutos en la forma gradual y progresiva en que se previó, porque indudablemente éstas han influido en el debate parlamentario y en las soluciones adoptadas por la Legislatura de la Provincia de Córdoba cuando el 4 de diciembre de 2008 sancionó las leyes 9571 (Código Electoral Provincial) y 9572 (Partidos Políticos), que fueran promulgadas por Decretos N° 1904/08 y 1905/08 y publicadas en el Boletín Oficial el 23/12/08 y el 29/12/08 respectivamente.

Esas leyes acogieron, no todas, pero sí muchas de las propuestas contenidas en el dictamen de la Comisión Consultiva de Expertos constituida en base a la convocatoria del Gobernador de la Provincia y regulan importantes modificaciones ordenadas a la concreción de la reforma política propuesta. Pero de ninguna manera podía pretenderse que el órgano legislativo asumiera a libro cerrado los contenidos del dictamen. Una pretensión de esa naturaleza importaría negar la esencia de la forma representativa y republicana cuyo fortalecimiento es objetivo primordial de la propuesta, porque es claro que la Comisión no es un órgano representativo de la voluntad popular y sólo a ésta le compete tomar las decisiones trascendentales que ella implica. Particularmente la de determinar el momento oportuno para encarar una nueva revisión del texto constitucional.

Entre las soluciones propiciadas por la Comisión que, aún con variantes en algunos casos, hoy tienen fuerza de ley se puede mencionar a las siguientes:

- 1) Prohibición de las sumatorias de votos (art. 50 de la ley 9571 y art. 10 de la ley 9572)
- 2) Prohibición de candidaturas diferentes cargos electivos en forma simultánea (art. 50 de la ley 9571)
- 3) Boleta única de sufragio (arts. 52 a 61 de la ley 9571)

- 4) Boleta de sufragio en alfabeto Braille (diseño para no videntes - art. 55 de la ley 9571)
- 5) Creación del Registro de Aspirantes a Presidentes de Mesa (art. 71 Ley 9571)
- 6) Capacitación para autoridades de mesa con cursos voluntarios anuales y encuentros obligatorios 20 días antes de la elección a autoridades designadas (art. 71 Ley 9571)
- 7) Asignación de viáticos (20% del Salario Mínimo) y suministro del refrigerio a autoridades de mesa (arts. 72 y 73 de la Ley 9571)
- 8) Creación de la figura del Fiscal Público Electoral que actuará como nexo entre dicho Juzgado y la autoridad de mesa (art. 80 Ley 9571)
- 9) Prohibición de difundir encuestas durante los diez (10) días anteriores a una consulta popular o un referéndum (art. 173 de la ley 9571)
- 10) Convenio con universidades con asiento en la provincia para el diseño del Software que debe ser utilizado y operado por el Juzgado Electoral (art. 181 de la ley 9571)
- 11) Previsión de la futura creación de una Cámara Electoral *ad hoc* (art. 183 de la ley 9571)
- 12) Deber de propender a implementar en forma progresiva y sistemática las acciones necesarias tendientes a impulsar un mecanismo electrónico de emisión del sufragio (art. 184 de la ley 9571)
- 13) Nuevo régimen de financiamiento público y privado y de contralor de las campañas electorales (arts. 185 y sgtes de la ley 9571) y de los partidos políticos (arts. 65 a 80 de la ley 9572)
- 14) Selección de candidatos a cargos públicos determinados por elecciones internas abiertas, simultáneas y obligatorias (art. 58 de la ley 9572), etc.

Para terminar, cabe aclarar que la Comisión fue conciente de haber generado un hecho político, no sólo con su dictamen, sino también con la seriedad del proceso realizado. El modo de trabajar y relacionarse con la sociedad —desde una actitud de escucha abierta y plural— ha pretendido dar un testimonio en el sentido de que es posible realizar las cosas de una manera diferente, sin agravios ni descalificaciones, al ofrecer lo que cada uno sabe y puede al servicio de una causa noble, más grande, vinculada con el bien común.

La Comisión fue conciente, además, que “la reforma es en verdad una tarea de todos, no sólo ni principalmente de la misma, ni siquiera sólo de los legisladores que deban debatirla y eventualmente aprobarla. Es responsabilidad de los partidos políticos, de las instituciones y las organizaciones de la sociedad civil y, fundamentalmente de la ciudadanía que debe formarse, informarse y participar”.

Y agrega que “sin una modificación de las actitudes y conductas políticas y ciudadanas, no existirá reforma política efectiva y perdurable. Podrán cambiarse las leyes e incluso la Constitución, pero nada será eficaz si no hay voluntad de cumplir y hacer cumplir la ley, si no hay respeto por el Estado de Derecho, si no hay vocación de construir un sistema político participativo al servicio de la ciudadanía. Y esto constituye una responsabilidad de todos”.



SECCIÓN II
DERECHO PRIVADO

LAS PRUEBAS CIENTÍFICAS Y LA REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA FILIATORIA

*Rosa Angélica Ávila Paz de Robledo**

Resumen: Se analizan las pruebas científicas y la cosa juzgada. Delineamos el marco teórico del proceso civil y procesos de filiación. Analizamos los avances científicos en revisión de la cosa juzgada y en cosa juzgada filiatoria. Propiciamos legislar las pruebas científicas en el proceso civil y en materia filiatoria y la recepción de revisión de cosa juzgada, en aquellos códigos procesales civiles que no la contemplan. En la revisión de la cosa juzgada filiatoria por las pruebas científicas y sus progresos científicos, entendemos necesario abrir un debate en función del respeto de la dignidad de la persona humana y el debido proceso.

Palabras claves: Pruebas científicas - Pericia biológica - ADN - Revisión de cosa juzgada.

Sumario: I. Introducción. II. Pruebas científicas. III. Proceso judicial y pruebas científicas. IV. Pruebas científicas y juicio de filiación. V. Cosa Juzgada y la revisión de la cosa juzgada. VI. Pruebas científicas y la revisión de la cosa juzgada en los juicios de filiación. VII. Reflexiones-propuestas.

I. Introducción

En los últimos años se han registrados avances tecnológicos y científicos de significativa trascendencia, los que, en la actualidad, no han sido receptados en plenitud en el campo del derecho procesal —en general—, y de las pruebas científicas —en particular—.

El problema central reside en que la ausencia de una regulación procesal específica y autónoma de la prueba científica en general, trae aparejada inseguridad jurídica.

* Doctora en Derecho y Ciencias Soc. (UNC).Prof. Titular de Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Civ, Miembro de Comisión Directiva del Área sobre Estudios de América Latina -A.E.A.L. (UNC.). Profesora Titular de Derecho Procesal Civ. y Lab. y Directora de la Maestría e Instituto de Derecho Procesal (UNLa.R). Miembro Correspondiente por prov. de Cba. de la Academia Argentina de Ceremonial. Miembro de número de la Academia del Plata-Sección Córdoba. Presidente del Tribunal de Disciplina de Abogados. Par Evaluadora de la Comisión Nacional de Acreditación y Evaluación Universitaria, C.O.N.E.A.U. y Docente Investigadora (UNC.) Categoría 1-Ministerio de la Nación, Ciencia y Tecnología de la Nación. rosaavilapaz@gmail.com/avilapaz@arnet.com.ar.

Esta laguna normativa se viene supliendo con la aplicación analógica de normativa procesal y con los aportes de la doctrina y jurisprudencia las cuales se asientan en diferentes corrientes procesales actuales, entre otras, garantismo¹, activismo² y humanismo³, postura esta última dentro de la cual nos enrolamos.

En este artículo nos enfocaremos en uno de los aspectos conflictivos de las pruebas científicas, vinculado con sus eventuales proyecciones en torno a la revisabilidad de la cosa juzgada en los procedimientos de filiación.

II. Pruebas científicas

Las pruebas científicas —al decir de Roland Arazi y de Jorge Rojas— es *“aquella prueba que otorga un grado de certeza, sea por la perfección o idoneidad de los medios que se utilizan para llevar a cabo algunas investigaciones, o bien por los métodos utilizados”*⁴. Inferimos de este concepto que la nota distintiva de estas probanzas son los métodos que se utilizan.

En nuestra opinión *“las pruebas científicas son aquellas “que consisten en que el juez utilice elementos de convicción, que por ser el producto de los avances tecnológicos, están más allá del saber del hombre común”*⁵.

¹ El garantismo procesal, según Adolfo Alvarado Velloso, *“...es una posición doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto tal orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa Constitución. En otras palabras, los autores así enrolados no buscan un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar a todo trance las garantías constitucionales”* (“El Garantismo Procesal”, en *Garantismo y Activismo Procesal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, febrero de 2009, pág. 145).

² El activismo judicial al decir de Jorge Peyrano privilegia *“llevar a cabo una realista jurisprudencia de necesidades en vez de practicar una aséptica y puramente intelectual jurisprudencia de conceptos”* (Sobre el activismo judicial en *Garantismo y Activismo...* ob. cit. pág. 18).

³ La humanización del proceso —en nuestra opinión— se plantea como una respuesta válida para superar: la prestación del servicio de justicia tardío, el exceso de ritual manifiesto en el que incurrían los jueces durante la tramitación de las causas judiciales, la utilización —sin límites razonables— de la tecnología, tutela eficaz de los derechos humanos, entre otros. Por consiguiente, la humanización del proceso es ver al proceso judicial como una obra del hombre, que ejercitan los hombres para prestar el servicio de justicia a los hombres con una postura ética, doctrinaria, legislativa, jurisprudencial, pedagógica y sociológica que debe construirse como un requerimiento de la época (“El Proceso Judicial” en *Manual de Teoría General del Proceso*, Tº I, Advocatus, Córdoba, de 2005, pág. 21).

⁴ ARAZI, ROLAND y ROJAS, JORGE A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-Comentado y anotado, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 14 de julio de 2003, pág. 566.

⁵ ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A., “Pruebas Científicas” en *Homenaje Escuela Procesal de Córdoba*, Tº II, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1995, pág. 453. En las XI Jornadas Nacionales Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, del 21/06/2007, con relación a las pruebas científicas se dieron estas conclusiones:

I. Se entiende por prueba científica aquella que otorga una mayor certeza en sus conclusiones, por el aporte de conocimientos técnicos y científicos.

Las pruebas científicas⁶, a su vez, se denominan: a) *pruebas biológicas* cuando el órgano de prueba es una persona humana, tenga calidad de parte o no, y b) *pruebas informáticas o electrónicas* que importa el tratamiento cibernético de la información dando lugar a la elaboración del documento electrónico o documento digital⁷.

Centrándonos en las *pruebas biológicas*, señalamos que las mismas pueden ser *sanguíneas* (en tanto requieren el análisis de la sangre) y *no sanguíneas* (en tanto acreditan la identidad de la personas mediante estudios alternativos al sanguíneo).

II. Esa característica no significa que el juez esté eximido de controlar tanto el procedimiento de producción de esa prueba, como el discurso o razonamiento del perito o experto que aporta la conclusión.

III. Se propicia un criterio amplio en la admisión de los avances técnicos o científicos como medios de prueba.

Fuente: <http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?tipo=1&cod=6554> (consulta: 09/07/2007).

⁶ En el XVIIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 1 al 3 de junio de 1995, en el Tema de Pruebas Científicas se dieron las siguientes conclusiones:

1. *“La comisión entiende que no corresponde hablar de “prueba científica” sino más bien de pruebas en las que se aplican conocimientos científicos de disciplinas no jurídicas, por cuanto no corresponde privilegiar algunas ciencias en relación a las restantes. Esto puede desvalorizar la sana crítica, en virtud de que se asigna a la pericia una calidad científica que en realidad es una técnica referida a ciencias no derivadas del Derecho.*

2. *Se entiende por “prueba científica, aquella en la que para su producción se necesitan conocimientos ajenos al Derecho y cuyo resultado otorga una mayor certeza que el resto de las pruebas.*

3. *La prueba científica es adquirida mediante la prueba pericial o por la producción de consultas o asesoramientos de entidades o instituciones técnicamente especializadas...”* (QUIROZ FERNANDEZ, Juan Carlos, *Congresos Nacionales de Derecho Procesal, Conclusiones I al XIX Congreso Nacional, 1939-1997*, Revista de Derecho Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, pág. 268).

En el XXIVº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mar del Plata, del 8 al 10 de noviembre de 2007, en la Comisión N° 1 Proceso Civil y Comercial, Subcomisión N° 2 Prueba Científica, se concluyó que: *“1. La prueba denominada científica, no constituye un medio de prueba novedoso, sino que por el contrario existe desde antiguo, siendo característica distintiva de su especie entre otros aspectos: su método, su elaboración y la especialidad del experto que la lleve a cabo...”*.

En el mismo Congreso referenciado, Gianini, en su carácter de Relator General del Panel en cuestión, a modo de aproximación a la noción de pruebas científicas, sostuvo que: *“... para hablar propiamente de prueba científica debe cumplirse con dos requisitos: i) Subjetivo el dispositivo es llevado a cabo por expertos o entidades especializadas o institutos de investigación reconocidos. ii) Objetivo: i) en primer lugar, la institución de marras se define por el método empleado para su elaboración, que responde a los más elevados y actualizados parámetros de desarrollo científico-tecnológico; ii) la segunda exigencia objetiva tomada por la mayoría de los trabajos para poder hablar de prueba científica es el calificado valor probatorio que se deriva de su escaso porcentaje de error cuando es practicado en condiciones adecuadas”* (GIANNINI, LEANDRO J., “La prueba científica”, en *XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 8 al 10 de noviembre de 2007, Mar del Plata, Ponencias Generales Relatos Generales y Trabajos seleccionados*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, pág. 188).

⁷ Ley de Firma Digital 25.510, Publicada en el B.O. el 20/12/2001, y su reglamentación por Dec. 2628/2002 y sus modificatorios y complementarios Dec. 78/2002, Dec. 624/03, Dec. 1028/03, Dec. 409/05, Dec. 724/06 y la Decisión Administrativa 6/2007.

Estas pruebas científicas tienen directa aplicación en los procedimientos de filiación que tutelan el derecho a la identidad de la persona, de raigambre constitucional⁸ y con expreso reconocimiento en la Convención del Derecho del Niño⁹ (arts. 7¹⁰ y 8¹¹). Y con su reglamentación en la Ley Nacional 23.264¹² que regula la pericia biológica para la filiación; Ley 23.511/1987 que instituye el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) a los fines de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos referidos a la filiación¹³, con la reforma de la Ley 26.548¹⁴.

⁸ Constitución Nacional (art. 33), Constitución Provincial de Córdoba (art. 4°).

⁹ Ratificada por medio de la Ley 23.849 (Sancionada: 27/09/1990, Promulgada de hecho: 16/10/1990). A partir de la Reforma Constitucional de 1994 —de acuerdo al artículo 75 inc. 22— reviste jerarquía constitucional.

¹⁰ Artículo 7°.

1. *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.*

2. *“Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el año resultara de otro modo apátrida”.*

¹¹ Artículo 8°.

1. *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.*

2. *“Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán presentar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.*

¹² Ley 23.264, art. 253.

¹³ ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A., “Pruebas Científicas”, ob. cit. pág. T° II, pág. 458.

Además, el Banco Genético —según Primarosa Chieri y Eduardo A. Zanoni— cumple funciones dado que está *“al servicio de la determinación de la filiación de hijos desaparecidos o nacidos en cautiverio”* y también, en general, *“a través del Servicio de Inmunología del Hospital “Carlos Durand” realiza los exámenes genéticos que se le requieren en todo juicio de filiación (art. 4°)”* (CHIERI, PRIMAROSA, ZANNONI, EDUARDO A., *Prueba del ADN*, 2ª Edición actualizada y ampliada 1ª reimpresión, Astrea, Bs. As. 2005, pág. 189).

Enrique M. Falcón expresa que la *“acreditación de identidad de las personas que se sometan a las pruebas a las pruebas biológicas conforme con las prescripciones de la presente ley, consistirá en la documentación personal y, además, en la toma de impresiones digitales y de fotografías las que serán agregadas al respectivo archivo”*. De esta forma se el Banco *“centralizará los estudios y análisis de los menores localizados o que se localicen en el futuro, a fin de determinar su filiación, y los que deban practicarse a los presuntos familiares. Asimismo conservará una muestra de la sangre extraída a cada familiar de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio, con el fin de permitir la realización de los estudios adicionales que fueren necesarios (art. 5°)”* (Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 20 de noviembre de 2007, Tomo VII, Procesos sobre sucesiones, personas y familia, pág. 648).

¹⁴ La Ley Nac. 26.548 Banco Nacional de Datos Genéticos, sanc. 18/11/2009; promulg. 26/11/2009 y publ. B.O. 27/11/2009. La reforma le otorga al BNDG, que tenía una doble dependencia funcional, el carácter de organismo autónomo y autárquico dentro de la órbita del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva (art. 1°). El BNDG se encarga de

En un marco más amplio, no podemos dejar de considerar, al decir de Héctor Gros Espiell¹⁵, el “conjunto normativo de alto interés” conformado por las declaraciones de la UNESCO sobre el genoma humano¹⁶ y los derechos humanos¹⁷, sobre los datos genéticos humanos¹⁸ y sobre la responsabilidad de las generaciones actuales para con las generaciones futuras¹⁹.

A esta altura de los avances científicos se nos plantean los siguientes interrogantes: **¿el proceso judicial de raigambre constitucional en las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio y el instituto de la cosa juzgada deben adecuarse y girar en torno a las pruebas biológicas y a los avances científicos? o de lo contrario, debemos establecer y distinguir ¿qué incidencias deberían tener las pruebas científicas como medio de prueba nominado o innominado en el proceso judicial y en particular en los juicios de filiación?, y ¿qué incidencias deberían tener las pruebas científicas en la revisión de la cosa juzgada, con particular referencia a los juicios de filiación?**

III. Proceso judicial y pruebas científicas

La premisa de la que debemos partir es que, el respeto a la garantía del debido proceso, es —desde un punto de vista constitucional y convencional— uno de los presupuestos de validez del *proceso judicial*, y por lo tanto, de sus diversas *etapas y actos procesales*, dentro de los cuales están aquellos relacionados con la prueba —en general— y la prueba científica —en particular—.

La garantía del Debido Proceso tiene consagración constitucional en el arts. 18 y 33 de la Constitución Nacional. Y muy particularmente, en

realizar los exámenes genéticos para identificar a personas desaparecidas o presuntamente nacidas en cautiverio(art. 6°).

¹⁵ GROSS ESPIELL, HÉCTOR, “Las declaraciones de la UNESCO en materia de bioética, genética y generaciones futuras. Su importancia y su incidencia en el desarrollo del Derecho Internacional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, T° II, pág. 1406.

¹⁶ Francis Collins —Director de este proyecto científico que es el mas importante de la humanidad— señala que: “Hemos llamado al genoma humano el libro de la vida, pero en realidad son tres libros de historia. Es el libro de medicina con más detalles que nunca” (CHIERI, Primavera, ZANNONI, Eduardo A., *Prueba del ADN*, ob. cit., pág. 209).

¹⁷ La declaración Universal sobre Genoma Humano y los Derechos Humanos fue adoptada por unanimidad por la UNESCO en la Conferencia General del 11/11/1997 y ratificada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 7 de diciembre de 1998. En la prov. de Córdoba, por Ley 8953, 07/05/2002, se garantiza la inviolabilidad del Genoma Humano.

¹⁸ La Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos humanos, fue adoptada por UNESCO, por unanimidad, en la Conferencia General del 16/10/2003.

¹⁹ La Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras fue adoptada por UNESCO, por la Conferencia General el 12/11/1997.

algunos tratados del art. 75, inc. 22n 2do. párrafo²⁰, con jerarquía constitucional, entre los que se destaca el art. 8 1er. párrafo del Pacto de San José de Costa Rica, que reza: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías... por un juez o tribunal competente,...* para la determinación de sus derechos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”; y el art. 8º 2do. párrafo, que establece: “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas...*”. Si bien una interpretación literal parecería reducir este último a los procesos penales, la jurisprudencia de la Corte IDH, lo ha extendido hacia otro tipo de procesos²¹.

Asimismo, debemos remarcar en el debido proceso, la garantía procesal que se deriva de él, como es el derecho al recurso efectivo (art. 25 de la C.A.D.H.).

A modo de corolario, señalamos que la garantía del debido proceso cada vez se fortalece más, puesto que trasciende el ámbito procedimental que originalmente tenían las instituciones en las que se basan para convertirse en una garantía fundamental de todos los derechos, ante cualquier ente sancionador o que desarrolle un proceso²².

Es menester subrayar que la garantía del debido proceso legal (en tanto *derecho* de las personas y correlativa *obligación internacional* del Estado —art. 1 C.A.D.H.—) se aplica de manera operativa en el proceso judicial, procedimientos administrativos y en los métodos de resolución de conflictos y su apartamiento representa la violación de los arts. 18 y 33 de la CN, 1, 8 y 25 C.A.D.H.

En nuestra opinión, el debido proceso legal conforma el cimiento esencial para la “*humanización del proceso*” y, por consiguiente para la construcción y vigencia del Estado de Derecho, el cual a través del Poder Judicial, tiene la misión de administrar justicia en cada caso concreto, por

²⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XVIII) Derecho de Justicia; (Art. XXV) Derecho de protección contra la detención arbitraria; (Art. XXVI) Derecho a proceso regular; Declaración Universal de los Derechos Humanos (Arts. 8º, 9º, 10 y 11); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 9º, 10 y 14).

²¹ La Corte IDH en la O.C. 11/90 (10/08/1990) sostuvo que: “28. *En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal...*” En la doctrina local, y favor de esta interpretación extensiva: GOZÁNI, Osvaldo Alfredo, *El Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, pág. 61.

²² DE BERNARDIS, LUIS MARCELO, *La Garantía Procesal del Debido Proceso*, Cultural Cuzco S.A., Editores, Lima, Perú, 1995, pág. 411.

intermedio de los jueces y mediante el proceso judicial a fin de realizar los valores de justicia, seguridad jurídica, paz social y solidaridad.

Dentro de este orden de ideas, corresponde señalar que las pruebas científicas (y sus respectivos avances científicos) deben adecuarse como presupuesto de validez, a la garantía constitucional del debido proceso. Desde esta perspectiva, ante la presencia de una laguna normativa procesal civil a nivel nacional y provincial en lo que a pruebas científicas se refiere, y ante el peligro de interpretaciones contradictorias, entendemos imprescindible la regulación expresa de la prueba científica como medio de prueba nominativo, en los ordenamientos procesales nacionales y provinciales²³.

IV. Pruebas científicas y juicio de filiación

El derecho sustantivo positivo se ha ocupado de regular acerca del valor probatorio de las pruebas biológicas en materia de filiación. Así pues, la Ley 23.264 —modificatoria del art. 253²⁴ del Código Civil— establece que en las acciones de filiación se admitirán toda clase de prueba, incluso las biológicas. Asimismo, si las partes, o —en su caso— alguna de ellas, no se sometieren a las pruebas biológicas, su negativa importará un *indicio* en contra de su posición en el juicio de filiación acorde se establece en la Ley 23.511, art. 4º.

En los procedimientos de filiación la *incorporación y recepción* de las pruebas biológicas bajo la modalidad de las pruebas del HLA y del ADN, revisten una importancia superlativa, en tanto permiten probar la existencia del vínculo de paternidad o maternidad con un índice del 99% o más, con lo cual el juicio de filiación es hoy de neto corte pericial²⁵. Actualmente, el estudio del ADN se ha generalizado, llevándose a cabo tanto en forma judicial, como extra judicial²⁶.

²³ En una reciente reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Río Negro, Ley 4142, ha regulado a la prueba científica bajo la modalidad de firma digital para las notificaciones, art. 135 bis. Asimismo, Córdoba, también regula la firma digital por Ley 9401/2007, en adhesión a la Ley Nac. 25.506.

²⁴ Código Civil, Art. 253: “En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”.

²⁵ VERRUNO-HAAS y otros, *Manual para la investigación de la filiación*, citado por CHIERY, PRIMAROSA, ZANNONI, EDUARDO A., *Prueba del ADN*, ob. cit., pág. 191.

²⁶ En el artículo “Prueba de Paternidad, Análisis del ADN: fin de la confianza ciega”, publicado en el Diario La Voz del Interior de Córdoba, de fecha 22 de abril de 2007, da cuenta como cada vez más los cordobeses recurren al análisis de ADN para confirmar su paternidad. Los tipos de análisis que se realizan en Córdoba, son dos. Uno, que tiene validez judicial, para lo cual deben asistir padre y madre acompañando al niño. En tanto, que el otro, sin validez judicial se da cuando la persona que tiene dudas acerca material genético y pide su análisis. Estos casos se pueden realizar de manera anónima y han aumentado mucho.

En el ámbito estrictamente judicial, en lo que se refiere a las pruebas biológicas, pueden configurarse las siguientes situaciones:

- a) **sometimiento voluntario**; en cuyo caso el sujeto accede, sin mediar compulsión alguna, ni vicios del consentimiento, a la realización de las pruebas respectivas.
- b) **no sometimiento voluntario**, esta alternativa a su vez presenta dos variantes:
 - b.1) **no sometimiento compulsivo**, lo que implica que la Justicia no procede a obtener la prueba contra la voluntad del sujeto, sino que es la propia la ley la que establece que la mera negativa configura un *indicio en contra* de la posición sustentada por el renuente. A lo cual debemos añadir que ese indicio permite elaborar una *presunción* en base a la conducta obstruccionista de quien tiene algo que ocultar y no quiere que se llegue a la verdad²⁷;

Según la fuente de relevante en los laboratorios Ciga, Lidmo, Ceproc y Cepidem los ADN en los casos judiciales arrojan una paternidad positiva del 87% y una paternidad negativa del 13%. Mientras que en los casos extrajudiciales dan una paternidad positiva del 66% y una paternidad negativa del 34%.

²⁷ CHIERI, PRIMAROSA y ZANNONI, EDUARDO referencian que la CSJN. sostiene que *“principio dispositivo que gobierna el proceso civil no puede emplearse, por falta de cooperación, en perjuicio de la verdad jurídica objetiva, ni en el del adecuado y deseado resultado del valor justicia”* (ob. cit., pág. 192 y nota 15, C SJN, 22/7/85, JA, 1986-I-473).

Asimismo, la jurisprudencia sustenta la tesis predominante de que la negativa a someterse a una prueba biológica, constituye una presunción judicial (art. 4º de la Ley 23.511) La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso administrativo de 2a Nominación de Río Cuarto (CCivCom y Contencioso administrativo Río Cuarto)(2aNom), con fecha del 22/02/2007, Partes: M., O. B. c. J., O. R. señalo que:

1. Cabe desestimar el agravio relativo a que el pronunciamiento apelado tuvo por acreditada la paternidad sobre la base de una sola presunción judicial, ya que, además de aplicarse la derivada del art. 4º de la ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529) — debido a la negativa del demandado de someterse a la prueba de histocompatibilidad inmunogenética—, se hizo mérito de la no contestación de la demanda y de la falta de ofrecimiento de prueba, máxime si se tiene en cuenta que el accionado tomó participación en el juicio y con anterioridad a ello compareció con motivo de la audiencia fijada a los fines del art. 58 del Cód Procesal (publ. en: LLC 2007 (junio), 545).

En igual sentido el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial; en “N. N.”, 04/05/2000; “M., B. del V. c. E., P. B.”, 19/04/2006 se pronuncio:

2. Lo dispuesto por el art. 4º de la ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529) no implica compeler compulsivamente a que el sujeto se someta al examen biológico, sino que se limita a establecer determinadas consecuencias jurídicas a la actitud renuente de quien se abstiene de cumplir con el mencionado acto, en función de una presunción que se conforma como consecuencia de no atender al principio de cooperación dinámica que en el proceso civil, y de familia particularmente, quiere alcanzar grado de verdad .

3. Si el juez debe formar su juicio de conformidad con las reglas de la sana crítica — a los efectos de la presunción derivada del art. 4º de la ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529)—, entre las cuales se encuentran las máximas de la experiencia, no puede apartarse de una reali-

- b.2) **sometimiento compulsivo**, significa que la Justicia puede obtenerla contra la voluntad del sujeto, lo que ha generado críticas en la doctrina y jurisprudencia²⁸ por sus posibles incompatibilidades con las garantía constitucional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Sobre este punto, cabe señalar que, recientemente se ha dictado la Ley 26.549 (B.O. 27/11/2009)²⁹, por la que se reglamenta la extracción

dad incontestable, cual es la que sólo el afán de frustrar la prueba de su paternidad puede inducir al demandado a negarse a la prueba biológica, pues, no sería razonable suponer que quien de buena fe entienda no ser el padre del hijo que se le atribuye, se niegue a la demostración fehaciente de ese extremo.

4. La interpretación judicial de las leyes que regulan la filiación de las personas debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, siendo imprescindible la investigación de la paternidad cuando ésta es desconocida.

5. El rechazo de la acción de filiación por carencia de suficientes elementos probatorios, que permitan demostrar la relación íntima al tiempo de la concepción entre el presunto padre y la madre, conducen a que prevalezca la conducta obstruccionista del accionado que, negándose a someterse a la prueba biológica, impide el esclarecimiento del estado filial reclamado, lo cual contraviene los derechos fundamentales proclamados por el art. 2º de la Convención de los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) y se aparta de los principios emanados de los arts. 240, 241, 253, 255, 256 y 257 del Cód. Civil.

En esta misma línea el TSJ.Cba., Sala Civil y Com., con fecha 19/04/2006; Partes M.B. del V.c.E.P.B.

Publicado en LLC2006,806-LLC 2006 con nota de Néstor E. Solari LLC 2006.919.

Por su parte Arazi sostiene que “...la ley argentina califica de “indicio” en contra del renuente la negativa a someterse a los análisis necesarios para los exámenes genéticos. El indicio es fuente de presunción judicial; por ello es correcto el término empleado, aun cuando algunos autores prefieren utilizar la palabra “presunción”. La presunción legal invierte la carga de la prueba o, directamente, impide probar en contrario, en caso de tratarse de una presunción absoluta. El indicio deja al juez un amplio margen de apreciación para elaborar la presunción mediante un razonamiento lógico-jurídico”. Luego sostiene que “Las conductas de las partes en el proceso, tal el caso de la negativa a permitir los exámenes pertinentes, deben ser valoradas por el juez, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, y no por el legislador” (ARAZI, ROLAND (Director), “Prueba Ilícita y Prueba Científica, Conceptos Generales” en *Prueba Ilícita y Prueba Científica*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 17/18).

²⁸ CSJN, Fallos: 255:18, “Juan José Cincotta”, 13/02/1963; Fallos: 319:3370, “Mirta Liliana Guarino”, 27/12/1996; Fallos: 320:1717, “Norma Beatriz Daza”, 12/08/1997; Fallos: 326:3758, “Evelin Karina Vazquez Ferra”, 30/09/2003, entre otros.

²⁹ Art. 1º — Incorporáse el artículo 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación, que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 218 bis: Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN).

El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto. Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integri-

compulsiva de ADN, ya sean por medios sanguíneos, o no sanguíneos.

En una mirada complementaria debemos reseñar otros supuestos más, como:

- a) El que establece el art. 243 de nuestro Código Civil que dispone la presunción de paternidad del marido, respecto de los hijos nacidos en el matrimonio a partir de una *presunción iuris tantum* y no de una verdad biológica.
- b) Los casos de filiación en vida del progenitor, dado que el hijo y el padre son las partes naturales para que se establezca el nexo biológico en forma directa.
- c) Los casos de filiación *post mortem* que requieren solicitar las pruebas biológicas a los terceros familiares como son los tíos, hermanos, abuelos, nietos en la investigación biológica de la paternidad, para poder establecer la transmisibilidad hereditaria de los caracteres biológicos en estudio por medio de análisis genéticos transversales, los cuales aportan un grado de certeza menor que los análisis genéticos directos³⁰. Aquí, las situaciones que se pueden plantear son de *sometimiento voluntario de los terceros familiares, *no sometimiento voluntario de los terceros familiares y * las consecuencias legales en esta última situación³¹.

dad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares.

El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisita personal.

Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá del modo indicado en el cuarto párrafo.

En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243”.

³⁰ Varsi Rospigliosi, Enrique y Mariana Chaves, El sometimiento a la prueba de ADN ¿Es exigible a los herederos del supuesto padre? en sitio virtual <http://www.enriquevarsi.com/2009/08/el-sometimiento-la-prueba-de-adn.html> (consulta 30/05/2010).

³¹ Cabe tener en consideración el caso “Noble”, suscitado a raíz de una presentación de Estela Barnes de Carlotto, en representación de las “Abuelas de Plaza de Mayo”, en el que denunciaba a Ernestina Herrera de Noble por su responsabilidad en la adopción en el año 1976 de dos

Concluimos reseñando que el ADN puede producirse en forma inmediata, si las partes asumen sus costos en los juicios de filiación, o puede postergarse en los casos de beneficio de litigar sin gastos. En este último supuesto esta prueba científica se difiere en su producción hasta que quede firme la resolución que otorgó el referido beneficio³².

V. Cosa Juzgada y la revisión de la cosa juzgada

En el pensamiento jurídico de Lino E. Palacio la cosa juzgada —en general— es la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia (definitiva) cuando contra ella no procede ningún recurso (ordinario o extraordinario) que permita modificarla. No constituye, por lo tanto, un *efecto* de la sentencia, sino una *cualidad* que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y, que, igualmente, vale para todos los posibles efectos que produzca (Liebman)³³.

La cosa juzgada, en las enseñanzas de mi maestro cordobés Jorge A. Clariá Olmedo es el “(juicio dado sobre la causa sometida a la jurisdicción) como atributo que la ley asigna a la sentencia firme para que el caso concreto resuelto por ella se mantenga inmutable para el futuro como garantía de seguridad jurídica”³⁴. Advertimos, que este concepto supera la doctrina clásica que sustentaba que el principal efecto de la sentencia era la cosa juzgada y así, se enrola en la doctrina moderna que sostiene que la inmutabilidad, —entendida como la imposibilidad de replantear otra vez el mismo proceso—, implica el atributo de intangibilidad del objeto, lo cual se manifiesta en que la sentencia pasa en autoridad del cosa juzgada.

Mariano Arbonés, a su vez, señala que “los juristas nos dicen que la “cosa juzgada” es la decisión jurídica, que adquiere la condición de inmutabilidad. Para los procesalistas es cuando ya no caben recursos o impugnaciones y entonces decimos que ha adquirido firmeza”³⁵.

niños —Marcela y Felipe— que habrían sido sustraídos de sus padres durante el gobierno militar. Una de las cuestiones discutidas reside en las resoluciones de las instancias inferiores que ordenan el examen compulsivo de histocompatibilidad. A ello se suma el consentimiento “condicionado” de los hermanos Noble, el que luego, por diversas interpretaciones, es considerado como consentimiento de la medida. Esta situación origina un recurso ante la Corte, donde termina descalificando la decisión de la Cámara de Casación Penal que había denegado los planteos recursivos, en torno a las medidas de referencia. (*Fallos*: 330:3028, 11/07/2007), Una de las lecturas que podemos extraer de este caso no resuelto, es que estamos ante temas complejos para la producción del ADN, cuya decisión debe ponderar los distintos derechos constitucionales en juego.

³² TSJ.Cba., Acuerdo Reglamentario Número 11, Serie B, del 13/08/2002.

³³ *Manual de derecho Procesal Civil*, 18ª edición actualizada, Lexis Nexis (Abeledo Perrot), Bs. As., 2004, págs. 533/534.

³⁴ *Derecho Procesal*, Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 252.

³⁵ “Reflexiones en torno a la cosa juzgada y su impugnabilidad”, en *Cuaderno* N° 1 del Dpto. de Derecho Procesal-Nueva Serie, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad

Juan Carlos Hitters, con cabal agudeza sostiene que *“la res judicata tiene autoridad y eficacia, lo que produce dos poderosos efectos (), por un lado, su indiscutibilidad (o inmutabilidad) () y por el otro la coercibilidad o imperium (posibilidad de hacer cumplir obligatoriamente el pronunciamiento) ()*. En su consecuencia define a este instituto *“como la inatacabilidad de una sentencia una vez que ha quedado firme o ejecutoriada. No se trata sólo de una mera repercusión negativa del fallo, esto es la imposibilidad de un nuevo proceso sobre lo mismo, sino también de una verdadera función positiva de aquél, es decir la prohibición de que en otro pleito se decida de modo opuesto a lo ya fallado”*³⁶.

Con relación al fundamento de la cosa juzgada, Lino E. Palacio y Adolfo Alvarado Velloso sostienen que: *“La cosa juzgada no configura un atributo esencial o necesario de la sentencia, sino una simple creación del ordenamiento jurídico que puede o no acordar tal calidad a los pronunciamientos judiciales firmes sin alterar con ello principio lógico u ontológico alguno, ya que “sólo por meras razones de oportunidad y utilidad —como expresa Chiovenda (Principios de Derecho Procesal Civil, trad. Casais y Santaló, T. II, pág. 461)— se introduce en los distintos derechos un límite a la discutibilidad de lo decidido”. Es que, como señala Imaz, la cosa juzgada no es más que “la duración de la vigencia de las sentencias judiciales —en verdad, de cualquier norma jurídica— originada en la prohibición impuesta normativamente a los órganos de la colectividad a derogarlas por medio de otras normas jurídicas posteriores” (Límites procesales de la cosa juzgada, LL, 75-877; La esencia de la cosa juzgada, íd. 70-866)*³⁷.

Esto se debe a que la Corte Suprema sostiene que *“la cosa juzgada tiene jerarquía constitucional y no es susceptible de alteraciones ni aun por vía de la invocación de las leyes de orden público”*³⁸. Máxime, si recordamos que *“la Corte Suprema ha expresado, a través de numerosos precedentes, que el derecho reconocido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada constituye un bien que queda incorporado al patrimonio del interesado, y del cual no puede ser privado sin mengua del precepto constitucional que consagra la inviolabilidad de la propiedad”*³⁹ (art. 17CN).

Nacional de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 1996, pág. 21.

³⁶ “Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual”, en *XXº Congreso Nacional de Derecho Procesal*, 5 al 9 de octubre de 1999, San Martín de los Andes, Neuquén, pág. 133.

³⁷ *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 3 de marzo de 1992, Tº IV, págs. 446/447.

³⁸ CSJN., 13/08/85, ED. 115-203, “Plaza, Papponetti y Pirilo”. En esta misma línea la Corte sostiene que *“la cosa juzgada está íntimamente ligada a la seguridad jurídica, representa una exigencia vital del orden público, tiene jerarquía constitucional, y es uno de los presupuestos del ordenamiento social, cuya ausencia o debilitamiento pondría en crisis a la íntegra juridicidad del sistema”* (Fallos: 313:1297).

³⁹ PALACIO, LINO E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, ob. cit. pág. 535.

Finalmente, en relación a la cosa juzgada, la doctrina de la Corte, se sienta en la *“necesidad imperiosa de poner fin a los pleitos para dar certidumbre y estabilidad a los derechos, como consecuencia de la tutela del Estado ejercida por medio de los jueces”*. Mas, tal inalterabilidad no tiene carácter absoluto, dado que la firmeza de los fallos ejecutoriados está condicionado a la inexistencia de vicios de la voluntad, como también que la cosa juzgada sea el resultado de un juicio regular (debido proceso) fallado libremente por los jueces⁴⁰.

Consecuentemente inferimos que ***la regla es la irrevisibilidad de la cosa juzgada “material”⁴¹, la cual excepcionalmente puede ser revisada por el órgano judicial.***

A propósito de los medios de impugnación de la cosa juzgada, Enrique Amaya, con una claridad meridiana distingue entre ***“cosa juzgada”*** y ***“cosa no juzgada”***. En ese orden, sostiene que la ***“cosa juzgada”*** es el resultado del “proceso (que) implica una relación jurídica entre partes y Juez, en un triángulo cuyas líneas son convergentes y están unidas para formar esa figura de garantía comunitaria, sin duda el Juez no puede apartarse de lo invocado y acreditado por las partes y su decisión debe ser CONGRUENTE con ellas”. En tanto, la ***“cosa no juzgada”*** se da con “cualquier error o pronunciamiento extra o ultra petita (salvo para los juicios laborales), será apartarse de la plataforma fáctica y hace por lo tanto a la sentencia, vulnerable y susceptible de que por los recursos pertinentes, sea revocada poniendo en fuga a la Cosa Juzgada originaria”. Asimismo, dentro de esta última agrega la ***“cosa mal juzgada”*** la cual según *“la doctrina actual se*

⁴⁰ Confr. ÁVILA PAZ, ROSA y JOSE DE CAFFERATA, CRISTINA, “Revisión de la Cosa Juzgada”, ponencia en el Xº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Salta, 21 al 23 de mayo de 1979. Con más la cita 7) LL, Tº 52, pág. 311; y Fallos CSJN, Tº 209, pág. 303, Tº 235, pág. 178; Tº 254, pág. 320 y Tº 275, pág. 389.

Asimismo, la CSJN en el caso De Gainza, Máximo E. y otro, del 13/05/1997, sostuvo el criterio: “El carácter excepcional del recurso de revisión, al margen de su utilización para la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia revisada, ha sido tradicionalmente establecido mediante el reconocimiento de que **son taxativas las razones que pueden darle lugar**. Tal limitación no es la única consecuencia de dicho carácter excepcional, ni la de mayor relevancia. Por el contrario, el reflejo principal de este último reside en la labor que cabe al tribunal ‘ad quem’ en la primera fase del recurso: ‘iudicium rescindens’” (Del voto del doctor Petracchi. La mayoría consideró inadmisibile el recurso), (La Ley 1997-E, 101 - DJ 1997-3, 441).

⁴¹ Jorge A. Clariá Olmedo sostiene que existe cosa juzgada material cuando *“por mandato de la ley lo resuelto en firme queda inmutable, con las únicas excepciones (permisión de revisibilidad) que el orden jurídico prevea expresamente y en forma específica: caso del recurso o impugnación extraordinaria y excepcional de revisión”*. En tanto, que la autoridad solo formal(o relativa) de la cosa juzgada, es cuando *“la sentencia que puede ser dictada en un posterior proceso tiene que referirse solo a pretensiones del actor o del demandado que conforme a la ley no hayan podido o debido ser atendidas suficientemente en el primer proceso especial o sumario”* (a modo de ejemplo: sentencia del juicio ejecutivo) (Confr. *Derecho Procesal*, ob. cit. Tº. II, págs. 260/262).

*dirige a promover una actividad jurisdiccional más amplia, para evitar la sentencia Non Liquen, y con este esfuerzo arribar sin cortapisas a la verdad, para evitar la consumación de una sentencia injusta*⁴². De esta manera sustenta la irrevisibilidad de la cosa juzgada cuando hubo un debido proceso legal.

Los medios de impugnación de la cosa juzgada solo están legislados en algunas provincias: Córdoba⁴³, La Rioja⁴⁴, Mendoza⁴⁵, San Juan⁴⁶, Corrientes⁴⁷, y Tierra del Fuego⁴⁸, como recurso de “revisión”.

La revisión, según Jorge A. Clariá Olmedo es *“una demanda impugnativa de carácter extraordinario y especial (excepcional), que procede por motivos taxativamente fijados para atacar las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgadas. En materia penal la sentencia debe ser condenatoria, porque esta impugnación sólo puede articularse en beneficio del condenado*⁴⁹. Por cierto, esta demanda de nulidad extraordinaria procede por los motivos fijados en la ley procesal, y sólo por causa de circunstancias sobrevivientes al proceso judicial que se produjo.

Los códigos procesales regulan —en el proceso civil— plazos de caducidad para la admisibilidad de la revisión, en tanto que en el proceso penal no existe ningún plazo⁵⁰. Sin embargo, al plazo legal se debe adicionar la invocación de circunstancias sobrevinientes (ejemplo, la aparición de un hecho nuevo como la condena penal de un testigo que incurrió en falso testimonio). La revisión se interpone ante el Alto Cuerpo, quien si hace lugar a la revisión, deja sin efecto el fallo impugnado y dicta la que por derecho corresponda.⁵¹

Y con respecto a los medios de impugnación de la cosa juzgada no legislados, tenemos que la Corte por jurisprudencia pretoriana ha consa-

⁴² *Medios de impugnación de la cosa juzgada*, ob. cit. 66

⁴³ En Córdoba, el Código Proc. Civil y Comercial, Ley 8465 y sus modificatorias, en el art. 395 se regula la “revisión” que abarcan dos supuestos: a) Con relación a la prueba: 1) documental: declaración de falsedad por redargución de falsedad (inc. 1), encontrar o recuperar documentos decisivos (inc.3); b) testimonial: declarados falsos por fallo posterior irrevocable (inc.2). Y, b) con relación a la sentencia que se hubiere obtenido en virtud de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.

⁴⁴ En La Rioja, el Código Procesal Civil, Ley 3372, arts. 265 al 268.

⁴⁵ En Mendoza, el Código Procesal Civil, Ley 2269, arts. 155 al 158.

⁴⁶ En San Juan, el Código Procesal Civil, Comercial y de Minería, Ley 3738, arts. 283 al 286.

⁴⁷ En Corrientes, el Código Procesal Civil y Comercial, Decreto Ley 14/2000, arts. 295 al 303.

⁴⁸ En Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud, el Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero, Ley 147, arts. 301 al 312.

⁴⁹ *Derecho Procesal*, ob. cit., Tº II, pág. 334.

⁵⁰ Código Procesal Penal de la Nación, Ley 23.984, art. 479.

⁵¹ Confr ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A. (Directora), “Teoría General de las Impugnaciones” en *Manual de Teoría General del Proceso*, Tº II, Advocatus, Córdoba, 2006, págs. 268/269.

grado la “acción autónoma de nulidad” a partir del caso Tibold (23/11/1962) y esa apertura la mantuvo en las posteriores causas: Atlántida, Campbell Davidson⁵² y Bemberg.

Aquí, bien vale referenciar a Juan Carlos Hitters con su excelente síntesis de esta doctrina del Máximo Tribunal:

1. La cosa juzgada no es absoluta (Tibold, Campbell Davidson y Atlántida),
2. La firmeza de la res iudicata debe estar condicionada a la existencia de vicios de la voluntad tanto de las partes como del juzgador (Tibold, Campbell Davidson y Bemberg),
3. La seguridad jurídica debe ceder a la razón de justicia (Tibold, Campbell Davidson, Atlántida y Bemberg),
4. La estafa procesal no puede ser convalidada por los órganos jurisdiccionales (Tibold y Atlántida),
5. Para la configuración de la cosa juzgada es necesaria la existencia de un juicio regular (debido proceso, fallado libremente por los jueces) (Campbell Davidson y Bemberg),
6. La falta de un procedimiento ritual específico no es óbice para que el órgano jurisdiccional disponga la revisión (Campbell Davidson),
7. Para comprobar los vicios (sustanciales) no es el recurso extraordinario la vía idónea, sino que es necesario un proceso de conocimiento donde se puedan debatir ampliamente los elementos fácticos que den viabilidad a la revisión (Campbell Davidson)⁵³.

Así, el objeto de esta acción de nulidad autónoma de nulidad es la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada irrita, porque las resoluciones judiciales dejan de ser inmutables cuando adolecen de nulidades absolutas, en los casos de fraude y cuando se afecta el derecho de un terceros. La acción autónoma de nulidad opera no como una vía extraordinaria de impugnación, sino como una demanda de nulidad en el sentido de demanda mediante la cual se abre la instancia del juicio rescisorio, cuyas etapas son dos: “*iudicium rescindens*”⁵⁴ y la “*iudicium rescissorium*”⁵⁵.

⁵² CSJN, “Campbell Davidson, Juan c/ Provincia de Buenos Aires”, 19/02/1971.

⁵³ Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual”, ob. cit. pág. 136.

⁵⁴ En la 1ª etapa de “*iudicium rescindens*” estudia la procedencia de los motivos de revisión y si los rechaza el revisionista carga con las costas y contrario sensu si hace lugar a la revisión se anula el fallo en crisis.

⁵⁵ En la 2ª etapa de “*iudicium rescissorium*” el tribunal revisa y dicta un nuevo fallo.

VI. Pruebas científicas y la revisión de la cosa juzgada en los juicios de filiación

La revisibilidad de la cosa juzgada⁵⁶ en materia filiatoria ante los nuevos avances científicos ha suscitado fuertes discusiones en la doctrina.

Así pues, a favor de la revisión de la cosa juzgada en materia filiatoria, desde la corriente del activismo⁵⁷, Marcelo Midón entiende que *“... a primera vista, casi intuitivamente, permitir la revisión de la cosa juzgada con cada nuevo progreso científico provoca escozor. Si, según vimos, cada metodología será oportunamente derogada por un descubrimiento posterior, de admitirse el replanteo de lo resuelto según sentencia firme o ejecutoriada, de dejar la “ventana” abierta, los pleitos no tendrían fin y la estabilidad de las relaciones jurídicas se tornaría utopía (...). Sin perjuicio, inmediatamente después de reflexionar, casi por efecto reflejo, nos interrogábamos sobre si cerrar la “ventana,” negando por consiguiente la chance de la revisión, no era incompatible con el norte tantas veces señalado de la verdad objetiva, que como brújula para el navegante debe orientar al operador jurídico durante su derrotero procesal. (...) Siempre será preferible la verdad a la ficción institucionalizada. Porque ese ideal no será en todos los casos posible, la ley debe recurrir de ordinario a la ilusión, buscando un punto de equilibrio entre valores fundamentales (seguridad y justicia), y aun cuando la verdad aparente es método generalizado y aceptado, debe ponérsele coto cuando la ficción creada priva a alguien de aquello que compone su propia personalidad o compromete su más elementales derechos”*⁵⁸.

Por su parte, también desde el activismo, Roland Arazi, también apoya la revisión de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en las causas de impugnación de la paternidad y la filiación. El citado autor, sostiene que: *“Los avances científicos para determinar la filiación de una persona y la importancia que tiene establecer la identidad, conforme hemos visto al aludir a los tratados internacionales, exigen un planteo específico con relación a la inmutabilidad de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, que hacen lugar o rechazan las acciones de impugnación de la paternidad y filiación”*⁵⁹. Prosigue señalando, que *“Mediante los exámenes*

⁵⁶ Es preciso señalar que la discusión en torno a la revisabilidad de la cosa juzgada presenta otras proyecciones, particularmente en los “costos” que le genera al sistema legal, en torno al desarrollo de nuevos procedimientos, con todo lo que ello implica (Confr. SINGER, JULIE A., KILLER, MONICA K., ADYA, MEERA, “The impact of DNA and other technology on the criminal justice system: improvements and complications”, 17 *Albany Law Journal of Science & Technology* 87, 2007).

⁵⁷ Ver supra, nota 2.

⁵⁸ “Pruebas biológicas y cosa juzgada. ¿El desarrollo de nuevos estudios genéticos o el perfeccionamiento de los ya existentes, habilita la revisión de la cosa juzgada sobre la base de metodologías superadas?”, en *Revista de Derecho Procesal, 2005-1*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 269.

⁵⁹ “La prueba en el juicio de filiación”, en *Revista de Derecho Procesal, 2005-2*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 319.

de ADN y otros complementarios los juicios de filiación son verdaderos procesos periciales. No obstante lo dispuesto por el art. 477 del CPN en cuanto permite al juez apreciar con amplia discrecionalidad la fuerza probatoria del dictamen pericial, en este caso el examen realizado por expertos impone a aquel el deber de ajustarse a él, salvo que advierta anomalías que lo inhabiliten como medio de prueba, pero aún así, el juzgador ordenara otro análisis y no suplirá con sus conocimientos la prueba obtenida aplicando conocimientos científicos ajenos a la disciplina jurídica. Como afirma Rodolfo Duarte Pedro, la teoría consistente en que el juez es libre para valorar la prueba mediante el método de la sana crítica basado en sus conocimientos personales, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y conclusiones del dictamen, no resiste a los avances científicos que nos impone una nueva realidad⁶⁰.

En este mismo orden Enrique M. Falcón considera —sin pretender agotar este debate— que la cosa juzgada en la filiación es formal⁶¹ y no material⁶² “ya que no se trata de una sentencia írrita que puede vulnerarse por el recurso de revisión o la acción de nulidad de cosa juzgada”. Agregando que “Para que la revisión sea admisible la misma debe estar expresamente prevista en la ley, porque de lo contrario podría extenderse esta teoría hasta desvirtuar el orden jurídico⁶³”.

Inferimos de estos aportes que sólo el último autor advierte la necesidad de fijar los límites en la revisión de la cosa juzgada, a diferencia de los dos primeros que no lo propician. En general, la postura doctrinaria activista se integra con una orfandad jurisprudencial específica, en nuestro país⁶⁴. A lo cual debemos incorporar jurisprudencia extranjera, que sólo se pronunció sobre la excepción de cosa juzgada⁶⁵.

⁶⁰ RODOLFO DUARTE PEDRO, “Prueba Pericial: Valoración del dictamen médico en las pruebas biológicas” en *La Prueba. Homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*, Universidad Libre, Colombia, 2002, pág. 535 y ss. Citado por Roland Arazi, “La prueba en el juicio de filiación”, págs. 319/320.

⁶¹ La cosa juzgada formal puede revisarse en otro procedimiento posterior.

⁶² La cosa juzgada material es inmutable, inimpugnable y coercible.

⁶³ Tratadote Derecho Procesal... ob. cit. pág. 653.

⁶⁴ María Victoria Famá solo referencia fallos que en los cuales se hizo lugar solo a la excepción de cosa juzgada: Tribunal Colegiado de Familia N° 3 de Rosario, 9/10/2001, “D., M. v. S., F, s/ reclamación de paternidad extramatrimonial s/ daño moral; STJ de Entre Ríos, 31/05/1999, “E.G., P.v.G.J. Ch. s/ filiación. A la par que da un precedente del TSJ de la prov. de Neuquén, 29/11/2005, “M.,M.L. v. C.J.”; LL Patagonia 2006, agosto 441, con nota de Solari Néstor, “Pre-tendida excepción de cosa juzgada en una acción de filiación. En esta causa se debatió la posibilidad de revisar la cosa juzgada en materia filiatoria ante la preexistencia de una acción deducida por el Ministerio Público (Confr. Filiación, Pruebas biológicas...ob. cit. pág. 23 a 26.

⁶⁵ Exp: 02-401645-0186-FA, Res. 2006-00114, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, San José, 03/03/2006, sostuvo: Este otro proceso está basado en la supuesta existencia de falsedad o error en el reconocimiento, argumento fáctico que ya se conoció y se resolvió en el proceso anterior, con autoridad y eficacia de cosa juzgada material... De igual forma, **el hecho**

Estas posturas activistas no uniformes se justifican dentro del activismo, que atiende la búsqueda de la *verdad objetiva* para la efectivización de los derechos, en tanto que el garantismo se centra en la búsqueda de la *verdad declarada*.

En nuestra opinión, señalamos que la revisión de la cosa juzgada es un remedio excepcional y que para establecer los “límites de revisibilidad de la cosa juzgada material con relación a las pruebas científicas y con particular referencia a la cosa juzgada filiatoria” es menester delinear el carácter autónomo este medio de prueba. Es por ello, que dado el carácter trascendente y polémico de esta temática es necesario propiciar y profundizar su debate, con relación a la revisión de la cosa juzgada en materia filiatoria en el marco de las pruebas científicas actuales y de las que pudieran resultar de los avances científicos dentro de sus límites jurídicos debidos.

Es importante tener en consideración que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, y a los fines impugnativos, han sido equiparadas a sentencia definitiva: la resolución que ordena la realización de una prueba hematológica⁶⁶, y también aquella que ordena la utilización de los elementos personales, obtenidos a raíz de un allanamiento, para estudios de histocompatibilidad⁶⁷.

VII. Reflexiones –propuestas

En esta temática propiciamos las siguientes conclusiones:

1. De lege ferenda: Es necesario, que en el proceso civil, se re-cepten las pruebas científicas en los ordenamientos procesales civil y comercial de la Nación y provincias, con un criterio de amplitud y sin casuismos.

Los lineamientos básicos de la regulación de las pruebas científicas, como medios de pruebas nominados son precisamente los principios específicos de la prueba: admisibilidad, libertad y pertinencia.

2. La sana crítica racional debe aplicarse en la valoración de las pruebas científicas.

3. De lege lata: La falta de recepción expresa en los códigos procesales, no es óbice para la procedencia de los institutos precedentemente referenciados.

de que actualmente se cuente con una prueba científica más precisa, tampoco da derecho a que pueda volverse a analizar un asunto decidido en firme. Sobre este tema y respecto de asuntos similares pueden consultarse, de esta Sala, las sentencias números 816, de las 9:50 horas del 29 de setiembre del 2004 y 868, de las 15:25 horas del 20 octubre del 2005.

⁶⁶ CSJN, Fallos: 326:3758, “Evelin Karina Vázquez Ferra”, 30/09/2003.

⁶⁷ CSJN, Fallos: 332:1769, “Emma Elidia Gualtieri Rugnone de Prieto y otros”, 11/08/2009.

4. Con relación a los medios de impugnación de la cosa juzgada entendemos conveniente que se legisle en los códigos procesales civiles que no los tienen.
5. También, consideramos que debe abrirse un espacio de debate en torno a la revisión de la cosa juzgada en materia filiatoria, frente a las pruebas científicas existentes que no se produjeron en dicho proceso judicial, como también sobre las incidencias que pudieran llegar a tener —en esa revisión— los avances científicos que se habrían dado con posterioridad, todo ello, en el marco de tutela de la dignidad de la persona humana, donde tienen cabida el derecho a la identidad, al conocimiento del origen genético, a la identificación y formación de la identidad personal más sin lesión del derecho de intimidad, privacidad y libertad, todo acorde el marco del debido proceso (arts. 18, 19, 31, 33 y 75 inc. 22 CN).

1. Investigaciones en desarrollo:

- Directora del Proyecto de Investigación sobre “NUEVOS HORIZONTES LAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL SIGLO XXI EN EL PROCESO JUDICIAL ARGENTINO Y SU ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MERCOSUR” (UNC-SECYT proyecto Categoría “A”) presentado en la Convocatoria Marzo 2010 en proceso de evaluación.
- Directora del Proyecto de Investigación sobre El abuso del proceso en las Medidas Cautelares y Anticipatorios en los procesos de familia-PROPUESTA DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MERCOSUR. aprobado por Resolución de CICYT N°040/08.
- Directora del Programa de Desarrollo Científico y de Proyectos de Investigaciones Jurídicas 2007/2008 del Instituto de Derecho Procesal y CICYT aprobado por Res. C.D. 495/2007.

Publicaciones:

- Nota a fallo: A.E.A.L. del 2º Laudo Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC*. Vol. 7 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*, Gênesis, 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 incidencia del Orden Público en las Medidas Cautelares como regla general y en el supuesto de excepción fiscal?, en *Anuario VI, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, Lerner Editora, Córdoba, marzo de 2003.
- Armonización legislativa y Región Centro en el MERCOSUR en *Anuario VII, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, Lerner Editora, Córdoba, septiembre de 2003.
- “Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR —Algunos aspectos procesales—”, en *Anuario VIII, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, —Edición homenaje a los 20 años del CIJS (1985-2005), M.E.L. Editor, Córdoba, noviembre de 2005.
- “Métodos no adversariales de resolución de conflictos” en *Manual de Teoría General del Proceso* (tomo II), Advocatus, Córdoba, mayo 2006
- “El futuro institucional del MERCOSUR con especial atención a la Función Jurisdiccional en *Anuario IX, 2006, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, (1985-2005), *La Ley*, 2^a quincena de marzo de 2007.
- “Sistema de Solución de controversias en el Mercosur bajo el régimen del Protocolo de Olivos, su reglamento con sus modificatorias y complementarias”, *Anuario X del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.
- “El amparo colectivo como vía de tutela efectiva del medio ambiente —algunas propuestas para una armonización en MERCOSUR”, en *Anuario XI— 2008* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, ISBN 978-987-03-1584-1.



LA REPRESENTACIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD FRENTE AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CAPACIDAD PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Directora *Alicia Dolores Basanta**
Co-Directiva *Adriana Ester Raffaeli***

Integrantes del equipo: *María Rosa Molina de Caminal***, Juan Antonio Fuentes****,*
*Rosa E. Chalup***** y Eliana Carina Ujaldón******

Resumen: En el plexo normativo vigente coexisten los conceptos rígidos del Código Civil, de acuerdo con el cual los incapaces de hecho sólo pueden ejercer sus derechos por medio de sus representantes, y el principio de capacidad progresiva que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ello, resulta necesario un cambio de paradigma. En los últimos tiempos se han verificado modificaciones legislativas, en consonancia con el principio de capacidad progresiva, como las incorporadas por la leyes 26.413 y 26.579. No obstante, no se ha logrado aun vencer las rígidas categorías existentes en el Código Civil.

Palabras clave: capacidad - progresiva - representación - niños - tratados.

Sumario: 1. Introducción. 2. Objetivos Propuestos. a) Objetivos Generales. b) Objetivos Específicos. 3. Metodología. 4. Marco Teórico. a) Acerca de un planteo semántico. b) ¿Y si llevamos el planteo a la luz epistemología social?

* Docente - Investigadora Categoría IV; Miembro Titular del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba; Prof. Titular de Derecho Civil I de la UCC; J.T.P.de Derecho Privado I y Docente IECA Facultad de Derecho y Cs. Ss. UNC; Abogada Litigante.

** Docente - Investigadora Categoría IV; Prof. Adjunta Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía, Facultad de Derecho y Cs. Ss. de UNC; Jefe de Trabajos Prácticos de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho y Cs. Ss. de UNC; Prof Adjunta Introducción al Derecho Universidad Blas Pascal, Abogada Litigante.

*** Especialista en Derecho Procesal con Mención en Derecho Procesal Civil; Vocal de Cámara de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 7ª Nominación de la Primera Circunscripción Judicial con asiento en esta Capital; Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Privado I; Docente Práctica Profesional III, Coordinadora del Seminario Permanente de Derecho Privado, Facultad de Derecho y Cs. Ss. U.N.C.

**** Especialista en Derecho de los Negocios, Docente Derecho Privado VI Facultad de Derecho y Cs. Ss U.N.C.

***** Docente Auxiliar Ayudante A, de Derecho Privado I y de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho y Cs Ss., U.N.C. Abogada litigante.

***** Alumna 6to año de la Carrera de Abogacía Facultad de Derecho y Cs Ss UNC. Pasante en el Juzgado de Menores Previsional de 2º Nominación, Sec. 2 de la ciudad de Córdoba desde 03/03/2008 al 02/03/2010

5. Marco Normativo. a) Coherencia del sistema. 6. El análisis del principio de “capacidad progresiva” a la luz de: a) Doctrina. b) Jurisprudencia. c) Los eventos científicos. d) Derecho Comparado. 7. Conclusiones. 8. Referencias Bibliográficas.

1. Introducción

Esta investigación se genera en inquietudes surgidas, con motivo de la recepción del principio de “capacidad progresiva”, a partir de la incorporación de un conjunto de Tratados, Pactos y Convenciones de Derechos Humanos por el pórtico del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por Ley 23.849, en adelante CDN.

Como punto de partida del proyecto de investigación que nos ocupa, se planteó la problemática del cambio de paradigma frente al esquema rígido del Código Civil, en virtud del cual los incapaces sólo podían ejercer los derechos de los cuales eran titulares por medio de sus representantes necesarios y el principio de capacidad progresiva que consagra la CDN, lo que importaría una modificación sustancial del régimen del Código Civil para adaptarlo al nuevo paradigma.

Los integrantes del equipo advertimos que la incorporación del principio de “capacidad progresiva”, contenido en la CDN, implica un cambio relevante del esquema de capacidad/incapacidad/representación previsto en el Código Civil argentino, en el que los menores para el otorgamiento de todos aquellos actos jurídicos para los que no se encuentran expresamente autorizados por la normativa vigente, deben imprescindiblemente actuar a través de sus representantes.

La implicancia del tema y la escasa producción teórica y práctica, al momento de iniciar el trabajo, denotó la relevancia de la investigación proyectada, la que pretendemos se constituya en un instrumento actualizado de relevamiento de la problemática bajo análisis, concretamente la reflexión acerca de los diversos supuestos de actuación y ejercicio de derechos de los niños, niñas y adolescentes, actualmente canalizados por la vía de la representación, a efectos de determinar su tratamiento y funcionamiento conforme el principio de capacidad progresiva.

Asimismo en este trabajo se pretenderá dilucidar si, en el marco de la textura abierta del lenguaje, si hoy se atribuye un concepto diferente al término capacidad; o bien, de tratarse de igual uso del término tanto en la CDN como en el Código Civil, quizás entonces, estaríamos en presencia de alguna incoherencia lógica en nuestro ordenamiento jurídico; en su caso, veremos si la incoherencia resulta compatible o incompatible.

2. Objetivos Propuestos

Los objetivos propuestos en el proyecto fueron los que se enuncian a continuación:

a) Objetivos generales:

1.- Determinar la subsistencia o no de la representación legal necesaria de los niños, niñas y adolescentes por parte de sus padres en relación al ejercicio de cada uno de los derechos que hacen a la persona y a los bienes del menor a la luz del “principio de capacidad progresiva” que introduce la CDN.

2.- Elaborar pautas y principios que permitan una interpretación armónica de la legislación civil vigente en materia de representación legal necesaria de los menores de edad con el paradigma de protección integral de los niños, niñas y adolescentes y su reconocimiento como sujetos de derechos.

b) Objetivos específicos:

1.- Determinar los supuestos de actos que importen el ejercicio de derechos referidos a la persona de los niños, niñas y/o adolescentes y de actos vinculados al ejercicio de derechos de contenido patrimonial de los mismos.

2.- Identificar en cada supuesto la modalidad de otorgamiento del acto en el marco de la legislación civil actual.

3.- Analizar tal modalidad de otorgamiento a la luz del “principio de capacidad progresiva” de la CDN y en caso de no resultar adecuada al mismo, indagar acerca de otras formas posibles de ejercicio del derecho que se ajusten al paradigma constitucional.

4.- Identificar y sistematizar los criterios suministrados por la doctrina y la jurisprudencia en relación al modo de otorgamiento de los actos vinculados a los derechos sobre la persona y sobre el patrimonio de los menores de edad.

5.- Examinar los principios y regulación específica de la cuestión en el derecho comparado, en especial en aquellos sistemas que han incorporado la CDN a la legislación interna.

6.- Formular propuestas de reforma a la legislación vigente en la materia de conformidad a los principios receptados por el derecho internacional humanitario, en particular por la CDN.

3. Metodología

La investigación se apoyó en un análisis explorativo-descriptivo tendiente a examinar, en forma pormenorizada las normas del derecho

interno y del derecho comparado que receptan CDN, particularmente lo inherente a capacidad/incapacidad y representación.

De conformidad con la información obtenida en la etapa anterior, se profundizó el análisis y se comparó el concepto de capacidad subyacente en la CDN y el que contemplan la normas del Código Civil. Se analizaron los elementos relevantes del uso del término “capacidad” tanto en el plexo constitucional como en el ordenamiento inferior.

Dentro de esta relación lingüística se hallaron cambios de criterios de uso, pero sobre todo y dentro del sistema, se visualizaron incoherencias lingüísticas, entre el dictado de las normas de derecho interno y respecto de la CDN.

Posteriormente se elaboraron las conclusiones finales.

4. Marco Teórico

El “principio de capacidad progresiva” incorporado por el “bloque de constitucionalidad federal”¹ a nuestra Carta Magna, reconoce a los niños, niñas y adolescentes en tanto sujetos de derechos y conforme a la evolución de sus facultades, es decir a su maduración, la posibilidad de ejercerlos en un marco de autodeterminación.² Esta concepción abandona la clásica estructura estática del Código Civil por un criterio más flexible de “progresividad”, de esta manera, se otorga una activa participación de los niños, niñas y adolescentes, no obstante la regla general del plexo normativo antes mencionado. En consecuencia, el concepto de capacidad progresiva subyacente en la CDN, en principio, no coincide con el régimen de capacidad/incapacidad y representación del Código Civil, por lo que

¹ BIDART CAMPOS, GERMÁN *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I, edición ampliada y actualizada 1999-2000, Ediar, Buenos Aires 2000; MANILI, PABLO L. *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. La Ley, Buenos Aires 2003. Los autores consideran que la expresión “bloque de constitucionalidad” proviene de la doctrina elaborada por el Consejo Constitucional de Francia, y ha sido asimilada por la mayoría de la doctrina Argentina, aludiéndose con la expresión a un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, que no forman parte del texto de la Constitución sino que permanecen fuera de él compartiendo con aquél su misma supremacía y erigiéndose en parámetro para el control de constitucionalidad de normas infraconstitucionales. Alguna doctrina constitucional ha adicionado a la expresión el adjetivo “federal” para señalar la doble fuente —interna e internacional— que comprende no sólo la Constitución Nacional y los instrumentos de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional, sino también las Opiniones Consultivas y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

² LLOVERAS, NORA – SALOMÓN, MARCELO, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, pág. 502 (...) sostienen que la capacidad progresiva es un concepto abstracto que pretende explicitar una evolución escalonada y paulatina en la esfera de autonomía de los sujetos, y asimilar la evolución legal a la evolución psíquica-biológica.

resulta necesario armonizar las normas del sistema jurídico interno a la luz de los principios del nuevo derecho constitucional argentino.

Se advierte claramente que, si bien el derecho constitucional reconoce a los niños y adolescentes la titularidad de derechos humanos, éstos, de conformidad al derecho interno vigente, los deberán ejercer a través de sus representantes hasta llegar a la mayoría de edad, que nuestra ley civil fija actualmente en 18 años.

El hecho de que las normas jurídicas no escuchen la voz de los niños y adolescentes, no quiere decir que estos sean pasivos.

El representante actúa por su sola iniciativa, sin el concurso de la voluntad del niño u adolescente, relevando a éste de su derecho subjetivo acorde a su capacidad progresiva. Es decir el no escuchar al niño u adolescente es la regla en el régimen de la representación.

4.a) Acerca de un planteo semántico

El sistema normativo vigente al inicio del trabajo proyectado fue modificándose durante el transcurso de la investigación, en la actualidad los menores pueden reconocer libremente hijos antes de la edad nupcial así lo prevé la Ley 26.413 (B.O. 01/10/2008). la mayoría de edad es a los dieciocho años tal como lo prescribe la Ley 26.579 (B.O. 02/12/2009), estas modificaciones legislativas ponen en evidencia la necesaria adaptación del derecho a los principios que devienen de la CDN y la Ley 26.061.

Se efectuó un análisis semántico del término capacidad, se analizó a la luz de la nueva legislación la coherencia lógica del sistema para luego vislumbrar el aspecto epistémico y social de los objetivos planteados

Vamos a la capacidad desde el punto de vista del término, y aquí nos centramos en la capacidad de hecho, es decir aquella de la cual disponen las personas de existencia visible, para ejercer los derechos de los cuales son titulares. Veamos diferentes conceptos de los juristas

Julio Cesar Rivera³: Capacidad de hecho es: la aptitud de la persona para ejercer por sí los derechos de que es titular. Rivera al referirse la incapacidad dice: "Hemos señalado que el principio básico y general es el de la capacidad plena de las personas, la que sólo se restringirá por disposición de la ley, fundamentalmente, por razones de madurez".

María Emilia Lloveras⁴: Capacidad de hecho es la aptitud de las personas de existencia visible para realizar actos jurídicos válidos. De ahí

³ RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil - Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo I, pág. 376

⁴ LLOVERAS, MARÍA EMILIA, BERTOLDI DE FOURCADE, MARÍA VIRGINIA, BERGOGLIO, MARÍA TERESA, *Lecciones de Derecho Civil, personas naturales y jurídicas*, Advocatus, Córdoba, 1991 pág. 108.

que suele también designársela como capacidad de ejercicio o de obrar. Freitas —fuente de Vélez Sársfield en esta materia— define a la capacidad de hecho como “la aptitud o grado de aptitud de las personas de existencia visible para ejercer por sí actos de la vida civil”.

Salvat, Raymundo M.⁵: La capacidad o incapacidad de las personas puede ser de derecho o de hecho (...) Ejercer un derecho quiere decir ponerlo en ejecución. La persona que tiene el ejercicio de sus derechos puede disponer libremente de ellos, enajenarlos, gravarlos, cederlos, etc. Por el contrario, la que no tiene su ejercicio, por ejemplo el demente, no puede realizar ninguno de esos actos. En los casos en que una persona goza de un derecho, pero no puede ejercerlo por sí mismo, se dice que existe incapacidad de hecho. La capacidad o incapacidad de hecho se refiere pues, al ejercicio de los derechos; el incapaz de hecho puede ser titular de un derecho, pero no puede ejercerlo, su ejercicio está a cargo de las personas que lo representan.

Tanto nuestro Código Civil como los doctrinarios parecen referirse a la capacidad de hecho, es decir, la posibilidad de ejercer los derechos en virtud de la madurez para actuarlos.

La madurez parece ser la nota distintiva de la capacidad de hecho, es más, algunos de los autores antes citados sostienen que la misma otorga libertad a las personas para ejercer derechos. Esa madurez para el ejercicio que conlleva la libertad de actuar, está entre otros supuestos, unida a la edad de la persona que desea ejercerlos, edad ésta, que es fijada en virtud de la ley, así el artículo. 126 del Código Civil.

Esta madurez se adquiere, en principio y en virtud del artículo. 126, a los 18 años de edad (anteriormente, a los 21). A su vez, se distinguen los impúberes, es decir, los menores de 14 años y los menores adultos que va desde los 14 y hasta los 18 años.

Por otra parte, tenemos dentro de nuestro ordenamiento jurídico la CDN, con jerarquía constitucional desde 1994, pero que ya había sido vinculada al orden nacional mediante la Ley N° 23.849 (B.O. 22/10/1990), es decir, 4 años antes de que se le otorgue raigambre constitucional.

El Artículo 1° de la CDN considera niño expresando: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” Consecuentemente el artículo 2° de la Ley 23.849: “Con relación al artículo 1° de la CDN, se entiende por tal todo ser humano hasta los dieciocho años de edad.”

⁵ SALVAT, RAYMUNDO M, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, pág. 407.

En el plano de la coherencia lingüística del sistema jurídico, debemos admitir que terminológicamente las palabras varían, toda vez que la palabra menores se ha ido suplantando por el término niños, además de, echar por tierra la distinción entre las personas menores de 14 años y los que van desde esa edad y hasta los 18 años en términos de nuestro Código Civil.

¿Qué varía, el término capacidad o el término minoridad? Si decimos que la capacidad de hecho va munida del ejercicio de los derechos, este atributo continúa designando la capacidad, y en realidad lo que ha variado es el término minoridad, toda vez que, fue reemplazado por “niños” y que se ha considerado niño a todos los menores de 18 años.

La CDN a la vez que protege al niño, lo considera tal, hasta los 18 años, no se habla de minoridad se habla de niñez, no se designa como edad los 21 años, se estipula la edad de los 18 años. Hoy ya en parte esta discordancia fue subsanada por la Ley 26.579 que modificó la mayoría de edad.

No obstante parece que la madurez está implícita en la CDN, sigue la suerte del estadio en virtud del cual se deja de ser niño.

No esta de más afirmar, que el término minoridad llevaba *per se* la vaguedad del lenguaje natural, pues no podemos designar las características precisas del uso del lenguaje. Problema éste que hace que el término minoridad haya ido sufriendo una transformación hasta llegar a ser llamados niños, niñas y adolescentes, en lugar de menores impúberes y menores adultos.

El reemplazo terminológico, también es debido a que el termino minoridad posee una carga emotiva desfavorable, toda vez que implica una categorización que discrimina a personas sin capacidad de hecho frente a otras con capacidad plena de hecho, lo que hace pensar en una discriminación por categoría y no en una etapa de la vida biológica de la persona.

Consecuentemente la CDN en lo referente a capacidad fija un nuevo estadio que elige suplantarse el término menores, por niños, niñas y adolescentes, todos los términos empleados con carga emotiva positiva.

Ahora bien, la CDN incorpora la capacidad progresiva, tema que nos ocupa: En su artículo 5 expresa que: “*Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*” (lo resaltado es propio).

Amén del cambio terminológico notamos que la característica relevante del término minoridad, o de los términos niños, niñas y adolescen-

tes; pasa por la evolución de sus facultades, dirección y orientación, razones de madurez tanto biológica por que las normativas instituyen edades, como psicológica en tanto se habla de evolución en las facultades.

En definitiva, desde el punto de vista semántico el concepto de capacidad de hecho, sólo ha variado en que releva la categoría minoridad, y en cuanto a la Ley 26.061, por el uso de niños, niñas y adolescentes, quedando a salvo que para que se reconozca la capacidad de hecho se sigue tomando en cuenta, la madurez biológica y la evolución psíquica de las facultades de la persona. La Ley 26.579, reafirma los términos esgrimidos en el Código Civil y decide conservar las palabras minoridad y menores.

4 b. ¿Y qué pasa en el plano de la epistemología social? Si se pretende visualizar la capacidad de hecho en cuanto a los niños, niñas y adolescentes, desde el punto de vista de la validación del conocimiento social, vemos que ha variado las características que designan ésta categoría social.

El criterio de producción y de validación del concepto tiene que ver con una nueva posición social y cultural del niño, con nueva mirada de la situación del niño interactuando en la sociedad, con niño o un adolescente que recibe otros estímulos diferentes, al que, en antaño recibían los menores. Y esto tiene cabida en aquel requisito de madurez que la doctrina jurídica exige, la mirada hoy es integral hacia los niños, tanto en su faz biológica como psicológica.

Con el correr de los tiempos, el niño fue reconocido como sujeto dentro de la sociedad lo que llevó al derecho a otorgarle el estamento de sujeto de las relaciones jurídicas, a una edad más temprana y siempre mirando al mismo de modo integral en la madurez adquirida.

5. Marco Normativo

Otra de las dificultades que plantea la problemática objeto de la investigación se presenta al abordar el marco normativo. Cabe recordar que la capacidad progresiva está regulada en el artículo. 5 de la CDN, que en su parte pertinente expresa: "(...) en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos por la presente Convención."

La CDN fue ratificada por Ley 23.849 en el año 1990, en su artículo. 4 dispone que los Estados partes se obligan a adoptar "todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención".

La Ley 26.061 denominada de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada en el año 2005, es de apli-

cación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años.

En el análisis de la capacidad progresiva de los menores, no podemos soslayar la existencia de tres modificaciones legislativas, todas ellas producidas durante el transcurso de la investigación: el dictado de las leyes 26.413, que regula el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; 26.449, modificatoria del artículo 166 Código Civil, relativo a los impedimentos matrimoniales, reformas que tienen fundamentos diversos y que parecerían, en principio, contradictorias entre sí con relación al punto en estudio y 26.579, que dispuso la modificación de la mayoría de edad, estableciéndola en los 18 años, vigente a partir del 31 de diciembre de 2.009.

Ley 26.413. Esta ley deroga el Decreto Ley 8204/63, fue la respuesta legislativa esperada ante el conflicto normativo existente por lo establecido en el art. 41 del Decreto Ley.

Como ha acontecido en otras reformas legislativas importantes, como antecedentes de la sanción de la Ley 26.413, se encuentran relevantes fallos judiciales, que han sido dictado en consonancia con el principio de la capacidad progresiva de los menores.

En la modificación normativa verificada con el dictado de la Ley 26.413, se advierte la recepción de la tendencia que surge de los criterios establecidos en los Tratados Internacionales que se refieren a la capacidad progresiva de los menores.

Con relación a este tópico nuestros Tribunales en reiteradas oportunidades se pronunciaron al respecto, así in re:

- B.A.G. Solicita Autorización —AI. 1044, del 25/08/2008— Juzgado de Familia de 3º Nominación de Córdoba.

- P., A.A. Autorización Judicial - 27/08/2001 - Tribunal colegiado de Rosario Nº 5. L.L.Litoral, 2001-1477.

En ambos fallos se indica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y los Tratados Internacionales Derechos Humanos, en adelante TTHH, entre ellos la CDN, en un nivel inferior el Código Civil luego los decretos ley. El orden de prelación de normas implicaba que el artículo. 41 del decreto ley 8204/63 no podía modificar al Código Civil ni a los tratados internacionales. Además, era ponderable que la Ley 23.264 modificó la redacción originaria del artículo 286 Código Civil y no introdujo cambios —a pesar de haberse dictado mucho después del decreto ley 8204/63— en la edad requerida para que el menor reconociese hijos, ratificó que podía hacerlo el menor adulto sin limitación de edad.

El conflicto normativo expresado, entendemos, ha recibido la respuesta que correspondía de parte de los legisladores, quienes dictaron la Ley 26.413.

Sin lugar a discusión, los menores adultos aún antes de cumplir los 18 años pueden reconocer hijos extramatrimoniales sin ningún tipo de cortapisas, comunicando el acto de reconocimiento a los organismos competentes creados por la Ley 26.061. Interpretamos que el nuevo plexo normativo prevé que el acto de reconocimiento lo podrá realizar el menor, por tener capacidad para tal acto, conforme lo prescripto por el artículo. 286 del Código Civil y por derecho propio, sin necesidad representante alguno, es decir ubica al tema donde debe estar, en el marco de la protección de los niños, niñas y adolescentes, estando en tal situación el menor padre “reconociente” y el menor hijo “reconocido”.

Se advierte, entonces, en la modificación mencionada, la recepción de la tendencia que surge de los criterios establecidos en los TTHH que se refieren a la capacidad progresiva de los menores⁶.

Ley 26.449. La reforma legislativa apuntada, en cambio, modifica la aptitud nupcial de las menores mujeres, elevando la edad anteriormente establecida, llevándola de 16 a 18 años. La misma se fundó, no ya en la cuestión relativa a la incorporación al derecho interno de los lineamientos de la capacidad progresiva de los menores, sino en la eliminación de toda forma de discriminación de las mujeres, en cuyo contexto fue colocada la distinta capacidad nupcial que establecía el artículo 166 Código Civil.

Concluimos que la modificación de la edad nupcial en la mujer era acorde con el propósito de terminar toda forma de discriminación por razones de género⁷.

⁶ GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, FAMA MARIA VICTORIA y HERRERA, MARISA *Derecho Constitucional de Familia*, Tl. pág. 523 y Tll, pág. 1186 Ediar. Buenos Aires, 2006. Los autores expresan que: “El paradigma de la protección integral parte de una concepción del niño como sujeto de derechos en la relación paterno filial reformulada a partir del principio democrático de interacción entre el adulto y el niño. Para ello no basta con el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho humanos. Es preciso también consentir que ellos ejerzan con autonomía estos derechos en función de su edad y el grado de madurez en su desarrollo psíquico y emocional.” Los autores sostienen en definitiva, que la norma instala en la superficie la necesidad latente de “resignificar” o “armonizar” la legislación civil en materia de “patria potestad” y capacidad con la doctrina de protección integral de modo de respetar los derechos fundamentales de los niños, para lo cual deviene indispensable reestructurar el sistema de representación de “los menores” de edad desarrollado por nuestro Código Civil en los artículo. 57y s.s.

⁷ Entre los fundamentos del proyecto de modificación del Código Civil que luego fue sancionado como Ley 26.579, el Senador Giustiniani expresó que la diferencia de edad entre varones y mujeres para contraer matrimonio ha sido suprimida en la mayoría de los países y responde

En la misma línea de pensamiento, Lloveras y Orlandi, sostienen que: “La nueva ley 26.449 al equiparar la edad nupcial del hombre y la mujer en 18 años se funda en el principio de no discriminación y respeta los mandatos de la CDN en cuanto considera menores a aquellos comprendidos en la franja biológica inferior a los 18 años”. Concluyen las autoras que: “Una vez más queda abierto el ámbito de reflexión acerca de la necesaria adaptación del derecho reglamentario a los principios que devienen claros en la CDN y la ley 26.061: la función de los padres en el ejercicio autónomo y progresivo de los TTHH⁸”.

Ley 26.579. La modificación que apuntamos en su artículo. 126 consagra que son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho años, en consonancia con lo establecido en la CDN, que considera tales a los menores de esa edad. Entre los fundamentos del cambio legislativo, también se menciona que al ratificar el país la CDN por Ley 23.849, se comprometió a proteger y asegurar los derechos de la infancia y a adecuar la legislación nacional a sus prescripciones y que, de manera contemporánea con la presentación del proyecto de reducción de la mayoría de edad a los dieciocho años, fue sancionada la Ley 26.061, que armoniza con la Convención Internacional.

a) Coherencia del sistema.

¿Y si nos trasladamos a la coherencia de nuestro sistema jurídico?

La integración de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, hizo que gradual y progresivamente veamos que, la problemática de la capacidad de niños niñas y adolescentes haya comenzado a definirse de manera diferente

Así es que como al comenzar decíamos, cuando encaramos ésta investigación de la capacidad progresiva a la luz del artículo 5° de la CDN, veíamos múltiples incoherencias en el ordenamiento jurídico interno, hoy el legislador va actualizando las normas a la luz de suplir las diversas contradicciones del sistema. En efecto, se han dictado desde entonces las leyes tales como: la Ley 26.413 (B.O. 06/10/2008) que modifica la formativa que del Registro de Estado Civil y Capacidad de Las Personas y Ley 26.579 (B.O. 02/12/2009) Modificación. Mayoría de Edad, ambas tendientes a recono-

a concepciones y criterios perimidos, entendiendo que el trato diferenciado que estaba vigente en la legislación nacional constituía una discriminación prohibida por la C.N. y tratados internacionales con jerarquía constitucional.

⁸ LOVERAS, NORA - ORLANDI, OLGA, “La nueva edad de la mujer para contraer matrimonio: un fallo que la interpreta de cara a la realidad”, Nota Fallo Actualidad Jurídica Revista Familia y Minoridad N° 70, Código 14018, 25 de Febrero de 2010.

cer derechos a los niños, niñas y adolescentes, a más temprana edad, esto es, considerar a un sujeto que posee capacidad para conocer, procesar y ejecutar ciertos actos jurídicos sin la necesidad del instituto de la representación.

En parte el dictado de la nueva norma Ley 26.579 se arrima a la convención pero veremos que en realidad no se equipara, continúa con la categorización de los menores de modo rígido tal como lo dispone el Código de Vélez.

El mantener rígidos esquemas exige que el ordenamiento vaya dictando normas sueltas que subsane a la clasificación tratando de integrar el sistema con el principio de capacidad progresiva de la CDN, en efecto la interpretación rígida de los artículos 126 y concordantes que hace suponer un encasillamiento. Seguimos hablando de menores y además seguimos clasificándolos, como si la madurez biológica y psicológica fuera una cuestión matemática. Esto implica decir de modo tajante que son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los dieciocho años cumplidos. (art. 127).

Si naturalmente no podemos otorgar recetas de cuando un niño comienza a ser menor niño (menores impúberes) ni cuando un niño deja de ser menor adulto, menos aún puede la norma jurídica aseverarlo. La reforma es superadora en cuanto al límite de los 18 años, ha flexibilizado y adecuado a la CDN, pero sigue reforzando el término menores, y sigue atribuyendo compartimentos pétreos dados por la edad insistiendo que menores impúberes y menores adultos.

La convención es más flexible, habla de capacidad progresiva, determina quienes deben respetarla de acuerdo a su pasar evolutivo biológico y psicológico y nuestro Código Civil continua con la estructura de encasillar de acuerdo a la edad.

Volvamos a lo antes planteado en esta subdivisión de los menores encontramos una incoherencia normativa y lingüística que sin dudas generará inseguridad jurídica. En tal contexto podemos formular una serie de interrogantes, tales como: ¿Qué harán los jueces a la hora de aplicar el derecho? ¿Qué pasará cuando una adolescente quiera ejercer sus derechos sexuales por ejemplo? O la disposición de su propio cuerpo? Seguiremos ante una incoherencia lógica del sistema que sólo podrá subsanarse por el principio de la jerarquía, los jueces deberán optar en el caso concreto y previo análisis de la madurez biológica y psicológica de la menor dar paso a la CDN.

Y así cabe otra pregunta ¿qué hay con el interés superior del niño? ¿Qué aplicaremos? En tales supuestos le corresponderá los jueces valorar

el interés prevalente del niño conforme su madurez biológica y psicológica, en términos del artículo 1: Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño y art. 3º, inc d), Ley 26.061 Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales de la ley 26.061.

El hecho de que la reforma no contemple estos ítems y que además no mencione como norma correlativa a la Ley 26.061, ni la equipare con la norma superior, CDN, deja una laguna que perjudica doblemente a los sujetos involucrados en la norma:

a) En cuanto a los participantes internos del sistema: ¿Los jueces deberán resolver la incoherencia normativa apelando a la norma jerárquica superior, o a la ley de igual rango 26.061, y/o aplicarán el Código Civil con su última reforma. ¿Apelarán a su arbitrio? ¿Quedarán estos casos en la llamado actitud discrecional de los jueces?

b) En cuanto al observador externo pero involucrado en la práctica: Se crea un cierto grado de inseguridad jurídica, quedarán acciones que puedan ir en desmedro del régimen de la patria potestad. Y lo que aún es más atendible habrá adolescentes a los cuales, legítimamente, se sientan que se los están vulnerando en sus derecho.

6. El análisis del principio de “capacidad progresiva a la luz de: a) La doctrina. b) La Jurisprudencia. c) Los eventos científicos y d) Derecho Comparado.

En el marco de la investigación se procedió a la búsqueda y fichaje de jurisprudencia, se analizaron distintas posturas doctrinarias y sus argumentos y se relevaron las conclusiones de diversos eventos científicos a nivel internacional y nacional.

a) La Doctrina. Otra de las dificultades que se debieron sortear se presentaron al momento de relevar jurisprudencia y doctrina, pues eran muy escasos los fallos y trabajos hallados. Se advierte, en la actualidad, el auge de la tendencia que sostiene que la CDN marcó un hito en la historia del derecho y de la humanidad y que ella inaugura un nuevo paradigma de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En tal sentido, se remarca que la capacidad progresiva no esta sujeta a una edad determinada cronológicamente sino que hay que verificar en cada caso la madurez intelectual y psicológica de los niños, niñas y adolescentes, y su aceptación sólo tiene valor si se traduce en modificaciones de envergadura

en la legislación interna de cada país signatario. En tal sentido, Nora Lloveras, Victoria Fama, Marisa Herrera, Mauricio Mizrahi⁹, Néstor E. Solari¹⁰, entre otros. En esta posición Nelly Minyersky¹¹.

Por otro costal, no soslayamos que esta doctrina coexiste con la postura clásica que considera que no debe modificarse el régimen vigente, esto es el esquema rígido del Código Civil capacidad/incapacidad/representación,

b) La Jurisprudencia. El proceso de búsqueda de fallos fue minucioso y constante. Una de las principales dificultades es la escasa cantidad de resoluciones judiciales sobre la temática que investigamos. Las resoluciones analizadas denotan la preocupación de los jueces en dar respuesta a la problemática que gira en torno al principio de “capacidad progresiva”. Así:

- El Juzgado de Familia de 3º Nominación de Córdoba, en autos: “*B.A.G. Solicita Autorización- A.I. 1044, del 25/08/2008*”.

- El Tribunal Colegiado de Rosario N° 5 con fecha 27/08/2001 en autos “*P.A.A. Autorización Judicial*”. (L.L.Litoral, 2001-1247).

⁹ MIZRAHI, MAURICIO LUIS. “Los derechos del niño y la ley 26.061” L.L 2006-A, 858. (...) La ley establece el loable criterio de receptor la denominada “capacidad progresiva”, en lo relativo a los actos que el niño puede ejercer directamente (artículos. 19, inc. a) y 24, inc. b); pauta que se desprende de la Convención internacional que le atañe. Esta inserción también nos parece esencial, pues obligará a los jueces a no ajustarse al texto literal de los artículos. 54 y 55 del Código Civil, de manera que -al menos en cuanto a sus derechos personalísimos- los niños podrán ejercerlos por sí, y sin acudir a terceras personas; obviamente en función de su desarrollo y madurez. Se intenta superar así el paradigma capacidad-incapacidad, propio de la época pseudo-tutelar en el que se inscribe nuestro Código Civil. El concepto de la capacidad progresiva se sustenta tanto en la capacidad de derecho o de goce, como en la capacidad de hecho o de ejercicio. No estará sujeto a una edad cronológica determinada, sino que habrá que verificar en cada caso el discernimiento del niño, su madurez intelectual y psicológica, el suficiente entendimiento. (...).

¹⁰ SOLARI, NÉSTOR. “Mayoría de edad a los 18 años. Una mirada constitucional” L.L. 2007-A, 1148. (...) debemos abandonar ese esquema clásico de “incapacidad” y “capacidad” como línea divisoria absoluta y estática, por un sistema más flexible, esto es, la progresividad, dándole activa participación al niño en los actos a realizar, no obstante la incapacidad general del sujeto. El desarrollo y evolución del sujeto es gradual y progresiva y no abrupta e instantánea. Por ello, constitucionalmente, debe pensarse en introducir la forma en que el niño, por debajo de los dieciocho años de edad, pueda ejercer, efectivamente, los derechos y garantías plasmados en la Convención. (...)

¹¹ MINYERSKI, NELLY, *Derecho de Familia y aplicación de las Convenciones Internacionales sobre niños y mujeres*, pág. 103, GROSMAN, CECILIA PÁG. “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de Familia”, LL-1993-B-1095, MIZRAHI MAURICIO, LUIS, en “El niño: Educación para una autonomía responsable, LL 1993-E, 1277, REARTES, JULIA en “Infancia y Derechos: algunas cuestiones a debatir”; JA 1994 IV-904, CILLERO B., MIGUEL, “Infancia, autonomía y derecho: una cuestión de principios”, en Derecho a tener Derecho, UNICEF/ IIN, Montevideo, 1998, Tomo 4, pág. 34 y ss., entre otros.

La situación fáctica planteada en ambos fallos, es similar, un padre menor de edad solicita autorización para reconocer a un hijo extramatrimonial. Esta situación ha quedado resuelta con posterioridad al fallo por la Ley 26.413 que deroga el decreto ley 8204/63.

- La C.S.J.N. con fecha 05/03/02, in re: "Portal de Belén c/M.S. y A. s/ Amparo", sostuvo que: "No hay que olvidar al momento de resolver conflictos que afecten los derechos de un niño, que los tratados han dejado de ser meras construcciones dogmáticas para convertirse en fuentes jurídicas de indiscutible eficacia; son derecho vigente y no admitirán ser ignorados. (...) ED-197-13.

- El Juzgado N° 1 de Mendoza, con fecha en los autos "*B.L p/ Med. Tutelar*", resolvió que: "No debe hacerse lugar al pedido de interrupción del embarazo producto de una violación cursado por la madre, en representación, de una menor, atento que la situación fáctica de la menor no aparece comprendida en ninguna de las hipótesis de excepción del artículo .86 del C.P. y que la menor ha manifestado su intención de continuar con su embarazo, y que si bien los peritos llegaron a la conclusión de que el disparador de dicho deseo fue un agente externo, el deseo de no dañar al ser que contiene es real y a menor pudo comprender la decisión asumida." Zeus on line 21/09/2008.

- El Superior Tribunal de Corrientes, 16/04/2008, in re:"N.C s/ Guarda con fines de Adopción" en oportunidad de dirimir una guarda con fines de adopción resolvió fijar audiencia informativa a los fines de recabar la opinión de la niña de seis años de edad y así hacer efectivo su derecho de ser oída. En el caso de marras, el máximo órgano jurisdiccional expreso que: La opinión de la menor deberá ser ponderada oportunamente so pesando la edad, madurez, y circunstancias que rodean a la niña, para lo cual ha de contarse con la colaboración de asistentes sociales, psicólogos y psiquiatras. Actualidad Jurídica de Córdoba Familia y Minoridad Agosto de 2008, Año V, Vol. 52.

- El Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario con fecha 25/05/2009 en autos "G., V.A. s/Dispensa" en un supuesto en que los progenitores de una menor de 17 años de edad, embarazada, solicitaron la dispensa judicial, a fin que la misma contraiga matrimonio con un hombre mayor de edad., dispuso otorgar la dispensa judicial solicitada. El Tribunal sostuvo que: "La Ley 26.449 sustituye el inc. 5° del art. 166 del Código Civil y eleva la edad para contraer matrimonio a la mujer, de 16 a 18 años. A partir de esta reforma, la edad legal para contraer matrimonio ha sido equiparada: tener menos de 18 años constituye un impedimento para contraer matrimonio, tanto para el hombre como para la mujer. La reforma choca con el principio de la capacidad progresiva de los niños que pretende ex-

plicitar la esfera de la autonomía de los sujetos en forma escalonada y paulatina, incorporada a la Constitución Nacional —artículo. 75, inc. 22— por la CDN —artículo. 5—, como una tendencia a quebrar la tajante división minoría-mayoría de edad y reemplazar esos conceptos por aquella visión asimilable a la evolución psíquica-biológica de la persona.(...) El órgano jurisdiccional consideró que: “la citada norma también se enfrenta con las pautas para valorar el interés prevalente del niño conforme su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales -art. 3º, inc. d), ley 26.061”. Actualidad Jurídica Revista Familia y Minoridad N° 70, Código 14.018, 25 de Febrero de 2010.

- La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I con fecha 04/03/2009 L., R. v. M. Q., M. G., resolvió que proteger a la infancia de la crudeza de las disputas que resultan connaturales al litigio judicial de tenencia no parece edificante si es un mensaje por el cual se admite desde el aparato judicial que la hija menor púber puede actuar por sí en el proceso, pero su hermano, apenas dos años menor y que comparte con ella los mismos intereses, debe quedar desplazado de esa prerrogativa -que si bien resulta ajustada al derecho vigente, lo deja al margen en una situación que difícilmente podría ser bien entendida por el niño.

En definitiva, los fallos analizados han servido para generar la necesaria discusión acerca de la capacidad de los menores, habiendo los magistrados obrado de manera correcta, decidida, valorando la telélesis de las normas y respetando la jerarquía normativa establecida en la C.N.

c. Los eventos científicos. El principio de capacidad progresiva, ha integrado el temario de importantes congresos y jornadas, internacionales y nacionales¹².

d. Derecho Comparado. La ratificación de la CDN, importa una transformación decisiva en los sistemas jurídicos nacionales de los países que la receptaron. A tal fin se analizaron algunos sistemas jurídicos como el español entre otros, para comprobar tal impacto.

¹² -Primer Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR. Buenos Aires, Junio 2005. En el Primer Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR en la Comisión N°3 -Concluyó que: “Es necesario consagrar la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de derechos y obligaciones, subrayando que todos los actos referidos al ejercicio por parte de niños o adolescentes de sus derechos personalísimos se presumen realizados con capacidad y madurez suficiente”.

¹³ XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso de Derecho Civil. Córdoba Setiembre de 2009, la Comisión N° VI, entre otras conclusiones recomendó que: “El sistema rígido de protección de los incapaces que establece el Código Civil debe ser modificado a fin de implementar un modelo de capacidad progresiva, mediante la adquisición gradual de competencias”.

Acogimiento de la temática en el Estado español.

La Constitución española de 1978, al enumerar en el Capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar, a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de esta, con carácter singular, la de los menores.

Esta preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico, deviene también, de diversos Tratados Internacionales ratificados por España en los últimos años y, muy especialmente, de la CDN de Naciones Unidas del 20 de Noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de Noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste juega en la sociedad, y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo. De manera conteste con el mandato constitucional señalado y la tendencia general aludida, España ha realizado en los últimos años, un importante proceso de renovación de su ordenamiento jurídico. Dentro de dicho proceso de renovación, constituyen hitos fundamentales, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente, en virtud de las razones que seguidamente se exponen.

La Ley Orgánica 1/1996, introduce profundas reformas en las instituciones tradicionales de protección del menor reguladas en el Código Civil, y realiza modificaciones también de relevancia a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero más allá de lo apuntado, la mencionada normativa, trasciende las modificaciones señaladas, y crea un “amplio” marco de protección de la minoridad, no sólo a todos los poderes públicos, sino también a todas las instituciones directamente relacionadas con la minoridad, a los padres, familiares, y ciudadanos en general.

Lo relevante para nuestro trabajo es que reconoce plenamente la titularidad de derechos en los menores de edad, y una capacidad progresiva de los mismos para ejercerlos. Además introduce la dimensión del “desarrollo evolutivo” en el ejercicio directo de tales derechos por parte de los menores de edad.

En efecto, la ley aludida parte de la concepción de los menores como sujetos de derecho, y les permite dentro de lo posible, el ejercicio directo de ellos, de manera progresiva, y conforme al concepto de desarrollo evolutivo.

Lo manifestado se desprende que la concepción descripta se encuentra plasmada en su exposición de motivos, donde textualmente se expresa: “(...) El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su

propio medio personal y social (...). “(...) El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos (...).” Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección de la infancia en la actualidad (...). “(...) Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley (...).” Los principios aludidos en el desarrollo precedente, se encuentran normativamente consagrados en el articulado de la Ley Orgánica 1/1996.

La Ley de Autonomía del Paciente, N° 41/2002 modifica la Ley General de Sanidad, determinando la situación jurídica y estableciendo los derechos y obligaciones, tanto de los profesionales sanitarios, como de los ciudadanos y de las instituciones sanitarias, poniendo el eje básico de la cuestión, en la importancia que revisten los derechos del paciente, recoge también la concepción que venimos analizando en la Ley Orgánica 1/1996.

En efecto, la Ley 41/2002, establece la “mayoría de edad médica” a los 16 años. En el Estado español, la mayoría de edad general se adquiere a los 18 años, conforme artículo 315 del Código Civil.

La Ley, establece en su artículo 9º, que el consentimiento informado para efectuar cualquier “intervención en el ámbito de la sanidad, no cabe ser prestado por representantes, cuando el paciente tuviera 16 años cumplidos o se tratase de un menor de esa edad, no incapaz ni incapacitado, pero emancipado”.

En caso de que el paciente fuera un menor de edad, que no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, la norma aludida dispone, que al consentimiento lo brindará el “representante legal” del menor, después de haber escuchado su opinión, si tuviera 12 años cumplidos.

Como se advierte, la norma citada, recepta palmariamente los conceptos ya descriptos de “capacidad progresiva” y “desarrollo evolutivo”.

7. Conclusiones

Como corolario de esta investigación, luego de haber considerado el sistema normativo vigente, en donde coexisten el esquema del Código Civil y el principio de capacidad progresiva incorporado por la CDN; de analizar el tema dentro de la textura abierta del lenguaje y con relación a la presencia o no de incoherencia lógicas en ordenamiento jurídico y la luz de la doctrina, jurisprudencia, eventos científicos y derecho comparado, se concluye:

1. Que existe un cambio de paradigma con la incorporación del principio de “capacidad progresiva” contenido en la CDN, frente al esquema de capacidad/incapacidad /representación previsto en el Código Civil argentino, en él los menores deben imprescindiblemente actuar a través de sus representantes.

2. Que la “madurez” es el criterio de uso que identifica la expresión capacidad de hecho, a tal fin desde el punto de vista semántico se trabajó acerca de las características relevantes del término. En tal sentido, se considera que, la madurez es el punto de partida tanto de la expresión capacidad de hecho como en la expresión capacidad progresiva, objeto de la investigación. No obstante ello, se sostiene que esta madurez no es una cuestión automática que viene dada por el cumplimiento de cierta cantidad de años, sino que es un elemento ligado a cuestiones biológicas, psicológicas y sociales. Al respecto, se advierte que la tendencia internacional es implicar la característica madurez como algo gradual y progresivo que se va desarrollando en niños, niñas y adolescentes.

3. Que las palabras minoridad y menores, desde la óptica de la evolución de los términos responden a categorizaciones sociales que poseen por cierto carga emotiva desfavorable, tan es así que la CDN ya las reemplaza por niños, niñas y adolescentes.

4. Que la categorización minoridad no es conveniente, mucho menos lo es insistir en clasificaciones que recategorizan a su vez a los menores, en efecto la ley no ha logrado desprenderse de aquellos compartimentos estancos y clasificatorios del Código Civil

5. Que resulta necesario modificar nuestro ordenamiento jurídico interno. En tal sentido se advierte que las mutaciones incorporadas no lo han logrado aún vencer las rígidas categorías existentes en el Código Civil.

6. Que en el análisis de la capacidad progresiva de los menores, en los últimos tiempos se han verificado tres modificaciones legislativas ponderables: el dictado de las leyes 26.413, que regula el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; 26.449, modificatoria del artículo. 166 Código Civil, relativo a los impedimentos matrimoniales y 26.579, que dispuso la modificación de la mayoría de edad, estableciéndola en los 18 años, vigente a partir del 31 de diciembre de 2.009.

7. Que el dictado de la Ley 26.413, promulgada de hecho el 01/10/2008, conforme la cual se deroga el Decreto Ley 8204/63, fue la respuesta legislativa esperada ante el conflicto normativo existente por lo establecido en art. 41 del Decreto Ley.

8. Como ha acontecido en otras reformas legislativas importantes, como antecedentes de la sanción de la ley 26.413, se encuentran relevantes

fallos judiciales, que han sido dictado en consonancia con el principio de la capacidad progresiva de los menores.

9. Que en la modificación normativa verificada con el dictado de la Ley 26.413, se advierte la recepción de la tendencia que surge de los criterios establecidos en los Tratados Internacionales que se refieren a la capacidad progresiva de los menores.

10. Que la sanción de la Ley 26.449 se fundó, no ya en la cuestión relativa a la incorporación al derecho interno de los lineamientos de la capacidad progresiva de los menores, sino en la eliminación de toda forma de discriminación de las mujeres, en cuyo contexto fue colocada la distinta capacidad nupcial que establecía el art. 166 Código Civil.

11. Que la Ley 26.579, sancionada el 2 de diciembre de 2.009, en su artículo. 126 consagra que son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho años, en consonancia con lo establecido en la CDN, que considera tales a los menores de esa edad. Entre los fundamentos del cambio legislativo, también se menciona que al ratificar el país la CDN por Ley 23.849, se comprometió a proteger y asegurar los derechos de la infancia y a adecuar la legislación nacional a sus prescripciones y que, de manera contemporánea con la presentación del proyecto de reducción de la mayoría de edad a los dieciocho años, fue sancionada la Ley 26.061, que armoniza con la CDN

12. Que nuestro país al ratificar los TTHH se obligó a adecuar su normativa e instituciones a ellos, a efectos de no comprometer su responsabilidad internacional. Estimamos que se va avanzando en ese sentido, con el dictado de normas que armonizan, en lo que regulan, la legislación interna con los tratados internacionales dotados de jerarquía constitucional por el artículo 75 inc. 22 de la C.N.

13. Que la Ley 26.579, última reforma no es completa, pues en algunos supuestos no es coherente respecto de normas de la misma jerarquía y de jerarquía superior y sobre todo no ha tenido en cuenta el cambio epistemológico socio cultural que se viene dando en la problemática de la "capacidad progresiva" de los niños, niñas y adolescentes.

14. Que la falta de adecuación total entre el orden interno, la Constitución Nacional y TTHH con jerarquía constitucional, traerá como consecuencia: a) desde el punto de vista del observador interno, que los jueces en la práctica tendrán que dirimir acciones, a la luz del caso particular y resolviendo las incoherencias normativas del sistema; b) desde el punto de vista del observador externo, la falta de adecuación en el problema de capacidad progresiva, en algunos aspectos generara inseguridad o al menos inestabilidad jurídica, al momento de celebrar diversos actos jurídicos en la vida cotidiana.

8. Referencias Bibliográficas.

ALTERINI, Atilio A., NICOLAU, Noemí L., *El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización*, Libro Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani.

BELLUSCIO, AUGUSTO, "La ley en parte inútil y en parte peligrosa: La Ley 26.061". LL -2006-B, 701.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "La aplicación judicial de la convención sobre los derechos del niño", E.D. 150-514.

— *Manual de la Constitución Reformada*, Tº I, Ediar, Buenos Aires, 1996.

— *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, edición ampliada y actualizada 1999-2000, Ediar, Buenos Aires 2000.

BORDA, GUILLERMO A., *Manual de Derecho Civil- Parte General-* 21ª Edición- Reimpresión, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.

CÓRDOBA, MARCOS M. "La Incidencia de los Tratados Internacionales en el Derecho de Familia", La Ley, Buenos Aires, 2005.

D'ANTONIO, DANIEL HUGO, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Astrea, Buenos Aires, 2001.

GARCÍA TORRES, JESÚS - JIMÉNEZ BLANCO, ANTONIO, *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*, Ed. Civitas, Madrid, 1986.

GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMA, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA. *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I, Ediar. Buenos Aires, 2006.

GROSMAN, CECILIA P. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia-Derecho de Familia*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

— *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1998.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Revista de Derecho Comparado. Derecho de Familia II*, "El Derecho de Familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. su inexorable proceso de constitucionalización y adecuación a los Tratados Internacionales". Ed. Rubinzal -Culzoni. Buenos Aires, 2005.

LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Civil, Parte General. Tomo I "Nociones Fundamentales-Personas"*, Tercera Edición, Ed. Artes Gráficas Candil S.R.L., Buenos Aires, 1989.

LLOVERAS, MARÍA EMILIA, BERTOLDI DE FOURCADE, MARÍA VIRGINIA, BERGOGLIO, MARÍA TERESA, *Lecciones de Derecho Civil, Personas Naturales y Jurídicas*, Advocatus, Córdoba, 1991

LLOVERAS, NORA - SALOMÓN, MARCELO, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009.

MANILL, PABLO L. *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. La Ley, Buenos Aires 2003.

MIZRHAI, MAURICIO LUIS, "Los derechos del niño y la Ley 26.061". LL 2006-A, 858.

NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición ampliada y revisada de "Notas de Introducción al Derecho", Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires 1997.

QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO. *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, 3ª. Edición, Ed. Zavalía, Bs. As., 2000.

RIVERA, JULIO CESAR, *Instituciones de Derecho Civil - Parte General-* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, Tº I.

SAGUÉS, NÉSTOR PEDRO. "Las cláusulas programáticas, sociales de la Constitución Nacional y su eficacia probatoria" E.D- 108-960.

SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950.

SOLARI, NÉSTOR. "Mayoría de edad a los 18 años. Una mirada constitucional" LL 2007-A, 1148.

TAGLE, VICTORIA MARÍA, *Derecho Privado. Parte General*, Tº I, Alveroni Ediciones. Córdoba 2002.

VEGA, JUAN CARLOS - GRAHAM, MARISA ADRIANA, *Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

WEINBERG, INÉS, *Convención sobre los Derechos del Niño*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2002.



APORTES PARA UNA NUEVA LEGISLACIÓN COOPERATIVA

*Roberto Fermín Bertossi**

Resumen: Desde la prehistoria del cooperativismo y mucho antes que la Cooperación Libre fuese planteada técnicamente como una fórmula económica y social de actividad, regida por principios propios y peculiares; como empresas nuevas y diferentes, existían ya “realidades cooperativas” en el sentido de grupos humanos elementales que ejercían alguna o varias y conexas actividades económicas, en asociación, en participación y/o en cooperación como hoy mismo.

Ya en nuestro Bicentenario Patrio, la mujer y el hombre en sus relaciones gregarias continúan produciendo actos solidarios y generado hechos cooperativos que entonces, el derecho debe contemplar específica y genuinamente, actualizando sus cuerpos normativos particularmente en vísperas del año 2012 puesto que ese ha sido el año elegido por la Sexagésima Cuarta Asamblea General de las Naciones Unidas el día 18 de Diciembre ppdo. cuando mediante Resolución A/64/432 sobre “Cooperativas y Desarrollo Social” se declaró el 2012 como año internacional de las Cooperativas (IYC) fundando semejante proclamación en el papel protagónico que el modelo empresarial cooperativo presenta como factor relevante en el desarrollo económico y social de todos los países del mundo” actual, algo ratificado por el papa Benedicto XVI en el Capítulo III de su Carta Encíclica “Caritas in Veritates”.

Palabras claves: Derecho Cooperativo - Evolución - Modernización - Democratización - Simplificación Administrativa.

Sumario: Consideraciones preliminares. ¿Qué ley es apropiada? Cuestiones transversales para genuinos desarrollos cooperativos. Las Cooperativas en su vertiente empresarial. Consejo de Administración: naturaleza y competencias; responsabilidades. La retribución de la función del consejero cooperativo: elección de miembros. Conclusiones y Propuestas.

Las nuevas aproximaciones que hoy podemos ofrecer al investigar sobre derecho cooperativo coinciden en la centralidad de la persona, habitante, ciudadano, particular, usuario y protagonista.

* BERTOSSI, ROBERTO FERMIN, Fundador de la Cátedra Universitaria de Derecho Cooperativo (RESOL.H.C.D. N° 269/03, U.N.C.). Docente e Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Experto de la CONEAU para la Economía Solidaria Civil del Tercer Sector, Urbana y Rural (ACTA N° 299/09). Correo electrónico: bertossi@derecho.unc.edu.ar / robertossi@hotmail.com.

Sería la deducción de poner en orden un nuevo marco general en el que por bastante tiempo fue postergado por un mero Decreto-ley *nro.* 20337 del año 1.973 que prevaleció no obstante las previsiones supremas de los artículos 29, 36 y cc. de nuestra Constitución Nacional, como derecho conformador y configurador del acto y del hecho cooperativo desde esquemas unilaterales propios de épocas dictatoriales.

Un análisis profundo del derecho cooperativo actual exige precisar el contexto en el cual el fenómeno se sitúa. Reconocidos autores^{1 2} sostienen esta línea de pensamiento. Ningún fenómeno puede ser interpretado fuera del contexto de las redes históricas, económicas y culturales que lo enmarcan.

Esta contextualización es decisivamente importante cuando se analiza el marco jurídico, la naturaleza y características del cooperativismo como asimismo su regulación y control.

Preconclusivamente no hemos de caer en la ingenuidad de creer y proponer que la cooperación es una expresión antropológica, sociológica y científica que sólo debe ser abordada y corregida desde la teoría e investigación jurídica.

¿Qué ley es apropiada?

Una ley será apropiada cuando garantice concretamente en su plexo, todos y cada uno de los principios liminares y el propio marco axiológico cooperativos³, con eficacia, eficiencia, productividad, competitividad, simplificación administrativa, incentivos fiscales y pragmatismo.

A la vista de las disposiciones legales de facto sobre las cooperativas desde el año 1973, pueden adaptarse a funcionar casi con cualquier ley y debería ser cuanto más corta, mejor.

Una solución eficaz parece que sería una ley casi esquemática complementada con unos modelos de estatutos multipropósitos y por clases, detallados y ajustados en cada momento a los *cooperatismos*⁴ que hayan acreditado mayor eficiencia pero lo que es del todo inaceptable es que continúe vigente un estatuto "*provisorio*" tipo del año 1974.

Estos modelos de estatutos complementarios pueden modificarse con una relativa facilidad pues lo exiguo del marco legal permitiría una

¹ FOUCAULT, MICHEL, *Saber y Verdad*, La Piqueta, Madrid, 1991.

² RAWLS, JOHN, *Teoría de la Justicia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1993.

³ ALIANZA COOPERATIVA INTERNACIONAL, CONGRESO DEL CENTENARIO Manchester, 1995: 1) Asociación voluntaria y abierta; 2) Control democrático por los asociados; 3) Participación económica de los asociados; 4) Autonomía e Independencia; 5) Educación, capacitación e información; 6) Cooperación entre cooperativas; 7) Ocupación por la comunidad.

⁴ MARBÁN SANTOS, SALVADOR, *Cooperativismo y Cooperativismo*, Manuales UTEHA, Nro. 334, 18/11/1968.

gran libertad de incorporación de nuevas formas de organizarse y de actuar previa asamblea extraordinaria de asociados con decisiones modernas, oportunas y proactivas conformes con la constitución y con la ley.

La ética cooperativa y su garantía, estaría en la práctica, igualmente defendida, pues además deben existir sólidas organizaciones federativas y confederativas que velen por ello desde la autorregulación, la idoneidad, la neutralidad, la equidad, la pertinacia y la experticia.

Cuestiones transversales para genuinos desarrollos cooperativos.

La ausencia de un impulso decidido y claro a la educación, capacitación e información cooperativas, el verificado absentismo cooperativo como el descontrol interno y externos, perjudican severamente las características y finalidades de auténticas cooperativas lo que deriva en el bastardeo de la naturaleza propia de estas entidades solidarias.

La Universidad Nacional de Córdoba y su Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales a través de cursos, seminarios y el propio logro de la fundación de la primera Cátedra universitaria de Derecho Cooperativo (*Resol. H.C.D. N° 269/2003, U.N.C.*), aportó y continuará aportando lo suyo para incrementar el conocimiento académico y científico responsable en materia cooperativa y nada menos sino mucho más haremos al respecto desde la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU, Acta N° 299/2009).

Desde los inicios del cooperativismo se advirtió el papel importante y decisivo que la educación representa para la consolidación, expansión y concientización de este fenómeno económico civil solidario a punto tal que ya en 1937 la Alianza Cooperativa Internacional incorpora formalmente entre los principios de nueva formulación “El fomento de la educación cooperativa”.

Facilitar la programación y colaborar en la ejecución de los programas de desarrollo y fomento del cooperativismo, así como en los de formación y educación cooperativas, es una de las funciones que corresponde al Consejo Federal de Educación Nacional de acuerdo a lo que establece el artículo 90 de la nueva Ley de Educación Nacional, 26.206.

Por nuestra parte, la investigación universitaria como complemento indispensable de la enseñanza puede diseñarse en un doble sentido desde la óptica de los estudios y análisis cooperativos:

- A) Realizando investigaciones de tipo práctico sobre las empresas cooperativas, a fin de alcanzar mayor conocimiento de su problemática y desafíos como del entorno en el que están inmersas.

- B) Facilitar a los alumnos que participen en el desarrollo de actividades y la realización de prácticas en empresas cooperativas.

Con este enfoque se podría proporcionar una mayor racionalidad y eficacia a la gestión empresarial y reducir la distancia existente entre el mundo docente, el profesional y el empresarial cooperativo.

Las Cooperativas en su vertiente empresarial.

La exigencia de repotenciar cuanto favorezca y facilite el desarrollo de la actividad empresarial de las cooperativas, torna preciso: I) Perfeccionar o crear los sistemas que estimulen en las cooperativas el incremento de los recursos financieros propios; II) Fortalecer las garantías de los asociados y terceros en sus relaciones económicas con las cooperativas; III) Ampliar los mecanismos de control y perfeccionamiento sobre la gestión; IV) Aceptar con pragmatismo las realidades de la mundialización socioeconómica. *Vg.*, abriendo las posibilidades y oportunidades para determinadas clases de cooperativas, de realizar operaciones con terceros no asociados, asociaciones con personas de otro tipo jurídico, estatales y todas aquellas que dentro del marco axiológico cooperativo agreguen valor a su eficacia con acreditadas eficiencias, reeditadas; V) Desde una ineludible perspectiva concreta de neutralidad política, simplificación administrativa, autonomías e independencias plenas, *'abolir'* tanto al Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) como a todos los Órganos provinciales de Regulación y control cooperativos en pos de una libre autoorganización, autogestión, autorregulación y simplificación cooperativas, sin perjuicio de las disposiciones administrativas, civiles, penales u otras que resultaren pertinentemente aplicables en cada caso.

El aprovechamiento de estas posibilidades sería un camino adecuado para que las cooperativas en su doble vertiente: social *"asociación"* y económica *"empresa"*, puedan cumplir su función en el marco dinámico y competitivo actual en el que desempeñan sus múltiples actividades para que así no peligre su estabilidad y se asegure la supervivencia y expansión con solidaridad social en el campo económico solidario.

Las empresas cooperativas tienen que estar abiertas a las nuevas evoluciones de los tiempos especialmente en los campos del trabajo, de los productos, de los procedimientos de fabricación, de los métodos de venta, exportación y/o financiación permaneciendo flexibles para poder adaptarse a los desarrollos supranacionales. *Vg.* El MERCOSUR, la UNASUR, la

UE⁵, *reformulando sincréticamente* la Ley 23.101, la legislación complementaria, la ecología y a las actuaciones de la competencia.

La adaptación al nuevo entorno que está en cambio permanente ejerciendo influencias diversas en el comportamiento de cada empresa cooperativa, requiere una evolución tecnológica del personal y la aplicación de un sistema participativo que incentive la comunicación permitiendo trabajos en equipo, el desarrollo de la creatividad incrementando y robusteciendo la propia eficacia cooperativa.

Así entonces proponemos, concretamente Vg. en materia de un nuevo Consejo de Administración para las Empresas Cooperativas, atendiendo a sus *naturaleza y competencias*, que los nuevos órganos cooperativos de la clase de nuestros Consejos de Administración sean cuerpos delegados de competencia general distinguiéndose por su finalidad de gestionar tecnicada y profesionalmente la empresa cooperativa, ajustando sus competencias a aquellas que se le hubieran conferido expresa y estatutariamente pero sin perjuicio de las competencias implícitas que surgen Vg., los artículos 1º, 9º y cc. de las leyes de Obligaciones Negociables Nros. 23.576, 23.962, 24.435; de Cooperativas de Exportación, N° 23.101 u otras derivadas del nuevo Artículo 42 y cc. de nuestra Constitución Nacional, tal el caso en materia de servicios públicos cooperativos.⁶

En lo concerniente a “Naturaleza y Competencia” la legislación española actual en su artículo 53 y cc. de la Ley N° 3 del año 1987 adopta la teoría del órgano cuando prescribe que el ahí denominado Consejo Rector, es el órgano de gobierno, gestión y representación de la cooperativa, con sujeción a la Ley, a los Estatutos y a la política general fijada por la Asamblea General de Asociados.

Ahí se agrega que, corresponde al Consejo cuantas facultades no estén reservadas por la Ley o por los Estatutos a otros órganos sociales.

VERON⁷ se inclina también por la teoría organicista entendiendo que desarrollaría con mejores elementos fundamentativos la institución del Consejo de Administración agregando que este actúa por medio de personas físicas que le integran, con competencias específicas y limitadas por el Estatuto lo que, como vimos sobre esto último, jurídica y legalmente no es así en todas las hipótesis de gestión cooperativa posibles.

Responsabilidades.

⁵ ARANZADI, DIONISIO, *Gestión de Cooperativas ante el reto europeo* en: Anuario de Estudios Cooperativos, 1986. Universidad de Deusto. Bilbao, págs. 77 a 79.

⁶ BERTOSI, ROBERTO FERMÍN, *Servicios Públicos Cooperativos*, Editorial El Derecho, 2009.

⁷ VERON, ALBERTO VÍCTOR, *Tratado de las Cooperativas*, T. II, Págs. 4, 155 y cc., LA LEY, 2009.

La actuación de todos los consejeros no debería implicar iguales responsabilidades sino serle atribuidas a cada consejero conforme sus funciones asignadas por el órgano. Es sabido que la actuación y el desempeño de todos los consejeros no es la misma y de tal modo debe ser atribuida su responsabilidad, registrada, publicada e inscripta públicamente ante la autoridad de aplicación, regulación y control.

De tal manera, así como el Consejo de Administración tiene la representación de la cooperativa, frente a terceros esta representación ejercida naturalmente por su presidente, tiene limitaciones singularmente cuando se alcanzan determinados volúmenes y economías de alcance.

Por tanto, no se debería sostener en el futuro ninguna responsabilidad personal solidaria *'in totum'* puesto que resultara difícil que los asociados acepten ser designados consejeros cuando su responsabilidad fuere tal. No encontraremos *-casi-* ninguno que sea consciente de lo que hace, y acepte el nombramiento a partir de esa solidaridad.

Igualmente resulta apropiado abandonar cierto presidencialismo cooperativo sino definir que el consejero presidente del Consejo de Administración no sea mas que un "primus inter pares", pero con la función valiosísima de lograr que el Consejo funcione eficiente y regularmente como un equipo de trabajo bien organizado, coordinado e informado.

La retribución de la función del consejero cooperativo.

En la actualidad del mundo de hoy se nos escapan las razones que pueda haber para la prohibición de remunerar expresamente la función de ocuparse y preocuparse por los intereses cooperativos, empleando bastante tiempo en reuniones, viajes; respondiendo con todos sus bienes de las equivocaciones aun cuando sean compartidas por todos los pares del Consejo, teniendo que informarse y decidir sobre abstrusas cuestiones económicas, sociológicas y ecológicas; teniendo que tener cuidado sobre las informaciones que transmite a los que le eligieron.

Esto tendría alguna razonabilidad si fuera una obligación rotatoria de todos los asociados —como suele ocurrir en las consorcios de propietarios—, y que corresponde tres o cuatro veces en la vida. Pero, con 'el riesgo' de la reelección y una lógica inclinación de los cooperadores a nombrar a los más responsables, claramente será demasiado pedir el trabajar gratis sin viaticarlo siquiera.

Como está universalmente admitido que los 'representantes políticos' deben tener importantes dietas (entre otras cosas —se dice— para disminuir los riesgos de corrupción y/o de que "pasen la factura de sus sacrificios" coaccionando a los electores); las mismas razones pero con una influencia aún más directa propias del servicio cooperativo, explican y pre-

dicen intentos múltiples y diversos para burlar la prohibición, evitando o eludiendo licitaciones o concursos de precios, utilizando la compensación de gastos que, no faltaba más, sí está establecida en el viejo decreto 20.337 vigente.

Una interpretación amplia de la palabra “gastos” puede llevar a considerar como tal el tiempo empleado en servicio de la Cooperativa y, teniendo en cuenta además la duración de las reuniones, su preparación, tanto en estudio puro como en contactos o en informaciones complementarias, los desplazamientos y las explicaciones al cónyuge (al salir y..., ¡al volver!).

Según ALTHAUS⁸ bajo la vigencia de la ley 11.388 se había interpretado administrativamente que la exclusión de ventajas y privilegios a los consejeros, vedaba toda forma de retribución a los mismos. Agrega este autor, citando a Federico Rodríguez Gómez, que el criterio era —y es- discutible—, pero, finalmente se impuso con el aval de un dictamen de la Procuración General de la Nación, si bien en las prácticas cooperativas se soslayó el inconveniente a través de “compensaciones”, las que iban desde el reembolso de los gastos efectivos en que hubieren incurrido los consejeros de que se trate, hasta la reparación del lucro cesante, es decir, de lo que razonablemente hubieren dejado de incrementar su patrimonio personal por causa del tiempo invertido en la atención de la función.

Añade Althaus que la solución legal del Art. 67 del decreto-ley 20.337/73, es plausible, dado que la creciente dimensión y complejidad de la empresa cooperativa como su actual *internacionalización*⁹ en muchos casos exige una dedicación cuantitativa y cualitativa cada vez mayor, más calificada, efectiva y comprometida de sus consejeros, con lo que, de no admitirse ninguna compensación económica por el desempeño de su función, ésta quedaría en los hechos reservada a las personas eximidas de la común carga de proveer a su sustento con el producto de su trabajo y/o profesión, situación ciertamente excepcional, y más aún en el medio social en que generalmente reclutan su activos humanos —del que han de surgir sus consejeros— las empresas cooperativas.

La retribución de los consejeros en las empresas cooperativas presenta una diferencia substancial con la reconocida a los directores en la sociedad anónima, dado que es facultativa (la función puede ser

⁸ ALTHAUS, ALFREDO A., *Tratado de derecho Cooperativo*, Págs. 386 y sigs., ZEUS Editora, Rosario, 1977.

⁹ MORÁN GARCÍA, MANUEL E., “*Internacionalización de las Cooperativas: aspectos jurídicos, económicos, geográficos y sociológicos*”; Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, España, 2008.

gratuita y de hecho lo será en la mayor parte de las cooperativas, a estar a nuestra experiencia en la materia) y no guarda ninguna relación con el resultado del ejercicio, a cuya determinación es previa, dado que aquélla, si se acuerda, se computa como gasto antes de calcular los excedentes, y con independencia de que éstos existan o no, y en su caso, de su medida.

En general lo que se retribuye es el *“trabajo personal realizado por los consejeros en el cumplimiento de la actividad institucional”* conforme los actuales dispositivos de la vetusta norma de facto vigente. Esto implica no solo la participación en las periódicas reuniones del consejo de administración, sino que se requerirá, además, un trabajo efectivo, por ejemplo, en la atención personal de problemas planteados por asociados, actuaciones en comisiones, colaboración o consulta en las cuestiones inherentes a la administración cotidiana, viejas y nuevas todo ello, claro está, sin transformar al consejero en un empleado o funcionario administrativo, dado que se trata de servicios vinculados a su función.

La cuantía de la remuneración, debería ser fijada por la asamblea y guardará relación con el grado de dedicación, su calidad y la situación económica y financiera de la cooperación. La ley no fija pautas respecto de su medida, dejando el punto librado a la prudencia de la asamblea (generalmente asambleas ‘imprudentes’ por crecimientos constantes de absentismos asociativos provocados por asociados irresponsables que así como tienen derechos no respetan sus deberes correlativos).

Con respecto a este tema —no menor— a resolver sobre la retribución de los consejeros, es cuanto menos reprochable la posición de Verón¹⁰ el que en su Tratado de Derecho Cooperativo, T. II, Pág. 159/160 parece no sólo haber leído la postura precedente.

Otros ‘notables’ no saben ni tienen nada que decir, nada que aportar¹¹ limitándose en este acápite a ‘copiar el texto legal’ que produjeron y redactaron bastardamente (entre otras cosas, falseando su fuente brasileña) y como Técnicos de la Dictadura, en 1973, atrapados fatal, absoluta y definitivamente por los Artículos 29, 36 y cc. de nuestra Magna Constitución Nacional.

Nuestra posición.

Desde la gratuidad magnánima de los pioneros fundadores de nuestras primeras cooperativas como mis padres y abuelos inmigrantes,

¹⁰ VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, Op. cit.; pág. 160.

¹¹ *Régimen Jurídico de las Cooperativas*, editado por la Federación Argentina de Colegios de Abogados en 1990, págs. 48 y 49.

bueno desde entonces hemos pasado por varias secuencias temporales, funcionales y, ciertamente, el contexto de hoy todo lo ha modificado, hipermodernamente.

Necesariamente debemos partir del artículo 42 —primer párrafo— del Decreto N° 20.337/73: “Se consideran excedentes repartibles sólo aquellos que provengan de la diferencia entre el costo y el precio del servicio prestado a los asociados...”

Una mirada rápida y desinformada en materia jurídica cooperativa no puede ver otra cosa que en estas entidades de la economía solidaria civil, los productos y servicios cooperativos son ‘a su costo real’, ni más ni menos.

Nuestra mirada *‘sin límites* se propuso no solo un profundo calado teórico sino además una posición equitativa, armoniosa y práctica sobre el título de la retribución de los consejeros.

Francamente, en materia naturaleza, competencias y retribución de los consejeros cooperativos, inicialmente y, como se trata de aportes para una nueva legislación cooperativa me auto limité.

Esto no solo es así por un respeto intelectual y metodológico a la eventual Comisión redactora que diseñe estos acápites de una nueva legislación cooperativa “democrática, republicana y federal” sino, fundamentalmente, por la vergüenza del facto legislativo aún vigentes (no obstante administraciones públicas cooperativas autodenominadas socialistas, democráticas y progresistas en la materia), que con la mayor gravedad se ha limitado Vg., a plagiar mal e impunemente legislaciones dictatoriales.

Ciertamente resulta espantoso —jurídicamente hablando—, leer todavía y aún peor, continuar regidos por meras, malas y distorsionadas copias —cuasi textuales insertadas obviamente, sin ningún rigor ni técnica legislativa en el Decreto 20.337/73—, de artículos enteros propios de la legislación societaria donde por caso y precisamente en los términos actuales, ciertas inhabilitaciones o prohibiciones de un consejero, le someten a condenas con penas superiores a “*un homicidio*”, (*sic*).

En fin, esto ya supone entrar en aguas más profundas que implican también un replanteamiento del principio democrático hacia el constitucionalismo solidario y desde ahí, ofrezco académica y científicamente mi posición anticipando la restricción y rigidez que enmarca esta cuestión propia ‘sólo a priori’ del relacionado art. 42, Decreto-Ley 20.337/73 —*primer párrafo*—, una posición en la cual una de sus inquietudes centrales es: ¿Qué, cómo y cuánto posibilitan en calidad de retribución a los consejeros cooperativos, las condiciones presupuestarias cooperativas?

Sobre esta premisa, no sobre fantasías ni humos ni sofismas, tan ajenos a las auténticas prácticas cooperativas, corresponderá indagar y

lograr, sobre la base de todo respeto al espíritu y a la esencia cooperativas, un financiamiento tan apropiado como equitativo para una imposterizable y paulatina profesionalización de la gestión, ponderando entonces: 1) la envergadura, importancia y expansión de cada empresa cooperativa en singular; 2) Cantidad, calidad, jerarquía/s (Vg., título profesional, manejo de idiomas, de información de mercados, acceso a informaciones satelitales, etc.), cualificación y viaticación del tiempo personal dedicado al propio rol institucional y, sólo en cuanto tal; 3) Saberes, experiencias y liderazgos; 4) Capacitación del consejero a nivel institucional y auto capacitación personal; 5) Eficiencia, confiabilidad y prestigio personal; 6) Grado de participación en la gestión y beneficios para las actividades económicas cooperativas; 7) sobre la premisa de financiamiento asegurado elegir entre un porcentaje de excedentes, determinado por asambleas de asociados con mayorías especiales; un porcentaje sobre lo relacionado en el punto 6) precedente o, una suma fija sobre la cual anticipo su probable in conduencia e incentivo latente para alguna o toda ineficiencia.

Dejo claramente expresado que la calidad y eficiencia en la prestación de servicios y/o provisión de productos y otros bienes tangibles (GPS) e intangibles (fibras ópticas, after's convergentes y no convergentes, etc.) cooperativos, supone algo más que el solo costo histórico del producto o servicio ya que la gestión cooperativa exitosa es parte inescindible atinente al costo real efectivo para satisfacer sobria, razonable, adecuada y excelentemente todas las expectativas de los asociados, en términos relativos y atractivos.

Todos los genuinos consejeros comprometidos son instrumentos tan útiles en cualquier proyecto solidario renovador, como son todas las clases de empresas cooperativas.

Consecuentemente, en la obra citada sobre *Internacionalización de las Cooperativas*, ya se puede visualizar la búsqueda de una nueva regulación que resuelva proactivamente la ecuación para conjugar las exigencias de principios cooperativos democráticos con la imprescindible profesionalización de la gestión *en pos* de lograr una actuación eficiente de nuestros principios cooperativos liminares —ratificados en el Congreso del Centenario en Manchester, 1995— en un nuevo contexto jurídico, económico, geográfico, ecológico y sociológico globalizado financieramente, ralentizándose inhumanamente aún la *globalización de la solidaridad* propuesta por el sabio Juan Pablo II porque claro, una emancipación humana, civil, para todos y en paz no puede prescindir de la misma ya sea en términos alternativos y/o complementarios.

Elección de miembros.

Al tratar del cargo de presidente para cooperativas de primer, segundo y tercer grado una autorregulación estatutaria debería asignar la designación del superior administrador cooperativo, exclusivamente a la asamblea general de asociados, bajo las condiciones de probidad, experticia, compondor de liderazgos y merecedor de la máxima función cooperativa presidencial para no caer ni en *caciquismos* ni en presidencialismos.

Asimismo, tantas veces verificamos que la influencia de las estructuras político-administrativa actuará negativamente y los asociados tendrán tendencia a elegir para esos puestos a las personas con aparente mayor capacidad ejecutiva, imitando los modelos de presidente de gobierno, personas que no suelen ser a la vez buenos dirigentes de órganos colegiados, cuyo modelo político serían entonces los presidentes de parlamentos e instituciones similares, tanto a nivel estatal, como de otras instancias.

En este punto, la normativa cooperativa actual es un desafortunado refrito de la ley de sociedades comerciales de su 'era' y llena de referencias a los estatutos pero estos completamente vetustos¹², ahormados y con un escasísimo margen de posibilidades reales de autoorganizar y autogestionar con hombres y mujeres probos y capaces cada cooperativa, eficiente y transparentemente en el ámbito de la nueva economía solidaria civil.

Conclusiones y propuestas.

Una conversación del Padre Arizmendi con José Luis del Arco, cuando éste era la autoridad máxima en la interpretación de la legislación cooperativa española, permitió que los Estatutos de las entidades asociadas a la Caja Laboral Popular de Mondragón pasaran, allá en los años sesenta, sin problemas. Ojalá aprendamos de ello.

En este Bicentenario, el Honorable Congreso de la Nación debe escuchar al *sector cooperativo*, administrativo, jurídico, judicial y académico que reclama una nueva ley de cooperativas desmercantilizada, democrática, federal y republicana, acorde a los tiempos actuales como a las tendencias demográficas, ecológicas y económicas más apropiadas y pragmáticas previsibles, bregando por la autorregulación cooperativa todo lo posible mediante federaciones y confederaciones especializadas, externas y neutrales repotenciando los órganos de regulación y control (Vg. de servicios públicos cooperativos esenciales conforme la regularidad asegurada por la Ley 25.877), la educación y concientización, incentivando la participación

¹² Resolución del Instituto Nacional de Acción Cooperativa; N° 254/77 sobre ACTA CONSTITUTIVA Y ESTATUTO TIPO (*Risueño: aún nos rige un modelo oficial de estatuto "Provisorio" tipo del año 1974*).

con *quórum* legales mínimos exigibles hasta el apercibimiento del retiro de la autorización para funcionar; alentando aquella singular y entusiasta participación femenina y juvenil.

La anarquía y la anomia actual en el sector cooperativo impide a trabajadores, productores, estudiantes, profesores, funcionarios, profesionales, legisladores y magistrados conocer, aprender y formarse sobre cooperación, cooperatismo y cooperativismo con las consecuencias por todos conocidas y padecidas, en donde Vg. el reenvío actual del artículo 118 del decreto, 20.337 a legislación societaria confunde a todos entre lo meramente metodológico y lo mercantil ya que tanto los artículos 452 del Código de Comercio como los artículos 74 de las ley de sociedades comerciales (*LSC.*) y los artículos 4º, 6º y cc. del Decreto 20.337 no dejan dudas sobre el particular a pesar de la cretina formulación del artículo 4 del decreto cooperativo 20.337 sobre “Acto Cooperativo” citando distorsionadamente a su similar brasilero pues éste se manifiesta expresa y específicamente cooperativo sin ambigüedades ni grietas como las que dejó el decreto 20.337 a merced de técnicos de la dictadura¹³.

En efecto, una deliberada ambigüedad respecto del espíritu y la letra del artículo relacionado con el acto cooperativo que lo fundaría según la fuente brasilera citada, queda desnudada en la propia exposición de motivos del decreto 20.337 cuando se refiere al mismo todo lo cual a casi treinta y ocho años de este desatino jurídico vigente ya es absoluta y definitivamente inaceptable social, jurídica y democráticamente.

“Más **fascinación del barro del facto**” podremos encontrar hermenéutica mente en los artículos: 2º (se omitió deliberadamente consignar que son entidades sin intermediarios ni fines de lucro) 9º, 16, 17, 19, 36, 42-5to.d), 64, 79, 99, 100, 101, 102, 104, 106, 107, 115 del decreto, 20.337¹⁴.

Tampoco se puede eludir ‘*oficialmente*’ los propios principios cooperativos de neutralidad política y autonomía e independencia con el actual programa: “Argentina Trabaja” ni aceptar los mismos con más ‘*rémoras monárquicas*’ en pseudobancos cooperativos.¹⁵

Si bien no son pocas las cooperativas varadas o encalladas por su gestión, si bien la pobreza y el desempleo son alarmantes, en modo alguno esto autoriza semejantes ex abruptos’ proferidos y suscriptos desde la más alta magistratura nacional en un programa político, clientelar, antifederal y pseudo cooperativo, distorsionando oficialmente la esencia, características y finalidades de nuestras auténticas y admirables cooperativas puras de

¹³ Véase del autor: *La Cooperativa*, Edit. EDIAR, Bs. As., 1986.

¹⁴ Véase Ob. cit. Precedente (5).

¹⁵ Léase del autor *Desvío de fondos cooperativos y/o ¿La Educación Cooperativa, irá a la escuela?*, La Voz del Interior, Octubre 2009 y Febrero 2010.

trabajo todo lo cual es condenado expresa y explícitamente por distintos órganos internacionales que integramos como la *OIT*, la *OEA*, etc., mientras, paradójicamente elevamos propuestas contra fácticas de rechazar trabajo en negro, trabajo infantil o trabajo indecente.

Está paradoja consiste —dentro de la actual legislación democrática y republicana vigente— en que el Decreto 20.337 en la actual redacción de su artículo 17, autoriza el trabajo infantil (*sic*) cuando, simultáneamente, se suscriben convenios y tratados internacionales en contrario con categoría de supremacía constitucional (*Art. 75 inc. 22* de la Constitución Nacional).

Por todo eso y más, fundamentos de orden ético, de equidad, de dignidad personal, de lealtad y buena fe; sociales, económicos, de justicia distributiva, de personalismo comunitario, de orden legislativo, judicial, jurídico y político-institucional como de pleno desarrollo humano, justifican sobradamente una nueva legislación cooperativa conforme a la naturaleza jurídica cooperativa propia tanto como la derogación ficta y por contrario imperio de un mero decreto y sucesivos ‘parches ignorantes’, todos atrapados fatalmente por los artículos 29, 36 y *cc.* de la Constitución Nacional.

El misterio de fecundidad que encierra la cooperación, su valor propio escondido, es la solidaridad, la reciprocidad, la mancomunidad, la escala de una economía solidaria civil con fraternidad, adelanto, progreso y bienestar familiar y productivo.

Esta solidaridad que deberemos recuperar e incentivar con premios y castigos, es inherente a los atributos e instintos gregarios de mujeres, hombres y jóvenes; una solidaridad proactiva y satisfactiva de necesidades físicas básicas y de anhelos compartidos ya desde la primera revolución industrial.

Si como sostienen Amartya SEN y Bernardo Kliksberg “Primero la Gente”¹⁶, creemos que la perspectiva del “Personalismo Comunitario” como lo presentara Emmanuel Mounier y Carlos Díaz de la Universidad Complutense de Madrid; el Dr. Antonio Colomer Viadel de la Universidad Politécnica de Valencia, España y tantos otros, no debería estar ausente del espíritu de una nueva ley para lograr finalmente un desarrollo humado duradero mediante una síntesis pacífica y solidaria de (reforma-revolución) una **reformulación**¹⁷ que nos reencuentre a todos entre la cultura del esfuerzo propio, de la ayuda mutua y de la satisfacción de todos en pro de

¹⁶ SEN, AMARTYA; KLIKSBERG, BERNARDO: “Primero la Gente” TEMAS Grupo Editorial, 2009.

¹⁷ Reformulación: este vocablo o acepción es propiciado por los profesores Carlos Díaz de la Universidad Complutense de Madrid y el Dr. Antonio Colomer Viadel de la Universidad Politécnica de Valencia, España.

acentuar la dimensión humana en cada cooperación o supracoopерación horizontal y vertical, local, regional, nacional e internacional.

Finalmente desde esta perspectiva, las leyes de la República nunca serán un obstáculo. Ojalá la veamos.

Referencias Bibliográficas

BENEDICTO XVI, CARITAS IN VERITATE *La caridad en la verdad*; Carta Encíclica sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad. Ediciones Paulinas, Argentina, 2009.

ALIANZA COOPERATIVA INTERNACIONAL, CONGRESO DEL CENTENARIO Manchester, 1995: 1) Asociación voluntaria y abierta; 2) Control democrático por los asociados; 3) Participación económica de los asociados; 4) Autonomía e Independencia; 5) Educación, capacitación e información; 6) Cooperación entre cooperativas; 7) Ocupación por la comunidad.

MARBÁN SANTOS, SALVADOR, *Cooperatismo y Cooperativismo*, Manuales UTEHA, N° 334, 18/11/68.

ALTHAUS, ALFREDO A., *Tratado de derecho Cooperativo*, págs. 386 y sigts., ZEUS Editora, Rosario, 1977.

ARANZADI, DIONISIO, "Gestión de Cooperativas ante el reto europeo", Anuario de Estudios Cooperativos, 1986. Universidad de Deusto. Bilbao, Págs. 77 a 79.

BERTOSSI, ROBERTO FERMÍN, "Desvío de fondos cooperativos" y/o "¿La Educación Cooperativa, irá a la escuela?", *La Voz del Interior*, Octubre 2009 y Febrero 2010.

— *Servicios Públicos Cooperativos*, Págs. 239; Editorial El Derecho, Buenos Aires, Argentina; 2009.

FOUCAULT, MICHEL, *Saber y Verdad*, La Piqueta, Madrid, 1991.

RAWLS, JOHN, *Teoría de la Justicia*, Buenos aires, Fondo de Cultura Económica, 1993.

JUNYENT VELEZ, FRANCISCO y BERTOSSI, ROBERTO F., *La Cooperativa*, Editorial EDIAR, Bs. As., 1986.

MORÁN GARCÍA, MANUEL E., *Internacionalización de las Cooperativas: Aspectos jurídicos, económicos, geográficos y sociológicos*; Facultad de Derecho de la Universitat d' Alacant, España, 2008.

"Régimen Jurídico de las Cooperativas", editado por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, 1990, (Págs. 48 y 49).

VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, *Tratado de las Cooperativas*, T. II, Págs. 4, 155/160 y cc., LA LEY, 2009.

SEN, AMARTYA; KLIKSBERG, BERNARDO: "Primero la Gente" TEMAS Grupo Editorial, 2009.



TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN SOCIAL (TICS)

*Ricardo S. Bianciotti**

Cecilia Ferrero

María Soledad García

Dolores Verduzco

Laura Y. Andrés

Zulema D. González

Resumen: Se reseñan los avances jurídicos relacionados a las nuevas Tecnologías de Información y Comunicación Social (TICS); Intercambio Electrónico de Datos (EDI); Firma digital; Momento del perfeccionamiento de la Transferencia electrónica de Fondos (TEF) y Comercio Electrónico (E-Commerce); definiendo un concepto para cada uno de los proyectos.

Palabras claves: Derecho Comercial, Tecnologías de información y comunicación social (TICS), Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Firma digital, Momento del perfeccionamiento de la Transferencia electrónica de Fondos (TEF), Comercio Electrónico (E-Commerce).

Sumario: 1. TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN SOCIAL (TICS). 1.1 Introducción. 1.2 Impacto de las TICS en la Economía y en la Sociedad. 1.3 Noción. 1.4 Concepto dinámico y difuso. 1.5 Características. 1.6 Concepto de TICS en el tiempo. 1.7 Un Concepto Nuevo de TICS. 2. INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS (EDI). 2.1 Introducción. 2.2 Noción. 2.3 Concepto. 3. FIRMA DIGITAL. 3.1 Noción jurídica y noción técnica. 3.2 Concepto de Firma. 3.3 La firma digital y su tratamiento en el derecho comparado. 3.4 La firma digital y su tratamiento a nivel regional. 3.5 La firma digital y su tratamiento en el derecho argentino. 3.6. Diversos conceptos de firma digital. 4. MOMENTO DEL PERFECCIONAMIENTO DE UNA TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS (TEF). 4.1 Introducción. 4.2 Momento de perfeccionamiento de las TEF en el Derecho Comparado. 4.3 Momento de perfeccionamiento de las TEF en el ámbito nacional. 4.4. Nuestro Concepto. 5. COMERCIO ELECTRÓNICO (E-Commerce). 5.1. Introducción. 5.2 Nociones de Comercio electrónico. 5.3 Marco normativo a escala comunitaria. 5.4 Marco normativo en el derecho nacional. 5.5 Nuestro concepto.

* Especialista en Derecho Procesal Civil de la U.N.C., dirige el Programa de investigaciones sobre "Tecnologías de Información y Comunicación Social (TICS)", que contiene los diversos Proyectos que se reseñan, en cual se han designado las Abogadas mencionadas como Asistentes en Investigación por Res. Nros. 31/09, 28/09 y 01/10 y a las dos últimas Estudiantes como Ayudantes Alumnos de Investigación, por Res. Nros. 30/09 y 34/09.

1.-Tecnologías de la Información y Comunicación Social (TICS)

1.1-Introducción.

En la actualidad la idea de Tecnologías de la Información y Comunicación Social se relaciona preferentemente con los fenómenos del crecimiento económico y del impacto social. Sintetizados estos procesos, podremos abordar con éxito el concepto de TICS¹.

1.2-Impacto de las TICS en la Economía y en la Sociedad.

La inversión en TICS por parte de un gobierno genera efectos diversos, los cuales pueden redundar en resultados positivos para una economía que este en crisis. Entre estos efectos se menciona: Efectos de construcción directos, es decir la producción generada en los sectores de la construcción, tecnología y telecomunicaciones como resultado de la instalación de nuevas redes de comunicación, y efectos indirectos o sea el incremento en actividad de aquellos sectores económicos que sirven a las industrias antes mencionadas, y los efectos inducidos que se refieren al impacto en el consumo de hogares. Otros serían: Efectos de red, que en el caso de las comunicaciones son tres: primero el aceleramiento de la innovación que resulta en la creación de nuevos servicios de comunicaciones, con la consiguiente generación de nuevos empleos, segundo, el mejoramiento de la productividad como consecuencia de la introducción de procesos de negocio más eficientes facilitados estos por las redes de comunicaciones; y el tercero, la posibilidad de atraer empleo de otras regiones como resultado de la capacidad de procesamiento remoto de información. Los tres actúan de manera simultánea para crear fuentes de empleo².

Entre las ventajas de los nuevos escenarios de contratación señalamos: mayor competitividad, comodidad, rapidez y abaratamiento de costes..., que redundan en beneficio de las partes contratantes, sean éstas empresarios o consumidores. Para las empresas: acceso al mercado mundial con una nueva inversión mínima, pudiendo ofrecer productos- servicios a precios competitivos, pues reducen costos. También encontramos desventajas: fallos y riesgos producidos por los propios equipos y sistemas electrónicos utilizados, problemática de carácter jurídico que demanda soluciones normativas ad hoc, de carácter global, en torno a cuestiones fundamentales como: la validez y eficacia de los contratos electrónicos sin el soporte papel y sin el acompañamiento de la firma tradicional manus-

¹ KATZ, RAÚL, *“El papel de las TICS en el desarrollo, Propuesta de América Latina a los retos económicos actuales”*, Colección Fundación Telefónica, Cuaderno 19, Ed. Ariel, Madrid 2009, págs. VII a XII.

² KATZ, Ob. Cit, págs. VII a XII.

crita (problema de la prueba), la determinación del momento y el lugar de perfección del contrato, la distribución de riesgos y la delimitación de responsabilidades entre los sujetos intervinientes, y la ley aplicable y la jurisdicción competente en caso de litigio entre otros³.”

El impacto en la educación se vincula principalmente en la evaluación de los sistemas de aprendizaje a distancia. Un área importante también es la incidencia del Internet en los procesos educativos. Y si bien los resultados son altamente dependientes de la calidad del equipo y del acceso a las telecomunicaciones, cuando estos aspectos son controlados, Internet puede compensar problemas como baja capacitación de los educadores o falta de material educativo.

1.3-Noción.

Se ha definido a las TICS como el “conjunto de avances tecnológicos que nos proporcionan la informática, las telecomunicaciones y las tecnologías audiovisuales, que comprenden los desarrollos relacionados con los ordenadores, Internet, la telefonía, los “mass media”, y la realidad virtual. Todas estas tecnologías básicamente nos proporcionan información, herramientas para su proceso y canales de comunicación⁴”. También se las ha conceptualizado como al “conjunto de tecnologías que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y presentación de informaciones, en forma de voz, imágenes y datos contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética. Las TICS incluyen la electrónica como tecnología base que soporta el desarrollo de las telecomunicaciones, la informática y lo audiovisual⁵.”

Así, estas nuevas tecnologías agrupan los elementos y las técnicas utilizadas en el tratamiento y la transmisión de la información, principalmente de informática, internet y telecomunicaciones.

1.4-Concepto dinámico y difuso.

En una primera aproximación se puede considerar a las TICS como un **concepto dinámico**⁶. La particularidad de la literatura sobre tecnologías de información y cambio organizacional es que presenta variaciones

³ ALCAIDE DE LA FUENTE, A. (2009) “Relaciones comerciales por medios electrónicos”, Edición electrónica gratuita. Texto completo en www.eumed.net/libros/2009b/556/.

⁴ PERE MARQUES GRAELL, “Las Tic y sus aportaciones a la sociedad” <http://peremarques.pangea.org/tic.htm>.

⁵ ROSARIO, JIMMY, 2005, “La Tecnología de la Información y la Comunicación (TIC). Su uso como Herramienta para el Fortalecimiento y el Desarrollo de la Educación Virtual” <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=218>.

⁶ LYNNE, MARKUS y ROBEEY, DANIEL, “Information Technology and Organizational Change: Causal Structure in Theory and Research” publicado en *Management Science*, Vol. 34, N° 5, May (1988), págs. 583-598, <http://www.jstor.org/pss/2632080>.

conceptuales no siempre confiables en tanto no admiten generalizaciones. La diversidad se explica ya que esta temática contiene obras de investigadores de varias disciplinas y especialidades académicas interdisciplinarias, (incluyendo la teoría organizacional, la gestión de la ciencia, la sociología y ciencias de la computación), cada uno con sus propios conceptos teóricos y también con sus propios prejuicios científicos.

La mayoría de los autores consultados sostienen que el **concepto** de nuevas Tecnologías de la información o Tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) es **difuso** y que generalmente se emplea para designar lo relativo a la informática conectada a internet y, especialmente, el aspecto social de esta conexión (TICS)⁷.

Hasta aquí, podemos afirmar que el concepto de TICS presenta dos características: Es dinámico y difuso, lo que provoca que sea frecuentemente utilizado en los debates contemporáneos, especialmente por la clase política. En este término subyace cierta ambigüedad semántica, lo que hace necesario conectar el concepto a determinadas estructuras materiales (dígase sistemas de comunicación ó herramientas que contribuyen a la comunicación) y delimitar el fenómeno que estas estructuras hacen posible (vgr. el uso de la banda ancha como un derecho civil universal y otras plataformas TICS).

1.5- Características.

Las nuevas tecnologías son inmateriales, en razón de la naturaleza del objeto principal que es la información. Además permiten la interconexión y la interactividad. Son instantáneas; tienen elevados parámetros de imagen y sonido. Al mismo tiempo las nuevas tecnologías suponen la aparición de nuevos códigos y lenguajes, la especialización progresiva de los contenidos sobre la base de la cuota de pantalla (en una nueva cultura de masas) y dando lugar a la realización de actividades inimaginables.

1.6- Concepto de TICS en el tiempo.

El desarrollo conceptual sobre la idea de tecnologías de información y medios de comunicación social no es tan novedoso como parece. Ya "a finales del siglo XIX el teléfono se consideraba *una nueva tecnología*" según las definiciones actuales. Esta misma definición podría aplicarse a la televisión cuando apareció y se popularizó en la década de los 50 del siglo pasado. No obstante ello, en la actualidad no se ubicarían en una lista de TICS y es muy posible que actualmente los ordenadores ya no puedan ser calificados de nuevas tecnologías.

⁷ TRUJILLO MANRIQUEZ, PATRICIO J. "Tecnologías de la Información y la Comunicación" Chile, Julio, 2006 <http://www.tigweb.org>.

Sin embargo, en un concepto amplio, se puede considerar que el teléfono, la televisión y el ordenador forman parte de lo que se llama TICS, tecnologías que favorecen la comunicación y el intercambio de información en el mundo actual.

Después de la invención de la escritura, los primeros pasos hacia una sociedad de la información estuvieron marcados por el telégrafo eléctrico, después el teléfono y la radiotelefonía, la televisión, internet. La telefonía móvil y el GPS han asociado la imagen al texto y a la palabra “sin cables”, internet y la televisión son accesibles en el teléfono móvil que es también una máquina de hacer fotos⁸.

El acercamiento de la informática y de las telecomunicaciones, en el primer decenio del siglo XXI se ha beneficiado de la miniaturización de los componentes, permitiendo producir aparatos «multifunciones» a precios accesibles, a partir del año 2001 en adelante.

Existen innumerables tecnologías que podrían ser consideradas como TICS dentro de las cuales se pueden enumerar a modo ejemplificativo internet, la telefonía móvil y la computación y robótica. Estas nuevas tecnologías ofrecen servicios de comunicación tales como el correo electrónico, la banca online, el acceso a información, audio y música, televisión y cine, comercio electrónico, E-administración y E-gobierno, E-sanidad, educación vía internet (las clases a distancia), video juegos, blogs, comunidades virtuales entre otros. Todos estos servicios que nacen de las TICS tienen un alto impacto en la sociedad.

Este alto impacto que tienen las TICS en las relaciones humanas mas diversas, torna urgente la necesidad de crear una normativa nacional y supranacional que regule todas estas nuevas formas de acceder a la información, de relacionarse, y de contratar, para darle un marco de mayor seguridad jurídica a las relaciones que se establezcan entre personas a través de estas nuevas tecnologías y medios de comunicación social.

1.7-Un Concepto Nuevo de TICS.

Se pretende generar un concepto desde la ciencia jurídica que sea lo suficientemente flexible para admitir las distintas vertientes que presenta el abordaje de las TICS.

El término TICS se hace cada día más usual en los debates relacionados al desarrollo y al comercio internacional, aspectos íntimamente vinculados al derecho en tanto conjunto de normas destinadas a regularlos, que serán desarrollados en este programa de investigaciones.

⁸ “Tecnologías de la información y la comunicación”, <http://es.wikipedia.org/.../Tecnologías de la información y la comunicación>.

Nuestro Concepto: Las Tecnologías de la Información y Comunicación Social (TICS) son el conjunto de tecnologías inmateriales variables en el tiempo (electrónica, informática, internet y telecomunicaciones) utilizadas para el tratamiento, almacenamiento, producción y transmisión de información en todas las áreas del conocimiento humano.

Tecnologías con alto impacto en la sociedad, que por su capacidad de innovación e inversión generan crecimiento y empleo, convirtiéndose en factor clave para el desarrollo de la economía; que repercuten en la administración de los gobiernos, en la virtualización de los puestos de trabajo como proveedores de servicios remotos, en la educación a distancia con los entornos virtuales o la enseñanza no presencial y en la salud con las historias clínicas electrónicas que permiten la interconexión con sistemas de bancos de sangre, laboratorios, hemodiálisis, etc. Con las reservas necesarias para no invadir la privacidad de las personas, a fin de brindar la confianza en su uso que garantice la seguridad jurídica.

2.- Intercambio electrónico de datos (EDI).

2.1-Introducción

La utilización de sistemas de información y comunicación basados en el empleo de técnicas electrónicas ha revolucionado la forma de trabajar, relacionarse y aprender trayendo consigo nuevos paradigmas.

Entre ellos el intercambio electrónico de datos (en adelante EDI, sigla formada por las iniciales de su denominación en inglés: Electronic data interchange) surgió en los años 60 en EEUU ante la necesidad de los sectores del ferrocarril, del automotor, líneas aéreas y navieras de procesar y mejorar la calidad de los datos asociados al movimiento físico de las mercaderías.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, en la legislación nacional no contamos con una normativa específica que regule el EDI, de ahí la necesidad de su conceptualización.

2.2-Noción

Piaggi⁹ lo define como la comunicación de computadora a computadora con intercambio de información en formatos predeterminados.

⁹ PIAGGI, ANA I., "El comercio electrónico y el nuevo escenario de los negocios", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Año XL, N° 61, 2000, pág. 151.

Gaibrois¹⁰ afirma que el EDI consiste en la transferencia de documentos estructurados, mediante mensajes standard convenidos previamente desde una aplicación de computador a otra aplicación de computador, por medios electrónicos y con un mínimo de intervención humana.

Scaglia¹¹ expresa que es la transmisión de información por medio de equipamientos informáticos dentro de una empresa o inter empresarialmente, mediante mensajes normalizados, es decir, con un formato estándar, previamente aceptado y admitido como medio válido de comunicación, gestión y eventual ligamen contractual.

El Modelo Europeo de Acuerdo de EDI¹² (1994) entiende que es la transferencia electrónica, de ordenador a ordenador, de datos comerciales y administrativos que estructuran un mensaje con arreglo a una norma acordada.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico¹³ (1996) entiende por EDI la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto.

2.3-Concepto

Entendemos que el EDI, como modalidad del comercio electrónico, es una de las vías de comunicación basadas en el empleo de técnicas electrónicas.

Nuestro concepto: El intercambio electrónico de datos es todo intercambio entre terminales informáticas, por medios electrónicos, de datos estructurados conforme un lenguaje con una normalización de información y automatización del procedimiento utilizado para intercambiarla.

Este intercambio permite facilitar la interacción, dinamizar la actividad económica y despapelizar las transacciones, reduciendo los tiempos y costos asociados a ellas. A fin de aprovechar en su integridad estas posibi-

¹⁰ GAIBROIS, LUIS MAURICIO, "El instrumento digital en el texto y en el espíritu de la reforma civil", Instituciones de Derecho Privado Moderno, Abeledo-Perrot online-Doctrina, 2001.

¹¹ SCAGLIA, CAROLINE P., "Breve Recomendación sobre Comercio Electrónico", Abeledo-Perrot online-Doctrina, 2007.

¹² Art. 2º Definiciones 2.2 EDI del Modelo Europeo de Acuerdo de Edi, aprobado por el Consejo Económico Europeo (94/820/CE) por Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos el 19 de Octubre de 1994 en Bruselas.

¹³ Art. 2º b) Definiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y otros medios conexos de comunicación de datos, aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el estudio del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de Junio de 1996 en su 605a. sesión, ISBN 92-1-333278-5.

lidades, tales transmisiones deben ir acompañadas de certeza y seguridad jurídica para fomentar la confianza en el comercio electrónico.

3.- Firma digital.

3.1-Noción jurídica y noción técnica.

En la actualidad se debe trazar una distinción entre la noción jurídica de firma y la noción técnica de firma electrónica, pues la sociedad está viviendo una etapa de “desmaterialización”, producida por la irrupción de las nuevas tecnologías. Es aquí en donde se manifiesta la importancia institucional de generar un marco conceptual de firma digital, pues constituye una fuente de autodeterminación consciente de las personas, evitando la confusión de lo que es con lo que hace, aumentando la confianza en el sistema, así como el desarrollo del Comercio Electrónico.

3.2-Concepto de Firma

La firma está constituida por trazos que constituyen un modo habitual que tiene una persona de escribir su nombre con la finalidad de manifestar la adhesión de su voluntad al texto a cuyo pie la pone. Ha servido clásicamente para la obtención de dos objetivos: imputación de la autoría del acto y demostración de la voluntad de su autor. Obtenidos ambos fines, la seguridad sobre la autenticación del acto es relativa puesto que el instrumento deberá ser sometido al reconocimiento o desconocimiento de aquel a quién se atribuye¹⁴.

3.3-La firma digital y su tratamiento en el derecho comparado.

La firma electrónica es objeto de distinto tratamiento internacional; en el derecho comparado se destaca la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas (2001), que deriva de manera directa del art. 7º de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico (1996), y que define a la firma electrónica como un “método (fiable) para identificar a una persona” y “para indicar que esa persona aprueba” la información contenida en el mensaje de datos. La finalidad de la ley, es el uso de firmas electrónicas como equivalentes funcionales de la firma manuscrita, cabe mencionar entre los principales métodos de autenticación electrónicos a las contraseñas; las firmas escaneadas o mecanografiadas; los dispositivos biométricos y las firmas digitales.

¹⁴ RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, t. II, pág. 675, 679.

Con excepción de Europa, cuya legislación se ha visto influida por las directivas promulgadas por la Unión Europea¹⁵, casi todos los países y de diferente nivel de desarrollo han aprobado regulaciones sobre firma electrónica basadas en la Ley Modelo de firmas electrónicas.

En Italia, país que pertenece a la UE, mediante Decreto del Presidente de la República 137/2003 se define a la firma digital como *“un particular tipo de firma electrónica cualificada en un par de claves asimétricas, una pública y una privada, que permite al suscriptor, mediante la clave privada y al destinatario mediante la clave pública, respectivamente, de hacer manifiesta y comprobar la procedencia y la integridad de un documento informático o un conjunto de documentos informáticos”*. Regula la firma electrónica avanzada, que utiliza la tecnología de la criptografía de clave pública y que hace referencia a una tecnología específica¹⁶.

En la República Bolivariana de Venezuela, en la Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas (2001), la firma electrónica es la *“información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de Datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado”*¹⁷.

Por su parte, en Alemania, la Ley de Firma Digital, promulgada como artículo 3º de la Ley de servicios de información y comunicación de 1997, expresa que la firma digital es *“un sello de datos digitales creado por una llave privada que permite determinar a través de la llave pública asociada a ella y determinada en un certificado, quien es titular de la firma y que los datos firmados no han sido alterados”*. Impone una tecnología específica, la firma digital, pretendiendo alcanzar un nivel más alto de seguridad jurídica basada en la infraestructura de clave pública.

3.4 -La firma digital y su tratamiento a nivel regional.

A nivel regional, en el MERCOSUR, se dictaron dos Resoluciones¹⁸ que regulan las directrices para la celebración de acuerdos de reconocimiento mutuo de firmas electrónicas avanzadas y el reconocimiento de la

¹⁵ Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco comunitario para la firma electrónica y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información. La legislación asigna mayor efecto jurídico a determinados métodos de autenticación electrónica estableciendo un sistema de doble nivel, las firmas de más alto nivel deben cumplir requisitos en relación concreta con una tecnología concreta, generalmente la infraestructura de clave pública.

¹⁶ MASUCCI, ALFONSO, “Il documento informatico” *Rivista Di Diritto Civile*, Anno L N5, settembre-ottobre, 2004, Padova. Cedam, pág 762.

¹⁷ FARINELLA, FAVIO, “Venezuela: su ley de firma electrónica”, publicado en ED, 194-1040.

¹⁸ Res. N° 34/06 y Res. N° 37/06, dictadas por el órgano decisivo - Grupo de Mercado Común - del Mercosur.

eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada.

3.5-La firma digital y su tratamiento en el derecho argentino.

En nuestro país la normativa jurídica esta compuesta por La Ley 25.506 de Firma Digital (2001), que reconoce la eficacia jurídica del empleo del documento electrónico, la firma electrónica y la firma digital; el Decreto N° 2628/2002 reglamentario de la Ley antes mencionada, establece las condiciones que deben cumplir a tal fin los certificadores que soliciten una licencia; el Decreto 724/2006 modificatorio del decreto anterior y normas complementarias que fijan o modifican competencias y establecen procedimientos¹⁹.

En la ley 25.506 se define a la firma electrónica en el artículo 5º: *“se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de algunos de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica, corresponde a quien la invoca acreditar su validez”*. En tanto que la firma digital es el *“resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras personas, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma”*. Aunque distingue entre firma electrónica y firma digital, describe claramente cuáles son las características que debe reunir una firma digital haciendo referencia a la utilización de la técnica de criptografía.

3.6- Diversos conceptos de firma digital.

Se observan en las definiciones legales una relación de género a especie entre la firma electrónica y la firma digital señalándose las funciones de identificación del sujeto, y prueba de la manifestación de su voluntad, resaltando en la firma digital, además la función de garantizar la inalterabilidad del documento digital.

Rivera²⁰, considera que se utiliza la expresión firma digital para individualizar los procedimientos o métodos destinados a identificar al autor de un documento transmitido por medios electrónicos, así como que esa persona aprueba su contenido.

¹⁹ Disponible en <http://www.pki.gov.ar/>

²⁰ RIVERA, JULIO C., ob. Cit., pág. 679.

Cortes²¹ expresa que las firmas digitales consisten básicamente en la aplicación de algoritmos matemáticos a los datos que se desean firmar (sean muchos o pocos); de esta forma sólo serán reconocibles por el destinatario (si así lo decide el emisor), el cual, además, podrá comprobar la identidad del remitente, la integridad del documento, la autoría y la autenticación y el no repudio del autor, preservando al mismo tiempo la capacidad de confidencialidad.

Altmark²² manifiesta que la firma digital es un dispositivo tecnológico que permite el intercambio seguro de documentos digitales, a través del espacio virtual.

En algunos países, los tribunales han tendido a interpretar con flexibilidad los requisitos de firma. Los tribunales estadounidenses se han mostrado abiertos al reconocimiento legal de la firma electrónica y han permitido que se utilice en situaciones no previstas expresamente en la norma legislativa por la que se autoriza su empleo en la expedición de mandamientos judiciales²³.

Los tribunales alemanes aceptan la presentación de determinados escritos procesales en forma de mensajes de datos transmitidos por vía electrónica que llevan una firma escaneada²⁴.

Los tribunales nacionales han resuelto conflictos otorgando eficacia probatoria a medios electrónicos, por ejemplo el ticket de un cajero automático en una ejecución hipotecaria²⁵. Otro precedente estableció como regla, que no cabe asignar valor probatorio a un correo electrónico que no cumple con los requisitos de los arts. 2º y 5º de la ley 25.506 de Firma Digital, ya que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial en su formación²⁶.

²¹ CORTES, DANIEL E., "Identificación virtual y sociedad", publicado en Abeledo-Perrot, JA 2007-II-1335-SJA 2/5/2007.

²² Conferencia sobre "Seguridad Informática: primera capacitación sobre firma digital", ULP, disponible en <http://www.sanluisdigital.edu.ar/SLDASP/2008/paginas/InfoPrensaDetalle.asp?Temald=20&InfoPrensaId=481>.

²³ Departamento de Agricultura y Servicios al Consumidor contra Haire, Cuarto Tribunal de Distrito de Apelación de Florida, causas Núms. 4D02-2584 y 4D02-3315, de 15 de enero de 2003. "Fomento a la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas", (2009) N U, pág 51.

²⁴ Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, GmS-OGB 1/98, 5/04/2000, *JurPC Internet - für Zeitschrift Rechtsinformatik und Informationsrecht*, JurPC Web - Dok N°160/2000, disponible en <http://www.jurpc.de/rechtspr/20000160.htm>.

²⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Buenos Aires), Sala II, 30/04/2002, "Banco Galicia y Bs. As. c. Lucero José s/ ejecución hipotecaria", ver <http://fundaciondike.org.ar/legislacion/fallo-pago-medio.htm>.

²⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, (Buenos Aires), 16/02/2007, "Henry Hirschen y Cía S.A. c. Easy Argentina S.R.L.", publicado en DJ2007-II, 1315.

Si bien, todavía no existe gran cantidad de jurisprudencia sobre la firma electrónica, interesa señalar que la denominación de firma digital es de uso común.

Nuestro concepto: “La firma digital es un método electrónico que permite identificar al remitente de un mensaje de datos y protege la integridad del mensaje a través del sistema de criptografía, asegurando la inalterabilidad del documento transmitido electrónicamente”.

La firma digital es un útil habitual para empresarios y autónomos, esta especie de DNI informático, permite realizar declaraciones de impuestos y sus pagos, ofrece la posibilidad de realizar cualquier trámite a través de internet, tendiendo a la despapelización de las administraciones.

4.- Momento del perfeccionamiento de la transferencia electrónica de fondos (TEF).

4.1- Introducción

En las transacciones del Comercio Electrónico, se utilizan métodos electrónicos de comunicación, almacenamiento y autenticación de la información. Anteriormente hemos conceptualizado a la Transferencia Electrónica de Fondos (en adelante TEF) como: “Toda manifestación de voluntad realizada mediante instrucciones electrónicas, en cuentas bancarias, destinadas a mover fondos de un patrimonio a otro, asentando los débitos y créditos correspondientes automáticamente”²⁷ y definido su naturaleza jurídica: “Es un negocio jurídico plasmado en un contrato accesorio al de cuentas bancarias; sea en cuenta corriente bancaria, o caja de ahorro, o depósito en monedas extranjeras u otras cuentas que permitan mover fondos, o intercambiar electrónicamente datos”²⁸. Será motivo de nuestro análisis en particular, el momento de su perfeccionamiento, en el ámbito nacional e internacional.

4.2- Momento de perfeccionamiento de las TEF en el Derecho Comparado.

En la comunidad internacional encontramos varios textos que fomentan al Comercio electrónico y señalan el momento de perfeccionamiento de las TEF.

A.-) En principio, la Guía Jurídica de la CNUDMI²⁹ (1981) de aplicación a las TEF de Débito y Crédito bancario, determina el carácter defini-

²⁷ BIANCIOTTI, RICARDO, “Marco conceptual de las Transferencias Electrónicas de Fondos” U.N.C, Facultad de Derecho y Cs. Soc. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Anuario 1993, pág. 55.

²⁸ BIANCIOTTI, RICARDO, ob. Cit. pág. 61.

²⁹ New York A/CN.9/SERB/1.

tivo o en que producen determinados efectos jurídicos relacionados con la *Ecuación de un Acto Concreto por parte del Banco*. Pero ¿cuál de todos los actos concretos realizados por el banco determina su perfeccionamiento, ya que son numerosas las actividades de la entidad bancaria? ¿Si son varios los bancos intermediarios, a cuál se le atribuye? La Guía nos ilustra las diferentes posturas sostenidas en su época.

a.) *Momento del Débito de la cuenta del Emisor o cuando no puede retirar la orden*. Se concluye que adquiere el carácter definitivo mucho antes de la acreditación efectiva y en el caso de tres bancos se considera que los fondos se encuentran en poder de un mandatario del emisor hasta que el banco intermediario acredita los fondos en cuenta del adquirente, hasta allí se puede revocar el mandato.

b.) *Cuando el Banco del adquirente ha tenido Oportunidad de evaluar la Aceptabilidad de la Liquidación Propuesta*³⁰.

B.-) Los negocios electrónicos evolucionaron y la Ley Modelo de la CNUDMI³¹ (1992), trata las TEF de Crédito entre cualquier Banco Emisor y Banco Receptor ubicados en distintos Estados e incluye otras entidades que como parte normal de su negocio participan en la ejecución de órdenes de pago de la misma manera en que se aplica a los Bancos.³² En su art. 19 nos define *la finalización de TEF de Crédito* diciendo “se completa una TEF cuando el Banco del Beneficiario acepta una orden de pago para el Beneficio del Beneficiario” en ese momento el sistema bancario cumplió con sus obligaciones. Nada dice la ley, si el Banco del Beneficiario debe abonar en la cuenta del Beneficiario o cuando se deben dar los fondos disponibles. La Ley prevé en el art. 8º.2 y 10.1 “obligación del Banco Receptor de ejecutar orden de pago “que acepta”. Y en consecuencia, colocar los fondos a disposición de los Beneficiarios.

C.-) En Chile, la Superintendencia de Bancos e instituciones Financieras establece que “los respectivos cargos y abonos o puesta a disposición de los respectivos beneficiarios del importe de estas transferencias

³⁰ Sea en la recepción del aviso, en la decisión del banco del adquirente de aceptar la TEF de crédito, en el momento del asiento en la cuenta del adquirente (difícil de determinar en cada uno de ellas cuando se tramitan en lotes cuando se efectúan por conducto de sistemas de cámara de compensación de pagos interbancarios cuya liquidación neta se hace al finalizar el día adquiere carácter irrevocable una vez efectuada la liquidación definitiva —asiento de crédito cancelable—) o en el caso del aviso al adquirente al finalizar el día o al día siguiente o adquiere carácter definitivo con la entrega.

³¹ Sobre Transferencias Internacionales de Crédito, Cap. IV Finalización de la Transferencia de Créditos y su nota explicativa. A/CN.9/346. Lo expresado en la ley, es facultativo de los países de incorporar su contenido.

³² En Argentina la ley de Entidades Financieras N° 21.526 establece que en principio, los Bancos Comerciales pueden emitir giros y efectuar transferencias de plaza a plaza definido a contrario sensu en su art. 28. En el art. 3º deja abierto la posibilidad de aplicación de dicha ley a persona o entidad no comprendida, a juicio del B.C.R.A.

deben efectuarse simultáneamente y de inmediato, en el mismo día en que se ordena y curse la transferencia. Esta simultaneidad debe cumplirse tanto en aquellas transferencias que se realicen entre cuentas dentro del mismo banco, como en aquellas en que el abono en cuenta o pago al respectivo beneficiario deba efectuarse en otro banco”³³.

D.-) La Superintendencia de AFP de Chile da instrucciones obligatorias, para todas las Administradoras de Fondos de Pensiones³⁴ manifestando que “se entenderá por perfeccionamiento o liquidación de una transacción de compra de instrumentos financieros para un Fondo de Pensiones, la entrega simultánea de fondos y la recepción de los respectivos valores o instrumentos financieros, ya sea por medios materiales o electrónicos.” “Entenderá por perfeccionamiento o liquidación de una transacción de venta de instrumentos financieros para un Fondo de Pensiones, la entrega simultánea de valores o instrumentos financieros y la recepción de los respectivos fondos, ya sea por medios materiales o electrónicos.”

E.-) Ruiz³⁵ analiza la TEF Bancaria activada por el propio interesado con posible intervención de terceros Bancos ubicados en diferentes Estados. Muestra diversas situaciones tratando de determinar en qué momento los fondos transferidos electrónicamente se encuentran definitivamente a disposición del beneficiario final.

En el caso de *dos cuentas mínimas de un mismo cliente y/o varios clientes con cuentas diferentes en un mismo Banco*, las TEF serán definitivas instantáneamente en el acto de realización, y resultarían irrevocables. Si involucra dos sucursales (a estos fines es considerada otro banco) cuya orden no es realizada por el cliente personalmente se asemeja al caso de *diferentes clientes en diferentes Bancos*. El autor expresa que no hay unanimidad de criterios siguiendo lo expresado por la Guía Jurídica sobre TEF de la CNUDMI y culmina diciendo que “a veces se desdibujan o superponen por la incidencia de la tecnología utilizada según las TEF se procesen por lotes, en líneas, desde terminales activadas por el cliente a través de tarjetas inteligentes o mediante telecomunicaciones de computador a computador”. Y el último caso, *el Banco de un cliente y el Banco de otro cliente que se encuentran en diferentes estados* nada dice por la dificultad debido a la ausencia de un régimen internacional uniforme.

³³ *Transferencia Electrónica de Información y Fondos*, Recopilación actualizada de normas. Cap. 4 Transferencias Electrónicas de Fondos entre clientes de diferentes Bancos, mediante redes públicas de comunicaciones. ap.1 Generalidades. Circular N° 3444 de 21/08/2008.

³⁴ “Establece normas para la liquidación de inversiones de los Fondos de Pensiones a través de sistemas de pagos electrónicos. Modifica Circular N° 1.216 sobre inversiones del Fondo de Pensiones y del Encaje. Cap. II ap. 8 Circular N° 1347 del año 2005. Gobierno de Chile.

³⁵ RUIZ, FERNANDO “*El documento electrónico frente al Derecho Civil y Financiero*” Revista Alfa Redi N° 16 (1999).

F.-) En Bolivia, el contrato de Uso de Servicios Electrónicos, suscrito por el Banco BISA S.A., Institución financiera legalmente establecida y autorizada bajo las leyes de ese país³⁶, que ejecuta en línea o no³⁷, instrucciones emitidas por el cliente a través de servicios electrónicos, consideradas mandatos irrevocables para todos los efectos legales. Todo depósito o TEF efectuado en cualquier tiempo distinto al horario de funcionamiento normal bancario, quedará registrado en el día hábil bancario siguiente.

4.3-Momento de perfeccionamiento de las TEF en el ámbito nacional.

En el contorno nacional existe un conjunto normativo heterogéneo y poco sistemático de métodos electrónicos de comunicación, por ejemplo:

A.-) El Banco Provincia de Buenos Aires ofrece mediante las TEF vía CBU (clave bancaria única) realizar operaciones en pesos a cuentas radicadas en cualquier entidad del sistema financiero Argentino³⁸. Por medio de cajeros automáticos y Home Banking las solicitudes de los clientes son procesadas en el Banco por lotes. Dichas órdenes son tomadas como operaciones del día, si son realizadas antes del balanceo en el primer caso o de las 15 horas en el segundo. No cumplidos los requisitos, serán consideradas a todos los efectos como operaciones del día hábil siguiente. La acreditación en la cuenta beneficiaria será el día hábil siguiente, respecto de la fecha de la orden.

B.-) Interbanking S.A.³⁹ compuesta por bancos comerciales en calidad de integrantes y socios. Los movimientos *de Crédito* hacia el banco, son aplicados directa y definitivamente al momento de ser recibidos, permitiendo al beneficiario disponer inmediatamente de los fondos. Si es *de Débito* hacia cuentas del banco, se procede en forma automática cuando la cuenta a debitar se encuentra en estado normal y el monto sea suficiente

³⁶ Condiciones generales y de operación (cap. I y III) de dicho contrato.

³⁷ Las transferencias pueden ser tratadas FUERA DE LINEA (off line) por lotes, el banco acumula determinada cantidad de TEF teniendo un criterio de clasificación de las solicitudes y puede o no, acreditarse ese día. Precisa cierto tiempo entre la orden y la confirmación por la institución bancaria que acepta el pago. Durante esta etapa, la transacción tiene estado de "pendiente", hay mayor probabilidad de cambiar de idea durante el proceso, que es manual, es más complicado y propenso a errores. O EN LINEA (on line) actualizando en tiempo real el saldo disponible aplicado directa y definitivamente al momento de ser recibido, disponiendo inmediatamente de los fondos cuando las cuentas se encuentren en estado normal y haya monto disponible.

³⁸ Banca electrónica Transferencia electrónica vía CBU Cajeros Automáticos y Home Banking, Banco Provincia de Buenos Aires. <http://www.bpba.com.ar>.

³⁹ Empresa de bancos que brinda soluciones electrónicas de gestión de tesorería para empresas y de compensación de fondos de Alto Valor para Bancos y otras entidades. <http://www.interbanking.com.ar>

para la concreción de la operación permitiendo su visualización en ambos casos On Line. Para la revocabilidad de solicitud aprobada es necesario que se haya efectuado en el día, se encuentre pendiente de gestión y que el solicitante de la anulación sea el mismo ordenante.

4.4- Nuestro concepto: “El Momento del Perfeccionamiento de las Transferencias Electrónicas de Fondos se plasma a través de un acto de origen contractual por el cual una entidad financiera u otra sociedad autorizada, pone a disposición fondos de modo instantáneo o diferido, cumpliendo la orden de solicitud activada o efectuada por el cliente”.

Se demuestra que puede haber más de un momento de perfeccionamiento, enlazados hasta finalizar la operación de transferencia electrónica, esto es, poner a disposición los fondos para el Beneficiario (Vg. TEF off line); en simples operaciones se puede ver el Momento del Perfeccionamiento junto con la finalización de la misma (Vg. TEF on line); ambas realizadas por el cliente a través de internet o por otro medio electrónico.

5.-Comercio electrónico (e- commerce)

5.1.- Introducción.

La evolución de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICS) han originado nuevas visiones de la realidad en el derecho. El impacto y crecimiento de las mismas se caracteriza por el desarrollo y la distribución de la información en un medio único en su género que sus usuarios denominan “ciberespacio”.

Es por ello que se ha expresado que las nuevas tecnologías producen un efecto de “desterritorialización” y “descentralización”, pues por medio de ellas se eliminan jerarquías, categorías analíticas y límites geográficos⁴⁰.

Hoy se alude a la “liberación del papel” lo que significa, que la sociedad se independiza de este material como soporte de sus comunicaciones⁴¹.

La comunicación electrónica altera normas preexistentes e innova en concreto en las relaciones comerciales, así se observa que el número creciente de transacciones comerciales se realiza por el medio de comunicación habitualmente conocido como Comercio Electrónico en el que se usan métodos de comunicación, almacenamiento y autenticación de la información sustitutivos de los que utilizan papel.

⁴⁰ LORENZETTI, RICARDO L., *Comercio Electrónico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág.14.

⁴¹ RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, t II, pág. 673.

Abordar esta problemática permite reconocer el Comercio Electrónico⁴² y señalar las diversas vías de negociación utilizadas por el mismo.

El comercio electrónico se lleva a cabo en redes cerradas, es decir, en grupos con un número limitado de participantes a los que pueden acceder únicamente personas o empresas previamente autorizadas, como las instituciones financieras participantes en el sistema de pagos interbancarios, las bolsas de valores o una asociación de líneas aéreas y agencias de viajes. Sin embargo, su rápido crecimiento ha dado lugar a la aparición de otros modelos de redes, que utiliza medios accesibles públicamente, como Internet⁴³ donde se distinguen cuatro tipos de transacciones: 1) vínculos entre empresa y consumidor; 2) relaciones entre empresas; 3) nexo entre Estado y empresas y 4) lazos entre Estados y consumidores. También se denomina B2B, si es entablado entre empresas, B2C, si la relación se traba entre empresas y consumidores y C2C, si lo es entre consumidores⁴⁴.

Conviene aclarar que el comercio electrónico no surge como consecuencia de la red sino que abarca un amplio rango de tecnologías de comunicación, incluyendo: el EDI (intercambio electrónico de datos), TEF (transferencia electrónica de fondos), tarjetas de crédito y de débito, soportes multimedia, fax, aplicaciones relacionadas con las redes de comunicación (correo electrónico, tableros electrónicos de anuncios, videoconferencias), etc⁴⁵.

5.2- Nociones de Comercio electrónico.

Piaggi⁴⁶ sostiene que existen dos clases de comercio electrónico: a) comercio electrónico indirecto utilizado para la adquisición de bienes tangibles que necesitan ser enviados físicamente usando canales tradicionales de distribución y, b) comercio electrónico directo, en este caso, el pedido, el pago y el envío de los bienes intangibles y/o servicios se producen

⁴² PIAGGI, ANA, "Comercio Electrónico y los nuevos escenarios de los negocios", Revista del Colegio de Abogados de la Plata, vol 40, N° 61 (2000), pág. 156. El "e-commerce" —en su denominación inglesa— acelera el proceso de distribución, optimiza la logística, viabiliza la penetración en mercados internacionales, reduce costos de comunicación, fomenta la comunicación interactiva con los clientes y permite conocer las necesidades futuras de productos o servicios.

⁴³ "Fomento a la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas", (2009) N U, pág. 37.

⁴⁴ MÁRQUEZ, JOSÉ FERNANDO, "Elementos de la contratación electrónica: el acuse de recibo y la confirmación del mensaje" Anuario de Derecho Civil, N° 7, 2003, pág. 66. Abreviaturas de las expresiones Business to business, business to consumers y consumers to consumers.

⁴⁵ RODRIGO GONZÁLEZ, OSCAR, "Guía práctica del Comercio electrónico", editorial Anaya, 2008, España, citado por ALCAIDE DE LA FUENTE, A (2009) *Relaciones Comerciales por medios electrónicos*, Texto completo en www.eumed.net/libros/2009b/556/, pág. 35 y ss.

⁴⁶ PIAGGI, ANA, ob. cit pág. 152.

“on line”. Ejemplos de esta modalidad son las transacciones de software y música.

Alcaide De la Fuente⁴⁷ define al comercio electrónico como el uso de redes (internet) para realizar la totalidad de actividades involucradas en la gestión de negocios: ofrecer y demandar productos y servicios, buscar socios y tecnologías, hacer negociaciones con su contraparte, seleccionar el transporte y los seguros que más convenga, realizar los trámites bancarios, pagar, cobrar, comunicarse con los vendedores de su empresa, recoger los pedidos; es decir todas aquéllas operaciones que requiere el comercio.

Otros lo definen como la entrega de información, productos o pagos por medio de líneas telefónicas, redes de ordenadores o de cualquier otro dispositivo electrónico.

Para facilitar el uso del comercio electrónico y en función de ser la internacionalidad una característica del mismo, los foros internacionales de codificación adoptaron varios textos.

5.3-Marco normativo a escala comunitaria.

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno (1996), provee normas uniformes sobre el comercio electrónico aunque no lo define expresamente se aplica a *“todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales”* alcanzando todo tipo de relaciones de índole comercial sean o no contractuales.

A escala comunitaria tenemos el marco normativo de la Unión Europea que está compuesto por la Directiva del Parlamento Europeo y de Consejo⁴⁸, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a la sociedad de la información. Modificada por la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y de Consejo⁴⁹, en la que aparece una definición de comercio electrónico *“cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico, para el tratamiento*

⁴⁷ ALCAIDE DE LA FUENTE, A, ob. cit pág. 19 y ss. Clasifica al comercio electrónico en función del tipo de relación que se establece entre las distintas partes que pueden integrar el intercambio comercial. Comercio electrónico tradicional: sólo entre empresas: círculos cerrados; número limitado de participantes; redes cerradas propias; participantes conocidos y dignos de confianza; la seguridad forma parte del diseño de la red y el mercado es un círculo. Comercio electrónico basado en internet: empresas-consumidores, empresas-empresas, empresas-administraciones públicas, usuarios-usuarios; mercado mundial abierto; número ilimitado de participantes; redes abiertas no protegidas; participantes conocidos y desconocidos; es necesaria la seguridad y autenticación y la red es el mercado.

⁴⁸ Del 28 de junio de 1998.

⁴⁹ Del 20 de noviembre de 1998.

(incluida comprensión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de servicio.” Encuadra al comercio electrónico como un servicio de la sociedad de la información y reconoce dos modalidades: el que se realiza entre empresarios y/o profesionales y el que tiene lugar entre éstos y los consumidores⁵⁰.

Por Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo⁵¹, se fomenta al comercio electrónico, uno de los instrumentos elegidos para la efectiva realización del mercado interior europeo.

5.4-Marco normativo en el derecho nacional.

En el derecho nacional no existe regulación concreta del comercio electrónico, en cambio sí existen otras áreas en las cuales se recurre a medios informáticos de comunicación⁵². Por ejemplo, en el texto de la ley 11.683 ordenado por Decreto 821/98 y sus modificaciones de Procedimientos Fiscales, contempla el “domicilio fiscal electrónico”, “comunicación informática del acto administrativo”⁵³, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) ha reglamentado estos preceptos por Resolución General 1995/2006⁵⁴, e innumerables disposiciones para actividades particulares (comercio de granos, boletos electrónicos, etc.).

El Banco Central de la República Argentina (BCRA) también utiliza medios electrónicos para comunicarse con las entidades financieras⁵⁵.

La Comisión Nacional de Valores (CNV) creó la “Autopista de la Información Financiera” con el objeto de sustituir la recepción de documentos en soporte papel por documentos digitalizados⁵⁶.

La Secretaría de Turismo por resolución 257/2000⁵⁷ reglamenta la comercialización de servicios turísticos por medios informáticos.

⁵⁰ GUIADO MORENO, ANGELA, “Formación y perfeccionamiento del contrato en Internet”, Marcial Pons citado por ALCAIDE DE LA FUENTE, A, ob. cit.

⁵¹ Del 8 de junio de 2000.

⁵² ALEGRÍA, HÉCTOR, “Informática y concurso (primeras ideas para un temario)”, publicado en Sup. CyQ 2010 (abril), 22/04/2010.

⁵³ Ley 26044, 8 de junio de 2005, artículo 1º, inciso II, domicilio fiscal electrónico; y el Inciso XXVIII, alude a la comunicación informática del acto administrativo.

⁵⁴ Resolución General 1995/2006. AFIP, 20 de enero de 2006, Procedimiento Fiscal, Comunicación informática de actos administrativos.

⁵⁵ BCRA, Comunicación “A” 05/05/1997 Circular RUNOR 1-215, “Sistema Nacional de Pagos. Implementación.” Comunicación “A” 4609 27/12/2006 Circular RUNOR 1-805, “Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática y sistemas de información y recursos asociados para las Entidades Financieras.”

⁵⁶ CNV, Resolución General N° 345/99 Remisión de información financiera de emisoras por la Autopista de la Información Financiera y Autopista de la Información Financiera sobre comunicación de los dictámenes de las calificadoras de riesgo, disponible en <http://www.cnv.gov.ar/leyesyreg/CNV/RGCNV345.htm>.

⁵⁷ Secretaría de Turismo, Resolución 257/00, 30/06/2000, Venta y/o promoción vía Internet, disponible en <http://www.turismo.gov.ar/esp/drst/legisl.htm>.

Por medio de la ley 25.506 de Firma Digital y su decreto reglamentario 2628/2002, “se reconoce el empleo de la firma digital y firma electrónica y su eficacia jurídica, dicho reconocimiento constituye un elemento esencial para otorgar seguridad a las transacciones electrónicas, promoviendo el comercio electrónico seguro, de modo de permitir la identificación de forma fehaciente de las personas que realicen transacciones electrónicas”. La ley 25.922 de Promoción de la industria del Software, basada en el reconocimiento de la producción del Software como actividad industrial, brinda una serie de beneficios fiscales a fin de promover la innovación y modernización tecnológicas por parte de empresas y de instituciones, con el fin de generar un mercado interno que responda a las necesidades de las TICS.

Diversos campos o giros comerciales se han desarrollado a través de Internet, no obstante, se ha podido comprobar que no en todos los países existe como una forma habitual para hacer negocios y esto se debe a cuestiones económicas, políticas, sociales y culturales propias de cada nación.

Argentina necesita un entorno seguro que implique no sólo una doctrina para crear un marco normativo que reconozca y estimule el comercio electrónico sino también una estrategia regional a través del Mercosur⁵⁸ para el desarrollo de los debates internacionales.

5.5-Nuestro concepto: Comercio Electrónico es el conjunto de operaciones mercantiles realizadas por medios de comunicación, a través de soportes técnicos como internet y otras vías de información, transmitida en forma electrónica.

Se utiliza en la compra de tickets aéreos, compra y venta de mercaderías (equipos fotográficos, filmadoras, celulares, etc.) y demás artículos que ofrece el supermercado global, mediante la facturación electrónica y pago por tarjetas de crédito o débito.-



⁵⁸ Mercado Común del Sur: sus estados miembros son Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Tienen estatus de estado asociado Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. Venezuela, aún no es miembro de pleno derecho, está a la espera de que los senados de Brasil y Paraguay aprueben su solicitud de admisión.

LAS FUNCIONES DEL MODERNO DERECHO DE DAÑOS

*Martín Juárez Ferrer**

Resumen: En el trabajo se analizan las funciones del moderno derecho de daños, que ha evolucionado desde una concepción fuertemente subjetivista, centrada en la culpa o el dolo del dañador, a una concepción que pone el acento en el daño causado y sufrido por la víctima, y sobre todo, en la ausencia (o presencia) del deber de soportar dicho daño. Para ello se analiza la vinculación del derecho de daños con el mandato constitucional de afianzar la justicia, y en particular, con la idea de dar a cada uno lo suyo. Todo ello confluye en la idea actual de reparación integral.

Palabras claves: justicia - distribución - evolución - derecho de daños - reparación integral.

Toda democracia es necesariamente actuante, pues tiene un ideal que jamás alcanza. Establece como principio el progreso indefinido de la sociedad y une este progreso al desarrollo de la civilización material. Para asegurar el progreso es necesario reformar sin cesar el derecho tradicional. La aristocracia puede conformarse con defender y conservar, la democracia inevitablemente debe conquistar y aumentar. De aquí la incesante transformación del derecho bajo la presión de la idea democrática¹.

1. El Derecho de Daños y la Justicia

Existen importantes conexiones entre el mundo de *lo político* y el mundo de *lo jurídico*, pero la mayoría de las veces es *lo político* quién determina a *lo jurídico*. Las formas en que lo político determina lo jurídico son múltiples y muy variadas, pero para formarnos una idea de la intensidad de estas relaciones conviene tener en cuenta que toda decisión normativa implica una distribución de poder en un algún sentido, y casi siempre,

* Abogado (UNC). Maestrando en Derecho y Argumentación y alumno de la carrera de Doctorado (UNC). Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales - CONICET. E Mail: martinjuarezferrer@yahoo.com.

¹ RIPERT, GEORGES. *El régimen democrático y el derecho civil moderno*. Traducción de José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1951. Págs. 14/15.

una determinada asignación de recursos a una u otra parte involucrada en una situación social. Estas interrelaciones resultan más visibles en áreas de derecho público, donde el poder político tiene intereses fuertes y directos, tales como el derecho electoral, el derecho parlamentario, el derecho administrativo, e incluso el derecho penal.

En contraposición, muchas veces se piensa al derecho privado como algo de carácter técnico, como reglas precisas que tienen una fuerte raíz histórica, pero que tienen pocas conexiones con cuestiones valorativas. Se ve al derecho privado como algo aséptico, sin contenido valorativo. En este trabajo, se parte de la idea de que el derecho privado no es aséptico, y que detrás de cada norma, de cada problemática del derecho privado, hay una elección de valores, una elección política sobre dos opciones, una elección que se relaciona con lo que es justo, y con lo que no lo es.

Para empezar hablar del tema de que este trabajo, esto es, el derecho a la reparación integral, y las bases constitucionales del derecho de daños, es necesario preguntarnos entonces por las relaciones entre el derecho privado y la justicia. Ante la pregunta de cómo el derecho de daños se relaciona con la justicia, conviene, quizás, responder con otra pregunta: ¿Para qué sirve el derecho de daños?

Las posibles respuestas a esta pregunta han ido variando con el tiempo. La responsabilidad civil y el derecho de daños han ido cobrando un auge creciente desde la época de la codificación (1804, año en que se sancionó el Código Napoleón) hasta la actualidad. En un primer momento se asocio la responsabilidad civil a una suerte de sanción civil, en la que quién con dolo o culpa grave causaba un daño a otro debía hacerse cargo de los daños y perjuicios. Lo que buscaba el sistema de la responsabilidad civil era sancionar a quién obraba por fuera de los parámetros de un buen padre de familia, o de un prudente hombre de negocios. El derecho de daños servía para sancionar los delitos civiles.

Posteriormente surgieron nuevas ideas, que procuraron relacionar la responsabilidad civil con la indemnización de los daños causados. El énfasis pasó de la *mala conducta* de quien provocaba, de una u otra manera, el suceso dañoso, al sufrimiento y los perjuicios que este suceso causaba en la víctima. A partir de estas ideas *indemnizatorias* es que se desarrolló el moderno derecho de daños. Hoy el acento no se pone en la conducta del dañador, sino en los perjuicios sufridos por la víctima del suceso dañoso. Por ello, la respuesta a la pregunta inicial pasa a tener un contenido *resarcitorio*.

Dentro de las respuestas de tono *resarcitorio*, una respuesta posible es que el derecho de daños sirve para distribuir el costo de los daños. Esto quiere decir que el derecho de daños es un conjunto de reglas que

clasifica, separa y distribuye el costo de los daños. Todos los días ocurren cosas —sucesos— que implican que una persona o más sufra un daño, una lesión, ya sea en su patrimonio, en su familia, o en su espíritu. Lo más común es que los costos patrimoniales y las aflicciones espirituales deban ser soportadas, material y moralmente, por las mismas personas que intervienen en el suceso dañoso. Y otras tantas veces el costo de los daños lo paga otra persona, haya o no intervenido causalmente en el suceso dañoso.

¿Cómo sabemos quién debe soportar los costos de los sucesos dañosos? Justamente el derecho de daños es el que se encarga de decir quién y en qué medida deberá hacerse cargo del costo de los daños. ¿Podríamos prescindir del derecho de daños? Si el derecho de daños no existiera, cada quién debería afrontar los propios costos de sus daños.

Ahora bien, ¿sería esto justo? Tal vez podría pensarse que esto es justo. Pero todo el derecho surge como una reacción a lo que *naturalmente* sucede, como un intento de acomodar y distribuir bienes, de forma distinta a lo que *naturalmente* ocurre, de acuerdo a criterios que se consideran justos². La distribución de los resultados dañosos ha sido ligada fuertemente con la justicia desde el derecho romano. Así, Ulpiano, al definir que es la justicia, decía que era *la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo*. Asignar, distribuir, dar a cada uno lo que le corresponde, eso es justamente para lo que sirve el derecho de daños.

Cabe preguntarse entonces cómo sabemos como *dar a cada uno lo suyo*. Existen diversas situaciones y circunstancias que hacen que podamos encontrar en los sucesos dañosos personas que consideramos que deben hacerse cargo de los resultados. A estas situaciones y circunstancias las llamamos *factores de atribución*. Estos factores de atribución son la columna del derecho de daños, y son el criterio con el cual se asignan y distribuyen los resultados dañosos. Los factores de atribución se relacionan fuertemente con nuestra concepción de lo que es justo, e intentan hacer una distribución *justa* del costo de los daños.

Mediante la distribución de los daños a través de los factores de atribución procuramos *dar a cada uno lo suyo*, en el sentido de lo que cada uno *debería tener*. Lo que cada uno *debería tener* es lo que el derecho de daños intenta decirnos. Por eso, el derecho de daños no es simplemente un conjunto de normas de índole técnica, sino que intenta reflejar una concepción teórica de lo que es justo, *dando a cada uno lo suyo*, a fin de dis-

² Debe entenderse esta afirmación como relativa al fenómeno del Derecho como distribuidor de derechos y deberes, que asigna con criterios particulares dichos deberes y derechos, criterios que muchas veces intentan corregir el estado natural de cosas, tratando de corregir situaciones injustas o en las que la fuerza, el dinero, u otras cuestiones no relacionadas con la justicia tienen un peso relevante.

tribuir el costo de los daños que suceden constantemente en la vida. Ello implica que detrás de este conjunto de reglas hay una clara concepción filosófica de lo que es justo, y que dichas normas obedecen a propósitos que les dan significado en el conjunto del derecho positivo, propósitos que en definitiva pueden resumirse en el de *afianzar la justicia*, que contiene el preámbulo de la Constitución Nacional.

2. El principio de Justicia Distributiva en el Derecho Privado

El valor *justicia*, que es aquel hacia donde deben tender los sistemas jurídicos, es frecuentemente separado en dos aspectos: justicia conmutativa y justicia distributiva. Frecuentemente se asocia el derecho privado con la justicia en su faz *conmutativa* y el derecho público con la justicia en su faz *distributiva*.

Gustav Radbruch dice que *la justicia conmutativa representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación, por ejemplo, entre la mercancía y el precio, entre el daño y la reparación, entre la culpa y la pena. La justicia distributiva preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas, por ejemplo, en el reparto entre ellas de los tributos fiscales con arreglo a su capacidad de tributación*³. Agrega después que la justicia conmutativa *presupone la existencia de dos personas jurídicamente equiparadas entre sí*, mientras que la justicia distributiva, *por el contrario, presupone tres personas, cuando menos: una persona colocada en un plano superior y que impone cargas o confiere beneficios a dos o más subordinadas a ella*.

De ahí que Radbruch, considerando que en el derecho privado lo propio es la igualdad entre las personas (seguramente teniendo en mente el derecho contractual), afirma que el ámbito propio de la justicia conmutativa es el del derecho privado, mientras que el derecho público, en el que los administrados (o, anteriormente, los súbditos) están subordinados a la Administración Pública, es el ámbito de la justicia distributiva. Finalmente, relaciona a la justicia distributiva con el adagio latino *suum cuique tribuere*, esto es, dar a cada uno lo suyo, que era uno de los tres principios de la justicia según Ulpiano (los otros eran *honeste vivere* —vivir honestamente— y *alterum non laedere* o *naeminem laedere* —no dañar a otro—).

En el derecho de daños, parte del derecho privado, la regla no es tanto la justicia conmutativa, sino más bien la justicia distributiva, esto es, *dar a cada uno lo suyo*. Pese a que pueda haber dos personas jurídicamente equiparadas, producido un daño, de lo que se trata es de repartir y asig-

³ RADBRUCH, GUSTAV. *Introducción a la filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1952 (8º Reimpresión: 2002), págs. 31-32.

nar las cargas que implica el suceso dañoso. La justicia se logra asignando a cada parte lo que le corresponde, lo que es suyo, distribuyendo los resultados dañosos⁴.

3. Transformaciones del Derecho de Daños moderno

Desde la mitad del S. XX hasta la actualidad el derecho de daños ha tenido una importante evolución, transitando desde (usando la terminología de Ricardo L. Lorenzetti) la concepción de la responsabilidad civil como deuda hacia la actual idea de la indemnización como crédito de la víctima.

La dinámica de la vida contemporánea transformó la responsabilidad civil en el actual *derecho de daños*. Este tránsito, que Lorenzetti califica como *giro copernicano*, implicó pasar de una mirada sobre el fenómeno de lo dañoso con acento en el deudor de los daños, a la preeminencia de los derechos de la víctima de tales sucesos dañosos.

La valorización de la situación de la víctima de los sucesos dañosos vino de la mano de la evidencia de los múltiples riesgos que conlleva la vida moderna, riesgos que muchas veces ocasionaban daños injustos, y que podían ser evitados con mayor facilidad por quienes los producían que por las potenciales víctimas de tales riesgos. En nuestro país la ley 17.711 (1968), que modificó buena parte del Código Civil fue el hito que marcó el comienzo de esta nueva era esta materia que antes solía llamarse responsabilidad civil. La modificación del art. 1113 fue quizás la más importante de toda la reforma en relación al derecho de daños, puesto que introduce las bases de la responsabilidad objetiva, al regular la responsabilidad por cosas riesgosas (puesto que ésta es la especie y aquella es el género).

La responsabilidad objetiva, y el riesgo como factor de atribución despertaron muchas reticencias y críticas, pese a su incontestable consagración legislativa. Estas críticas intentaron en un primer momento reducir el ámbito de su aplicabilidad y hacer de esta un régimen de excepción. La realidad ha ido superando estas teorías, y hoy es evidente que la enorme mayoría de casos de derecho de daños que se llevan a los tribunales tienen factor de atribución objetivo⁵, pese a lo cual aun existen quienes preten-

⁴ LORENZETTI, RICARDO L., "El sistema de responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?", LL 1993-D, 1140, afirma que *históricamente, la responsabilidad se ha basado en un problema bilateral, de justicia conmutativa, atinente exclusivamente al derecho privado patrimonial. Actualmente se plantea que, desde este microproblema, se puede acceder al nivel macrosocial, analizando las consecuencias de las decisiones tomadas a nivel bilateral. Se desprende entonces, que es competencia del jurista el estudio de la relación bilateral y de sus consecuencias distributivas.*

⁵ Lamentablemente el Poder Judicial de la Provincia no tiene estadísticas desagregadas respecto de los juicios por daños y perjuicios que se inician por año, pese a que dicha informa-

den hacer de la culpa y de los factores subjetivos de atribución la regla y de la responsabilidad objetiva la excepción. La controversia de la modernización del derecho de daños sigue en muchos frentes, y uno de los más arduos se da en torno al principio de la reparación integral.

Las transformaciones en el derecho de daños no se limitan a la triunfante irrupción de los factores objetivos de atribución, sino que también implican el cambio en las concepciones de los otros presupuestos del daño. La antijuridicidad pasa de ser *formal* a una noción *material* que comprende infracciones no solo a normas determinadas, sino también a principios y valores jurídicos, e incluso al ordenamiento jurídico integralmente considerado. El daño deja de ser relacionado con el antiguo concepto de *derecho subjetivo* para incluir también intereses legítimos y simples intereses, y se considera daño jurídico la afectación a cualquier interés no ilícito, patrimonial o extrapatrimonial. La relación de causalidad es flexibilizada mediante doctrinas como la de la creación de una fuente de riesgo como elemento de prueba del nexo causal, y la de la presunción de la adecuación del nexo causal⁶.

El acento puesto en el daño *injustamente sufrido* conlleva una clara opción por la víctima de los sucesos dañosos, a la que se presume la parte más débil de la relación jurídica que genera el acaecimiento de un suceso dañoso. Ello también implica que el derecho de daños ya no es visto tanto como una extensión del derecho penal, que busca castigar los ilícitos civiles, sino como un instrumento que permita retrotraer la situación de quien sufre *injustamente* un daño a una situación lo más parecida posible a la anterior al daño. Lorenzetti se refiere a estos cambios como el paso de una concepción de la responsabilidad civil como una deuda, a una responsabilidad civil concebida como crédito de indemnización⁷.

Un hito en las transformaciones del derecho de daños es la aparición y el desarrollo del concepto de *reparación integral*. Este concepto aparece esbozado por primera vez en el fallo *Santa Coloma*⁸ (1986) de la Corte Suprema. El concepto de reparación integral hace referencia al resarcimiento que intenta poner las cosas en el estado más parecido posible al anterior al suceso dañoso, al que intenta reparar todos los daños que están en relación de causalidad con el suceso dañoso. La Corte Suprema,

ción podría ser fácilmente recogida, puesto que al momento de la presentación se requiere la indicación del tipo de responsabilidad por la que se acciona. La afirmación que aquí vierto se basa en el hecho notorio de que gran parte de los juicios de daños que se inician tienen como causa los accidentes de tránsito, casos regidos por el factor de atribución objetivo del art. 1113. Esta afirmación fue sugerida por el Dr. R. Daniel Pizarro en sus clases.

⁶ LORENZETTI, RICARDO L., "La responsabilidad civil", LL 2003-A, 973.

⁷ LORENZETTI, RICARDO L. "El sistema de responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?", LL 1993-D, 1140.

⁸ CSJN, Santa Coloma, Luis F. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos (5.8.86). LL 1987-A, 442.

al asignarle un fundamento constitucional a este principio, que deriva del *alterum non laedere* de Ulpiano, sienta las bases de la constitucionalización del derecho de daños. Esta quizás sea una de las transformaciones más relevantes, y de mayores efectos prácticos de los últimos veinte años, con especial énfasis en los últimos años, valiendo como botón de muestra lo resuelto *in re Aquino*⁹(2004).

4. ¿De qué daños hablamos cuando hablamos de daños jurídicos?

Ciertamente, el concepto que he esbozado recién puede causar alguna perplejidad, puesto que gran parte de los sucesos dañosos que acaecen en la vida *no tienen vuelta atrás*. El concepto de reparación integral, como ideal al que debe tender el derecho de daños, no intenta modificar las leyes del espacio y del tiempo, sino procurar que la reparación que obtenga la víctima sea tal que permita *compensar* los daños sufridos, para reparar lo materialmente reparable, y suavizar o mitigar el dolor espiritual que no es reparable con dinero.

Pero la pregunta inicial subsiste, e implica una anterior: ¿todos los sucesos dañosos que acaecen en la vida dan lugar a reparaciones o resarcimientos jurídicos? La respuesta, forzosamente, es no. Muchas de las cosas que desearíamos que no nos pasen en la vida no tienen una respuesta desde lo jurídico. Y está bien que así sea, ya que si no el derecho y los jueces tendrían que reescribir constantemente la historia, tal como se hacía en 1984¹⁰. Ahora bien, la pregunta ¿cuáles daños son resarcibles? obtiene como respuesta: los daños jurídicos.

Esta cuestión no es sencilla, ni hay acuerdo (como en casi todos los ámbitos de la vida, existen fuertes desacuerdos, aun contando la mejor buena fe y la información de las personas que sostienen posiciones contrarias). Lo cierto es que parte de las transformaciones de la antigua *responsabilidad civil* en este moderno *derecho de daños* han pasado por la ampliación del espectro de daños que se consideran jurídicos.

La ampliación de las fronteras del daño jurídico pasó por la protección de intereses jurídicos que excedía la noción clásica de derecho subjetivo, extendiéndose la tutela del derecho de daños a lo que se conocía como intereses legítimos, y luego a los llamados intereses simples no ilegítimos. Un claro ejemplo de este avance está en el reconocimiento de un derecho a la reparación de la concubina, por los daños derivados de la muerte del concubino.

⁹ CSJN, Aquino, Isacio c/ Cargo (21.9.04). LL 2005-A, 230.

¹⁰ ORWELL, GEORGE. 1984. Booket, Buenos Aires, 2006.

Con este breve pantallazo de lo que son los daños jurídicos, intentaré desmontar un falso argumento consecuencialista, frecuente entre quienes se oponen a la reparación integral. Este argumento, brevemente explicado, señala que la aplicación práctica del concepto de reparación integral causaría el fin del derecho de daños, y la necesaria intervención del derecho y de los jueces en todos los casos en que haya un suceso dañoso. Este argumento es erróneo por cuanto el hecho de que todos los daños jurídicos deban ser resarcidos en su plenitud no implica que todos los daños (jurídicos y no jurídicos) sean resarcidos plenamente. El argumento es más efectista que complejo. La ampliación del territorio de los daños jurídicos no implica que todos los daños son jurídicos.

Por ende, no todo daño es resarcible. Todos aquellos daños que se deriven de situaciones a las que el derecho no acoge, siquiera en la forma de interés simple, no serán resarcibles. Por cierto que los límites más o menos amplios de *lo resarcible*, de los daños que son jurídicos, variarán con el tiempo, acorde a las normas vigentes y a los movimientos jurisprudenciales. Pero algo es claro: la reparación integral no intenta extender los límites de lo resarcible, sino que los daños resarcibles sean reparados en su plenitud. Y no parece posible extender los límites de *lo resarcible* indefinidamente.

Una extensión desmesurada de *lo resarcible* sería, en cualquier caso, indeseable, por el fuerte *perfeccionismo* que importaría¹¹. El concepto de *perfeccionismo* hace referencia a la tendencias ideológicas que propugnan el progreso social a través de la observancia de un ideal moral (religioso o no) individual por todos los miembros de la sociedad. Resarcir *todos* los daños podría implicar poner en tela de juicio todas las acciones y decisiones de las personas, sin que haya un ámbito de resguardo del individuo exento de la ley, lo que se traduce en una necesaria limitación de la autonomía personal, que tan celosamente procura tutelar el art. 19 de la CN.

Quizás dónde los peligros de la desmesurada extensión del campo de lo resarcible se ve con más claridad es en el derecho de familia. Cada vez es más común encontrar en las revistas jurídicas fallos en los que se hace lugar a indemnizaciones por supuestos que antes nunca se hubieran pensado. Un ejemplo de esto es la indemnización por falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial. Creo que estas cuestiones están en el límite de la invasión de la autonomía personal, que es mirada y sopesada cada vez con más rigor. Hay casos en que directamente esta es avasallada y dejada de lado, que se oyen con asombro y estupor en la televisión y en la radio, como

¹¹ Sin que ello importe cerrar el debate, bien interesante, respecto de la socialización de los daños, y la introducción de técnicas o modalidades reparatorias que aseguren un mayor respeto del derecho a la reparación integral, tales como por ejemplo, la asunción subsidiaria de los daños por parte del Estado.

por ejemplo de un chico con retraso mental que demanda a los médicos por no haber aconsejado oportunamente el aborto¹².

Por mi parte, creo que es posible y deseable realizar la idea de un derecho privado, de un derecho de daños que otorgue una plena y real protección a quienes sufren daños jurídicos, conservando la autonomía personal, es decir, un derecho de daños *liberal*, que al mismo tiempo no descuide la tutela de quienes sufren la consecuencia de daños jurídicos. La existencia de un derecho de daños fuertemente protectorio de los más débiles no implica la extensión desmesurada de su campo de acción, sino que puede realizarse a través de una opción política – constitucional como la que nuestra Constitución ha realizado a favor de la reparación integral.

5. ¿Cuál es la función del derecho de daños? Prevención, indemnización, sanción

Retomando un interrogante del primer acápite, diré algunas cosas sobre la función del derecho de daños. En la actualidad muchas veces se pretende hacer del derecho de daños una herramienta multiuso, aunque convendría verificar para qué es realmente idóneo el derecho de daños y dónde su uso resulta problemático.

Muchas veces se habla de la función preventiva del derecho de daños. Creo que el derecho de daños es eminentemente *ex post*, y que más allá de que en algunos casos pueda haber algunos mecanismos de *tutela preventiva* relacionados con la evitación de daños, en el derecho ambiental o en el derecho del consumidor, no pasan de ser casos aislados. Sin embargo, no creo que la función preventiva del derecho de daños presente mayores dificultades. Juan M. Prevot¹³ afirma que la *tutela civil inhibitoria* puede formar parte del derecho de daños, pero no estrictamente de la “responsabilidad civil”. Personalmente, coincido con el autor reseñado, aun cuando creo que esta discusión no es demasiado relevante para el tema de este trabajo.

Respecto de la función sancionatoria del derecho de daños, es bien problemática. De alguna manera, las ideas que propugnan la sanción de conductas disvaliosas a través del derecho de daños son una suerte de reminiscencia del antiguo derecho de daños, que hacía foco en la conducta dolosa o culposa de quién ocasionaba un daño. Por ello, creo que debe haber cierta precaución a la hora de proclamar, y sobre todo, de extender las situaciones en que el derecho de daños da lugar a indemnizaciones con contenido sancionatorio. Aun cuando los supuestos a los que usualmente

¹² Kassama vs. Magat, reseñado por MEDINA, GRACIELA. *Daños en el derecho de familia*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, págs. 449 y ss.

¹³ PREVOT, JUAN MANUEL, “¿Prevenir, punir o resarcir?”, LL.

se alude cuando se habla de la función sancionatoria del derecho de daños, es decir, los daños punitivos, se tratan de situaciones en las que hay una conducta dolosa del causante del daño, a la que la dispersión de los daños suele facilitar la impunidad. Ello plantea serias cuestiones, que comienzan en el conjunto de garantías que deben darse a quien se le pretende imponer una indemnización de contenido sancionatorio, e incluyen la difícil pregunta relativa a quién debe beneficiarse con dichas penas.

La principal función del derecho de daños es la función resarcitoria. Esto significa que el principal cometido del derecho de daños es ordenar el resarcimiento de daños jurídicos sufridos por una persona. Esto implica, necesariamente, hacer transferencias económicas, del dañador hacia la víctima, transferencias que traducen una asignación *ex post* de los daños generados por un determinado suceso. Es por ello que también se habla de que mediante el derecho de daños se distribuyen los daños. Todos los resultados dañosos serán asignados de acuerdo a las reglas conforman el derecho de daños. Algunos daños deberán ser soportados por las propias víctimas de las mismas, por haber sido ellas mismas las causantes del resultado dañoso, o bien por tratarse de casos fortuitos, en los que no hay un tercero que debe responder por las consecuencias dañosas del caso. Habrá otros casos, y estos son los que mayormente interesan al derecho de daños, en que el sujeto que ocasiona¹⁴ los daños deberá responder por ello, resarciendo, indemnizando a quién ha sufrido los resultados dañosos. En qué medida, y cómo son las respuestas que el derecho de daños tiene que dar. Y es en el campo de la función resarcitoria donde debe tenerse como norte, como ideal regulativo, y como tamiz por el que deben pasar las soluciones, la reparación integral de los daños.

Esta es la principal función que tiene el derecho de daños en la sociedad: asignar y distribuir los daños, tratando de hacer una justa determinación de lo que cada uno de los participantes debe afrontar luego de acaecido el suceso dañoso.

6. ¿Qué es resarcir?

Resarcir, principal función del derecho de daños, significa realizar una distribución de los daños jurídicos de manera tal que haya una justa asignación de los resultados a cada participante del suceso dañoso, y que quien haya sufrido daños que, *ex post*, no le resultan jurídicamente atribuibles, obtenga una reparación, una compensación por dichos daños.

¹⁴ Aclarando aquí que se usa la expresión *dañador* en un sentido amplio, que incluye tanto el autor material de un daño como a quién la norma le imputa las consecuencias jurídicas dañosas de otras personas o de ciertas cosas.

Resarcir implica intentar borrar la huella del suceso dañoso respecto de quién no había razones para que soportara dichos daños, tratando de volver las cosas al estado inmediatamente anterior al del suceso dañoso.

7. Conclusiones

En este capítulo se ve como el derecho de daños funciona como realizador del valor constitucional de *afianzar la justicia*, tratando de *dar a cada uno lo suyo* y de cada quien soporte el costo de los daños que se producen según determinados parámetros de justicia; se trata, eminentemente, de una justicia *distributiva*, que pretende sobretodo asignar y distribuir los costos de situaciones disvaliosas que acaecen.

En este sentido se ha movido el derecho de daños moderno, cuya principal transformación respecto del antiguo derecho de la responsabilidad civil consiste en que la mira del legislador y del intérprete no está tanto puesta en lo disvalioso de la acción o conducta que origino el daño, sino que actualmente se atiende principalmente a lo sufrido por la víctima. El moderno derecho de daños tiene como pilar fundamental el daño causado, daño que la víctima no tenía del deber de soportar, en detrimento de la antijuridicidad de la conducta del dañador. Esto provocó un corrimiento de la frontera de lo que se consideraba *daño jurídico*, concepto que ha sido considerablemente ampliado en la actualidad, y que incluye menoscabos a intereses simples, teniendo como límite la inexistencia de un deber de soportar el daño. También ha habido modificaciones en otros presupuestos de la responsabilidad civil, tales como la antijuridicidad, que ha pasado a ser *materialmente* considerada, y se han ampliado enormemente los factores de atribución.

Ello ha llevado a la pregunta respecto de qué y cuándo un daño es jurídico, respuesta que debe proveer una teoría general del responder, y que por cierto tendrá que considerar el corrimiento de fronteras en los presupuestos del daño resarcible o *daño jurídico* ya mencionado, lo que provoca una evolución que llega a su último hito con la idea de reparación integral. Esto también debe ser relacionado con lo que se espera del derecho de daños moderno, es decir, de la utilidad y funciones que exigiremos y pretenderemos de un derecho que asigne costos de daños. Y actualmente, resulta claro que el derecho de daños ha perdido su carácter predominante sancionatorio o penal, para asumir un papel bien específico, que es el de organizar y reglar lo relativo a los resarcimientos.

Finalmente, se ha intentado dar una respuesta, esquemática quizás, pero útil, a la pregunta: ¿qué es resarcir?, pregunta que lleva ínsita multiplicidad de cuestiones previas, tales como la vigencia, extensión y condiciones de los presupuestos del daño jurídico, y que hoy se responde

de la siguiente manera: resarcir es volver un estado de cosas a una situación lo más similar posible al momento anterior al daño, lo que se vincula con lo anteriormente expresado: que resarcir, en el cabal sentido del término, implica reparar integralmente los daños sufridos.

Bibliografía Específica

AGOGLIA, MARÍA M., BORÁGINA, JUAN C., y MEZA, JORGE A. “La lesión de los intereses difusos”. JA 1993-III, 887

ALTERINI, ATILIO A., “El futuro de la codificación en Francia y en América Latina”, LL 2004-C, 1337.

— “Rumbos actuales del derecho de daños”, LL 2008-E, 1295.

GHERSI, CARLOS A. “Posmodernidad jurídica - El análisis contextual del derecho como contracorriente a la enseñanza de la abstracción jurídica”, LL 1997-F, 1049.

LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ MARÍA. “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones 1978, 941.

LORENZETTI, RICARDO L., “El sistema de responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?”, LL 1993-D, 1140.

— “La Descodificación y Fractura del Derecho Civil”. LL 1994-D, 724.

— “La Función delimitadora de las normas del Derecho Privado”. LL 1995-D, 1220.

— “La responsabilidad civil”. LL 2003-A, 973.

— “Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños”. LL 1996-B, 1107.

— “Sistema de derecho privado actual”. LL 1996-D, 1337.

MAYO, JORGE y PREVOT, JUAN MANUEL, “La responsabilidad civil hoy”, LL 2008-C, 944.

NINO, CARLOS SANTIAGO. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Astrea. Buenos Aires. 1992.

PREVOT, JUAN MANUEL. “¿Prevenir, punir o resarcir?”, LL.

RADBRUCH, GUSTAV. *Introducción a la filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1952 (8ª Reimpresión: 2002).

RIPERT, GEORGES. *El régimen democrático y el derecho civil moderno*. Traducción de José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1951.

ZANNONI, EDUARDO A. “Derecho Subjetivo e Interés Simple en la Responsabilidad Civil”. En ALTERINI, ATILIO A. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M. *La Responsabilidad (Homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg)*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.



LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN ARGENTINA: EFECTOS PATRIMONIALES

BASES PARA UNA FUTURA LEGISLACIÓN

*Nora Lloveras**

*Olga Orlandi***

*Fabián Faraoni****

*Marcelo J. Salomón*****

*Susana Verplaetse******

*Valeria Durán******

*Sebastián Monjo******

Resumen: Se describe sucintamente la realidad sociológica de las parejas convivenciales, los aspectos contemplados tangencialmente en la legislación argentina y las decisiones jurisprudenciales relativas a las alternativas utilizadas para la distribución de los bienes subsistentes a la ruptura de la unión. Se concluye dando los fundamentos acerca de la conveniencia de re-

* LLOVERAS, NORA. Profesora Titular de la cátedra de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta a la cátedra de Derecho Constitucional. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora. Mail: noval@arnet.com.ar.

** ORLANDI, OLGA. Profesora Adjunta de la cátedra de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Investigadora. Mail: oorlandi@arnet.com.ar.

*** FARAONI, FABIÁN, Profesor, Jefe de Trabajos Prácticos de la cátedra de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Vocal de la Cámara de Familia de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba. Mail: ffaraoni@justiciacordoba.gov.ar.

**** SALOMÓN, MARCELO J., Adscripto a la cátedra de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Juez de Conciliación Laboral de la ciudad de Villa María. Mail: marcelosalomon@arnet.com.ar.

***** VERPLAETSE, SUSANA, Adscripta a la cátedra de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora. Mail: susanaverplaetse@hotmail.com.

***** DURÁN, VALERIA, Auxiliar de la cátedra de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora. Mail: licvaleriaduran@yahoo.com.ar.

***** MONJO, SEBASTIÁN, Adscripto a la cátedra de Derecho Privado VI y Derecho Privado VII. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Mail: sebastian.monjo@gmail.com.

gular las convivencias de pareja y los lineamientos a tener en cuenta para una futura regulación.

Palabras claves: Uniones maritales de hecho – efectos contemplados - régimen de bienes – proyección futura.

Sumario: 1. El planteo; 2. Las uniones convivenciales en la realidad; 2.1. Las uniones convivenciales en Argentina; 2.2. Causas de las uniones convivenciales; 3. Efectos que generan las uniones de hecho; 3.1. La legislación reglamentaria actual; 3.2. Efectos no contemplados en la legislación pero reconocidos por la jurisprudencia; 4. La necesidad de regulación de las uniones convivenciales; 4.1. ¿ Porqué deben ser reguladas?; 4.2. Bases que debe contemplar una futura legislación.

1. El planteo

Se ha debatido en obras, en congresos y en diversas reuniones científicas sobre la necesidad de regular, en mayor o menor medida, los efectos de las convivencias de pareja¹.

Ello se trasluce a partir de la existencia del derecho de raigambre constitucional a contraer matrimonio² que tiene como contracara el derecho constitucional a “no casarse”, por lo que se plantea el problema —a dilucidar— sobre si la tutela que se dispense a estas convivencias estables de pareja, debe ser distinta a la que emana de la institución matrimonial y, en su caso, si debe contemplar también las uniones convivenciales del mismo sexo.

En este último aspecto, corresponde señalar que encontrándose en prensa esta investigación se ha sancionado en el mes de julio del 2010 la Ley N° 26.618³ de Matrimonio Civil, que incorpora al sistema jurídico vigente el matrimonio entre personas del mismo sexo, que hasta ese momento carecían de protección legal, reconociéndole iguales efectos a los consagrados por el Código para las uniones heterosexuales (conf. art. 42, ley 26.618 y art. 172, C. Civ., en su actual redacción)⁴.

La norma viene a reflejar una realidad social en la que cada vez son más las personas que deciden vivir abiertamente su sexualidad e, incluso, formar una familia, otorgándoles la posibilidad de concretar legalmente el vínculo afectivo, cuya bienvenida se propicia en este párrafo pues marca un antes y un después en la noción tradicional de familia, a la vez que pone

¹ Entre otros autores mencionamos: BELLUSCIO, AUGUSTO C., *La distribución patrimonial en las uniones de hecho*, LL 1991-C-959; Bossert, Gustavo A., *Régimen jurídico del concubinato*, 4ª ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs. As., 1998.

² Véase el art. 20 de la CN y otros contenidos en los Tratados y convenciones internacionales (art. 75, inc. 22 CN).

³ Sancionada el 15/07/2010 (BO del 22/07/2010).

⁴ Conf. LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA, *El matrimonio civil argentino*. Ed. Nuevoenfoque, Diciembre, 2010.

de manifiesto las nuevas tendencias del derecho en los tiempos que nos tocan vivir.

Pero, conforme el abordaje que se propone en el presente trabajo, aún resta —en el año 2010— como materia pendiente de nuestro Parlamento la regulación de las uniones convivenciales y sus efectos, a los fines de plasmar aquel derecho constitucional de las personas “a no casarse” que se presenta como el opuesto al de aquellas que quieren consolidar sus vínculos mediante la unión matrimonial civil.

Resulta evidente que la legislación argentina actual —reglamentaría—, en relación a las uniones convivenciales o de hecho, no cumple con el mandato constitucional de tutelar las diversas formas familiares; no se adecua a la idea pluralista y a los principios de responsabilidad y solidaridad que nutren los tratados de derechos humanos de rango constitucional.

Los conflictos discurren a diario planteando puntos de decisión sobre: a) el deber de asistencia entre los convivientes; b) los alimentos; c) la responsabilidad por las deudas contraídas por uno de ellos para atender las necesidades del hogar, crianza y educación de los hijos; d) la protección de la vivienda familiar; e) la guarda de los hijos menores o incapaces; f) la distribución de bienes a la ruptura o vaciamiento de la unión convivencial, entre otros.

El Código Civil mantiene una posición abstencionista, por lo que la falta de respuestas específicas en el ámbito del derecho de familia crea numerosas situaciones de injusticia y desprotección —particularmente en los casos de ruptura de las parejas— en relación a la asistencia, a la vivienda, al modo de distribución de los bienes adquiridos durante la convivencia y a la protección económica del conviviente supérstite.

Debido a que la voz “concubinato” tiene una carga subjetiva que denota ilicitud e inmoralidad, se prefiere nominar a esta uniones como “matrimonio aparente”, “unión libre”, “unión de hecho marital”, “unión de hecho”, “unión extramatrimonial”, “parejas convivientes”, “convivencias estables de pareja”, convivencias “more uxorio”, “familia de hecho”, “familia natural”, “uniones convivenciales”, “familia no matrimonial”⁵.

⁵ Cfr.: AZPIRI, JORGE O. *Uniones de hecho*. Hammurabi. Buenos Aires 2003, página; Grosman, Cecilia P. *Alimentos entre convivientes*. Lexis Nexis. 2002. Doctrina RDF 2002-23-45; *¿Debe regularse a las convivencias de pareja?*; Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina. Doctrina JA 80º Aniversario 1998-240; IÑIGO, DELIA B., *Bien de familia y convivencias de pareja*. Lexis Nexis 2002. Doctrina RDF 2002-23-63. *La convivencia de pareja (concubinato) en el Proyecto de Código Civil 2001*. Lexis Nexis. Doctrina RDF 2001-18-169. *Nuevas formas familiares: uniones de hecho*, ponencia presentada al X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 1998; *Algunas cuestiones patrimoniales de las uniones de hecho*, Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., n. 13, 1998; GUASTAVINO, ELÍAS P. *Bien de familia, parentesco extramatrimonial y aspectos conexos (A propósito de un reciente fallo)*. LL. Litoral, 1998-1-407; BOSSERT, GUSTAVO A., *Régimen jurídico del concubinato*, Astrea, Buenos Aires, 1997; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Pro-*

En *sentido restringido* se considera que las uniones maritales de hecho son aquellas constituidas por dos personas de distinto sexo que conviven en aparente matrimonio con características de estabilidad, singularidad, permanencia⁶.

Por otra parte el *sentido amplio*, otorga diversos alcances, comprendiendo aquellas compuestas por personas del mismo o distinto sexo que organizan una vida en común⁷.

El diccionario de la Real Academia Española⁸ define el concubinato (del lat. *concubinātus*) como la “relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados”.

Preferimos utilizar con igual sentido la expresión uniones convivenciales o de hecho u otras análogas, intentado suprimir cualquier tinte discriminatorio de estas formas familiares que están presentes en la sociedad actual.

Analizaremos los efectos de las uniones de convivenciales en nuestro país, para culminar en una reflexión sobre las cuestiones relevantes a considerar a la hora de plantear soluciones: la diversidad de causas que originan las convivencias de pareja y si es necesario partir de la potestad de autodeterminación de sus miembros o deben regirse por normas de carácter imperativo.

2. Las uniones convivenciales en la realidad

Las uniones convivenciales en Argentina están en franco incremento por lo que describimos algunos de los factores que determinan la

tección de la vivienda familiar, Hammurabi, Buenos Aires, 1995; BELLUSCIO, AUGUSTO C. “La distribución patrimonial en las uniones de hecho” LA LEY 1991-C, 958; BORGONOVO, OSCAR, *El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1987; ZANNONI, EDUARDO A., *El concubinato*, Ed. Depalma, Bs. As., 1970; Conclusiones del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 1998; *Recomendaciones del Congreso Hispanoamericano de profesores de Derecho de Familia*, Salta 1983; “Recomendaciones de las Jornadas de Derecho Civil, en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa”, Santa Fe, 1990.; “Conclusiones de las IV Jornadas Interdisciplinarias de Derecho de Familia, Minoridad y Sucesiones” Morón, 9 al 11 de noviembre de 1995 (JA 1996-I-953); SYDIANA, ALEJANDRO; *Adopción simultánea y uniones de hecho*. Diario La ley 22/01/2007. pag. 1; BASSET, URSULA CRISTINA Título: “Familia, uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídico”; LL 04/06/2009; ALLES MONASTERIO DE CERIANI CERNADAS, ANA, Concubinato: *¿Supone la existencia de una sociedad de hecho? (Simulación e interposición real de persona)*. LL 1994-D, 1023.

⁶ AZPIRL, JORGE O.; Caracteres de la unión marital de hecho . RDF 2002-23-35.

⁷ El Código Civil Francés distingue: TITULO XII. Del pacto civil de solidaridad y del concubinato. Artículo 515-1. Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores de edad de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común. Artículo 515-8. El concubinato es una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja.

⁸ www.rae.es - Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición.

causa de su aumento, a fin de contar con un panorama que ayude a contrastar con la legislación presente y proyectar la futura.

2.1. Las uniones convivenciales en Argentina

La existencia de parejas no formalizadas constituye una práctica social relevante en todo el mundo, lo que produce cambios significativos a nivel legislación de los países que abordan la temática.

Argentina no es ajeno al fenómeno mundial, y se observa también un incremento notable de las parejas de convivientes.

Conforme la información proporcionada por el INDEC⁹, se evidencia el incremento de este modo de conformación u organización familiar.

Además el aumento de la cantidad de hijos extramatrimoniales y el descenso de la tasa de nupcialidad son datos demográficos que hacen presumir el crecimiento del número de convivencias.

Observamos que el fenómeno recorre todas las clases sociales lo que refleja la creciente aceptación social de dichas uniones. Ello conduce a pensar que no se advierte negativamente que dos personas se unan de hecho, sobre todo en las nuevas generaciones que tienden a la convivencia previa al casamiento, postergándose esta decisión indefinidamente en algunos casos. Si bien es cierto que el debate de la regulación de este tipo de relaciones se torna difícil —por posiciones sectoriales divergentes—, lo real es que las uniones existen y son aceptadas progresivamente por la comunidad.

2.2. Causas de las uniones convivenciales

Las razones que originan el aumento de las uniones de hecho¹⁰ obedecen a diferentes factores¹¹.

Una de las causas de relevante gravitación en la actualidad es el desinterés de la pareja por el revestimiento institucional de su vida con-

⁹ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. <http://www.indec.mecon.ar>. Desde 1980 a 1991, en la franja de 20-29 años, su proporción aumentó del 15,1% al 26,6% en todo el país. Según el último Censo realizado en el año 2001 sobre un total de 6.515.115 uniones, 1.600.101 eran de hecho. Con más precisión, del total de la población que integra el núcleo conyugal del hogar, el 25 % son parejas convivientes. Si se toma la franja etárea entre los 25 y 34 años, el porcentaje asciende al 37 %.

¹⁰ Cfr.: VALERO, ANGELES; *La muerte de la familia, mito o realidad*. Escritos de Teoría Sociológica en homenaje a Luis Rodríguez Zúñiga. Ed. Centro de Universidad sociológica. Madrid 1992. *El nuevo sentido de la nupcialidad* pág. 1131, y *La cohabitación* pág. 1133.

¹¹ Ver. GROSMAN, CECILIA P; *¿Debe regularse a las convivencias de pareja?* Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina. Doctrina JA 80º Aniversario 1998-240. ORLANDI, OLGA E., VERPLAETSE, SUSANA, *La transformación de la familia y el derecho en Colección temática Derecho de Familia / 7: Procedimientos en Divorcio y Separación Personal* (Directores: Darío Cúneo - Clayde U. Hernández). Editorial Juris. Rosario 2008. ps. 33 a 81.

junta. Las finalidades o funciones que cumplían la familia matrimonial se pondera hoy desde el núcleo familiar compuesto por dos personas con o sin ropaje matrimonial, basándose en los afectos y el bienestar de sus integrantes, soporte del núcleo, cimiento de la vida cotidiana y socialización de los hijos. Se vislumbra una modificación de las representaciones sociales y el casamiento ha dejado de ser el único horizonte para la vida en común.

Más que un rechazo al compromiso, la decisión de no casarse es el resultado de la redefinición de la unión como una cuestión eminentemente privada.

Este fenómeno se debe a una multiplicidad de razones de orden cultural, económico, histórico, jurídico y social.

En las zonas rurales y en el interior del país, las personas no tienen interiorizado el modelo de familia matrimonial-legal. La forma ordinaria o habitual para constituir una pareja y conformar una familia es “unirse” o “estar juntos”, de donde provienen diferentes voces populares.

En las grandes urbes argentinas, este fenómeno se presenta de forma progresiva por la creciente formación de valores propios, de decisiones de vida, de opciones de las personas, de situaciones o pautas culturales.

El fracaso de un porcentaje importante de los matrimonios que se observa en el aumento de la tasa de divorcialidad, ha contribuido también a ensanchar el volumen de las uniones de hecho. Las nuevas parejas, ya sea por haber vivido una experiencia malograda o porque temen las complicaciones que podría aparejarles un nuevo juicio de divorcio, se resisten a ingresar al marco formal.

Con frecuencia, en los casos de las segundas uniones, uno o ambos integrantes de la pareja resiste casarse para no compartir los bienes o no perjudicar los derechos de los hijos de un vínculo precedente.

El reflejo de personas cercanas cuyos matrimonios concluyeron en divorcio, esto es, la experiencia negativa que viven las personas cuando observan cómo a su alrededor se multiplican los matrimonios fracasados, es otro de los motivos que los llevan a pensar que para mantener el amor, es mejor alejarse de las imposiciones y moldes preestablecidos.

Cualquiera sea la o las causas que determinan el incremento de las uniones de hecho, no podemos dejar de afirmar que las uniones convivenciales son una forma de familia que de acuerdo a los principios constitucionales, merecen una tutela jurídica que tenga en cuenta las múltiples causas sociológicas y jurídicas que generan el incremento en número en la actualidad.

3. Efectos que generan las uniones convivenciales

Si bien es una tendencia mundial la regulación de los efectos de las uniones de hecho, nuestro derecho reglamentario adopta una posición abstencionista frente a este tipo de familias.

Pese a que no tenemos una regulación integral de este tipo de uniones, la realidad le ha ganado a la abstención. De a poco se observan —sobre todo en la jurisprudencia—, diversas situaciones en las que a las uniones de hecho se les ha reconocido efectos legales.

La legislación argentina y la jurisprudencia reconocen ciertos y limitados derechos a los convivientes que reseñamos.

3.1. La legislación reglamentaria actual

Enumeramos los efectos legales regulados para las uniones de hecho.

1. Causal subjetiva de separación personal o divorcio vincular.

El adulterio y las injurias graves —que pueden configurarse en una situación de convivencia estable o de hecho— constituyen causales subjetivas de separación personal y divorcio según se consigna en los arts. 202 inc. 1º y 4º, y 214 inc. 1º CCiv.

2. Equipara al concubinato el caso de nulidad del matrimonio contraído con mala fe de ambos cónyuges El art. 223, inc. 1º, CCiv. establece que “si el matrimonio anulado fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno. La nulidad tendrá los siguientes efectos: 1) la unión será reputada como concubinato, 2) en relación a los bienes, se procederá como en el caso de la disolución de una sociedad de hecho, si se probaren los aportes de los cónyuges, quedando sin efecto alguno las convenciones matrimoniales”.

3. Presunción de paternidad del concubino. El art. 257 CCiv. (ley 23.264), incorpora la presunción de paternidad del hombre que hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción.

4. Derecho alimentario. El art. 210 CCiv. Establece la caducidad o cese del derecho alimentario si el cónyuge que lo percibe vive en concubinato. Igual sanción cabe en el caso de divorcio vincular, de conformidad a lo establecido en el art. 218 CCiv.

5. Beneficios sociales. La ley 24.241 en el art. 53, concede el “*beneficio de pensión*” al conviviente por fallecimiento del jubilado¹².

Recientemente por Resolución 671/2008 de la Administración Nacional de la Seguridad Social¹³ se declara a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53 de la Ley N° 24.241. A tal efecto, la convivencia se acreditará según los medios probatorios exigidos¹⁴.

La ley 20.744 de Contrato de Trabajo, en su art. 248 establece que cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, queda equiparada a la viuda la mujer que hubiere convivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento. Esta misma ley equipara el concubinato al matrimonio en materia de licencias por caso de muerte, concediendo tres días corridos tanto si ha fallecido el cónyuge como si fue la persona con quien estuviese unido en aparente matrimonio (art. 158).

6. Vocación hereditaria. La ley establece la pérdida de la vocación hereditaria del cónyuge separado personalmente que conservó la vocación hereditaria si se configura una relación de hecho o concubinato (art. 3574 CCiv.), como así también la del cónyuge inocente de la separación de hecho o separación provisional decretada por juez competente que viviere en concubinato (art. 3575 del CCiv.).

7. Derechos contemplados para los convivientes ante la muerte del otro

En el caso del “matrimonio in extremis” a los fines sucesorios, el art. 3573 CCiv. en su texto actual, mantiene los derechos hereditarios del cónyuge supérstite, cuando el matrimonio se hubiera realizado para regularizar una situación de hecho, aún cuando el enfermo falleciere de esa enfermedad dentro de los 30 días de contraído el matrimonio.

¹² La reglamentación del artículo 53 aprobada por el Decreto N° 1290/94, estableció en su parte pertinente que: “1. La convivencia pública en aparente matrimonio durante los lapsos exigidos en el artículo que se reglamenta, podrá probarse por cualquiera de los medios previstos en la legislación vigente. 2. La prueba testimonial deberá ser corroborada por otras de carácter documental, salvo que las excepcionales condiciones socio-culturales y ambientales de los interesados justificaran apartarse de la limitación precedente. 3. Se presume la convivencia pública en aparente matrimonio, salvo prueba en contrario, si existe reconocimiento expreso de ese hecho, formulado por el causante en instrumento público...”

¹³ Resolución 671/2008 de la Administración Nacional de la Seguridad Social del 19/08/2008; Publ. 27/08/2008. AbeledoPerrot. Newsletter Diario 27/08/2008.

¹⁴ Decreto N° 1290/94. del 29 de julio de 1994, Aprueba la reglamentación de los artículos 48, 49, 50, 52 y 53 de la Ley N° 24.241.

8. Continuación de la locación a favor del conviviente del locatario

En la ley 23.091, el art. 9º otorga el derecho a la continuación del arrendamiento por fallecimiento del locatario a quien “acredite haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar”.

9. Donación de órganos o materiales anatómicos a favor del conviviente

La ley 24.193 (reformada por la ley 26.066) —en su art. 15— permite la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante, entre otros, a la persona que sin ser cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal con una antigüedad no menor de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. El lapso se reducirá a dos años si de dicha relación hubieran nacido hijos.

También se contempla la posibilidad del concubino a expedirse sobre la última voluntad del difunto respecto de la donación de órganos de su pareja prevista por el art. 21 de la ley 24.193 (reformada por la ley 26.066).

10. Prohibición de adoptar. La ley 24.779 de adopción —incorporada al CCiv.—, dispone que solamente los esposos pueden adoptar (art. 315 CC). No obstante ello se observan fallos en los que se ha autorizado la adopción conjunta por convivientes.¹⁵, lo que describe una tendencia también en el reconocimiento jurisprudencial de las uniones convivenciales.

11. Acceso a la historia clínica

Ley 26529 /09 sobre los derechos de los pacientes, otorga legitimación para acceder a la historia clínica con la autorización del paciente: al cónyuge o persona que conviva con él en unión de hecho, sean o no del mismo sexo, los herederos forzosos y los profesionales del arte de curar.

12. Leyes de violencia familiar

La Ley de Violencia Familiar 24.417¹⁶ (con idéntica tendencia de regulación en las jurisdicciones provinciales) equipara al unido/a de he-

¹⁵ Juzgado Flia San Carlos de Bariloche. “G. P. E. A. s/ adopción plena” - 05/11/2008. “O., A. y A., J. C.. S/ Adopción” - Tribunal Colegiado de Familia N° 5 - Rosario (Santa Fe) - 15/11/2006 - Eldialexpress, 05/12/2006.

¹⁶ La Ley 24.417 Ley de violencia familiar - Fecha B.O: 03/01/1995.

Ley de violencia familiar de Córdoba: ley 9283/2006. Art. 4: todas aquellas personas que sufriesen lesiones o malos tratos físicos o psíquicos por parte de algunos de los integrantes del grupo familiar, entendiéndose por tal, el surgido del matrimonio, de uniones de hecho o de relaciones afectivas, sean convivientes o no, persista o cesado el vínculo comprendiendo ascendientes, descendientes y colaterales.

cho con el esposo/a, a efectos de protegerlo de las situaciones de violencia (art. 1).

Ley 26.485¹⁷ —Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales— en el art. 6, al definir violencia doméstica, entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos.

13. Facultad de regularización de la situación dominial

La ley 24.374 en el art. 2º, faculta al conviviente a regularizar la situación dominial en los casos de ocupación de vivienda única y permanente que no tuvieran título.

14. Cuestiones impositivas

Los convivientes (“concubinos”) pueden liquidar el impuesto a la renta en forma individual, colocándolos en mejor situación que los cónyuges, que sufren una carga impositiva, por un mecanismo de cálculo de alícuotas progresivas, que le suma al marido ciertas rentas gananciales administradas por la esposa (ley 20.628).

3.2. Efectos no contemplados en la legislación pero reconocidos por la jurisprudencia

En el caso de las uniones convivenciales, la protección de la familia —cualquiera sea su origen— es el principio que debe orientar las soluciones de la jurisprudencia.

Nuestros tribunales, en forma pacífica y uniforme, han sentado que la mera relación de hecho nominada “concubinato” no genera por sí sola derechos y obligaciones recíprocos ni engendra consecuencias jurídicas, salvo que la ley expresamente se las atribuya por razones que, en nuestro régimen legal, no podrán fundarse en el reconocimiento de la existencia de vínculo matrimonial¹⁸.

Pero el camino ha sido continuamente dibujado por respuestas jurisdiccionales que abarcaron respuestas que la ley argentina no otorga. De esta forma, se ha mitigado el desamparo que causa la falta de regulación en casos concretos, con fundamentos en los principios constitucionales de los DDHH. Citaremos algunos aspectos relevantes.

¹⁷ Sancionada: 11/03/2009; promulgada: 01/04/2009; publicada: 14/04/2009.

¹⁸ Corte Sup., 11/3/1982, in re “C. de S., E. J. L. s/suc.”, Fallos 295:376; ED 68-225 y 98-546; LL 1976-D-181; íd., C. Nac. Civ., sala E, 3/11/1998, expte. E251440, reseña de la Secretaría de Jurisprudencia de la C. Nac. Civ., sumario 0011848, JA del 22/8/1999, n. 6160, pág. 56.

a) Indemnización por daños

En un comienzo, los tribunales argentinos no reconocieron legitimación de el o la concubina para reclamar indemnización por los daños por la muerte del concubino.

Luego se fue gestando una tendencia indeclinable, por la cual se admite dicha titularidad procesal y sustancial, aunque limitado a cierto tipo de daños y a cierto tipo de concubinos, imponiendo una carga probatoria a quien lo alega (diferencia con el reclamo efectuado por el cónyuge, en que la ley presume que dicho daño existe)¹⁹.

La C. Nac. Civ. en oportunidad de fundamentar la doctrina plenaria recaída in re “F. M. C. y otro v. El Puente S.A. T. s/daños y perjuicios”²⁰ admitió la legitimación de los concubinos para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, con fundamento en lo establecido por los arts. 1068 y 1079 CCiv. La lectura de los fundamentos vertidos permite advertir que no se hace hincapié en la situación de hecho del concubinato sino que se alude a la producción de un daño, sin supeditar la indemnización al requisito de que ese daño afecte un interés “jurídicamente” protegido.

En relación al daño moral, la situación es distinta, ya que los concubinos no estarían legitimados para reclamar el daño moral que les haya causado la muerte de su compañero, ya que el art. 1078 del CCiv. lo limita a los herederos forzosos, calidad que no revisten los concubinos.

Ya hemos sostenido que no encontramos razonabilidad en el dispositivo del art. 1078 CC, en tanto el derecho del damnificado indirecto a obtener la reparación plena o integral del daño excede la protección de categorías familiares o legitimarios que prevé la ley reglamentaria para el daño moral —descendientes, ascendientes y cónyuge—²¹.

De la misma forma en varias soluciones de jurisprudencia se reconoce legitimación a los concubinos para reclamar la indemnización por daño moral causado por la muerte del compañero²², entendiéndose que “se viola la igualdad en la reparación de los daños, la que debe ser integral, toda vez que el artículo 1079 del CCiv. posibilita la legitimación activa a todos los damnificados indirectos con respecto a los daños materiales y el

¹⁹ Conf.: ARIANNA, CARLOS A. *Concubinato. Legitimación activa del concubino ante la muerte del otro* Revista de Derecho de Familia. Lexis Nexis. 1999-14-305.

²⁰ Ver fundamentos de la doctrina plenaria recaída in re “F. M. C. y otro v. El Puente S.A. T. s/daños y perjuicios”, de fecha 04/09/1995.

²¹ LLOVERAS, NORA; MONJO, SEBASTIÁN, *La legitimación activa del miembro de la unión convivencial para reclamar por daño moral: el art. 1078 CC*, LL Cba, año 26/ Número 4/ Mayo 2009, pág. 347.

²² En este sentido la Sala II de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata, el 23 de noviembre de 2004 (Rev. Derecho de Familia, Lexis Nexis, 2005-II-77, D.J. 2005-1-188, y J.A. 2005-IV-284).

art. 1078 CCiv. se limita a algunos legitimados. Esta desigualdad jurídica va contra el principio de reparación integral²³.

b) Protección de la vivienda familiar

b.1. Bien de familia

De acuerdo a lo preceptuado como requisito para la inscripción como bien de familia, no estarían legitimados los integrantes de una unión de hecho²⁴.

La C.Nac. Civ. rechaza el planteo de inconstitucionalidad del art. 36 de la ley 14394 en relación a la petición de inscripción como bien de familia, solicitada por convivientes estables con hijos. Los peticionantes constituyen una unión de hecho y —según refieren— conforman un grupo familiar junto con la hija de ambos²⁵. En el precedente de fecha 13/10/1997 dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario (Sala I)²⁶, se hizo lugar a la solicitud de inscripción de un bien de familia a favor de los cuatro hijos menores de edad de una pareja unida sólo por matrimonio eclesiástico desde hacía 20 años.

Se esboza la legitimación de los miembros de la unión estable para solicitar la inscripción y la afectación como Bien de Familia de un inmueble, en los términos de la ley 14394²⁷.

b.2. Disposición y atribución del hogar asiento de la convivencia²⁸

En varios fallos se ha aplicado analógicamente el art. 1277 CCiv. destinado a la unión matrimonial, a las uniones convivenciales. El art. 1277 CC exige para el matrimonio la necesidad de contar con el asentimiento del cónyuge no propietario para disponer del inmueble ganancial e incluso del bien propio de uno de ellos, cuando se encuentra radicado el hogar

²³ C. Apel. Civ. y Com., Mar del Plata, sala 2ª, 26 de diciembre de 2007, autos "C. M. y Otro C. L. R. y Otra S/ Daños y Perjuicios". Lexis Nexis Newsletter diario.

²⁴ Conf.: LL Litoral, 1998-I-552, con nota de Guastavino Elías P. "Bien de Familia, parentesco extramatrimonial y aspectos conexos". LUNA, Daniel G.; Bien de familia. Condominio y concubinato; SJA 28/02/2007; INIGO, Delia, "Bien de familia y convivencias de pareja", RDF 2002-23-63.

²⁵ C. Nac. Civ., sala A; 11/07/2000; R., P. D. v. I.G.J.; JA 2001-II-73.

²⁶ LL Litoral, 1998-I-552, con nota de GUASTAVINO, ELÍAS P. "Bien de Familia, parentesco extramatrimonial y aspectos conexos".

²⁷ Así nos hemos pronunciado: LLOVERAS, NORA; MONJO, SEBASTIÁN, Ponencia *El Bien de Familia y la Unión Convivencial o de Hecho* en las XI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, Junio 2007, siendo aprobada por la Comisión de Derecho Civil presidida por la Dra. Nora Lloveras.

²⁸ Conf.: FLAHER, LILY R.; AGUILAR, ROSANA I. *Concubinato, desalojo y vivienda*; LL 2006-B, 759; AREÁN, BEATRIZ, *Bien de familia*, 2001, Ed. Hammurabi, pág. 31; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, 1995, Bs. As., Ed. Hammurabi.

conyugal y existen hijos menores de edad o incapaces, aún luego de disuelta la sociedad conyugal²⁹.

Se sostiene que “el legislador, conforme se desprende del espíritu de la norma ha pretendido siempre proteger al menor o incapaz, tutelar el hogar familiar, aún una vez roto el vínculo por lo cual requiere el consentimiento de los cónyuges. Si tal temperamento se ha de seguir con la conclusión de una institución, como el matrimonio, o sociedad conyugal, el mismo debe seguirse con el concubinato...”³⁰.

Se trata solamente de trasladar la solución pensada y legislada para las uniones matrimoniales —art. 1277 CC—, en cuanto a la protección del “techo” familiar y de la tutela de los menores e incapaces, a las uniones convivenciales o de hecho.

De igual manera se atribuyó la vivienda sede del hogar conyugal —bien propio del concubino—, a su conviviente —madre de los hijos— que ostentaba la tenencia de ellos con fundamento en la protección de los menores³¹.

c) Derechos previsionales del concubino

La CSJN en “Zapata, Lucrecia Isolina c/ ANSES s/ Pensión” revoca la sentencia que denegó el derecho a pensión por no cumplirse el requisito de convivencia pública requerido por el art. 53 de la ley 24.241, señalando que se debe tener en cuenta el carácter tutelar del derecho previsional y los fines que lo inspiran, que son la cobertura de los riesgos de subsistencia, la ancianidad y la protección integral de la familia, refiriendo que dentro del

²⁹ Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 2 de Zárate, 30712/98 “GLR C/RRG S/ División de Condominio” (Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 15, cit. pág. 235 y stes.); Cam. 1° Apel. Civ. y Com. de La Plata, Sala II, del 04/11/19997, “SGF C/EMC S/División de Condominio”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, julio de 1997 pág. 27; Juzgado Nacional en lo Civil N° 33, del 15/03/2005, “MGF C/ SCM S/División de Condominio”, www.lexisnexis.com.ar; CNCiv., Sala K, 31/05/2006, Revista La Ley del 03/08/2006, con nota de la Dra. María Victoria Famá, titulada: “Convivencias de Pareja y protección de la vivienda familiar: la aplicación analógica del art. 1277 del Código Civil”.

³⁰ Juzgado Nacional en lo Civil N° 33, del 15/03/2005, “MGF C/SCM S/División de Condominio”, www.lexisnexis.com.ar. CNCiv., Sala K, 31/05/2006.

³¹ “No obsta a la solución adoptada en el caso la circunstancia de que el inmueble sea un bien propio del aquí apelante. Al respecto, la doctrina –en criterio que comparto– ha puntualizado que si de la unión concubinaria hubiesen hijos menores que convivesen con el progenitor a quien se pretende excluir del inmueble, y éste ha obtenido la guarda de ellos, el propietario no podría reclamar lisa y llanamente el desalojo sin dejar satisfecho el derecho a la vivienda de los hijos a quienes debe alimentos (art. 265 y conc., C. Civil). En tal supuesto, sostiene el maestro Zannoni, «la protección de la vivienda a favor de los hijos menores traslada el centro de la gravedad de la cuestión a lo asistencial y desplaza el puro interés patrimonial determinado por el cese de la convivencia” “V., R. O. c/ R., A. C. s/ Tenencia” – CÁMARA DE APELACIONES DE TRELEW (Chubut) – 15/12/2009 Eldial.express Viernes, 29 de Enero de 2010 - Año XII - N° 2953.

marco del art. 14 bis de la CN., la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio.

La línea jurisprudencial iniciada por reconocer la pensión al cumplirse el requisito de convivencia pública, se profundiza al reconocerse en algunos supuestos el derecho a pensión para convivientes del mismo sexo³².

d) Ruptura de la unión de hecho y distribución de bienes

El concubinato no crea obligaciones recíprocas para las partes ni constituye una comunidad de bienes en sí misma, más allá de la posible titularidad en condominio de bienes inmuebles o la sociedad comercial que pudiere existir entre ellos, en cuyo caso los efectos y regímenes aplicables serán los que respectivamente correspondan a la institución jurídica de que se trata, más allá de la unión de hecho³³.

No existe ninguna norma que expresamente legisle sobre el régimen de bienes de las uniones de hecho, por lo que la doctrina y la jurisprudencia recurren a distintas construcciones jurídicas a los fines de solucionar los conflictos que surgen como consecuencia de la separación o extinción de la unión.

Se opta así por equiparar la situación a algún instituto o figura jurídica legal a los fines de dar respuesta a los conflictos que surgen como consecuencia de la extinción de la unión convivencial.

Los jueces recurren a parámetros tales como la existencia de una sociedad de hecho, la configuración de un acto jurídico simulado, el enriquecimiento sin causa, entre otros.

Efectuaremos una apretada síntesis de las principales posturas, fundamentos y respuestas en el marco de la jurisprudencia, observando cómo se distribuyen los bienes que acrecientan el patrimonio de los convivientes durante la unión.

d.1. Disolución y liquidación de la sociedad de hecho

Un sector de pensamiento, a los fines de disolver los bienes existentes en la unión convivencial, recurre a la figura de la sociedad de hecho,

³² Juzg. 1ª Inst. Cont. Adm. La Plata, del 09/03/2005; "Y.E.A. c. Caja de Previsión y Seguro Médico de la Pcia. Bs. As."

³³ SALAS, ACDEEL E., TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Código Civil anotado*, t. IV, 1999, Ed. Depalma, comentario al art. 1665 y sus citas; BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., pág. 60 y sus citas; BOSSERT, GUSTAVO A., *Régimen jurídico del concubinato* cit., pág. 52 y sus citas; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL y HERRERA, MICAELA, *Efectos jurídicos de las relaciones de hecho. Responsabilidad por la ruptura*, LL 1999-C-365; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL, *Concubinato*, 2002, Ed. Abeledo-Perrot, Lexis 0029/000013, entre otros.

supuesto en el cual aplicarán las reglas que regulan la disolución y liquidación de una sociedad de hecho³⁴. Se expresa que la convivencia estable por sí misma, no configura la sociedad de hecho³⁵. Es decir que “la sola convivencia en aparente matrimonio no genera ni hace presumir la existencia de una sociedad de hecho entre los integrantes de la pareja”³⁶.

Se postula que para tener por configurada la sociedad de hecho, se exige que ambos convivientes hayan realizado aportes y esfuerzos con el objetivo de obtener utilidades y participar ambos en las ganancias y en las pérdidas. Así, se debe probar: aportes comunes; contribución en las pérdidas y ganancias; la *affectio societatis* o espíritu de lucro³⁷.

Sólo cuando las relaciones patrimoniales se insertan en esa figura contractual societaria —sociedad de hecho—, independiente del hecho de la convivencia estable o concubinato, podrán reconocérsele derechos patrimoniales al integrante —o sus herederos— que reclame algún tipo de participación en los bienes del otro³⁸.

d.2. Comunidad de bienes e intereses

A los fines de saltar el obstáculo del fin de lucro consignado como exigencia, se ha recurrido a la construcción jurídica de una comunidad de bienes e intereses para resolver el conflicto de los bienes existentes en la unión convivencial al tiempo de la ruptura.

Es decir, en caso de que se descartase la existencia de la sociedad de hecho por ausencia de una actividad lucrativa de la pareja, se suele encuadrar el caso en una relación genérica de comunidad de bienes e intereses conforme lo dispuesto en el art. 1663 CCiv.³⁹.

El código civil establece que cuando la existencia de la sociedad no pueda probarse, los socios que hubiesen estado en comunidad de bienes o de intereses, podrán alegar entre sí la existencia de la sociedad para pedir la restitución de lo que hubiesen aportado a la misma, la liquidación de las operaciones hechas en común, la partición de las ganancias y de todo lo adquirido en común sin que los demandados puedan oponer la nulidad o no existencia de la sociedad (art. 1663 C.Civ.).

³⁴ Arts. 223 inc. 1° y 2°, 1648, 1655, 1662, 1670, 1702, 1703, 1758, 1760, 1777, y ss CCiv., arts. 22, 25, 101, 109 y cc, Ley 19.550.

³⁵ BOSSERT, GUSTAVO, *Régimen Jurídico del Concubinato*, Ed Astrea, Buenos Aires, 1997.

³⁶ C. 3ª Civ. y Com. Córdoba, 12/12/2006, “Amuchastegui, Marta B. v. Ardanaz, Carlos P.”, publicado en Lexis Nexis Cba. Newsletter del 26.12.2006.

³⁷ C. Apel. Civ. y Com. Paraná, Sala II, 03/11/2004 (ZEUS, T. 98-R. 760, N° 21071). La sociedad no “puede ser extendida a todos los bienes, acorde con lo dispuesto por el art. 1651 del CC”.

³⁸ C. Apel. Civ., Com. y Cont.adm. 2ª Nom. Río Cuarto, 09/05/2008, “Leyes, Matilde Filomena c. Demonte, Héctor Francisco”, LLC 2008 (agosto), 810.

³⁹ C. Nac. Civ., sala F, 05/11/1991, en LL 1992-A-458.

El inconveniente de esta figura comunidad de bienes e intereses, es la inexistencia de normas legales (más allá de la citada)⁴⁰, que respalde la disolución y liquidación de lo aportado por los miembros de la unión convivencial y otras consecuencias.

d.3. Condominio

Desde otro sector, suelen aplicarse las reglas de la división de condominio para resolver el conflicto de los bienes frente a la ruptura de la unión convivencial, aún cuando la titularidad registral del bien luce en cabeza de uno de los miembros de la unión convivencial⁴¹.

En este supuesto, cuando la titularidad registral contrasta con la calidad y cantidad de aportes realizados por ambos compañeros, se pide que se consolide la copropiedad o condominio del bien sobre ambos convivientes (arts. 2673, 2676, 2684, 2687, 2692, 2693, 2695, 2698 y cc CCiv.)⁴².

El inconveniente de esta posición radica en que la acción de división en condominio, en general, es una acción real que exige, para que pueda ser interpuesta, que existan dos o más titulares registrales. Por ello se expresa que sólo puede interponer una acción de división en condominio, uno de los condóminos, y quien no es tal no estaría legitimado activamente⁴³.

En suma, posicionarse en la acción de división de condominio para disolver y liquidar los bienes existentes en la unión convivencial, puede exhibir el obstáculo de la legitimación procesal.

d.4. Aplicación analógica de las normas de la sociedad conyugal

En otro sentido, una posición absolutamente minoritaria afirma que podrían aplicarse analógicamente a la unión convivencial estable, las normas referidas a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal y distribuirse por mitades los bienes existentes a su disolución (arg. arts. 1291, 1315 y cc. CCiv).

En realidad, en principio no creemos que esta sea una opción independiente, sino que cuando no se ha demostrado la cuantía de los aportes se observa en la jurisprudencia la decisión de atribución por mitades a los dos convivientes, de los bienes adquiridos durante la unión —como si

⁴⁰ Algún sector aplica las normas del condominio como la Sala II de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul, L.L. Bs. As., 2004-986.

⁴¹ C. Apel. Civ. y Com. de Bell Ville, Córdoba, Sent. N° 1, 30/10/2006, autos "TOLEDO, Víctor Hugo c/ Liliana Teresa GRANDE - Dem. Ordinaria", expte. "T" N° 5/05, Inédito

⁴² C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 04/07/2002, "C., J. C. v. F., H.", JA 2003-I-80, Lexis N° 20030488.

⁴³ C.Nac.Civ., Sala G, 15/12/2000, "P.E. vs. C.H..N." JA 2002-II.

se tratara de bienes “comunes”—, teniendo en cuenta los principios de la sociedad conyugal.

d.5. Enriquecimiento sin causa

Es principio del derecho que toda atribución patrimonial debe obedecer a una justa causa. Es por ello que cuando se traslada un bien o un valor del patrimonio de una persona al de otra enriqueciéndosela sin título o razón jurídica que lo justifique, se está configurando el instituto del “enriquecimiento sin causa”. Este instituto puede ser considerado como principio general de derecho o puede otorgársele autonomía y características propias.

La figura del enriquecimiento sin causa tiende a hacer nacer una obligación personal en cabeza de uno de los integrantes de la unión de hecho, consistente en restituir lo aportado por el otro miembro de la unión (arts. 582, 589, 591, 2309, 2310 y cc del CCiv.).

El fundamento⁴⁴ radica en que, de no restituirse los aportes⁴⁵, se consolidaría una verdadera injusticia o inmoralidad⁴⁶ por parte de uno de los miembros de la unión convivencial, a costa exclusiva del otro miembro, situación que no puede merecer amparo ni en la ley ni en la justicia⁴⁷. Ha sido admitida esta figura —por ejemplo— para el supuesto de las tareas de refacción de la vivienda⁴⁸.

Por lo tanto, desde esta línea de pensamiento se intenta evitar el despojo total de los aportes de uno de los miembros, que beneficiaría sin causa al otro⁴⁹. Es decir, habría una transmisión patrimonial desde el patrimonio de uno de los integrantes de la unión, hacia el del otro integrante, sin ninguna contraprestación lícita que se constituya como causa del negocio jurídico, con fundamento en los arts. 582, 589, 591, 2309 y 2310 del CCiv.

4. La necesidad de regulación de las uniones convivenciales

Como puede observarse, la jurisprudencia marca la gran brecha que se presenta entre la escasa e insuficiente regulación actual y el cons-

⁴⁴ C. Apel. Civ. y Com., Córdoba, 4ª, B., M. S. C/ G., J. E. - ordinario - otros - recurso de apelación - Expte. 16699/36, 28/11/2006, Lexis Nexis, Newsletter de Córdoba. Edición digital del 11.02.2007.

⁴⁵ Cám. Apel. Comodoro Rivadavia, sala A, 05/08/2008, “B., P. J. c. Q., M. I.”, LLPatagonia 583.

⁴⁶ SOLARI, NÉSTOR, *Enriquecimiento sin causa entre convivientes*, LL 18/10/07, pág. 5.

⁴⁷ CNCiv., Sala H, 23/05/2007, “M., O. c/ M. E.”, LL 18/10/2007, pág. 5.

⁴⁸ C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 1ª, 18/09/2003, “B., G. M. v. A., E. L.”, JA 2003-IV-119, Lexis N° 20033848.

⁴⁹ SOLARI, NÉSTOR, *Enriquecimiento sin causa entre convivientes*, LL 18/10/2007, pág. 5.

tante reclamo por parte de la sociedad acerca de la concesión de determinados efectos jurídicos a la unión de hecho.

Además, la generalidad de la doctrina argentina propicia su regulación, no obstante debatir sobre la forma en que deben ser tuteladas.

Por nuestra parte entendemos, que al igual que la reciente reforma al Código Civil que incorpora el matrimonio entre las personas del mismo sexo, las uniones convivenciales deben ser reguladas, a los fines de otorgarle adecuada protección a esta forma familiar. Enunciamos los fundamentos de tal afirmación y las pautas que —a nuestro criterio— deben tenerse en cuenta a la hora de plasmar la tutela legal.

4.1. ¿ Porqué deben ser reguladas?

Si bien el régimen legal actual admite la “libertad de no casarse” y elegir la vía de hecho para conformar un grupo familiar, lo cierto es que la abstención legal en forma parcial condena con la “desprotección” a aquellas personas que lo hacen.

La convivencia entre hombre y mujer, cualquiera sea su denominación, no contradice los valores culturales de la comunidad, en razón de que las funciones asumidas por la pareja son similares a las matrimoniales⁵⁰.

Pensamos que una mirada integral del ordenamiento jurídico argentino conforme los valores actuales, permite encontrar la protección legal de las uniones de hecho en el art. 14 bis CN que determina la protección integral de la familia, y en los arts. 16 y 19 de la CN que receptan la igualdad ante la ley y el derecho a la intimidad, respectivamente.

Argentina, desde la reforma constitucional de 1994, ha reconocido jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 CN), los cuales se constituyen en pilares fundamentales que brindan protección a la familia⁵¹.

Los Tratados de Derechos Humanos reconocen el derecho a la intimidad o privacidad, a la igualdad ante las leyes y el principio de no discriminación, a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad en cuanto fundamento de la organización social.

⁵⁰ Conclusiones del X Congreso internacional de derecho de familia celebrado en la ciudad de Mendoza en el año 1998. Citado en “El derecho de familia y los nuevos paradigmas” coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci (Tomo III), Edit. Rubinzal-Culzoni.

⁵¹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su art. 16 establece que las personas tienen derecho a casarse o a formar una familia y se reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y en consecuencia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. El art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra dicho derecho en términos semejantes. La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita por los Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, reitera en el art. 17 las mismas normas de protección a la familia.

El concepto de familia⁵² que emana de los mencionados tratados, no se limita a las familias originadas a partir de la unión matrimonial; es comprensivo de las uniones convivenciales y otras formas familiares. El nuevo perfil constitucional del concepto de familia surge del bloque constitucional federal por lo que se debe garantizar la protección de la familia entendida en sentido amplio⁵³.

Toda legislación debe armonizar el derecho a organizar libremente la vida íntima y personal con los principios de solidaridad y responsabilidad que siempre estarán implícitos en la creación de núcleos familiares.

El reconocimiento jurídico de diversas modalidades de organización familiar se funda en el principio constitucional de “*no discriminación*”. Se ha expresado que la discriminación no es un problema principalmente jurídico sino más bien social, cultural, económico. Indudablemente el derecho es una herramienta muy útil para combatirla⁵⁴.

En el tema de los integrantes de las uniones convivenciales, se trata de una “*discriminación negativa*” puesto el desconocimiento por la ley de ellas, implica conductas u omisiones de autoridad pública o de particulares que tienen por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce y ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos.

Esto no significa que no puedan establecerse diferencias en el régimen entre las uniones convivenciales en referencia a otras formas familiares, pero las mismas deben tener una justificación objetiva y razonable, debiendo existir una proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y debe implicar la igualdad de los iguales⁵⁵.

La estructura y dinámica de la familia ha cambiado. El modelo liberal individualista ha conducido a una creciente “privatización” de la familia con un mayor predominio de la autonomía privada y una reducción del orden público.

A efectos de asegurar el cumplimiento de los elementales principios de solidaridad y cooperación familiar, corresponde regular los efectos de estas uniones.

⁵² Con. LLOVERAS, NORA; SALOMÓN, MARCELO, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Bs. As., 2009, Universidad, Cap. I y II.

⁵³ Se encuentran expresamente establecido en el art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 16 inc. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5º de la Convención de los Derechos del Niño(8); etc.

⁵⁴ Cfr.: KIPER, CLAUDIO, *La discriminación*, LL. 1995-B, 1025. Gil Domínguez, Andrés, *La discriminación una cuestión constitucional* LL, 2001-B, 897.

⁵⁵ Ver con todo provecho la interpretación jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del art. 14 de la Convención de Roma.

En el X Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Mendoza —1998—, se propició la regulación y en sentido análogo se expresaron las conclusiones del las XI Jornadas Nacionales Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín, del año 2007⁵⁶.

4.2. Bases que debe contemplar una futura legislación

Los integrantes de la pareja estable deciden de manera más libre cómo organizarán su vida íntima, sus roles y, eventualmente, la forma en que resolverán la ruptura de la vida en común.

La protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicu desamparar a los núcleos familiares no surgidos del matrimonio⁵⁷.

Cuando se trate de una familia nacida de una convivencia estable o de hecho, la tutela debe abarcar el amparo social, económico y jurídico, lo que exige regulaciones y políticas públicas que aseguren dicha protección.

En suma, entendemos que la legislación actual no cumple con el mandato constitucional, como tampoco se adecua a la idea pluralista y a los principios de responsabilidad y la solidaridad que nutren los tratados de derechos humanos, hoy de rango constitucional en nuestro país.

No obstante, consideramos que no superaría el “test de constitucionalidad” una norma que les atribuya a los convivientes los mismos efectos jurídicos que se regulan para el matrimonio, en la medida en que ellos impondrían consecuencias legales a los integrantes que han querido sustraerse voluntariamente al régimen matrimonial.

En atención a la diversidad de causas que originan las convivencias de pareja, debe plantearse en un esquema que considere las diversas situaciones, otorgando a las convivencias de pareja entidad jurídica en el campo civil, darles legitimidad y dignificarlas, con efectos propios, diferentes al matrimonio.

Deberá acordarse a los convivientes la posibilidad de realizar, si así lo desean, pactos destinados a regular sus relaciones.

Este modelo, que aspira a la articulación entre el principio de la autonomía de la voluntad y la protección familiar, prevé que la mayoría de los convivientes no concretarán acuerdos o pactos para ordenar sus rela-

⁵⁶ Realizadas: 21, 22 y 23 de Junio de 2007. Comisión N° 1: Régimen Patrimonial del Concubinato.

⁵⁷ Corte Sup., JA 1990-II-379. Corte Sup., 08/11/1996, n. 40650, LL 1998-D, 877 (En este fallo se reconoce el carácter familiar del núcleo que se constituye a través de la convivencia, al admitir que el beneficio otorgado a la conviviente resulta coherente con el principio de solidaridad social y finalidad de protección de la familia.

ciones y, por lo tanto, resulta indispensable una plataforma normativa mínima para quienes no formalicen tales pactos y al momento de la ruptura surjan desequilibrios entre los integrantes de la pareja.

La legislación debería contemplar aspectos mínimos que hacen a la tutela de los derechos humanos fundamentales como los siguientes: a) El deber de asistencia entre los convivientes; durante la vida en común en proporción a los recursos de cada uno, considerándose que el desempeño del hogar o el cuidado de los hijos constituye un aporte; b) después de la ruptura dará la posibilidad de requerir alimentos en caso de necesidad; c) responsabilidad solidaria de ambos convivientes por las deudas contraídas por uno de ellos para atender las necesidades del hogar, crianza y educación de los hijos; d) protección de la vivienda familiar: posibilidad de que puedan constituir un bien de familia; conferir, bajo ciertas condiciones, el derecho de habitación al conviviente supérstite; establecer la necesidad del consentimiento del conviviente para la disposición del inmueble, asiento del hogar familiar y de los bienes muebles que componen el ajuar de la casa, siempre que hubiera hijos menores o incapaces y se hiciera el debido registro inmobiliario, con la facultad judicial de autorizar la disposición del bien si el interés familiar no resultare comprometido; e) en las situaciones de ruptura acordar, al conviviente que ejerza la guarda de los hijos menores o incapaces el derecho a solicitar la indisponibilidad del inmueble de propiedad común o perteneciente al otro, que fuera hogar del grupo familiar, con inscripción en el Registro de la Propiedad; f) regular la posibilidad de establecer pactos entre los convivientes y, en ausencia de los mismos, disponer un sistema que les permita compensaciones.

En Argentina, no puede postergarse ya, la decisión de adjudicar una respuesta jurídica a las uniones convivenciales, observando que en las rupturas o vaciamiento de las mismas, se producen conflictos profundos que deben ser superadas por los jueces, sin reglas de juego claras que autoricen decisiones fundadas de modo general y para toda la sociedad.



EL TRATADO DE LISBOA Y LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL

EL CAMINO HACIA LA SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR EN LA UNIÓN EUROPEA. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

*Luis Cruz Pereyra**

Resumen: El Tratado de Lisboa introduce en su Capítulo 3 una nueva regulación de la Cooperación Judicial en materia civil en la Unión Europea. Un análisis de dicha regulación nos muestra que el Tratado pretende dar un paso más, en la consolidación de dicho ámbito, sin reformar sustancialmente su contenido. En el presente trabajo se estudia la política gradual adoptada por la Unión Europea en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, en especial, la implementada para garantizar la plena aplicación *del principio de reconocimiento mutuo* en el ámbito civil y mercantil de las decisiones judiciales.

Palabras claves: Tratado de Lisboa - Unión Europea - cooperación judicial en materia civil - Derecho Internacional Privado - Reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.

Sumario: Introducción. I. La cooperación judicial internacional en materia civil en los Tratados comunitarios. II. El camino hacia la supresión del exequátur en la Unión Europea. El principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. III. Etapas del proceso. Grado de reconocimiento mutuo alcanzado en el espacio judicial europeo. IV. Medidas para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior mediante el desarrollo de la cooperación judicial en asuntos civiles en el Tratado de Lisboa. V. Reflexión Final.

Introducción

El Tratado de Lisboa¹ modifica los Tratados de la Unión Europea (en adelante, TUE) y el constitutivo de la Comunidad Europea (en adelan-

* Profesor Titular Ordinario de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca-UNCa. Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-UNC. Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales-UCES, Sede San Francisco. Secretario de European Community Studies Association, ECSA-Argentina. Secretario AADI (Asociación Argentina de Derecho Internacional).

¹ Firmado en Lisboa el 13 diciembre 2007. Entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009, no sin antes haber tenido que hacer frente a numerosos obstáculos. De hecho, su art. 6º preveía su

te, TCE), que pasa a denominarse ahora Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)², pero no los sustituye. Este Tratado es el fruto de negociaciones entre los Estados miembros reunidos en la Conferencia Intergubernamental, en la que participaron también la Comisión y el Parlamento Europeo, y ha sido ratificado por los veintisiete Estados miembros³.

El Tratado dota a la Unión Europea-UE, de instituciones modernas y perfecciona sus métodos de trabajo para poder afrontar con eficacia los desafíos del mundo de hoy. En un mundo globalizado que no deja de cambiar, Europa debe afrontar y resolver problemáticas nuevas: mundialización de la economía, evolución demográfica, cambio climático, abastecimiento energético, nuevas amenazas para la seguridad.

Al acordar este Tratado, los Jefes de Estado o de Gobierno tenían presentes los cambios políticos, económicos y sociales que se estaban produciendo y la necesidad de responder a las esperanzas y expectativas de los ciudadanos europeos. El Tratado de Lisboa establece qué puede y no puede hacer la UE, y qué medios puede utilizar; modifica la estructura de las instituciones europeas y sus métodos de trabajo, para que puedan dar mejor servicio a la democracia y a los valores fundamentales de la Unión. El Tratado no modifica la naturaleza básica de la UE, sino que introduce importantes innovaciones institucionales que hacen posible una Unión más sólida y eficaz, sin que ello vaya en detrimento de los Estados miembros. Al contrario, la UE complementa la actuación de estos cuando no pueden lograr sus objetivos por sí solos.

Como pone de manifiesto el Tratado de Lisboa, la UE constituye un espacio de *libertad, seguridad y justicia*, dentro del respeto de los derechos

entrada en vigor el 1 enero 2009 si era ratificado por todos los Estados miembros de la UE de conformidad con sus respectivas normas constitucionales, es decir, por la vía parlamentaria o por referéndum. Sin embargo, ello no fue posible debido al fracaso del primer referéndum llevado a cabo en Irlanda (no del segundo) y a la reticencia a su ratificación mostrada por Polonia y por Checoslovaquia (habiendo sido éste el último país que lo ha ratificado). El resultado negativo del primer referéndum de ratificación de Irlanda supuso un duro golpe al proceso de entrada en vigor del Tratado, siendo ahora aplicable la disposición subsidiaria contenida en el apartado 2 de la disposición final sexta, según la cual entrará en vigor el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad. El proceso en Irlanda, precisamente el que más expectación y preocupación despertaba, se decidió favorablemente el 2 de octubre de 2009 mediante la celebración de nuevo referéndum sobre bases distintas respecto al ya celebrado con resultado negativo. Con la ratificación por Irlanda los obstáculos a su entrada en vigor se despejaron.

² Tal como pone de manifiesto el artículo 2º del Tratado de Lisboa, el título del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se sustituye por el de "Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea" (en adelante, TFUE).

³ Cada uno de ellos podía elegir su propio método de ratificación, de acuerdo con sus normas constitucionales.

humanos fundamentales⁴ y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros (art. 61.1); correspondiendo al Consejo definir la programación legislativa y operativa en dicho espacio (art. 61 A). Si bien la creación del espacio de *libertad, seguridad y justicia*, es fruto del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, el Tratado de Lisboa contribuye a su consolidación⁵.

El Tratado de Lisboa, al igual que el Tratado de Ámsterdam, considera clave, para la consecución de un auténtico espacio de *libertad, seguridad y justicia* en el ámbito de la UE, favorecer la cooperación judicial internacional, tanto en lo civil y mercantil, como en lo penal y policial⁶, como vía para preservar las libertades básicas (libre circulación de mercancías, de capitales, de personas; libertad de establecimiento y de prestación de servicios).

Para la creación y consolidación de este espacio judicial europeo es prioritario facilitar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad; establecer una estrecha colaboración entre las autoridades de los Estados miembros (fundamentalmente, entre las autoridades judiciales nacionales); y garantizar el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales civiles y penales⁷.

El nuevo Título IV del Tratado de Lisboa regula la cooperación judicial en materia civil (con repercusión transfronteriza) en su capítulo 3 y, más en concreto, en su art. 65^B. Dicha nueva regulación del Tratado de Lisboa ha sido incorporada en el Capítulo 3 (“Cooperación judicial en materia civil”) del Título V (“Espacio de libertad, seguridad y justicia”) de la versión consolidada del TFUE (art. 81). Dicho precepto sustituye al anterior art. 65 del TCE.

Teniendo en cuenta el papel fundamental que desempeña el Derecho comunitario como fuente del Derecho internacional privado –DIPr. en el ámbito europeo y el progresivo desarrollo del Derecho comunitario ligado a la atribución de competencias en materia de DIPr. llevada a cabo por el Tratado de Ámsterdam —que introdujo la referencia expresa a las nor-

⁴ Los derechos, de los que disfrutaban los ciudadanos de la UE, aparecen consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (proclamada en Niza, el 7 diciembre 2000, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión).

⁵ Cfr. AGUILAR GRIEDER, HILDA, “LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL EN EL TRATADO DE LISBOA” *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, Nº 1, pp. 308 -338, pág. 309, ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt.

⁶ Art. 61.3 del Tratado de Lisboa.

⁷ Cfr. AGUILAR GRIEDER, HILDA, ob, cit., pág. 310.

⁸ La entrada en vigencia del Tratado de Lisboa importa, por un lado, la derogación de los arts. 67, 68 y 69 del TCE y, por otro lado, la sustitución del art. 66 de dicho Tratado comunitario por el art. 74 del TFUE, el cual forma parte del capítulo 1 de su Título V (relativo a las disposiciones generales).

mas de competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones en el artículo 65 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea— TCE, resulta de indudable interés conocer las implicancias que en esta materia tiene la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

En el presente trabajo nos referiremos a la cooperación judicial internacional que afecta de un modo más directo a la vida cotidiana de los ciudadanos y que reviste una mayor complejidad técnica: *la cooperación judicial en materia civil*, a fin de determinar las políticas implementadas por la UE en relación con este ámbito, en especial, las tendientes a garantizar y favorecer la plena aplicación *del principio de reconocimiento mutuo* en el ámbito civil y mercantil de las decisiones judiciales y extrajudiciales.

I. La cooperación judicial internacional en materia civil en los Tratados comunitarios

Previo a considerar los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa, en relación con el tema propuesto, consideramos conveniente hacer referencia a la evolución que ha experimentado la cooperación judicial en materia civil en los Tratado comunitarios, a fin de poder valorar el verdadero alcance de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa. Un análisis de la evolución de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza en los Tratados comunitarios y de la actual regulación contenida en el capítulo 3 del Tratado de Lisboa nos muestra que el Tratado de Ámsterdam significó un cambio radical para la cooperación judicial en materia civil, mientras que el Tratado de Lisboa sólo da un paso más, aunque firme, en dicho ámbito, aunque sin reformar sustancialmente su contenido⁹.

Los Estados miembros de la Comunidad Europea, con la idea de facilitar la libre circulación de resoluciones judiciales en el ámbito de la Comunidad Europea, buscaron solución sobre la base jurídica proporcionada por el artículo 220 d)¹⁰ del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, el cual constituía el único cauce para la creación del Derecho internacional privado comunitario¹¹. El artículo 220 del Tratado de Roma ya preveía, haciendo patente la intrínseca relación entre espacio judicial y mercado único, la negociación entre los Estados miem-

⁹ Cfr. AGUILAR GRIEDER, HILDA, ob. cit., pág. 310. - www.uc3m.es/cdt.

¹⁰ Disponía este artículo que los Estados miembros entablarán, en tanto que sea necesario, negociaciones entre sí a fin de asegurar, a favor de sus nacionales, la simplificación de las formalidades a que se hallan subordinados el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales.

¹¹ Cfr. AGUILAR GRIEDER, HILDA, ob. cit., pág. 311. - www.uc3m.es/cdt.

bros para asegurar a los ciudadanos “la simplificación del reconocimiento y ejecución recíprocos de decisiones judiciales así como de laudos arbitrales”. Con este fin, entre los seis Estados miembros en aquel momento¹², se suscribió el 27 de septiembre de 1968 el Convenio de Bruselas —hoy Reglamento Bruselas I—, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹³. Este Convenio constituye la piedra angular de la cooperación judicial civil. Si bien este texto ha facilitado en gran medida el reconocimiento de decisiones judiciales civiles y mercantiles, subsiste un mecanismo residual de *exequátur*, que todavía obstaculiza la circulación de decisiones judiciales en el ámbito comunitario.

Dicha base jurídica competencial, que al menos formalmente continuó vigente con el mismo contenido aunque bajo otra numeración (art. 293 TCE) después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, ha sido finalmente derogada por el Tratado de Lisboa¹⁴.

En 1992, el Tratado de la Unión Europea, celebrado en Maastricht, no obstante mantener vigente la base jurídica del art. 220 del TCE supuso un nuevo impulso a la cooperación judicial civil, y estableció un nuevo cauce para la creación del Derecho internacional privado comunitario. Su artículo K.1, apartado 6, disponía que para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común la “cooperación en los ámbitos de justicia e interior”, quedando comprendido dentro de dicho ámbito lo relativo a la “cooperación judicial en materia civil”. Se facultaba al Consejo, a iniciativa de cualquier Estado Miembro o de la Comisión, a celebrar convenios, recomendándose su adopción por los Estados comunitarios de acuerdo con sus normas constitucionales (artículo K.3.2.c). De esta forma, la cooperación judicial en materia civil se integró en lo que se llamó “Tercer Pilar”, susceptible de ser desarrollado mediante la celebración de Convenios entre los Estados miembros¹⁵.

En definitiva, con anterioridad al Tratado de Ámsterdam, el DIPr. comunitario se desarrollaba en un nivel o ámbito intergubernamental. De este modo, la creación del DIPr. comunitario correspondía, fundamental aunque no exclusivamente, a los Estados miembros, y la vía utilizada para

¹² Francia, Italia, Bélgica, Alemania, Holanda y Luxemburgo.

¹³ DOCE, de 28 julio 1990, núm. C 189.

¹⁴ Cfr. AGUILAR GRIEDER, HILDA, ob. cit., pág. 311. - www.uc3m.es/cdt.

¹⁵ “TRATADO DE LISBOA Y LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL”. http://www.legaltoday.com/practica-juridica/supranacional/d_ue/tratado-de-lisboa-y-cooperacin-civil.

desarrollar la cooperación judicial en materia civil seguía siendo el Convenio internacional, con la rigidez que ello llevaba inherente¹⁶.

La entrada en vigencia ¹⁷del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997¹⁸ va a suponer la integración de la cooperación judicial en materia civil dentro del “Primer Pilar” o “Pilar Comunitario”. El Tercer Pilar, contenido en el Título VI del TUE quedó reducido a las “*disposiciones relativas a cooperación policial y judicial en materia penal*”. Estos contenidos se integraron en los artículos 29 a 42 TUE, mientras que el resto de materias contenidas en aquel Título VI del TUE pasaron a formar el Título IV del TCE, integrado por los artículos 61 a 69, bajo la rúbrica “*Visados, asilo, inmigración y otras políticas vinculadas a la libre circulación de personas*”. Dentro de dicho título, la nueva competencia comunitaria aparece encuadrada en los arts. 61 c) y 65¹⁹, siendo relevantes para la cooperación judicial civil los artículos 61 c), 65 y 68. Estos artículos son los que sirven de contraste con la nueva regulación de la materia introducida por el Tratado de Lisboa. En virtud del art. 61 c) del TCE, tras su nueva redacción por el Tratado de Ámsterdam, a “fin de establecer progresivamente un *espacio de libertad, de seguridad y de justicia*²⁰ el Consejo adoptará: c) medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el art. 65”.

El art. 65 del TCE, tras su nueva redacción por el Tratado de Ámsterdam, expresa que las medidas en el ámbito de la *cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza* que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán:

a) *mejorar y simplificar:*

- el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales;
- la cooperación en la obtención de pruebas;

b) *fomentar la compatibilidad* de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción;

c) *eliminar obstáculos* al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”.

La nueva base jurídica del DIPr. comunitario aparece en el Título relativo a las políticas relacionadas con la libre circulación de personas.

¹⁶ AGUILAR GRIEDER, HILDA, ob. cit., pág. 312. - www.uc3m.es/cdt.

¹⁷ 01/05/1999.

¹⁸ DOCE, de 10 de noviembre de 1997, núm. C 430.

¹⁹ Cfr. AGUILAR GRIEDER, HILDA, ob. cit., pág. 312. - www.uc3m.es/cdt.

²⁰ La creación del espacio de libertad, seguridad y justicia fue uno de los principales logros del Tratado de Amsterdam.

El art. 65 del TCE lleva a cabo la “comunitarización” de la cooperación judicial en materia civil al trasladarla del ámbito intergubernamental al comunitario, asociándola a la libre circulación de personas y determina el extenso ámbito de actuación del cual goza la competencia comunitaria en el sector de la cooperación judicial en materia civil, a la vez que introduce la referencia expresa a todos los sectores del DIPr. es decir a las *normas de competencia judicial internacional, derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional*.

El nuevo cauce normativo del DIPr. comunitario, introducido por el Tratado de Ámsterdam, no es ilimitado, sino que aparece condicionado por un conjunto de límites que derivan del mismo precepto, del Título en el cual aparece incluido (las medidas adoptadas con arreglo a la señalada base jurídica competencial deben estar vinculadas con la libre circulación de personas), y del propio proceso de integración europea. Pese a que el art. 65 del TCE (tras su redacción por el Tratado de Ámsterdam) no especifica cuál es el cauce normativo para ejercer la susodicha competencia comunitaria (Reglamentos, Directivas u otros actos comunitarios), el Consejo ha optado, con carácter general, por la vía del Reglamento²¹. De hecho, en base a dicha base jurídica competencial, las instituciones comunitarias han adoptado, en un período relativamente corto de tiempo, una multitud de Reglamentos comunitarios²².

Las bases jurídicas, existentes antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, que facultaban a los Estados miembros para la celebración de Convenios internacionales, perdieron el peso que en su momento tuvieron. Por lo tanto, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la pluralidad de fuentes del DIPr. comunitario ha sido más aparente que real, y ha supuesto, una considerable pérdida de libertad de los Estados miembros de la UE al momento de elaborar sus normas de DIPr. de origen, no sólo autónomo, sino también convencional²³.

El Tratado de Ámsterdam ha abierto la puerta a la “comunitarización” del DIPr. De este modo, la creación del DIPr. comunitario ha pasado de estar, fundamentalmente, en manos de los Estados miembros a estar, básicamente, en manos de las instituciones comunitarias.

El Tratado de Niza, de 26 febrero 2001²⁴, tuvo una trascendencia limitada en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Al respecto,

²¹ El Reglamento se caracteriza por tener un alcance general, por ser obligatorio en todos sus elementos y por ser directamente aplicable en cada Estado miembro; mientras que la Directiva obliga a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios a emplear.

²² Cfr. AGUILAR GRIEDER, HILDA, ob. cit., pág. 314. - www.uc3m.es/cdt.

²³ Cfr. AGUILAR GRIEDER, HILDA, ob. cit., pág. 314. - www.uc3m.es/cdt.

²⁴ 01/02/2003.

podemos decir que el apartado 4º del art. 2 del Tratado de Niza añadió un apartado 5º al art. 67 del TCE²⁵, en virtud del cual, desde el momento de su entrada en vigor, se aplicó el mecanismo de la codecisión del art. 251 del TCE a “las medidas previstas en el artículo 65, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia”, lo cual significaba una mayor agilidad en la adopción de actos normativos comunitarios.

El controvertido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 octubre 2004 (denominado como Proyecto de Constitución Europea),²⁶ aunque no llegó a entrar en vigor, ha servido de inspiración al Tratado de Lisboa. Dentro del Título III (“Políticas y acciones internas”) de su Parte III (“De las políticas y el funcionamiento de la Unión”) incorpora un Capítulo IV (“Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”), el cual consta de cinco Secciones.

La regulación contenida en la Sección 3ª, que es la relativa a la cooperación judicial en materia civil (art. III-269), es prácticamente idéntica a la contenida en el Capítulo 3 (art. 65) del Tratado de Lisboa. La Constitución Europea, al igual que el Tratado de Lisboa, también pretendía la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia, basado en el respeto de las tradiciones y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros²⁷; lo cual conllevaba el refuerzo y desarrollo de la cooperación judicial en materia civil, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil²⁸.

El Tratado de Lisboa incorpora dentro de su art. 2º un nuevo Título IV denominado “Espacio de libertad, seguridad y justicia”, el cual sustituye al Título IV del TCE (relativo a los visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas). Dicho Título IV

²⁵ El Tratado de Niza incorporó al artículo 67 el apartado siguiente:

“5. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, el Consejo adoptará de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251:

-las medidas previstas en el punto 1 del artículo 63 y en la letra a) del punto 2 del artículo 63, siempre y cuando el Consejo haya adoptado previamente y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo una legislación comunitaria que defina las normas comunes y los principios esenciales que rijan estas materias;

-las medidas previstas en el artículo 65, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia”.

²⁶ *DOUE*, de 16 de diciembre de 2004, núm. C 310.

²⁷ Al respecto, el Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani expresa: “...La realidad social que dio origen a la actual Unión Europea, estuvo signada en gran medida por un *pasado común*, formado en gran medida por la común herencia “occidental” apoyada en los aportes griegos, romanos y judeocristianos; por un *presente común*, en el que la propia subsistencia de la paz y del protagonismo de la región estaba amenazada, y por la comprensión de la necesidad de un *futuro común*...” en, CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, *El Derecho Internacional Privado ante los Procesos de Integración. Con Especial Referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Ed. de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998, pág. 16.

²⁸ Cfr. AGUILAR GRIEDER, HILDA, ob. cit., pág. 315. - www.uc3m.es/cdt.

consta de cinco capítulos: el primero relativo a las disposiciones generales; el segundo a las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración; el tercero a la cooperación judicial en materia civil (con repercusión transfronteriza, tal como se especifica en el articulado de los Tratados comunitarios que han hecho referencia al referido ámbito); el cuarto a la cooperación judicial en materia penal (con repercusión transfronteriza); y el quinto a la cooperación policial. El art. 2º C del Tratado de Lisboa atribuye a la UE y a los Estados miembros una competencia compartida en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia²⁹. La nueva regulación del Tratado de Lisboa ha sido incorporada en el Título V (“Espacio de libertad, seguridad y justicia”) de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la UE³⁰. Los aspectos más significativos del antiguo artículo 65 TCE aparecen ahora reproducidos en el artículo 81 TFUE, que es el único que integra el Capítulo titulado “Cooperación judicial en material civil” que forma parte del Título V (“Espacio de libertad, seguridad y justicia”) de la Tercera Parte del TFUE.

II. El camino hacia la supresión del exequátur en la Unión Europea.

El principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales

El apartado 1º del art. 65 del Tratado de Lisboa establece que la “Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el *principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales*. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” (art. 81.1 de la versión consolidada del TFUE). Por otro lado, el apartado 2 a) del referido precepto del Tratado de Lisboa faculta al Parlamento Europeo y al Consejo para adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, “y en particular cuando re-

²⁹ En los ámbitos que sean objeto de una competencia compartida, la UE y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes. “Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya” (art. 2º A apartado 2º del TFUE). Tal como pone de manifiesto el artículo único del Protocolo sobre el ejercicio de las competencias compartidas (que se incorpora como anexo al Tratado de la UE y al TFUE), cuando la Unión haya tomado medidas en un ámbito que sea objeto de una competencia compartida, “el alcance de este ejercicio de competencia sólo abarcará los elementos regidos por el acto de la Unión de que se trate y, por lo tanto, no incluirá todo el ámbito en cuestión (*vid. DOUE*, de 17 diciembre 2007, núm. C 306/158).

³⁰ Ver. las versiones consolidadas del Tratado de la UE y del TFUE: *DOUE*, de 9 mayo 2008, núm. C 115/1.

sulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior”³¹ medidas para garantizar “el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución” (apartado 2º del art. 81 de la versión consolidada del TFUE).

Dichas disposiciones son novedosas, en el sentido en que las mismas no figuraban en el anteriormente vigente art. 65 del TCE, el cual no hacía referencia expresa al *principio de reconocimiento mutuo* de las resoluciones judiciales, limitándose a señalar que las medidas que se adoptasen en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza incluirán “*mejorar y simplificar*: (...) el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales”.

El *principio de reconocimiento mutuo* de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se fundamenta en la *confianza mutua* en los sistemas jurídicos y judiciales de los Estados miembros de la UE, y constituía, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el núcleo de la cooperación judicial en materia civil con relevancia transfronteriza³².

Por lo tanto, el Tratado de Lisboa sigue una línea continuista, refuerza la idea señalada, es decir, que desde hace tiempo asistimos a un irrefrenable proceso que va hacia la supresión generalizada del exequátur, en el marco de la UE, hacia la plena consecución del principio de *reconocimiento mutuo* de las resoluciones judiciales para todas las decisiones en materia civil y mercantil³³.

El Consejo Europeo de Tampere³⁴, marcó un notable avance en el camino hacia la supresión del exequátur en Europa. El Consejo de Tampere introdujo un concepto que había sido fundamental en la construcción del Mercado Interior y que se convertiría en el cimiento del Espacio de Justicia: *el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales*.

El Consejo Europeo, además de conceder prioridad a la mejora del acceso a la justicia, *proclamó al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la UE*. En materia civil, el Consejo Europeo solici-

³¹ Condición que también existía en el marco del Tratado de Ámsterdam y del Tratado de Niza, si bien en dichos Tratados no se contenía la expresión “en particular”.

³² Dichas disposiciones también figuraban en el art. III-269 del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 octubre 2004. El principio de reconocimiento mutuo adquirió un especial protagonismo al ser incluido en el art. III-257.4 del frustrado Tratado. Dicho artículo establecía que la UE “facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”.

³³ Cfr. AGUILAR GRIEDER, HILDA, ob. cit., pág. 316. - www.uc3m.es/cdt.

³⁴ Celebrado los días 15 y 16 octubre 1999 para debatir sobre las pautas a seguir para la creación de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE.

tó a la Comisión que formulase una propuesta para suprimir o reducir las medidas intermedias que siguen exigiéndose, en el ámbito de la Unión, para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en otros Estados miembros³⁵.

Según el Consejo Europeo, el primer paso tenía que consistir en suprimir tales procedimientos intermedios en materia de consumidores, en asuntos mercantiles de escasa cuantía, así como en determinados ámbitos del Derecho de familia. En la reunión celebrada en Tampere, el Consejo Europeo pidió al Consejo y a la Comisión que adoptaran, antes de diciembre de 2000, un programa de medidas para llevar a la práctica el principio de reconocimiento mutuo, en el que se abordase lo relativo al título ejecutivo europeo y, en relación con los litigios transfronterizos, aquellos aspectos del Derecho procesal civil cuya reglamentación sea necesaria para facilitar el acceso a la justicia y la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, entre los que se encuentran los requerimientos de pago.

Otro importante paso, en el proceso hacia la eliminación del exequátur en el ámbito comunitario, lo constituye el llamado "Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", presentado por el Consejo el 30 noviembre 2000³⁶. Dicho programa de medidas, que finalizará con la supresión generalizada del exequátur (en el sector patrimonial, en el familiar, así como en el de los testamentos y sucesiones), prevé tres etapas para la consecución del referido objetivo en cada uno de los ámbitos materiales abordados. De conformidad con el señalado proyecto de medidas, una de las prioridades de la Comunidad debe ser la supresión del exequátur para los créditos no impugnados, concepto que hace referencia a aquellas situaciones en las que un acreedor ha obtenido un título ejecutivo, contra un deudor, tras comprobarse que éste no ha impugnado la naturaleza o el alcance de su deuda.

El Consejo Europeo de Bruselas, celebrado los días 4 y 5 noviembre 2004, adoptó el denominado "Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea". En este programa plurianual, el Consejo Europeo reafirmó "el carácter prioritario que atribuye a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

El Consejo Europeo manifestó, de un modo expreso, que debían proseguirse activamente los trabajos en lo que se refiere a los conflictos relativos a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) y a las obligaciones contractuales (Roma I); el proceso monitorio europeo; y

³⁵ Cfr. AGUILAR GRIEDER, HILDA, ob. cit., pág. 316. - www.uc3m.es/cdt.

³⁶ DOCE, de 15 enero 2001, núm. C 12.

los instrumentos sobre modalidades alternativas de solución de conflictos y sobre aquellos litigios de menor cuantía.

El “Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea” de 3 junio 2005 (denominado comúnmente como “Plan de Acción de La Haya” traducía en acciones concretas los objetivos plasmados, en el “Programa de La Haya”. Una de las medidas previstas en el plano de la cooperación judicial en asuntos civiles, en relación con el apartado relativo al “reconocimiento mutuo de decisiones y eliminación de obstáculos al funcionamiento adecuado de los procedimientos”, era la adopción del Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo³⁷.

La Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo titulada “Una agenda de los ciudadanos. Logrando resultados para Europa”, de 10 mayo 2006, cuya finalidad era evaluar la aplicación del “Programa de La Haya” y de su “Plan de Acción”, reafirmaba claramente que una de las mayores prioridades de la UE, desde la celebración del Consejo Europeo de Tampere en el año 1999, es la consolidación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia³⁸.

Finalmente, para concluir con el contexto normativo en el que se incardina el referido proceso hacia la supresión del exequátur en Europa, debemos señalar que el Consejo Europeo de los días 10 y 11 de diciembre de 2009 aprobó el Programa de Estocolmo: una nueva definición de las prioridades comunitarias en materia de seguridad y justicia para los próximos cinco años. El Programa de Estocolmo debería ser la oportunidad de avanzar en dos campos de la cooperación judicial civil:³⁹

1.- *Facilitar la ejecución de las sentencias.* Como expresaremos, en el punto siguiente de este trabajo, ya existe en la UE un título ejecutivo europeo que permite la ejecución de una sentencia de otro Estado miembro sin convalidación alguna (su ámbito de aplicación es sin embargo muy reducido ya que se circunscribe a los créditos no impugnados, aquellos que el deudor reconoce).

2.- *Ampliar la legislación comunitaria en derecho de familia.* Por razones evidentes, la construcción europea ha multiplicado las situaciones

³⁷ DOUE, de 12 agosto 2005, núm. C 198, especialmente pág. 20.

³⁸ COM (2006) 211 final. Dicha Comunicación considera paradójico que “en un mundo globalizado, nunca ha habido más necesidad de la UE pero pocas veces ha sido más cuestionada”.

³⁹ Cfr. RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL Y SORROZA BLANCO, ALICIA, “EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y LA PRÓXIMA PRESIDENCIA ESPAÑOLA DE 2010. PARTE 2ª: EL PROGRAMA DE ESTOCOLMO –MÁS DERECHOS, MÁS SEGURIDAD, MÁS EUROPA EN EL MUNDO”, (ARI). ARI 174/2009 - 22/12/2009, Real Instituto Elcano <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido>.

familiares europeas. Siguiendo un informe de la Comisión, de los divorcios que se producen anualmente en la UE, un alto porcentaje afectan a parejas de nacionalidades diferentes, con los problemas añadidos que ello supone. Además, no sólo se han “europeizado” las familias, también sus patrimonios, lo que debe llevar a mayores avances en derecho patrimonial familiar. La Unión ya dispone de instrumentos en este ámbito, el Reglamento Bruselas II “bis” regula las cuestiones del divorcio y de la responsabilidad parental, en particular materias tan espinosas como el derecho de visita intraeuropeo. Eso sí, lo hace de manera menos ambiciosa que el Bruselas I y ello por tres razones principales: (a) las leyes nacionales de los Estados presentan grandes divergencias en ámbitos muy ligados a su identidad cultural; (b) la intensidad en la intervención del juez es muy variable según el Estado; y (c) la presencia de bienes inmuebles en los patrimonios complica las cosas ya que éstos quedan habitualmente sometidos a la ley del Estado en el que radican. Aún reconociendo las dificultades intrínsecas a esta materia, la UE debe responder a un problema que afecta de manera directa a un número creciente de ciudadanos⁴⁰.

En el presente año se debe poner en marcha el Programa de Estocolmo para el desarrollo del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia(2010-2014), y se elaborará y adoptará el Plan de Acción que traducirá en medidas concretas los objetivos recogidos en el Programa.

III. Etapas del proceso. Grado de reconocimiento mutuo alcanzado en el espacio judicial europeo.

En una apretada síntesis, nos referiremos a la realidad normativa dentro del espacio judicial europeo a fin de determinar el grado de reconocimiento mutuo alcanzado.

Las libertades comunitarias fundamentales, relativas a circulación de personas y capitales, libertad de establecimiento y de prestación de servicios supusieron que las actividades comerciales en el interior de la Comunidad Europea se desarrollarían sin obstáculos transfronterizos. Como es natural, la existencia de transacciones entre sujetos residentes en diferentes Estados de la Comunidad no estaba exenta de la posibilidad del nacimiento de controversias jurídicas en cuanto al contenido de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes lo que, ineludiblemente, iba a provocar la intervención judicial para la resolución del conflicto. Resultaba necesario que una sentencia dictada en uno de los Estados, si imponía

⁴⁰ Cfr. RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL Y SORROZA BLANCO, ALICIA, pub. cit., (ARI). ARI 174/2009 - 22/12/2009, Real Instituto Elcano <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido>.

obligaciones para la parte residente en otro diferente, fuera ejecutada en este último Estado. Paralelamente, las normas de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras establecidas de derecho interno tienden a ser proteccionistas, autárquicas y de difícil aplicación.

Dentro del sector relativo al reconocimiento y exequátur de las decisiones extranjeras cabe distinguir dos fases⁴¹: la primera, que va desde la exigencia del exequátur a su simplificación y, la segunda, desde la simplificación del exequátur a su supresión⁴².

La primera fase o etapa supone el paso de la exigencia del exequátur a su simplificación, lo cual se ha logrado a través por el Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (denominado como Reglamento “Bruselas I”)⁴³. En relación con los motivos de denegación del reconocimiento y del exequátur, el Reglamento “Bruselas I” introduce novedades significativas con respecto al Convenio de Bruselas. Por un lado, el Reglamento suprime el control de la ley aplicada como condición del reconocimiento y del exequátur. Por otro lado, el art. 34.1 del Reglamento “Bruselas I” exige que la contradicción del reconocimiento de la resolución extranjera, con el orden público internacional del Estado requerido, *sea manifiesta*, a diferencia de lo que disponía el art. 27.1 del Convenio de Bruselas.

La segunda fase implica el tránsito de la simplificación del exequátur a su supresión. Esta segunda meta ha sido alcanzada tan sólo parcialmente, esto es, en relación con determinadas materias.

⁴¹ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M./ E. CANO BAZAGA, “Presentación, *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea, Actas de Seminarios*”, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Colección “Actas”, Núm. 57, Sevilla, 2005, pp. 11-24, pág. 14.

⁴² Cfr. CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2004, pág. 275-276). Afirma el autor que la evolución hasta la más amplia aplicación del principio de reconocimiento mutuo, en el ámbito de la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales extranjeras en materia civil, se desarrolla en cuatro fases: la primera consiste en el reconocimiento automático de pleno derecho sin necesidad de un procedimiento especial (salvo en los supuestos de oposición al reconocimiento); la segunda fase se manifiesta en la reducción al mínimo necesario de los motivos de denegación del reconocimiento y del exequátur; la tercera conlleva el establecimiento de un *exequátur* de plano de la decisión extranjera, en la que sólo se controla su autenticidad y únicamente se exige la presentación de unos formularios, como acontece, en primera instancia, en el marco del Reglamento Bruselas I; siendo el objetivo definitivo (cuarta fase), la supresión total del *exequátur*.

⁴³ *DOUE*, de 16 enero 2001, núm. L 12; corrección de errores: *DOUE*, de 24 noviembre 2001, núm. L 307; *DOUE*, de 5 julio 2002, núm. L 176, vigente desde 1 de marzo de 2002, reforma y ordena las disposiciones de los Convenios de Bruselas y Lugano. Este Reglamento ha sido objeto de diversas modificaciones.

Al margen de lo señalado, la aplicación del *principio de reconocimiento mutuo* está siendo limitada, ya que en casi todos los instrumentos comunitarios persiste en mayor o menor medida el control de la resolución extranjera por parte del juez del Estado requerido. Sin embargo, en el marco integrador, “los requerimientos del orden público deben bajar su intensidad, produciendo, en cambio un cierto orden público de la integración que limite los distanciamientos de los derechos particulares”⁴⁴ “En los procesos de integración, el orden público se amplía trascendiendo las fronteras locales con el reconocimiento del orden público comunitario. Para evitar problemas en los resultados no sólo se tienen en cuenta las disposiciones imperativas propias sino también las extranjeras”⁴⁵.

Un importante paso en la consecución del principio de reconocimiento mutuo fue dado por dos instrumentos comunitarios: uno relativo al sector jurídico de la familia y otro al patrimonial.

Con la intención de generar un área judicial común en el campo del Derecho de Familia de la UE, y facilitar y garantizar las libertades de circulación y de establecimiento, propias del mercado común, el 1º de marzo de 2005, entró en vigencia el denominado “Nuevo Bruselas II - Reglamento adoptado por el Consejo (CE) N° 2201/2003⁴⁶ el 27 de noviembre de 2003—, relativo a la *Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*, por el que se deroga el Reglamento anterior N° 1347/2000⁴⁷ (conocido como Bruselas II).

Tradicionalmente el Derecho de Familia ha sido obviado por el legislador comunitario y de ahí la importancia del Reglamento Bruselas II al ser el primer instrumento que estableció un régimen de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en materia familiar. Su corto período de vigencia (tres años) puso de relieve sus deficiencias y carencias, muchas de ellas ya anunciadas desde el momento de su aprobación, sobre todo en lo que se refiere a su reducido ámbito de aplicación: *crisis matrimoniales y responsabilidad parental sobre los hijos comunes*. Con la reforma se amplía dicho ámbito de aplicación al incluirse las resoluciones dictadas en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección

⁴⁴ Cfr. CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, “El Derecho Internacional Privado ante los Procesos de Integración. Con Especial Referencia a la Unión Europea y al Mercosur”, *Ed. de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas*, Rosario, 1998, pág. 54.

⁴⁵ CIURO CALDANI, MIGUEL A., “Comprensión Básica de las Tendencias del Derecho Internacional Privado de Nuestro Tiempo y de la Jurisdicción Internacional”, *Revista Investigación y Docencia*, Universidad de Rosario, N° 24, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1994, pág. 12.

⁴⁶ *DO L* 338, de 23.12.2003, pág. 1.

⁴⁷ Reglamento (CE) N° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, *DO L* 160, de 30/06/2000, pág. 19.

del menor, con independencia de su vinculación o no a un procedimiento matrimonial.

El nuevo Reglamento —Nº 2201/2003—, responde a la idea de la progresiva instauración del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones dictadas en los Estados miembros conforme a lo establecido en el Proyecto del Consejo sobre medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas en materia civil y mercantil.

Dado que los objetivos del presente Reglamento no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, pueden lograrse mejor a escala comunitaria la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el *principio de subsidiariedad* consagrado en el artículo 5º del TCE. De conformidad con el *principio de proporcionalidad* contenido también en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

En el sector del Derecho patrimonial, otro importante paso o avance en la consecución de la supresión del exequátur en Europa, lo constituye el Reglamento (CE) Nº 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004⁴⁸, mediante el cual se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. Este Reglamento comunitario⁴⁹, tiende a simplificar y acelerar la ejecución en materia de deudas no impugnadas, y en base al *principio de confianza mutua* entre los Estados miembros, atribuye la responsabilidad del control del Estado de ejecución al Estado de origen; siendo éste, de hecho, el Estado que, tras comprobar que se cumplen determinados presupuestos y requisitos, expide la certificación de la correspondiente resolución como título ejecutivo europeo⁵⁰.

En una primera etapa, que ha concluido con el Reglamento (CE) núm. 805/2004, se ha tendido a la supresión del exequátur para todos los títulos ejecutivos sobre deudas no impugnadas (ya se trate de resoluciones judiciales, de transacciones judiciales o de documentos públicos con fuerza ejecutiva), que se hayan obtenido tras un procedimiento (con independencia de la naturaleza de éste)⁵¹.

En una segunda etapa la Comisión Europea, en materia de créditos no impugnados, tiende a la creación de un procedimiento específico,

⁴⁸ En vigencia desde el 21 de enero de 2005, efectivamente aplicable desde el 21 octubre de ese mismo año.

⁴⁹ *DOUE*, de 30 de abril de 2004, núm. L 143.

⁵⁰ Para que se expida dicha certificación, deben concurrir condiciones muy estrictas, relativas a la protección del demandado, que aparecen recogidas en el Capítulo III del Reglamento. Dichas condiciones se refieren a las garantías relativas a la notificación del deudor y a la información acerca del crédito que debe acompañar a dicha notificación.

⁵¹ Cfr. AGUILAR GRIEDER, HILDA, ob. cit., pág. 322. - www.uc3m.es/cdt.

uniforme o armonizado, para el cobro de deudas que presumiblemente seguirán sin impugnarse, es decir, de un proceso monitorio europeo. A su vez, dispone también de un proceso monitorio europeo que hace lo propio para deudas monetarias transfronterizas. El Programa debe apuntar a la supresión del *exequátur* a todas las sentencias civiles y mercantiles e incluso a los actos judiciales intermedios.

Luego de distintas propuestas y consultas, se acordó un texto definitivo respecto a este tema, el Reglamento (CE) N° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo⁵², el cual constituye la primera manifestación de un Derecho procesal europeo. Dicho Reglamento, que ha entrado en vigor el 31 diciembre 2006 (art. 33) y que con carácter general es aplicable desde el 12 diciembre 2008, ha optado por: limitar su alcance a los litigios transfronterizos; establecer un procedimiento de una sola fase (lo cual redundará tanto en su simplicidad como en su agilidad, en la medida en que implica que el deudor tenga una única oportunidad de oponerse a la demanda); y posibilitar la supresión del *exequátur* de la resolución que finalmente se dicte⁵³.

Otro paso en la consecución de la supresión del *exequátur* en el espacio europeo, en el ámbito patrimonial, se dio con el Reglamento (CE) N° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía⁵⁴. De acuerdo al artículo 1° del Reglamento, la finalidad de dicho procedimiento es “simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos” y “reducir los costos”. El objetivo del proceso europeo de escasa cuantía, que con carácter general es un procedimiento escrito, es facilitar el acceso a la justicia y coadyuvar así, al buen funcionamiento del mercado interior.

Dicho Reglamento comunitario, al igual que ocurre con el Reglamento (CE) N° 1896/2006, limita su alcance a los litigios transfronterizos, pero a diferencia de lo que acontece con este último instrumento comunitario, se refiere a créditos litigiosos. En cualquier caso, no todos los créditos litigiosos quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación del presente Reglamento, ya que el mismo limita considerablemente el valor de la demanda. De hecho, la aplicación del Reglamento (CE) N° 861/2007 está condicionada a que la deuda litigiosa en cuestión sea de escasa cuantía, en concreto, que no supere los 2000 euros⁵⁵.

⁵² *DOUE*, de 30 diciembre de 2006.

⁵³ Cfr. AGUILAR GRIEDER, HILDA, ob. cit., pág. 323. - www.uc3m.es/cdt.

⁵⁴ *DOUE*, de 31 julio 2007, núm. L 199/1. Si bien entró en vigor el 1 agosto 2007, es aplicable, con carácter general, desde el 1° enero 2009.

⁵⁵ Cfr. AGUILAR GRIEDER, HILDA, ob. cit., pág. 324. - www.uc3m.es/cdt.

En virtud de lo expuesto, podemos afirmar que en el presente nos encontramos en una segunda etapa, en la cual se ha procedido a una supresión del *exequátur*, pero no generalizada, sino parcial, esto es, en determinadas materias del Derecho de familia y del patrimonial. Por lo tanto, en la actualidad existe una doble vía en función de la materia jurídica de que se trate: para las materias incluidas dentro del ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios anteriormente mencionados, los cuales han contribuido a consolidar un espacio judicial europeo, se ha eliminado el *exequátur*; mientras que para otras materias civiles y mercantiles se ha simplificado y agilizado el procedimiento de *exequátur*.

En cualquier caso, queda por alcanzar una última etapa, que constituye uno de los principales objetivos de las instituciones comunitarias, que consiste en conseguir la supresión generalizada del *exequátur* en materia tanto civil como mercantil; lo cual es imprescindible para la plena consecución del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, en materia civil y mercantil, en el conjunto del territorio comunitario. Es en esta última fase o etapa en la cual habremos logrado alcanzar plenamente la denominada quinta libertad comunitaria, esto es, la libre circulación de resoluciones judiciales en el seno de la UE⁵⁶.

IV. Medidas para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior mediante el desarrollo de la cooperación judicial en asuntos civiles en el Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa implica algunos cambios relevantes relacionados a la transformación institucional. Entre otras cuestiones determina que la Unión Europea, dotada de personalidad jurídica, sustituye a la Comunidad Europea, y que desaparece la estructura en pilares existente desde el Tratado de Maastricht. Sin embargo, consideramos que no altera de manera sustancial la situación previa en lo que respecta al alcance de las competencias comunitarias específicas en el ámbito del DIPr. El carácter continuista del TFUE en el ámbito del DIPr. queda de manifiesto al comparar que los aspectos más significativos del antiguo artículo 65 TCE aparecen ahora reproducidos en el artículo 81 TFUE⁵⁷. A grandes rasgos, el artículo 81 TFUE, que es el único que integra el Capítulo titulado “Coope-

⁵⁶ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M./ E. CANO BAZAGA, ob. cit., pág. 14. “se ha dicho que la “libertad de circulación de decisiones judiciales, tiene ahora su prolongación en la libertad de circulación de los títulos ejecutivos”.

⁵⁷ DE MIGUEL ASENCIO, PEDRO ALBERTO, “El Tratado de Lisboa y el Derecho Internacional” Privado. Competencia judicial, Derecho aplicable, Reconocimiento decisiones, Unión Europea”, pub. Blog, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 10/12/09. <http://pedromigueldelasensio.blogspot.com/2009/12/el-tratado-de-lisboa-y-el-derecho.html>.

ración judicial en material civil” que forma parte del Título V (“Espacio de libertad, seguridad y justicia”) de la Tercera Parte del TFUE prevé que en el desarrollo de la cooperación judicial en asuntos civiles la Unión adoptará “y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior” medidas para garantizar:

“a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) la cooperación en la obtención de pruebas; e) una tutela judicial efectiva; f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros; g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios; h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia”

Con algunos añadidos que pueden ser importantes, en particular, *la referencia a la tutela judicial efectiva y a los métodos alternativos de resolución de litigios*, lo cierto es que en lo que respecta a los tres sectores básicos del DIPr, el artículo 81 TFUE se limita a reiterar los términos del artículo 65 TCE. En todo caso, es necesario insistir en el potencial de la referencia a la posibilidad de adoptar en este ámbito las medidas necesarias para “garantizar” la tutela judicial efectiva, que parece reforzar lo que afirma el artículo 67.4 TFUE⁵⁸ que sólo establece que la Unión “facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de *reconocimiento mutuo* de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”. El artículo 81 TFUE parece ir más allá que el artículo 67.4 TFUE, en la medida en que “*garantizar*” y “*facilitar*” parecen tener implicaciones diferentes. Además, aunque tras la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea adquiere el mismo valor jurídico que los Tratados, de acuerdo con lo dispuesto también en el nuevo artículo 6.1 TUE, las disposiciones de la Carta “no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados”.

Coincidimos con De Miguel Asencio, que el “hecho de que en lo que respecta a los tres sectores esenciales del DIPr el artículo 81 TFUE reproduzca básicamente los términos del artículo 65 TCE no parece que deba merecer una opinión especialmente favorable, pues teniendo en cuenta la experiencia y los logros de esta última década cabía haber aprovechado la

⁵⁸ Primer artículo del mencionado Título V y que contiene ciertas disposiciones generales.

modificación de los tratados constitutivos para prever una atribución de competencia a las instituciones comunitarias en términos más precisos y respetuosos con las necesidades de la integración comunitaria y el modo como esas competencias se han venido ejerciendo⁵⁹. Por ejemplo, el Reglamento 44/2001 o el Reglamento 2201/2003 no se limitan a garantizar “la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de jurisdicción”, ya que lo que establecen es una auténtica unificación de normas en esa materia. Lo mismo ocurre con el Reglamento Roma I y Roma II con respecto a los *conflictos de leyes* en el sector de las obligaciones contractuales y no contractuales. “La experiencia acumulada en los últimos años y el peculiar significado de las normas de DIPr. como instrumento de integración en el marco de la UE determinan que en esos sectores sea aconsejable en el ámbito comunitario una verdadera unificación de las normas de competencia judicial internacional y derecho aplicable, como reflejan los instrumentos mencionados, que no se limitan a la “*aproximación* de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” (art. 81.1 TFUE) ni a *garantizar* la compatibilidad de las normas de los Estados miembros en la materia⁶⁰. Coincidimos con de Miguel Asencio, que “hubiera sido aconsejable una redacción diferente que dejara claro que la atribución de competencia en esta materia comprende la posibilidad de establecer normas comunes y unitarias que impliquen una verdadera unificación, típicamente mediante reglamentos⁶¹”.

Incluso en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones, el artículo 81.2.a) TFUE añade el término *mutuo*, que no figuraba en el artículo 65 TCE⁶².

⁵⁹ DE MIGUEL ASENCIO, PEDRO ALBERTO, “El Tratado de Lisboa y el Derecho Internacional Privado. Competencia judicial, Derecho aplicable, Reconocimiento decisiones, Unión Europea”, Blog, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 10/12/2009. <http://pedrodemiguelasencio.blogspot.com/2009/12/el-tratado-de-lisboa-y-el-derecho.html>.

⁶⁰ DE MIGUEL ASENCIO, PEDRO ALBERTO, pub. cit., Blog, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 10/12/09. <http://pedrodemiguelasencio.blogspot.com/2009/12/el-tratado-de-lisboa-y-el-derecho.html>.

⁶¹ DE MIGUEL ASENCIO, PEDRO ALBERTO, pub. cit., Blog, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 10/12/09. <http://pedrodemiguelasencio.blogspot.com/2009/12/el-tratado-de-lisboa-y-el-derecho.html>.

⁶² DE MIGUEL ASENCIO, PEDRO ALBERTO, “El Tratado de Lisboa y el Derecho Internacional Privado. Competencia judicial, Derecho aplicable, Reconocimiento decisiones, Unión Europea”, Blog, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 10/12/2009. “Que el Tratado, en la norma que atribuye competencias a la Unión en esta materia, hable de “reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales...” no parece coherente con la posibilidad de expandir el alcance de los instrumentos actuales en la materia para cubrir también el reconocimiento en los Estados miembros de decisiones de terceros Estados –posibilidad que plantea el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 44/2001- ni con la convicción de la Comisión acerca de que la Unión tiene la competencia exclusiva para

El Tratado de Lisboa sigue una línea continuista también en otro aspecto importante: el relativo al procedimiento legislativo de adopción de las medidas, pues mantiene el tratamiento específico de las medidas relativas al Derecho de familia para las que el artículo 81.3 TFUE prevé la necesidad de que el Consejo se pronuncie por unanimidad, en línea con la situación previa conforme al artículo 67 TCE. Salvo en materia de Derecho de familia, el resto de las medidas en este ámbito se adoptarán, de conformidad con el artículo 81.2 TFUE, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, regulado en el artículo 294 TFUE (antiguo art. 251 TCE)⁶³.

V. Reflexión Final

1.- Podemos afirmar que a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE es una realidad. Si bien los grandes principios que lo conforman, como el de *reconocimiento mutuo*, no se aplican todavía a todos los ámbitos con la misma intensidad, es indudable que las decisiones judiciales circulan mejor, los órganos de cooperación se están consolidando y se está extendiendo una realidad judicial europea. Este Espacio todavía conoce algunos defectos como la complejidad de sus reglas y la falta de regulación comunitaria en algunos campos.

2.- El Tratado de Lisboa no altera de manera sustancial la situación previa en lo que respecta al alcance de las competencias comunitarias específicas en el ámbito del DIPr. El carácter continuista del TFUE en el ámbito del DIPr. queda de manifiesto al comparar que los aspectos más significativos del antiguo artículo 65 TCE aparecen ahora reproducidos en el artículo 81 TFUE.

3.- Con algunos añadidos que pueden ser importantes, en particular, la referencia a la *tutela judicial efectiva* y a los *métodos alternativos de resolución de litigios*, en lo que respecta a los tres sectores básicos del DIPr. el artículo 81 TFUE se limita a reiterar los términos del artículo 65 TCE.

4.- El Tratado de Lisboa extiende la cooperación judicial civil a todas las materias que tienen una incidencia transfronteriza y se basa en el *reconocimiento mutuo* de las decisiones judiciales y extrajudiciales, aplicándose el procedimiento legislativo ordinario a las posibles medidas de

negociar y concluir convenios internacionales con terceros Estados sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en las materias que han sido objeto de los Reglamentos comunitarios, como el Reglamento 44/2001 o el Reglamento 2201/2003".

<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2009/12/el-tratado-de-lisboa-y-el-derecho.html>.

⁶³ Cf. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, pub. cit., Blog, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 10/12/09. <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2009/12/el-tratado-de-lisboa-y-el-derecho.html>.

aproximación de las legislaciones, excepto en lo que se refiere al Derecho de familia, en el que la norma es la unanimidad (Reglamento del Consejo con un simple dictamen del Parlamento Europeo). Pero el propio Consejo, con el dictamen del PE, puede tomar, por unanimidad, la decisión de extender el procedimiento legislativo ordinario a algunos aspectos del Derecho de familia que tengan incidencia transfronteriza si ningún Parlamento nacional se opone a ello.

5.- El Tratado, en el desarrollo del espacio judicial europeo no tiene ni por objetivo ni como consecuencia cuestionar la tradición jurídica y judicial de los Estados miembros, reitera firmemente este enfoque basado en el principio de proporcionalidad y de subsidiariedad. En este ámbito, la construcción europea se rige por el principio de *reconocimiento mutuo*. Sin embargo, debe tenerse presente que la realidad jurídico-privada que ofrecen los veintisiete Estados Miembros incrementa todavía más la heterogeneidad o diversidad normativa en este sector del Derecho Privado, y este factor debe traducirse en una mayor cautela por parte de las instituciones Comunitarias a la hora de desarrollar este *iter* de armonización legislativa.



¿PODRÍA LA LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD SER PEOR QUE UN ACUERDO CONCURSAL PREDATORIO PARA JUSTIFICAR SU HOMOLOGACIÓN?

*Efraín Hugo Richard**

Resumen: Se sostiene que el juez puede homologar un acuerdo predatorio presumiendo que la liquidación arrojaría un resultado inferior. Esta presunción no es sostenible en el caso de concurso de sociedades.

Palabras claves: Concurso preventivo - acuerdo concursal - quita concursal - liquidación de sociedad - causales de disolución.

La problemática: la investigación

En relación a propuesta y acuerdo predatorio con quitas y esperas que se aplican a la universalidad de acreedores de una sociedad concursada, como contraposición se suele referir al supuesto valor liquidatorio de los bienes en un concurso, como límite de la abusividad de un acuerdo y justificativo para la homologación. Ello en aplicación de un supuesto específico: el caso de no obtenerse las mayorías necesarias en todas las categorías (art. 52 inc. 2 ap. B, requisito iv LCQ) “que el pago resultante del acuerdo *impuesto* equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”.

Podríamos llegar a aceptar ese criterio en el concurso de una persona física, pero nunca en el de una sociedad, pues ello sería olvidar los principios del régimen societario, y la elección de ese medio de organización formalizado por los fundadores, mantenido por los socios actuales y al que se encuentran unguados los administradores elegidos, socios o no.

También podría ser opinable cuando es un tercero el que formula la propuesta dentro del marco del art. 48 LCQ, porque en otros supuestos la liquidación societaria oportuna siempre habría dado un resultado mejor, o existen acciones de responsabilidad contra controlantes o administradores de la sociedad que permitirán a los acreedores

* Otros trabajos pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

prever un mejor resultado, que calificaría como una actuación abusiva en la estructura organizativa societaria, que concluiría con la propuesta por lo menos abusiva, y descalificatoria a tenor del inc. 3 del referido art. 52 LCQ.

Hemos ensayado sobre esta problemática¹. Queremos proponer una investigación más exhaustiva al análisis preliminar que efectivizaremos de seguido.

I – El novedoso argumento

Hemos planteado la cuestión en las líneas preliminares.

Flota en alguna ideología un nivel de seguridad de la legalidad de una propuesta de acuerdo preventivo: el ser superior el dividendo al que se obtendría en la liquidación en la quiebra eventual. Ello, en cuanto doctrina concursalista entiende que no es abusivo trasladar los problemas a los acreedores con inimaginables quitas y esperas, sólo acotadas por la “regla” del dividendo de liquidación.

Las crisis de las sociedades deben ser abordadas conforme la legislación específica, anticipándose a la cesación de pagos y consiguiente pérdida del capital social e imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social, como causales de disolución.

Se trata de una diligencia debida por la calidad del administrador de sociedades, al uso adecuado —y no desviado— de la organización jurídica adoptada por los fundadores y los posteriores socios —y confiada a los administradores— para el desempeño de una determinada empresa. Esa organización impone conductas imperativas que deben cumplirse cuando se advierte la crisis —que algunos llaman “actuación en zona de insolvencia” —, posibilitando el equívoco con “actuar en insolvencia”².

Detectar estar en zona de insolvencia impone adoptar las medidas que obligatoriamente deben asumir esos administradores: convocar inmediatamente a los socios para su aprobación y asunción de lo que correspondiere, posiblemente reintegración o aumento de capital social o imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social —empresa— cuando ya se encuentran en insolvencia o cesación de pagos.

II – Un ejemplo de aplicación del criterio de homologación de acuerdo

¹ *La falacia de homologar acuerdo predatorio por supuestamente mejor al resultado de liquidación societaria*, en libro AAVV “El Fraude Concursal y otras cuestiones de Derecho Falimentario”, Ed. De la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires Febrero 2010, págs. 195 a 256.

² *Nto. ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores)*, Publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, 2009 tomo XXI pág. 983, septiembre 2009.

predatorio por el beneficio de los acreedores.

Conforme tales inadecuados criterios –a nuestro entender- en el caso “FACHADAS INTEGRALES S.R.L. S/ CONCURSO PREVENTIVO (ORIGINADA EN LA QUIEBRA PEDIDA POR ASTILLEROS NEPTUNO S.C.A.)”, donde con fecha 24 de octubre de 2006 el Juzgado de Primera Instancia había rechazado el pedido de homologación de acuerdo decretando la quiebra, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C revocó esas decisiones y homologó el acuerdo casi dos años después, el 8 de julio de 2008. Por dos años de tramitación de la vía recursiva ante una declaración de quiebra, lo que no facilita la solución de cuestiones empresariales³.

1. El Dictamen de la Fiscal General de Cámara apoyó la resolución de primera instancia, y agregó “... *la deudora denunció como activo créditos por cobrar cuya cuantía supera casi tres veces el importe del pasivo verificado y declarado admisible...*”. La homologación de un acuerdo celebrado en esas condiciones importaría para la concursada liberarse de sus deudas pendientes mediante pagos insignificantes, evitando las consecuencias de la declaración de quiebra... 4. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que en el caso, el síndico no pudo exponer, en el informe general, la situación económica del deudor, porque éste no le suministró los elementos e información necesarios, que eran imprescindibles para que los acreedores evalúen la propuesta que les fue sometida a consideración. En efecto, el funcionario no tuvo acceso a los libros y demás registraciones contables de la concursada y además señaló que los estados contables presentados en oportunidad de solicitar la conversión de la quiebra en concurso preventivo, no muestran la realidad de la operatoria de la empresa...” Se denuncia una práctica sostenida: la desaparición de libros de contabilidad y documentación contable respaldatoria. Para los administradores de una sociedad llevar y conservar los libros es una obligación, no una carga, e impone la responsabilidad de los mismos. El justificativo de falta de actividad se enrola en la confesión de la existencia de una causal de disolución que imponía iniciar la liquidación societaria.

2. La Cámara revocó con los siguientes argumentos: “Luego de la audiencia..., la deudora presentó una nueva propuesta de acuerdo El síndico ...expresó sus reservas respecto a la posibilidad de cumplimiento de la propuesta de la deudora pero sin negar que la ofrecida ... fuese una mejora de la anterior ... El síndico informó que no pudo determinar el acti-

³ Ntos. ANTE LA CRISIS: EL VIEJO CORAZÓN DEL DERECHO COMERCIAL en Libro colectivo “Conflictos Actuales en Sociedades y Concursos” Editorial Ad Hoc, pág. 3. Comunicación a las Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Comodoro Rivadavia 5/6 de septiembre de 2002, y EL VIEJO CORAZÓN DEL DERECHO CONCURSAL en el mismo Libro, pág. 7.

vo de la deudora... y que la empresa no tiene actividad ..., de lo cual se infiere que la alternativa de la quiebra y consiguiente liquidación de bienes que componen su activo, sería menos ventajoso desde el punto de vista de la posibilidad de cobro de los créditos que integran el pasivo, ya que arrojaría un resultado inferior al contenido económico de la propuesta (CN Com., Sala E, 10/10/2003, en “Entertainment Depot S.A. s/ concurso preventivo”). Por otro lado, es de suponer que los acreedores al momento de votar favorablemente la propuesta lo hicieron con conocimiento de la referida inactividad empresarial de la sociedad concursada. Extremo éste —ausencia de actividad productiva actual de la deudora— que no es obstáculo, incluso, para negar la apertura del concurso, siempre que los recaudos formales requeridos a tal fin se encuentren cumplidos, máxime si se tiene en cuenta que las causas para el rechazo de tal petición se encuentran taxativamente enumeradas en el art. 13 “in fine” de la LCQ (esta Sala, 01/10/2002, en “Rocayapa S.A. s/ concurso preventivo”). Luego, habida cuenta que el síndico admitió que la nueva propuesta importaría una mejora de la anterior (v. sus términos a fs. 154, especialmente primer párrafo), cabrá estimar la pretensión recursiva de la concursada.

3. Anticipamos algún comentario: adviértase a la fecha, la posición mayoritaria de nuestra Corte en sentido similar sobre la abusividad y confiscatoriedad de la propuesta en el caso “Comercial del Plata S.A.,” donde dio una pista en la cuestión. En efecto, en fallo del 20 de octubre de 2009 la Corte formula un “obiter dictum” sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de esa sociedad, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Esa resolución de la Corte apunta a aventar la falta de transparencia en que suelen transcurrir los procesos de aprobación de la propuesta de acuerdo —normalmente no integrada y por tanto improponible⁴— para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos que hemos calificado como predatorios y confiscatorios⁵, pues se alejan del esfuerzo compartido. A través del voto de la mayoría- presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una

⁴ Nto. *Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)* en Jurisprudencia anotada de RDCO N° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pág. 79.

⁵ Nto. *LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA*, en Zeus Córdoba, N° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista N° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”⁶. No ingresamos en los aspectos centrales del fallo en torno a la arbitrariedad, la obstaculización del voto, la afectación del derecho al debido proceso, lo predatorio de la propuesta y la afectación del derecho de propiedad o a la sustracción de uno de los principales activos a través de no ejercer una suscripción preferente sobre una controlada, que resultan claramente expresados en el voto mayoritario y en la ampliación de la Dra. Highton, que podemos resumir en la transcripción de dos líneas: se afectaba “al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad”⁷.

El “obiter dictum” es expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario. Nos parece realmente iluminada la afirmación: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”.

El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva.

Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente.

Atiende fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica. Lo venimos sosteniendo desde hace muchos años, por lo que el concurso aparece —cuando no se ha intentado previamente aquél— como abusivo⁸, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor⁹. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de

⁶ 4. Lo que se apuntan Gabriela Boquin y Ricardo Augusto Nissen en *UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES*, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009.

⁷ Como parangón de los comentarios a la Res. 125/2008 que impuso retenciones a la exportación de soja, sosteniéndose como límite de lo no confiscatorio el tercio, pese a ser una cuestión de derecho público, no advertimos la razón por la que no se aplica la misma jurisprudencia citada a impedir la confiscación de los créditos de los acreedores que no votaron, que lo hicieron negativamente o que no pudieron votar por el trámite a que estaban sometidos. Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: *VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA* que presentamos con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO, Tomo I pág. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta.

⁸ Nto. “Insolvencia societaria”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y nuestra comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano Italia septiembre 2009: *LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA* y los precedentes allí indicados, que puede verse en la referida página electrónica.

⁹ TRUFAT, E. Daniel *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONSTRUCCIÓN* (en comunicación al Congreso citado en la nota anterior), apuntando: “Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que —al menos en el

los acreedores —como señala la Corte— y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas —particularmente los de control—.

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades —en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos—, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución —pérdida del capital social y/o imposibilidad so-breviniente de cumplimiento del objeto social—¹⁰.

Afrontar las causales de disolución, importan una verdadera pre-concursabilidad privada, prevista en la legislación societaria.

3. El mantenimiento de la actividad de una sociedad, más que en torno a la homologación o no de un acuerdo, debe vincularse a la imperatividad de las normas sobre constatación de causales de liquidación y apertura de etapa de liquidación, que brinda una solución de menor coste que una liquidación concursal y asegura el mejor resultado de la liquidación. El punto debe ligarse también a la integración de la propuesta de acuerdo con un plan o régimen de administración y disposición, pues su falta torna a la propuesta como inexistente o ilegal¹¹.

derecho argentino— “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones...La “concursabilidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno —dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar en *catarata* otras imposibilidades y así al infinitoLibrado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del mas fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los mas débiles y la directa desaparición del baldado....Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo.... Este (o sus propietarios) no podrán, o —al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso”.

¹⁰ “*EL PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)*” en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat - Marcelo Barreiro - Carlos Roberto Antoni Piossek - Ramón Vicente Nicastro.

¹¹ Nos hemos referido también a este caso en LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA, en Zeus Córdoba, N° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista N° 15, tomo 110, pág. 785 Doctrina.

III - Apoyo al “mejor interés de los acreedores”: Propuesta vs. resultado de la liquidación en la quiebra.

Ariel Ángel DASSO¹² al explicar el sistema de la ley de 2005 de Chile: “El sistema de voto permite advertir una notable fórmula destinada a la facilitación en la obtención del acuerdo: para obtener las mayorías, un acreedor con derecho a voto puede excluir a otro oponente al acuerdo, adjuntando... la suma que correspondería como monto probable de recuperación ...en la quiebra”. Se organiza un sistema de determinación de ese valor, de oposición y decisión. Se otorga posibilidad al “voto a los cesionarios de créditos cuando la cesión se hubiera producido antes de los 30 días a la fecha de formulación de la propuesta”.

Este aspecto de la desinteresación del acreedor en la legislación chilena, permite a nuestro distinguido colega expresarse sobre el problema: “La prueba concursal del *mejor interés de los acreedores* (*The best interest of creditors test*) y la exclusión del voto disidente”, con un análisis del derecho comparado —partiendo de la legislación de Estados Unidos de América—, la doctrina y jurisprudencia que, incluso en nuestro país, se ha gestado, con efectos opinables, que Dasso equilibra con la referencia “Es un presupuesto explícito en algunos casos, pero siempre tenido como vigente en forma implícita, que la propuesta o plan cualquiera fuere el proponente debe ser “justa y equitativa”, realizada de “buena fe”, aunque dicho término no tenga definición legal”.

Dasso a pág. 329 caracteriza ese “mejor interés de los acreedores” explicando “Entre los requisitos que el juez de Bankruptcy estadounidense debe conceptuar cumplidos para la homologación (confirmation) de un plan enunciados supra, aparece dotado de fuerza condicionante inexcusable el llamado “best interest of creditors test”, que consistió en determinar que en cada clase de acreedores o grupo o categoría de acreedores alcanzados, por el plan, cada acreedores, tanto si hubiere aceptado el plan como cuando se hubiere opuesto, reciba por el plan un porcentaje de su crédito genuino no inferior al que eventualmente recibiría en hipótesis de liquidación (U.S.Code, Tit. XI, Cap. XI, Secc. 1129 (a) (7) (A) (i) (ii))....”. Si desinteresarse a un acreedor es entre nosotros trampa y en otros ordenamientos derecho vigente; si proponer al acreedor la regla del dividendo de quiebra es ley fundamente en una parte del mundo concursal pero entre nosotros “abuso”, habremos de concluir que el debate en nombre de la “Moral” no tiene entidad para dirimir el conflicto que subyace en la crisis. Los decide-

¹² En “Derecho Concursal Comparado”, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, que comentáramos públicamente, remarcando la riqueza del aporte del distinguido profesor y amigo, en la parte I del capítulo IV.

les de las argumentaciones alcanzarán tonos armónicos cuando recuperemos para el debate la frialdad del economista frente a los números —que de su crudeza se trata— y bajemos el dedo acusador de supuestas infamias, censores de conductas que no son sino comportamientos funcionales a conveniencias o intereses de ocasión”.

Creemos que se trata de una visión legal —y no meramente moral la que nos guía— en relación a los intereses en juego cuando se usa para instrumentar la organización de una empresa la técnica “sociedad”, pues el dividendo concursal irrisorio contrariará todas las previsiones del sistema societario mundial. Socios y administradores están sujetos a ciertas reglas de las que no puede resultar que la liquidación oportuna de la sociedad genere un resultado inferior al dividendo concursal que se ha ofrecido y homologado en los últimos años en nuestro país. Sólo en circunstancias excepcionales de una catástrofe no asegurable podría darse una situación como la que se intenta ejemplificar.

Y el punto, como en USA esta ligado a una inexcusable planificación que integra la propuesta¹³.

IV – Apostillas con nuestra preocupación

1. Al tratarse de una sociedad sin patrimonio y sin actividad se habían operado causales de disolución, y su liquidación no afectaba el cobro de los créditos¹⁴.

A la sociedad le habían pedido la quiebra y solicitó la conversión para eludirla y evitar acciones de responsabilidad y de integración patrimonial. Quizá que se pasaran los antecedentes a la justicia del crimen por falta de activo.

2. Pero entremos en el meollo de la cuestión: ¿Qué debían hacer los administradores de la sociedad, quizá los mismos socios ante la situación planteada durante años, pero aún antes de la petición de quiebra?

Como dicen todos los autores extranjeros y nacionales poner la cuestión en manos de los socios¹⁵.

Al existir dos causales disolutorias: imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (art. 94.4 LSA) —es más abandonado ese

¹³ Nto. *Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)* en RDCO pág. 79 a 106 (tomo A - Jurisprudencia anotada) año 42, Tomo 2009 B, Ed. Abeledo Perrot.

¹⁴ *Ver la comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano, Italia, 2009*, en nuestro libro “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010.

¹⁵ Nto. *ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias...)* cit.

cumplimiento— y la pérdida del capital social (art. 94.5 LSA)¹⁶, los socios debían resolver lo que dispone la ley de sociedades: reintegro o aumento del capital social o liquidación de la sociedad, con la disminución de costes que ello implicaba. Sin embargo agobiaron durante años al sistema judicial sin recurrir a la solución privada. La liquidación privada parecería la vía para cobrar deudas y satisfacer las acreencias. Obviamente la situación se encuadra en la situación prevista en el art. 99 LSA, por lo que los administradores societarios debieron haber reunido a los socios para que se procediera a la inmediata liquidación de la sociedad, que no excluye el concurso preventivo, pero que —en el caso— por la magnitud de los créditos a cobrar que conformaban el activo, hacía presumir que con sólo la espera se hubiera satisfecho los créditos de los acreedores y hubiera quedado una adecuada cuota de liquidación para los socios, la que sin duda incrementaron a través del acuerdo predatorio.

Sin duda los administradores de la sociedad concursada no actuaron con la diligencia y lealtad del buen hombre de negocios, que impone el art. 59 LSA (157 LSA para la S.R.L., teniendo las mismas obligaciones que los directores de las sociedades anónimas), imponiendo satisfacer los daños que por ello causarían a la sociedad, los socios y los terceros. Situación de los terceros calificada por la situación concursal. Extraviaron los libros, la documentación y al no seguir operando justificaron así el no solicitar nuevos libros y reconstruir la contabilidad. No tenemos dudas que dieron de “alta” a la sociedad ante los organismos fiscales nacionales, provinciales y municipales, pues de no debían seguir formalizando sus declaraciones de ganancias, IVA, ingresos brutos, actividad comercial. Si no lo hicieron no hay duda que deben haber presentado sus declaraciones impositivas, que es como un balance para determinar la existencia o no de ganancias.

3. Adviértase el juego de balances presentados y su certificación incoherente, negándose a proporcionar información al síndico —lo que hubiera justificado la aplicación de las medidas previstas en el art. 17 2º párrafo LCQ—. En materia de sociedades la contabilidad es una obligación y no meramente una carga¹⁷, así la ley prevé que las asambleas “resolverán sobre los estados contables de ejercicio, para cuya consideración serán convocados dentro de los 4 meses de su cierre” (art. 159 LS), y de los que no se hace referencia sobre el trámite judicial extendido, sino sobre uno sólo de ellos presentado en forma irregular.

¹⁶ Nto. *FALTA DE PATRIMONIO SOCIETARIO: ¿puerta para la responsabilidad de administradores y socios de control?*, en *El Derecho*, 10 de diciembre de 2008, Buenos Aires.

¹⁷ MUGUILLO, ROBERTO ALFREDO: “ASPECTOS CONTABLES PARA ABOGADOS”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2008, 168 páginas. Nto. *¿Abusos en el proceso concursal?* en *La Ley* 24 de diciembre de 2008, pág. 1 y ss.

Los administradores sociales están obligados a tener un plan de negocios so pena de generárseles responsabilidad frente a la sociedad, los socios y los terceros¹⁸, y la propuesta de acuerdo se integra con tres elementos, y una propuesta desintegrada no es propuesta. No es el juez el que tiene que reclamar su integración, sino el deudor —que intenta beneficiarse con quitas y esperas— el que debe hacerlo¹⁹.

4. Y en cuanto a la abusividad de la propuesta puede verse la opinión de Arcaná, Juez de Mendoza, sobre la indeterminación del plazo que se configura con la expresión que se contará “a partir de la homologación”²⁰, que en el caso en comentario ha sido dilatado por imperio de aplicación del sistema recursivo —dos años más de espera—. La falta de plazo cierto del plazo de gracia es una causal más de su abusividad.

Por último recordar que en materia societaria las quitas y esperas a los acreedores son en beneficio directo de los socios, y en el caso son manifiestamente confiscatorios, particularmente para el acreedor en dólares. Las declaraciones de inconstitucionalidad deberían ser pronunciadas de oficio²¹.

5. Ni hablar del argumento de que el resultado de la liquidación en cuanto el dividendo sería inferior al del acuerdo ofrecido. Sobre el punto existe un excelente trabajo del mismo Casadio Martínez *Propuesta concordataria: el test de abusividad y el síndico (un modelo en construcción)*²². En el caso de sociedades debe integrarse sin duda con el resultado de las acciones de responsabilidad contra los socios y administradores²³ —cuando no de integración patrimonial—, indubitables en el caso, quizá también las de inoponibilidad de la personalidad jurídica dentro de la restringida tesis del fallo Palomeque si la infracapitalización que hoy ostenta brillantemente la sociedad era constitutiva. Bastaría que una sociedad no tenga bienes para que una propuesta del 2% a 10 años no fuera abusiva. Hemos dialogado con Casadio Martínez sobre el punto, señalando él mismo la fragilidad

¹⁸ CARLINO, BERNARDO, GENETICA DEL PLAN DE NEGOCIOS (MÁS SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE E. H. RICHARD) en Jurisprudencia Argentina, Newsletter del 20 de marzo de 2009 y nuestro trabajo citado por Casadio Martínez.

¹⁹ Nto. *Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad) en Doctrina Societaria y Concursal, Noviembre 2008, pág. 1081.*

²⁰ Fallo y comentario en RICHARD, EFRAÍN HUGO Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero) en Jurisprudencia anotada de RDCO N° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

²¹ Nto. Confiscatoriedad de la propuesta de quita abusiva en los concursos en ZEUS, 1° de octubre de 2007 tomo 105 pág. 2, y los trabajos con el constitucionalista Prof. Dr. José Luiz PALAZZO allí citados.

²² en Doctrina Societaria y Concursal de Errepar, Febrero 2009 pág. 115.

²³ Nto. *RESPONSABILIDAD DEL DIRECTORIO POR OMISIÓN (no liquidarla ni presentarla en concurso y no llevar contabilidad en forma), en Revista de las Sociedades y Concursos, Ricardo Nissen Director, N° 43 año 2007 noviembre-diciembre año 9, pág. 127.*

de la cuestión ante sociedades con capital constitutivo mínimo, mantenido durante la vida societaria y el tener que afrontar cuantiosas deudas... Por otra parte, si había deudas a cobrar y los socios no habían resuelto la liquidación de la sociedad por pérdida del capital social: ¿por qué la Cámara supone que se cobraría menos? Es al revés si confiaban en la gestión societaria, debió suponerse que cobrarían más al ejecutar las deudas, y por eso homologaban. No se hace referencia a ningún informe documentado sobre el punto, ni sobre la solvencia o insolvencia de socios y administradores.

Recuérdese la afirmación de la Fiscal General que los créditos a cobrar que se registraban en el activo triplicaban los créditos verificados.

6. El mensaje de la jurisprudencia es alentador para deudores inescrupulosos: señores socios y administradores de sociedades comerciales, no se preocupen, no cumplan sus obligaciones, si les piden la quiebra conviértanla en concurso preventivo, pierdan los libros, no den informes al síndico, si no tienen bienes mejor pues podrán presentar propuestas confiscatorias de los créditos al argumentar que la liquidación daría menos, si no quieren planificar ni trabajar esperen la homologación y luego vendan la sociedad saneada. Cuanto menos haya y menos se informe mejor..., así se dará argumentos al juzgador para homologar propuestas abusivas *per se*. Hay que sacarse la venda como lo hizo la Corte en el caso *“Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.”*²⁴.

Nuestra preocupación es que los administradores de sociedades que nunca tienen responsabilidad por tal, y los socios de sociedades con responsabilidad limitada, crean que pueden hacer cualquier cosa con ese maravilloso instrumento de organización que es la sociedad comercial, y se vean de repente sujetos a acciones de inoponibilidad o responsabilidad. No se trata de responsabilizarlos por el riesgo empresario, pero sí por no asumirlo oportunamente y no actuar en la forma que prevé la ley de sociedades, que no puede ser soslayada ni aún en los procedimientos concursales.

Son los socios, guiados por los administradores, los que deben adoptar las acciones que les impone la ley societaria ante la crisis o causales de disolución. Ley societaria a la que han recurrido para organizar la empresa. La situación en el caso imponía promover la etapa de liquidación de la sociedad, ante la existencia de causal de disolución. Pero la Cámara omitió ese análisis para limitarse a una visión conforme a la ley concursal

²⁴ Nto. *ACTIVIDAD ILÍCITA DE SOCIEDAD EXTRANJERA (indirect doing business) Y SU QUIEBRA EN EL PAÍS (en torno a importantísimo fallo de la Corte)*, publicado en el *Dial Express* del lunes 16 de marzo de 2009.

sobre si se admite o no la homologación de un acuerdo cuando ya no existe “empresa”.

El centro de la cuestión pasa sobre una nueva visión de la INSOLVENCIA SOCIETARIA²⁵, como anticipaba Truffat.

Una falta de precisión en la conexidad de las normas del derecho societario y el concursal, pueden haber permitido que se pensara sólo en soluciones del derecho concursal cuando una sociedad se encuentra en cesación de pagos, sin perjuicio de imponerse —a veces— la obligatoriedad de convocatoria a asamblea en lo interno.

No existen estadísticas ni referencias de las sociedades —ni de sus correctos administradores— que asumen la crisis dentro de las normas específicas que regulan esas organizaciones. Hemos participado con éxito en esas negociaciones, integrando nuevos socios o acreedores a la propiedad del capital social, como así también participado en liquidaciones poco onerosas, que han satisfecho a los acreedores pese a no cobrar la totalidad de sus acreencias. Esas estadísticas permitirían hacer comparaciones de las superaciones logradas, inclusive con abiertos aumentos de capital o liquidando ordenadamente y con el menor daño a la sociedad, a los socios, a los acreedores y al mercado.

Es en juicios concursales —preventivos o liquidativos— donde se advierten las conductas extrañas al no haberse intentado los remedios societarios pese a operar muchos años en cesación de pagos, conforme certificación objetiva en el informe general del síndico concursal.

Muchas soluciones se han formalizado ante la crisis financiera global que atravesamos usando en general de las estructuras societarias, a través de participaciones en aumentos de capital, cuando no de fusiones o escisiones, incluso con la idea de liquidar alguna de las sociedades generadas por este último procedimiento, con el menor costo social y económico.

Ello en aras a la conservación de la empresa, argumento fundamental para la homologación de un acuerdo, pero que suele no tenerse en cuenta por los propios administradores societarios al no asumir las conductas que le marca la ley societaria para paliar la crisis y asegurar la conservación de la empresa, conductas que hoy se encuentran remarcadas por las teorías y códigos éticos devenidos de la “responsabilidad social empresarial” o “responsabilidad social corporativa”. La cuestión así debe ser afrontada conforme la legislación societaria específica, y solucionarse con los menores costes de transacción, en forma extrajudicial y minimizando el daño.

²⁵ Puede verse nuestro libro del mismo nombre, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

Llevando la cuestión al justo punto Daniel Roque Vítolo²⁶ expresa: “VI. Conclusión. Ha señalado ... Richard que el hipergarantismo lleva a inadvertir las maniobras artificiosas en el seno de sociedades para mantener su operatoria calificándola como *normal* pese a estar en estado de insolvencia. Aquello que Provinciali —recuerda el doctrinario cordobés— señaló como “*ciò que segna el con fine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*”, lo que es hoy habitual al señalar los informes generales previstos en el art. 39 del régimen concursal argentino²⁷, que el estado de cesación de pagos se produjo —en la mayoría de los casos “hace muchos años...” o al menos en un tiempo bastante más lejano que aquél que ha denunciado el concursado o el fallido; es decir que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad; posición congruente con la de no requerir a los administradores societarios -como buenos hombres de negocios— la planificaron de la funcionalidad societaria, para no perjudicar a terceros con los que contratan”.

V -. Crisis y causales de disolución de las sociedades.

Formalizamos una aproximación a las previsiones normativas societarias, sobre lo ya que hicimos una referencia. Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba R. Franceschelli²⁸. La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación.

Encontramos una particular construcción en la legislación colombiana: El art. 10 de esa ley de Insolvencia Empresaria dispone en el art. 10 entre los presupuestos de admisión del proceso de reorganización “1. No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a solucionarla”, a su vez impone en la solicitud de admisión (art. 13^a) “4. Memoria descriptiva de las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia. 5. Un flujo de caja para atender el pago de las obligaciones. 6. Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración fi-

²⁶ “Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia” en LA LEY 2005-A, 1207.

²⁷ Justamente a este tema nos referiremos al abrir los trabajos de Comisión en el inmediato “VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, a desenvolverse en Mendoza, República Argentina, a partir del 4 de abril de 2009, que puede verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar.

²⁸ L’aprendistas stregone, l’elisir di lunga vita e l’impresa immortale en Giur. Comm. 1982 I pág. 575 y ss.

nanciera, sino también organizacional, operativa o de competitividad conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea el caso”, y concordantemente como efecto de la admisión en el art. 23 se genera “Suspensión de la causal de disolución por pérdidas “Durante el trámite del proceso de reorganización queda suspendido de pleno derecho, el plazo dentro del cual pueden tomarse u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio social, con el objeto de enervar la causal de disolución por pérdidas. En el acuerdo de reorganización deberá pactarse expresamente la forma y términos cómo subsanarán dicha causal, incluyendo el documento de compromiso de los socios, cuando sea del caso”.

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”²⁹.

Conforme a ello, el derecho societario debe brindar adecuadas tutelas —y así lo hace— para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuyo cumplimiento convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad³⁰ como forma de materializar la “idea de empresa”, generando un límite de imputación a la persona jurídica por la actuación de sus socios o representantes (art. 58 LS), y determinando causales de disolución (art.94 LS)³¹. Así lo sostiene Araya³².

Al estar una sociedad sobreendeudada, particularmente comprometido su pasivo corriente, frente a las disponibilidades del activo corriente o de los flujos de caja, podemos sostener que la misma se encuentra en crisis, dentro de los parámetros en que hemos citado a Vitolo. Normalmente se equipara a una infracapitalización material, no formal, pero el problema es siempre patrimonial³³.

Un deber inmediato de los administradores debería ser determinar la profundidad de la crisis, si la misma se mantendrá, y la comunicación a los socios, que desde el punto de vista del análisis económico del derecho, de la metodología de la relación costo-beneficio es probable que

²⁹ ROITMAN, HORACIO y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada* Editorial La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II pág. 491.

³⁰ ETCHEVERRY, RAÚL ANÍBAL “Empresa y objeto social”, en RDCO año 15 pág. 781 y ss.; COLOMBRES, GERVASIO, *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, pág. 116.

³¹ Conf. nuestro *Conservación de la empresa*, mayo de 1981, en Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, t. 25 pág. 107 y ss.

³² ARAYA, M.: “La función preconcursal de la pérdida del capital social”, en Ensayos de Derecho Empresario N° 3, Director: E.H. Richard, pág. 247 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2007.

³³ PORTALE, GIUSEPPE B. y COSTA, CONCETTO “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei”, pág. 133 y ss.

no arriesguen más capital, incluso que se desinteresen del giro social si no se les asegura la posibilidad de un beneficio mediante la reorganización de la empresa. No hacerlo implica faltar a su deber de buen hombre de negocios. Aquí el riesgo del “negocio del concurso” apuntado por Truffat.

Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

De todo ello resulta la necesidad de que los administradores respondan a la sociedad más que a los accionistas, particularmente ante la crisis, pues deben tutelar el patrimonio para satisfacer a los acreedores, y a los demás intereses afectados por el giro empresarial. Volveremos al tema de los intereses tutelados ante la crisis.

Seguir contratando con terceros en ese estado significa violar el deber de lealtad. Lo que implica actuar con dolo (art. 931 C.C.).

Una correcta lectura permite advertir que los administradores deberán formular un plan de negocios sobre la viabilidad de la empresa o sea sobre la posibilidad de cumplimiento del objeto social, obligación insoslayable en cualquier momento³⁴, como insistiremos.

“El principio de conservación de la empresa como razón de orden social y en especial en lo atinente al mantenimiento de las fuentes de trabajo y de riqueza, constituye un presupuesto insoslayable en una interpretación finalista de la ley. Dicho de otro modo, sin actividad o —cuanto menos— potencial efectivo y evidente para el giro, no habría empresa que tutelar, ni fuente de trabajo que conservar”. Esta frase de Lidia Vaiser ilumina la cuestión.

Si el objetivo es evitar la disociación del patrimonio eliminando el estado de cesación de pagos, la hipótesis que podríamos arriesgar es que la “axiología” del sistema sería asegurar el mantenimiento de la eficiencia de la actividad empresarial, evitando la disgregación del patrimonio, asegurando su consistencia para el cumplimiento del objeto —causa de constitución— de la organización empresarial o a proteger. Y deberíamos apuntar que ello debería acaecer desde el nacimiento de ese patrimonio afectado y durante toda la funcionalidad de la “empresa”.

La empresa que no es autosustentable no es empresa³⁵.

³⁴ Nto *El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)* en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat - Marcelo Barreiro - Carlos Roberto Antoni Piossek - Ramón Vicente Nicastro.

³⁵ Obviamente que una empresa puede integrar su flujo operacional con subsidios, particularmente si explota servicios públicos, lo que es connatural a la apreciación política sobre su

Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países.

1. ¿Qué deben hacer los socios cuando se someta la cuestión a su consideración?

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, de la metodología de la relación costo-beneficio es probable que los socios decidan no arriesgar más capital, incluso que se desinteresen del giro social si no se les asegura la posibilidad de un beneficio mediante la reorganización de la empresa.

Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

Es deber fundamental de los socios capitalizar la empresa si la solución es continuar el giro social. No necesariamente con aportes propios.

Aun cuando desistan de seguir aportando porque no quieren o porque han perdido interés en el proyecto económico de la sociedad-empresa, o no tienen capacidad económica para hacerlo. La solución esta previsto en la ley de sociedades: pueden invitar a terceros a suscribir el aumento de capital necesario para la continuación del giro o la capitalización de las deudas, o sea que los acreedores acompañen a los accionistas no sólo en el riesgo sino en el éxito futuro del negocio.

De decidir los socios no capitalizar ejerciendo su derecho de suscripción preferente, ni invitando a terceros o a los acreedores a la integración, deben tener por operada una causal de disolución —normalmente imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social—, y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores cobren lo más posible.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y esa capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr el acuerdo. Reiteramos que quita y espera impuestos en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores.

Es la solución societaria, vinculada al “esfuerzo compartido”, que no es excluyente de otras soluciones: la capitalización (patrimonialización) para superar las causales de disolución, cuando no la cesación de pagos.

rol en el bienestar general y la asignación de fondos operativos al restringir, por ejemplo, su libertad de fijar tarifas.

La capitalización tiene múltiples matices³⁶. Apreciar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran.

Los resultados que prometa el plan de negocios permitirán analizar a los socios la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible. Hemos intervenido en negocios donde los nuevos inversores aceptaron capitalizar con prima de emisión los fondos suficientes para satisfacer el pasivo, por la seguridad de las utilidades que se generarían una vez extinguido el mismo.

2. El sistema español nos brinda una visión sobre la problemática: “La regulación legal de la disolución de la sociedad anónima comienza por una enumeración de las circunstancias por las que “se disolverá” (art. 260 LSA). En este punto, se aprecia ya una importante diferencia con lo establecido por el Código de comercio. En este último cuerpo legal, la disolución se concibe como una institución que debe entrar en juego únicamente por voluntad de la propia sociedad anónima manifestada en un acuerdo de la junta genérica (v. art. 168 C. de c.)... La Ley de Sociedades Anónimas no eliminó esta concepción de la disolución; pero amplía su campo de acción. ... se advierten importantes novedades: se incluye expresamente la paralización de los órganos sociales como un supuesto de imposibilidad de realizar el fin social; desaparece el supuesto de pérdida íntegra del capital, por la razón que a continuación expondremos.... Al lado de ello, la disolución va a servir también para otras finalidades. En primer lugar, para impedir que una sociedad de capital pueda funcionar cuando la única garantía de

³⁶ Por ejemplo: emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate, etc.. LAS CLAUSULAS O CONVENIOS DE PREFERENCIA PARA LA COMPRA DE ACCIONES O CUOTAS SOCIALES, SON DE VALIDEZ INDISCUTIDA EN EL DERECHO ARGENTINO TANTO COMO EN EL COMPARADO, SEA QUE ESTEN CONTENIDOS EN EL ESTATUTO O EN PACTOS PRIVADOS ENTRE ACCIONISTAS (CFR. MANOVIL, R., “GRUPOS DE SOCIEDADES”, P. 320, BS. AS., 1998; REGGIARDO, R., “SOBRE LA TRANSMISION ‘ENTRE VIVOS’ DE ACCIONES”, ED 205-844; VANHAECKE, M., “LES GROUPES DE SOCIETES”, P. 76, N° 65, LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENDE, PARIS, 1962; CHAMPAUD, C., “LE POUVOIR DE CONCENTRATION DE LA SOCIETE PAR ACTIONS”, PAGES. 51-52, N° 49 Y 50, SIREY, PARIS, 1962; ASCARELLI, T., “SUI LIMITI STATUTARI ALLA CIRCOLAZIONE DELLE PARTICIPACION AZIONARIE”, EN SAGGI DI DIRITTO COMMERCIALI, P. 359, ESPEC. P. 391, N° 18, MILANO, A. GIUFFRE, 1955), Y SEA QUE COMPENDAN A TODOS LOS ACCIONISTAS O SOLO A CIERTA CLASE DE ELLOS, EN CUALQUIER CASO, ES INCUESTIONABLE LA LICITUD DEL CONVENIO (CFR. BROSETA PONT, M., “RESTRICIONES ESTATUTARIAS A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES”, PAGES. 51 Y 138, MADRID, 1963). In re *RECUPERO ENERGETICO SA C/ CAMUZZI GAS PAMPEANA SA S/ ORDINARIO*. *vocales* HEREDIA - VASSALLO - DIEUZEIDE de CAMARA COMERCIAL: D., 14/02/2007.

los acreedores sociales, constituida por la correspondencia entre capital y patrimonio, se vea seriamente comprometida: si el patrimonio social no alcanza, al menos, la mitad de la cifra del capital social, la sociedad debe desaparecer o poner fin a tal situación (art. 260.1.4º LSA). En segundo lugar —tras la Ley de Reforma y Adaptación— la técnica de la disolución se utiliza también para reprimir la infracción de determinadas normas imperativas consideradas como esenciales para la existencia de la sociedad: la sociedad debe extinguirse si contraviene la norma que prevé la existencia de un capital social mínimo... la disolución adquiere un perfil *sancionador*. Esas consideraciones explican el *carácter imperativo* de las normas sobre disolución...”³⁷.

Emilio Beltrán, a quién recurrimos por la similitud de normas en España y nuestro país en relación a las causales de disolución de sociedad anónima, al referirse a “La imposibilidad manifiesta de realizar el fin social”, nuestra equivalencia de “cumplimiento del objeto social”, expresa “Hipótesis típica de imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social es la *infracapitalización material*, es decir, aquel supuesto en que la sociedad carece, en el momento constitutivo o con posterioridad, de los fondos suficientes para el ejercicio de la empresa que constituye el objeto social (sobre el concepto y las clases de infracapitalización, v. C. Paz-Ares, en ADC, 1983, 1588-1595). En efecto, si los fondos sociales son manifiestamente insuficientes para el desarrollo del objeto social y los socios no proceden a su adecuación (v. gr. Aumentando el capital social, eliminando o modificando alguna de las actividades de su objeto) la sociedad se encontrará en una situación de imposibilidad de realizar el fin social (cfr. C. Paz-Ares ob. Cit. 1608, 1611; J.C. Sáenz *El objeto social*, 343; J. Massaguer, en RGD, 1990, 5571)”³⁸. Beltrán señala para las sociedades anónimas españolas “Los efectos de la concurrencia de una causa legítima para la disolución se completan con la imposición a los administradores de la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales cuando incumplan la obligación de convocar junta general o de solicitar, en su caso, la disolución judicial (art. 260.2, 4 y 5 LSA). ... el fundamento último del precepto estriba precisamente en la tutela de los acreedores sociales”³⁹. Es interesante el fallo que relata, antes de la nueva legislación correspondiente al Tribunal Supremo del 13 de febrero de 1990, “interpretando generosamente los preceptos legales sobre responsabilidad de los administradores por daños en la gestión, había estimado que éstos eran responsables frente a los acreedores sociales por el

³⁷ BELTRÁN, EMILIO “La disolución de la sociedad anónima”, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs.. 34/5.

³⁸ BELTRÁN, “La disolución...” cit. págs. 100/101.

³⁹ BELTRÁN, “La disolución...” cit. págs. 138/9.

hecho de que la sociedad no pagara sus deudas, ya que no habrían tomado precauciones y garantías para respaldar las obligaciones de la misma (v. gr., solicitar la suspensión de pagos o la quiebra)... “La ley se limita a señalar que la responsabilidad surge cuando los administradores no convoquen la junta en el plazo de dos meses... El segundo presupuesto de la responsabilidad plantea menos problemas, por su más exacta determinación. Si la junta convocada por los administradores, *motu proprio* o a solicitud de algún accionista, no llega a reunirse válidamente o no adopta el acuerdo de disolución, los administradores tienen la obligación de solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses”.

VI - A modo de meditación introductoria al debate

Creemos haber avizorado que existe una suerte de axiología de la empresa y su mantenimiento funcional (conservación), como un valor en sí mismo en orden a los intereses que concilia. En esa conservación y en el equilibrio de los intereses convergentes veremos satisfechos los valores seguridad y justicia, y dentro del sistema de justicia la eficiencia de la respuesta, su oportunidad, la equidad en los repartos, unidos a los bajos costes de transacción y la minimización de daños a la sociedad, los socios, los terceros, el mercado y la comunidad.

1. La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a como debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso.

2. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio —sin indemnización— de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación.

3. A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. No puede aceptarse que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado societario para solucionar el problema, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados —u otorgando otros beneficios participativos—, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

Este es un mensaje para que los administradores y socios asuman la juridicidad, y que el sistema no premie a quién lo margina.

4. Resulta necesario reconstruir la concepción integral del sistema jurídico, con método de empresa propio de las relaciones de organización y no individualista propio de las relaciones de cambio, donde la libertad, autonomía de voluntad y capacidad jurídica individual de generar personas jurídicas o centros de imputación, debe equilibrarse con la funcionalidad regular de esas instituciones. La libertad entraña responsabilidad y la obligación de reparar el daño que se cause, y la eficiencia del sistema jurídico y judicial esta vinculado a esos objetivos, tanto para disuadir como para equilibrar rápidamente las relaciones afectadas.

5. La tesis sustentada es una invitación a retomar esas ideas, que permitirían salvaguardar la empresa y las actividades productivas, haciendo confiable el crédito y evitando se atesten los tribunales de procedimientos que hubieran podido afrontarse privada y oportunamente.

En una visión congruente con las previsiones de la “Responsabilidad social corporativa” deberíamos disponer estadísticas del éxito de las soluciones societarias para afrontar sus crisis patrimoniales. Al fin “... pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión”. Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes —p.ej. obligacionistas— y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores, “...entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo”⁴⁰, tal situación se advierte en las sociedades cuando no adoptan los administradores y los socios si son llamados a hacerlo, las medidas societarias para paliar la crisis, que las hay y muy buenas.



⁴⁰ ACCIARRI, HUGO A.; CASTELLANO, ANDREA y BARBERO, ANDREA, *El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico* en Jurisprudencia Argentina 2008-1 Número especial “Derecho y Economía” coordinador por HUGO A. ACCIARRI, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, doctrina, pág. 10.

TELETRABAJO, SU INSERCIÓN EN LA LEGISLACIÓN LABORAL ARGENTINA

*Carla Saad de Bianciotti**

Resumen: El *teletrabajo*, como reciente modalidad de prestación de servicios mediante el uso de TIC (Tecnologías de Información y Comunicación), produce ciertos impactos sobre el mundo del trabajo y por consiguiente, en el sistema legal que lo rige. Los distintos modos que tienen los trabajadores de efectivizar su servicio deben estar acompañados por una regulación legal que contemple su particularidad, se describe entonces la inserción en el derecho individual del trabajo en Argentina.

Palabras claves: Teletrabajo – Principios del Teletrabajo – Regulación legal del Teletrabajo.

1.- Introducción

La relación de trabajo tradicional conformada por un trabajador que prestaba su servicio a las órdenes de un empleador en la sede de la empresa, utilizando las herramientas que este le brindaba para realizar su tarea, constituía la regla general del mercado de trabajo y la excepción estaba configurada por el llamado “trabajo a domicilio”. Paulatinamente los procesos productivos fueron incorporando nueva tecnología —conocida actualmente como Tecnología de la Información y Comunicación TIC— que incide directamente en la “manera” en que se presta el servicio. Conceptos como rapidez, automatización, producción en serie computarizada, disponibilidad de mayor caudal de información, internet, intranet, entre otros, se tornan cada vez más comunes. Desde ya hace algunos años, internet como herramienta de trabajo, brinda la posibilidad que esta prestación de servicios del trabajador no sea realizada necesariamente en el establecimiento del empleador, con herramientas brindadas por éste, entre

* CARLA SAAD DE BIANCIOTTI, Abogada, Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Profesora de Taller de Jurisprudencia I y Práctica Profesional III; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univesidad Nacional de Córdoba, proyectos con subsidio SECYT-UNC. carlazaad@arnet.com.ar.

La autora agradece la colaboración en la búsqueda y análisis de material a la Ab. Magalí Checa y la recolección a Paula Ávila, Ab. Ingrid Carletto, Ab. Matias Chamorro y Lorena Murraciale.

otras características propias de esta incipiente forma de prestar servicio, por todo esto se hace necesario adentrarnos en el conocimiento de la figura del “teletrabajo”.

2.- Teletrabajo

2.1.-Identificando el concepto

Una de las formas de trabajo con uso de TIC¹ es designada con el nombre de “teletrabajo”. El teletrabajo como fenómeno contemporáneo, no tiene una definición consensuada. Son varios los autores que la ensayan y marcan un posible camino para encuadrarlo en una de ellas².

Así, hay quienes definen al teletrabajo como: los trabajos realizados por personas externas a una determinada organización destinataria final de dichos trabajos, sin importar su ubicación geográfica o también como una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del teletrabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral ³. Otros lo conceptúan como, cualquier trabajo, en un lugar distinto del contratante y utilizando en cualquiera de las fases, medios telemáticos ⁴. Entendiéndose también como una “Actividad laboral que se realiza con el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones (tanto por cuenta propia como por cuenta ajena), en sedes (móviles o en su domicilio, a tiempo completo o parcial) distintas y distantes del centro de producción de bienes y/o servicios receptor del producto de dicha actividad”.

En Europa nos encontramos con el “Acuerdo Marco sobre Teletrabajo” de carácter voluntario, suscripto el 16 de julio de 2002, en Bruselas, por los agentes sociales a nivel comunitario (CES, UNJCE/ UEPAME y CEEP) donde se practica una definición de carácter amplio, con el objetivo de abarcar varias formas de teletrabajo, así el punto 2 del Acuerdo define “El teletrabajo es una forma de organizar y/o realizar un trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o relación laboral, en la que un trabajo, que también hubiera podido ser realizado en los locales del empleador, se realiza fuero de dichos locales de manera regular”.

¹ Tecnología de la Información y Comunicación, también llamada TICs o TI.

² www.enred.es/foros/Teletrabajo.htm, la siguiente definición de teletrabajo, trabajo en red, work nouveau, telecommuting .

³ CREA, Florencia, en coautoría con SZTRYK, Aníbal, “Teletrabajo y Comercio Electrónico” (inédito).

⁴ www.canaltrabajo.com/teletrabajo/index.html.

Miguel y Martín De Virgiliis⁵, definen al teletrabajo como: “..el fenómeno que consiste en la realización de todo trabajo por parte de personal vinculado con la entidad destinataria del mismo, sin la presencia física del trabajador en esta última, utilizando a tales efectos métodos de procesamiento electrónico de tecnologías de la información y la comunicación TIC—, manteniéndose contacto entre las partes, a través de la utilización regular de medios de comunicación idóneos y que genera un valor agregado...”

Anne de Beer y Gerard Blanc⁶ han analizado alrededor de cincuenta definiciones de trabajo a distancia y han identificado en estas tres conceptos principales: organización, localización y tecnología. Birgin y Freidenberg⁷ suman a estas características la necesidad que el trabajador “agregue un valor” al trabajo encomendado, diferenciando la actividad a la utilización de las herramientas informáticas como medio para el envío del trabajo efectuado.

Por último, en un intento de incorporar la figura al plexo normativo laboral nacional, en el seno del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, se conformó en septiembre de 2003, una *Comisión de Teletrabajo*⁸ (interdisciplinaria), la que elaboró un *proyecto de ley*, que contempla esta particular forma de prestar el servicio. El artículo primero define al teletrabajo a los efectos de la futura ley como “*la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en los términos de los arts. 21, 22 de la Ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, en las que el contrato o relación de trabajo es realizado total o parcialmente en el domicilio del*

⁵ DE VIRGILIIS, MIGUEL y DE VIRGILIIS, MARTÍN. “El Teletrabajo. De la Chimenea a la Sociedad de la Información” en DT 2001-B, 1365 y ss.

⁶ Conf. cita *Ibidem*, quien cita A. DE BEER en G. BLANC, “Le Travail à Distance: Enjeux et Perspective, Une Analyse Documentaire”, pág. 81, Asociación Internacional de Futuribles, París, julio de 1985.

⁷ Para ampliar el concepto ver: BIRGIN, Oscar; FREIDENBERG, Lelio A., DT2004 (marzo), 334 - DT2004-A, 334.

⁸ La Comisión de Teletrabajo fue creada en el mes de septiembre de 2003. Inicialmente integraron la comisión las siguientes instituciones: **USUARIA**. (Asoc. Argentina de Usuarios de la Informática y las Comunicaciones) **AAT** (ASOCIACION ARGENTINA DE TELETRABAJO), **ARTRA** (Asociación de Relaciones del Trabajo de la República Argentina, ex ARIA), **UIA** (Unión Industrial Argentina), Telecom SA, **CGT** (Confederación General del Trabajo), **FAECYS** (Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicio Argentina), **CTT** (Centro de Teletrabajo y Teleformación de la Carrera de Relaciones del Trabajo -UBA), **UNTREF-SADL** (Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales), **TELEFONICA ARGENTINA SA**, **PRESIDENCIA CCEF-HCDN**, En el año 2005, se han incorporado: **ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, **FOEESITRA** (Federación de obreros, especialistas y empleados de los Servicios e Industrias de las Telecomunicaciones de la Republica Argentina), **CTA** (Central de los Trabajadores Argentinos), **CICOMRA** (Cámara de Informática y Comunicaciones de la República Argentina), **ADESPA** (Asociación de Servicios Públicos de Argentina), **OIT** (Organización Internacional del Trabajo).

trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de tecnología de la información y de las comunicaciones (tic's)".

El proyecto elevado definió el término mediante la precisión de dos características sobre el modo de prestar el servicio: 1) utilización de todo tipo de tecnología de la información y de las comunicaciones (tic's) y 2) realización efectiva de la prestación total o parcialmente en otro domicilio que no sea el del empleador. Parece compartir los tres conceptos que surgen del análisis que Anne de Beer y Gerard Blanc hicieron sobre más de cincuenta definiciones que indicáramos anteriormente, organización, localización y tecnología, aunque descarta en la conformación del concepto la necesidad que el trabajador "agregue valor" al trabajo, al decir de Birgin y Freidenberg⁹ reciban el trabajo encomendado y "los emplee, modifique o transforme" obteniendo como resultado la realización efectiva del trabajo por herramientas informáticas, sin ser éstas un mero medio de comunicación de resultados.

2.2.- Tipología.

En cuanto a la forma de realización, el teletrabajo puede realizarse "on-line" (en línea con conexión directa con la computadora), "off-line" (fuera de línea), "one way line" (en un solo sentido con la empresa sin posibilidad de interconectar con otras terminales) o "two way line" (interactivo, terminal conectada a una red).

Puede organizarse individual o colectivamente; puede constituir la totalidad o parte de la tarea del trabajador; y puede llevarse a cabo por trabajadores independientes o subordinados, "...Se habla de un teletrabajo sedentario o a domicilio, que sería aquel que se desarrolla en y desde el propio hogar; y de un teletrabajo nómada o móvil, que es el que se realiza mientras se viaja de un lugar a otro, ya sea entre aviones, habitaciones de hotel, terminales de trenes, etc., que hacen uso de sus portátiles o de teléfonos móviles. De la misma manera encontramos otra modalidad como el teletrabajo en grupos, que como el realizado en las zonas rurales suele denominarse 'telecottage'...¹⁰". En este trabajo nos orienta solamente el tipo de teletrabajo en relación de dependencia.

⁹ BIRGIN, OSCAR; FREIDENBERG, LELIO A., op. cit, pág. 334.

¹⁰ FINQUELIEVICH, SUSANA, afirma que entre las opciones del teletrabajo encontramos: Centros de Servicios Remotos para clientes o telecentros, donde pueden responder las llamadas telefónicas o los e-mail de los clientes desde sus computadoras hogareñas, sin necesitar casi nunca concurrir en persona a la oficina central; Telecottages: espacio de recursos comunitarios instalados en zonas rurales, equipado con computadoras, fax, scanner, fotocopiadoras, modem, conexiones a internet y equipos de video conferencias. En ellos, los habitantes del lugar pueden aprender a usar los equipos o utilizarlos para trabajar ya sea para empresas o

2.3.- Algunas ventajas y desventajas

Según estudios preexistentes¹¹ podemos consensuar algunas ventajas y dificultades que implican adoptar el sistema de teletrabajo en la empresa:

Como ventajas podemos señalar:

- Apertura del mercado laboral a las mujeres y discapacitados: la posibilidad de cumplir un trabajo en un lugar distinto a la sede de la empresa, preferentemente en el hogar, posibilita a esta franja de trabajadores a insertarse más fácilmente al mercado de trabajo ya que permite conciliar el ámbito familiar y el laboral.
- Disminución de costos: para el trabajador disminuye el costo del transporte, gastos de comidas, etc.; para el empleador disminuye el costo sobre el espacio físico utilizable por el trabajador (costos proporcionales de servicios -teléfono, luz, etc.-).
- Posibilidad de manipular los tiempos de trabajo con relación a la productividad exigida.
- Incrementar la capacidad de contratación y la posibilidad de conservar a los mejores trabajadores sin restricciones geográficas.
- Reducción de tasas de ausentismo laboral.

Como desventajas podemos señalar:

- Incidencia sobre el individuo produciendo una sobrecarga sobre el estado físico y psíquico del trabajador, tales como: problemas ergonómicos, problemas de visión y problemas mentales inherentes al tipo de trabajo y contenido del mismo, dificultades para separar la vida laboral de la familiar, tendencia a trabajar en exceso (workaholism).

tareas comunitarias; Centros de Teletrabajo y Oficinas Satélites: Edificios de la empresa localizados cerca del domicilio de los empleados para reducir las distancias; Oficinas Virtuales o móviles: Dependen de computadoras portátiles e instrumentos de comunicación para permitir a los empleados que trabajen en cualquier lugar donde se encuentren. ("Teletrabajo: previsiones, fantasías y realidades," en [www. Enredando.com/cas/enredantes](http://www.Enredando.com/cas/enredantes)); puede verse de la autora citada "¿Ciberciudades? Informática y gestión urbana", Instituto Gino Germani; en coautoría con SCHIAVO, ESTER, "La Ciudad y sus TICs", Universidad de Quilmes, Buenos Aires, Argentina.

¹¹ ALLES, MARTHA ALICIA. Empleo -Discriminación, Teletrabajo y otras temáticas, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1999, pág. 114; OCHOA HORTELANO, JOSÉ LUIS. "Anotaciones sobre lecturas acerca del Teletrabajo", <http://cederul.unizar.es/noticias/sicoderxv>, búsqueda mayo 2010, pág.235; SAAD DE BIANCIOTTI, CARLA. "Informática y Relaciones Laborales: Necesidad de una Legislación Específica" en *Anuario I*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Edit. Advocatus, Córdoba, 1993, págs 309 a 311, entre otros.

- Pérdida de contacto físico del trabajador con sus compañeros y con el empleador, lo que acarrearía problemas de socialización.
- Dificultad de control sobre el trabajo realizado y sobre las condiciones en que este se ejecuta.
- Pérdida del trabajador de su privacidad.
- Dificultad para ejercer y fomentar las relaciones sindicales.
- Dificultad para mantener la confidencialidad de la información y procedimientos de la empresa.
- Menor control directo sobre el personal que teletrabaja.

La incorporación de tecnología en la empresa siempre implica un desafío para trabajadores y empleadores, tomar decisiones que posibiliten disminuir las desventajas y potenciar las ventajas será una tarea a la que debe abocarse la sociedad toda.

3.- La cuestión legal

3.1.- El panorama legal en nuestro país

El fenómeno de la incorporación de la modalidad del trabajo mediante el uso de nuevas tecnologías, no ha escapado a su recepción y repercusión en la República Argentina¹². En nuestro país la normativa legal vigente que regula las relaciones laborales abarca desde la Constitución Nacional, Ley 25.800 (ratifica Convenio OIT 177), Ley de Contrato de Trabajo 20.744 y modif., Ley Nacional de Empleo 24.013, Ley 24.557 (Ley de Riegos de Trabajo), la Ley 11.544 (Jornadas), Ley 19.587 de “Higiene y Seguridad” y su Decreto Reglamentario, entre otras. Pero esta normativa parece insuficiente a la hora de encuadrar y dar respuesta a las necesidades que plantean el uso de las TIC en el trabajo.

¹² Sin perjuicio que no existen estadísticas oficiales —al menos públicas— a cerca de qué empresas se sirven de esta manera de prestar servicios, es cada vez mas creciente su implementación. Tal es así, que el 24 de abril de 2008, en un diario de publicación local, se dio a conocer la experiencia piloto de “teletrabajo con 40 empleados de YPF”, en el que la petrolera se convirtió en la primera empresa adherente al *Programa Piloto de Seguimiento y Promoción del Teletrabajo en Empresas Privadas (Propet)* a partir de la firma del Convenio Marco con el Ministerio de Trabajo de la Nación. El mismo se puso en marcha a partir del 2 de mayo de 2008, donde 31 universitarios y 9 técnicos —con diferentes especialidades, grupo étnico y género—, durante 6 meses experimentarán dicho “sistema”. “La firma destacó que los ‘empleados incluidos en el programa... gozarán de los mismos derechos y beneficios garantizados por la legislación vigente y convenios colectivos de trabajo que aquellos que prestan la mismas tareas en los establecimientos de la empresa, sin perjuicio de los... que se pacten en forma individual y colectiva, teniendo en cuenta las peculiaridades del trabajo...’ a su vez ‘... se fijarán las condiciones referidas a la protección de los bienes e información, a salvaguardar la privacidad del dominio del trabajador y la adhesión a las normas de higiene y seguridad en el lugar del trabajo...’ . PASTORINO, A. en *Diario Comercio y Justicia* del 24/04/2008.

Ley N° 25.800 del Convenio de la OIT N° 177 sobre “Trabajo a Domicilio”, según el artículo 1 “significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleado, a cambio de una remuneración; para elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesaria para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales”, concepto en el que podrían encuadrarse al “teletrabajo”.

Sin embargo, para Grisolia¹³ resulta discutible si se pueden aplicar a los teletrabajadores la normativa relativa al trabajo a domicilio, afirmando que está concebida para reglar la situación de los trabajadores que realizan tareas manuales en el propio domicilio, aunque sin perder de vista que la no presencia del trabajador en la empresa no es sinónimo de inexistencia de un vínculo dependiente y, mucho menos, justificativo para la desprotección. En este sentido, la sanción de la ley 25.800, que aprueba el convenio 177 de la OIT, encuentra su campo más fecundo de aplicación frente a cualquier intento de legislar en particular la situación de estos trabajadores.

La Ley 24.013, que entró en vigencia el 26 de diciembre de 1991, parece tomar en cuenta los posibles impactos de la inserción de nueva tecnología al mercado de trabajo aunque con medidas acordes a la política liberal del momento.

Bajo el Título III “De la promoción y defensa del empleo”, Capítulo I “Medidas e incentivos para la generación de empleo”, su artículo 22 prevé en el inciso e) “*atender los efectos sobre el empleo de las políticas tecnológicas de modo que, a la par de buscar una mayor eficiencia económica en áreas prioritarias, preserve para otros sectores un balance más equilibrado en el uso de los recursos*” y en su inciso g) “*Desarrollar una asociación más estrecha entre la capacitación y formación de la fuerza laboral y el sistema productivo*”, en su artículo 23 prevé que la incorporación de tecnología constituye una condición para el crecimiento de la economía nacional. Reconoce como un derecho y una obligación del empresario que la ley reconoce, garantiza y estimula, y en la medida que afecta las condiciones de trabajo y empleo debe ser evaluada desde el punto de vista técnico, económico y social; y el artículo 24 indica que “Las comisiones negociadoras de convenios colectivos tendrán obligación de negociar sobre las siguientes

¹³ GRISOLIA, JULIO ARMANDO. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lexis N° 5609/002312.

materias: La incorporación de la tecnología y sus efectos sobre las relaciones laborales y el empleo. La falta de conclusiones sobre cualquiera de estas materias, no impedirá la homologación del convenio...”

Reaparece, siempre bajo el título “de la promoción y defensa del empleo” la consideración del impacto de la incorporación de tecnología al momento de rescisión contractual, como medida flexibilizadora de las consecuencias indemnizatorias del despido incausado, así el artículo 98 establece que “*con carácter previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, que afecten a más del 15 por ciento de los trabajadores en empresas de menos de 400 trabajadores; a más del 10 por ciento en empresas de entre 400 y 1.000 trabajadores; y a más del 5 por ciento en empresas de más de 1.000 trabajadores, deberá sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis previsto en este capítulo.*”

Capón Filas¹⁴ observa sobre el tópico que cuando se las razones económicas adversas y/o las causas tecnológicas, gestan, agravan o influyen negativamente en el estado patrimonial de la empresa, en parte o en toda su estructura, las previsiones normativas de tutela de las relaciones laborales ante la crisis de la empresa devienen aplicables, siempre¹⁵ que el problema económico o técnico no reconozca causación o agravamiento por conducta o impericia del titular del establecimiento empresario – imputabilidad objetiva o subjetiva.

El tratamiento que la Ley 24.013 hace sobre la incorporación de tecnología a la empresa y sus consecuencias, no escapa a la política económica del momento. Encuentra en sus primeros artículos (22, 23 y 24) una normativa programática, cuyas directivas parecen pretender disminuir las consecuencias negativas, aunque solamente es a la hora de reducir costos para el empleador, cuando específicamente establece un “procedimiento preventivo de crisis” (artículo 98 y ss) que posibilita despedir trabajadores —por incorporación de tecnología— con reducción de un 50% (247 LCT) de las indemnizaciones para despidos cuya causa no sea imputable al trabajador.

El sistema normativo del trabajo existente parece no ser suficiente, entonces, tomando en consideración esta modalidad específica (teletrabajo) y como mencionáramos con anterioridad, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación elaboró un proyecto de ley¹⁶ que

¹⁴ CAPON FILAS, RODOLFO en TOSELLI, Carlos y SOLA TORINO, VICTORINO. Régimen de la Ley 24.013 y normas agravantes del distracto, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2009, pág.469.

¹⁵ El resaltado nos pertenece.

¹⁶ Expte. PE-159/07, Mensaje N° 829/07, PROYECTO DE LEY SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE TELETRABAJO EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA. (DAE-96).

fue presentado en el año 2007 al Honorable Congreso de la Nación. Tuvo entre sus objetivos la necesidad de dotar a los actores sociales de reglas de juego claras que no descuiden los “derechos de los trabajadores” y por otro lado, prevenir que la inserción de esta modalidad por parte de las empresas no signifique un obstáculo para generar nuevas fuentes de empleo. Este proyecto surge como una consecuencia de la ratificación por Ley N° 25.800 del Convenio de la OIT N° 177 sobre “Trabajo a Domicilio” y nació con la intención de convertirse en un piso mínimo para preservar los siguientes principios¹⁷:

- Carácter voluntario de la incorporación a la nueva prestación.
- Igualdad con los trabajadores presenciales, iguales regímenes de prestaciones sociales, promociones y mismos sistemas de retribución.
- Garantía del ejercicio de derechos sindicales.
- Incorporación del teletrabajo de modalidad parcial o mixta. Programas de certificación de competencias y formación continua.
- Medidas de prevención, seguridad y salud laboral.

En nota¹⁸ del 9 de marzo de 2010, Viviana Díaz, coordinadora del área de Teletrabajo del Ministerio, informó la intención de elevar un nuevo proyecto. Allí refiere que “uno de los puntos que traerá bastante controversia es el de la obligación que tendrá la empresa de proveerle los distintos dispositivos que el empleado requiera para realizar su labor a distancia (que abarcaría notebooks, teléfonos, escritorios, etc.), dado que, en caso de no hacerlo, esto abriría la puerta a futuros reclamos ante eventuales demandas por el no cumplimiento de esta normativa”, además “el trabajador deberá estar cubierto por una Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART), más allá de que la mayor parte de la carga horaria la desarrolle en su hogar y el nivel de concurrencia a la empresa sea mínimo”.

Con la elevación de un nuevo proyecto, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación conserva el espíritu del anterior, es decir, establecer condiciones legales “de mínima” que marquen reglas claras como punto de partida, tanto para los dependientes como para las empresas.

¹⁷ MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA NACIÓN, “Principios mínimos del Teletrabajo”. www.trabajo.org.ar, búsqueda del 17 de Mayo de 2010.

¹⁸ Nota “Proyecto de ley para regular el teletrabajo”, Economía y Negocios, diario INFOBAE, en http://www.argentina.ar/_es/economia-y-negocios/C3307-proyecto-de-ley-para-regular-el-eletrabajo.php.

3.2.- Particularidades del teletrabajo y su articulación en la legislación laboral actual.

En el Convenio de la OIT N° 177, ratificado por Ley N° 25.800, sobre “Trabajo a Domicilio”, artículo 3º, se insta a los Estados partes al compromiso de adoptar, aplicar y revisar periódicamente una política nacional en materia de trabajo a domicilio, destinada a mejorar la situación de estos trabajadores, todo ello en armonía con los siguientes principios:

- Protección en materia de higiene y seguridad, riesgos del trabajo, seguridad social, maternidad, minoridad, etc.
- Igualdad de trato entre trabajadores a domicilio y otros trabajadores asalariados de la sede, particularmente en orden al ejercicio de la libertad sindical, remuneraciones, etc.
- Protección contra la discriminación en el empleo y en la ocupación.
- Inviolabilidad del domicilio y acceso a la información.

Además, existe consenso¹⁹ en cuanto a las particularidades del teletrabajo y la necesidad de encontrar una legislación específica que los regule. En ese marco, intentaremos enunciar alguna de ellas y encontrar su regulación en la legislación actual.

* Igualdad de trato con el resto de los trabajadores.

Se encuentra consagrado legislativamente el “principio de igualdad” en la Declaración de Filadelfia, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo (1944), Convenio OIT N°100 sobre Igualdad de Remuneración (1951), Convenio OIT N°111 sobre la Discriminación empleo y ocupación (1958), ambos ratificados por la República Argentina, Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), a nivel nacional arts. 14 bis y 16 de la Constitución Argentina y el art. 81 LCT que consagra igualdad de trato en identidad de situaciones. Considerándose que *“existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contratación a sus tareas por parte del trabajador”*.

Entendemos que bajo esta legislación, no cabría argumento válido para un trato desigual con el resto de los trabajadores, aún así parece que a la hora de legislar la incorporación o reconocimiento de nuevas categorías

¹⁹ En este sentido véase también: www.trabajo.gov.ar, www.caminandoutopias.org.ar, ALLES, MARTHA ALICIA, ob.cit.; De Virgiliis, Ob.Cit., OCHOA HORTELANO, JOSÉ LUIS, ob.cit.; NICOLOSI, ALEJANDRA, ob.cit.; SAAD DE BIANCIOTTI, CARLA, ob.cit.; entre otros.

de prestación del servicio se hace necesario reafirmar este concepto, baste como ejemplo la incorporación del “periodo de prueba”, artículo 92 bis inciso 4 LCT, “contrato por temporada”, artículo 97 LCT.

*Consentimiento del teletrabajador.

La propuesta y aceptación en expresión del consentimiento del teletrabajador no escapa a las previsiones generales de la figura del consentimiento regulada en el artículo 45 LCT. Toda transformación o modificación de las condiciones de prestación de servicios en teletrabajo, o viceversa, deberá contar con la conformidad del trabajador.

Experiencias internacionales²⁰ nos indican que “es preocupante comprobar que, según la experiencia de que disponemos, el teletrabajo puede no ser siempre una opción plenamente libre. Los trabajadores son muy reacios a convertirse en teletrabajadores cuando disponen de otras opciones viables. Evidentemente, el teletrabajo es voluntario desde un punto de vista legal, pero básicamente los trabajadores escogen esta forma de trabajo cuando carecen de otras posibilidades. Por consiguiente, cabe preguntarse hasta qué punto es una elección voluntaria si no se dispone de otras opciones. Quizás tendríamos que ser más precavidos al establecer la distinción entre opción voluntaria e involuntaria y más sinceros con nosotros mismos”.

Surge aquí la figura de la “reversión”, a nuestro entender en nada escaparía la casuística planteada a lo regulado en el artículo 66 LCT, conocido como *ius variandi*. Si conforme lo prescripto por éste artículo todo trabajador tiene el derecho de solicitar volver a sus condiciones laborales anteriores, cuando hubiera sufrido una modificación que altere las condiciones esenciales del contrato de trabajo para recuperar su estatus anterior, dándole incluso la posibilidad de accionar mediante un procedimiento sumarísimo para recuperar sus derechos o considerarse despedido por esa causa, parecería suficiente para lograr que el empleador volviera a sus condiciones anteriores al trabajador, cuya prestación pasará a ser realizada total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnología de la información y de las comunicaciones (TIC).

Coincidiendo con Braín²¹ sostenemos que el marco normativo donde se desenvuelve el “ius variandi” no se ajusta solamente al propio art.66 de la LCT, donde se desarrollan los límites contractuales, funcionales, y por el deber de previsión, sino además por normas y principios

²⁰ www.ilo.org/public/spanish

²¹ BRAIN, DANIEL HORACIO. “La reforma del ius variandi: ¿protección o desprotección?”, Actualidad Jurídica de Córdoba, Primera quincena de junio de 2006, Año III, Volumen 63, Córdoba, RA, pág. 4850.

propios del Derecho del Trabajo que vienen a coadyuvar en su aplicación, interpretación y alcance.

Así el “juego” de los principios (protectorio, continuidad) autorizarían al trabajador a solicitar su “reversión” si pudiera demostrar su agravio en las condiciones previstas por el art.66 LCT.

* Invasión de la privacidad del trabajador vs. derecho de control.

Uno de los puntos álgidos en la problemática planteada es que el teletrabajador puede prestar su servicio en su domicilio particular y allí estará el delgado equilibrio entre la intimidad del hogar y el trabajo, cuestiones bien diferenciadas cuando la prestación del servicio se brinda en el establecimiento del empleador. Todo sistema debe establecer que el límite al control que ejerza el empleador será *la intimidad de la persona (teletrabajador) y de su domicilio*.

La facultad de control ejercida por el empleador puede estar dirigida hacia el normal cumplimiento de la prestación de servicio como a la protección de sus bienes. El artículo 70 LCT regula la forma del ejercicio del control sobre la persona del trabajador con el fin de resguardar la integridad de los bienes del empleador, pero establece como límite ciertas pautas entre las que se destaca el resguardo de la dignidad del trabajador. Coincidiendo con Alimenti²² entendemos que esta pauta, en el marco de la facultad que analizamos, se vincula directamente con el derecho a la intimidad del trabajador preservado no sólo por la Ley de Contrato de Trabajo sino también por el art. 1071 bis del Código Civil y, agregamos, la Constitución Nacional.

Por otra parte, el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo aprobó en 1996 el “Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre protección de datos personales de los trabajadores”, donde se incluye un apartado sobre vigilancia que expresa “6.14 (1) Si los trabajadores son objetos de medidas de vigilancia, deberán ser informados de antemano de las razones que las motivan, de las horas que se aplican, de los métodos y técnicas utilizados y de los datos que serán recopilados, y el empleador deberá reducir al mínimo su injerencia en su vida privada. (2) La vigilancia secreta sólo debería admitirse cuando: (a) se realice de conformidad con la legislación nacional; o (b) existan sospechas suficientes de actividad delictiva u otras infracciones graves. (3) La vigilancia continua debería permitirse solamente si lo requieren la salud, la seguridad y la protección de los bienes”.

²² ALIMENTI, JORGELINA en VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO y OJEDA, RAÚL. *Ley de Contrato de Trabajo-Comentada y Concordada- Tomo I*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, pág. 487.

Creemos que la particularidad de éste punto exige un tratamiento especial a la hora de intentar una legislación específica.

*Propiedad de la información, su delimitación y protección.

En cuanto a la protección sobre las informaciones de propiedad del empleador encuentra su necesario correlato con el deber de fidelidad del trabajador regulado en el art.85 LCT, cuando impone la guarda reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso y que exijan tal comportamiento. Livellara²³ sostiene que a los fines de delimitación de esta obligación la doctrina ha distinguido entre los conocimientos del trabajador, adquiridos por él a consecuencia de su prestación laboral y los secretos profesionales que, en tanto informaciones reservadas de la empresa, no le pertenecen. Así, mientras los primeros se incorporan a su personalidad profesional y pueden, por ello, ser usados y manifestados a terceros, los segundos no pueden ser revelados, porque ello implicaría perjudicar los intereses de la empresa al facilitar la competencia desleal.

*La cuestión de las herramientas de trabajo (equipamiento) y sus costos.

El art.87 LCT regula aquellos casos de responsabilidad del trabajador. Establece que éste será responsable por los daños que cause a los "intereses" del empleador, con el aditamento que sólo lo será cuando exista dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones.

El reintegro de gastos al trabajador ya está reglado en el art. 76 LCT, éste ordena el reintegro de los gastos suplidos por éste cuando estuvieren orientados al cumplimiento adecuado del trabajo, extendiendo aún más la responsabilidad del empleador al estipularse que se deberá al trabajador "resarcirlo de los daños sufridos en sus bienes por el hecho o en ocasión del mismo". Entonces además del reintegro de sus gastos, el teletrabajador tendrá derecho a ser resarcido por los daños que se produzcan en sus bienes dentro del lugar físico donde efectivamente presta el servicio (en este caso su domicilio particular o lugar ajeno al empleador).

Es interesante proponer un parámetro de encuadre para esta especial prestación del servicio donde se confunde el ámbito laboral con el personal, teniendo en cuenta que estos gastos son objetivamente aquellos necesarios para mantener la fuente de producción, no salarios²⁴. Cuando se trata de reintegro y resarcimiento de daños, la cuestión puede tornarse

²³ LIVELLARA, CARLOS en VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO y OJEDA, RAÚL. *Ley de Contrato de Trabajo- Comentada y Concordada- Tomo I*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, pág. 548.

²⁴ CNAT Sala VI sent. 54082 27/4/01 "Martinez, Ramon c/ Cia de Servicios Hoteleros SA s/ despido" (Del voto del Dr. Capon Filas, en minoría). (CF.- De la F.- FM.-) Boletín Temático de Jurisprudencia N° 10, Poder Judicial de la Nación.

más compleja, ya que consideramos que también deberán ser reintegrados aquellos bienes que aunque no hayan sido necesarios para mantener la fuente de producción, hayan sido dañados directa o indirectamente por el hecho o en ocasión de la prestación del servicio.

*Protección del “riesgo” del teletrabajo: prevención, seguridad, salud.

La Ley 24.557 y su profuso entramado sistémico (decretos, resoluciones y jurisprudencia que la modifican o complementan) conjuntamente con la Ley 19.587 de higiene y seguridad del trabajo son el marco legal vigente de protección a los riesgos del trabajo.

En el marco del Programa Piloto de Seguimiento y Promoción de Teletrabajo en Empresas Privadas²⁵ (PROPET) del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, se elaboró un *Manual Básico de Salud y Seguridad para Teletrabajadores* cuyo objeto es poner en conocimiento del Teletrabajador las medidas preventivas tendientes a evitar las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, de acuerdo a las características y riesgos propios, generales y específicos de las tareas que desempeña. Su contenido lo componen: *Requisitos que debe cumplir el puesto de trabajo; *Condiciones ambientales, *Riesgos propios y específicos de las tareas de Teletrabajo, *Medidas preventivas específicas para las tareas de Teletrabajo, *Normas generales de prevención de riesgos del trabajo. Todas, pautas básicas que se obligan las empresas al suscribir un convenio de participación en el programa.

Coincidimos en que este nuevo ambiente de trabajo²⁶, constituido por el hábitat personal del trabajador al que se suman instrumentos de trabajo proveídos por el empleador o no, supone la necesidad de adecuar los conceptos tradicionales de protección. Es criterio generalizado que las comisiones paritarias deberían establecer las condiciones (y medio ambiente) de trabajo, teniendo como prioridad el respeto del principio de igualdad de trato entre un teletrabajador y un trabajador que desempeñe igual tarea (en actividad, empresa, rama o sector).

Creemos necesario un estudio profundo que permita adentrarnos en el campo de las experiencias de los trabajadores y empleadores, dejaremos nuestra conclusión a las resultas del proyecto de investigación que estamos llevando a cabo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

²⁵ Se sugiere ampliar información en <http://www.trabajo.gov.ar/teletrabajo/proyectos/#propet>; www.caminandoutopias.org.ar.

²⁶ GRISOLIA, JULIO ARMANDO. CONTRATO DE TRABAJO/02.– Contrato y relación de trabajo, Lexis N° 5609/002312.

* Regulación Convencional complementaria y participación gremial necesaria.

La articulación vía convención colectiva tuvo su experiencia internacional. Según la Confederación General del Trabajo de Barcelona, las compañías de telecomunicaciones fueron las primeras en firmar convenios colectivos para la introducción del teletrabajo. El acuerdo concertado en 1995 entre Deutsche Telekom y el sindicato DPG incluía un programa experimental de teletrabajo a domicilio a tiempo parcial. En Australia, se firmó un acuerdo entre el Telstra y el Sindicato de Trabajadores de la Comunicación de Australia en 1994²⁷.

En Italia, los convenios más importantes fueron probablemente los relacionados con la introducción del teletrabajo en Telecom Italia, compañía telefónica. En 1995 se negoció y firmó un convenio a nivel de empresa, en momentos en que estaban adoptándose acciones encaminadas a la supresión de puestos y a la movilidad del personal. Telecom Italia emprendió un proyecto de teletrabajo a domicilio con el fin de reubicar a trabajadores que, de lo contrario, hubieran corrido el riesgo de perder su empleo. La introducción del teletrabajo fue vista como una forma posible de evitar las supresiones de puestos o, por lo menos, de limitarlas²⁸.

En nuestro país, YPF se convirtió en la primera empresa en el país en adherir al Programa Piloto de Seguimiento y Promoción del Teletrabajo en Empresas Privadas (PROPET), a partir de la firma del convenio marco con el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (MTEySS) en el año 2008. La coordinadora del área, Díaz²⁹ sostiene la necesidad que la especificación acerca de cuál es el tiempo o la medida requerida para determinar que hubo uso prevalente del material informático y de telecomunicaciones y que la prestación de servicios se desarrolló regularmente fuera de la empresa será pauta desde la negociación colectiva, en la cual se podrán fijar los mínimos temporales correspondientes a fin de complementar lo dispuesto por el convenio OIT 177.

Serán los representantes de los trabajadores y de los empresarios quienes deberán negociar a fin de articular las particularidades del teletrabajo —que toca transversalmente a las distintas actividades— en los convenios colectivos existentes.

²⁷ <http://www.cgt.info/telefonica/valencia/html/teletrabajo.html>.

²⁸ BIAGI, MARCO. "El teletrabajo en Italia: el papel de la negociación colectiva", Coloquio sobre la convergencia de los medios de comunicación múltiples (multimedia), Ginebra, 27-29 de enero de 1997, www.ilo.org.

²⁹ DÍAZ, VIVIANA L. "Las TICs. en el desarrollo de nuevas formas de empleo. Teletrabajo", Lexis N° 0003/400942.

4.- Reflexiones finales

El fenómeno de la informática y las telecomunicaciones se fue adentrando vertiginosamente en la sociedad, planteando como desafío la adaptación a la existencia de una tecnología de avanzada que formuló cambios significativos en distintas áreas. El área laboral (con toda su complejidad) no escapa a este fenómeno y es allí donde se pueden marcar con mayor intensidad los cambios.

Es conocido y aceptado por toda la sociedad, la celeridad, seguridad, eficacia y eficiencia que pueden alcanzar los procesos productivos al incorporar el uso de tecnologías de la información y comunicación (TIC's) dentro de una empresa. Todo *hombre de negocios* reconoce en estas técnicas una verdadera "herramienta" de avance que ayuda a obtener mayores beneficios y rentabilidad económica, pero pocos son los que se preocupan por los recursos humanos³⁰. Calificada doctrina destaca la existencia de un proceso de reestructuración importante, caracterizado por la flexibilización en la gestión; descentralización e interconexión de las empresas y una individualización-diversificación creciente en las relaciones de trabajo³¹.

Según un reciente informe de la OIT sobre trabajo en el mundo³² a medida que el trabajo a distancia se consolida como modo de actividad importante en la economía de la información, las desigualdades sociales existentes, y en particular las de género, se agravarán si no se adoptan las medidas de formulación de política adecuadas. Por otra parte, la dimensión transnacional que tienen las TIC pone en evidencia la necesidad coordinar y regular sobre los distintos aspectos que se derivan de esta modalidad.

Creemos que la problemática no está agotada, es hora de profundizar el análisis y proponer alternativas en el marco legal, los derechos y obligaciones de quienes realizan y utilizan esta forma de prestación laboral, la cuestión fiscal, prevención y reparación de los riesgos en la salud, los

³⁰ La discusión "TRABAJADOR VS. MÁQUINA" está resuelta, baste ahora abordar la manera en que será incorporada al mundo del mercado. Ver Método antropocéntrico o tecnocéntrico?. SAAD DE BIANCIOTTI, Carla. Ob.Cit, pp. 306-308.

³¹ CASTELLS, M., "La Era de la Información, Economía, Sociedad y Cultura", vol. I, "La Sociedad Red" en: DE VIRGILIIS, M. A. - DE VIRGILIIS, M. I. "El Teletrabajo. De la Chimenea a la Sociedad de la Información" en DT 2001-B, 1365 y ss

³² "... Informe de la OIT sobre el Trabajo en el Mundo "Life at Work in the Information Economy". Se insiste que el trabajo en la economía de la información puede constituir una herramienta eficaz para promover la igualdad social y de género, pero sólo si media una intervención directa capaz de erradicar las disparidades existentes y se protegen las necesidades y los derechos de los trabajadores afectados.... (Noeleen Heyzer, Directora Ejecutiva de UNIFEM). Para ampliar puede verse también la Declaración de Florianópolis, de junio de 2000 en el sitio web de CEPAL" Conf. cita DE VIRGILIIS, op.cit.

efectos sobre la seguridad social, todo orientado a acceder a una “modernización negociada”³³ que permita un crecimiento justo del mercado.

5.- BIBLIOGRAFIA

ALLES, MARTHA ALICIA. *Empleo -Discriminación, Teletrabajo y otras temáticas*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1999.

BIRGIN, OSCAR; FREIDENBERG, LELIO A., DT2004 (marzo), 334 - DT2004-A, 334.

CASTELLO, VICENTE, “Cambios en el trabajo - Hacia una formación distinta”, www.ctv.es/users.

DE VIRGILIS, MIGUEL ÁNGEL. “El teletrabajo. La nueva realidad virtual”, *Revista de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, Volumen: 2003-2.

DE VIRGILIIS, M. A. - DE VIRGILIIS, M. I. “El Teletrabajo. De la Chimenea a la Sociedad de la Información”, DT 2001-B, 1365.

DIAZ, VIVIANA L. “Las TICs en el Desarrollo de Nuevas Formas de Empleo. Teletrabajo.” En *Revista DLSS* 2005-21-1719, Argentina, 2005 y Lexis N° 0003/400942.

KAHALE CARRILLO, DJAMIL T. “Teletrabajo: Regulación Jurídico-Laboral” En *Revista Gaceta Laboral*, Vol. 9. N° 3. 2003.

SAAD DE BIANCIOTTI, CARLA. “Informática y Relaciones Laborales: Necesidad de una Legislación Específica” en *Anuario I*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Edit. Advocatus, Córdoba, 1993, pp. 306-308.

COMISIÓN DE TELETRABAJO DEL MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA NACIÓN, “Aspectos Jurídicos del Teletrabajo en Argentina” www.losrecursoshumanos.com.ar.

TOSELLI, CARLOS y SOLA TORINO, VICTORINO. *Régimen de la Ley 24.013 y normas agravantes del distracto*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2009.

MA ROLLA, KARINA. “Marco Regulatorio del Teletrabajo y el Teleempleo”, www.mundoteletrabajo.com.

OIT, ¿La Revolución de la Tecnología de la Información Amplía o Estrecha las Diferencia entre los Dos Géneros?, Informe sobre el Empleo en el Mundo 2001. La Vida en el Trabajo en la Economía de la Información. www.ilo.org.

PRIMER CONGRESO IBERAMERICANO DE TELETRABAJO EN BUENOS AIRES: www.cit2002.org.

MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA: www.trabajo.gov.ar.

³³ “Modernización negociada” término utilizado por Lyon Caen en opuesto a la “modernización salvaje” en CAEN, Lyon en TOSELLI, Carlos y SOLA TORINO, Victorino; Ob. Cit., pág. 466.

SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO: www.srt.gov.ar.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: www.ilo.org/public/spanish.

OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: www.oit.org.pe.

MINISTERIO DE ECONOMÍA DE LA NACIÓN: www.infoleg.gov.ar.



EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN EN LOS LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI

¿EJECUCIÓN DIRECTA O APLICACIÓN DEL EXEQUATUR?¹

*Christian G. Sommer**

Resumen: Los laudos dictados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), como consecuencia de las múltiples demandas de inversionistas extranjeros contra la República Argentina, vienen generando continuas disputas sobre los alcances interpretativos de los laudos y como éstos deben ser ejecutados en el país. La República Argentina ha mostrado sus reparos en las interpretaciones, muchas veces contradictorias de los árbitros, sobre la responsabilidad de los Estados en las demandas presentadas contra el país. Pero las actuales controversias se circunscriben principalmente en los procedimientos —o no— que deben llevar adelante los inversionistas que han obtenido un laudo favorable, para la ejecución de sus créditos en el foro local.

Palabras claves: Tratados Bilaterales de Inversión – Arbitraje Internacional – CIADI – Reconocimiento y Ejecución de laudos.

Introducción

Con el advenimiento de los procesos de inversiones extranjeras a partir de la segunda mitad del siglo XX, principalmente entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo, los Estados vislumbraron la necesidad de establecer un marco jurídico internacional que permitiera aglutinar los aspectos jurídicos comunes que se venían plasmando en los Acuerdos de Promoción y Protección de las Inversiones (APRI's) o también denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI's), firma-

¹ El presente trabajo forma parte del proyecto de investigación doctoral en el marco de la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba.

* Abogado (UNC). Profesor de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Profesor de Derecho Internacional Público - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba y Carrera de Comercio Exterior. Universidad de Congreso (sede Córdoba - Argentina). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Miembro del Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado.

dos entre los Estados que procuraban incentivar el desarrollo de sus inversionistas².

Esto dio lugar en el marco del Banco Mundial, a la aprobación del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* de 1965 (denominado también Convenio de Washington) que estableció un mecanismo para la solución de las controversias que se suscitaban entre los Estados y los inversionistas, denominado *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* (CIADI)³. El Convenio de Washington produjo una modificación respecto al procedimiento para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales existente hasta ese momento, principalmente enmarcados a través de la *Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Extranjeros de 1958*, en donde el proceso de exequatur juega un rol importante al momento de ser aplicado e interpretado por las autoridades jurisdiccionales del Estado en donde se pretenda dar cabida a la ejecución de un laudo arbitral⁴.

La relevancia del proceso de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión extranjera, tiene un significado especial para la República Argentina, ya que están pendientes en nuestro país, las solicitudes de ejecución de varios laudos arbitrales dictados por el CIADI⁵. Respecto de estos laudos, se han suscitados diferencias interpretativas entre los inversores demandantes y la postura de la República Argentina, sobre los mecanismos adecuados para su ejecución.

I. El sistema arbitral del CIADI.

Desde el desarrollo y promoción de las inversiones extranjeras a través de los antiguos Tratados de Paz, Amistad y Cooperación entre los Estados y más contemporáneamente a través de los TIB's, —se han gene-

² Para un específico estudio sobre los Tratados de Inversión Extranjera, ver: DOLZER, RUDOLF y STEVENS, MARGRETE. *Bilateral Investment Treaties*. MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, LA HAYA, BOSTON, LONDRES. 1995. UNITED NATIONS CENTRE ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Bilateral Investment Treaties*. UNITED NATIONS, NEW YORK. USA. 1992. SACERDOTI, GIORGIO. "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection". *Recueil des Cours*. Academia de la Haya de Derecho Internacional. 1997. YMAZ VEDELA, ESTEBAN. *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*. EDIT. LA LEY. BUENOS AIRES, 1999.

³ Entró en vigor en 1966 y la República Argentina firmó el Convenio el 21 de marzo de 1991, ratificándolo el 19 de octubre de 1994.

⁴ También se pueden mencionar la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros de Montevideo de 1979 (modificado parcialmente en 1989) y la Convención de Panamá de 1975 sobre Ejecución de Laudos Extranjeros (CIDIP II), entre otros tratados.

⁵ Laudos pendientes de ejecución en los casos CMS, Sempra, Enron, Vivendi, entre otros.

rado, en la medida que fueron implementándose—, conflictos de índole política, económica y jurídica que ameritaron el interés de especialistas del derecho internacional.

A finales de la década del ochenta y principios de noventa, las directrices del Consenso de Washington desembocaron en la transformación política y económica de los Estados de Latinoamérica, caracterizada por la liberalización de la economía, la reforma del Estado, la desregulación y las privatizaciones de las empresas públicas⁶.

Siguiendo estas directrices, el término “inversión extranjera” se transformó en sinónimo de crecimiento económico y desarrollo, por lo que los Estados para conseguir tales fines, recurrieron a soluciones bilaterales, modificando sus legislaciones nacionales y suscribiendo TBI's⁷. De esta manera, el régimen de promoción y protección de inversiones extranjeras se constituyó en un sistema autónomo, con su mecanismo de solución de controversias a través de tribunales arbitrales internacionales; con su propio derecho aplicable en razón de la interrelación de las normas de los diferentes TBI's por la vía de las cláusulas de Trato Nacional (CTN) y cláusulas de Nación Más Favorecida (CNMF); y con su propio sistema de reconocimiento y ejecución de laudos⁸. Los laudos enfatizan el carácter de ejecutabilidad de estos sin aplicación del *exequatur* por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado en donde se cumplen estos, que lleva en la actualidad al surgiendo de discrepancias en la interpretaciones sobre aspectos de inmunidades de jurisdicción y ejecución.

La problemática de la inmunidad de jurisdicción y ejecución en cuestiones de inversión extranjera, si bien es un tema que ha adquirido auge en las últimas décadas, por el aumento en los laudos dirimidos, en

⁶ Ver CEPAL. Documento Informativo de Naciones Unidas. *La Inversión Extranjera en América Latina y el Caribe*. CHILE. 2004.

⁷ Ver DI GIOVAN, ILEANA. *Derecho Internacional Económico*. EDIT. ABELEDO-PERROT. BUENOS AIRES. 1992, pág. 47. SBERT, HÉCTOR. “Las inversiones extranjeras en América Latina y la integración regional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. No 2. ESPAÑA. 2001. www.reei.org.

⁸ Ver VIVES CHILLIDA, JULIO A. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, MCGRAW HILL, MADRID, 1998, FERNÁNDEZ MASIÁ, ENRIQUE. *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral del CIADI*. EDIT. TIRANT LO BLANCH. VALENCIA, ESPAÑA. 2004. SORNARAJAH, M. *The International Law of Foreign Investment*. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, SECOND EDITION. UNITED KINGDOM, 2004. VAN HARTEN, GUS. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. OXFORD MONOGRAPHS IN INTERNATIONAL LAW. OXFORD UNIVERSITY PRESS, USA. 2007. HERZ, MARIANA. “Régimen argentino de promoción y protección de inversiones en los albores del nuevo milenio: de los tratados bilaterales, MERCOSUR mediante, al ALCA y la OMC”. *Revista Electrónica de Relaciones Internacionales*. ESPAÑA, 2003. www.reei.org.

especial ante el CIADI, el mismo ya había sido discutido en foros académicos internacionales con antelación. Hacia fines de la década del sesenta, el maestro Wegner Goldschmidt sostenía que el principio de la inmunidad de jurisdicción de los Estados ante tribunales extranjeros por actos *iuri gestionis*. No debería aplicarse si el Estado extranjero expresamente renunció a ella en un contrato en el cual aparece también como deudor⁹. Otras posiciones como la del Dr. Ricardo Balestra, manifestaban que tales renunciaciones frente a estados en emergencia económica, estaban lejos de ser una cláusula libremente pactada, sino generalmente impuesta en forma de arbitraje internacional por los países o empresas acreedoras¹⁰.

Los preceptos relativos a la estructura del CIADI y a sus procedimientos de arbitraje y conciliación se encuentran, básicamente, en cinco textos legales: a) el referido Convenio de Washington, b) el Reglamento Administrativo y Financiero, c) las Reglas de Iniciación, d) las Reglas de Arbitraje y e) las Reglas de Conciliación. Además, existe el denominado Reglamento del Mecanismo Complementario, destinado, entre otros, a controversias en las que un Estado no es miembro del CIADI o no se disputa un caso de inversión extranjera.

El objetivo de la creación del Centro no estuvo únicamente relacionado con la promoción de la inversión extranjera, sino también con la idea de despolitizar los conflictos entre Estados y empresas foráneas. En efecto, como prescribe el artículo 27 del Convenio de Washington:

Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

En otros términos, se ha querido que los conflictos se circunscriban a una relación Estado-Inversor, a fin de evitar las tensiones que en el pasado este tipo de diferencias causó entre naciones.

Como sostiene Christoph Schreuer, el CIADI es parte de un sistema que se complementa con los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos en los últimos 25 años y en los que se otorga el consentimiento a los inversionistas para que, en caso de controversias, puedan acudir directamente

⁹ VII Congreso Hispano Luso Americano de Derecho Internacional. Buenos Aires. 1969.

¹⁰ BALESTRA, RICARDO. *Derecho Internacional Privado. Relación Económica Contemporánea*. Edit. Abeledo - Perrot. Buenos Aires. 1978.

al arbitraje internacional¹¹. Se calcula que actualmente hay en vigor 2.100 de estos tratados que instituyen en su mayoría, al CIADI como tribunal de solución de disputas¹².

Por su parte, el artículo 25 del Convenio de Washington establece los requisitos necesarios para acceder a la jurisdicción del Centro. El texto expresa:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

El consentimiento es la piedra angular del sistema del CIADI. Este consentimiento puede ser expresado en un Tratado de Inversión o incluso puede ser previsto en un contrato celebrado entre un Estado y un inversor extranjero. En ciertos laudos, los Tribunales arbitrales han sostenido que:

The jurisdiction of the Centre depends first and foremost on the consent of the Contracting Parties, who enjoy broad discretion to choose the disputes that they will submit to ICSID. Tribunals shall exercise jurisdiction over all disputes that fall within the scope of the Contracting Parties consent as long as the dispute satisfies the objective requirements set forth in Article 25 of the Convention¹³.

Sin embargo, se han suscitados conflictos interpretativos entre los Estados y los tribunales del CIADI, en cuanto a los alcances de la legitimidad activa para demandar al Estado, respecto a temas tales como se entiende por inversión y por inversionista (*jus standi*), puntos sobre los cuales el Convenio no es contundente¹⁴. Esto llevó a los tribunales arbitrales a realizar interpretaciones, muchas veces divergentes entre estos, sobre el

¹¹ SCHREUER, CHRISTOPH. *The ICSID Convention. A Commentary*. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. SECOND EDITION, UNITED KINGDOM. 2009 págs. 82 y ss.

¹² UNITED NATIONS CENTRE ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Bilateral Investment Treaties*. UN NEW YORK. USA. 2008.

¹³ Tokio Tokelés v. Ucrania, (Caso CIADI N° ARB/02/18). Laudo sobre jurisdicción, 29 de abril de 2004. En similar sentido ya se había expresado en el caso Amco Asia Corporation and others v. Indonesia, (Caso CIADI N° ARB/81/1), Laudo sobre jurisdicción, 25 de septiembre de 1983.

¹⁴ Sempra Energy International v. Argentina. (Caso CIADI N° ARB/02/16). Decisión sobre excepciones a la jurisdicción. 11 de mayo de 2005. El Paso Energy International Company v. Argentina. (Caso CIADI, No ARB/03/15). Decisión sobre competencia. 27 de abril de 2006, entre

alcance de estos presupuestos necesarios para una demanda ante el órgano arbitral¹⁵.

Por su parte, el artículo 42.1 de la Convención del CIADI regula lo pertinente a la ley aplicable, al establecer que el Tribunal (arbitral) decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

Además la jurisprudencia de casos decididos en los términos de la Convención del CIADI, indica que sin perjuicio de la legislación del país receptor de la inversión que resulte aplicable, la misma deberá ser congruente con los principios del derecho internacional, y en caso de conflicto con el derecho internacional, éste último debería prevalecer, aunque en algunos laudos esos presupuestos no fueron claros¹⁶. En caso que estas divergencias sobre la aplicación de derecho invocado por las partes o resueltas por el Tribunal arbitral, las partes pueden pedir la revisión del laudo (artículo 51) o la anulación (artículo 52).

Como se sostuvo, los TBI's contienen cláusulas que garantizan a las inversiones extranjeras, entre otros derechos, un trato justo y equitativo, el mismo tratamiento que reciben las inversiones nacionales (cláusula de trato nacional) y el dispensado a las inversiones procedentes del país que goce de un tratamiento más favorable (cláusula de la nación más favorecida), además del derecho a una indemnización en caso de medidas expropiatorias —incluidas las medidas de “expropiación indirecta”— o a la libre transferencia de las rentas obtenidas.

II. El régimen de reconocimiento y ejecución de laudos en el régimen del CIADI.

La eficacia del laudo arbitral esta plasmada en el propio Convenio de Washington, indicando que el laudo tiene fuerza ejecutiva en el

otros. Hoy se discute sobre si temas como las controversias por los bonos públicos (holdout) pueden ser entendidos como una inversión, acorde lo regulado por el Convenio de Washington.

¹⁵ Lanco International, Inc. v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/97/6), Decisión preliminar sobre jurisdicción de 8 de diciembre de 1998. SGS Société Générale de Surveillance S.A. c/. República Islámica de Pakistán (Caso CIADI N° ARB/01/13), Decisión sobre Jurisdicción de 6 de agosto de 2003. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina. (Caso CIADI N° ARB/03/17). Decisión sobre jurisdicción. 16 de mayo de 2006, entre otros.

¹⁶ SCHREUER, CHRISTOPH, “Commentary on the ICSID Convention”, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Vol 12 N°2, JOHNS HOPKINS UNIVERSITY PRESS, USA. 2007; YMAZ VIDELA, ESTEBAN M. *Protección de Inversiones Extranjeras - Tratados Bilaterales*, BUENOS AIRES. 1999.

territorio de todos los Estados que sean parte de dicho Convenio. Así, los laudos arbitrales quedan fuera del procedimiento de exequatur previsto en la legislación interna de los Estados, limitándose los requisitos de ejecución a un trámite de verificación de autenticidad del laudo y seguir el procedimiento de ejecución de la sentencia ante los órganos administrativos respectivos fijados por el Estado. Además, no sólo se pueden ejecutar en el Estado receptor de la inversión sino en el resto de Estados firmantes del Convenio de Washington, por lo que el instrumento internacional prevé la posibilidad de elección de foro para la ejecución del laudo¹⁷.

En ese sentido, el texto del artículo 53 (1) del Convenio expresa:

El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.

Como se aludió anteriormente, el sistema arbitral del CIADI posee un mecanismo de reconocimiento y ejecución de laudos diferentes a otros mecanismos jurídicos sobre laudos arbitrales. En el derecho internacional de fuente convencional, se destacan la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958 y la Convención de Panamá sobre arbitraje comercial internacional de 1975^{18 19}.

En cambio como lo sostiene el artículo 54 del Convenio,

Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro

¹⁷ Art. 53 del Convenio de Washington. Ver SCHREUER, CHRISTOPH. *Ibid* 10. pág. 1097 y ss.

¹⁸ El artículo 5º de la Convención de Nueva York establece que: "1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia ... (y detalla aspectos formales esenciales). 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; ó b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país."

¹⁹ Art. 4º: "Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales." Y en el artículo 5º se enuncian la causales en se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, con criterio análogo al del artículo 5º de la Convención de Nueva York.

de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado (...).

Así, un laudo arbitral del CIADI constituye un título válido equiparable a una sentencia firme local, y por ende, no revisable ni impugnabile por la ley local, aunque sí sujeto a las restricciones que pudieran existir en materia de ejecución forzosa de sentencias judiciales contra el Estado (artículo 55 del Convenio). Los Estados gozan de inmunidad de ejecución y por tanto podrían impedir, limitar o diferir en el tiempo la ejecución forzosa de sentencias judiciales obtenidas contra el propio Estado.

Debemos aludir que el principio inferido del artículo 54 del Convenio, debe sujetarse al mismo régimen jurídico que el procedimiento de ejecución, aunque a partir de allí deben mencionarse diferencias esenciales que se perciben en la finalidad y contenido de ambas obligaciones. Hay que tener en cuenta que con el reconocimiento del laudo en el Estado Contratante se pretende obtener el carácter o la fuerza de “cosa juzgada” de la decisión arbitral como si se tratara de una sentencia local firme en ese país, mientras que con la ejecución se busca conseguir el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias dispuestas en el laudo arbitral a través de los mecanismos de ejecución forzosa existentes para las sentencias nacionales²⁰.

No obstante llevar a cabo una función de carácter eminentemente jurisdiccional, los tribunales arbitrales (y en esto no son la excepción los constituidos bajo las normas del CIADI) no cuentan, con la potestad o imperio para ejecutar las obligaciones pecuniarias impuestas en sus laudos, razón por la cual, el Convenio ha previsto un mecanismo expreso para reconocer y ejecutar los laudos arbitrales en los países Contratantes, en virtud del cual cada Estado Contratante deberá notificar al Secretario General del Centro la designación en su ámbito interno de las autoridades, sean judiciales o extrajudiciales, para viabilizar el reconocimiento y posterior “ejecución forzosa” del laudo.²¹

El sistema del Convenio de Washington, al eliminar el exequatur ha venido a dejar de lado, en este aspecto, los requisitos previstos tanto en el artículo 519 bis del CPCCN, que establece una serie de requisitos

²⁰ Sobre este punto, ver: GRACIARENA, MARÍA CAROLINA. *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*. LEXIS NEXIS. BUENOS AIRES. 2006 págs. 48 y ss.

²¹ Argentina no ha establecido un sistema jurisdiccional específico para los laudos del CIADI, por lo que debería aplicarse los procedimientos generales de ejecución de sentencias locales contra la Administración Pública.

para la ejecución de laudos extranjeros merced a una expresa remisión al artículo 517 del CPCCN, como así también las normas procesales de las provincias sobre este instituto.

Consideramos que uno de los mayores obstáculos sobre la ejecución de los laudos del CIADI, se presentan en las interpretaciones y alcances de la inmunidad de ejecución. Recordemos que de las actas de trabajo para la redacción del Convenio de Washington, surge que el Presidente Broches dejó plasmada su postura sobre que el Convenio no alteraba el principio de inmunidad de ejecución de los Estados, dado que en aquellos casos donde los Estados tuvieran normas que prohibieran la ejecución contra un Estado, ese derecho no perdería validez ante el Convenio y de allí la redacción del artículo 55²².

Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretara como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.

Esto no debe ser interpretado en el sentido que el Convenio permita al Estado eludir su responsabilidad al impedir la ejecución del laudo una vez obtenida una decisión definitiva del caso. Lo que el artículo 55 prevé es que la forma de ejecutar los laudos se regirá por los procesos locales ya previstos para casos de sentencias locales previstas por las normas de los Estados que se sometieron a su jurisdicción. Además, de acuerdo con lo establecido en el Convenio, un Estado contratante no podría invocar el orden público interno para impedir o limitar el reconocimiento y ejecución del laudo en el Estado respectivo de la ejecución del laudo.

La negativa de ejecutar el laudo, según las pautas enunciadas, podría llevar a la aplicación de los artículos 27 y 64 de la Convenio, que prevén activar la protección diplomática o acudir a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.

Sin embargo, en casos especiales, los tribunales locales han tomado decisiones sobre los casos llevados a sus jurisdicciones para la ejecución

²² Exposición del Sr. Broches en la Reunión Consultiva de Addis Abeba del 16 de diciembre de 1963, THE HISTORY OF THE ICSID. Vol. II-1, ICSID-Washington DC, 1970, pág. 242.

de laudos del CIADI. Entre otros, se pueden mencionar los casos *Benvenuti & Bonfante v. República de Congo*²³; *Soabi v. Senegal*²⁴; y *Letco v. Liberia*²⁵.

²³ En el caso, la actora, vencedora en el pleito, decidió iniciar el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral emitido en el ámbito del CIADI ante los tribunales franceses. El Presidente del Tribunal de Grande Instance de París le otorgó al laudo fuerza ejecutiva mediante auto de fecha 23/12/1980 (Auto de fecha 23/12/1980, Rev. Arb., 1982, pág. 205), pero al mismo tiempo, y forma inesperada, estableció una limitación en el sentido que ninguna medida de ejecución sobre bienes ubicados en el territorio Francés podía ser llevada a cabo en virtud de dicha resolución sin autorización previa del mencionado órgano, toda vez que, según su criterio, no resultaba posible a priori hacer un deslinde entre bienes destinados a actividades soberanas y a actividades comerciales sin efectuar una investigación previa en ese sentido (Auto de 13/01/1981, Rev. Arb., 1982, pág. 206). Sobre dicho auto, se ha hecho referencia al efecto paradójico que presenta el mismo, en la medida en que por un lado se había otorgado fuerza ejecutoria al laudo y luego se la había suspendido, razón por la cual el Tribunal de Apelación, posteriormente, declaró la nulidad de dicha resolución aclarando fehacientemente la distinción que existe entre la etapa de reconocimiento y la etapa de ejecutabilidad. "El auto de exequatur de una sentencia arbitral no constituye un acto de ejecución sino meramente un acto previo a las medidas de ejecución... y que el primer juez, competente en aplicación del artículo 54 de la Convención de Washington, no puede, sin exceder, inmiscuirse en la segunda fase, aquella de la ejecución, con la que se conecta la cuestión de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros". (sentencia del 26/06/1981, Rev. Arb., 1982, pag. 207). Al respecto, ver FERNÁNDEZ MASÍA, ENRIQUE, *ibíd* 7, págs. 329 y ss. y especialmente las notas 100 y 108.

²⁴ En este caso, mediante Auto de fecha 14/1/1988 el Tribunal de Grande Instance de París le reconoció (exequatur) y en consecuencia le otorgó fuerza ejecutiva al laudo arbitral del CIADI; por su parte Senegal apeló tal decisión y en su oportunidad el Tribunal de Apelación, mediante su sentencia de fecha 05/12/1989, anuló la resolución anterior, con fundamento en el hecho que el Estado de Senegal al someterse al procedimiento arbitral del CIADI se había comprometido a asegurar la ejecución de las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo sobre el territorio, pero no había renunciado a invocar su inmunidad de ejecución en un Estado Contratante de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55 del "Convenio". Así las cosas, consideró que la ejecución de este laudo contrariaba el orden público internacional al violarse el principio de inmunidad de ejecución con fundamento en que no se había demostrado que los bienes en cuestión estuviesen afectados a actividades comerciales y económicas (ver FERNÁNDEZ MASÍA, ENRIQUE, *ibíd* 7, pág. 330). Finalmente, La Cour de Cassation terminó anulando dicha decisión, mediante sentencia de fecha 11/06/1991 (Rev. Arb., no 4, 1991, pág. 637), con el argumento principal consistente en que cuando un Estado se somete a través de un convenio arbitral al procedimiento de arbitraje del Centro CIADI acepta que el laudo que se puede adoptar pueda recibir el exequatur, aunque tal acto de exequatur (reconocimiento) no constituye una medida concreta de ejecución que pudiera dar lugar a las alegaciones de inmunidad de ejecución Estatal, añadiendo al final que los artículos 53 y 54 del "Convenio" crean un procedimiento autónomo y simplificado de reconocimiento y ejecución, y que por lo tanto había que excluir en este caso la aplicación de normas del código del Procedimientos Civil Francés.

²⁵ En este caso, el Estado de Liberia intentó recurrir a sus tribunales para solicitar la nulidad del procedimiento arbitral del CIADI, circunstancia que motivó el dictado del laudo, de fecha 21/03/1986 (en ICSD Reports, Vol. 2, 1994, págs. 378/9) por parte del tribunal arbitral en el cual se pronunció en forma categórica en favor de la exclusividad del procedimiento ante el Centro, e hizo mención especial a la mala fe procesal demostrada por el Estado demandado que no sólo no se presentó ante el procedimiento bajo las normas CIADI sino que también en forma contraria a lo dispuesto en el acuerdo previo entre las partes, terminó recurriendo a los tribunales de su país para conseguir la anulación del laudo.

Por otra parte, se ha sostenido, por una minoría de la doctrina nacional, que el sistema de arbitraje del CIADI, al inhibir la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad interno (de carácter previo y/o posterior) sobre el contenido del TBI (o del laudo arbitral) estaría violentando o podría violentar lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución Nacional, en la medida en que se podrían ver afectados distintos principios de derecho público interno contemplados en nuestra Constitución Nacional²⁶.

En este caso y teniendo en cuenta el sistema constitucional argentino, esa posibilidad se encuentra considerablemente restringida, atento a los compromisos internacionales del Estado asumido a través de tratados, haciendo que tal posibilidad someta al Estado a una situación jurídica comprometida, que traería aparejada responsabilidad internacional.

III. La ejecución de laudos de inversión extranjera en la República Argentina²⁷.

Una de las particularidades que se aprecian en el caso de los laudos arbitrales del CIADI, es que desde su asidua actividad a partir de los

²⁶ Los Tratados de inversión tienen jerarquía suprallegal, pero infraconstitucional, porque están sujetos a los principios de derecho público de la Constitución según el artículo 27 de la Constitución Nacional. Para algunos, esto permitiría concluir que pueden ser declarados inconstitucionales. (ver ROSATTI, HORACIO D., "Los Tratados Bilaterales de Inversión. El arbitraje internacional obligatorio y el Sistema Constitucional Argentino." *Revista Jurídica La Ley* 15/10/2003, pág. 4, especialmente notas 11, 14 y 15. En sentido coincidente, sobre los alcances de inconstitucionalidad de este tipo de Tratados ver: BARBOZA, JULIO, *Derecho Internacional Público*, Edit. ZAVALLIA, 1999, pág. 79).

²⁷ Durante la década del noventa, en el marco de un amplio proceso de reformas aplicado por el gobierno del Presidente Carlos Menem, que incluyó la convertibilidad de la moneda nacional, la apertura comercial y financiera, la desregulación y la privatización de empresas del Estado; se produjo un flujo de inversión extranjera, que se concentró fuertemente en empresas públicas prestadoras de servicios o de actividades extractivas, fundamentalmente la petrolera y el transporte de gas. La forma predominante de la inversión extranjera durante este período fue la de las transferencias accionarias, lo que se verificó tanto en el proceso de privatizaciones como en la venta de empresas privadas a inversores extranjeros que se produjo con mayor intensidad en la segunda mitad de la década. Como consecuencia de ello, desde 1991 y por el transcurso de una década aproximadamente, la República Argentina, firmó más de una decena de Tratados Bilaterales de Inversión, los cuales preveían mecanismo de solución de controversias, en especial ante el CIADI u ante otros órganos arbitrales bajo las reglas del UNCITRAL.

La crisis del régimen de convertibilidad de inicios del siglo XXI, produjo en Argentina, un profundo quiebre no sólo económico, sino también político y social. A raíz de ello, hacia fines de 2001, el gobierno produjo la modificación de parte del sistema legal que daba marco a las inversiones extranjeras suscriptas en los años anteriores.

En lo que hace específicamente a las condiciones para la inversión extranjera, la crisis generó una serie de cambios significativos. El que primero se hizo sentir fue el deterioro de la situación patrimonial, dado el peso de la deuda en dólares en muchas de estas empresas. A partir de allí, sin embargo, el alto y sostenido crecimiento económico desde mediados de 2002, el cambio de precios relativos a favor de los bienes y servicios transables, el abaratamiento relativo de los salarios, el tipo de cambio favorable a la exportación, posibilitaron una rápida reestructuración de los pasivos empresariales y disminución de la relación deuda/activos.

años 90, varios tribunales en casos similares han fallado o bien contradictoriamente o en forma divergentes. Ello conformaría una situación de fragmentación en la credibilidad y funcionamiento del sistema y del propio derecho internacional²⁸.

En el caso de Argentina, se puede tomar como parámetro de lo expresado, lo resuelto en los laudos de los casos *CMS* y *LG&E*, sobre los alcances interpretativos del “estado de necesidad” como razón eximente de la responsabilidad del Estado en la violación de un TBI, que luego se pudieron apreciar en el laudo de anulación parcial en el caso *CMS*²⁹.

En el caso de *CMS*, la postura sobre la aplicación del estado de necesidad fue rechazada, lo que llevó al Estado a pedir la anulación del laudo³⁰. Al decir del Comité de Anulación del caso *CMS*, los árbitros del caso,

Esta disminución, sin embargo, fue mucho más rápida en los sectores vinculados con la producción de bienes transables que en las de servicios, aunque operó en todo el espectro de actividades.

Entre las medidas adoptadas, se dictó la ley 25.561, de enero de 2002, que declaraba la emergencia económica pública del país, introduciendo reformas al sistema cambiario y en especial, la modificación de las normas referidas al sistema de convertibilidad financiero, suprimiéndose la posibilidad de que los inversores extranjeros pudieran reajustar sus tarifas en dólares, tal el sistema imperante en los Tratados firmados. Todo ello llevó a que inversores extranjeros plantearan más de 50 demandas ante el CIADI. Como consecuencia de las numerosas demandas contra el Estado argentino por violaciones a los TIBs a fines de los '90 y comienzos de la década del 2000, El Poder Ejecutivo Nacional constituyó en el año 2003 la Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral (UNADAR) dentro del ámbito de la Procuración Nacional del Tesoro, para organizar las presentaciones frente a los juicios, ya que a pesar de que en varios de ellos se involucra a los gobiernos provinciales, el Estado Nacional es garante de las inversiones en virtud de la firma de los tratados bilaterales. La UNADAR está presidida por el Procurador del Tesoro de la Nación, y lo integran representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Economía y de Planificación Federal (estos dos últimos Ministerios también integran una Unidad de Renegociación de contratos de empresas privatizadas —UNIREN—). En esta instancia también se exponen y acuerdan algunas de las estrategias adoptadas por el Estado para atender, por ejemplo, los problemas detectados por la ausencia de un criterio uniforme y consistente del CIADI para programar el cronograma de vencimientos y audiencias de la República Argentina; las presentaciones en los casos específicos; estructura de respuestas para casos paradigmáticos; búsqueda de acuerdos extra arbitrales con las empresas demandantes, entre otros.

²⁸ Ver GUTIERREZ POSSE, HORTENSIA. “Fragmentación del Derecho Internacional. Consideraciones de las cuestiones desde la perspectiva de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”. En BARBOZA, Julio (Coordinador). *Temas recientes de la Comisión de Derecho Internacional. En Homenaje a los 60 años de su creación*. CONSEJO ARGENTINO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES. INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL. BUENOS AIRES, 2007., págs. 81 y ss.

²⁹ *CMS Gas Transmission Company v Argentina* (Caso CIADI N° ARB/1/08). Laudo del 25 de mayo de 2005. *LG&E v. Argentina*. (Caso CIADI N° ARB/02/1). Decisión sobre Responsabilidad del 3 de octubre de 2006.

³⁰ *CMS Gas Transmission Company v Argentina* (Caso CIADI N° ARB/1/08). Decisión del Comité ad-hoc sobre solicitud de Anulación por parte de la Argentina. 25 de septiembre de 2007. Argentina había solicitado la nulidad del laudo en razón de considerar que el tribunal arbitral había realizado interpretaciones erróneas sobre el derecho aplicable al litigio. Cabe recordar que el Tribunal arbitral en el laudo de *CMS* había analizado la postura del Estado en la cual

cometieron evidentes negligencias al confundir los alcances de las situaciones previstas sobre el estado de necesidad (previsto en el Proyecto de Responsabilidad Internacional de la CDI) y lo establecido por el artículo XI del TBI Argentina-EE.UU, el cual expresamente preveía la posibilidad (por una cláusula de emergencia) de excluir una ilicitud del tratado si el Estado dictaba normas destinadas a proteger la seguridad nacional o el orden público del Estado³¹. Al ser esta última estipulación normativa mucho más precisa que el proyecto de la de la CDI, los árbitros debieron interpretar y aplicar estas normas sobre las pautas generales de derecho internacional, atento a los alcances "*lex specialis*" de los TBI's. En el caso LG&E, el tribunal aceptó la existencia parcial del Estado de necesidad.

En el caso de la República Argentina, y como consecuencia de las incongruencias de los laudos expresados anteriormente, el estado argentino, desde el primer laudo CMS, ha venido solicitando la suspensión de la ejecución de los laudos, hasta que se resuelvan los recursos interpuestos oportunamente por las divergencias que existían en los laudos dictados. En el marco de estos procesos, se han puesto en discusión los alcances de los artículos 53 y 54 del Convenio, en las cuales los inversionistas han exigido garantías económicas en caso que el Estado argentino no cumpla con la ejecución de los laudos³².

Desde el laudo CMS como otros posteriores, en los casos Azurix; Enron y Videndi, la Argentina sostuvo que se debía realizar una interpretación armónica de los arts. 53 y 54 del Convenio, ya que éstos se relacionan entre sí. En este sentido señalaron que, mientras el art. 53 establece el carácter definitivo y vinculante de los laudos dictados bajo el CIADI, el art. 54 dispone la manera en que debe cumplirse, en razón de lo expresado en el propio texto del Convenio, ya sea en caso de Estados federales, como en caso de ser ejecutado en un tercer Estado parte³³.

argüía la aplicación del principio del estado de necesidad por las medidas tomadas ante la crisis económica, social y financiera que estaba sucediendo en esos momentos del caso. El Tribunal había analizado el estado de necesidad, tomado como punto de interpretación, el artículo 25 del Proyecto sobre Responsabilidad Internacional de la CDI, llegando a la conclusión que no se daban todos los supuestos establecidos en la norma. Aunque el TBI entre Argentina y EE.UU, poseía una norma en particular sobre el tema (art. XI), el Tribunal no lo estimó como principal.

³¹ CMS Gas Transmission Company v Argentina (Caso CIADI N° ARB/1/08). Decisión del Comité ad-hoc sobre solicitud de Anulación por parte de la Argentina. 25 de septiembre de 2007. párr. 133 y ss.

³² Los inversionistas insisten en sostener que la Argentina busca con estos procesos, no pagar lo resuelto por el laudo o que se revisara judicialmente los laudos ya confirmados por el CIADI.

³³ CMS Gas Transmission Company v. Argentina (Caso CIADI Nro. ARB/01/8). Decisión sobre la Solicitud de la República Argentina de Mantener la Suspensión de la Ejecución del Laudo. Decisión del 25 de septiembre de 2007. Azurix Corp. v. República Argentina (Caso CIADI Nro.

Esta postura sobre la compatibilidad del art. 53 con el art. 54, es criticada por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia arbitral sobre la materia, la cual compartimos³⁴. Pero no ha logrado tampoco plasmarse en su totalidad en las decisiones de los comités ad-hoc³⁵.

La obligatoriedad del laudo es una característica intrínseca o inherente al concepto de arbitraje, toda vez que en todo “acuerdo de arbitraje” (cláusula arbitral, compromiso arbitral, etc.) se establece la obligación para las partes de tener que acatar y cumplir los términos del mismo en forma directa.

A su vez, el Convenio expresa que para aquellos supuestos en donde la parte vencida en el litigio decida no cumplir con lo resuelto en el laudo arbitral, tal incumplimiento produce como efecto inmediato el “renacimiento” de la protección diplomática (art. 27), dejando abierta la posibilidad para que el Estado Contratante, del que es nacional el inversor vencedor en el litigio, aplique sanciones u otras medidas contra el Estrado infractor o efectúe una presentación ante la Corte Internacional de Justicia por un eventual caso de responsabilidad internacional del Estado (art. 64 del Convenio)³⁶.

Otras medidas llevadas a cabo, podrían implicar la aplicación de sanciones de índole económicas o financieras, derivados de la posición que ocupa el CIADI dentro del Grupo Banco Mundial.

ARB/01/12). Decisión sobre la Solicitud de la República Argentina de Mantener la Suspensión de la Ejecución del Laudo. Decisión del 28 de diciembre de 2007. Enron Corporation. Ponderosa Asssets L.P. v. Argentina (Caso CIADI Nro. /ARB/01/3). Decisión sobre Solicitud de la República Argentina de Mantener la Suspensión de la Ejecución del Laudo. Decisión del 7 de octubre de 2008. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. Y Videndi Universal S.A. v. Argentina. (Caso CIADI Nro. ARB/97/3). Decisión sobre la Solicitud de la República Argentina de Mantener la Suspensión de la Ejecución del Laudo. Decisión del 4 de noviembre de 2007.

³⁴ En ese sentido lo expresan: SCHREUER, CHRISTOPH AND OTHERS. *The ICSID Convention. A Commentary*. 2º edic. (2009) págs. 1102 y ss; BINDER, CHRISTINA; KRIEBAUM, URSULA; REINISCH, AUGUST; WITTICH, STEPHAN (Edit). *International Investment Law for the 21st. Century*. 2009. págs. 211 y ss.

³⁵ Azurix Corp. v. República Argentina (Caso CIADI Nro. ARB/01/12). Decisión sobre la Solicitud de la República Argentina de Mantener la Suspensión de la Ejecución del Laudo. Decisión del 28 de diciembre de 2007.

³⁶ Sobre los presupuestos de responsabilidad internacional del Estado ver SHAW, MALCOM. *International law*, fourth edition, capítulo XIV (“State Responsibility”), A Grotius Publication, Cambridge University Press, Reino Unido, 1997, págs. 541 y ss, y LOWENFELD, ANDREAS F., *International Economic Law*, Oxford University press, New York, 2003, capítulo 13 (“The Responsibility of host State to Foreign Investors: Customary International Law”), págs. 392 y ss; RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 3º Edición, edit. Tecnos, Madrid, España, 1994, págs. 311 y ss., CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO. *Curso de Derecho Internacional Público*, Edit. Tecnos, Madrid, España, 1994, pág. 182/3, y DIEZ DE VELASCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 12º edición, edit. Tecnos, Madrid, España, 1999, págs. 683 y ss; Y MARINÓ MENÉNDEZ, FERNANDO M. *Derecho Internacional Público (Parte General)*, edit. Trotta, Madrid, España, 1999, págs. 425 y ss.

Las posibles “resistencias” en el cumplimiento de los laudos fueron precisamente de especial atención por parte de los redactores del Tratado. En efecto, en el Proyecto de Convenio ya se trabajaba con la expresión “*final judgment*,” entendiéndose que ella tendría los alcances que luego quedaron plasmados en el art. 54(1). Estas expresiones fueron objeto de considerables discusiones durante el proceso de redacción del Convenio. Así por ejemplo, los primeros borradores preveían mecanismos similares a los previstos por la Convención de en York de 1958 sobre reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros, en cuanto posibilitaban que los tribunales nacionales pudieran revisar el laudo en base a los postulados de esta última Convención. Se recuerda que algunos delegados como el de Alemania, insistían en la necesidad que existiera un mecanismo de control por los tribunales locales, cuando se pudiera vulnerar el “orden público”. Esta postura no tuvo mayoría por lo que dio resultado a la redacción el art. 54.(1), limitándose la presentación el laudo ante un órgano local cuando se tengan que ejecutar laudos “con obligaciones pecuniarias”³⁷.

En los casos llevados ante el CIADI, conforme al Artículo 53, Argentina tiene la obligación de pagar *voluntariamente* un laudo, por lo que el Estado asume erróneamente la posición de que los acreedores de laudos deben iniciar procedimientos en el marco del Artículo 54 y presentar el laudo ante un tribunal de justicia local argentino (el país a fijado ante el CIADI a la Cámara Federal en lo Contencioso-Administrativo como el órgano local de ejecución). Solamente cuando un Estado ha faltado al cumplimiento de las obligaciones que le impone el Artículo 53 y se encuentra en situación de incumplimiento a ese respecto, el acreedor del laudo puede tener que promover procedimientos de ejecución basados en el Artículo 54. Es decir, dicho artículo brinda a los acreedores de laudos la posibilidad de hacer cumplir estos últimos frente a deudores de laudos renuentes, y que el Artículo 54 no es el “mecanismo normal” de ejecución de un laudo.

Frente a las presentaciones de Argentina y las posturas de los inversionistas, sobre sus interpretaciones de cómo deben ejecutarse los laudos, varios Comités ad-hoc de anulación CIADI han tenido oportunidad de pronunciarse respecto a esta posición y han rechazado la postura del Estado, en particular los Comités en los casos *Vivendi*, *Enron*, y *Sempra*³⁸. Los Comité analizaron el alcance de las obligaciones impuestas por los Artículos 53 y 54 del Convenio CIADI y consideraron que la interpretación hecha a su respecto por la Argenti-

³⁷ Cf. BROCHES, ARON. Awards, Redered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution, 2 ICSID Review. FILJ 287, 290 (1987).

³⁸ Los inversionistas alegan que Argentina no efectuó el pago del laudo del caso *CMS* diez meses después de dictada la Decisión de Anulación en ese caso. Esto llevó que en el caso de *CMS*, el inversionista vendiera sus derechos al Bank of América.

na evidencia la intención del Estado de no cumplir voluntariamente los laudos recaídos en su contra. Por tal motivo, dichos Comités exigieron que la Argentina constituya garantías en cuanto a que dará cumplimiento a los laudos, en caso de que no sean anulados. Argentina alude que no tiene intenciones de no cumplir la ejecución de los laudos, sino que los acreedores deben seguir el proceso que se fija por ley para todo cobro al Estado. Tanto en el caso CMS como Vivendi o Enron, los inversionistas se ha negado aceptar esta postura, calificándola como una violación al Convenio³⁹.

Los Comités en los casos *Vivendi*⁴⁰, *Sempra*⁴¹ y *Enron*⁴², analizaron el alcance de las obligaciones impuestas por los artículos 53 y 54 del Convenio CIADI y consideraron que la interpretación hecha a su respecto por la Argentina evidenciaría la intención del Estado de no cumplir voluntariamente los laudos recaídos en su contra. Por tal motivo, dichos Comités exigieron que la Argentina constituya garantías en cuanto a que dará cumplimiento a los laudos, en caso de que no sean anulados. Argentina ha aludido que no tiene intenciones de no cumplir la ejecución de los laudos, sino que los acreedores deben seguir el proceso que se fija por ley para todo cobro al Estado.

Por otra parte, otros Comités de Anulación, no han hecho lugar a la imposición de garantías y han considerado de relevancia para el otorgamiento incondicionado de una suspensión de la ejecución de un laudo CIADI, el mecanismo de integración de las normas de derecho internacional vinculantes para la República Argentina con las normas de derecho interno argentino y, en particular, en qué medida la legislación interna de la República Argentina ha implementado el Convenio CIADI. Respecto de la primera de estas cuestiones, el Comité de Anulación interviniente en el caso CMS realizó el siguiente razonamiento:

Despite this, in the Committee's view the key feature of the situation is that, by the express terms of Article 54 of the Convention, an ICSID award is to be given the same effect as a final judgment of the courts of the Respondent State. As compared with other international arbitral arrangements, final awards under the ICSID Convention are directly enforceable, upon registration

³⁹ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentina. (Caso CIADI ARB/97/3). Decisión de anulación del 3 de julio de 2002.

⁴⁰ Sempra Energy International v. Argentina. (Caso CIADI N° ARB/02/1). Laudo del Comité Ad-Hoc del 28 de julio de 2007.

⁴¹ Enron Corporation y Ponderosa Assets v. Argentina. (Caso CIADI N° ARB/01/3). Decisión sobre anulación. 7 de octubre de 2007.

⁴² CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (Caso CIADI N° ARB/1/08). Decisión sobre la Solicitud de la República Argentina de Mantener la Suspensión de la Ejecución del Laudo. Decisión del 1 de septiembre de 2006, 40 y 41 (Anexo 3 de la presentación de la República Argentina de fecha 20 de junio de 2008).

*and without further jurisdictional control, as final judgments of the courts of the host State. It is true that immunity from execution is reserved (Article 55), but this simply leaves the issue of immunity to be dealt with under the applicable law: "Immunity from execution of the host State in its own courts would depend entirely on its domestic law" (Schreuer, op. cit. 1176). States Parties to the Convention have an obligation to give effect to Article 54 of the Convention in their internal law. Exactly how this is done depends on the constitutional arrangements of the State Party concerned; the point for the Committee is to be satisfied that the State Party has taken appropriate steps in accordance with its constitutional arrangements to give effect to Article 54. Where it has done so, subsequent compliance by that State with a final award will be a matter of legal right under its own law, as well as under international law*⁴³.

Seguidamente, y evocándose específicamente al análisis del sistema jurídico argentino, el Comité de CMS concluyó:

*The Committee notes that Argentina ratified the ICSID Convention on 18 November 1994. It is not disputed that, under the Argentine Constitution, the Convention is consequently part of Argentine domestic law. As a consequence, in the opinion of the Committee, it has not been shown that Argentina needed to take any further step to give effect to the Convention and in particular to its Article 54*⁴⁴.

Respecto del segundo de esos criterios, relativo a la implementación del convenio CIADI en la legislación interna de la República Argentina, el Comité de Anulación interviniente en el caso Azurix, analizando las mismas cuestiones que estaban planteadas ante el Comité de Anulación en el caso CMS, donde sostuvo que:

[...] the committee does not see that the applicant for annulment bears any burden of persuasion as to why security should not

⁴³ CMS Gas Transmission Company v Argentina (Caso CIADI N° ARB/1/08). Decisión del Comité ad-hoc sobre solicitud de Anulación por parte de la Argentina, 25 de septiembre de 2007.

⁴⁴ CMS Gas Transmission Company v Argentina (Caso CIADI N° ARB/1/08). Decisión del Comité ad-hoc sobre solicitud de Anulación por parte de la Argentina, 25 de septiembre de 2007.

*be ordered. to the contrary: it is for the claimant to make out its case for security consequent upon a stay being ordered*⁴⁵.

Más allá que acordamos con lo expresado anteriormente sobre que el sistema procesal de ejecución arbitral argentino no vulneraría el Convenio de Washignton, lo cierto que de lo analizado en las diversas exposiciones de los inversionistas en los casos contra Argentina ante los Comités de Anulación, se puede apreciar que una incorrecta interpretación de los artículos 53 y 54 del Convenio, posibilitarían a los Estados, un desafortunado incentivo para modificar sus propios sistemas jurídicos de formas que impidan o reduzcan la recuperación en virtud de laudos del CIADI. Si los laudos se tornan pagaderos solamente en función de los términos que estipula el sistema jurídico nacional del propio Estado, y el Estado no tiene ninguna obligación internacional independiente que cumplir, el Estado sólo necesita modificar sus normas nacionales respecto de la aplicación para limitar abruptamente su responsabilidad frente a inversores extranjeros (y nacionales). Los inversores se muestran reticentes a seguir adelante el proceso manifestado por el Estado argentino para el cobro del laudo. En efecto, podría decirse que Argentina ya ha comenzado a recorrer este camino con la imposición de la legislación sobre “deudas consolidadas”. En la medida en que Argentina imponga la consolidación a sus propios acreedores en el ámbito nacional, podrá reducir en forma simultánea su responsabilidad frente a los acreedores en laudos del CIADI, proporcionándoles, como cuestión del derecho nacional argentino, un valor inferior que la remuneración a la que tienen derecho, conforme lo determinarían los tribunales del CIADI. En el caso de CMS, el inversor — ante el escepticismo de la factibilidad del cobro— ha transferido recientemente su crédito a una dependencia del Bank of América, dedicado a deudas difíciles de cobro⁴⁶. Otros continúan exigiendo garantías financieras en caso que el Estado no cumpla en plazo razonable el laudo⁴⁷.

Conclusiones

El sistema de solución de controversias en el marco del Convenio de Washignton, ha permitido a lo largo de los años, que tanto los inversionistas como los Estados receptores de las inversiones, pudieran contar con

⁴⁵ Azurix Corp. c. República Argentina (Caso CIADI Nro. ARB/01/12). Decisión sobre la Solicitud de la República Argentina de Mantener la Suspensión de la Ejecución del Laudo. Decisión del 28 de diciembre de 2007, 37..

⁴⁶ *Argentine Crisis Arbitration Awards pile Up but Investors still wait for a Payout*. Focus Europe. 25 de junio de 2009

⁴⁷ *Sempra asks ICSID panel to lift stay of enforcement of arbitral award in dispute with Argentina*. Investment Arbitration Reporter, Vol. 2 N° 13. 6 de agosto de 2009. www.iareporter.com.

un marco jurídico que posibilite dar una respuesta ante las discrepancias que se susciten entre ambos. Sin embargo, ese transcurso del tiempo ha permitido que observemos algunas prácticas en el ámbito del CIADI por las cuales se han presentado no pocas críticas sobre su funcionamiento. Observaciones como las aludidas en este texto respecto a las incongruencias en laudos sobre casos de litigios de hechos similares, o las quejas de los Estados sobre la “sospechas” de parcialidad de algunos árbitros, o el tiempo que lleva resolver un caso, que a criterio de los inversores se tornan excesivamente dilatorios, nos permite recomendar la necesaria modificación del actual Tratado y los reglamentos del CIADI. En este mismo camino, y en el proceso de reformas, debería preverse la viabilidad de estructurar un mecanismo de revisión de laudos de CIADI, que armonice la jurisprudencia del sistema, evitando la excesiva dispersión de criterios existente en la actualidad. En ese sentido, el mecanismo debería contar con árbitros que sean elegidos por períodos bajo los requisitos de idoneidad y conocimiento del Derecho Internacional, similar al vigente en la Corte Internacional de Justicia.



LA COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL EN EL TRATADO DE LISBOA

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

*Amalia Uriondo de Martinoli**

Resumen: Por distintas fases transcurre el proceso para la adopción de normas comunitarias de derecho procesal civil relativas al reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones en materia de familia en el espacio europeo de justicia, desde el Régimen del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea hasta el Tratado de Lisboa. Sobre la base del principio de confianza mutua, los Reglamentos seleccionados prevén que las decisiones adoptadas por las autoridades de los países miembros en los procesos transfronterizos relacionados con las crisis matrimoniales, responsabilidad parental y obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones familiares, parentesco y matrimonio o afinidad, sean automáticamente reconocidas y ejecutadas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a procedimiento de ningún tipo (supresión del *exequatur*).

Palabras claves: Cooperación judicial civil- Reconocimiento y ejecución de resoluciones- Crisis matrimoniales- Responsabilidad parental- Reconocimiento mutuo.

Sumario: I. Precisiones sobre el objeto del trabajo. 1. Línea evolutiva del proceso de adopción de las normas comunitarias. a) Régimen del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (art. 220); b) Tratado de Maastricht; c) Tratado de Ámsterdam- Plan de acción; d) Consejo Europeo de Tampere; e) Tratado de Niza; f) Programa de La Haya (Tampere II); g) Tratado por el que se establece una Constitución para Europa; h) Tratado de Lisboa. 2. Orientaciones del Derecho Comunitario en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de familia. a) Reglamento (CE) Nº 44/2001 (Bruselas I) relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; b) Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora Titular, Cátedra "B", Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Par Evaluadora de Proyectos de Investigación. Docente-Investigadora Categoría I, Secretaría de Políticas Universitarias del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación. Secretaria de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de Posgrado en Universidades nacionales y extranjeras. Autora de libros, capítulos y artículos publicados en el país y en el extranjero. Miembro de Asociaciones de Derecho Internacional. e-mail: uriondo@derecho.unc.edu.ar.

judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; c) Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio; d) Reglamento (CE) no 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; e) Reglamento 664/2009. II. Reflexiones finales.

I. Precisiones sobre el objeto del trabajo

La cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, consiste en establecer una colaboración más estrecha entre las autoridades de los Estados miembros con el fin de eliminar todo obstáculo derivado de las incompatibilidades que pudieran existir entre los distintos sistemas judiciales y administrativos. Dentro del amplio espectro de la cooperación judicial civil, como vía para facilitar la libre circulación de personas en el espacio común europeo, abordaremos el tema del reconocimiento mutuo y ejecución de decisiones en materia de Derecho de familia.

En tal sentido, el trabajo procurará reseñar la línea evolutiva del proceso de adopción de las normas comunitarias en el sector, así como examinar la forma en que dichas normas agilizan las cuestiones referentes al reconocimiento y ejecución de las resoluciones entre los países miembros.

1. Línea evolutiva del proceso de adopción de las normas comunitarias

El proceso para la adopción de normas comunitarias de derecho procesal civil relativas al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en la materia, reconoce distintas etapas:

- a) Régimen del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (art. 220)
- b) Tratado de Maastricht
- c) Tratado de Ámsterdam- Plan de acción
- d) Consejo Europeo de Tampere
- e) Tratado de Niza
- f) Programa de La Haya (Tampere II)
- g) Tratado por el que se establece una Constitución para Europa
- h) Tratado de Lisboa

a) En el ámbito del espacio judicial europeo, el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil encuentra un marco de regulación inicialmente convencional sobre la base del art. 220 del Tratado de Roma Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Este precepto dispone que los Estados miembros entablarán, en tanto que sea

necesario, negociaciones entre sí a fin de asegurar, a favor de sus nacionales la simplificación de las formalidades a que se hallan subordinados el reconocimiento y la ejecución recíprocas de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales. Con este fin se elaboró el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (hoy Reglamento Bruselas I), posteriormente se suscribe en Lugano, el 16 de septiembre de 1988, un Tratado paralelo para extender la práctica comunitaria a los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELE/EFTA).

Con relación al tema que nos ocupa, expresamente se excluyen de su ámbito de aplicación las sentencias dictadas sobre el estado y la capacidad de las persona físicas, los regímenes matrimoniales y sucesiones (art. 1). Por consiguiente, quedan fuera del mismo las demandas de separación, divorcio o nulidad de matrimonio porque afectan al estado de las personas¹. En cambio, son objeto de una reglamentación específica las obligaciones alimenticias entre parientes y cónyuges, así como las prestaciones entre cónyuges separados y divorciados. Los Convenios de Bruselas y de Lugano contienen normas para determinar la competencia judicial internacional (art. 5.2) y prevén un mecanismo de reconocimiento de decisiones referidas a la materia alimenticia. Si bien se ha facilitado en gran medida el reconocimiento de decisiones judiciales civiles y mercantiles, subsiste un mecanismo residual de *exequatur* que todavía obstaculiza la circulación de decisiones judiciales en el ámbito comunitario.

b) El Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, inscribe la cooperación judicial civil en su Título VI como una “cuestión de interés común”. La cooperación judicial en materia civil se integró en lo que en nomenclatura comunitaria se denominó “Tercer Pilar” (con su propio régimen de fuentes y forma de adopción de decisiones), susceptible de ser desarrollado mediante la concertación de convenios entre los Estados miembros que requería de la ratificación por parte de cada uno según sus respectivas normas constitucionales (art. K.3.2.c).

c) En el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, se otorga una especial atención a las personas y en particular a los ciudadanos, tanto en su condición de destinatarios de las políticas de la Unión Europea como en la de titulares de derechos frente a ella y los Estados miembros. La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia que pueda tener conse-

¹ ARENAS GARCÍA, RAFAEL, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidad de Santiago de Compostela 2004, pág. 109.

cuencias directas en los derechos y libertades de las personas, es el sector en el que se ha ido más lejos al efectuar un salto cualitativo mediante la decisión de transferir al ámbito del Derecho comunitario, entre otras cuestiones, las relativas a la cooperación judicial en materia civil (Título IV del Tratado CE, nuevo art. 65). Es decir, “comunitariza” determinados ámbitos materiales de la justicia estrechamente vinculados al mercado interior y a la libre circulación de las personas sobre los que el Consejo deberá adoptar medidas con repercusiones transfronterizas. Se trata así, de mejorar y simplificar una serie de mecanismos (procedimiento de *exequatur*, examen de solicitud de asistencia judicial, transmisión de actos notariales, etc.)².

No obstante, esta “comunitarización” sigue siendo parcial durante un período transitorio de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado, puesto que el Consejo decidirá por unanimidad, la Comisión comparte su derecho de iniciativa con los Estados miembros y el Parlamento Europeo tiene únicamente carácter consultivo (art. 67 del TCE).

Se ha visto que hasta la reforma de Ámsterdam, la cooperación judicial civil había adoptado fundamentalmente la forma de Convenios. Gracias a la “comunitarización” de la materia, la mayoría de los convenios se modernizaron y se transformaron en Reglamentos, con lo que la aprobación de normas no requiere la ratificación nacional y se atribuyeron competencias de interpretación al Tribunal de Luxemburgo.

El citado art. 65 incluye dentro las medidas que se adopten en el ámbito de la cooperación judicial civil con repercusión transfronteriza y en la medida necesaria para el “correcto funcionamiento del mercado interior”, la de “mejorar y simplificar” el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales. A su vez, el art. 293 prevé la celebración entre los Estados miembros de convenios tendentes a asegurar en favor de sus nacionales, la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales. “Por expresarlo gráficamente, la efectiva consecución de un mercado interior va asociada a la existencia de un mercado común de sentencias”³.

d) El Consejo Europeo, reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, invitó a la Comisión y al Consejo a establecer normas comunes de procedimiento especiales para simplificar y acelerar la

² OREJA AGUIRRE, MARCELINO, (Director), *El Tratado de Ámsterdam- Análisis y comentarios*, Vol. I, Ed. Mc Graw Hill, Madrid 1998, Prólogo, pág. XXXI y págs. 268/275.

³ MORENO GRAU, JOAQUÍN, “Tratado de Lisboa y la cooperación judicial internacional en materia civil”, 14/12/2009, ver http://www.legaltoday.com/practica-juridica/supranacional/d_ue/tratado-de-lisboa-y-cooperacin-civil.

solución de los litigios transfronterizos, como así también convertir el principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales en verdadera piedra angular de la cooperación judicial tanto en materia civil como penal en el seno de la Unión Europea. En virtud de este principio, las decisiones de los tribunales de un Estado miembro podrían ser reconocidas y aplicadas por los tribunales de otro Estado miembro. Así se incluyó, entre otras cuestiones, las resoluciones relativas a pensiones alimentarias.

e) Con la entrada en vigor del Tratado de Niza, 1 de febrero de 2003, el procedimiento de toma de decisiones del artículo 67 es sustituido por el voto por mayoría cualificada y por el procedimiento de codecisión en el ámbito de la cooperación judicial civil, con excepción de los aspectos que afectan al Derecho de familia⁴, donde el Consejo adopta decisiones unánimes después del dictamen consultivo del Parlamento Europeo. A tal efecto, se afirma que “la revisión del sistema es clave, ya que el voto por mayoría cualificada es más eficaz cuando se trata de desarrollar una política operativa a escala comunitaria, ya que el voto unánime confiere a cada Estado un auténtico derecho de veto, y permite bloquear *de facto* la toma de decisiones”⁵.

f) El Consejo Europeo, reunido en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004, aprobó el denominado Programa de La Haya (una especie de Tampere II) que tiene por objetivo la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. En las conclusiones se señala que “El Consejo Europeo destaca la necesidad de seguir mejorando el trabajo de creación de una Europa de los ciudadanos y la función esencial que desempeñará a este respecto la creación de un espacio europeo de justicia. Deberá proseguir el esfuerzo por facilitar el acceso a la justicia y la cooperación judicial, así como la plena utilización del reconocimiento mutuo. Es particularmente importante que las fronteras entre los países

⁴ El Tratado de Niza incorporó al artículo 67 el apartado siguiente:

“5. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, el Consejo adoptará de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251:

-las medidas previstas en el punto 1 del artículo 63 y en la letra a) del punto 2 del artículo 63, siempre y cuando el Consejo haya adoptado previamente y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo una legislación comunitaria que defina las normas comunes y los principios esenciales que rijan estas materias;

-las medidas previstas en el artículo 65, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia”.

⁵ ÁLVAREZ RUBIO, JUAN JOSÉ, “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales (2008), www.reei.org.

de Europa dejen de ser un obstáculo a la resolución de las cuestiones de Derecho civil o a las demandas y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles... El Derecho civil, que incluye el Derecho de familia, afecta a los ciudadanos en su vida diaria. Por ello, el Consejo Europeo atribuye gran importancia a la continuación del desarrollo de la cooperación judicial en materia civil y la culminación total del programa de reconocimiento mutuo adoptado en 2000...”

El Programa de La Haya: 10 prioridades para los próximos cinco años (2004-2009), procuró responder al interrogante: ¿Cómo reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea?

Entre las diez prioridades en las que la Comisión considera necesario concentrar el esfuerzo, se incluye la de “Garantizar un auténtico espacio europeo de justicia. Para la obtención y ejecución de las decisiones judiciales debe garantizarse el acceso a la justicia. La Unión debe adoptar medidas con el fin de instaurar una confianza recíproca entre los Estados miembros, creando para ello normas procesales mínimas que garanticen, por ejemplo, los derechos de la defensa.

En materia de justicia civil, la Comisión hace hincapié en la terminación del programa de reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil, la piedra angular de la cooperación judicial. A tal efecto, ha realizado consultas sobre las decisiones referentes al patrimonio familiar, las sucesiones o los testamentos con el fin de preparar nuevas propuestas legislativas”

g) El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, aprobado el 18 de junio de 2004 y firmado en Roma el 29 de octubre del mismo año⁶, incluye la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷ en la Parte II y dota a la Unión de competencias para adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el Capítulo sobre Disposiciones Particulares, prevé que la Unión constituya un espacio de libertad, seguridad y justicia “mediante la adopción de leyes y leyes marco europeas destinadas, en caso necesario a aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” en esta materia. Asimismo, deberá fomentar la confianza mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros, garantizando el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales (art. I-41)⁸. Principio que se reitera en la Parte III cuando al referirse a la coope-

⁶ Publicado en DOU de 16 de diciembre de 2004.

⁷ Los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, en nombre de sus instituciones, firmaron y proclamaron la Carta en Niza el 7 de diciembre de 2000.

⁸ Disposiciones particulares relativas a la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia.

ración en materia civil, establece que la Unión deberá facilitar, entre otras medidas, una tutela judicial efectiva (art. III. 269)⁹.

h) El Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 y dota a la UE de personalidad jurídica propia para firmar acuerdos internacionales a nivel comunitario. Se compone de una serie de enmiendas al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, esta última se denominará en adelante “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. El Tratado de la Unión Europea, después de haber sido modificado por el Tratado de Lisboa, hace referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, por lo que es un documento jurídicamente vinculante. El Tratado de la UE, el Tratado de Funcionamiento de la Unión y la Carta de los Derechos Fundamentales tienen igual valor jurídico y constituyen la base jurídica de la Unión Europea.

El Tratado de Lisboa reemplazó el primer proyecto de Constitución para Europa, tras el rechazo de Francia y Holanda en 2005. En el título denominado “Espacio de libertad, seguridad y justicia”, subraya en su artículo 67 que la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y que facilitará la tutela judicial, garantizando en especial, el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil, sin someter tales objetivos a premisas o exigencias previas de tipo competencial o material.

El apartado dos del art. 81 dispone que a los efectos de desarrollar una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza y en particular cuando resulte necesario para el “buen” funcionamiento del mercado interior (y no correcto como lo establece el art. 65 del Tratado de Ámsterdam), el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario¹⁰, medidas para garantizar:

- a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;
- b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales;
- c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;
- d) la cooperación en la obtención de pruebas;

⁹ MOLINA DEL POZO, CARLOS, *La Constitución Europea. Estudio introductorio*, Editorial universitaria Ramón Areces, España, 2005.

¹⁰ El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

- e) una tutela judicial efectiva;
- f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros;
- g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios;
- h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

De acuerdo al art. 267 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Dicho esto, en cuanto a las fases del proceso de producción normativa comunitaria en el sector de la cooperación judicial civil, sólo resta abordar cómo se ha ido perfilando la simplificación de las formalidades a las que estaba sometido el mutuo reconocimiento y ejecución de las resoluciones entre los países miembros en las cuestiones relativas al Derecho de familia.

2. Orientaciones del Derecho Comunitario en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de familia

a) El Reglamento (CE) N° 44/2001 (Bruselas I) relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

El Reglamento¹¹ que entró en vigor el 1 de marzo de 2002, excluye de su ámbito de aplicación “el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones” (art. 1°.2.a). De esta forma, el conjunto normativo está prioritariamente destinado a simplificar las formalidades del reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en el plano de las relaciones económicas¹². No obstante ello, los alimentos han sido expresamente incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento para la determinación de la competencia judicial internacional, lo que constituye una de las condiciones básicas del reconocimiento (art.5°.2).

¹¹ Tiene su origen en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, al cual lo sustituye en la relaciones entre los Estados miembros.

¹² ESPINAR VICENTE, JOSÉ MARÍA, *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Alcalá, Servicios de Publicaciones, 2008, pág. 361.

El Capítulo tercero referido a la eficacia extraterritorial de las decisiones establece un reconocimiento casi automático, siempre que no exista oposición, no requiere ningún procedimiento especial y sólo regula las causas por las que puede ser denegado el reconocimiento y la ejecución. Los arts. 34 y 35 enumeran los siguientes motivos de denegación: resolución inconciliable con otra dictada en el Estado requerido entre las mismas partes; reconocimiento manifiestamente contrario al orden público del foro; resolución extranjera dictada en rebeldía y defectuosa notificación; litis pendencia¹³; y ausencia de verificación de la competencia del juez de origen en los casos relativos a los foros exclusivos y los referentes al consumo y al seguro.

b) El Reglamento (CE) 2201/2003¹⁴ del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis)

La regulación comunitaria tiene por objeto reunir en un único texto las disposiciones sobre divorcio y responsabilidad parental referidas, entre otros aspectos, al reconocimiento automático de las decisiones concernientes al derecho de visita de los hijos.

Su ámbito de aplicación material comprende las acciones relativas a la nulidad matrimonial, la separación o el divorcio y las cuestiones atinentes a “la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental” (art. 1.1.b). En tanto quedan fuera de este marco, las causas de divorcio, el régimen económico matrimonial, la ruptura de las parejas no matrimoniales¹⁵ y los procedimientos civiles relacionados a las obligaciones alimentarias que se corresponden con el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

¹³ COBO SÁENZ, JOSÉ FRANCISCO, “El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, documentos públicos y acuerdos entre las partes con fuerza ejecutiva, en el Reglamento CE N° 2201/2003 (Bruselas II), relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea, Estudios de Derecho Judicial 74-2005, Madrid, pág. 61.

¹⁴ Por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000, cuyo antecedente relevante lo constituye el Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial de 28 de mayo de 1998 (D.O.C.E., N° 221 de 16 de julio de 1998). El reglamento no es aplicable a Dinamarca.

¹⁵ CARO GÁNDARA, Rocío, “Ámbito de aplicación y reglas de competencia del Reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental”, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, V. 2005, Ed. Iprolex, Madrid, pág. 396.

Quedan asimismo excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento, la determinación y la impugnación de la filiación; las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, así como la anulación y revocación de la adopción; el nombre y apellidos del menor; la emancipación; los fideicomisos y las sucesiones; las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores (art. 1º.3).

Sobre la base del principio de la confianza mutua¹⁶ se estructura el régimen del reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro. De esta forma, se establece el reconocimiento automático de las decisiones adoptadas por las autoridades —judiciales o no— de los Estados miembros con competencia en materia matrimonial sin necesidad de procedimiento especial alguno¹⁷. Cabe aclarar que el reconocimiento automático no significa ausencia de control de la regularidad de la resolución. En consonancia con lo expresado, se reducen al mínimo necesario los motivos de denegación del reconocimiento de las decisiones que entran en su ámbito de aplicación, así se prevé:

- ✓ la indefensión material del demandado, cuando no se le hubiere notificado el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que el demandado ha aceptado la resolución;
- ✓ existencia en el Estado requerido de una sentencia inconciliable con la que se pretende reconocer;
- ✓ la incompatibilidad con otra decisión entre las mismas partes dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un tercer Estado y susceptible de ser reconocida en el Estado miembro requerido; y
- ✓ vulneración del orden público del foro. Este último supuesto de denegación debe ser interpretado de manera restrictiva, por cuanto no se podrá alegar que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación judicial basándose en los mismos hechos que fundamentaron la decisión del Estado requirente (art. 25)¹⁸ y una vez reconocida no

¹⁶ Considerando 21 de Reglamento.

¹⁷ El art. 2.4 entiende por resolución judicial: “las resoluciones de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial y las relativas a la responsabilidad parental dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, independientemente de cómo se denomine dicha resolución, incluidos los términos de sentencia o auto”.

¹⁸ Al respecto puede verse PUIG BLANES, Francisco de Paula, “Competencia judicial y foros de competencia en el Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales

puede impedir la celebración de un nuevo matrimonio de los ex cónyuges aún cuando su ley nacional se lo prohibiera¹⁹.

En lo que se refiere a los pronunciamientos relativos a la responsabilidad parental²⁰, aunque también rige el principio de reconocimiento automático, siempre que no exista oposición, las condiciones del reconocimiento son diferentes de las que han de cumplirse en el régimen previsto para las decisiones en materia matrimonial.

El reconocimiento podrá denegarse en los siguientes supuestos:

- ✓ cuando la contrariedad con el orden público del Estado requerido se vincule al interés superior de los hijos menores de edad, con independencia de que entre sus padres exista o no vínculo matrimonial;
- ✓ la rebeldía de la persona en cuestión en los supuestos en los que ésta no hubiese sido notificada en la forma y con la suficiente antelación para organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que dicha persona ha aceptado la resolución;
- ✓ la existencia en el Estado requerido o en otro Estado miembro o en un tercer Estado de residencia habitual del menor, de resoluciones dictadas posteriormente y que resulten inconciliables con la que se pretende reconocer;
- ✓ cuando no se haya dado posibilidad de audiencia al menor, considerando al mismo tiempo su edad y su madurez, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido, salvo en casos de urgencia;
- ✓ a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin que esta persona pudiera ser oída (art.23).

en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el reglamento (CE) N° 1347/2000”, en Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea, Estudios de Derecho Judicial 74-2005, Madrid, págs. 25/30; ARENAS GARCÍA, Rafael, ob. cit., pp.378/405.

¹⁹ ABARCA JUNCO, ANA PALOMA, “Separación matrimonial y disolución del matrimonio”, en Derecho internacional privado, Volumen II, UNED, Madrid, 2010, pág. 164.

²⁰ El art. 2.7 del Reglamento entiende por responsabilidad parental “Los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o bienes de un menor; el término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”.

En todo caso, se prohíbe el control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen con carácter general (art. 24)²¹ y la revisión en cuanto al fondo de la resolución (art. 26), incluido el control de la ley aplicada (art. 25)²².

El Reglamento prevé que las decisiones relativas al derecho de visita y a la restitución del niño, dictadas de acuerdo a sus disposiciones, son automáticamente reconocidas y ejecutadas en todos los Estados miembros, sin que sea necesario recurrir a un procedimiento de ningún tipo (supresión del *exequatur*) siempre que la resolución vaya acompañada de un certificado. Un modelo estándar de los certificados relativos al derecho de visita y restitución del niño está disponible en el anexo del Reglamento (Anexo III y Anexo IV, respectivamente). El instrumento comunitario complementa y refuerza el sistema creado por la Convención de La Haya de 25 de octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, mediante la imposición de obligaciones más estrictas para asegurar la pronta restitución de un niño en los casos de sustracción de menores entre los Estados miembros²³. Su objetivo es disuadir la sustracción de menores dentro de la Comunidad, garantizando que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia del menor antes del secuestro tengan la última palabra para decidir donde el niño debe permanecer.

c) Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio SEC(2005) 331 de fecha 14 de marzo de 2005

La estructura del sistema sobre reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas en los supuestos de crisis matrimoniales previsto en el Reglamento 2201/2003, revela fisuras frente a la complejidad que suscitan las cuestiones de derecho aplicable. A raíz del aumento de los matrimonios y divorcios “internacionales” en la Unión Europea, el Consejo invitó a la Comisión (noviembre de 2004) a presentar un Libro Verde sobre normas de conflicto de leyes en asuntos relativos al divorcio (“Roma

²¹ Art. 24: “No podrá procederse al control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. El criterio de orden público a que se refieren la letra a) del art. 22 y la letra a) del art. 23 no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los arts. 3º a 14”.

²² Art. 25: “No podrá denegarse el reconocimiento de una resolución de divorcio, de separación judicial o de nulidad matrimonial alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial basándose en los mismos hechos”.

²³ Un análisis de la normativa puede verse en GONZÁLEZ VICENTE, PILAR, “El Reglamento (CE) 2201/2003: el alcance del reconocimiento mutuo de las decisiones sobre el derecho de visita y secuestro de menores”, Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea, Estudios de Derecho Judicial 74-2005, Madrid, págs. 103/140.

III")²⁴ cuyo objetivo es realizar una amplia consulta a las partes interesadas sobre las cuestiones relativas a la legislación aplicable y la competencia en asuntos matrimoniales.

En tal sentido y a través de distintas hipótesis, se puso de relieve las deficiencias que la situación actual presenta cuando una pareja "internacional" quiere divorciarse. Las normas de competencia del citado Reglamento permiten a los cónyuges elegir entre siete foros alternativos de competencia judicial internacional: residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; última residencia habitual del matrimonio, si uno de los cónyuges todavía reside allí; residencia habitual del demandado; residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, en el caso de demanda conjunta; residencia habitual del demandante en dos supuestos: si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda; o bien al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda siempre que sea nacional de ese Estado miembro o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su "domicile"; y el de la nacionalidad común de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido e Irlanda del "domicili" común²⁵.

Si bien esta solución incrementa las posibilidades de lograr la disolución del matrimonio, fomenta "espectacularmente el *Forum Shopping*, ya que las normas de conflicto sobre divorcio son diferentes en cada Estado miembro"²⁶. Asimismo, la variedad de foros alternativos que conlleva la pluralidad de leyes que concurren en la decisión de disolubilidad del vínculo, dificulta una respuesta que garantice la seguridad jurídica, la previsibilidad y la autonomía de los cónyuges. De allí que se exprese que "Una vez incoado un proceso de divorcio ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, la legislación aplicable se determina de conformidad con las normas nacionales de conflicto de leyes de ese Estado. Entre las normas nacionales de conflicto de leyes hay acusadas diferencias.

La conjunción de la diversidad de normas de conflicto de leyes con las actuales normas de competencia puede suscitar una serie de problemas en el contexto de los divorcios "internacionales". Aparte de la falta de seguridad jurídica y de flexibilidad, la situación actual puede también abocar a resultados que no correspondan a las legítimas expectativas de los ciudadanos. Por otra parte, los ciudadanos de la Comunidad que son residentes en un tercer Estado pueden enfrentarse a dificultades a la hora

²⁴ Hecho que se produjo el 14 de marzo de 2005.

²⁵ La competencia judicial internacional establecida por el Reglamento puede verse en FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS/SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Derecho Internacional Privado*, Tercera Edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 366/371.

²⁶ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS/CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho Internacional Privado* (Directores), Vol. II, Décima Edición, Ed. Comares, Granada 2009, pág. 162.

de encontrar el órgano jurisdiccional competente en materia de divorcio y lograr que una sentencia de divorcio dictada por un órgano jurisdiccional de un tercer Estado sea reconocida en sus respectivos Estados miembros de origen”.

Como continuación del Libro Verde, la Comisión Europea se propone establecer un marco jurídico claro y completo en materia matrimonial por lo que se refiere a la seguridad jurídica, la previsibilidad, la flexibilidad y el acceso a la justicia. A tal efecto, se elabora la Propuesta de Reglamento del Consejo, de 17 de julio de 2006, mediante el cual se modifica el Reglamento (CE) N° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial [COM (2006) 399 final - no publicada en el Diario Oficial]. Entre otras cosas, la propuesta prevé:

- ✓ normas armonizadas sobre conflicto de leyes en materia de divorcio y separación, lo que permitirá a los cónyuges saber qué legislación se aplicará a su procedimiento matrimonial;
- ✓ cierta autonomía de las partes, que pueden elegir en algunas condiciones la legislación aplicable y la jurisdicción competente en un procedimiento de divorcio o separación.

d) Reglamento (CE) N° 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos

El instrumento comunitario contempla las demandas transfronterizas de pensión alimenticia derivadas de las relaciones familiares que, según ha sido expresado, quedan fuera del marco de aplicación de Reglamento Bruselas II bis. Se aplica a las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones familiares, parentesco y matrimonio o afinidad. Razón por la que sustituye las disposiciones en materia de obligaciones de alimentos del Reglamento (CE) N° 44/2001 relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y al Reglamento (CE) N° 805/2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, excepto para aquéllos relativos a obligaciones de alimentos emitidas por Estados miembros no vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007. Conviene precisar que el Reglamento será de aplicación a partir del 18 de junio de 2011, siempre que el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias esté ya en vigor en la Comunidad.

El Capítulo IV establece una distinción entre los Estados miembros que están vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 y los que no lo

están (art. 16). Las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos dictadas por un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007, deben ser reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario procedimiento especial alguno (art. 23). Se establece la ejecutabilidad de las resoluciones en otro Estado miembro una vez que, a instancia de cualquier parte interesada, se haya otorgado su ejecución en este último (art.26).

Los motivos de denegación del reconocimiento de una resolución, guardan similitud con los previstos en el Reglamento (CE) no 44/2001. De tal modo, su reconocimiento y fuerza ejecutiva deberán ser denegados si:

- ✓ el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en el que se solicita el mismo;
- ✓ se dictó en ausencia del demandado debido a que no se le notificó el procedimiento con suficiente antelación y de manera tal que pudiera organizar su defensa, a menos que el demandado, habiendo podido recurrir la resolución, hubiera optado por no hacerlo;
- ✓ es incompatible con una resolución dictada respecto a un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro en el que se solicita el reconocimiento;
- ✓ es incompatible con una resolución anterior de un litigio entre las mismas partes por el mismo objeto y la misma causa en otro Estado miembro o en un Estado tercero (art. 24).

Si la resolución es dictada por un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, su reconocimiento no podrá impugnarse, no podrá ser sometida a otorgamiento de ejecución alguno (supresión del *exequatur*), ni será objeto de revisión en cuanto al fondo. A instancia del deudor, la autoridad competente del Estado miembro de ejecución denegará la ejecución total o parcial de la resolución por los motivos previstos en el art. 21.

El reconocimiento y la ejecución de tal resolución no implicarán en modo alguno el reconocimiento de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad en que se basa la obligación de alimentos que dio origen a la resolución (art. 22).

e) Reglamento 664/2009

El carácter exclusivo de la competencia externa de la Comunidad para entablar negociaciones oficiales y celebrar acuerdos internacionales con terceros países y el criterio restrictivo adoptado en lo relativo a la posibilidad de autorizar a los Estados miembros la negociación y celebra-

ción de tales acuerdos en el ámbito de la cooperación judicial civil, se ha traducido en la aprobación del Reglamento 664/2009²⁷. Este instrumento establece un procedimiento para que la Comunidad pueda autorizar la negociación y celebración de convenios internacionales entre Estados miembros de la UE y terceros países sobre las materias reguladas en el Reglamento Bruselas II bis y en el Reglamento 4/2009. El procedimiento incluye la notificación a la Comisión por cualquier Estado miembro de su intención de iniciar negociaciones para modificar un acuerdo bilateral o regional ya existente o celebrar un nuevo acuerdo de ese tipo que entre en el ámbito de aplicación del correspondiente Reglamento, antes del inicio de las negociaciones oficiales (arts. 2º y 3º, respectivamente).

La autorización para iniciar tales negociaciones oficiales, está subordinada a la comprobación de que no esté previsto en los próximos veinticuatro meses un mandato de negociación para la celebración de un acuerdo comunitario sobre la misma materia con el tercer país de que se trate, así como a la evaluación por la Comisión de que se cumplen tres condiciones: a) que el Estado miembro acredite su particular interés en celebrar el acuerdo debido a sus vínculos económicos, geográficos, culturales, históricos, sociales o políticos con ese tercer país; b) que el acuerdo previsto no prive de eficacia al Derecho comunitario ni socave el buen funcionamiento del sistema por él establecido, en particular, por los instrumentos adoptados en el ámbito de la cooperación judicial civil en la materia correspondiente; y c) que el acuerdo previsto no atente contra el objeto y la finalidad de la política de relaciones exteriores de la Comunidad (art. 4º). La Comisión autorizará al Estado miembro a iniciar las negociaciones oficiales sobre el acuerdo internacional si cumple con dichas condiciones, pudiendo proponer directrices de negociación y pedir la inclusión de determinadas cláusulas. Asimismo, se prevé necesariamente la inclusión de una cláusula que contemple la denuncia del acuerdo o la sustitución directa de las disposiciones pertinentes del mismo en caso de celebración de un acuerdo posterior sobre la misma materia entre la Comunidad y ese tercer país (art. 5º). La Comisión podrá participar como observadora en las negociaciones entre el Estado miembro y el tercer país (art. 7º). Tras la notificación por el correspondiente Estado miembro del resultado de las negociaciones y el texto del acuerdo alcanzado, la Comisión autorizará al Estado miembro a celebrar el acuerdo si se cumplen las condiciones y requisitos establecidos por los citados arts. 4º y 5º (art. 8º)²⁸.

²⁷ Publicado el 31 de julio en el DOUE.

²⁸ El comentario a los Reglamentos 662/2009 y 664/2009 puede verse en DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO, "Cooperación judicial civil en la UE y convenios con terceros Estados", INTERNET/CONTENT. I E 5 \ JXAMIFGD \ MHT MARTES 1 DE SEPTIEMBRE DE 2009.

II. Reflexiones finales

El Tratado de Lisboa mejora la capacidad de la UE para abordar cuestiones que hoy día son prioritarias para el espacio común europeo y sus ciudadanos. Es el caso de la actuación en el campo de la justicia, la libertad y la seguridad, cuyo objetivo es garantizar la libre circulación de personas.

Los ciudadanos aprovechan cada vez más los beneficios del mercado interior trasladándose a otro Estado miembro por razones profesionales, incrementándose así los matrimonios y las familias se forman entre las personas de los distintos Estados miembros.

El Tratado de Lisboa garantiza las libertades y los principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales, cuyas disposiciones son jurídicamente vinculantes. La Carta contiene, además, derechos civiles, políticos, económicos y sociales.

La Unión Europea se ha fijado el objetivo claro de crear un verdadero espacio judicial, donde las decisiones adoptadas en los procesos transfronterizos relacionados con divorcios, separaciones, custodia de hijos y pago de pensiones alimenticias en un Estado miembro sean reconocidas y ejecutadas en los demás.

La consolidación de la cooperación judicial en materia civil, se asienta en los Reglamentos (obligatorios y directamente aplicables) que tienden a resguardar el delicado equilibrio de la relación familiar, muy marcado por las diferentes tradiciones jurídicas y culturales de los Estados miembros. Así lo señala el Preámbulo del Tratado de Lisboa al confirmar el deseo de acrecentar la solidaridad entre sus pueblos, dentro del respeto de su historia, de su cultura y de sus tradiciones.

Es importante subrayar las consecuencias derivadas de la comunitarización de la materia civil, que se traduce en la atribución de la competencia al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para conocer de cuestiones prejudiciales vinculadas a la interpretación de este ámbito material.

La concesión de la personalidad jurídica a la Unión Europea tiene la virtud de fortalecer su poder de negociación, convirtiéndola en una eficaz protagonista para otros países y organizaciones internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA JUNCO, ANA PALOMA, "Separación matrimonial y disolución del matrimonio", en Derecho internacional privado, Volumen II, UNED, Madrid, 2010.

ÁLVAREZ RUBIO, JUAN JOSÉ, "El tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia", Revista Electrónica de Estudios Internacionales (2008), www.reei.org.

ARENAS GARCÍA, RAFAEL, Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español, Universidad de Santiago de Compostela 2004.

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS/CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho Internacional Privado* (Directores), Vol. II, Décima Edición, Ed. Comares, Granada 2009.

CARO GÁNDARA, Rocío, “Ámbito de aplicación y reglas de competencia del Reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, V. 2005, pp 391/412.

COBO SÁENZ, JOSÉ FRANCISCO, “El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, documentos públicos y acuerdos entre las partes con fuerza ejecutiva”, en el Reglamento CE N° 2201/2003 (Bruselas II), relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea*, Estudios de Derecho Judicial 74-2005, Madrid, págs. 51/100.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, “Cooperación judicial civil en la UE y convenios con terceros Estados”, INTERNET/CONTENT. I E 5 \ XAMIFGD \ MHT MARTES 1 DE SEPTIEMBRE DE 2009.

ESPINAR VICENTE, JOSÉ MARÍA, *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Alcalá, Servicios de Publicaciones, 2008.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS/SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Derecho Internacional Privado*, Tercera Edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ VICENTE, PILAR, “El Reglamento (CE) 2201/2003: el alcance del reconocimiento mutuo de las decisiones sobre el derecho de visita y secuestro de menores”, *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea*, Estudios de Derecho Judicial 74-2005, Madrid, págs. 103/140.

MOLINA DEL POZO, CARLOS, *La Constitución Europea. Estudio introductorio*, Editorial universitaria Ramón Areces, España, 2005.

MORENO GRAU, JOAQUÍN, “Tratado de Lisboa y la cooperación judicial internacional en materia civil”, 14/12/2009, ver http://www.legaltoday.com/practica-juridica/supranacional/d_ue/tratado-de-lisboa-y-cooperacin-civil.

OREJA AGUIRRE, MARCELINO, (Director), *El Tratado de Ámsterdam- Análisis y comentarios*, Vol. I, Ed. Mc Graw Hill, Madrid 1998.

PUIG BLANES, FRANCISCO DE PAULA, “Competencia judicial y foros de competencia en el Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el reglamento (CE) N° 1347/2000”, en *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea*, Estudios de Derecho Judicial 74-2005, Madrid, págs. 25/30.



SECCIÓN III

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO,
RELACIONES INTERNACIONALES
E INTEGRACIÓN REGIONAL

LA INCIDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO ARGENTINO: EL CASO KIMEL

*Esther Susana Borgarello**

*Carlos A. Juárez Centeno***

Resumen: El nuevo escenario internacional produce lo que se ha dado en caracterizar como la globalización del derecho, especialmente en el ámbito de los derechos humanos. En este contexto se analiza la incidencia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos en el derecho interno de nuestro país en aspectos relacionados con el derecho a la información.

Este escenario genera tensión entre la lógica estatal, con su rasgo de afirmación de la soberanía y monopolio en la creación de jurisdicción doméstica, con la doctrina de los derechos humanos del derecho internacional que consecuentemente conduce hacia una globalización jurídica en estos temas. A partir de este dato, el presente trabajo indaga concretamente en los efectos que produce la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los pronunciamientos de la Corte Interamericana en la jurisprudencia y legislación argentina.

Palabras Clave: Derechos Humanos – Sistema Interamericano de Derechos Humanos – Libertad de Expresión - Derecho Interno – Escenario Internacional – Delitos contra el honor.

1. Introducción

La comunidad internacional vive nuevos tiempos, el fenómeno globalizador que día a día avanza muestra un escenario en el que la integración e interdependencia es una constante y diluye aquel escenario westfaliano que imperó desde 1648 hasta mediados del siglo pasado. Estas transformaciones se proyectan también al campo del derecho interna-

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales; Profesora Titular por concurso en la Escuela de Ciencias de la Información de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC; Categorizada 2 en el Sistema de Incentivos; Directora del Departamento de Estudios Básicos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. sb5870@gmail.com.

** Abogado; Especialista en Ciencia Política y Derecho Constitucional; Especialista en Derechos Humanos; Diploma de Altos Estudios Internacionales; Profesor Titular por concurso del Área de Estudios Internacionales del Centro de Estudios Avanzados de la UNC; Director de la Maestría en Relaciones Internacionales del CEA-UNC; Categoriado 1 en el Sistema de Incentivos. cjuarezcenteno@gmail.com

cional que debe adaptarse a esas nuevas dimensiones que le demanda el proceso de internacionalización. En el marco de este mundo cada vez más globalizado, el Derecho Internacional abarca cada vez más campos, que hasta ahora sólo eran regulados por el derecho interno de los Estados. Puede observarse, por lo tanto, un progresivo proceso de mundialización del Derecho, proceso que tuvo en el ámbito de los derechos humanos una de sus primeras vertientes.

A partir de la última mitad de siglo pasado, el reconocimiento —así como los sistemas de protección— dieron lugar a distintos instrumentos e instituciones universales y regionales, como por ejemplo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que es el que opera en el ámbito del continente americano.

Esta nota distintiva del escenario internacional contemporáneo de las últimas décadas es lo que la Teoría de las Relaciones Internacionales ha denominado como regímenes internacionales, que se definen como el conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos para la toma de decisiones que rige el comportamiento de los Estados en un área de la política internacional¹. Constituyen una clase primordial de instituciones internacionales, junto con los organismos internacionales. Son órdenes internacionales parciales, creados *ex profeso* con un alcance que puede ser regional o mundial. Existen en todos los ámbitos de la política mundial contemporánea: así por ejemplo en el de seguridad (como el de no proliferación), económicos, ambientales y de derechos humanos (como el surgido a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos)

El régimen contemporáneo de derechos humanos consiste en instituciones y convenios globales, regionales y nacionales que se superponen.

En su manifestación más global, los derechos humanos están firmemente arraigados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en varios convenios adoptados predominantemente en las décadas de los '60 y '70. En 1966 se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el de Derechos Civiles y Políticos, si bien es cierto que ambos documentos recién entran en vigor en 1976². A fines de la década de los setenta, en 1979 se elabora la Convención

¹ HASENCLEVER, ANDREAS; MAYER, PETER y RITTBERGER, VOLKER. "Las Teorías de los regímenes internacionales: situación actual y propuestas para una síntesis". En: *Foro Internacional*. N° 158, 1999, pág. 499.

² Ambos Pactos son adoptados por Resolución 2200 de la Asamblea General de Naciones Unidas, el día 19 de diciembre de 1966. El primero entra en vigor el 30 de enero de 1976, y el segundo el 23 de marzo de igual año. El *protocolo facultativo* de este último, le otorga al *Comité de Derechos Humanos* la facultad de recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones a los derechos consagrados en el Pacto.

sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y ya en los '80, la de los Derechos del Niño. La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas se encargaba, durante ese entonces, de supervisar el sistema y de atraer la atención del Consejo de Seguridad hacia los abusos persistentes. Funciones que, a partir de 2006 competen al Consejo de Derechos Humanos. También puede señalarse que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se encarga de la supervisión del área de los derechos de los trabajadores, si bien es cierto que ésta tiene un origen casi paralelo al surgimiento de la ONU, erigiéndose en su primera agencia especializada, en 1946. Por último, merece señalarse a las distintas conferencias que sobre distintos aspectos de los derechos humanos se organizaron en la década de los '90³.

Es importante destacar que en la actualidad, aproximadamente son 150 Estados —de un total de 192— los que han ratificado cada uno de los Convenios principales de Derechos Humanos del sistema de Naciones Unidas. Y un creciente número de ellos aceptan las obligaciones generales de protección y provisión, así como de restricción, en sus propios procedimientos y prácticas. Si bien es cierto que muchos de estos compromisos muy rara vez están respaldados por los poderes coercitivos de ejecución, las demandas de los nuevos regímenes internacionales de derechos humanos, tanto informales como formales, han creado un sinnúmero de grupos, movimientos, agencias, letrados y activistas, todos ellos nuevos actores internacionales que persiguen la adaptación de las jurisdicciones domésticas nacionales a los parámetros de dichos regímenes que son parte integrante del derecho internacional de los derechos humanos. Este es otro dato, otro ingrediente que muestran ese gradual cambio y surgimiento de actores en el escenario internacional de los últimos tiempos.

Como se expresara, en la mayor parte de las regiones del mundo hay una estructura y una maquinaria legal equivalentes al sistema protectorio mundial. Así podemos citar como ejemplos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Funda-

³ La Cumbre Mundial de la Infancia de 1990, en Nueva York; la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente de 1992, en Río de Janeiro; la de Derechos Humanos en Viena en 1993; la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, realizada en El Cairo en 1994; las de Desarrollo Social en Copenhague y la de Derechos de la Mujer en Pekín, ambas de 1995; la de Asentamientos Urbanos en Estambul y la de Alimentación en Roma, ambas de 1996. Por último, la Conferencia Mundial contra el Racismo, realizada en Durban, en 1999. Toda esta diplomacia de las “megaconferencias”, como Salvioli la ha calificado, presagiaban un cambio en la problemática en los primeros años de la post-Guerra Fría. Parecía que los derechos humanos se instalarían definitivamente en la agenda de las relaciones internacionales y también en la de sus actores principales, los Estados. La teoría y la práctica de la disciplina se encaminaba en ese sentido.

mentales del 4 de noviembre de 1950,⁴ La Declaración Americana (1948) y la Convención Americana de Derechos Humanos, vulgarmente conocida como Pacto de San José de Costa Rica, firmada en 1969 aunque entrada en vigor a partir de 1978⁵. Por su parte, la Carta de Banjul, en el continente africano, da génesis a su propio sistema de protección regional.

Estos regímenes regionales, especialmente el europeo —el más avanzado y revolucionario de todos— pero también el americano —por la práctica y la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte que se observa en los últimos años— muestran que los Estados firmantes ya no son libres de tratar a sus propios ciudadanos como crean que es apropiado, al estar obligados por los mecanismos propios de cada régimen internacional regional de protección. Se evidencia, por tanto, un cambio gradual en la protección de los derechos humanos que genera un alejamiento del principio que la soberanía del Estado debe salvaguardarse sin importar las implicancias en los individuos, grupos y organizaciones. El respeto de la autonomía de sujeto —individuo/ciudadano— y de una extensa gama de derechos humanos crea una nueva serie de principios ordenadores de los asuntos políticos, que puede delimitar y reducir el principio del poder efectivo del Estado.

2. La Convención Americana de Derechos Humanos y el Derecho a la Información

Quienes están bajo la protección de la Convención Interamericana de Derechos Humanos tienen un plexo de derechos y garantía consagrados. Entre todos ellos es interesante destacar lo que desde el ordenamiento jurídico internacional ha dado en denominarse como el *derecho a la información*, construcción jurídica superadora de la tradicional libertad de expresión⁶.

Se ha seleccionado este derecho debido a que su consagración ha tenido su génesis en el ámbito internacional (desde la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en forma embrionaria hasta

⁴ Su entrada en vigor es el 3 de septiembre de 1953.

⁵ El 18 de julio de ese año, cuando Grenada se constituyó en el onceavo Estado parte en depositar el respectivo documento de ratificación o adhesión, cumplimentando así lo establecido por el artículo 21, inciso 3 de ese documento internacional.

⁶ El concepto de libertad de expresión corresponde al constitucionalismo clásico o liberal, mientras que el de Derecho a la Información se genera a partir de 1948, con la recepción en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 19). La libertad de expresión sólo se ocupa de la garantía de difundir información o todo tipo de expresiones, propia del constitucionalismo liberal decimonónico, en tanto que el derecho a la información consiste en *difundir, recibir y buscar información* de toda índole, consagrando como titular del mismo al sujeto universal y no sólo comprensivo del propietario de los medios o de los trabajadores de los mismos. De todos modos, son expresiones que junto con libertad de prensa y de imprenta suelen usarse indistintamente.

su estructuración definitiva en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos del sistema de ONU, para inmediatamente consagrarse en el Convenio protectorio de la región americana: art. 13, ap. 1). A partir de la consagración en el derecho internacional de los derechos humanos, luego se logra o proyecta a los ordenamientos jurídicos internos, produciendo la tensión entre el ordenamiento interno y el internacional. Este derecho humano universal consiste en el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. De allí que tenga tanto una dimensión individual como social. Requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; asimismo implica, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Su importancia radica en la impronta que la comunicación y la información han alcanzado en el mundo contemporáneo. Tan es así que se caracteriza a las sociedades actuales como *sociedades de la información* (Mallart, Castells). Por otra parte, los medios y la comunicación se han convertido en uno de los rasgos característicos de este mundo globalizado.

En las últimas décadas, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a través de la labor de sus dos órganos protectores (La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos) han producido informes y sentencias relacionadas con casos llevados por ciudadanos de la región en los que se pretendía el *aggiornamento* del derecho interno de sus respectivos países respecto al consagrado a nivel regional, en materia de derecho a la información. Chile, Paraguay, Costa Rica y Argentina han sido los *leading case*, y en el caso argentino se han generado sentencias en el ámbito interno que recaban esa otra jurisprudencia regional para actualizar lo que la jurisdicción doméstica no protege produciendo importantes cambios legislativos.

3. Incidencia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos en el derecho interno en materia de información o libertad de expresión.

El nuevo escenario internacional produce lo que se ha dado en caracterizar como la globalización del derecho, especialmente en el ámbito de los derechos humanos. En este contexto se observa la incidencia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, con especial énfasis en el derecho de la información, en el derecho interno.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que quienes están bajo la protección de la Convención tie-

nen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Esta jurisprudencia ha sido sentada en los casos Kimel de 2009, que es el más reciente pero también se encuentra en otros anteriores tales como el caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile de 2001, más conocido como “La Última Tentación de Cristo”; Caso Ivcher Bronstein de 1999; Caso Herrera Ulloa de 2001, Caso Ricardo Canese de 2004 y Caso Palamara Iribarne de 2005.

Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Sin embargo, no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

Por su parte, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección. La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Estos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad.

Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas.

4. El sistema americano frente al derecho a la información y su influencia en el derecho argentino

El sistema americano ha tenido profunda influencia en el ordenamiento jurídico argentino en materia de derecho de la información en aspectos que hacen al derecho respuesta o rectificación y a delitos contra el honor como el desacato y las calumnias e injurias. Así es como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derecho de rectificación o de respuesta, se modifica a partir de Edmekdjian c/Sofovich (1992). Asimismo, el caso Verbitsky (1994) y el Caso Kimel (2008) —de este último se desprenden los casos: Daniel Alberto Bravo contra Myriam Esther Vallejos por “calumnias e injurias” resuelto por el tribunal de Necochea el 26 de septiembre de 2008— “F, J. M. s/ incidente de excepción de falta de acción” resuelto por la Cámara Nacional del Crimen el 9 de marzo de 2009; y el caso del periódico La Arena: Stella Maris García contra Saúl Santesteban (director), Leonardo Santesteban (secretario de redacción) y Juan José Reyes (columnista) del mencionado periódico, en mayo de 2009, muestra la citada influencia no sólo en materia jurisprudencial sino que ha producido un reordenamiento jurídico en lo que hace a la modificación del Código Penal en materia de delitos contra el honor (desacato - injurias y calumnias) cuando se confrontan con la libertad de expresión y el derecho a la información que la Convención Americana consagra.

4.1. Caso Kimel vs Argentina

4.1.1. Los hechos

En 1999 el periodista Eduardo Kimel fue condenado por la Corte Suprema de Justicia a un año de prisión en suspenso y al pago indemnizatorio, que nunca se efectivizó, de veinte mil pesos por el delito de calumnias e injurias a raíz de la crítica realizada en su libro “La Masacre de San Patricio” al desempeño del juez Guillermo Rivarola en la causa en la que se investigaba el asesinato de cinco religiosos en julio de 1976 en la iglesia San Patricio, en plena dictadura militar. Rivarola, a cargo de la investigación de esa causa entre los años 1976 y 1977, consideró que el libro elaborado por Kimel, tenía “imputaciones deshonorosas” en su contra, razón por la cual inició juicio al periodista. Para ello se amparó en la figura de delito penal de calumnia tal como se encontraba previsto en el Código Penal en el artículo 109 y que establecía que “la falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública será reprimida con prisión de uno a tres años”⁷.

⁷ Código Penal de la República Argentina. La redacción citada corresponde al tipo penal antes de la reforma. La comparación de la normativa anterior y la modificada se transcribe en el presente trabajo en ANEXO.

Por su parte, el delito de injurias significa la “deshonra o desacreditación de otro”, y según lo prescribe el artículo 110 del mismo Código, está penado “con hasta noventa mil pesos o prisión de un mes a un año”⁸. Asimismo, la normativa penal argentina expresaba que quien deba defenderse de la acusación de injurias, tendrá que probar la verdad de la imputación que realizó y si esta tenía como objetivo “defender o garantizar un interés público actual; o si el hecho atribuido hubiere dado lugar a un proceso penal”, según lo establece el artículo 111.

En diciembre de 2000, el “Centro de Estudios Legales y Sociales CELS” y el “Centro para la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL” (“los peticionarios”) presentan denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado Argentino en razón de la condena —expresada supra— a un año de prisión en suspenso y al pago de una indemnización de veinte mil pesos dictada en contra del periodista Eduardo Kimel. Se alega que el Estado ha violado los derechos a las garantías judiciales y a la libertad de expresión en relación con las obligaciones generales de respeto y garantía, y de adecuación de la legislación interna, consagrados en los artículos 8º, 13, 1 (1) y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El 30 de julio de 2001 el Estado presentó una comunicación a la CIDH remitiendo copia de un proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación, con el propósito de reformar las disposiciones contenidas en los Códigos Civil y Penal de la Nación en relación a los delitos de injurias y calumnias, para adaptarlas al propósito y fin de la Convención Americana. Dicha comunicación fue transmitida a los peticionarios el 16 de agosto de 2001. En noviembre de 2002 los peticionarios solicitan a la Comisión que se declarara la admisibilidad de la denuncia en favor del Sr. Kimel, en virtud de vencer los plazos establecidos para la modificación del código. En noviembre de 2003 la Comisión informó a las partes que daba por concluido el proceso de solución amistosa, en vista de la falta de resultados en el mismo, otorgándoles el plazo de un mes para que presentaran sus observaciones adicionales. Los peticionarios reiterando su solicitud de que se declarara admisible el caso alegan que el Estado ha incumplido con sus obligaciones bajo el Artículo 2º de la Convención Americana, al aplicar en este caso particular los artículos 109 y 110 del Código Penal de la Nación que penalizan las manifestaciones o expresiones críticas relativas a funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, de manera similar a las leyes de desacato ya derogadas en el país, mientras que Argentina no contestó. La Comisión establece que tiene competencia *ratione loci* para conocer la petición, por cuanto en ella se alegan viola-

⁸ Idem, T.O Ley 24286.

ciones de derechos protegidos en la Convención Americana que habrían tenido lugar dentro del territorio de un Estado parte en dicho tratado. Pasa así a la Corte Interamericana para sentenciar al respecto.

4.1.2. Resolución de la Corte Interamericana

El Alto Tribunal internacional a nueve años de que la Corte Suprema de Justicia condenara al periodista Eduardo Kimel a un año de prisión en suspenso por los delitos de calumnias e injurias le ordenó al estado argentino que adecue su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación a garantizar la libertad de expresión. Esto es, ordenó al Estado una reforma legal de los delitos de calumnias e injurias, y de las normas del Código Civil en orden a su redacción y mejora de la “precisión” de las normas ya que afectan al “principio de legalidad penal”. El juez integrante de la Corte, Diego García Sayán, calificó en su voto a la “injusta sanción penal” que dispuso la Justicia argentina contra el periodista como el “aspecto medular de la responsabilidad internacional del Estado en este caso”. Según su visión, el lenguaje que utilizó Kimel en su libro “La masacre de San Patricio”, no produce una crítica hacia la vida personal del juez Guillermo Rivarola, que fue quien lo demandó, sino que se refiere al trabajo realizado por el magistrado en la causa judicial en la que estaba a cargo. Otro integrante del Tribunal internacional, Sergio García Ramírez, propuso otros medios que no tuvieran que ver con la vía penal, para sancionar aquellas situaciones en las que se haya incurrido en el delito de calumnias e injurias. “Basta con poner en movimiento reacciones jurídicas de distinta naturaleza: administrativas y civiles... la sentencia civil condenatoria constituye, de suyo, una declaración de ilicitud no menos enfática y eficaz que la condena penal”.

La Corte Interamericana señaló que la falta de exactitud de los artículos que tipifican los delitos en cuestión, “da vía libre para que los tribunales argentinos fallen con criterios discrecionales, fomentado el dictado de numerosas sentencias violatorias a la libertad de expresión”. “La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad”. A su vez le ordenó que deje sin efecto la condena que pesaba sobre el periodista Eduardo Kimel así como el pago de una indemnización en concepto de daño material e inmaterial —con diez mil dólares—, eliminar el nombre de Kimel de aquellos registros públicos en que figure con antecedentes penales y realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad en la causa, en el plazo de seis

meses ya que consideró que la sentencia del Máximo Tribunal argentino avalaba la “violación a la libertad de expresión”⁹.

4.2. Casos resueltos por los tribunales argentinos a partir de Kimel y antes de la reforma

El caso Bravo contra Vallejos se erigió en el primer antecedente al respecto. En Necochea, el 26 de septiembre de 2008 se resuelve la querrela que por “calumnias e injurias” promueve el señor Daniel Alberto Bravo contra la señora Myriam Esther Vallejos. Y allí el tribunal señala que el 2 de mayo de 2008 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dictó sentencia en el caso “Kimel vs Argentina”, donde, estableció que los tipos penales previstos en los artículos 109 y 110 del Código Penal no respetan el principio de legalidad. El caso se resuelve declarando la anti-convencionalidad de la norma en cuestión.

Otro caso a citar es el de “**F., J. M. s/ incidente de excepción de falta de acción**”, resuelto por la Cámara Nacional Criminal y correccional el 9 de marzo de 2009. Argumenta la falta de acción en la causa incoada por aplicación del caso Kimel

Finalmente se puede citar el caso **La Arena de Santa Rosa, La Pampa. Stella Maris García contra Reyes Juan, Santiesteban Leonardo y Santiesteban Saul, de junio de 2009**¹⁰. En esta causa el juez Miguel Angel Vagge sobresee a los periodistas Saúl Santesteban (director), Leonardo Santesteban (secretario de redacción) y Juan José Reyes (columnista) de La Arena. Lo realiza aceptando una solicitud del abogado defensor, Alberto José Acosta, para que se decrete la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad de los artículos 109 y 110 del Código Penal, conforme lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Kimel”.

Este fallo tiene su origen en la querrela entablada por Stella Maris García junto a una demanda civil por daños y perjuicios, por sentirse agraviada por los dichos en un artículo periodístico realizado por Juan José Reyes publicado en enero de 2005. En el mismo se cuestionaba la vinculación de la fundación “Nuestros Pibes” que se hace cargo del instituto de menores Ipsesa, para lo cual se construyó un edificio especial, en terrenos que esa entidad donó al Estado provincial, pero dicho inmueble estaría hipotecado a favor de la provincia en razón de un crédito que la fundación había tomado para un emprendimiento económico. La entidad comenzó

⁹ En: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf, puede encontrarse el texto completo de la sentencia del tribunal interamericano.

¹⁰ Ver <http://www.diariouno.com.ar/edimpresa/2009/06/07/nota214873.html>.
http://www.lacapital.com.ar/ed_impresa/2009/6/edicion_228/contenidos/noticia_5720.html.

así a percibir decenas de miles de pesos por mes para gerenciar la institución estatal (830.000 pesos al cabo de un año), dato que el artículo conectaba con la anterior donación.

Durante el trámite de la causa se dictó el fallo “Kimel”. En razón de ello y a la jurisprudencia que se había generado a partir del mismo —a los que ya se ha hecho mención— es que el juez concordó “con el planteo formulado por la defensa de los co-querellados, Dr. Alberto José Acosta, en cuanto a que los artículos 109 y 110 del Código Penal resultan inaplicables por violar el principio de legalidad”, ya que “en dichos tipos penales no existe un parámetro objetivo para que una persona pueda medir y predecir la posible ilicitud de sus expresiones, sino que ello se remite a un juicio de valor subjetivo del juzgador”¹¹.

Por ende se negó a aplicar esos artículos ya que lo contrario “implicaría el juzgamiento en base de tipos penales que han sido declarados anticonvencionales y que el propio Estado argentino así lo ha reconocido”, aceptando la obligación de corregir el Código Penal “para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afectar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.

El fallo es vinculante y obliga al Estado Argentino a obrar en consecuencia” ya que la Convención de Viena “establece que no puede invocarse ninguna norma de derecho interno para infringir una convención internacional”.

Asimismo el juez señala que “es de suma importancia destacar que en una democracia constitucional los principios de transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad política constituyen la contrapartida necesaria de un gobierno representativo, en la que los ciudadanos puedan controlar los actos de quienes ejercen el gobierno. Va de suyo, por ello, que con el fin de que los ciudadanos puedan ejercer dicho control, la libertad de información es una libertad social claramente asociado al derecho a la libertad de expresión protegida por nuestra Constitución Nacional y los instrumentos internacionales incorporados a nuestra Carta Magna”¹².

4.3. Reforma legislativa de los tipos penales de calumnias e injurias. Ley 26.551¹³.

A raíz de lo sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Poder Ejecutivo Nacional promueve la modificación del Código Penal en materia de delitos contra el honor enviando un Proyecto de Ley al Poder Legislativo, promulgado finalmente como Ley de la Nación el

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ Ver Anexo.

26 de noviembre de 2009. En dicha modificación se reformulan las sanciones por cuanto la pena privativa de la libertad es reemplazada por multa, amparándose especialmente la difusión de información relacionada con asuntos de interés público y aquellas expresiones que no sean asertivas o que su contenido se atribuya sustancialmente fiel a la fuente pertinente.

4.4. La primera causa aplicando la normativa reformada del Código Penal

Es la causa N° 1962 /09 “K., D. G. s/ desestimación” resuelta el primero de febrero de 2010, y en la que es importante destacar los dichos del juez Julio Marcelo Lucini¹⁴ que aplica el principio de retroactividad de la norma más benigna. Por cuanto la reforma legislativa de los tipos penales de calumnias e injurias promulgada el 26 de noviembre de 2009 modifica y restringe los supuestos abarcados por los artículos 109 y 110 del Código Penal, consignándose que en ningún caso configurarán delito “...las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas” y “... tampoco (...) los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público” (confr. artículos 1° y 2° de la ley 26.551).

Si bien esta norma no se hallaba vigente al momento de los sucesos tratados en la causa, debe aplicarse retroactivamente ya que se trata de una ley más benigna (artículo 2° del Código Penal). La conducta que habría desplegado el querellado no configura una acción típica, a la luz de la nueva legislación que rige en la materia, toda vez que los comentarios presuntamente lesivos realizados contra el querellante, vinculados a su desempeño como director del Hospital, resultan actividades que constituyen asuntos de interés público. En igual sentido y con antelación a la modificación legal operada, se había expedido la Corte Interamericana en el fallo “Kimel” de fecha 2 de mayo de 2008. En aquél caso se encontraban en juego los derechos a la libertad de expresión y al honor presuntamente violado y debe atenderse a los postulados del pronunciamiento mencionado desde la fecha en que fue dictado por el Tribunal internacional encargado de la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con jerarquía constitucional a partir de la reforma de nuestra Constitución Nacional en el año 1994 (art. 75, inc. 22).

Allí se expuso que: “respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrá-

¹⁴ Ver causa N° 1962 /09 “K., D. G. s/ desestimación”, voto del Juez Lucini. En: <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00017/00033562.Pdf>.

tica los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza...""en la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquéllas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas"¹⁵.

De este modo, se impone equiparar a la figura de trascendencia pública con la de un funcionario estatal con el diferente "umbral" de protección aludido.

En esta causa¹⁶ se desecha categóricamente la configuración de los delitos de calumnias e injurias cuando las expresiones atribuidas al acusado se refieran a asuntos de interés público o no sean asertivas. Puede observarse la primera de estas situaciones, pues se vincula con los dichos vertidos por un legislador de la Ciudad de Buenos Aires para criticar —si bien con fuertes expresiones— la designación de un funcionario público en la misma órbita estatal. Se pronuncia de tal modo por medio de manifestaciones vertidas en un reportaje periodístico, acudiendo a un pretérito desempeño del querellante vinculado con presuntas irregularidades que motivaran una investigación judicial y donde, en definitiva, se lo sobreseyera sin haber sido siquiera citado a prestar declaración, conforme dichos del propio acusador y copia de la resolución liberatoria.

En esta dirección cabe interpretar entonces que el querellado realizó expresiones acerca de un asunto de interés público, desde que se trata de su concepto referente al desenvolvimiento profesional del querellante en la órbita de un organismo dependiente de la comuna metropolitana, lo que las excluye del marco típico delineado para las figuras de calumnias e injurias actualmente en vigencia. No incide, al menos en la esfera del derecho penal, que la actuación de quien se considera agraviado haya sido materia de un pronunciamiento judicial que la considerara lícita, pues la crítica del reprochado, aun con los ácidos y mordaces ribetes que parece

¹⁵ El juez Lucini, en su voto, hace referencia a los párrafos 86 y 88 del caso Kimel vs Argentina, referenciado en nota 8.

¹⁶ Voto del Juez Carlos A. González en causa N° 1962 /09 "K., D. G. s/ desestimación". <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00017/00033562.Pdf>.

presentar no encuadra hoy, en razón de lo expuesto, dentro de la adecuación típica en las que se ha pretendido insertárselas. Por el contrario, la prohibición expresa de criminalización que consagran las normas contenidas en los reformados artículos 109 y 110 veda la persecución penal por manifestaciones de las características enunciadas cuando guardan relación con un asunto de interés público, como es el caso.

Es importante aquí destacar en la sentencia la forma en que se encarga de esclarecer el concepto de “interés público”¹⁷ y se destaca la vasta doctrina autorizada que se ha ocupado del tema. Especialmente se ocupa del tema el Juez Gonzáles, en su voto, al apoyarse en la doctrina y citar que: “...Debe trazarse una distinción en las ofensas entre sujetos privados y las de interés general...Las comprobaciones criminológicas sobre el funcionamiento del sistema penal pueden ser aplicadas solamente a los casos donde la expresión enjuiciada supera el conflicto interpersonal y se inscribe en un marco que interesa a los demás miembros de la comunidad...[De Luca “Libertad de prensa y delitos contra el honor: delitos contra el honor cometidos a través de la prensa”, 1a. edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 53]. Julio César Rivera (h) considera que “...aun cuando el que habla o escribe esté motivado por odio o mala voluntad, su expresión está protegida por la libertad de expresión, cuando se trata de cuestiones de interés público [...]...cabe señalar que tanto el funcionario público como la figura pública (vinculada a una cuestión de interés público) asumen voluntariamente una posición en donde se encuentran más expuestos a la crítica y a los ataques. No se puede ejercer un trabajo que implica la adopción de decisiones relacionadas con el bienestar de la sociedad y que afectan a... todos o gran parte de los ciudadanos y al mismo tiempo pretender estar exento de críticas y ataques por parte de aquellas personas que no están de acuerdo con las decisiones tomadas... [Rivera (h), Julio César, “El derecho de crítica en cuestiones de interés público y el delito de injurias”, publicado en La Ley Litoral, 01/01/2002, 1268]. Gil Lavedra y Alicia Cano en “Un paso positivo. Comentario a la ley 26.551”, plantean “...La importancia de la des-criminalización de las expresiones sobre asuntos de interés público obedece al peligro del cercenamiento del debate político con las consecuencias desfavorables que ello acarrea para el sistema democrático, en la necesidad de evitar la inhibición de la expresión por está protegida por la libertad de expresión, cuando se trata de cuestiones de interés público [...] ...cabe señalar que tanto el funcionario público como la figura pública (vinculada a una cuestión de interés público) asumen voluntariamente una posición en donde se encuentran más expuestos a la crítica y a los ataques. No se

¹⁷ *Ibidem*

puede ejercer un trabajo que implica la adopción de decisiones relacionadas con el bienestar de la sociedad y que afectan a... todos o gran parte de los ciudadanos y al mismo tiempo pretender estar exento de críticas y ataques por parte de aquellas personas que no están de acuerdo con las decisiones tomadas... (Gil Lavedra, Ricardo - Cano, Alicia, "Un paso positivo. Comentario a la ley 26.551", *La Ley*, Buenos Aires, 07/12/2009, pág. 1). Por lo tanto el interés público está vinculado con el buen funcionamiento del sistema democrático, el respeto a los principios y reglas de un estado de derecho, las garantías de los derechos individuales y colectivos, la intervención del ciudadano en los asuntos del quehacer público, y todo otro tema análogo que se relacione con estos tópicos. A ello parece haber atendido el legislador para limitar la censura en los asuntos que revisten estas particularidades, como lo es el supuesto bajo análisis en estas actuaciones. En síntesis, la nueva normativa consagra una prohibición expresa de criminalización para las conductas objetivamente ofensivas del honor cuando éstas se manifiesten con los fines y las formas especificadas en los reformados artículos 109 y 110 de la ley de fondo, sin perjuicio de las acciones que pueda intentar, quien se considera ofendido, en otra sede judicial¹⁸.

5. Conclusión

La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos han remarcado que si una ley resulta incompatible con la Convención, el Estado parte está obligado, de conformidad con el artículo 2º, a adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención. De allí que el Estado Argentino estaba obligado a reformular los delitos contra el honor tipificados en el Código Penal. El fundamento de la despenalización de las expresiones que se refieran a temas, asuntos o problemáticas de interés público reside en la importancia del debate público cuyo cercenamiento implicaría consecuencias negativas en un país que se precie democrático, por ello es de suma importancia que la libertad de expresión este tutelada enfáticamente cuando se trata de cuestiones de interés público.

La Ley 26.551, modificatoria del Código Penal de la República Argentina, si bien representa un avance en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Kimmel no completa lo resuelto ya que para ello también debería reformarse el Código Civil para evitar la utilización arbitraria y desproporcionada de las indemnizaciones pecuniarias que cercenan la libertad de expresión tanto de

¹⁸ *Ibidem*.

los Medios de Comunicación, como de los periodistas y de los ciudadanos en general.

Con todo, lo presentado en este trabajo es un análisis de casos en el que se observa la influencia del sistema protectorio regional a nivel continental de los derechos humanos en la jurisprudencia y en la legislación interna de uno de los Estados miembro de ese régimen internacional, lo que sirve para demostrar la tesis postulada en esta presentación.

ANEXO

Comparación entre la Legislación Penal anterior y posterior al Caso Kimel.

Art. 109. La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000) a pesos treinta mil (\$ 30.000). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. (Texto conforme la ley 26.551).

Texto anterior: *La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años.*

Art. 110. El que intencionalmente deshonrar o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500) a pesos veinte mil (\$ 20.000). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público. (Texto conforme la ley 26.551).

Texto anterior: *El que deshonrar o desacreditare a otro, será reprimido con multa de mil quinientos a noventa mil pesos o prisión de un mes a un año (multa según ley 24.286).*

Art. 111. El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes: 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal. 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él. En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena. (Texto conforme la ley 26.551).

Texto anterior: *El acusado de injuria sólo podrá probar la verdad de la imputación en los casos siguientes: 1. Si la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual; 2. Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal; 3. Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él. En*

estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

Art. 112. Derogado por ley 26.551

Texto anterior: *El reo de calumnia o injuria equívoca o encubierta que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, sufrirá del minimum a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria manifiesta.*

Art. 113. El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. (Texto conforme la ley 26.551).

Texto anterior: *El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate.*

Art. 114. Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la Capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente Código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción.

Art. 115. Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes.

Art. 116. Cuando las injurias fueren recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas.

Art. 117. El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrella o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad. (Texto conforme la ley 26.551).

Texto anterior: *El culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación, quedará exento de pena, si se retractare públicamente, antes de contestar la querrella o en el acto de hacerlo.*

Art. 117 bis.

1. El inciso primero ha sido derogado por la ley 26.388.

Texto anterior: *Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que insertara o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales.*

2. La pena será de seis meses a tres años, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales.

3. La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona.

4. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena. (Incorporado por ley 25.326).

Bibliografía

AA.VV. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Seminario Regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Secretaría General, OEA, Washington 1980.

ARENAL, CELESTINO DEL. *Introducción a las relaciones internacionales*. Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

BARBÉ, ESTHER. *Relaciones internacionales*. Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

BONETTO, MARÍA S., PIÑERO, MARÍA T. *Las Transformaciones del Estado. De la modernidad a la globalización*. 2º edición. Editorial Advocatus, Córdoba, 2003.

BORGARELLO, ESTHER SUSANA. et al. *Consideraciones acerca del Derecho de la Información*. 2º edición Editorial Ipso, Córdoba, 2009.

CASSESE, ANTONIO. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Ed. Ariel. Barcelona, 1993.

CASTELLS, MANUEL. *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura*. Volumen I: La Sociedad Red. Alianza Editorial. Madrid, 1998.

COLAUTTI, CARLOS: "El pacto de San José de Costa Rica y la libertad de expresión" En: La Ley, 1986-B-911

DUHALDE, LUIS EDUARDO. *Teoría jurídico-política de la comunicación* Ed. Eudeba, Bs As, 1999.

EKMEKDJIAN, MIGUEL A. *Derecho a la información*. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1998.

FAYT, CARLOS S. *La omnipotencia de la prensa. Su juicio de realidad en la jurisprudencia argentina y norteamericana*. Ed. La Ley. Buenos Aires, 1995.

FELDMAN, GUSTAVO ESTEBAN. *El Pacto de San José de Costa Rica*. Rubinzal-Culzoni, editores. Santa Fe, 1997.

FERRERES COMELLA, VICTOR. *La eficacia de los derechos constitucionales, en Los derechos fundamentales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

FERRY, JEAN MARC [et al.]. *El nuevo espacio público*. Ed. Gedisa. Buenos Aires, 1992.

HASENCLEVER, ANDREAS, MAYER, PETER y RITTBERGER, VOLKER. "Las Teorías de los regímenes internacionales: situación actual y propuestas para una síntesis". En: *Foro Internacional*. Nº 158, 1999.

HELD, DAVID, Mc GREW, ANTHONY, (et al) *Transformaciones Globales. Política, cultura y economía*. Oxford University Press, México 2002.

HOFFMANN, STANLEY. *Teorías contemporáneas de las relaciones internacionales*. Ed. Tecnos. Madrid, 1963.

JUÁREZ CENTENO, CARLOS A. "Derechos Humanos y Relaciones Internacionales: Reflexiones sobre el entrecruzamiento de estas disciplinas en la teoría y prácticas internacionales". En: *Anuario XI* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC. Córdoba, Diciembre de 2009. ISBN 979-987-03-1584-1. pp. 351-365.

— "A sesenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos: reflexiones para el debate". En: Breviario de Relaciones Internacionales, publicación digital de la Maestría en Relaciones Internacionales del Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba, Nº 12, mayo de 2009. www.cea.unc.edu.ar/boletin.

— "Derecho Constitucional y Relaciones Internacionales". En: Curso de Derecho Constitucional Argentino. Tomo I. Ricardo Haro (et al), Ed. Advocatus, Córdoba, 2003.

LOCHARD, GUY y BOYER, HENRI. *La comunicación mediática*, Gedisa, Barcelona, 2004.

LORETTI, DAMIÁN M.: *El derecho a la información*. Editorial Paidós. Buenos Aires. 1999.

MATELLART, ARMAND. *La mundialización de la comunicación*. Paidós. Barcelona, 1998.

— *Historia de la sociedad de la información*. Ed. Paidós. Buenos Aires, 2003.

QUIROGA LAVIE, HUMBERTO. *Derecho Constitucional*. Ed Depalma. Buenos Aires, 2002.

RAMONET, IGNACIO. *La tiranía de la comunicación*. Ed. Debate. Madrid, 1997.

SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos* Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000.

ULANOVSKY, CARLOS. *Historia de los medios de comunicación en Argentina. Paren las rotativas (1970-2000)*. 1ª edición, Buenos Aires, Emecé. 2005.

VANOSI, JORGE R. y DALLA VÍA, ALBERTO. *Régimen constitucional de los Tratados*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002.

VERBITSKY, HORACIO. *Un mundo sin periodistas*. Editorial Planeta - Espejo de la Coyuntura-1997.

VEGA, JUAN CARLOS, GRAHAM, MARISA A. *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*. Ed Astrea, Buenos Aires, 1996.



EL FALLO DE LA CIJ SOBRE LAS PASTERAS DEL RÍO URUGUAY:

LEJOS DE LA CONCEPCIÓN DE RECURSO NATURAL COMPARTIDO (SENTENCIA DE 20/04/2010)¹

*Zlata Drnas de Clément**

Resumen: Al decidir la Corte Internacional de Justicia que las obligaciones de informar, notificar y negociar los usos del río Uruguay son obligaciones de procedimiento conforme al Estatuto del río Uruguay de 1975, ha rechazado la naturaleza de recurso natural compartido de ese río.

Palabras claves: Sentencia - Corte Internacional de Justicia - Uso de un río compartido.

Introducción

El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) relativo al derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación —encomendado en 1970 por la Asamblea General de Naciones Unidas/AG NU (Resolución 2669/XXV)— fue considerado por distintos relatores especiales (Kearney, Schwebel, Evenesen, Mc Caffery, Rosenstock), lo que implicó el paso por distintas posiciones doctrinarias y percepciones del objeto de regulación, observándose la alternada preeminencia de la perspectiva soberanista o la ambientalista según el relator se inclinara hacia el enfoque jusnaturalista o positivista, conservacionista o desarrollista, nacionalista o globalista. En 1997, en el ámbito de la Asamblea General de Naciones Unidas se adoptó la *Convención sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (CAIFDN)* sobre la base del proyecto de la CDI. Esa Convención —aún no entra-

¹ El presente trabajo ha sido presentado para su publicación en el *Anuario XII* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (mayo de 2010).

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - RA. (e-mail: zla1@fibertel.com.ar).

da en vigor— en su artículo 1º distingue *dos* ámbitos de aplicación de la misma (a) *usos*, y (b) *medidas de protección, preservación y ordenación relacionadas con los usos*². De similar modo, lo hace el Estatuto del Río Uruguay de 1975 en distintos capítulos con relación a su tramo argentino-uruguayo (496 km).

Es de observar que las limitaciones en los *usos* tienen su base en “*los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional*”, tal como lo expresa el art. 8 de la Convención de 1997 y como, consuetudinariamente, se ha ido consolidando en el Derecho internacional desde hace más de doscientos años³, percepción que se corresponde con la proscripción de todo uso unilateral inconsulto, arraigada en la comunidad internacional en multitud de manifestaciones desde el origen mismo de Derecho Internacional Público⁴. Ese enunciado concuerda plenamente

² Artículo 1º: *Ámbito de aplicación de la presente Convención. 1. La presente Convención se aplica a los usos de los cursos de agua internacionales y de sus aguas para fines distintos de la navegación y a las medidas de protección, preservación y ordenación relacionadas con los usos de esos cursos de agua y de sus aguas (...).*

³ V. el detallado reporte sobre la práctica internacional presentado en el Informe del Secretario General sobre los problemas jurídicos relativos al aprovechamiento y usos de los ríos internacionales y Documentos del vigésimo período de sesiones de la Comisión preparado por la Secretaría (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Anuario 1974*, Vol. II, Segunda parte, Naciones Unidas, Nueva York, 1976, págs. 3-404). V. asimismo, nuestro trabajo “Los Recursos naturales compartidos entre Estados y el Derecho internacional”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XII (2003), Córdoba, págs. 79-103. (Obtenible en <http://www.aadi.org.ar/doctrina/anuario.2003.pdf>).

⁴ Tal el caso del principio de no uso unilateral receptado por la Revolución Francesa, contenido en el decreto de 16 de noviembre de 1792 del Consejo Ejecutivo Provisional: “*El curso de los ríos es de propiedad común e inalienable de todos los países bañados por sus aguas. Una nación no podría sin injusticia pretender tener el derecho de ocupar exclusivamente el curso de un río o impedir que los pueblos vecinos (...) gocen de sus mismas ventajas*”. (Si bien, hace referencia a “propiedad” la expresión se refiere no sólo a la propiedad sino también al derecho de uso). Asimismo, el art. 108 del *Acta Final del Congreso de Viena* de 9 de junio de 1815 (con efectos de verdadero tratado), expresa: “*Las Potencias cuyos Estados son separados o atravesados por un mismo río navegable, se comprometen a regular de común acuerdo todo lo que hace a la navegación de ese río*”. Debe tenerse presente que, en ese tiempo, la navegación era el único uso de interés internacional. Ya en la Paz de Westfalia —considerada inicio del Derecho internacional—, en el Tratado de Münster de 24 de octubre de 1648, se hace referencia a limitaciones de los ribereños en sus derechos sobre los ríos internacionales: “*LXXXIV. The Magistrates and the Inhabitants of the said City of Tabern shall keep an exact Neutrality, and the King's Troops shall freely pass thro' there as often as desir'd. No Forts shall be erected on the Banks of this side the Rhine, from Basle to Philipsburg; nor shall any Endeavours be made to divert the Course of the River, neither on the one side or the other.*” (V. Documents Collection en Avalon Project - Unversity of Yale, obtenible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/major.asp). Los tratados de Ryswyk de 20 de septiembre de 1697 (art. 18) y el de Baden de 7 de septiembre de 1714 (art. 8) en texto idéntico, expresaban: “*Fluminis autem navigatio aliussue usus utriusque subiditis aut qui alias illuc commear, navigare, aut mer-*

con el separado y diferente tratamiento dado en la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* (Res. de la AG NU 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974, a los derechos de uso que tiene un Estado en caso de bienes que le pertenecen en exclusividad y cuyos usos con plenitud le incumbe disponer (art. 2º.1) y a las limitaciones que posee conforme al Derecho internacional en los casos de bienes que se hallan bajo su soberanía pero que constituyen recursos naturales compartidos (art. 3º):

Art. 2º.1. Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas.

Art. 3º En la explotación de los recursos naturales compartidos entre dos o más países, cada Estado debe cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa con el objeto de obtener una óptima utilización de los mismos que no cause daños a los legítimos intereses de los otros”^{5 6}.

Incluso, Estados que sostuvieron la teoría absoluta de disposición sobre un curso de agua internacional, *vg.* Francia, Estados Unidos de América, India, Brasil, Uruguay, han reconocido las limitaciones que les impone la condición de recurso natural compartido.

Podemos recordar entre las prácticas más antiguas, las siguientes: **Acta Adicional al Tratado de Delimitación* concluido el 26 de mayo de 1866 entre *Francia y España*, el que en su Art. XIII dispone que “cada ribereño podrá (...) efectuar sobre su costa (...) trabajos (...) siempre que no aporten al curso de agua cambios perjudiciales para el Estado

ces transvehere volint, aequae patebit (...).” La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en el *Asunto del Río Oder*, había hecho referencia a la “*comunidad de intereses de los Estados ribereños*” en el caso que un mismo curso de agua atravesase o separe el territorio de más de un Estado (CPJI, *Série A*, N° 23, págs. 25-26). Tal como lo releváramos en nuestro trabajo referido en Nota 2, más de dos centenares de manifestaciones jurídicas (convenios, actos unilaterales, actos de organizaciones internacionales, costumbre internacional, jurisprudencia, doctrina individual e institucional) consagran las limitaciones a la soberanía plena en caso de cursos de agua que constituyen recursos naturales compartidos entre dos o más Estados.

⁵ Dado que, frecuentemente, se torna innecesario -por su obviedad- el comentario sobre el peso que tiene una expresión, nos limitamos a resaltarla. Atento a que lo haremos en casi todos los textos citados, no indicaremos que “el resaltado nos pertenece”. Por el contrario, si una expresión ha sido resaltada en el original, lo haremos presente.

⁶ Equivalente principio se halla en la Res. de la AG NU 1803 (XVII) *Soberanía permanente sobre los recursos naturales* de 14 de diciembre de 1962.

vecino”⁷; **Tratado del Río Grande*, de 1906, entre EE.UU. y Méjico, el que prevé en su Preámbulo la “distribución equitativa de las aguas” (Art. V. Cf. MARTENS, G.F.von- *Recueil des Traités*, Leipzig, 1908, 2e. Série, T. 35, pág. 461); **Tratado sobre Aguas Limítrofes y Cuestiones Emergentes entre EE.UU. y Canadá*, de 1909, entre EE.UU. y Gran Bretaña, el que establece el principio de “igual repartición de las aguas” y establece una Comisión Mixta con distintas atribuciones, entre ellas, la solución pacífica de los diferendos fronterizos (Arts. VI y VII. Cf. Nations Unies, *Textes Législatives*, traité N° 79); **Acuerdo sobre la Utilización de las Aguas de los Ríos Colorado, Tijuana y Río Grande desde Fort Quitman hasta el Golfo de Méjico*, de 1944, entre EE.UU. y Méjico, el que, si bien señaló que se trataba de un acto de cortesía por parte de los EE.UU. y no de la concreción de un derecho para Méjico, en la práctica, significó la repartición y regulación de común acuerdo de las aguas internacionales de los ríos señalados y el establecimiento de una Comisión Internacional (Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 3, pág. 313); **Acuerdo sobre la Revalorización de los Recursos Hidráulicos de la Cuenca del río Columbia*, de 1961, entre EE.UU. y Canadá, el que constituye un verdadero modelo de cooperación internacional, puesto que los Estados se comprometieron a construir, mantener y administrar las instalaciones eléctricas ubicadas en su territorio, en tanto la energía debía dividirse por partes iguales. Además el referido acuerdo establecía que las diferencias serían sometidas a una Comisión Mixta Internacional y, si la misma no se pronunciaba en el plazo de tres meses u otro plazo fijado de común acuerdo, el diferendo podía ser sometido a arbitraje. Tanto la decisión de la Comisión como la del Tribunal Arbitral serían consideradas definitivas y obligatorias (Arts. V y XVI del acuerdo Nations Unies, *Textes Législatives*, traité N° 65).

En el asunto relativo a la *Presa de Faraka*, ubicada a 18 kms. de la frontera con *Paquistán, India* afirmó que el Ganges era un río indio y no internacional, ya que cerca del 90% de su extensión estaba en su territorio, poseyendo casi todo el potencial de pesca y de irrigación. Cuando el caso fue llevado ante las Naciones Unidas-Comisión Política Especial, en 1968, India abandonó su posición, reconociendo el derecho de Paquistán a una parte equitativa de las aguas. El diferendo fue superado con el *Acuerdo sobre la Distribución de las Aguas del Ganges* de 1977 (*Annuaire de la CDI*, 1986, Vol. II, P. 1, pág. 123). En el caso del *Acuerdo sobre la Disposición del río Kosi*, de 1954, entre *India y Nepal*, se observa un inte-

⁷ Es de observar en este acuerdo, al igual que en otros, que la cláusula opera como facultativa del derecho de uso y deshabilitante de las limitaciones que impone en ese aspecto la condición de recurso natural compartido.

resante ejemplo de cooperación internacional, ya que el acuerdo previó la construcción por parte de India de una presa, de instalaciones y otras obras sobre el río, a tres millas arriba de la Villa de Haman Nagar (en Nepal), sin embargo, Nepal podía emplear el 50% de la energía hidroeléctrica producida por la presa, por un precio fijado por India pero en consultación con el Gobierno nepalés (Cláusulas 1 y 4. Nations Unies, *Textes Législatives*, Traité N° 95). El *Acuerdo Relativo a la Solución de Diferendos en la Frontera de Paquistán Oriental*, de 1959, entre India y Paquistán, señaló que las Partes reconocían la necesidad de organizar un sistema de consultación en materia de utilización de las aguas de los cursos de agua comunes a los dos Estados (Cláusula 7. NU, *Recueil des Traités*, Vol. 36, pág. 5).

La *Convención sobre la Fijación del Estatuto Jurídico de la Frontera entre Ambos Estados (Brasil y Uruguay)* de 1933, en su Art. XX fijaba que, si el establecimiento de una instalación para la utilización de las aguas era susceptible de causar una modificación sensible y durable en el régimen del curso de agua fronterizo, el Estado deseoso de realizar tal instalación, no ejecutaría los trabajos hasta *alcanzar acuerdo con el otro Estado*⁸. Además, de conformidad al Art. XIX de la misma Convención, cada Estado tenía derecho a disponer de la mitad del agua del curso de agua fronterizo (Société des Nations, *Recueil des Traités*, Vol. CLXXXI, pág. 80).

Stephen McCaffery, ha señalado que la “teoría de la soberanía” sobre los cursos de agua está vinculada a los ribereños del curso superior y la “teoría de la integridad territorial” a los del curso inferior (*sic utere tu out alienum non laedas / usa lo tuyo y no causes daño a otro*). En el caso argentino-uruguayo en el asunto de las pasteras, el Río Uruguay es frontera en curso enfrentado, resultando ambas teorías aplicables, si bien con concepción distinta a la dada por McCaffery⁹.

Oppenheim ya en la primera edición de 1905 de su *International Law: A Treatise*, expresó:

*[T]erritorial supremacy does not give a boundless liberty of action. Thus, by customary International Law (...) a State is, in spite of its territorial supremacy, **not allowed to alter the natural conditions of its own territory to the disadvantage of the natural conditions of a territory of a neighbouring state-for instance, to stop or di-***

⁸ V. infra.

⁹ VICK, M. J. “International Water Law and Sovereignty: A Discussion of The ILC Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers”, en *McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.*, 2008/21, págs. 191 y ss.

vert the flow of a river which runs from its own into a neighbouring territory.¹⁰

La soberanía de Argentina y de Uruguay sobre el río Uruguay está perfectamente delimitada conforme a una línea mixta determinada mediante acuerdo internacional vigente entre los dos países (Tratado de Límites de 1961). El Estatuto del Río Uruguay figura como Anexo A del referido Tratado de Límites y, en su art. 1º, concordantemente con la cooperación requerida en caso de recursos naturales compartidos, establece:

*1-Las Partes acuerdan el presente Estatuto, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7º del Tratado de Límites en el Río Uruguay de 7 de abril de 1961, con el fin de establecer los **mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay**, y en estricta observancia de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquiera de las Partes.*

La CIJ, en el fallo de 20 de abril de 2010, reconoce la condición de “recurso compartido” del río y la condición sustantiva, esencial, indispensable de las obligaciones de informar, notificar, negociar para alcanzar el objetivo del art. 1 del Estatuto de 1975:

81.(...) La Corte considera que las obligaciones de informar, de notificar, de negociar, constituyen un medio apropiado, aceptado por las partes, para alcanzar el objetivo que las mismas se han fijado en el art. 1 del Estatuto de 1975¹¹. *Estas obligaciones se revelan aún más indispensables cuando se trata, como en el caso del río Uruguay, de un recurso compartido que únicamente podrá ser protegido por medio de una cooperación estrecha y continua entre los ribereños*¹².

¹⁰ OPPENHEIM, L.F.L. *International Law: A Treatise*, Longmans, London, 1905, pág. 175. (www.archive.org).

¹¹ El texto de la sentencia en español que obra en la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina, por error, expresa “1974”. Consulta efectuada el 15 de mayo de 2010. (http://www.mrecic.gov.ar/portal/sentencia_2010.pdf).

¹² “81. (...) La Cour considère que les obligations d’informer, de notifier et de négocier constituent un moyen approprié, accepté par les Parties, de parvenir à l’objectif qu’elles se sont fixé à l’article premier du statut de 1975. Ces obligations s’avèrent d’autant plus indispensables lorsqu’il s’agit, comme dans le cas du fleuve Uruguay, d’une ressource partagée qui ne peut être protégée que parle biais d’une coopération étroite et continue entre les riverains”. Debe observarse que el texto traducido al inglés, publicado por la CIJ, agrega un término (“procedural”) que no existe en el texto francés que da fe. Así, el texto inglés de la

Llama la atención que la CIJ en su fallo, al considerar las violaciones sustantivas, no haya hecho dictaminado sobre la violación o no por parte de Uruguay de esas obligaciones que considera básicas e ineludibles contenidas en los art. 7 a 12 y que sólo se haya limitado a las cuestiones procedimentales establecidas en esos dispositivos (vg: comunicar a través de la Comisión Administradora del Río Uruguay [CARU], cumplir plazos, modalidades y vías para la observancia de las obligaciones sustantivas¹³).

Además, debe observarse que la Corte evita en todo el fallo el uso de la referencia a “natural” (“recurso natural compartido”). Ello tiene implicaciones muy serias sobre los derechos y deberes de los Estados del curso de agua ya que la referencia a la condición de “natural” de un recurso compartido indica que el derecho a los aprovechamientos es conforme a la condición natural, originara del bien y no en base a las modificaciones operadas sobre el bien por el hombre. Ello implica que las condiciones naturales, originarias del bien, en lo que hace a sus cualidades propias y a sus caracteres esenciales, deben mantenerse, no debiendo ser modificadas unilateralmente por un Estado en detrimento de los intereses y derechos de otro u otros Estados del sistema. Al respecto, cabe recordar que la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 25 de septiembre de 1997, en el *Asunto Relativo al Proyecto Gabčíkovo-Naymaros* (Hungría/Eslovaquia), ha hecho referencia a “la utilización de los recursos naturales compartidos”, en el caso del Danubio, considerando que el *principio-norma consuetudinaria internacional que exige el uso equitativo y razonable de los recursos compartidos entre Estados* fue violado por Checoslovaquia al adoptar *medidas unilaterales de disposición sobre el recurso*¹⁴.

CIJ expresa: “*The Court considers that the **procedural** obligations of informing, notifying and negotiating constitute an appropriate means, accepted by the Parties, of achieving the objective which they set themselves in Article 1 of the 1975 Statute. These obligations are all the more vital when a shared resource is at issue, as in the case of the River Uruguay, which can only be protected through close and continuous co-operation between the riparian States.*”

¹³ Obsérvese que el Estatuto en el Art.12, imperativamente, dispone: “*Si las partes no llegaren a un acuerdo dentro de los ciento ochenta días contados a partir de la comunicación a que se refiere el art. 11, se observará el procedimiento indicado en el Cap XV.*”

¹⁴ CIJ Recueil 1997, paras. 85 y 150. Para 85: “*(...) Le développement moderne du droit international a renforcé ce principe également pour les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, comme en témoigne l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 21 mai 1997, de la convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. La Cour considère que la Tchécoslovaquie, en prenant unilatéralement le contrôle d'une ressource partagée, et en privant ainsi la Hongrie de son droit à une part équitable et raisonnable des ressources naturelles du Danube —avec les effets continus que le détournement de ses eaux déploie sur l'écologie de la région riveraine du Szigetköz— n'a pas respecté la proportionnalité exigée par le droit international.*” Para.

Schwebel, Relator de la CDI en el Proyecto sobre el *Derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación*, en su Segundo informe, señaló:

“El primer hecho fundamental es que las aguas de un curso de agua internacional son el arquetipo de un recurso natural compartido”¹⁵.

La cuestión de los “usos” de un curso de agua o un río internacional con las limitaciones en el ejercicio de los mismos en el caso de los recursos naturales compartidos, que señaláramos precedentemente, está inextricablemente vinculado a los principios de soberanía de los Estados, igualdad soberana, integridad territorial, no abuso de derecho, cooperación y cumplimiento de buen fe de las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales. La obligación de cooperación establecida por el derecho consuetudinario en el caso de recursos naturales compartidos y sus usos, *basada en la “información” y la “consulta” previas* al uso (obligaciones sustantivas y no procedimentales, condicionantes de las relaciones de paz y seguridad internacionales), se halla consolidada en una práctica estatal varias veces centenaria.

La Corte, a pesar de la unidad normativa del Estatuto, ha dividido su pronunciamiento central en dos tratamientos: “alegadas violaciones a obligaciones procedimentales”, y “violaciones sustantivas”, centrándose para las primeras solamente en los art. 7º a12 del Estatuto y en los art. 35, 36 y 41 para las segundas. En este trabajo, sólo nos referiremos al primero de los aspectos, si bien, nos veremos en la necesidad de tocar tangencialmente el segundo, a la hora de ponderar el modo en que percibe la Corte el derecho aplicable al río Uruguay en su calidad de “recurso compartido” entre Argentina y Uruguay .

Las inciertas “obligaciones procedimentales”

Aunque Argentina, en su demanda, ha solicitado *i.a.* a la Corte que diga y juzgue: “1. *Que el Uruguay ha violado las obligaciones que le incumben en virtud del Estatuto de 1975 y de otras reglas de derecho inter-*

150: *La réparation doit “autant que possible” effacer toutes les conséquences de l’acte illicite. En l’espèce, les conséquences des actes illicites commis par les deux Parties seront effacées “autant que possible” si ces dernières reprennent leur coopération pour l’utilisation des ressources en eau partagées du Danube et si le programme pluridimensionnel d’utilisation, de mise en valeur et de protection du cours d’eau, en tant qu’unité unique coordonnée, est réalisé de manière équitable et raisonnable (...).”*

¹⁵ SCHWEBEL, U.N. Doc. A/C.N.4.332 add. 1, págs. 14.

nacional a las que el Estatuto reenvía, incluyendo, si bien, no con exclusividad: (...) c) la obligación de sujetarse a los procedimientos previstos por el Cap. II del Estatuto de 1975 (...), nada permite pensar que ha afirmado, ni entendido, que *todo* el contenido dispositivo del Cap. II sea de carácter procedimental. El contenido normativo del capítulo, la propia estructura del Estatuto, como también el título del Cap. II “Navegación y obras”, *i.a.* impiden percibirlo de ese modo¹⁶.

Es de observar que la metodología de dividir tajantemente su fallo en violaciones a obligaciones procedimentales y en violaciones a obligaciones sustantivas, es acorde a la solicitud de la delegación uruguaya, la que en su Dúplica, *i.a.*, señaló:

“se puede concluir que: (...) d) si la Corte estima, no obstante todas las pruebas en contra, que el Uruguay violó las obligaciones procedimentales que le incumben respecto de la Argentina, podría dictar una sentencia declaratoria a este efecto, la que constituiría una forma de satisfacción adecuada (...)”

Respondiendo en un todo a esa conclusión uruguaya, la Corte falló por trece votos contra uno¹⁷:

“282. 1 (...) Decide que la República Oriental de Uruguay ha violado las obligaciones de naturaleza procedimental que le incumben en virtud de los art. 7º a 12 del Estatuto del río Uruguay de 1975 y que la declaración de la Corte de esa violación constituye satisfacción apropiada”¹⁸.

Nada dice, tal como ya lo señaláramos, ni en ese inciso, ni en el siguiente del fallo, sobre la violación a las obligaciones sustantivas contenidas en los artículos 7º a 12, esenciales para el “uso” del río, de conformidad al propio Estatuto, a normas consuetudinarias y a consi-

¹⁶ V. *infra* Nota 30.

¹⁷ Ha votado en contra y acompañado opinión disidente el Juez *ad hoc* designado por Argentina Raúl E. Vinuesa.

¹⁸ 282. 1 (...) *Dit que la République orientale de l'Uruguay a manqué aux obligations de nature procédurale lui incombant en vertu des articles 7 à 12 du statut du fleuve Uruguay de 1975 et que la constatation par la Cour de cette violation constitue une satisfaction appropriée.* La Corte tampoco hizo lugar al pedido argentino de requerir a Uruguay garantías de no repetición, por entender que la buena fe de Uruguay debía presumirse para el futuro al no haber circunstancias especiales que lo desmintieran. No tuvo en cuenta la Corte las reiteradas conductas de incumplimiento y falta de buena fe emergentes de los hechos referidos en la causa, a más de las reiteradas afirmaciones del Presidente Vázquez y sus ministros reivindicando la soberanía absoluta en el área.

deraciones de la propia Corte (para 81 de la sentencia, referido precedentemente).

En el para. 269 el Tribunal había señalado:

*269. La Corte considera que su determinación de la conducta ilícita uruguaya con relación a sus obligaciones procedimentales constituye per se una medida de satisfacción para Argentina. Como las violaciones uruguayas a las obligaciones procedimentales ocurrieron en el pasado y ya han cesado, no hay razón para ordenar el cese de la violación*¹⁹.

Varios jueces —los que votaron en disidencia o emitieron opinión o declaración separada— señalaron no compartir la afirmación mayoritaria, la que entendía que la violación a las obligaciones correspondientes al “uso” y no disposición unilateral del río (obligación de no construir o ejecutar el proyecto) habían cesado al fin de la etapa de negociación. Especialmente, resulta destacable la opinión individual que acompaña el juez Skotnikov:

“(…) 2. Sin embargo, no puedo aceptar la lógica de la mayoría según la cual, después del final del período de la negociación, Uruguay, en lugar de llevar su diferendo con la Argentina a la Corte, de conformidad con el artículo 12 del Estatuto 1975, estaba libre de llevar adelante la construcción. El párrafo 154 de la sentencia, expresa: ‘[L]a Corte observa que la obligación de ‘no construir’, que se pretende recae sobre Uruguay entre el fin del período de negociación y la decisión de la Corte, no está expresamente señalada en el Estatuto de 1975 y no surge de sus provisiones.’ Por mi parte, respetuosamente, sostengo que la ‘obligación de no construir’ surge de las disposiciones del Estatuto y de su objeto y fin”.

3. Las previsiones de los Artículos 7° a 12 del Estatuto están claramente dirigidas a prevenir la acción unilateral, acción contraria a las disposiciones del Estatuto, y con ello a impedir causar daño a los derechos de las Partes, mientras al mismo tiempo se protege el curso de agua compartido. De allí, las obligaciones de informar, de notificar y de negociar. Es por lo tanto solamente lógico que, si todavía no hay acuerdo después de que las negocia-

¹⁹ 269. La Cour considère que la constatation du comportement illicite de l’Uruguay en ce qui concerne ses obligations de nature procédurale constitue en elle-même une mesure de satisfaction pour l’Argentine. Les manquements de l’Uruguay aux obligations de nature procédurale ayant eu lieu par le passé et ayant pris fin, il n’y a pas lieu d’en ordonner la cessation.

ciones hayan concluido, la parte que presenta el proyecto tiene la opción de abandonar el proyecto en su conjunto o solicitar a la Corte, de acuerdo con el artículo 12 del Estatuto 1975, para que resuelva el conflicto. Bajo este esquema de cosas, no se inflige ninguna lesión a los derechos de cualquier parte y el río compartido sigue protegido.

4. Por el contrario, de la interpretación de la Corte, se infiere que las Partes, al celebrar el Estatuto del río Uruguay, han acordado permitir que tal lesión ocurra, con la posibilidad de que ello sea rectificado más adelante por una decisión de la Corte. No se puede presumir que las Partes han convenido tal arreglo, puesto que es incompatible con el objeto y el propósito del Estatuto de 1975, según lo definido en el artículo 1º (“utilización óptima y racional del río Uruguay”). No hay nada de “óptimo y racional” en incluir en el Estatuto una posibilidad de causar daño al río y de incurrir en pérdidas financieras, primero construyendo los nuevos canales u otro trabajo (con violación de obligaciones sustantivas del Estatuto) y luego destruyéndolos²⁰.

²⁰ DECLARATION OF JUDGE SKOTNIKOV. “(...) 2. However, I cannot accept the majority’s logic according to which, after the end of the negotiation period, Uruguay, rather than referring its dispute with Argentina to the Court in accordance with Article 12 of the 1975 Statute, was free to proceed with the construction. In paragraph 154 of the Judgment, “[t]he Court observes that the ‘no construction obligation’, said to be borne by Uruguay between the end of the negotiation period and the decision of the Court, is not expressly laid down by the 1975 Statute and does not follow from its provisions”. I respectfully submit that a “no construction obligation” does follow from the provisions of the Statute and from its object and purpose. 3. The provisions of Articles 7 to 12 of the 1975 Statute are clearly intended to prevent unilateral action which is not in conformity with the substantive provisions of the Statute, and thus to avoid causing injury to the rights of each Party while protecting their shared watercourse. Hence the obligations to inform, to notify and to negotiate. It is therefore only logical that, if there is still no agreement after negotiations have run their course, the Party initiating the project has the option of either abandoning it altogether or requesting the Court, in accordance with Article 12 of the 1975 Statute, to resolve the dispute. Under this scheme of things, no injury is inflicted on either Party’s rights and the shared watercourse remains protected. 4. By contrast, as follows from the interpretation contained in the Judgment, the Parties, when concluding the Statute of the River Uruguay, must have agreed to allow such an injury to occur, with the possibility of it later being rectified by a decision of the Court. The Parties cannot be presumed to have agreed to such an arrangement, since it is incompatible with the object and purpose of the 1975 Statute as defined in Article 1 (“the optimum and rational utilization of the River Uruguay”). There is nothing “optimum and rational” about including in the Statute a possibility of causing damage to the river and incurring financial losses, first by constructing new channels and other works (in violation of substantive obligations under the Statute) and then by destroying them.” (Pronunciamento original en inglés).

Destaca asimismo Skotnikov que el pronunciamiento de la Corte priva de todo significado y propósito al art. 12 del Estatuto, el que establece de modo imperativo:

12. Si las Partes no llegaren a un acuerdo, dentro de los ciento ochenta días contados a partir de la comunicación a que se refiere el artículo 11, se observará el procedimiento indicado en el Capítulo XV.

Recordó el juez de nacionalidad rusa, además, que el propio Uruguay lo entendió así (obligación de no construir hasta la adopción de la decisión de la Corte), conforme lo expresado por la Presidente de la delegación uruguaya en la CARU, Martha Petrocelli, en su testimonio de 12 de diciembre de 2005, ante la Comisión de Ambiente del Senado uruguayo, al declarar que los trabajos no deberían haber sido llevados adelante, ya que Uruguay debió haber referido el problema a tribunal internacional para establecer qué daño se había producido como consecuencia del rechazo de su proyecto²¹.

En similar y aun más decidido sentido se ha expresado el Juez *ad hoc* Vinuesa, el que expresa:

6. (...) Uruguay no sólo ha violado los artículos 7 a 12, tal como la ha afirmado la Corte, sino también el art. 27, el cual es sustantivo por naturaleza. Además, la no observancia por parte del Uruguay del objeto y propósito del Estatuto constituye una grave violación sustantiva del mismo²².

Recordamos que el art. 27 del Estatuto establece:

²¹ DECLARATION OF JUDGE SKOTNIKOV "8. Uruguay itself understood the 'no construction obligation' to extend until a decision of the Court. Ms Petrocelli, President of Uruguay's delegation to CARU, stated the following in her testimony before the Environment Committee of the Uruguayan Senate on 12 December 2005: "The President: One of the arguments put forward is that if consultation had taken place, the answer would have been no. That is an awkward point. What would have happened if the answer had been no? Ms Petrocelli: The works would not have been carried out. We would have had to refer the matter to an international tribunal to establish what damage was caused by a decision to reject." (Pronunciamiento original en inglés).

²² "6. (...) Uruguay has violated not only Articles 7 to 12, as the Court has asserted, but also Article 27 which is substantive in nature. Furthermore, the non-observance by Uruguay of the object and purpose of the Statute itself constitutes a grave substantive breach of the Statute." (Pronunciamiento original en inglés). Es de observar que la Corte, niega al Art. 1 del Estatuto rol sustantivo, entendiendo que no asigna derechos y obligaciones específicas a los Estados Parte, siendo útil sólo para la interpretación del conjunto (Para. 173).

27. *El derecho de cada parte de aprovechar las aguas del río, dentro de su jurisdicción para fines domésticos, sanitarios, industriales y agrícolas, se ejercerá sin perjuicio de la aplicación del procedimiento previsto en los arts. 7º a 12 cuando el aprovechamiento sea de entidad suficiente para afectar el régimen del río o la calidad de sus aguas.*

Asimismo, Vinuesa dedica los para. 7º a 29 de su opinión disidente a la “obligación de no construir”, con referencias a las obligaciones emergentes de los arts. 7º a 12, concluyendo:

28. *La ejecución de la pastera sin la autorización de la CARU, sin consulta a la Argentina, haciendo caso omiso de las obligaciones ambientales internacionales a cargo de Uruguay y sin prestar atención a la exacerbación del conflicto, implica una burla al recurso a la Corte. La Corte no ha encontrado a Uruguay responsable por esos actos.*

29. *Esta interpretación del artículo 12 convalida “una situación de limbo”, permitiendo que cada una de las partes explote unilateralmente un recurso natural compartido como si fuera un recurso exclusivo propio mientras que el conflicto sobre esta utilización está pendiente ante el Tribunal Internacional de Justicia²³.*

Tal como lo señaláramos, nada dice la Corte sobre la violación de las obligaciones sustantivas contenidas en los arts. 7º a 12 y que hacen al “uso” del río y las limitaciones impuestas por el derecho internacional general por su condición de recurso natural compartido. No se detuvo la Corte en constatar la existencia de normas consuetudinarias generales, regionales o bilaterales en la materia a pesar de la vasta práctica de Estados²⁴, Organizaciones y organismos internacionales²⁵,

²³ 28. *The commissioning of the plant without CARU's authorization, without consultation of Argentina, without regard for Uruguay's international environmental obligations and without any attention to the exacerbation of the dispute indicates a flouting of the Court's direct request. The Court fails to hold Uruguay accountable for these actions. 29. This interpretation of Article 12 will validate an “in limbo” situation, allowing each of the Parties to unilaterally exploit a shared natural resource as if it were its own exclusive resource while a dispute over this utilization is pending before the International Court of Justice.* (Pronunciamento original en inglés).

²⁴ V. *supra*.

²⁵ *Naciones Unidas., i.a.: AG NU: Res. 1401 (XIV) de 21 de noviembre de 1959, que recomienda el estudio de los problemas vinculados al desarrollo y al uso de los ríos internacionales; Res 2669 (XXV) de 8 de diciembre de 1970, que encomienda a la CDI el estudio del derecho relativo a la utilización de las vías de agua para fines distintos de la navegación; Res. 3129 (XXVIII) de 13 de di-*

ciembre de 1973, referida a la cooperación en materia de recursos naturales compartidos, que da lugar a la creación del PNUMA y, en 1975, del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en Recursos Naturales Compartidos entre dos o más Estados, el que adoptó el 7 de febrero de 1978 quince principios relativos a la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos, los que fueron aprobados por la AG NU a modo de recomendación en la Res. 34/186 de 18 de diciembre de 1979; Res. 3281 (XXVIII) de 12 de diciembre de 1974, que define a los recursos naturales compartidos entre dos o más Estados (v. *supra*); Recomendaciones 89 y 93 del *Plan de Acción de Mar del Plata* de 1977, aprobado por la AG NU por Res. 32/158. Recomendación 51, par. C VIII de la *Conferencia de UN sobre Medio Ambiente*, de Estocolmo de 1972, que hace referencia a “recursos compartidos entre varias naciones”; Principio 21 de la *Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano* de 1972, que señala que “de conformidad a la Carta de NU y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos naturales en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional”. Similar enunciado se halla en el principio 3 de la *Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, si bien la “obligación de asegurar” del Principio 21 se transforma en “responsabilidad de velar”. Res. de la AG NU 51/229 de 22 de mayo de 1997 que adopta la *Convención sobre los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación. Consejo Económico y Social*, Comisión Económica para Europa: Convención sobre Evaluación de Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo de 25 de febrero de 1991; Convención sobre la Protección y Uso de Cursos de Agua Transfronterizos de 17 de marzo de 1992; Protocolo de 17 de junio de 1999 sobre Agua y Salud a la Convención sobre la Protección y Uso de los Cursos de Agua y Lagos Internacionales Transfronterizos de 1992. *Organización de Estados Americanos, i.a.*: Tema 7 del Informe de la Comisión Permanente de Derecho Internacional Público, *Documentos para Uso de los Delegados a la 7ma. Conferencia Internacional Americana*, Montevideo-Uruguay, 3 de diciembre de 1933; *Declaración de Buenos Aires* de 1957 de la Asociación de Presas Interamericanas. Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní (SAG), compartido con los gobiernos de la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, cofinanciado por el Fondo Mundial para el Medio Ambiente (GEF) y el Banco Mundial, tiene a la Organización de Estados Americanos (OEA) como Unidad Ejecutora. Similar participación de la OEA se da en numerosos otros proyectos particulares. *Organización para la Unidad Africana-Unión Africana, i.a.*: *Recomendaciones y Conclusiones de la Primera Conferencia Interafricana sobre Hidrología*, Nairobi, 1961, Publicación N° 66; *Conclusiones de la Reunión Regional Africana sobre Cuestiones Relativas al Agua*, de 1978. *Comunidades Europeas-Unión Europea, i.a.*: Conclusiones de la Conferencia Reunida en Aplicación de la Resolución 10 (XIV) de la CEE sobre los Problemas de la Contaminación de las Aguas en Europa, 20 de febrero a 3 de marzo de 1961 (Annuaire de la CDI, 1974, Vol. II, P. II, pp 237-238); *Directiva 1980/0068* del Consejo de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación; *Directiva 2000/0060* del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000 que establece un marco comunitario en el ámbito de la política de aguas. Si bien las normas que citamos a continuación no se refieren a cursos de aguas internacionales, afectan sus aprovechamientos y constituyen normas para pasteras en sus países de origen: *Directiva 96/61/CE del Consejo de la Unión Europea* relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación (aplicable en lo relativo a la obligación de poner en práctica las mejores técnicas disponibles antes del 30 de octubre de 2007 por lo que las plantas de celulosa no pueden funcionar más con la técnica “kraft” - ECF); *Directiva 2004/35/ del Consejo y del Parlamento Europeo. Decisión 2005/370/CE* del Consejo de 17 de febrero de 2005 sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del *Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente* [Diario Oficial L 124 de 17.5.2005]. La Comisión Europea y los Estados Miembros firmaron en 1998 el *Convenio de Aarhus*, que tiene por objeto implicar más a los ciudadanos europeos en el proceso decisorio cuando éste afecte a su medio ambiente. V. nuestro trabajo “El diferendo de las celulósicas de Fray Bentos a la luz del Derecho Internacional”, en *Revista de Derecho Ambiental*, N° 6, abril-junio 2006, págs. 9-54.

jurisprudencia²⁶, doctrina y recopilación que de esas fuentes ha realizado la CDI en más de veinte años de labor, a más de otras destacadas entidades científicas (vg. *Institut de Droit International, International Law Assotiation*²⁷).

²⁶ A más de los señalados en este trabajo, *i.a.* podemos recordar: El laudo de 19 de agosto de 1872, dictado por el General Goldsmid como árbitro en el *Asunto del Delta del Río Helmand* (Afganistán, Persia), el que dispone que en ninguna de las orillas se realizarán obras que entorpezcan el paso del agua en las márgenes del Helmand, entendido ello como un derecho de los Estados. El laudo de 10 de abril de 1905, dictado por el Coronel MacMahon como árbitro en el mismo asunto señalado en el punto anterior, confirma el principio enunciado. El laudo de 22 de marzo de 1888, dictado por el Presidente Grover Cleveland, en calidad de árbitro del *Asunto Relativo al Río San Juan* (Costa Rica, Nicaragua), en el que se determina que un Estado dispone del derecho a realizar actividades en su propio territorio siempre que no causen daño transfronterizo. En el *asunto relativo a la Infiltración del Danubio*, en sentencia de 18 de junio de 1927, el Staatsgerichtshof señaló que “el derecho de gentes prescribe la obligación de no causar perjuicio sensible a otro Estado”. La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el *Asunto del Oder* (1929) (Partes: “Los Siete” c. Polonia), entendió que la navegación no es el único uso de un río y que la obligación de uno y otro ribereño no se funda en el derecho de paso sino en la “comunidad de intereses”. Agregó, asimismo, que “tal comunidad de intereses deviene en una comunidad de derecho, en la cual los tratos esenciales son la perfecta igualdad de todos los Estados ribereños (...).” (CPJI, Série A, N° 23 (1929), págs. 25-26).

²⁷ V. INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL: *Premier Rapport de von BAR et HARBURGER, *Annuaire de l' Institut de Droit International*, 1911, París, Vol. 24, 1911, págs. 166-167 (“En tanto un curso de agua forme la frontera de dos Estados, ninguno de ellos puede, sin el asentimiento del otro, o en ausencia de un título jurídico especial y válido, aportar o dejar aportar a los particulares cambios perjudiciales en el territorio de otro Estado”); *Résolution sur la Réglementation Internationale de l’Usage des Cours d’Eau Internationaux, *Ibidem*, págs. 365-367 (“Toda alteración dañosa (...) todo vertimiento de materias dañosas (...) está prohibido”); *Rapport Provisoire de Juraj Andrassy, Session de Neuchâtel, septembre 1959, *Annuaire de l' Institut de Droit International*, 1959, Bâle, Vol. 48, T. I, pág. 210 (“Todo Estado tiene derecho de utilizar, al máximo posible, sobre una base de igualdad de derechos, las aguas que cruzan o bordean su territorio”); *Rapport Final de J. Andrassy, Salzburg, septembre 1961, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1961, Bâle, Vol. 49, T. II, págs. 370-373 (“En caso de concurrencia de derechos de utilización, debe procederse a una distribución equitativa de los beneficios entre los Estados interesados, tomando como base la proporción de sus necesidades respectivas (...). Son prohibidos los trabajos o utilizaciones que impliquen una modificación o una alteración de naturaleza tal que pueda dañar seriamente el derecho de utilización de otro Estado (...) del mismo curso de agua”). (Traducciones de la autora del presente trabajo). INTERNACIONAL LAW ASSOTIATION: V. *Informe del Comité de Estudios, presentado bajo la Presidencia de C. Eagleton, presentado a la Conferencia de Dubrovnik, agosto de 1956. *ILA Report of the 47th. Conference*, Aberystwyth (GB), págs. 244-248 (“Todo Estado es responsable según el Derecho internacional, de todo acto de carácter público o privado que modifique el régimen de un curso de agua en perjuicio de otro Estado (...). Todo Estado que se proponga emprender nuevos trabajos o realizar empleos que puedan aportar cambios a la naturaleza de las aguas deberá llevar adelante consultas previas con el Estado interesado”); *Informe de A. Knauth presentado al Comité en ocasión de la 48ª Conferencia de la ILA, Nueva York, 1958. *ILA Report of the 48th Conference*, Aberystwyth (GB), pág. 72. (“La ONU y las organizaciones vinculadas a ella deben cooperar con los Estados ribereños y co-ribereños con miras a asegurar el mantenimiento de los derechos de cada Estado y evitar violaciones a tales derechos por parte de algún Estado (...). Si el orden de prioridad de las utilizaciones no es fijado por acuerdo, será necesario pedir opinión a los expertos en cuestiones técnicas”); *Art. 2º de la *Declaración de Helsinki* adoptada por la ILA en 1966 (“La cuenca de drenaje internacional (...) es definida como una zona geográfica que se extiende entre dos o más Estados (...) comprendiendo las aguas superficiales y subterráneas que drenan en un punto común”); *Art. XXIX, par. 2 de las *Reglas de Helsinki*, *Annuaire de la CDI*, 1974, Vol. II, P.II, pág. 398 (“El Estado de

Ello, a pesar de ser un imperativo para ella conforme al art. 38 de su Estatuto²⁸.

La parte argentina insistió durante el proceso en el estrecho vínculo entre obligaciones procedimentales y sustantivas, lo que la Corte reconoció. Sin embargo se inclinó a aceptar el pedido uruguayo, expresando sin fundamentación adecuada:

79. La Corte considera (...) que existe ciertamente un vínculo funcional (...) entre las dos categorías de obligaciones previstas en el Estatuto de 1975, pero que este vínculo no impide que los Estados Parte sean llamados a responder separadamente por unos y otros, según su propio contenido, y asumir, si corresponde, la responsabilidad que devendría, según el caso, de su violación²⁹.

Debe observarse que, de conformidad a lo expresado por la Corte, parece que fuera el Estatuto el que contempla y divide las obligaciones en dos categorías (procedimentales y sustantivas) y que el vínculo funcional entre ambas hubiese sido establecido/deducido por la Corte. Muy por el contrario, el Estatuto no distingue en ninguna de sus partes-capítulos entre lo sustantivo y lo procedimental y es la Corte la que hace la división funcional a la que, expresamente, y —a nuestro criterio errónea e injustificadamente— hace lugar a la posición favorable a Uruguay. Así, *i.a.* en el para. 80 expresa:

la cuenca deberá ser advertido cuando los intereses de otro Estado puedan ser sensiblemente afectados”); *Reglas de Seúl, adoptadas por la ILA en 1986, relativas a distintos tipos de aquíferos (<http://www.fao.org/Legal/advserv/isarm1.pdf>). (“Los Estados de la cuenca considerarán el manejo integrado (...) a solicitud de cualquiera de ellos” (R. IV)); *ILA *The Revised International Law Association Rules on Equitable and Sustainable Use in the Management of the Waters*, March 2002, Art. 4º (“Los Estados de una cuenca deberán cooperar de buena fe en la administración de las aguas para el beneficio mutuo de los Estados participantes, respetando la igualdad soberana y la integridad territorial de cada Estado”). (Traducciones de la autora de presente trabajo).

²⁸ *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: Art. 38. 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:* (a). las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; (b). la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; (c). los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; (d). las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho (...).

²⁹ 79. La Cour considère (...), qu’il existe certes un lien fonctionnel (...), entre les deux catégories d’obligations prévues par le statut de 1975, mais que ce lien n’empêche pas que les Etats parties soient appelés à répondre séparément des unes et des autres, selon leur contenu propre, et à assumer, s’il y a lieu, la responsabilité qui découlerait, selon le cas, de leur violation.

80. El Estatuto de 1975 prevé, a cargo de la parte que proyecta ciertas actividades, enumeradas en el primer párrafo del art. 7, obligaciones de naturaleza procedimental cuyo contenido, articulación y plazos se precisan en los arts. 7º a 12 (...)³⁰.

No resulta sustentable pensar que simples obligaciones de procedimiento puedan bloquear *in totum* el Estatuto, impidiendo que el mecanismo acordado para alcanzar el óptimo y racional uso del río tenga posibilidades de cumplirse. Entendemos que la Côte considera a todo el contenido de los arts. 7º a 12 procedimental, ya que, al tratar la violación de obligaciones sustantivas no retoma las cuestiones relativas a la información, notificación y negociación.

Reproducimos en nota de pie de página el Cap. II (art. 3º a 13) del Estatuto para poner en evidencia la falta de escisión en el instrumento de las presuntas dos categorías de obligaciones³¹. El hecho de que se hayan

³⁰ 80. Le statut de 1975 prévoit à la charge de la partie qui projette certaines activités, énumérées au premier alinéa de l'article 7, des obligations de nature procédurale dont le contenu, l'articulation et les délais sont précisés aux articles 7 à 12 (...).

³¹ **CAPITULO II. Navegación y obras.** Art. 3º. Las partes se prestarán la ayuda necesaria a fin de otorgar a la navegación las mayores facilidades y seguridad posibles. Art. 4º. Las partes acordarán las normas reglamentarias sobre seguridad de la navegación en el río y uso del canal principal. Art. 5º. La Comisión adjudicará a las partes previo planeamiento en común, la realización del dragado, el balizamiento y las obras de conservación de los tramos del canal principal que fije periódicamente, en función del uso del mismo y de la disponibilidad de medios técnicos. Art. 6º. A los fines expresados en el art. 5º, cada parte autoriza a que, en su jurisdicción, los servicios competentes de la obra efectúen las tareas respectivas, previa notificación a través de la Comisión. **7. La Parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del Río o la calidad de sus aguas, deberá comunicarlo a la Comisión, la cual determinará sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra Parte. Si así se resolviere o no se llegare a una decisión al respecto, la Parte interesada deberá notificar el proyecto a la otra Parte a través de la misma Comisión. En la notificación deberán figurar los aspectos esenciales de la obra y, si fuere el caso, el modo de su operación y los demás datos técnicos que permitan a la Parte notificada hacer una evaluación del efecto probable que la obra ocasionará a la navegación, al régimen del Río o a la calidad de sus aguas.** 8. La Parte notificada dispondrá de un plazo de ciento ochenta días para expedirse sobre el proyecto, a partir del día en que su Delegación ante la Comisión haya recibido la notificación. En el caso de que la documentación mencionada en el artículo 7º fuere incompleta, la Parte notificada dispondrá de treinta días para hacérselo saber a la Parte que proyecte realizar la obra, por intermedio de la Comisión. El plazo de ciento ochenta días precedentemente señalado comenzará a correr a partir del día en que la Delegación de la Parte notificada haya recibido la documentación completa. Este plazo podrá ser prorrogado prudencialmente por la Comisión si la complejidad del proyecto así lo requiriere. 9. Si la Parte notificada no opusiere objeciones o no contestare dentro del plazo establecido en el artículo 8º, la otra Parte podrá realizar o autorizar la realización de la obra proyectada. 10. La Parte notificada tendrá derecho a inspeccionar las obras que se estén ejecutando para comprobar si se ajustan al proyecto presentado. 11. Si la Parte notificada llegare a la conclusión de que la ejecución de la obra o el programa de operación puede producir perjuicio sensible a la

fijado plazos, modalidades, vías para el cumplimiento de los compromisos sustantivos no indica que todo el articulado constituya obligación procedimental, menos aún su contenido/obligación central —que tal como lo reconoce la Corte en el para 81 citado precedentemente—, es sustancial, central, indispensable. Más aún, debe destacarse que la Corte en ese párrafo hace referencia a que las “obligaciones” de “informar”, “notificar”, “negociar” han sido “**aceptadas**” por las partes, reconociendo con esa expresión —probablemente sin desearlo— la existencia de esas obligaciones como normas preexistentes y de naturaleza diferente a la convencional, aspecto que no ha considerado a pesar de ser un Tribunal de justicia internacional y no un simple tribunal arbitral³². Bien ha recordado el Juez Cançado Trindade en su opinión individual que:

220. En suma, la ley aplicable en el presente caso de las pasteras, es, a mi entender, no sólo el Estatuto 1975 del río Uruguay, sino el Estatuto junto con los principios de derecho generales relevantes, abarcando los principios del derecho ambiental internacional. Estos últimos son, básicamente, los principios de prevención, de precaución, y de desarrollo sostenible (...). La Corte de La Haya, también conocida como la Corte del Mundo, no es simplemente un tribunal de justicia internacional, es el Tribunal Internacional de Justicia, y como tal, no puede pasar por alto los grandes principios del derecho.

navegación, al régimen del Río o a la calidad de sus aguas, lo comunicará a la otra Parte por intermedio de la Comisión dentro del plazo de ciento ochenta días fijado en el artículo 8º. La comunicación deberá precisar cuáles aspectos de la obra o del programa de operación podrán causar un perjuicio sensible a la navegación, al régimen del Río o a la calidad de sus aguas, las razones técnicas que permitan llegar a esa conclusión y las modificaciones que sugiera al proyecto o programa de operación. 12. Si las Partes no llegaren a un acuerdo, dentro de los ciento ochenta días contados a partir de la comunicación a que se refiere el artículo 11, se observará el procedimiento indicado en el Capítulo XV. 13. Las normas establecidas en los artículos 7º a 12 se aplicarán a todas las obras a que se refiere el artículo 7º, sean nacionales o binacionales, que cualquiera de las Partes proyecte realizar, dentro de su jurisdicción, en el Río Uruguay fuera del tramo definido como Río y en las respectivas áreas de influencia de ambos tramos.

³² La competencia de los árbitros depende de las atribuciones que las partes le confieren al consentir la jurisdicción. Ello, a tal punto que, si el tribunal no se atiene a la competencia atribuida, acarreará la nulidad de la sentencia o laudo. Ello ha llevado a afirmar que, genéticamente, el arbitraje es una institución del derecho internacional convencional, ya que sin acuerdo no hay arbitraje. No es el caso de la Corte de Justicia de las Naciones Unidas, órgano judicial principal de la Organización universal, el que posee un estatuto, el que si bien requiere que las partes le sometan el litigio (art. 36), debe aplicar el “Derecho internacional” en los litigios en que le toca entender, debiendo interpretar toda controversia entre partes en ese contexto (V. *supra* art. 38 del Estatuto de la Corte).

La referencia a **“un recurso compartido (...) únicamente podrá ser protegido por medio de una cooperación estrecha y continua entre los ribereños”**) pone de manifiesto la posición de la Corte contraria a la noción de recurso natural compartido sustentado en la idea de soberanía e integridad territorial, al no distinguir entre las obligaciones que tiene los Estados surgidas del derecho de soberanía sobre un bien y, consecuentemente la limitaciones al ejercicio de esa soberanía por su condición de recurso *natural* compartido (limitaciones para iniciar obras de aprovechamiento, deberes/derechos de protección, preservación y ordenación ambiental en general y, en este caso, de los cursos de agua y de sus aguas). Debe tenerse presente que, de no producirse intervención humana alguna sobre el recurso *natural*, tampoco habría de surgir obligación alguna de adoptar medidas de protección del bien. Cuando uno de los ribereños decide una intervención, primero cabe ocuparse del uso y la legitimidad del mismo, para recién una vez iniciado el aprovechamiento en cuestión, considerar la necesidad de la protección y preservación del río para que los usos no causen daño a los legítimos intereses de los demás Estados del río o curso de agua. El principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* no sólo se aplica a los recursos naturales compartidos. Es un principio general del Derecho ambiental internacional³³. La Corte no distingue las dos aplicaciones consagradas consuetudinariamente y en el mismo Estatuto de 1975: a) uso del bien; b) preservación del bien durante el o los usos.

Según la percepción de la Corte, sólo la norma consuetudinaria relativa a la obligación de no causar perjuicio transfronterizo en un recurso compartido es sustantiva. Ello no es acorde a la numerosa práctica de los Estados y de las Organizaciones internacionales, ni a la doctrina individual e institucional y la jurisprudencia internacional declarativa de esas normas consuetudinarias, como tampoco a los proyectos de la CDI vinculados a la temática.

³³ Principio de prevención sentado en el *leading case Trail Smelter (Canadá, EE.UU.)*. El laudo de 16 de abril de 1938 a más de la indemnización por daños, ordenó el control de contaminación. En el laudo de 11 de marzo de 1941, tras constar que la fundición no podía funcionar sin causar daño transfronterizo, decidió: *“(D)e conformidad a los principios de derecho internacional, como también al derecho de los Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho de usar su territorio o permitir su uso de manera que cause un perjuicio (...) en el territorio de otro Estado o a bienes o personas que allí se hallan.”* (“(U)nder principles of international law, as well as the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury (...) in or to the territory of another or the properties or persons therein). El Tribunal agregó que, independientemente de los compromisos que Canadá había asumido convencionalmente, el Gobierno del Dominio de Canadá tenía *“el deber de velar que la referida fundición actuara conforme a la obligación emergente del derecho internacional”*. Cf. *Trail Smelter Arbitral Tribunal, Decision Reported on March 11, 1941, to the Government of the United States of America and to the Government of the Dominion of Canada under the Convention signed April 15, 1935, RIAA, Vol. 3, págs. 1938-1982, en part. P. 1965.*

No deja de sonar “forzada” la división que hace la Corte entre obligaciones procedimentales y sustantivas. Ello, resulta más significativo cuando, con ligereza duramente criticada por varios Magistrados de la CIJ (no sólo los que emitieron opiniones disidentes, sino también opiniones separadas), dictaminó por once votos contra tres que “*la República Oriental del Uruguay no violó sus obligaciones sustantivas bajo los arts. 35, 36 y 41 del Estatuto del río Uruguay de 1975*” (Para. 282.2), como si éstas hubiesen sido las únicas obligaciones violadas por las que demandó Argentina.

Por otra parte, la Corte ha asignado a la CARU un rol que no tiene en el sistema. Ello a pesar de que la propia Corte recuerda que Uruguay ha entendido que la CARU “no es un organismo dotado de una voluntad autónoma, sino más bien un mecanismo establecido para facilitar la cooperación entre las Partes” (para. 84) y que, si bien, Argentina manifestó que la CARU constituye “el órgano clave de coordinación entre las partes en casi todas las áreas cubiertas por el Estatuto”, no ha llegado a afirmar su plena independencia como sí lo ha hecho —injustificadamente— la Corte³⁴.

Algunas reflexiones finales

Cabe destacar que los votos disidentes en la parte del fallo que hace a las violaciones sustantivas, en realidad, fueron seis y no tres (Al-Khasawneh / Simma, Skotnikov, Yusuf, Cançado Trindade, Vinuesa-Juez *ad hoc*).

Para ponderar la conformación del tribunal y su posición es necesario recordar que han estado ausentes Owada (Presidente de la Corte), Buergenthal y Shi. A ello se agrega que se ha violado el art. 13.3 del Estatuto de la Corte³⁵, más allá de que la interpretación de la Corte se haya

³⁴ Tribunales internacionales y nacionales han señalado que el hecho de que acuerdos interestatales asignen personalidad jurídica a un ente, ello no significa que la posea en sentido objetivo. V. al respecto la *Opinión Consultiva* de la CIJ de 11 de abril de 1949 en el Asunto relativo a la *Reparación de Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*. La personalidad objetiva no depende de lo que los contratantes en el tratado constitutivo afirmen de su organización. Tal como lo señalara la Corte de Casación italiana en el asunto *Istituto Universitario Europeo c. Piette* (sentencia N° 149, 18 de marzo de 1999) una disposición de ese tipo “*sólo significa que la organización adquiere la personalidad jurídica en el derecho interno de los Estados contratantes*”, es decir, impone a los Estados Miembros la obligación de reconocer la personalidad de esa organización en su derecho interno. Resulta absurdo adjudicar a la CARU el rol de “componente central” “para el cumplimiento de las obligaciones de cooperación del Estatuto”, como lo hace la Corte, cuando el ente binacional queda bloqueado para adoptar decisiones cada vez que los Estados imparten mandatos contrapuestos a sus delegados. Sorprende que la Corte le dedique tanto espacio de su fallo cuando ha tenido muestras claras de sus debilidades/neutralizaciones operativas durante todo el conflicto.

³⁵ Estatuto de la CIJ: “13.3. Los miembros de la Corte continuarán desempeñando las funciones de sus cargos hasta que tomen posesión sus sucesores. Después de reemplazados, conti-

inclinado por entender que los nuevos jueces reemplazan a los anteriores si han estado incorporados antes de la fase oral del proceso. Creemos que ello se hace eco, con visión de activismo judicial postmoderno, de lo dispuesto en el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁶, pero no admitido (expresamente) en el Estatuto de la Corte (*in claris non fit interpretatio*, principio hermenéutico asentado ya en el siglo XII). Tres jueces que entendieron en las etapas anteriores no se han pronunciado en contravención al 13.3 del Estatuto en el fallo del 20 de abril de 2010 por haber concluido en sus funciones: Higgins —Presidente—, Parra Aranguren, Ranjeva y sí intervinieron y se pronunciaron los tres nuevos jueces (Greenwood, Cañado Trindade, Yusuf), incorporados en febrero de 2009 en reemplazo de los tres salientes. Se torna más preocupante la situación en los hechos atento a que el Vice-presidente en ejercicio de la Presidencia (Tomka) —con rol preeminente atento su función— no se había pronunciado en ninguna de las ordenanzas anteriores relativas a las solicitudes de medidas provisionales por parte de Argentina y Uruguay (Ordenanzas de 13 de julio de 2006 y 23 de enero de 2007).

También, es reflejo de la incuria de la Corte -poco respetuosa de la soberanía de los Estados y su dignidad como sujetos internacionales- la aplicación de prácticas surgidas en el ámbito interno al amparo de la saturación de labores por exceso de causas pendientes y la facultación por ley del derecho del tribunal de considerar sólo los argumentos de las partes que estima relevantes. Así, la Corte falló: “*Por unanimidad: Rechaza todas las otras peticiones de las partes*”³⁷.

En resumen, debemos resaltar que la propia concepción de “obligaciones de procedimiento” se refiere a las normas que regulan las “diligencias”, “fases”, “trámites” de una cuestión sustantiva, en cambio, las “obligaciones sustantivas”, de fondo, centrales, principales, indican lo esencial de la naturaleza de un objeto o situación. Mal podríamos decir que notificar/informar, consultar, negociar sobre el cambio del *status* de un bien compartido por parte de uno de los copartícipes al otro, sea mero trámite u obligación de mero procedimiento.

Entendiendo la Corte que el bloqueo de una de las partes de todo el mecanismo del Estatuto no constituye violación sustantiva, cabe preguntarse si no conviene a la parte que está dispuesta a violar sus compro-

nuarán conociendo de los casos que hubieren iniciado, hasta su terminación”. En similar sentido, dispone el art. 17. 4 del reglamento de la Corte con relación a los miembros de una Sala.

³⁶ El Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su art. 5º.3. dispone: “Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos”.

³⁷ “282. (...) 3) A l’unanimité, Rejette le **surplus des conclusions des Parties**”.

misos internacionales, simplemente obviar la llamada “etapa procedimental” para liberarse de todos sus compromisos sustantivos y esperar a que el damnificado se aventure a intentar “probar” por sí, que ha sufrido un daño consumado, matemáticamente inequívoco y probado, como si no se tratara de un recurso natural compartido, el que por la sola acción unilateral indebida de una de las partes queda vulnerado al afectar la distribución equitativa del bien, alterándolo en su naturaleza originaria y perturbando sus virtualidades y aprovechamientos.

Bien ha indicado Vick que los principios básicos en los que se apoya el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos son: notificación previa de los usos planificados, prevención y uso equitativo y razonable³⁸, todos ellos vinculados en su esencia a la soberanía e integridad de los Estados. Es de observar que los tres principios tienen idéntica entidad para sustentar o enervar los aprovechamientos lícitos de este tipo de recursos de conformidad al Derecho internacional general y al propio Estatuto del Río Uruguay de 1975, a pesar de haber sido calificados por la Corte “obligaciones de mero procedimiento”.



³⁸ VICK, M. J. *Op. Cit.*, pág. 213.

LA UNIÓN EUROPEA: DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL

*María Cristina Montenegro**

Resumen: La UE presenta una estructura territorial caracterizada por las desigualdades y desequilibrios regionales en términos socioeconómicos, de calidad de vida y de competitividad. En orden a superarlos, se viene promoviendo reformas estructurales del territorio comunitario. Esto es, una ordenación del territorio centrado en el concepto de **cohesión territorial** y los objetivos de tender puentes entre la eficacia económica, la cohesión social y el equilibrio ecológico, que permite la formulación de estrategias destinadas al desarrollo sostenible. Lo dicho, en un **modelo de desarrollo policéntrico** orientado a un desarrollo territorial local, regional y nacional equilibrado dentro de un proceso de integración global. Esto supone, además, acciones comunitarias destinadas a disminuir las concentraciones excesivas de población y recursos económicos en el núcleo central de la UE. a partir de la consolidación de una estructura territorial relativamente descentralizada que asegure la competitividad de sus regiones. En función de ello se pone énfasis en las redes transeuropeas de transporte que implica garantizar la conexión eficiente entre lo local, lo regional y lo global para que la regiones y ciudades desfavorecidas superen los obstáculos geográficos, y el aislamiento, mejorando los servicios e infraestructuras de transporte que frena el desarrollo equilibrado y sostenido.

Palabras claves: Regiones - ordenamiento territorial - cohesión territorial- modelo de desarrollo policéntrico - infraestructura de transporte.

Introducción:

El avance del proceso de integración de la Unión Europea (CE) no se ha realizado sobre una matriz territorial homogénea sino todo lo contrario. Si algo caracteriza al territorio europeo es su fragmentación en regiones y en sus diferentes velocidades para incorporarse al desarrollo promovido por la integración.

Según varios autores, la cuestión de las Regiones no parece haber tenido relevancia sino hasta fecha relativamente reciente. Unuane Ortega

* Magister en Relaciones Internacionales. Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Coordinadora de la Diplomatura en Diplomacia Contemporánea de la Secretaría de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. E mail: cristmont@hotmail.com.

(2005) señala que la intervención de las regiones en los asuntos europeos fue considerada como una cuestión interna de los estados por la UE, careciendo por lo tanto de intervención en el proceso de integración. La primera aproximación de las instituciones comunitarias en materia de regiones tienen que ver con un orden práctico: organizar el territorio sobre el que se va a implementar las políticas. Es el caso de las políticas de cohesión y fondos estructurales. Esto permitió la introducción de las regiones en las vías de la integración. Para Enoch Alberti (2008), las cuestiones regionales en el marco de la UE, se han centrado, fundamentalmente, en aspectos referidos a la flexibilización del principio de autonomía institucional, de una mayor participación directa en la UE que ha seguido una tendencia hacia la previsión de participación en el Consejo, a partir del Tratado de Maastricht (art. 203 Tratado de la Comunidad Europea). La participación directa, sin mediación de los Estados, está básicamente a cargo del Comité de las Regiones: Asamblea de los representantes regionales y locales de la UE. La misión de sus 344 miembros, procedentes de los 27 Estados miembros, es lograr la participación de los entes locales y regionales y de las comunidades que representan en el proceso decisorio de la UE e informarles de las políticas de la Unión.

Por el Tratado de Lisboa, la situación de las regiones y las ciudades mejora en el sistema político de la Unión Europea y potencia la función institucional de su órgano representativo: el Comité de las Regiones (CDR)¹, a lo largo de todo el proceso legislativo. Además de ampliar sus requisitos de consulta durante la aprobación de la legislación de la UE, al CDR se le reconoce el derecho de interponer recursos ante el Tribunal de Justicia Europeo en dos casos: a) para proteger sus propias prerrogativas institucionales y b) para reclamar la anulación de cualquier nueva legislación de la UE que considere infringe el principio de subsidiariedad en los ámbitos políticos en los que el Tratado de la UE exige que se consulte al CDR.

Lo que puede inferirse, en definitiva, es que las Regiones en la UE es un fenómeno no homogéneo cuyo tratamiento ha sido, mayoritariamente, de carácter institucional y competencial, en palabras de Unanue Ortega (2005).

No obstante, las consideraciones anteriores, una búsqueda sobre propuestas, iniciativas y diseños de estrategia de ordenamiento territorial permite advertir que existe un interés relevante en materia de territorio comunitario. Particularmente, a partir de trabajos realizados hacia fines de los '80 en el que se postula la necesidad de una ordenación territorial a

¹ El Comité de las Regiones es un Órgano Consultivo de la UE.

escala europea, condición necesaria para un desarrollo más armonioso de la UE. Otros documentos posteriores dan nuevas orientaciones para favorecer políticas de gestión territorial.

En orden a lo anterior nos preguntamos cómo enfrenta la Unión Europea la diversidad local, regional y nacional, en términos de ordenamiento territorial comunitario, de cara al desarrollo territorial equilibrado y sostenible.

1. El Escenario territorial de la UE

La UE comprende un territorio de unos 3,2 millones de km² y tiene una población de 490 millones de habitantes. Su economía comunitaria es alrededor de un tercio del producto bruto mundial, lo que la convierte en una de las mayores y más ricas regiones del mundo.

La dimensión territorial se caracteriza por una variedad de regiones y ciudades de diferentes tamaños. Sus regiones tienen características geográficas específicas y la SEC (2008) las ha identificado, junto con sus problemas específicos, de la siguiente manera:

Regiones	Características
Las regiones montañosas	Son con frecuencia regiones fronterizas en las que más de un tercio de la población vive en zonas rurales. Un 10 % aproximadamente de la población comunitaria vive en regiones montañosas. Su PIB medio per cápita representa el 80 % de la media comunitaria, aunque para el 25 % de sus habitantes supera esa media. Para la mayor parte de esas regiones, la población aumentó o permaneció sin cambios entre 1995 y 2004. Las regiones montañosas cuentan con numerosas zonas naturales y suelen tener buenas conexiones, lo que las convierte en populares destinos turísticos. Muchas de ellas tienen también servicios básicos de calidad, aunque su disponibilidad difiera entre las distintas regiones. Al mismo tiempo, se enfrentan a los desafíos que plantea el cambio climático, una economía que depende de un número limitado de actividades, la presión derivada del turismo y la pérdida de biodiversidad.

Regiones	Características
Las regiones insulares	En muchos casos son montañosas y en las que más de la mitad de la población vive asimismo en una región fronteriza; seis de las siete regiones ultra periféricas son insulares. Un 3 % aproximadamente de la población comunitaria, unos 14 millones de habitantes, vive en regiones insulares. Su diversidad dificulta una visión general. Estas regiones son muy heterogéneas tanto en tamaño de la población como en PIB per cápita. El crecimiento de su PIB también ha sido diverso, lo cual refleja las diferencias de sus estructuras económicas; unas dependen enteramente del turismo mientras que en otras el sector servicios está muy diversificado. La población aumentó en la mayor parte de estas regiones entre 1995 y 2004. Sin embargo, muchas islas siguen enfrentándose a problemas de accesibilidad, mercados reducidos y costes elevados del suministro de servicios públicos básicos y de energía.
Las dieciocho regiones escasamente pobladas	Todas son rurales y casi todas regiones fronterizas. Sólo 2,6 millones de personas viven en estas. Su PIB per cápita oscila entre niveles muy inferiores y muy superiores a la media comunitaria. La población de la mayoría de estas regiones permaneció estable entre 1995 y 2004, pero tres de ellas experimentaron un descenso superior al 5 %. La baja densidad, la situación periférica y la debilidad estructural (debido por ejemplo a la dependencia del sector primario) coexisten en estas regiones y representan conjuntamente un importante obstáculo para el desarrollo.
Las regiones con características específicas	Estas regiones se enfrentan a problemas comunes, como las zonas costeras, que sufren la presión del desarrollo y están expuestas a los riesgos derivados del calentamiento global, y las regiones ultraperiféricas, que hacen frente a una serie de problemas relacionados con el cambio demográfico y los fenómenos migratorios, la accesibilidad y la integración regional.

Fuente: propia en base a Estrategia Territorial Europea (1999) y Diario Oficial de la UE (2008)

Por otra parte, en el espacio de la UE existen unas 5.000 ciudades pequeñas y casi 1.000 ciudades grandes que actúan como focos de atrac-

ción para la actividad económica, social y cultural. La red urbana relativamente densa contiene muy pocas urbes. Tan sólo el 7 % de la población vive en ciudades de más de cinco millones de habitantes frente al 25 % de los EEUU, y únicamente figuran cinco ciudades de la UE entre las cien más grandes del mundo (ETE: 1999).

Hasta ahora sólo hay una gran zona geográfica destacada de integración en la economía mundial: se trata del núcleo central de la UE, que comprende el territorio limitado por las metrópolis de Londres, París, Milán, Múnich y Hamburgo². Esta zona ofrece funciones económicas y servicios globales de elevado valor, que permiten alcanzar un alto nivel de renta y unas infraestructuras bien desarrolladas. Existen además algunas zonas aisladas de crecimiento (por ejemplo, Barcelona, o la región de Øresund) cuya pujanza económica no llega todavía a modificar de forma apreciable la situación desequilibrada del desarrollo territorial... En este sentido, la situación geoeconómica de la Comunidad se distingue, por ejemplo, de la de EE.UU., que dispone de varias zonas de integración económica destacadas a escala mundial: costa Oeste (California), costa Este, Sudoeste (Tejas), y medio Oeste.

Las actuales tendencias territoriales de la UE indican la continuidad de la acumulación de funciones globales y de alto valor en el núcleo central de la Comunidad, junto a unas escasas metrópolis adicionales. Teniendo en cuenta además la ampliación de la UE, el hecho de que siga concentrándose el desarrollo en una única zona destacada y dinámica de integración no favorecería una reducción de las disparidades entre la parte central y una periferia en expansión. Por tanto, es necesaria una nueva estrategia de desarrollo territorial (ETE: 1999: 26 y 27)

La concentración tiene sus ventajas económicas pero también sus desventajas a causa de la congestión: altos precios de la propiedad, la marginación social y la contaminación. En las últimas décadas se ha verificado un avance en la distribución económica hacia parámetros más equitativos

² Este centro es conocido como el "pentágono". Aquí se concentran la mitad de la riqueza y el 40% de la población, hasta 8 778 hab./km² en la zona central de Londres e índices tan bajos como 3,3 hab./km² en Norland Septentrional, Suecia. Todo esto en solo el 18% del territorio. Esta región goza de mayor accesibilidad en servicios públicos, telecomunicaciones, energía y transporte, además es el núcleo en donde la investigación y la innovación son un factor primordial, lo que les otorga un mayor nivel de competitividad respecto a las áreas menos favorecidas de la UE.

gracias al alto crecimiento de Irlanda, España y los nuevos Estados incorporados con la ampliación de la UE pero sigue habiendo zonas urbanas intensamente congestionadas y otras zonas con su potencial inexplorado.

Por lo dicho, se verifica la reproducción de un esquema centro-periferia. La periferia surge como consecuencia de desventajas geográficas, como las montañas, las islas, o regiones ultraperiféricas, o por desarrollo socioeconómico, densidad poblacional u obstáculos económicos. Esta situación de aislamiento o centralidad genera consecuencias tanto para cada una de estas zonas como para el conjunto comunitario. Los efectos de esta inequidad territorial en la estructura de la UE se reflejan desde la competitividad económica hasta la percepción de los ciudadanos al proyecto político europeo.

2 La búsqueda de la cohesión territorial

Un desarrollo más equilibrado y sostenible³, implícito en el concepto de cohesión territorial⁴, propende a un uso más equilibrado y sostenible de los activos, gracias a las ganancias económicas obtenidas de una menor congestión y de una reducción de la presión sobre los costes, lo que beneficiaría tanto al medio ambiente como a la calidad de vida. La alta densidad, las grandes distancias y la división pueden afectar al ritmo del desarrollo económico y social (Informe sobre el Desarrollo Mundial de 2009). En el marco de la ordenación territorial⁵ se contemplan acciones en tres frentes: concentración, conexión y cooperación.

³ Atento a lo establecido por el Tratado de la Unión Europea:

⁴ *fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Unión, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica, social y territorial.*

La Unión se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas.

Entre las regiones afectadas se prestará especial atención a las zonas rurales, a las zonas afectadas por una transición industrial y a las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes como, por ejemplo, las regiones más septentrionales con una escasa densidad de población y las regiones insulares, transfronterizas y de montaña (Artículo 174, antiguo artículo 158 TCE).

⁴ Por el Tratado de Lisboa, la cohesión territorial ha sido reconocida entre los objetivos de la integración europea. La política de cohesión deberá ser aprobada por codecisión entre el PE y el Consejo pero con la obligada consulta al CDR. Coordinar la postura de la Eurocámara y trabajar en estrecha colaboración con el CDR será la labor de la Comisión de Desarrollo Regional del Parlamento Europeo (REGI) El futuro de la política de cohesión a partir de 2013 y su inserción en el nuevo marco presupuestario será una de las principales tareas que tendrá que abordar el CDR y la Comisión parlamentaria.

⁵ La ordenación territorial se refiere a los métodos usados por el sector público para influir en la futura distribución de las actividades en el espacio. Se sobreentiende que con la voluntad de articular las demandas de desarrollo con las necesidades de protección del medio ambiente con el fin de lograr objetivos sociales y económicos. *La ordenación territorial comprende medidas para coordinar los impactos territoriales de otras políticas del sector; para alcanzar*

a) Concentración: como ya se indicó, la actividad económica está más concentrada que la población en la UE.

Todo esto se refleja en el elevado nivel del PIB per cápita, productividad, empleo, investigación y actividades de innovación en relación con la media nacional en las capitales y en la mayor parte de las demás conurbaciones densamente pobladas (Libro verde SEC: 2008: 3).

Pero, por otro lado, la congestión lleva consigo grandes problemas de declive urbano y marginación social, con elevados índices de desempleo, bolsones de pobreza y delincuencia en mucha de las ciudades más ricas de Europa. Por lo tanto, resulta necesario reducir los resultados negativos de las concentraciones permitiendo que los beneficios de las economías altamente especializadas y productivas derramen sobre las regiones de manera más equilibrada.

Para garantizar un desarrollo territorial equilibrado y sostenible resulta necesario fortalecer la competitividad económica y la capacidad de crecimiento pero conservando sus activos naturales y garantizando la cohesión social. Lo dicho supone evitar excesivas concentraciones de crecimiento y facilitar el acceso a las ventajas ofrecidas por los centros urbanos.

b) Conexión: la construcción de carreteras, vías férreas entre ciudades, vías navegables interiores, el desarrollo de cadenas de transporte intermodal y sistemas avanzados de gestión del tráfico permite la interconexión territorial y la reducción de las distancias a través de sistemas integrados de transporte. Esto no es un dato menor si se tienen en cuenta la ampliación de la UE hacia los nuevos miembros en donde se verifican la menor calidad de carreteras que influyen en tiempos que demandan traslados de personas, bienes y servicios. Por otro lado, existen distribución desigual de vías férreas de calidad y la falta de adecuación a los sistemas de alta velocidad.

La calidad desigual de las redes secundarias de carreteras y del transporte público significa que el acceso a los aeropuertos suele ser lento, mientras que el transporte marítimo, que puede descongestionar las carreteras y ayudar a reducir las emisiones de CO₂, se mantiene infra desarrollado. Un acceso eficaz a la energía es igualmente importante y es preciso seguir abordando la situación particular de las redes aisladas del mercado

comunitario por razones geográficas (regiones rurales y ultra-periféricas, islas) o históricas (por ej. los Estados bálticos) para garantizar una oferta robusta y eficiente. La energía renovable y las medidas de eficacia energética pueden ofrecer oportunidades para la diversificación y el desarrollo sostenible (Libro verde SEC: 2008: 3).

c) Cooperación: Para superar los problemas de conectividad y concentración referidos anteriormente y los problemas medioambientales, con sus consecuencias en aspectos de contaminación, pérdida de biodiversidad, etc. es necesario potenciar la cooperación en los distintos niveles.

El crecimiento económico en una economía mundial globalizada cada vez está más dirigido por estructuras de cooperación múltiples que reúnen distintos tipos de actores públicos y privados. Este es el caso sobre todo de las políticas de innovación que necesitan la participación de nuevas entidades, entre ellas partes interesadas distintas de las empresas. En consecuencia, es preciso adaptar las modalidades de aplicación de las políticas de crecimiento locales para reflejar la nueva realidad.

Para tomar en consideración estos y otros problemas eficazmente hace falta una respuesta política en una escala geográfica variable, que incluya en ciertos casos la cooperación entre las autoridades locales vecinas, en otros entre países e incluso en otros entre la UE y los países vecinos (Libro verde SEC: 2008: 4).

La Comisión emitió un comunicado, entre otros, al CDR respecto de la diversidad territorial a fin de potenciar las fortalezas y reducir las vulnerabilidades resultantes de dicha diversidad y de la distribución poblacional y económica existentes en el territorio comunitario. Particularmente revelador resulta la frase que encabeza el documento: **Convertir la diversidad territorial en un punto fuerte** (Libro verde SEC: 2008).

En sintonía con lo anterior, se propugna una política de acción conjunta que promueva la “cohesión territorial” como un proceso permanente y cooperativo. La cohesión territorial es entendida como la forma de garantizar un armonioso desarrollo de todas las regiones y lograr que sus habitantes se beneficien al máximo de sus características inherentes. Desde esta perspectiva, *es un medio para transformar la diversidad en un activo que contribuya al desarrollo sostenible de la UE en su conjunto.*

A este respecto, el concepto de cohesión territorial tiende puentes entre la eficacia económica, la cohesión social y el equilibrio ecológico, situando el desarrollo sostenible en el centro de la formulación de las políticas (Libro verde SEC: 2008: 4).

En el desarrollo territorial están implicados diferentes actores que actúan en distintos niveles político, administrativo y técnico. La política de Cohesión de la UE busca responder eficazmente a las necesidades y características territoriales, a los desafíos geográficos específicos y a las oportunidades de las regiones y ciudades. La dimensión territorial tiene un papel importante en esta política de cohesión que potenciará el bienestar económico y social. *Las identidades y los potenciales regionales, las necesidades y las características diversas de las regiones, ciudades y pueblos de Europa ganan significado con una política de cohesión territorial (Libro verde SEC: 2008: 4).*

3. El modelo de desarrollo territorial policéntrico

En la Agenda Territorial de la Unión Europea (ATUE) (2007) se incorpora el modelo de **desarrollo territorial policéntrico** de la UE como un instrumento más para promover la cohesión territorial⁶. Su objetivo es hacer un mejor uso de los recursos disponibles en las diferentes regiones europeas a la par de integrarlas territorialmente a fin de que sus habitantes puedan acceder a los beneficios de una Unión Europea que sea cultural, social, ambiental y económicamente sostenible.

El modelo de desarrollo policéntrico promueve un desarrollo territorial equilibrado dentro de un proceso mayor de integración global, supone estrategias que contribuyen a disminuir las concentraciones excesivas de población y recursos económicos en el núcleo central de la UE. Es decir, la consolidación de una estructura territorial relativamente descentralizada que asegure la competitividad global de la UE a partir de la integración de sus regiones (ATUE: 2007).

Además, la creación y ampliación de varias zonas dinámicas de integración en la economía mundial supone un importante instrumento para activar el desarrollo económico y la incorporación eficiente de regiones clasificadas actualmente como zonas con dificultades.

Por ello es necesario que se avance en políticas que ofrezcan nuevas oportunidades a las zonas periféricas a partir del modelo de desarrollo policéntrico consistente en la creación de varias zonas dinámicas de integración bien distribuida en el espacio comunitario, formada por regiones

⁶ Las acciones propuestas por la ATUE deberían ponerse en práctica entre 2007 y 2011.

metropolitanas de fácil acceso internacional, enlazadas entre sí y bien conectada con las regiones rurales y las ciudades de sus áreas de influencia. Asimismo. Generar una estructura urbana descentralizada, con una serie escalonada de ciudades que abarque todo el territorio comunitario. Todo ello debe garantizarse a partir de una infraestructura eficiente a las escalas transnacional, nacional y regional.

La complementariedad entre ciudades y regiones implica aprovechar las ventajas de la competencia económica entre ellas y, al mismo tiempo, disminuir las vulnerabilidades que plantea dicha competencia. Para ello es necesario articular las actividades de las ciudades y regiones: infraestructuras sociales, culturales, educacionales, etc. Sabido es que las ciudades generan múltiples interacciones funcionales con su entorno en el que se potencian mutuamente y superan los límites administrativos. La creación de redes de ciudades pequeñas en las regiones con menor densidad de población y económicamente más atrasadas pueden combinarse con los potenciales recursísticos urbanos que, muchas veces, resulta la única posibilidad de alcanzar un número de consumidores suficiente para el mantenimiento de las empresas y servicios, que las distintas ciudades en solitario no podrían lograr. En sintonía con este tipo de cooperación, las ciudades más alejadas entre sí también podrían encontrar soluciones a problemas comunes como: gestión de transportes, de logística urbana, de cooperación entre universidades y centros de investigación, de gestión del patrimonio cultural y centros históricos, así como de integración de nuevos inmigrantes en la sociedad urbana (Estrategia Territorial Europea: 1999).

El modelo de desarrollo policéntrico, por otra parte, se sustenta en redes transeuropeas de transporte⁷ que permiten garantizar los servicios en las zonas de integración económica de importancia mundial que se trata de desarrollar, y su conexión con la economía mundial, además de atender a aquellas regiones con obstáculos geográficos, sobre todo a las islas y a las regiones aisladas y mejorar los servicios e infraestructuras de

⁷ En concordancia con el Tratado de la Unión Europea que establece

1. *A fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los artículos 26 y 174 y de permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la Unión contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía.*

2. *En el contexto de un sistema de mercados abiertos y competitivos, la acción de la Unión tendrá por objetivo favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes. Tendrá en cuenta, en particular, la necesidad de establecer enlaces entre las regiones insulares, sin litoral y periféricas y las regiones centrales de la Unión (Artículo 170, antiguo artículo 154 TCE).*

transporte en las regiones donde la falta de acceso a las mismas a través del desarrollo de conexiones y servicios intrarregionales.

La instauración de un sistema equilibrado de vías de comunicación aérea y la organización de una red europea de grandes puertos marítimos, con inclusión de un sistema secundario de puertos regionales, serviría a los intereses de todas las regiones. Favorecería a la vez a los grandes nudos situados en el núcleo central de la UE, que en parte sufren una congestión cada vez más fuerte, y a las zonas periféricas, que necesitan un mayor desarrollo de su potencial económico. En este contexto, es muy importante que la conexión de los nudos intercontinentales con sus áreas de influencia por ferrocarril y vías navegables reciba también un apoyo considerable, con el fin de garantizar la sostenibilidad de las redes de comunicación. Por lo que se refiere al desarrollo de la infraestructura de puertos marítimos y aeropuertos, en el marco de una política dirigida a una integración eficaz del conjunto de las regiones de la UE, la puesta a punto de una serie de esquemas transnacionales de desarrollo territorial constituirá seguramente una ayuda importante (Estrategia Territorial Europea: 1999: 33)

En sintonía con lo anterior, el Libro Verde de la Unión Europea ha dejado explícito la necesidad de emprender una mejor articulación regional centro- periferia de cara al proceso de ampliación hacia los países del Este.

Es particularmente importante integrar mejor a nuestros Estados miembros más recientes dentro de esta política de desarrollo urbano policéntrico. A través de la Agenda Territorial contribuiremos, en términos de solidaridad territorial, a asegurar mejores condiciones y calidad de vida con las mismas oportunidades, orientadas hacia los potenciales regionales y locales, con independencia de donde vive la gente, en el área central europea o en la periferia (Libro verde SEC: 2008:7).

Por otro lado, la Agenda Territorial de la Unión Europea (ATUE) promueve el fortalecimiento de la competitividad global y la sostenibilidad de todas las regiones en concordancia con la Estrategia de Lisboa acordada por los Estados miembros en 2005. El potencial territorial de las diferentes regiones, que deben ser identificados y movilizados para promover el crecimiento económico sostenible y la creación de empleo y, mediante com-

promiso, contribuir al ahorro de energía y a su suministro descentralizado y al desarrollo de nuevas fuentes de energía renovable.

La ATUE (2007) tiene tres objetivos principales para la Estrategia Territorial Europea:

- Desarrollar de un sistema urbano equilibrado y policéntrico y una nueva asociación urbano-rural;
- Asegurar la paridad del acceso a las infraestructuras y al conocimiento;
- Promover el desarrollo sostenible, gestión prudente y protección del patrimonio natural y cultural.

Las áreas urbanas y ciudades de diferente tamaño pueden progresar mejor en el marco de la puesta en práctica de redes en un territorio europeo policéntrico de una manera innovadora y creando condiciones que se benefician de la competencia mundial para su propio desarrollo.

Las ciudades que funcionan como centros regionales deben cooperar como partes de un modelo policéntrico para asegurar su valor añadido en relación con otras ciudades en áreas rurales y periféricas, así como con áreas con desafíos y necesidades geográficas específicos (por ejemplo aquellas partes estructuralmente débiles de islas, zonas costeras y áreas de montaña). Para facilitar estos procesos, las redes de infraestructuras regionales en Europa necesitan ser ampliadas y actualizadas continuamente. Por lo tanto, apoyamos la cooperación europea entre áreas urbanas así como con ciudades pequeñas y medianas en las fronteras interiores y también más allá de las fronteras externas de la UE.

Una Europa competitiva y sostenible comprende, de forma diversa y con diferentes interdependencias, regiones urbanas de distintos tamaños y áreas rurales. Las regiones urbanas están constituidas por centros urbanos y áreas típicamente rurales; las áreas rurales, situadas más allá de la distancia de desplazamiento diario al trabajo a las áreas urbanas, están articuladas por centros regionales y ciudades pequeñas y medias. Las autoridades respectivas deben, como socios interdependientes, identificar sus potenciales comunes, elaborar estrategias conjuntas de desarrollo, regionales y sub-regionales, y de este modo, poner conjuntamente los cimientos para hacer regiones y sub-regiones atractivas y para facilitar inversiones tanto del sector público como del sector privado. A esto es a lo que denominamos asociación o partenariado urbano-rural (ATUE: 2007: 3 y 4).

Dentro de la propuesta de la ATUE para el desarrollo económico de las diferentes regiones europeas, se pone de relevancia dos cuestiones: la movilidad y la accesibilidad. Para satisfacer los requisitos de la movilidad, en un territorio europeo policéntrico, es importante asegurar el desarrollo integrado y sostenible de sistemas de transporte multimodales. Esto es, generar redes aéreas, ferroviarias y carreteras, así como vías marítimas, costeras y fluviales eficientes, y redes secundarias ligadas con sus respectivas áreas interiores (hinterland), así como la gestión del transporte transfronterizo eliminando las barreras e incorporando el uso de medidas telemáticas para el funcionamiento de partes sobrecargadas de las redes de carreteras. Esta propuesta está orientada al logro de metas más competitivas y sostenibles en base a una matriz de regiones diferenciadas.

En este mismo orden, se trabajó sobre “Redes para el desarrollo territorial sostenible: puentes a través de Europa” donde se tuvieron en cuenta los siguientes temas relevantes:

- **El reconocimiento de los principios y postulados del policentrismo y de la gobernanza**, en el establecimiento de marcos de cohesión territorial y de desarrollo socio-territorial equilibrado, cada vez más consolidados y dinámicos en las sociedades y territorios europeos,
- **La situación geográfica europea** con una variedad de oportunidades que se pueden materializar a través de la implementación de políticas adecuadas en un marco de acuerdo, cooperación y solidaridad entre los ciudadanos y las autoridades de los estados, regiones y comunidades locales,
- **La voluntad de continuar promoviendo un enfoque integrado de la cohesión y de la integración territorial**, a través de un desarrollo económico y social más equilibrado de las regiones y una mejor cohesión y competitividad, que respete la diversidad y especificidad de Europa, y las identidades de sus ciudadanos,
- **El rol de las autoridades locales y regionales** en la implementación de los principios de sostenibilidad,
- **El proceso de integración europea** constituyen pasos importantes en el **refuerzo de la cohesión a nivel europeo**.

La construcción de redes como “puentes” para el desarrollo territorial y socioeconómico sostenible implica el fomento de interacciones entre diferentes sistemas, con redes fuertes que ayuden a promover la sostenibilidad. A su vez, las redes virtuales y redes de cooperación, necesitan redes infraestructurales que favorezcan la comunicación y el intercambio. Aquí, el transporte y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)

son cruciales para la integración del territorio comunitario. El informe de la Unión Europea “Redes para la Paz y el Desarrollo”, sobre la extensión de los mayores ejes transeuropeos de transporte a los países y regiones vecinos, resulta un paso sustantivo para la creación de conexiones paneuropeas de calidad (CEMAT: 2006: 3 y 4)

Según los lineamientos del Libro Verde sobre Cohesión Territorial (2008) de la Comisión Europea la Infraestructura de Transporte Integral debe:

- Proporcionar infraestructura (mercado interior, competitividad)
- Dotar de accesibilidad: ambiental y sostenible.
- Contribuir a la cohesión económica y territorial
- Garantizar el principio de libre circulación
- Superar barreras: interconexión e interoperabilidad
- Proveer servicios de transporte innovador e integrado

Todo lo cual permitirá construir una Red Transeuropea de Transporte que logre el objetivo de disponer de una red multimodal que se combine con las redes nacionales tradicionales articulando ferrocarriles, carreteras, aeropuertos y puertos.

Por su parte, la ATUE se propuso diferentes acciones para reforzar la “cohesión territorial” de los Estados Miembros en el siguiente sentido:

(36) Nos comprometemos, dentro de nuestras competencias, a integrar las prioridades políticas de la Agenda Territorial, así como los aspectos territoriales de las Directrices Estratégicas Comunitarias sobre Política de Cohesión 2007-2013, en las políticas de desarrollo nacionales, regionales y locales. A la vista de las conclusiones del Seminario sobre Gobernanza de las Estrategias Territoriales, celebrado bajo la Presidencia austriaca de la UE en junio de 2006 en Baden, recomendamos la integración de la dimensión territorial en los procesos estratégicos que desarrollan la política de cohesión a nivel de la UE y a nivel nacional.

(37) Nos aseguraremos de que, dentro de los términos de nuestras respectivas disposiciones institucionales nacionales, nos involucremos en procesos transparentes de toma de decisiones con los agentes públicos y privados, así como con organizaciones no gubernamentales, en el desarrollo de políticas territorialmente relevantes, prioridades territoriales y acciones para su puesta en práctica (ATUE:2007:7).

Aunque las regiones, ciudades y pueblos ya han comenzado a colaborar en diversos ámbitos, siguen compitiendo entre sí al respecto de las actividades económicas, el empleo y las infraestructuras. Sin embargo, no todos los territorios europeos cuentan con las mismas condiciones de partida, lo que complica el fortalecimiento de la cohesión económica y social de la UE. Por eso es tan importante procurar el logro paulatino de un equilibrio territorial con el objetivo de llegar a un crecimiento mejor repartido geográficamente por todo el territorio de la UE (objetivo de cohesión).

Siguiendo a la ETE (1999), las tendencias de desarrollo territorial a largo plazo de la UE dependen, sobre, todo de tres factores:

- El avance de la integración económica y el correspondiente aumento de la cooperación entre los Estados miembros,
- La creciente importancia de las autoridades regionales y locales y de su función respecto al desarrollo territorial, y
- La ampliación de la UE y la evolución de las relaciones con sus vecinos.

Estos tres factores están en vinculación con el contexto económico y tecnológico mundial y con las tendencias generales de evolución demográfica, social y ambiental, que en caso de ser asumidos positivamente puede potenciar la cohesión del territorio europeo según las políticas asociadas a los siguientes objetivos:

- Cohesión económica y social,
- Conservación de los recursos naturales y del patrimonio cultural, y
- Competitividad más equilibrada del territorio europeo. Para conseguir un desarrollo más equilibrado en su dimensión territorial, es necesario que estos objetivos se persigan a la vez en todas las regiones de la UE y que se tengan en cuenta sus interacciones.

Conclusiones:

La UE presenta una estructura territorial caracterizada por las desigualdades y desequilibrios regionales en términos socioeconómicos, de calidad de vida y de competitividad. En orden a superarlos, la UE viene promoviendo reformas estructurales del territorio comunitario. Tres conceptos parecen vertebrar los planes de acción propuestos en los últimos documentos sobre ordenamiento territorial:

a) Cohesión territorial que supone un enfoque integral en el abordaje de la cuestión territorial a escala europea. Los objetivos de tender

puentes entre la eficacia económica, la cohesión social y el equilibrio ecológico, que permita la formulación de estrategias destinadas al desarrollo sostenible.

b) Modelo de desarrollo politécnico orientado a un desarrollo territorial local, regional y nacional equilibrado dentro de un proceso de integración global. Esto supone, además, acciones comunitarias destinadas a disminuir las concentraciones excesivas de población y recursos económicos en el núcleo central de la UE a partir de la consolidación de una estructura territorial relativamente descentralizada que asegure la competitividad de sus regiones. Su plan de acción comprende:

- creación de varias zonas de integración económica mundial;
- fortalecimiento de un sistema equilibrado de regiones metropolitanas y agrupamientos de ciudades;
- promoción de estrategias integradas de desarrollo urbano en los Estados miembros y que engloben a los espacios rurales próximos;
- refuerzo de la cooperación temática (transportes locales, vínculos entre universidades y centros de investigación, gestión del patrimonio cultural, integración de los emigrantes) en redes transfronterizas y transnacionales en las que participen los países de Europa del Norte, de Europa Oriental y de la Cuenca mediterránea.

c) Redes para el desarrollo territorial sostenible donde adquieren singular importancia la creación de puentes a través de Europa favoreciendo una interdependencia perdurable entre los diferentes agentes y territorios.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las Regiones tienen un rol importante en el escenario comunitario toda vez que el Comité de las Regiones pasa a ser una suerte de guardián del principio de subsidiariedad en buena parte del proceso legislativo de la UE. Esto es, servir de puente entre lo local y lo comunitario para cautelar los intereses regionales en la toma de decisiones que se produzcan en Bruselas. Quizás, lo más sustantivo del Tratado sea traducido en un esfuerzo por consolidar las políticas de cohesión territorial y social que lleve a la meta ambiciosa de una Europa más cercana a las Regiones y a los ciudadanos. Esto sólo se logrará si se profundiza la dimensión territorial de la Unión Europea.

Bibliografía:

Agenda Territorial de la Unión Europea: *Hacia una Europa más competitiva y sostenible de regiones diversas*. Acordada con ocasión de la reunión informal de ministros sobre desarrollo urbano y cohesión territorial en Leipzig, 24-25 de mayo de 2007.

ALBERTI, E. *Las regiones en el nuevo Tratado de la UE*. Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 27/28 de Noviembre de 2008.

Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité de Regiones y al Comité Económico y Social Europeo. *Libro Verde sobre la cohesión territorial Convertir la diversidad territorial en un punto fuerte* {SEC(2008) 2550} CSM1 4/161 B-1049 Bruselas 2008.

Comisión Europea: *La Comisión Europea adopta el Libro Verde sobre la cohesión territorial*. Bruselas, 6 de octubre de 2008. (IP/07/1756)

Comisión Europea: *ETE Estrategia Territorial Europea Hacia un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio de la UE*. Acordada en la reunión informal de Ministros responsables de ordenación del territorio en Potsdam, mayo de 1999.

Declaración de Lisboa sobre “Redes para el desarrollo territorial sostenible del continente europeo: Puentes a través de Europa”. Conferencia Europea de Ministros Responsables de la Ordenación del Territorio (CEMAT). Documento de la Secretaría General preparado por la División de Ordenación del Territorio y Paisaje. Strasbourg, 27 Octubre 2006 http://ec.europa.eu/regional_policy/consultation/terco/index_es.htm.

ROCCATAGLIATA, J.: *Territorio y Gestión. Ciudades, Regiones y Territorios en el Espacio Mundial Globalizado*. Editorial Docencia. Bs. As. 2001.

UNANUE ORTEGA, X: *Territorio, regiones y estados miembros: el dilema regional en la Unión Europea*. Informe Hermes 2005.

ZOIDO NARNAJO, F: *Sinergias entre los conceptos de cohesión, diversidad y desarrollo territorial*. Foro sobre la cohesión, la diversidad y el desarrollo territorial. Reflexiones en torno al Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas http://www.upo.es/ghf/giest/ODTA/html/Documentos_ODTA.htm.



A CUATROCIENTOS AÑOS DE LA OBRA “MARE LIBERUM” DE HUGO GROCIO

*Ernesto J. Rey Caro**

Resumen: Hugo Grocio fue uno de los más destacados internacionalistas del siglo XVII. Sus obras ejercieron una marcada influencia en diferentes áreas, particularmente en la jurídico-internacional y en la diplomacia de la época. El libro “De Jure Belli ac Pacis”, aparecido en 1625, constituye, para gran parte de la doctrina, la primera exposición sistematizada del Derecho de Gentes. No obstante un trabajo anterior, su “Mare liberum”, publicado en forma anónima en 1609, habría de darle una importante notoriedad y transformaría al iusinternacionalista holandés en el paladín de la defensa del principio de la libertad de los mares, originando una encendida polémica libresco. La tesis grociana se impuso definitivamente a partir de la centuria siguiente y, aunque ha experimentado una disociación en cuanto a su alcance y contenido, ha sido receptado en uno de los instrumentos internacionales más importantes adoptado en los últimos tiempos, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.

Palabras claves: Derecho del Mar - Principio de la libertad de los mares - Obra de Hugo Grocio.

Los aniversarios suelen ser oportunidades propicias para examinar la trascendencia y proyección que tuvieron en el futuro ciertos acontecimientos o hechos producidos en otras épocas. En la historia del Derecho internacional, Hugo Grocio, ha ocupado un lugar privilegiado por la influencia que ejercieron sus obras en la doctrina del siglo XVII y posteriores. Su “De Jure Belli ac Pacis” aparecida en 1625 tuvo, como pocas, una marcada influencia entre los estudiosos y publicistas del Derecho de Gentes, habiéndose publicado numerosas ediciones y traducciones a varios idiomas de esta magna elaboración doctrinaria. Para Walz, el punto de partida histórico de la construcción del Derecho Internacional, como auténtico derecho, fue Grocio¹. Como también se ha señalado, el desarrollo de las concepciones científicas sobre el derecho internacional durante los siglos

* Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ex Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya.

¹ WALZ, GUSTAV ADOLF, “Esencia del Derecho Internacional y crítica de sus negadores”, (Escrito preliminar y traducción de Antonio Truyol y Serra), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, pág. 22.

XVII y XVIII estuvo eclipsado por esta aportación de Grocio, de la que se nutrieron todos los maestros posteriores. “La genial obra de Grocio -sostiene Stadtmüller- alcanzó rápidamente vigencia clásica en la enseñanza de todas las universidades europeas (...). Todo estudio de derecho internacional comienza con la explicación de la obra principal de Grocio”². No obstante el éxito alcanzado por esta obra, no puede restársele importancia a un trabajo anterior, del cual se cumple este año el cuarto centenario de su publicación.

En efecto, en marzo de 1609, en Leiden, dio a luz como libro anónimo la primera edición de la obra “Mare liberum, sive de iure quod Batavis competit ad Indicana commercia, Dissertatio”, usualmente conocida como “Mare liberum”, que al decir de Luis García Arias, jurista hispano que participó en la primera traducción al español de la misma, es uno de los libros fundamentales de la ciencia jurídica internacional, no solo por su propio contenido doctrinal, sino por su trascendencia práctica y teórica³.

Dos causas, según García Arias, determinaron tal edición. La primera e inmediata, sería la celebración de negociaciones entre España y las Provincias Unidas, en las que los holandeses deseaban ver asegurada la libertad de navegación y comercio con las Indias Orientales. La segunda y mediata, sería la adopción por la Gran Bretaña de una política restrictiva de la libertad de pesca que los holandeses venían practicando en los mares próximos a las Islas, con la promulgación en mayo de 1609 de una Proclama de Jacobo I y la creciente rivalidad anglo-bátava en el comercio de la Insulindia⁴.

No fue su primer escrito importante pues ya entre 1604 y 1605 elaboró “De Iure Praede Commentarius” que no llegó a publicarse en esa época, permaneciendo inédito hasta que se descubrió el manuscrito en el siglo XIX y se editó en 1868.

“De Mare liberum”, señala García Arias, “fue escrito contra Portugal, publicado contra España y utilizado contra la Gran Bretaña por los holandeses” y fue redactado para defender la libertad de los mares para la

² *Historia del Derecho Internacional Público* (Traducción de F. Jardon Santa Eulalia) Parte I, Madrid, 1961, pág. 188. Reproduciendo palabras de Brierly, Stadtmüller, destaca: “Es usual al apreciar la obra de Grocio hablar de su notorio o instantáneo éxito; y si una demostración del éxito es que pocos años después de su muerte su libro se haya impuesto como libro de texto en las Universidades, que haya sido a menudo invocado en litigios internacionales, que haya sido reeditado y traducido gran número de veces y que todo autor posterior trate su nombre con reverencia, aun cuando discrepe ampliamente con su teoría, puede considerarse a Grocio hombre de éxito”.

³ GROCIO, HUGO *De la libertad de los mares*, estudio preliminar por Luis García Arias, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 9.

⁴ *Ibidem*, págs. 13-14.

navegación y el comercio de todos los Océanos, e impreso para tratar de obtener la libertad de pesca en los mares adyacentes⁵.

La tesis esgrimida por Grocio no era original, pues había sido desarrollada en el siglo anterior por varios integrantes de la llamada Escuela Española de Derecho Internacional que defendieron el principio de la libertad de los mares, entre ellos Vázquez de Menchaca⁶, aunque corresponde al jurista holandés el mérito de haberla sistematizado y haberla lanzado a la confrontación dialéctica.

Barcia Trelles ha efectuado agudas reflexiones sobre tal influencia de los internacionalistas españoles. Este autor, al examinar la polémica generada entre Grocio y el inglés John Selden que rebatió la tesis grociana en su también conocido trabajo “Mare clausum, seu de Dominio Maris Libri Duo”, sostiene “Es esto tan cierto, que Grocio cimenta una buena parte de su argumentación en apoyo de la libertad marítima alegando las teorías de Vázquez de Menchaca. Pero será bueno advertir que si es cierto que nuestros internacionalistas de la escuela española del siglo XVI coinciden con Grocio, existe una formidable diferencia, no tan solo porque preceden a Grocio en el orden del tiempo, sino porque el internacionalista de Delft defiende el principio en cuanto armadura dialéctica de intereses contingentes (en su día mantendría la tesis opuesta, cuando así quiere servir intereses antitéticos), en tanto nuestros egregios internacionalistas discurren de modo objetivo, defendiendo ardientemente el principio de la libertad marítima cuando todo parecía facilitar la tesis del hispano monopolio oceánico, determinada esa coyuntura por nuestro poderío en el mundo”⁷.

Al margen de que Grocio conocía las obras de los internacionalistas españoles, circunstancia esta que pone de manifiesto en varias partes de su trabajo, en las que los cita expresamente, y de que sus alegatos estaban dirigidos a sustentar circunstanciales políticas nacionales, no puede ponerse en tela de juicio la reacción extraordinaria que produjo su tesis en diferentes ámbitos, tanto diplomáticos como doctrinarios. La obra fue traducida al holandés y se publicaron varias ediciones a partir de 1614. Con posterioridad se efectuaron traducciones al francés, inglés, alemán e italiano, agregándoseles en muchas ediciones notas y detalles bibliográficos e históricos muy preciados.

La importancia de la argumentación de Grocio en el “Mare liberum”, encuentra su justificación en el contexto histórico en que se publi-

⁵ Ibidem, págs. 14-15.

⁶ GARCÍA ARIAS, LUIS *Historia del principio de la libertad de los mares*, Santiago de Compostela, 1946, págs. 14-59.

⁷ “El Mar y la Política Internacional”, en *Estudios de Política Internacional y Derecho de Gentes*, Madrid, 1948, pág. 455.

có dicha obra. Determinadas Potencias marítimas reclamaban y reivindicaban la apropiación de los grandes océanos y de importantes extensiones de los mares aledaños a sus costas.

El examen de los diferentes capítulos de la obra, permite comprobar que, más allá del tema axial, Grocio abordó varias cuestiones que ocupaban la atención de los iusinternacionalistas de la época, entre ellas la naturaleza y efectos de la adquisición de territorios por los Estados, pudiendo destacarse, al respecto, algunas reflexiones muy interesantes⁸.

Los capítulos referidos han sido precedidos de una introducción titulada "A los príncipes y pueblos libres del orbe cristiano", oportunidad en la que señala algunas discusiones que acaparaban la atención de holandeses e hispanos en ese momento: "...el mar inmenso y vasto, ¿es accesible solamente a un reino, aunque no sea el mayor? ¿Podrá una nación prohibir a otras que quieran vender, cambiar y relacionarse entre sí? ¿Podrá alguien conceder lo que nunca fue suyo, o descubrir lo que era ajeno, o afirmar con derecho lo que durante largo tiempo fue una manifiesta injusticia?"⁹.

En el primer capítulo, cuyo epígrafe reza: "Por Derecho de Gentes es libre la navegación para todos y hacia todos", el jurista holandés manifiesta su propósito de demostrar que sus connacionales, como súbditos de la Provincias Unidas belgo-germánicas tenían derecho de navegar, como lo hacían, a las Indias y de comerciar con sus habitantes. "Fundaré mi argumentación en el Derecho de gentes primario como regla certísima, y cuya clara e inmutable razón es la siguiente: que todas las gentes pueden relacionarse y negociar entre sí"¹⁰.

El segundo capítulo tiende a probar que los portugueses no tenían derecho de dominio por título de descubrimiento a las Indias Orientales hacia las cuales navegaban los holandeses. Allí trata el alcance del descubrimiento, afirmando que éste solamente concede derechos sobre aquellas cosas que antes del descubrimiento eran *res nullius*. El tercer capítulo está dirigido a demostrar que los portugueses no tenían derecho de dominio sobre la India por título de donación pontificia. Examina en esta oportunidad el alcance de la Bula de Alejandro VI, que dirimió una disputa entre lusitanos y castellanos, y el alcance de la misma para las demás naciones, y se pregunta si correspondía entregar a esos dos pueblos casi los dos tercios del mundo. Y observa: "(...) aunque el Papa hubiera podido y querido esto, no quedarían por ello constituidos en dueños de aquellos lugares los por-

⁸ Hemos tomado como referencia la traducción de García Arias mencionada y de allí se han extraído los párrafos citados infra.

⁹ Op.cit., págs. 57-58.

¹⁰ Op. cit., pág. 62.

tugueses, ya que la donación no convierte a uno dueño si no va seguida de la *traditio*; por lo cual a esta causa debería añadirse la posesión”¹¹).

El siguiente capítulo está destinado a probar que los portugueses no tenían sobre las Indias Orientales ningún derecho de dominio por título de guerra, sosteniendo en relación a los pobladores de los territorios ocupados una valiente opinión: “Ningún Rey, ni Emperador, ni la misma Iglesia Romana, pueden promover la guerra para ocupar tierras de esos infieles, o para someterlos en lo temporal”¹².

No es propósito de estas reflexiones conmemorativas, examinar *in extenso* todo el contenido de la obra, que ha merecido numerosos y eruditos trabajos, sino resaltar algunos aspectos, particularmente referidos al alcance de sus aseveraciones en una época en que comenzaba también a consolidarse el derecho de los Estados a ejercer soberanía sobre una porción de las aguas marítimas adyacentes a sus riberas, que daría origen a la institución del “mar territorial”.

En el Capítulo V, parte de la obra en donde trata de probar que los portugueses no tenían derechos sobre el mar de las Indias Orientales por título de ocupación, parecería que no admite la posibilidad de que el Estado pudiera ejercer derechos sobre el mar adyacente ni distinguir zonas dentro del mar mismo. Su opinión no se manifiesta con claridad. Primero afirma que las cosas que nunca pueden ser ocupadas o que de hecho no lo son, no pueden ser propiedad de nadie, porque ésta procede de la ocupación y todas las cosas que, sin alteración pueden servir tanto a un individuo como a los demás, son por esencia del dominio común de los individuos en su totalidad, y así pueden seguir porque así fueron creadas por la naturaleza. En esta categoría de cosas Grocio incluye el mar, al que considera infinito y sobre el cual no se podía ejercer dominio, estando exento de apropiación. Afirma: “El mar, por consiguiente, se encuentra entre aquellas cosas que no son propiedad de comercio, esto es, que no pueden convertirse en propiedad privada. De donde se sigue, si hablamos con exactitud, que ninguna parte del mar puede juzgarse territorio propio de pueblo alguno (...)”. Aparentemente estos textos, no dejan lugar para dudas sobre su opinión respecto del dominio de los mares. No obstante, en otro pasaje del mismo capítulo, donde trata de esclarecer a qué espacios marítimos se refería su tesis, expresa: “En este Océano la controversia es no de un golfo o de un brazo de mar, o de todo lo que pueda verse desde el litoral...”, expresión esta última que pone en duda el alcance de aquellas afirmaciones. Acaso Grocio admite ya en esta obra la posibilidad del ejercicio de ciertos derechos sobre las aguas adyacentes al litoral conforme al criterio del alcance de la

¹¹ Op.cit., pág. 75.

¹² Op. cit., pág. 81.

vista? Esta posibilidad parece también vislumbrarse cuando el final de capítulo dice: “Todos aquellos que son de la opinión de que el mar puede ser sometido al dominio de alguno, siempre lo atribuyen a aquel que posee los puertos próximos y los litorales que lo rodean”¹³.

Sin acuerdo de que Grocio no concibió la posibilidad de la apropiación de los mares sin excepción de zona alguna, es conocido el hecho de que este jurista rectificó años después no pocas de sus ideas expresadas en el “De mare liberum”.

En efecto, en su obra universalmente conocida “De Jure Belli ac Pacis”, a la que se hizo referencia inicialmente, el jurista holandés distingue el mar “próximo” del “oceánico” y la posibilidad de ejercer dominio sobre el primero. Asimismo, sostiene que pareciera que también el mar puede ser ocupado por aquel que posea tierra a ambos lados, bien aparezca sobre ellas, como el Golfo, bien arriba y abajo, como el estrecho, con tal de que la parte del mar no sea tan magna que, comparadas con las tierras, no pueda parecer una porción de ellas¹⁴.

Para Colombos, la justificación de Grocio de la doctrina de las aguas territoriales se encuentra en el Libro II, Capítulo III de esta última obra y se basa en el principio del dominio efectivo: “(...) el imperio sobre una parte del mar se adquiriría, al parecer, de igual modo que otro señorío, es decir como perteneciente a una persona, o como perteneciente a su territorio; perteneciente a una persona, cuando ésta tiene una flota que domina esa porción de mar; perteneciente a un territorio, por cuanto quienes navegan en esa parte del mar pueden ser obligados desde la costa como si estuvieran en tierra”¹⁵.

Por su parte, Wheaton afirma que Grocio apenas reconoció a una nación el derecho de apropiarse de los mares ribereños a sus costas, aunque citaba un gran número de antiguos autores para acreditar que una protección mayor había sido reivindicada algunas veces por el uso, y que podía reclamarse de esta manera más de una porción muy limitada, hablando siempre de “pors” o “portus maris”, circunscribiendo así sus citas al

¹³ Op. cit., págs. 101 y 102.

¹⁴ GROCIO, HUGO *Le Droit de la Guerre et de la Paix* (Traduit par P. Pradier Fodéré), Paris, Guillaumin et Cie, 1867, Libre II, Chapitre III, par. VIII. “Selon cet exemple, il semble que la mer puisse aussi être occupée par celui qui possède les terres situées des deux côtés, encore que cette mer soit ouverte ou par en haut, comme un Golfe, ou par le haut et le bas en forme deetroit, pourvu que cette partie de mer ne soit pas de telle étendue, que, étant comparée à la terre ferme, elle ne puisse pas être censée en faire partie”.

¹⁵ COLOMBOS, JOHN, *Derecho Internacional Marítimo* (Trad. de José Luis de Ascárraga), Madrid, 1961, pág. 60.

efecto de la tierra vecina, dando una jurisdicción y propiedad nacional de esta naturaleza¹⁶.

No cabe sorprenderse por esta opinión de Grocio, por cuanto los holandeses reconocieron, en general, algunos derechos exclusivos de pesca en los mares cercanos a sus costas, aceptando licencias para pescar mediante una subvención o canon anual, aunque negaron toda pretensión de soberanía en los mares más allá de las bahías, estrechos y a lo largo de las costas.

Conocida es la réplica a la tesis sostenida por Grocio efectuada por Selden en su obra “*Mare clausum*”, donde este autor acepta la teoría de la apropiación de un mar adyacente pero con un alcance muy particular. La obra de Selden estuvo dirigida a defender la apropiación que Inglaterra había realizado de sus mares aledaños, que según su opinión, pertenecían a ese país no por razones jurídicas, sino por consideraciones históricas. Por una parte este autor admitía que la alta mar era libre, pero —y allí la paradoja—, de tal principio quedaba excluida la alta mar británica. En su concepción, los mares del Norte y de la Mancha eran mares adyacentes.

Al respecto —acota Barcia Trelles—, Selden, despojándose de toda preocupación da un auténtico paso a la impudicia. He aquí su tesis: el mar no es común a todos los hombres, sino susceptible de apropiación privada. Por ello sólo Gran Bretaña es dueña de los mares que la rodean como accesorio propio y perpetuo de su soberanía. Ahora “veamos cuáles eran esos mares británicos” —acota el jurista español—: al Oeste, se extienden a lo largo de las costas escocesas e irlandesas; al Este, llegan a las costas de Francia; al Sur la frontera de ese peculiar “mar británico” estaba constituida por las costas septentrionales de España¹⁷.

Bien observa García Arias: “(...) lo cierto es que, a partir de 1635, el *Mare clausum*, de Selden, vino a causar el mismo impacto que había producido el *Mare liberum* de Grocio, y uno y otro personificaron al negador y al defensor del antonomasia del principio de la libertad de los mares.”¹⁸

La verdad es que la tesis grociana sobre la libertad de los mares, tuvo una gran repercusión en la doctrina del siglo XVII y se reafirmó en los siglos subsiguientes. Podría afirmarse que a partir del siglo XVIII la dicotomía mar territorial-alta mar se instaló en el Derecho Internacional Marítimo —hoy Derecho del Mar— subsistiendo, con los aportes de nuevos conceptos o instituciones, hasta nuestros días. En suma, ya en esta última centuria se aceptó, casi sin cuestionamientos, que el Estado costero podía

¹⁶ *Historia de los Progresos del Derecho de Gentes en Europa y América desde la Paz de Westfalia hasta nuestros días* (Trad. de Carlos Calvo), Besanzon, 1861, T. I, pág. 196.

¹⁷ Op. cit., pág. 462.

¹⁸ GROCIO, HUGO, *De la libertad de los mares*; op. cit., pág. 34.

ejercer su dominio o soberanía sobre las aguas marítimas adyacentes a su territorio, hasta una distancia que variaría según la naturaleza de los derechos reivindicados, pero que en general oscilaban entre las tres millas y las doce millas marinas. Se trataba del llamado “mar territorial”. El resto de las aguas marítimas, particularmente los grandes mares y océanos, constituirían la “Alta mar”, espacio este en el que se reconocería a todos los Estados, con o sin litoral, libertades fundamentales, como la libertad de navegación, de pesca y aprovechamiento de los otros recursos marítimos, tendido de cables y tuberías submarinos y otros derechos, libertades receptadas en la Convención de Ginebra de 1958 sobre la “Alta Mar”, y hoy enunciadas y desarrolladas en la Parte VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982. Excepcionalmente, a partir del siglo XIX, se reconoció a los Estados ciertos derechos sobre la llamada “zona contigua”, que era parte del mar territorial. Hoy su naturaleza jurídica ha experimentado modificaciones, a la luz de los desarrollos registrados en el status jurídico de los espacios marítimos.

Esta relativamente simple estructura jurídica de las aguas marítimas, expuesta de manera muy general, predominaría hasta mediados del siglo XX, momento en que comenzarían a experimentarse profundas modificaciones en el estatus jurídico de los espacios marítimos, transformaciones de la que no tuvo exento el concepto moderno de Alta Mar. La consideración y estudio de esta apasionante temática, exceden los límites que impone el objetivo preciso de estas breves reflexiones sobre una obra que como pocas, reiteramos, habría de tener una extraordinaria proyección en el Derecho de Gentes. No en vano muchos publicistas atribuyen a Grocio, por la autoridad de su producción científica y por la época en que elaboró sus trabajos, un lugar privilegiado en la historia del Derecho Internacional. En cuanto a la obra objeto de este recordatorio, como señala Nussbaum, bastó por sí sola para asegurarle una fama imperecedera¹⁹.



¹⁹ NUSSBAUM, ARTHUR *Historia del Derecho Internacional*, Serie C, Grandes Tratados de Derecho Privado y Público, Edit. Historia del Derecho Privado, Madrid, 1949, Vol. XXXV, pág. 116; Herrero y Rubio, Alejandro *Derecho de Gentes (Introducción Histórica)*, Valladolid, 1976, págs. 109-111

LA OPINIÓN CONSULTIVA: EFECTIVIDAD DEL DERECHO DEL MERCOSUR*

Graciela R. Salas**

María A. Sticca***

Resumen: El Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur abrió las puertas a un mecanismo que no alcanza a la cuestión prejudicial aunque inspirado en los mismos fines. Es la denominada “opinión consultiva”.

En este artículo analizamos la institución de la opinión consultiva en el Mercosur y la competencia del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur para emitir esos pronunciamientos fundados.

Palabras Claves: opinión consultiva – Mercosur – Tribunal Permanente de Revisión – Solución de Controversias.

Sumario: Introducción. La institución de la opinión consultiva. El valor de la opinión consultiva. La competencia del Tribunal Permanente de Revisión. Conclusiones.

Introducción

La solución de controversias en el MERCOSUR constituye uno de los ámbitos en los que mayores reformas se han producido.

La celebración del Tratado de Asunción en 1991 dejó pendiente el establecimiento de un sistema de solución de controversias definitivo, el que aún no se ha concretado.

* Artículo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación que se llevó adelante entre 2008 y 2009 sobre *La Opinión consultiva: Efectividad del Derecho del Mercosur*.

**Abogada. Doctora en Derecho y Cs. Sociales. Titular a cargo de la Cátedra “C” de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Cs. Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Presidente de la Comisión Directiva del Área de Estudios sobre América Latina de la misma Facultad. Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Blas Pascal, modalidad presencial y a distancia. Titular de Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Salta, modalidad a distancia.

*** Doctorando en Derecho (UNC). Mgter. en Cooperación Internacional al Desarrollo y Acción Humanitaria. Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UNC) y en la Universidad Empresarial Siglo 21. Coordinadora Académica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UNC).

La firma del Protocolo de Brasilia en 1991 constituyó una etapa en ese devenir, y permitió la resolución de diez controversias llevadas ante el sistema subregional, bajo la forma de arbitraje. Mecanismo que subsiste en la actualidad, con algunas modificaciones.

El Protocolo de Ouro Preto de 1994 no constituiría sino una nueva etapa que implicaría un avance institucional del sistema¹, pero que al mismo tiempo se enfrentaría a una etapa de estancamiento del proceso.

La necesidad de superar esa etapa, llevó al Relanzamiento del Mercosur por lo que se instruyó al Grupo Mercado Común para que a través de la conformación del Grupo Ad Hoc sobre Aspectos Institucionales analizara y propusiera reformas al sistema de solución de controversias con vista a su perfeccionamiento (DEC.CMC 25/00).

De ese grupo ad hoc surgió la propuesta que derivaría en la celebración del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del Mercosur de 2002 (PO), el que entró en vigor el 01 de enero de 2004. Dicho Protocolo establece el actual sistema de solución de controversias, aún pendiente del establecimiento de un mecanismo definitivo.

De hecho, el desarrollo de los mecanismos de solución de controversias que inspiran al sistema mercosureño no puede superar las limitaciones impuestas por el tipo de organización internacional de que se trata, aunque se está desplazando en el delgado y sutil límite de las capacidades y competencias de su intergubernamentalidad.

La creación del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR) por el Protocolo de Olivos ha significado un lento y gradual avance hacia la conformación de un tribunal con mayores competencias, en la medida en que una futura reforma de fondo del esquema de integración así lo permita.

En síntesis, el actual sistema de solución de controversias del Mercosur está integrado por dos partes: una parte es el sistema en sí, que abre dos vías basadas en el arbitraje, sea como tal, siguiendo los lineamientos generales del Protocolo de Brasilia (hoy derogado) que permite el recurso en revisión ante el Tribunal Permanente de Revisión o recurriendo directamente a éste en instancia única.

La segunda parte, innovadora en este esquema, está constituida por la competencia consultiva que se autorizó al Consejo del Mercado Común (CMC) a reglamentarla, lo que se logró por Dec. CMC N° 37/03 obediendo al mandato previsto en el art. 47 P.O.

La introducción de las opiniones consultivas en el ámbito del Mercosur acarrea tras de sí la aparición de nuevas vías de aplicación del de-

¹ La revisión con vistas a contar con un régimen definitivo quedó establecida en los arts. 43 y 44 del Protocolo de Ouro Preto.

recho del MERCOSUR que de alguna manera implican el desarrollo y la profundización de las instituciones del esquema subregional.

La irrupción de esta nueva institución en el ámbito mercosureño no hace sino asegurar la vigencia de una institución conocida desde hace muchos años en el ámbito de las organizaciones internacionales. Es el caso de las opiniones consultivas que pueden emanar, por ejemplo, de la Corte Internacional de Justicia o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otra parte, el recurso que pudiera hacerse a ella por parte de los jueces nacionales ante un caso concreto abre a su vez un verdadero abanico de posibilidades, más allá del carácter facultativo de su instauración por parte del Consejo del Mercosur que surge del art. 3º del Protocolo de Olivos y de su carácter no vinculante², que por lo demás no hace sino responder a la esencia de las opiniones consultivas.

La institución de la opinión consultiva

El establecimiento de la competencia consultiva en las organizaciones internacionales constituye un mecanismo de cierto prestigio y larga tradición, con antecedentes en la Corte Permanente de Justicia Internacional en el ámbito de la Sociedad de las Naciones, en su sucesora la Corte Internacional de Justicia (CIJ)³ ya dentro del sistema de las Naciones Unidas, en sistemas particulares como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o en procesos de integración como la Corte Centroamericana de Justicia⁴, entre otros.

La institución de las opiniones consultivas tiene una larga tradición en el ámbito de las organizaciones internacionales, tal como lo reseña con precisión el Dr. Rey Caro⁵.

En efecto, desde la conformación de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1921-1945), hasta la instancia que abre el Protocolo de Olivos, se ha transitado un largo camino a nivel internacional, pasando por similares competencias estatuidas en la Carta de San Francisco que en 1945 diera nacimiento a las Naciones Unidas, y dentro de ella a la Corte

² Art. 11 del Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, aprobado por Dec. N° 37/03 del CMC.

³ Carta de las Naciones Unidas, art. 96.

⁴ Así lo establece en el artículo 23 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia del 10 de diciembre de 1992.

⁵ REY CARO, ERNESTO J. "Reflexiones sobre la jurisdicción consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur", en *Cooperación y Conflicto en el Mercosur*, Edit. Lerner, 2007, págs. 235 -244. También disponible en <http://www.eulatin.net>.

Internacional de Justicia⁶, en la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷.

Es de la esencia que las opiniones consultivas de la CIJ en principio *per se* carecen de fuerza obligatoria, salvo que las partes mediante, por ejemplo, un convenio acuerden en atribuirle carácter obligatorio, tal como se hizo en algunos tratados internacionales⁸.

Las opiniones consultivas tienen, en principio, como *destinatario directo* al órgano u organismo que la solicitó y como *destinatario indirecto* a los Estados miembros del órgano u organización que la requirió, al margen de que algunos de esos Estados hayan votado a favor y otros en contra de la solicitud.

Jiménez de Aréchaga sostiene que, salvo en los casos en que se les ha dado efecto obligatorio por acuerdo previo de partes⁹, las opiniones consultivas poseen sólo un valor persuasivo¹⁰, de asesoramiento o consulta jurídica. “*Sin embargo, por el prestigio y autoridad judicial del órgano de que emanan, el cuidado que éste pone en sus respuestas, después de seguir procedimientos que no son los de una academia de jurisprudencia sino los de una verdadera magistratura, sustancialmente equiparable a los contradictorios, tales dictámenes en la práctica han sido sumamente respetados y acatados siempre por los órganos a los que se dirigen*”¹¹.

La existencia de esta competencia en determinados tribunales nacidos en el seno de organizaciones internacionales, tiene como una de sus razones de ser y fundamento en la necesidad de contar con un órgano consultivo que se encuentre en condiciones de evacuar consultas sobre cuestiones jurídicas que le sean sometidas por quienes se encuentren habilitados a hacerlo.

De hecho, son los órganos decisorios los que generalmente y en primer lugar tienen abierta la vía para solicitar una opinión consultiva,

⁶ Ver art. 96 de la Carta de la ONU, art. 65 del Estatuto de la C.I.J., cuyos antecedentes radican en el art. 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones.

⁷ Ver art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸ *i.a.* Convención sobre Privilegios e Inmidades de las Naciones Unidas; Convención sobre los Privilegios e Inmidades de las agencias especializadas; Convención de Viena sobre Derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre organizaciones internacionales; Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

⁹ A nuestro entender se refiere a los sujetos (Estados /Organizaciones internacionales) respecto de los cuales está vigente un convenio en el que se acordó que una forma de solucionar sus controversias sería la solicitud de una OC a la Corte Internacional de Justicia, otorgando en consecuencia a la misma valor vinculante.

¹⁰ De PERSUADIR (del latín *persuadere*) inducir, obligar a alguien con razones a creer o hacer algo. Diccionario Enciclopédico Británico, T. 3, 1995-1996, pág. 128.

¹¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Edit. Jura, Madrid, 1958, pág. 570.

como es el caso de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de la ONU, el Consejo del Mercosur, el Grupo Mercado Común o la Comisión de Comercio en el ámbito del Mercosur.

A renglón seguido sólo en algunos casos se abre esa posibilidad para los Estados que conforman cada organización, como ocurre con la Corte Interamericana de Derechos Humanos o en Mercosur.

Otro de los fundamentos de esta institución radica en la necesidad de proveer a los estados de un procedimiento suplementario de solución pacífica de sus diferendos, menos apremiante que el procedimiento contencioso¹². Más aún, se trata de asegurar una interpretación uniforme del derecho en su aplicación al caso concreto por los jueces nacionales.

Sin embargo, no podemos dejar de advertir la existencia de algunos riesgos derivados de la proximidad entre quien emite la opinión consultiva y el tribunal que posteriormente debería resolver una controversia planteada en la misma materia.

Hasta allí llegarían las posibilidades que el Derecho y la práctica internacionales reservan a esta institución. La razón radica en el tipo de organización internacional de que se trate, de la que derivan las competencias del respectivo tribunal.

En efecto, tratándose de organizaciones internacionales intergubernamentales, absolutamente desprovistas de todo carácter supranacional, quienes detenten esa posibilidad, son tanto sujetos del Derecho Internacional (estados u organizaciones internacionales) como órganos internos de esas organizaciones internacionales, expresamente habilitados a tal efecto, como los mencionados más arriba.

Cabe destacar, que gran parte de la doctrina suele tender un vaso comunicante con la interpretación prejudicial propia de procesos de integración más avanzados como el europeo o el andino¹³.

A diferencia del caso que nos ocupa, los sistemas comunitarios, más allá del grado de avance que hubieren alcanzado, se basan en principios tales como la vigencia directa¹⁴ e inmediata de las normas comunitarias en los respectivos sistemas jurídicos nacionales, con supremacía aún sobre la constitución¹⁵.

Así, entre las competencias del Tribunal de Justicia Europeo, luego de las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa, encontramos en el art. 9º F:

¹² DAILLIER, PATRICK. *La Charte des Nations Unies*. Cot Jean Pierre et Alain Pellet. Commentaire à l'article 96.

¹³ Ver art. 9º F del Tratado de Lisboa y art. 32 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, entre otros.

¹⁴ TJE Asunto 26/62, Van Gend & Loos. Sentencia del 5 de febrero de 1963.

¹⁵ TJE Asunto 6/64, Caso Flaminio Costa c/ E.N.E.L. Sentencia del 15 de julio de 1964.

3. *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados:*

... b) *con carácter **prejudicial**, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones;*

Como puede observarse, son los tribunales nacionales¹⁶ los habilitados a solicitar **directamente** la interpretación prejudicial al TJE. Por otra parte, dicha interpretación está abierta no sólo a la interpretación del Derecho de la Unión, sino también sobre la validez de los actos adoptados por las Instituciones¹⁷ y sus alcances¹⁸, entre otros.

En el ámbito de la Comunidad Andina, la institución de la interpretación prejudicial está establecida en la Sección Tercera del Capítulo II del *Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* (artículo 32 a 36), tal como resultó de las reformas introducidas por el Protocolo de Cochabamba, aprobado el 28 de mayo de 1996 y en vigor desde el 25 de agosto de 1999. Estas disposiciones se complementan con las contenidas en el Capítulo III “De la interpretación prejudicial”, del Título Tercero “De las acciones en particular” del *Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* (artículos 121 a 128)¹⁹.

En los sistemas como el mercosureño, por el contrario, basado en la intergubernamentalidad, se apoyan en el principio de cooperación, y el derecho emanado de sus órganos carece de vigencia directa, y en consecuencia debe ser incorporado al sistema jurídico de los estados que lo constituyen pues las normas tienen “vigencia simultánea” con todo lo que ello significa, como fue bien explicitado en el Laudo Arbitral N°VII sobre *Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las Resoluciones GMC N°48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR*²⁰, entre otros.

¹⁶ El carácter del órgano jurisdiccional del requirente ha sido objeto de sentencias del TJE a partir de la dictada el 30 de junio de 1966, asunto 61/65, Vaasen-Göbbels c/ Direction du Beamtenfonds voor het Mijnbetrijf. Pág. 184.

¹⁷ Encontramos un ejemplo en la Sentencia del TJE de 22 de octubre de 1987, asunto 314/85, Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lubeck-Ost.

¹⁸ Sentencia del TJE del 13 de mayo de 1981, asunto 66/80, SpA International Chemical Corporation c/ Amministrazione delle Finanze dello Stato, en relación a la aplicabilidad directa e inmediata del derecho comunitario europeo.

¹⁹ Procedimiento y solución de controversias de la CAN. Procesos del Tribunal de Justicia. Interpretaciones prejudiciales, consultado el 12/01/2010, disponible en: http://www.comunidadandina.org/canprocedimientosinternet/interpretacion_prejudicial.htm.

²⁰ Ver STICCA, MARÍA A. Laudo Arbitral N° VII sobre Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las Resoluciones GMC N°48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR, Cuaderno de Derecho Internacional N°1, Doctrina y Jurisprudencia de los laudos arbi-

Para solicitar la opinión consultiva que nos ocupa, los tribunales nacionales deben hacerlo a través de los respectivos tribunales superiores, quienes tienen la competencia para hacerlo conforme Dec. CMC N°02/07.

Otra de las características de la opinión consultiva es que la misma debe hacerse exclusivamente con relación a cuestiones jurídicas que le sean planteadas.

Esto nos lleva al capítulo de las fuentes del derecho mercosureño, encabezadas por el Tratado de Asunción, los protocolos que se firmaron dentro de su contexto, las normas emanadas de sus órganos internos, en los términos establecidos por el Capítulo V del Protocolo de Ouro Preto (particularmente el art. 34), el art. 3° del instrumento por el que se crea el Tribunal Administrativo Laboral del Mercosur²¹, o el art. 38 del Protocolo de Olivos²², entre otros.

Joao Grandino Rodas define a las opiniones consultivas como:

*“... pronunciamientos fundados del Tribunal Permanente de Revisión en torno a preguntas de carácter jurídico respecto de la interpretación y aplicación de las normas MERCOSUR en un caso concreto, con el objeto de resguardar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados Parte”*²³.

Como puede observarse con claridad este jurista brasileño, miembro del Tribunal Permanente de Revisión, formula un concepto integrado por las que podríamos llamar notas características de esta institución en esta organización internacional.

Afirma que son *pronunciamientos fundados del Tribunal Permanente de revisión*, lo que *ab initio* separa esta cuestión de la discusión acer-

trales del Mercosur, Instituto de Derecho Internacional y de la Integración de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2004, págs. 111-122. También disponible en www.acader.unc.edu.ar. Sección Doctrina Derecho Internacional Público.

²¹ MERCOSUR/LI GMC/DT N° 23/03. MERCOSUR/GMC/P, por el que se crea el Tribunal Administrativo- Laboral del Mercosur.

“Artículo 3.- Reglas aplicables.

El TAL resolverá los conflictos laborales que se le sometan, en base a las normas del Acuerdo de Sede (Decisión CMC N° 4/96), las normas Mercosur aplicables al personal de la SM y las instrucciones de Servicio dictadas por el Director de la SM”.

²² “Art. 34. Derecho aplicable:

1. Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia...”.

²³ GRANDINO RODAS, JOÃO. *La Competencia del Tribunal Permanente de Revisión para emitir Opiniones Consultivas*. Brasília, 22 de noviembre de 2008. Consultado el 05.10.09 Disponible en: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Expositores/La_Competencia_del_Tribunal_Permanente_de_Revisión_para_emidir_Opiniones_Consultivas_Joao_Grandino_Rodas_espaol.pdf.

ca del carácter de las opiniones consultivas que, si bien emanan de un tribunal que actúa como tal, en el mismo no está ejerciendo su jurisdicción sino su competencia. Además, esos pronunciamientos deben ser fundados, es decir, que deben ser completos en sí mismos, de manera que surja con claridad la pregunta efectuada y la interpretación que el TPR haga del derecho invocado.

El siguiente elemento es el que delimita las cuestiones que podrán serle sometidas, es decir, exclusivamente *preguntas de carácter jurídico* respecto de las normas aplicables en un caso determinado. Ello así en tanto es de la esencia de las opiniones consultivas que solamente puedan ser requeridas respecto de cuestiones jurídicas y no de cuestiones políticas.

Otra precisión viene dada por la limitación a la *interpretación y aplicación de las normas MERCOSUR*, para lo cual deberemos remitirnos a las fuentes del derecho aplicables en cualquier oportunidad en que deba actuar un tribunal en el ámbito de la organización subregional (art. 34 del P.O.), citados también por los arts. 3º y 4º del Reglamento del Protocolo de Olivos²⁴.

A renglón seguido agrega otra precisión: *interpretación y aplicación de las normas MERCOSUR en un caso concreto*. Como puede observarse entonces, la opinión consultiva no puede ser solicitada *in vacuo* sino que debe plantearse con relación a un caso concreto, frente a un planteamiento efectuado en un procedimiento judicial llevado adelante ante un tribunal nacional. Al no precisar quién debe efectuar ese planteamiento podemos colegir que puede ser hecho tanto por un particular como por el propio Estado en un procedimiento determinado, sin importar el nivel dentro de la pirámide jurídica de que se trate. Por otra parte, al precisar la normativa a interpretar por parte del TPR surge la prohibición de opinar o intervenir respecto a hechos (cuestión fáctica) o al derecho interno de los Estados Parte. Este aspecto resta siempre bajo la órbita de la jurisdicción nacional y particularmente del tribunal actuante en el caso concreto.

Finalmente agrega su objeto, es decir *resguardar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados Parte*. Podríamos decir que este es el vínculo que se tiende con la interpretación prejudicial de un sistema co-

²⁴ Art. 3º del Reglamento del Protocolo de Olivos:

"1. Todos los Estados Partes del MERCOSUR actuando conjuntamente, el CMC, el GMC o la Comisión de Comercio del MERCOSUR (en adelante CCM), podrán solicitar opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM...".

Art. 4º:

"1. El TPR podrá emitir opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con jurisdicción nacional. En este caso, las opiniones consultivas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR...".

munitario y que se vincula esencialmente con el objeto y fin del proceso de integración en sí mismo.

El valor de la opinión consultiva

Como sosteníamos en líneas anteriores, es de la esencia de la opinión consultiva su carácter no vinculante, lo que no implica negar su peso específico en cada caso concreto.

Por otra parte, y dado ese carácter desprovisto de ejercicio de la jurisdicción ya apuntado, el objeto de la opinión consultiva no implica que el TPR se encuentre habilitado a declarar con valor de cosa juzgada que el acto objeto de la misma sea inexistente, ni anularlo. Diríamos que simplemente su accionar tendría un valor declarativo que clarificaría al juez sobre los alcances de una norma ante el caso que le sea sometido, pero la interpretación del TPR no obliga al juez local quien siempre mantiene bajo su jurisdicción la cuestión de fondo.

A esta altura, ya nos encontramos entonces ante la posibilidad de efectuar otra distinción en cuanto al valor de la opinión consultiva, y ella radica en quién la solicita, sea un órgano decisorio de Mercosur, sea un tribunal nacional.

En el primer caso el grado de obligatoriedad podría superar largamente el carácter de no vinculante atribuido por el art. 11 del Reglamento del Protocolo de Olivos, habida cuenta de la profunda relación existente entre los órganos del Mercosur. A su vez cabría distinguir entre el carácter normativo y el carácter jurisdiccional del acto por el cual un órgano decisorio consulta al TPR. Entendemos que en el primer caso podría darse un grado de obligatoriedad indirecta si el órgano requirente se encuentra en posición de imponer esa interpretación a los otros órganos²⁵ y en caso de un acto jurisdiccional podría plantearse cuando el mismo implicara un error de derecho que cuestionara el Tratado de Asunción.

En este punto podríamos citar nuevamente a Joao Grandino Rodas, quien sostiene que aún el hecho de la ausencia de *imperium u obligatoriedad* de las opiniones consultivas solicitadas al TPR " ... *no le quitan la importancia ni el valor jurídico emergente del hecho de que para que el Tribunal Permanente de Revisión pueda expresarse -previamente- deben transitarse determinados procedimientos y buscado acuerdos (tal es el caso de las opiniones requeridas por los Estados Parte que requieren del consenso) que permiten presuponer con la provisoriedad del caso que la Opinión Consultiva emitida será debidamente aplicada al caso concreto*"²⁶.

²⁵ Podría ser el caso del CMC sobre los otros órganos.

²⁶ Op. Cit. GRANDINO RODAS, JOÃO. *La Competencia del Tribunal...*

Podríamos decir aquí que la cuestión queda abierta y aún irresuelta por parte de la práctica y la doctrina nacionales. En este punto interesante es destacar que por primera vez en octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, máximo tribunal de la República Argentina, solicitó opinión consultiva sobre gravámenes ante una presentación de la empresa Sancor, que cuestiona la resolución 11/2002 del Ministerio de Economía. Se trataba de determinar si los derechos de exportación aplicados se encuentran en oposición al Tratado de Asunción. Esta solicitud de opinión consultiva fue desistida.

En los sistemas comunitarios, la interpretación prejudicial reviste *i.a.* las siguientes características particulares:

- Puede ser solicitada directamente²⁷ por un juez local, agregaríamos sin interpósita persona;
- La misma es obligatoria para el juez requirente en el caso concreto
- Procede en aquellos casos en que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno (art. 33 del Tratado que constituye el Tribunal de Justicia Andino)

Tanto en uno como en otro caso, le está vedado al tribunal requerido toda interpretación del derecho interno.

Mientras que la interpretación prejudicial que se solicite a un tribunal comunitario puede ser solicitada directamente por el juez local, en ocasiones con carácter suspensivo y cuyo resultado es vinculante para el caso concreto, en las opiniones consultivas que puede emitir el TPR quien lo solicita es el tribunal superior con jurisdicción nacional²⁸, no dentro de una instancia particular sino directamente por el juez actuante. Para ello la SCJN deberá cumplir con determinados requisitos establecidos en el Reglamento del PO y en las reglas de procedimiento del TPR.

Algunas de las cuestiones que fueron planteándose fue la necesidad de dilucidar qué tribunales nacionales pueden solicitar una opinión consultiva²⁹. Otra cuestión planteada fue la necesidad de reglamentación para la puesta en práctica en el orden interno. En este sentido ha jugado un rol importantísimo la serie de reuniones celebradas entre las supremas cortes de justicia de los estados que conforman actualmente el MERCOSUR.

²⁷ Art. 32 del Tratado que constituye el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

²⁸ En el caso de la República Argentina es la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²⁹ Habida cuenta la co-existencia de sistemas federales con sistemas unitarios de gobierno y entre ellos por las marcadas diferencias entre los respectivos sistemas constitucionales.

Sujetos facultados para solicitar opiniones consultivas al TPR

Otra precisión en el tema que nos ocupa viene dada por los sujetos activos de las opiniones consultivas.

Para el caso del MERCOSUR, el Reglamento del Protocolo de Olivos lo establece claramente en sus arts. 3º y 4º ya citados:

- Los Estados Parte en forma conjunta
- Los órganos decisorios: originariamente Consejo Mercado Común, Grupo Mercado Común y Comisión de Comercio del MERCOSUR, a los que posteriormente se agregó el Parlamento del MERCOSUR (art. 13 del Protocolo Constitutivo - Dec. CMC N° 23/05)³⁰
- Los tribunales superiores de justicia de cada Estado Parte.

En el primer caso se requiere el consenso, lo que hasta el momento no se ha producido.

Respecto de los tribunales superiores de justicia de cada Estado Parte la cuestión debió ser analizada en profundidad, habida cuenta las marcadas diferencias entre los respectivos niveles y sistemas judiciales de los estados que conforman actualmente MERCOSUR.

La Dec. CMC N°02/07 vino a reglamentar la tramitación de las opiniones consultivas solicitadas al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes. El Reglamento deja en manos de los Tribunales Superiores de Justicia el establecer, dentro de sus jurisdicciones, las reglas internas de procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas.

A los fines de allanar el camino y dando cumplimiento con lo dispuesto por la Dec. CMC N°2/07, la SCJN de la República Argentina por Acordada 13/2008 enunció las REGLAS PARA EL TRÁMITE INTERNO PREVIO A LA REMISIÓN DE LAS SOLICITUDES DE OPINIONES CONSULTIVAS AL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR, las que fueron publicadas en el Boletín Oficial de la Nación el 23 de junio de 2008, con lo que quedó abierta la posibilidad de solicitar OCs tal como ocurrió en octubre de 2009.

La Corte Suprema de Justicia de Uruguay por Acordada N°7604 del 24 de agosto de 2007 también reglamentó el procedimiento. La Corte Suprema de Justicia de Paraguay hizo lo propio por Acordada N°549/2008 de fecha 11 de noviembre de 2008. Brasil aún no ha finalizado la reglamentación de este tema.

Finalmente, debemos señalar que estas reglas deben ser observadas por todo juez o tribunal nacional que desee elevar una consulta al TPR,

³⁰ Art. 13. "El Parlamento podrá solicitar opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión".

con lo que de este modo los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes están cooperando a fin de alcanzar una interpretación uniforme del Derecho del Mercosur.

La competencia del Tribunal Permanente de Revisión (TPR)

Como podrá observarse, hasta ahora nos hemos referido a las competencias y las opiniones consultivas.

En el ámbito de las primeras, es importante efectuar algunas precisiones, tal como lo hace Czar de Zalduendo³¹ al citar a Ciuro Caldani, negando la posibilidad de hablar de “jurisdicción consultiva” dado que la jurisdicción, es decir esa capacidad de “decir el derecho”, se relaciona con casos concretos en los que se registra una capacidad decisoria, mientras que en la “competencia consultiva” se trata de la capacidad de un tribunal para evacuar consultas sobre cuestiones jurídicas y sin resolver sobre el fondo de la cuestión.

Sin embargo no podemos dejar de destacar que en ambos casos siempre el tribunal actúa como tal, haciendo uso de sus competencias. La propia C.I.J. debió expedirse en un caso concreto colocando de relieve su permanente actividad como tribunal aún en los casos en que se pronuncia en opiniones consultivas:

*“La Cour, étant une Cour de Justice, ne peut se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal, même lors qu’elle donne des avis consultatifs”*³².

No escapa a nuestra posición que el carácter o no de jurisdiccional que pudiera atribuírsele a este tipo de instituciones, dependerá en gran medida del carácter del tribunal de que se trate, y de la capacidad o no del mismo para modificar inclusive los términos de la opinión consultiva requerida.

Planteada entonces la posibilidad de la emisión de opiniones consultivas por el TPR en el ámbito del MERCOSUR es importante precisar la terminología a aplicar, en la medida que a menudo se utilizan como sinónimos los términos “*jurisdicción*” y “*competencia*” a pesar de que existen marcadas diferencias entre uno y otro.

En efecto, entendemos el término “*jurisdicción*” como capacidad de aplicar normas jurídicas (*juris dictio*), mientras “*competencia*” implica el ámbito o la materia en que se da esa capacidad de aplicación de las normas.

³¹ Czar de Zalduendo, Susana. “La Competencia Consultiva en el Mercosur”. Disponible en: http://amscampus.cib.unibo.it/archive/00002454/01/Competencia_consultiva.pdf.

³² Caso Carelia Oriental, punto 25. Ciertos gastos. Rec. 1962 punto 155.

Consideramos importante la distinción entre ambos términos en la medida que de esa precisión surgen importantes consecuencias en el sistema que nos ocupa. En efecto, la jurisdicción del TPR reside en su capacidad de decir el derecho en casos concretos que le sean sometidos, mientras que el P.O. atribuyó al CMC la capacidad de establecer mecanismos que permitieran solicitar opiniones consultivas al TPR estableciendo su alcance y procedimientos³³.

Ello implica no sólo el establecimiento de la competencia consultiva sino también quiénes se encuentran habilitados para requerirla, la reglamentación de los mecanismos que permitan su puesta en ejecución y el valor jurídico de las opiniones consultivas.

En el caso que nos ocupa, nada hace presumir que el TPR posea la competencia de modificar inclusive los términos de la opinión consultiva requerida, aunque los instrumentos de que disponemos nada dicen al respecto, lo que podría constituir uno de los vacíos a que hace referencia con frecuencia la doctrina. A la inversa, analizando las competencias del Tribunal para el caso de un procedimiento arbitral o de revisión, observamos que la controversia queda planteada por las partes³⁴ y no existe posibilidad alguna de modificación por parte del TPR, lo que de alguna forma respondería a esta inquietud.

Cabe señalar que hasta la fecha, el TPR emitió tres opiniones consultivas, la primera solicitada por Paraguay y las otras dos por Uruguay³⁵.

La solicitud de OC debe hacerse por escrito, formulando en términos precisos la consulta y las razones que la motivan e indicando las normas del derecho originario o derivado del Mercosur vinculadas a la cuestión. También debe acompañarse toda la documentación que ayude a dilucidar la cuestión planteada.

Recibida la solicitud de opinión consultiva el TPR, constituido por todos sus miembros y habiendo sido designado el relator, se deberá analizar la admisibilidad de la petición conforme al art. 12 del Reglamento del PO (RPO).

Admitida la solicitud, el TPR cuenta con 45 días para pronunciarse fundándose en la normativa Mercosur. Conforme al art. 10 RPO, en dos supuestos el TPR no emitirá su opinión cuando a su criterio haya una causa fundada o cuando se haya iniciado una controversia sobre la misma cuestión.

³³ El art. 3 del Protocolo de Olivos así lo estableció y sería el Reglamento del Protocolo, aprobado en la DEC.CMC No. 37/03 el que desarrollaría en definitiva la institución.

³⁴ Art. 19 de las Reglas de Procedimiento del Tribunal Permanente de Revisión.

³⁵ Opinión Consultiva N°1/2007; Opinión Consultiva N° 1/2008 y Opinión consultiva N°1/2009. Pueden ser consultadas en <http://www.mercosur.org.uy>.

El contenido de la OC varía según quién sea el que la solicitó. Si la OC fue requerida por los Estados Partes o los órganos del Mercosur, la OC versará sobre cualquier cuestión jurídica del derecho originario o del derecho derivado del Mercosur. En cambio, si fue solicitada por el Tribunal Superior de Justicia de alguno de los Estados Partes, la OC versará sobre la interpretación de normas del derecho originario o del derecho derivado del Mercosur siempre que estén vinculadas con causas en trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante. En este caso, la OC debe estar necesariamente vinculada a una causa en trámite.

La opinión puede adoptarse por mayoría, dejándose constancia de los votos en disidencia si los hay (art. 7º y 9º RPO). Emitida la opinión consultiva se da por concluido el procedimiento.

Conclusiones

La institución de las opiniones consultivas, con una larga trayectoria en la doctrina internacional, ha venido a introducirse en el sistema mercosureño, como una nueva manera de contribuir a la interpretación uniforme del derecho de esta organización sub-regional al tiempo de evitar en la medida de lo posible el planteamiento de controversias.

Por otra parte, es la herramienta más importante de cooperación entre los jueces nacionales y los árbitros del TPR.

Por otra parte, se trata de una competencia consultiva colocada por los EP en manos del TPR, bajo características peculiares, tal como es de la esencia de cada organización internacional.

Asimismo hemos rescatado el valor no vinculante de las opiniones consultivas, lo que coloca a los sistemas jurídicos internos ante una incógnita en su pirámide jurídica en cuanto al lugar que ocuparían en la misma, tema este reservado al Derecho Constitucional.

Bibliografía

ABELLÁN HONRUBIA, B.; VILÁ COSTA, J. LL.; PIÑOL RULL, A.; OLESTI RAYO Coordinador. "Prácticas de Derecho Comunitario Europeo". Reimpresión. Madrid, 1995.

ALONSO GARCÍA, RICARDO, *Justicia constitucional y Unión Europea*. Cuadernos Civitas. Thomson Civitas. Cizur Menor. Navarra, 2005.

— *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Segunda edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

ALONSO GARCÍA, RICARDO. "Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración" Cuadernos de Derecho Público. Universidad Empresarial Siglo Veintiuno. Advocatus. Córdoba, 2008.

CZAR DE ZALDUENDO, SUSANA. "La Competencia Consultiva en el Mercosur". Disponible en: http://amscampus.cib.unibo.it/archive/00002454/01/Competencia_consultiva.pdf.

GRANDINO RODAS, JOÃO. "La Competencia del Tribunal Permanente de Revisión para emitir Opiniones Consultivas". *Brasilia, 22 de noviembre de 2008*. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Expositores/La_Competencia_del_Tribunal_Permanente_de_Revision_para_emitir_Opiniones_Consultivas._Joao_Grandino_Rodas_espaol.pdf. Consultado el 05/10/2009.

MANGAS MARTÍN, ARACELI y LIÑÁN NOGUEIRAS, DIEGO. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos. Madrid, 2004.

Procedimiento y solución de controversias de la CAN. Procesos del Tribunal de Justicia. Interpretaciones prejudiciales, consultado el 12/01/2010, disponible en: http://www.comunidadandina.org/canprocedimientosinternet/interpretacion_prejudicial.htm.

REY CARO, ERNESTO J. "Reflexiones sobre la jurisdicción consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur", en *Cooperación y Conflicto en el Mercosur*, Edit. Lerner, 2007, disponible en <http://www.eulatin.net>.

RUIZ DÍAZ LABRANO, R. "Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de los tribunales superiores de los Estados partes", en <http://www.juridicas.unam.mx>.

STICCA, MARÍA A. "Laudo Arbitral N° VII sobre Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las Resoluciones GMC N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR", Cuaderno de Derecho Internacional N° 1, Doctrina y Jurisprudencia de los laudos arbitrales del Mercosur, Instituto de Derecho Internacional y de la Integración de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2004, págs. 111-122. También disponible en www.acader.unc.edu.ar. Sección Doctrina Derecho Internacional Público.

Laudos, sentencias y opiniones consultivas

CIJ Caso Carelia Oriental, punto 25. Ciertos gastos. Rec. 1962.

TJE Asunto 26/62, Asunto Van Gend & Loos. Sentencia del 5 de febrero de 1963.

TJE Asunto 6/64, Caso Flaminio Costa c/ E.N.E.L. Sentencia del 15 de julio de 1964.

TJE Asunto 61/65, Vaasen-Göbbels c/ Direction du Beamtenfonds voor het Mijnbedrijf. Sentencia del 30 de junio de 1966.

TJE Asunto 66/80, SpA International Chemical Corporation c/ Amministrazione delle Finanze dello Stato. Sentencia del 13 de mayo de 1982.

TJE Asunto 314/85, Foto-Frost c/ Hauptsollamt Lubeck-Ost. Sentencia del 22 de octubre de 1987.

TPR Opinión Consultiva N° 1/2007.

TPR Opinión Consultiva N° 1/2008.

TPR Opinión Consultiva N° 1/2009.



NOSOTROS Y LOS OTROS: EDUCÁNDONOS

*Enrique Shaw**

Resumen: El siguiente trabajo analiza los elementos que para Estanislao S. Zeballos y la *Revista de Derecho, Historia y Letras*, en el periodo 1898-1914, hacen a la construcción de la identidad nacional. Entre ellos la educación, los símbolos y la lengua.

Palabras claves: relaciones internacionales - identidad nacional - educación - Zeballos.

Introducción

El siguiente trabajo forma parte de una investigación más amplia, que hace ya varios años estamos realizando en el marco del Programa de Incentivos Docentes y que ha contado con diversos subsidios de la SECyT, UNC, también los adelantos de dicha investigación fueron difundidos en distintos eventos académicos nacionales e internacionales.

Los trabajos anteriores publicados en los distintos números del *Anuario* versaron sobre diversos temas de la investigación adaptados para su publicación. La intención del siguiente artículo es analizar los elementos que para Estanislao S. Zeballos y la *Revista de Derecho, Historia y Letras*,¹ cuyos artículos conforman el corpus de análisis central del proyecto, hacen a la construcción de la identidad nacional. Entre ellos la educación, los símbolos y la lengua. Veremos con este tema es tratada en *La Revista*. También el lector podrá visualizar el marco teórico utilizado. Un marco mixto que parte fundamentalmente del Constructivismo y que cruza distintas teorías que provienen tanto de la Historia, de las Relaciones Internacionales, de la Ciencia Política como del Psicoanálisis, que permitieron analizar y comprender las complicadas formas de la construcción social de la realidad.

* Investigador del CIJS. Profesor titular de la Facultad de Lenguas, UNC. Profesor Adjunto —por concurso— CEA, UNC. Profesor de Política Internacional en la Maestría de Relaciones Internacionales, CEA, UNC. Investigador Categoría II.

¹ En adelante *La Revista*.

Construyendo el Nosotros.

Como Wend dice, la vida social es una construcción, que el factor ideológico y cultural tienen un peso significativo, porque de ese modo y acorde con la internacionalización de ciertas ideas, es como los ciudadanos se ven, ven a la sociedad y a las otras sociedades. El nexo para amalgamar diferentes tradiciones, visiones que puedan ir fundiéndose en una sola, que constituya finalmente la cultura nacional, en un “ser nacional” Esta construcción, dice Wend, se debe tener especial atención al contexto social, es decir a las condiciones de producción de los hechos que influyen en la sociedad y que la moldean. En las instituciones que la lleva a cabo y posibilitan la construcción de la identidad, éstas pautan, en cierto modo, las reglas formales y las normas en que los ciudadanos de un país estarán inmersos.² Por ello, que en la construcción de la identidad nacional, como veremos en seguida, la educación, es una de las formas que a través de la escuela, como institución, tiene un papel central.

La educación, como señalan Berger y Luckmann, se enmarca dentro del proceso de socialización primaria³. Es la escuela una de las instituciones donde “...existirán procedimientos tipificados para que la tradición pase de los que saben a los que no saben... mediante procedimientos especiales de iniciación”⁴ En ella es donde el individuo inicia su proceso de socialización y, por lo tanto, de incorporación a un cuerpo social particular por medio de la internalización, esto es la:

...aprehensión o interpretación inmediata de un acontecimiento objetivo en cuanto expresa significado, o sea, en cuanto es una manifestación de los procesos subjetivos de otro, que en consecuencia se vuelven significativos para mi... constituye la base, primero, para la aprehensión del mundo en cuanto realidad significativa y social⁵.

Este proceso que se logra en la escuela y está dado por los procesos subjetivos de ese “Otro”, en nuestro caso, diseñado o “imaginado” por la clase dirigente y plasmado en los planes de estudio por medio de la curricula escolar. Estos posibilitan que el alumno “comprenda” los procesos subjetivos momentáneos del “Otro”; comprenda el mundo en que vive y

² WEND, ALEXANDER. “Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics”. En: International organization, 46, 2. Spring, 1992. págs. 391-425, y en: <http://web.pdx.edu/~kinsella/ps442/wendt.pdf>.

³ BERGER, PETER y LUCKMANN, THOMAS. “La construcción social de la realidad”. Amorrortu Editores. Buenos Aires, 1989. págs. 164-174.

⁴ Idem. pág. 94.

⁵ Idem. págs. 164-165.

éste se vuelva suyo. Cuando el individuo logra este proceso de internalización puede ser considerado como miembro de la sociedad⁶. Así, por medio de la socialización primaria, que es la primera por la que el individuo atraviesa se incorpora a la sociedad y a partir de ella se inicia la producción de la autoindentificación con el medio social, así:

...el yo es una identidad reflejada, porque refleja las actitudes que primeramente adoptaron para con él los otros significantes; el individuo llega a ser lo que los otros significantes lo consideran (...) La dialéctica, que se presenta en todo el momento en que el individuo se identifica con sus otros significantes resulta, por decirlo así, la particularización en la vida individual de la dialéctica general de la sociedad... Así la identidad se define objetivamente como ubicación en un mundo determinado y puede asumírsela subjetivamente sólo junto con ese mundo. Dicho de otra manera, todas las identificaciones se realizan dentro de horizontes que implican un mundo social específico⁷.

A lo largo de los tomos consultados de *La Revista*, Estanislao Zeballos presentaba el tema de la educación, especialmente en lo que hace el rol del Estado en cuanto a que, a la estatidad, le está encomendada:

(...) la iniciación comunitaria nacional es un significativo proceso de integración. La socialización nacional 'enseña a las nuevas generaciones lo que es el amor a la patria, a su lengua etc.' Este aprendizaje no es tan sólo un ritual sino que es el aprendizaje de lo que es formar parte de un grupo, identificado territorialmente con las fronteras estatales y protegido, como tal grupo, por el Estado. Estos hábitos comunitarios modernos se articulan en símbolos⁸.

Podemos sostener que el pensamiento de Zeballos fue concordante con la importancia de la educación en el proceso de construcción de una Nación.

Tal es así que no dudó en transcribir, en *La Revista*, el discurso del senador chileno Puga Borne, donde criticaba la actitud del gobierno de su país por haber reducido del presupuesto, las partidas destinadas a la educación pública, ya que consideraba a la escuela "como la obra más grande

⁶ Idem. pág. 166.

⁷ Idem. págs. 166-168.

⁸ GURRÚTXAGA, ANDER. "Polisemia y paradojas del nacionalismo". En: *Revista de Estudios Políticos*. n. 95, enero-marzo. Madrid, 1997. pág. 311.

para la defensa nacional”⁹. El senador estaba de acuerdo con la importancia de la educación como medio de generar sentimientos de pertenencia (construcción de imaginarios junto con el aparato simbólico) Así la educación, en especial la pública, conformará en uno de los Aparatos Ideológicos del Estado principales y fundamentales para la reproducción de las condiciones de producción al decir de Althusser.

En nuestra opinión la inclusión de este discurso en *La Revista* tuvo dos propósitos: por un lado, la de compartir la opinión del senador, en cuanto a la importancia de la educación como medio de ejercer la soberanía, ya que era instrumento fundamental en la construcción del “Nosotros”; por el Otro, como medio de mostrar el “nacionalismo” chileno y resaltar una característica de la otredad. Es decir el Otro, Chile, estaba realizando la construcción del Otro por medio del Estado, pero encontraba tropiezos también por parte de un grupo de la elite, que no acababa de entender la cabal importancia del tema.

Zeballos tomó como suyos los argumentos de Puga Borne, sosteniendo que la solución al problema educacional argentino se resolvería solamente si se aumentaba significativamente el presupuesto educativo¹⁰. Pero además, sostenía que era necesaria la reforma total de nuestra instrucción pública, reforma que tenía que ser llevada a cabo por especialistas ya que era un problema político de actualidad: la educación¹¹. En este sentido se atrevía hacer un breve diagnóstico sobre los males que afectaban a la educación diciendo:

*...su organización actual robustecen tendencias sociales cuya futura acción será deplorable y hace sentir lamentados efectos (...) hemos copiado é instalado mal nuestro sistema educativo, desde la escuela primaria á la Universidad. Predominó el trasplante mecánico de conquistas ajenas sin la reflexión filosófica respecto al medio y a los elementos*¹².

Para Zeballos la educación era una cuestión que hacía al interés nacional y por lo tanto la concibió como un asunto estratégico.

En 1907 *La Revista* publicó la conferencia del Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, en dónde el académico se lamentaba de la disminución de la partidas presupuestarias.

⁹ PUGA BORNE, FEDERICO. “Discurso del senador chileno Federico Puga Borne”. En: *Revista Derecho...* Op. Cit. t. 1. 1898. pág. 562.

¹⁰ ZEBALLOS, ESTANISLAO. “La desorganización argentina”. En: *Revista...* Op. Cit. t. 5, 1900. pág. 641.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Idem*. pág. 640.

Años más tarde cuando Zeballos visitó el Imperio Alemán, estudió su sistema escolar recorriendo las escuelas que le habían puesto a su disposición las autoridades y le permitió advertir la importancia que otorgaban a la educación.

En un discurso pronunciado en la ciudad de Buenos Aires destacó la diferencia entre los distintos niveles de instrucción. A la primaria la consideraba como fundamental, ya que era la fundadora de la secundaria y a la universitaria “porque del germen que ella deposita, deriva y crece todo el régimen de la instrucción pública de los países científicamente dirigidos”¹³. Un extracto de su discurso fue, en ese sentido muy elocuente:

*La escuela primaria es el fundamento de la política de todo país, como que donde no se cultiva el carácter de los niños, se forma una sociedad desgraciada, que nunca marcará en la Historia un grado digno de la civilización*¹⁴.

Los males y la cura de:

Todos los problemas que puede tener un país, tienen solución en la escuela primaria... Pero, este no es un concepto que perciban claramente los espíritus inferiores, los círculos políticos y las turbas que se compran y que se venden en los comicios, los que viven al día, sinó las gentes que piensan, los hombres de estado y los altruístas, los que saben que el árbol plantado hoy no da frutos sino en el curso de los años... Para organizar y administrar estos fines políticos, sociales y positivos de la instrucción pública, hay dos medios en la civilización. Un medio que llamaré teórico-patriótico y otro medio que llamaré científico-patriótico... [Llama así al primero a los que los nuevos países siguen] El 2º es el que implementó Alemania. Todo se enseña, todo se educa en Alemania. Hay disciplina social... El imperio alemán es el gran fruto de la escuela primaria... [Zeballos, evoca como fue la educación original en Prusia por medio de Pestalozzi]. Una legión de pestalozzianos se apoderó de las escuelas de Prusia y de otros estados y comenzó la campaña de la reorganización de la hegemonía germánica, por medio de los cantos escolares patrióticos, con los cuales se exaltaba el alma nacional enseñando á odiar á los que los habían vencido y á esperar el día de la revancha, que

¹³ ZEBALLOS, ESTANISLAO. “Evolución de la instrucción primaria.” En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 22, 1905. pág. 292.

¹⁴ *Ibidem*.

*se ha cumplido, por la acción efervescente de las escuelas... ¡Ved á la escuela primaria formando grandes imperios!*¹⁵

La educación para Zeballos era el instrumento que posibilitaría la transformación de la “turba” en ciudadanos, es decir que por medio de la educación se podía educar políticamente y lograr un electorado “a la europea”, como así también, lograr en esta construcción de ciudadanos un ciudadano patriótico.

Este modelo, de educación alemana, podría ser imitado, dado que éste había demostrado su eficacia en la construcción e institucionalización de la nacionalidad, había logrado aunar las diferencias de las distintas regiones, reinos y principados alemanes en una sola identidad nacional sin anular las otras, bajo la hegemonía del modelo prusiano. Ese fue el modelo y ese fue el reino unificador del imperio. Este tipo de educación que tanto asombró a Zeballos fue el propuesto por el suizo Johann Heinrich Pestalozzi. Nació en Zurich en 1746 y murió en Brugg en 1827, fue uno de los primeros pensadores que se le pudo dar el nombre de pedagogo en el sentido actual del término. Brevemente podemos decir que la propuesta de Pestalozzi consistió en propiciar escuelas de producción, en donde los niños huérfanos puedan, a través de su trabajo, educarse y alimentarse. Su primer intento lo llamó Neuhof (granja nueva) que por diversos motivos no prosperó económicamente.

Pestalozzi defendía la individualidad del niño y la necesidad de que los maestros fueran preparados para lograr un desarrollo integral del alumno más que para implantarles conocimientos. Sus ideas ejercieron gran influencia en las escuelas del mundo occidental, especialmente en el área de preparación de los maestros. En ese aspecto es que para Zeballos el sistema es tan interesante para implementarlo en la Argentina.

Podemos decir que los aspectos centrales de este sistema estaba en que se debía partir de la observación de las experiencias, intereses y actividades educativas; de no enseñar nada que los niños no pudiesen ver y consideró que la finalidad principal de la enseñanza no consistía en hacer que el niño adquiriera conocimientos y aptitudes, sino en desarrollar las fuerzas de su inteligencia, dividiendo aquella en forma gradual, de acuerdo a su evolución y donde se tomará en cuenta al individuo como una unidad de inteligencia, sentimiento y moralidad; y que cualquier irregularidad en estas características conlleva a la nulidad de una educación integral. Incluyó también la educación física como medio de fortaleza y resistencia corporal, cerrando así el ciclo de una educación integral, que va desde lo

¹⁵ Idem. págs. 292-298.

más espiritual a lo puramente corporal¹⁶. La actividad física en la escuela, como veremos más adelante, Zeballos lo relacionó con la posibilidad que en un futuro esta “instrucción” sirviera de base para la preparación de mejores soldados de la patria. En este sentido, más adelante veremos como Zeballos apoyó decididamente el Servicio Militar Obligatorio que se verá plasmado en la Ley Riccheri¹⁷.

Ahora bien, la Argentina debía estructurar su sistema educativo bajo ese modelo, fruto del trabajo de la escuela primaria y el modelo “científico patriótico”. Ese era el que la Argentina debía imitar y no el que los “nuevos países siguen” según la opinión de Zeballos¹⁸. Como vemos, Zeballos conformaba ese grupo de “gentes que piensan” y que podían ver la importancia de la educación en la formación de la identidad nacional.

Si la escuela era el instrumento de socialización primaria, como sostienen Berger y Luckmann, en la Argentina y fundamentalmente después de la ley 1420 fue el Estado por medio de la escuela pública la que diseñó, con sus planes de estudios y su material didáctico, el tipo de socialización deseada por la clase dirigente. Allí se “aprendía” quienes éramos (Nosotros) y quienes nos rodeaban (los Otros).

Detengámonos un momento en este hecho tan importante como fue la ley 1420. En el marco de la historia de la educación argentina, especialmente al considerar las políticas educativas implementadas desde

¹⁶ SOËTARD, MICHEL. “Johan Heinrich Petalozzi (1746.1827)”. En: *Revista trimestral de educación comparada*. Vo. XXIV, n. 1.2, 1994. págs. 299-313.

¹⁷ Pablo Ricchieri (1859-1936). El teniente general Pablo Riccheri nació en la provincia de Santa Fe y era hijo de inmigrantes italianos. Ingresó al ejército muy joven y fue becado al Colegio Militar, se graduó en 1879, como subteniente; fue enviado a Europa para estudiar en Bruselas en donde se incorpora enseguida a la Escuela Superior de Guerra de Bélgica en donde pasa quince años instruyéndose en el Viejo Mundo. Regresó a la Argentina en 1886 y se le asignaron tareas generales administrativas; fue enviado a Europa, nuevamente, en 1890 para comprar armas en Alemania, los nuevos fusiles Mauser, mediante los cuales el Ejército Argentino aumenta notablemente su poder de fuego. En 1898 fue ministro de Guerra del presidente Julio A. Roca y le fue otorgada la responsabilidad de crear un nuevo ejército nacional, profesional y moderno. Influyó en la promulgación de la ley que lleva su nombre, estatuto militar orgánico de 1901 (ley 4301) que declaró obligatorio el servicio militar. Logró la compra de tierra en Campo de Mayo y en Campo de los Andes para hacer los cuarteles de Buenos Aires y Cuyo, respectivamente. Dividió la nación en siete regiones militares y reorganizó la secretaría de Guerra y los Granaderos a Caballo. En 1910 fue ascendido a General de división y se retiró en 1922 como Teniente General.

¹⁸ Zeballos rescataba, por la actualidad que tenía en ese momento, la figura de Vicente Fidel López, Ministro de Instrucción Pública de la Provincia de Buenos Aires, y del Decreto de creación de la escuela pública de 1852, donde resaltó el art. 3º que reza lo siguiente: “Reflexionando sobre las ventajas que resultaría á favor del país de abrir á la juventud argentina una escena nueva y brillante, donde á la vez que se ofrezca gloria para aptitudes personales, haya compensación para las virtudes cívicas y servicios hechos a la patria”. ZEBALLOS, Estanislao. “Ideas sobre educación en 1852. Reminiscencias edificantes y de actualidad”. En: *La Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 4 1899. pág. 493.

el Estado en distintos momentos, el análisis de la ley 1420 ocupa un lugar central debida a la gran relevancia de dicha ley como propuesta educativa e identitaria de un grupo de hombres con ciertos objetivos, y a los importantes efectos de la misma en años posteriores. De acuerdo con Weinberg, “esta ley orgánica tuvo influencia decisiva en la formación de varias generaciones de argentinos; sus sabías y generosas previsiones ha facilitado el mejoramiento de nivel cultural del país...”¹⁹.

Puede considerarse a la postulación de la educación obligatoria, gratuita, gradual y laica, como un instrumento empleado por un Estado en formación, como medio de construir condiciones de estatidad. Es decir, puede pensarse en la ley como una manifestación de una política educativa coherente con una política nacional. También se puede estudiar como la convicción profunda de un grupo de hombres liberales que se proponían lograr el orden y el progreso en Argentina. Finalmente, no se puede obviar el debate suscitado entre Estado y religión en materia de educación y de identidad, de larga data en nuestro país que encontró en la promulgación de esta ley uno de los puntos más álgidos en la relación entre la Iglesia y el Estado en formación²⁰.

¹⁹ WEINBERG, GREGORIO. “Estudio preliminar”. GEL. Buenos Aires, 1984. pág. XVI.

²⁰ La ley 1420, promulgada por el presidente Julio A. Roca el 8 de julio de 1884, legisló para la Capital Federal y los Territorios Nacionales pues, por mandato constitucional, la educación primaria era privativa de cada una de las provincias. Constituyó la más completa y orgánica legislación de la educación primaria y durante casi cien años en que estuvo vigente facilitó la realización de una obra extraordinaria, asegurando la unificación espiritual del país y la asimilación de los hijos de inmigrantes que desde las últimas décadas del siglo pasado se incorporaron a la República.

Los principios esenciales que esta ley estableció fueron: obligatoriedad, gratuidad, gradualidad y neutralidad en materia religiosa. Esta ley de educación común enuncia la obligatoriedad en el artículo 2º, y en el artículo 3º aclara que es impuesta a los padres, tutores o encargados de los niños comprendidos en la edad escolar. En el artículo 5º especifica que la obligación escolar no implica la concurrencia del niño a la escuela, ya que puede ser cumplida en las escuelas públicas o privadas y en el hogar de los niños. Su cumplimiento puede comprobarse, según el caso, por medio de certificados o exámenes. La no observancia de la obligatoriedad escolar hace pasible a los responsables de ser castigados con amonestaciones y multas progresivas.

La gratuidad es una consecuencia inmediata de la obligatoriedad, pues tiende a asegurar que la escuela primaria esté al alcance de toda la población. Por eso la ley prevé en su artículo 5º el establecimiento de una escuela pública gratuita en cada distrito escolar integrado, en las ciudades, por 1000 a 1500 habitantes, y en los territorios nacionales, por 300 a 500 habitantes.

Con respecto a la gradualidad, el artículo 9º impone que la enseñanza debe dividirse en seis o más grados, que pueden establecerse en un mismo establecimiento escolar o separadamente.

Finalmente, la neutralidad escolar en materia religiosa constituyó el punto más controvertido de la ley. El artículo 8º plantea que la enseñanza religiosa sólo podrá ser dada en las escuelas públicas por los ministros autorizados de los distintos cultos, a los niños de su respectiva comunión, antes o después de las horas de clase.

Un colaborador de *La Revista*, Rodolfo Rivarola, destacado intelectual, miembro de la llamada Generación del '80, en un artículo en la misma denunciaba el fracaso y los pobres esfuerzos de cuarenta años de intentos de educar a las masas. A pesar que: "...los idealistas de 1853 decretaron una constitución republicana, representativa, federal, para regir una masa inculta y semibárbara, hecha excepción del grupo civilizado que intentaba dirigirla y era arrastrado por ella."²¹ Rivarola coincidía con Zeballos en lo referente a la crisis del sistema; pero también decía, en el mismo artículo, quiénes eran los directores del proyecto: "...un grupo civilizado..."; no "la masa".

También, hacía responsables de ese estado de cosas a la incapacidad de los hombres de Estado, al "achataamiento del carácter nacional";²² además, sostenía que con la educación básica no había sido suficiente sino que "ahora se debería tener un molde para fundir en él todos los directores y preceptores"²³. Rivarola agregaba que para la educación elemental era suficiente el requisito de maestros, pero para profundizar el proceso educativo había que preparar todo un cuerpo de profesores —educación superior— Con esto se estaba refiriendo a la educación secundaria —los Colegios Nacionales— y que para ellos era necesaria la instrumentación de nuevos programas con nuevos contenidos, nuevos textos que fueran realmente sean útiles al país²⁴.

Rivarola creía la necesidad de preparar a los aspirantes a cargos de profesores "—no maestros—" ²⁵ para que fueran probos en el desempeño de su tarea. Estaba muy preocupado por la calidad de la enseñanza en todos los niveles.

La editorial de *La Revista* publicó el discurso del rector del colegio Lacordaire de Buenos Aires —Fray Enrique D. Sisson—, donde éste identificaba al ejército con la Patria. Afirmaba que "la más visible aparición del

La aplicación de la ley 1420 limitada a la Capital Federal y los Territorios Nacionales fue ampliada gracias a la ley Láinez, sancionada en 1905. La misma autorizó al Consejo Nacional de Educación a establecer escuelas primarias nacionales en el territorio de las provincias que lo solicitasen. Fue pensada como un instrumento de colaboración entre la Nación y las provincias. Por esto favoreció valiosamente la difusión de la escuela primaria. Sin embargo, pronto la ley Láinez fue desvirtuada en su aplicación dado que, contrariamente lo dispuesto por ella, se instalaron escuelas nacionales en sitios donde ya funcionaban establecimientos provinciales.

²¹ RIVAROLA, RODOLFO. "La instrucción superior y el problema nacional en la educación". En: *Revista Derecho...* Op. Cit. t. 6. 1900. pág. 543.

²² Idem. pág. 544.

²³ Idem. pág. 545.

²⁴ Idem. pág. 548. Comienza a manifestarse la diferencia entre maestros y profesores.

²⁵ La aclaración es de Rivarola en el texto original.

patriotismo es la institución militar”²⁶ y también que “Los soldados son los defensores de la patria; la bandera es el emblema de la Patria; y según un expresivo verso francés, cuando pasa la bandera, parece que cruza la Patria”²⁷.

El rector, apelando a lo más profundo de los sentimientos de los asistentes del acto, recitó los siguientes versos:

*...Le Drapeau, c'est la Patrie en marche,
et notre honneur voltige dans ses plis.*²⁸

y continuó, dejando en claro que:

*..la institución militar es un símbolo de unión, de disciplina y de abnegación de que ella se trae concentrados los recuerdos gloriosos de las victorias alcanzadas en el pasado, realza la manifestación de la fuerza presente de la nación, y despierta la esperanza de que perpetuará la paz y el porvenir*²⁹.

Sería posible suponer e imaginar que la escena debió ser muy elocuente, con la exclamación de dichos versos y el pasar de la insignia patria debió “emocionar y conmover” a más de un asistente; esa debió ser la intención. Además, como veremos, este simbolismo cumplía como finalidad última el de servir para el sacrificio de la vida, se muere por la “Patria”, cuyo emblema es la bandera nacional. Esta función, la simbólica, como veremos más adelante, justamente tenía el cometido de generar y o despertar esos sentimientos y pasiones al ver pasar los símbolos patrios.

Esta exaltación de lo militar en lo interno habrá que tenerlo muy en cuenta por el correlato en el plano internacional, como veremos más adelante.

Pero estas frases ratifican que también la escuela fue un lugar que sirvió de instrumento para transmitir que las fuerzas armadas eran las verdaderas propietarias de los símbolos patrios, dejando fuera a la sociedad civil, solamente como espectadora³⁰.

Símbolos, mitos y monumentos

Como lo expresáramos, lo simbólico está presente en *La Revista* a través del acto del colegio “Lacordaire”, por ejemplo, donde un símbolo era

²⁶ SISSON, E. D. “Patriotismo y la juventud argentina”. En: *Revista Derecho...* Op. Cit. t. 6. 1900. pág. 585.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*. Podría ser traducido con este sentido [...La bandera, es la Patria y nuestro honor en su flameado pliege]

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Comparece esta situación con la sociedad civil norteamericana, donde tiene un rol protagónico en la generación y custodia del aparato simbólico patriótico.

rescatado: la bandera. Ella representaba un instrumento al cual todos podíamos identificarnos; pero también era un instrumento de diferenciación con el “Otro”.

Lo mitológico, íntimamente relacionado con lo simbólico, sin embargo era diferente; pero muchas veces ambos interactuaban, hacían referencia a seres anónimos —en el sentido Bergeriano— y no de carácter religioso en este caso sino profano. Los imaginarios sociales y los símbolos sobre los que se apoyan los primeros forman parte de complejos y compuestos sistemas como por ejemplo los mitos, las utopías y las ideologías. Los imaginarios sociales no funcionan aisladamente sino relacionados con diferencias variables, con otros tipos de imaginarios. Así todo poder apunta a tener un papel privilegiado en la emisión de los discursos que conducen a los imaginarios sociales, a sus distintas formas de representación ideológica³¹ algunas de ellas, fueron los nuevos rituales llamados “fiestas patrióticas” englobadas en todo un sistema institucionalizado de fiestas con sus respectivas y específicas representaciones. El encargado de este proceso “institucional” obviamente era el propio Estado.

Este accionar estatal tiene como fin el de asegurar un modo de comunicación a la población en general para dar una identidad colectiva nacional donde pueda reconocerse y afirmarse en sus acciones. Pero por otro lado, ese mismo simbolismo y ritual ofrece un decorado y un soporte a los poderes que se instalan e intentan estabilizarse. Por caso, la clase dirigente se dio rápidamente cuenta de que lo simbólico constituía un instrumento eficaz para influir y orientar la sensibilidad colectiva³².

Las representaciones simbólicas aparecidas en *La Revista* se referían a determinados héroes de la patria o padres de la “nación” como: San Martín, Belgrano, Las Heras o el Sargento Cabral, entre otros, hasta 1905. A partir de esa fecha con la muerte de Mitre o Pellegrini por dar algunos ejemplos, éstos pasaban a ingresar al panteón mitológico de los “padres de la patria”, actores que habían sido contemporáneos de Estanislao Zeballos y, por los que, también valía la pena de perder la vida³³.

La muerte, así presente, está para ser borrada en el sentido de su transformación simbólica, en la inmortalidad del individuo muerto. De este modo se borra la diferencia entre las dos muertes, al investirse a una y a otra con el mismo simbolismo. Entonces, las biografías de los “inmortales” fueron purificadas de todo lo que podría atentar contra la “buena

³¹ BACZKO, BRONISLAW. *Los imaginarios sociales. Memorias y esperanzas colectivas*. Ed. Nueva visión. Buenos Aires, 1991. págs. 28-29.

³² Idem. pág. 44.

³³ Ver el interesante artículo de RUPERT H. GORDON. “Modernity, Freedom, and the State: Hegel’s Concepts of Patriotism”. En: *The Review of Politics*. v. 62, n. 2, Spring 2000.

moral". Más allá del hecho de la muerte, lo que se afirmaba y se exaltaba fue la perennidad de la obra del difunto. La muerte de los padres fundadores no dejó un vacío, sino un lugar a ocupar por aquellos que "han sido designados" como herederos y legítimos interpretes de la doctrina del discurso hagiográfico³⁴: "la madre de la nación". En general la cooptación al "panteón" de los fundadores de la "nación" accedieron casi todos, amigos y algunos enemigos ya que los honores y los cuidados que se prodigaban al "cuerpo del difunto" tenían en su origen la finalidad de impedir que el alma del muerto, su imagen o fantasma, permaneciera en el mundo de los vivos como una presencia amenazadora. Entonces, los ritos fúnebres servían precisamente para transformar a este ser perturbador e incierto en un antepasado amigo y poderoso, con el que se podían mantenerse relaciones culturales bien definidas. Sin un enemigo era imposible la existencia de su contraparte en la construcción del Otro, el bueno, el patriota. La construcción del héroe comienza con la construcción de su antítesis: el antihéroe, el Otro.

Lo mitológico adquiriría materialidad en los monumentos a los héroes de la patria; eran los nexos comunicacionales de una generación con otra y conformaron parte del pasado como actores de "nuestra historia". En *La Revista* se publicaban numerosos artículos sobre la inauguración de monumentos, pero no solamente en el país sino, que en forma muy particular Zeballos comentaba cuando en distintos momentos se inauguraban estatuas a personajes de la vida pública de otros países, por ejemplo en Gran Bretaña. Intentaba reforzar con estos comentarios la misma práctica en nuestro país de un modo más numeroso, debido, a la necesidad imperiosa de crearse ese pasado —visualizado a través de los monumentos, estatuas etc.—, así la patina del bronce actuaba, simbólicamente como una patina a nuestra mocedad nacional, señalando la escasez de tales iniciativas en el territorio argentino. Cuando sucedía alguna inauguración de este tipo *La Revista* lo comentaba, como el caso de la inauguración en la ciudad de Mar del Plata del monumento a Pueyrredón³⁵ porque la dignidad pública sobrevivía a la muerte en forma de imagen. Así, por medio de este tipo de acciones la clase dirigente seleccionaba simbólicamente "qué recordar" y cómo recordar ese pasado. Se lo recordaría, también, por medio de lo monumental. Así, recuerdo y memoria, aún en su disparidad, conformaron parte de la construcción simbólica sumado, a la designación de las calles³⁶

³⁴ BACZKO, BRONISLAW. "Los imaginarios..." Op. Cit. págs. 132. Se refiere a los "santos de la Patria".

³⁵ REYNAL O'CONNOR, ARTURO. "Pueyrredón". En: *Revista de Derecho, Historia y Letras*. t. 18, 1904. págs. 159-165.

³⁶ Sobre el tema de la designación toponímica de las calles y su correlato con la memoria recomendamos ver: CENTENO, MIGUEL ANGEL. "War and Memories: Symbols of State Natio-

con “aquellos antepasados comunes” muchos de ellos “padres de la patria” o “fundadores de la nación”. Pero también, cabe agregar que faltaron nombres y recordatorios que la “memoria colectiva” no olvidaban fácilmente pero que, la historia oficial callaba, marginaba y no recordaba.

Tanto lo simbólico como lo mitológico tenían la tarea de legitimar el sistema y las instituciones que lo hacían posible. Así, la legitimación, adquiriría mayor valor a partir de la segunda generación de iniciados, dado que estos no fueron testigos presenciales de la construcción imaginaria.³⁷

En estos números de *La Revista* vemos como Zeballos y sus colaboradores destacaban la importancia de la educación en todos sus niveles, como principal instrumento de construcción de la identidad nacional y como de ella surgirían los elegidos de la clase dirigente para conducir los destinos de la Nación. A la vez, con la educación —sobre todo en el nivel primario— se realizaba la construcción en los educandos en los niveles del consciente y del inconsciente del institucionalismo simbólico y mitológico; pero este proceso no terminaba allí sino que se continuaba en otros niveles educativos y se afianzaba también, con la lectura de *La Revista*.

Como sostiene Baczko:

*...el mito nacional moderno se organiza alrededor del relato del Estado Nación, sus orígenes, su formación, su historia, etc. ...De este modo la representación de la Patria tiende a confundirse con la del Estado-Nación, y la valoración tanto del futuro como de la patria es especialmente intensa en el caso de los pueblos que, en la era de los Estados-Nación, no forman uno... la representación de la Patria, sinónimo de Estado-Nación ... recurre fácilmente a ideas —imágenes utópicas y se convierte en el lugar de la elaboración utópica: Pues la Patria a la que se aspira no es sólo la tierra de nuestros antepasados; es una tierra de acogida, y hasta de asilo, para los sueños, las esperanzas y las frustraciones de un pueblo oprimido. Es un país distinto, real y transfigurado, a la vez, en el que se instalará una Ciudad diferente a todas las demás*³⁸.

No debemos olvidar que en la escuela se enseñaba —y se enseña— cuáles eran nuestros símbolos patrios. Durante el periodo de estudio, existieron diversas controversias sobre los colores y los símbolos patrios.

nalism in Latin America”. En: *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*. n. 66, junio, 1999. págs. 75-106.

³⁷ CASTORIADIS, CORNELIUS. *La institución imaginaria de la sociedad. Marxismo y teoría revolucionaria*. Op. Cit. págs. 219-226.

³⁸ BACZKO, BRONISLAW. *Los imaginarios...*, Op. Cit. págs. 99-100. Las negritas son nuestras.

Zeballos nos dejó su visión de cuáles eran los verdaderos y los que se debían enseñar en las escuelas y reprodujo, a color —hecho significativo para la época— un artículo, donde además planteaba su preocupación por las alteraciones de los mismos y se preguntaba cuál era en realidad nuestro Escudo Nacional. Señalaba “Las administraciones públicas han abandonado los emblemas sagrados de la Patria á la fantasía de los maestros (...) **de los extranjeros...**”³⁹. La finalidad lo dice explícitamente: “para que todos sepan cuales son los verdaderos”⁴⁰.

Hay que tener presente que en la escuela la introducción de los símbolos patrios se correspondía con un tipo de “ceremonial” que junto a lo simbólico, fue importante y fundamental para el éxito y durabilidad de la identidad nacional en construcción, ya que constituía el punto de referencia desde donde la identidad individual tenía un vínculo más estrecho con la identidad colectiva⁴¹ y era, justamente la escuela donde se forjaba esa identidad colectiva desde lo individual.

Allí eran aprehendidos por medio de esas ceremonias que se denominaron “actos” y que pretendían poder relacionarnos con nuestros antecesores por medio de ciertas tipificaciones como “los Padres de la Patria”⁴², la honra, el valor y antepasados comunes en la lucha de independencia. Tipificaciones que aprehendidas, “sedimentadas”, contribuían al espíritu de sacrificio que posibilitaban el sacrificar la vida por lealtad a esos padres de la patria o en pro de generaciones futuras⁴³.

Así se logró la creación de todo un sistema de representaciones que refleja y legitima a la vez su identidad y su orden social; pero también se instalaban “guardias” de este sistema que disponían del manejo de una determinada forma de este sistema de representaciones ideológicas⁴⁴.

Para destacar la importancia que en otros países se asignaba a la educación como una institución sumamente importante en la constitución de la identidad nacional y, por lo tanto en la construcción de lo simbólico, Zeballos reprodujo un artículo de Benjamin Harrison⁴⁵ donde se destacaba el papel de la escuela y del hogar.

³⁹ ZEBALLOS, ESTANISLAO. “El escudo y los colores nacionales” En: *Revista Derecho...* Op. Cit. t. 7, 1900. pág. 269. El problema que además del cambio era quiénes lo cambiaban se refiere a que muchos de los maestros eran extranjeros. Las negritas son nuestras.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ SMITH, ANTHONY. *La identidad nacional*. Trama editorial. Madrid, 1997 Op. Cit., pág. 48.

⁴² BERGER, PETER y LUCKMANN, THOMAS. *La construcción...* Op. Cit., págs. 50-52.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ BACZKO, BRONISLAW. *Los imaginarios sociales. Memorias y esperanzas colectivas*. Ed. Nueva Visión. Buenos Aires, 1991, pág. 18.

⁴⁵ La utilización de notas al pie de página para hacer aclaraciones, es un recurso muy utilizado por Estanislao Zeballos, tan utilizado que creaba con esta técnica verdaderos paratextos

Allí Resaltaba:

...los hombres pueden llegar hasta hacer frente al enemigo en los campos de batalla con cierto grado de serenidad, por el temor que le inspira la disciplina ó el consejo de guerra; pero solo el amor a la bandera, hará adelantar á la columna animada de un espiritual...⁴⁶.

Según Harrison ¿qué papel cumplía la escuela y el hogar en todo esto?:

Esta tiene que ser en sumo grado la tarea de los padres y de los maestros, porque son ellos los que tienen á su cargo el cuidado y la instrucción de la juventud. A ellos les dirijo mi invocación, á fin de que en sus hogares y en la escuela, les inculquen en sus tiernos corazones, el amor a la bandera y de todo lo que ella simboliza, enseñándoles también á tener un respecto escrupuloso por la ley, como regla de conducta del ciudadano⁴⁷.

Pero lo que hacía aún más relevante, en esta cita, fue el hecho de que Benjamin Harrison fue el vigésimo tercer presidente de los Estados Unidos de Norteamérica. La cita Harrison muestra como también en los Estados Unidos estaban construyendo su identidad continuamente y estaban concientes de cuáles eran las instituciones más importantes para esta construcción como lo señala Harrison.

Como vemos el papel de la familia no es menor en la formación de la identidad, tanto para Harrison como para Zeballos.

También la escuela, la educación institucionalizada, puede provocar que los lugares comunes son zonas muertas del lenguaje. No hay pensamiento en ellos. No hay subjetividad. Hay repetición y domesticación. Hay disciplinamiento en lo social.

Ahora bien, según estas expresiones ¿cuáles eran las personas indicadas para ser los forjadores de la identidad nacional por medio de la escuela. ¿Cualquier maestro podría serlo? Evidentemente no. Zeballos fue categórico al respecto ya que ningún extranjero podía tener la responsabilidad de ser maestro, porque ellos podrían influir en la educación de “nuestros niños.” Esta idea se reforzaba cuando opinaba “...la educación no puede estar en manos de extranjeros”,⁴⁸ por eso era necesario que se

en los artículos donde era utilizados. En la cita Zeballos aclaraba que los reproducía por las “supremas lecciones patrióticas” del artículo.

⁴⁶ HARRISON, Benjamin. “Educación patriótica.” En: *Revista Derecho...* Op. Cit. t. 7, 1900, pág. 21.

⁴⁷ Idem. págs. 27-28. *La Revista* ha resaltado estas líneas poniéndolas en mayúsculas sostenidas lo que nosotros hemos puesto en negrita.

⁴⁸ ZEBALLOS, ESTANISLAO. “El hogar escuela primaria y sus deberes y derechos.” En: *Revista Derecho...*, Op. Cit. t. 1, 1898, pág. 103.

nacionalizaren. En este caso, la intención era que los extranjeros no pudieran, por su condición de tales, desempeñar esta función. La educación no podía estar en manos de “no argentinos”, el “Yo” y el “Nosotros” deberá ser construido por “Nosotros” y no por “Otros”⁴⁹.

La educación debería estar confiada, según Zeballos a nativos y no a extranjeros, pero la educación también se recibía en el hogar por medio de los ayos, ya que “La mujer no puede dar toda la educación necesaria a sus hijos”⁵⁰ pero estos ayos en general eran extranjeros y por lo tanto su participación en el proceso educacional debería ser restringido también.⁵¹ En este caso Zeballos no hacía referencia a los italianos ya que los inmigrantes que se desempeñaban como ayos no fueron de esa nacionalidad.

Para este tiempo, la clase dirigente ya veía a los extranjeros, más específicamente a los inmigrantes, la diferenciación es importante, ya que no todo extranjero era inmigrante, como un peligro potencial para su seguridad identitaria y, particularmente para la hegemonía del control político y económico que ejercía. El asunto inmigratorio tuvo un espacio destacado en *La Revista*, como veremos más adelante.

Lengua, lenguaje e identidad en la construcción del Nosotros.

Un tema importante era la enseñanza de la lengua; ya que como sabemos es un punto central en la formación de la identidad nacional según la literatura existente sobre el tema. “El lenguaje se convierte en depositario de una gran suma de sedimentaciones colectivas”⁵² nos dicen Berger y Luckmann. Lengua y lenguaje se convierten en instrumentos de conformación de la identidad, ya que intervienen en la conformación del inconciente y por lo tanto de la personalidad. Por ello es tan importante el papel de la escuela, de los ayos y de la familia. No fue un tema menor en la construcción de las naciones el tema de la lengua y el lenguaje. En estos lares tuvimos el famoso debate entre Sarmiento y Bello sobre el tipo del lenguaje (castellano o español) que se debería impartir en las escuelas.

El tema de la gramática, que hace a la estructura de la lengua y el “lenguaje oficial” fue un tema de discusión en la conformación de los Esta-

⁴⁹ De esos “Otros” ¿cuáles eran los peligrosos? Ya que las escuelas étnicas en su mayoría no tuvieron problemas constituirse como tal, la que sí lo tuvo fue la italiana. Recordemos la política crispina de la Italia de ultra mar. ¿Esta pudo haber alertado a la clase dirigente sobre la posible peligrosidad de los italianos dada su condición numérica? Sobre este tema ver: VERNASSA, MAURICIO. *Alle origini dell'interessamento italiano per l'america latina. Modernizzazione e colonialismo nella politica crispina: l'inchiesta del 1888 sull'emigrazione*. Ed. Ets. Pisa, 1996.

⁵⁰ ZEBALLOS, ESTANISLAO. “El hogar escuela primaria y sus deberes y derechos”. En: *Revista Derecho...* Op. Cit. t. 1, 1898. pág. 103.

⁵¹ Ibidem.

⁵² BERGER, PETER y LUCKMANN, THOMAS. *La construcción social ...*, Op. Cit. P. 93.

dos, no sólo europeos sino también un tema no menor en América Latina. La idea de la homogeneización lingüística, al menos en el terreno administrativo por el propio nacimiento de los Estados, con su tendencia al centralismo y al sentimiento patriótico, estimuló de manera decisiva no ya al reconocimiento como lengua oficial de una de las variedades idiomáticas de un territorio, sino su potenciación y expresión diatópico⁵³ y diastrático^{54 55}. En este último caso, fue sobre el cual se fueron identificando y marcando las diferencias de clase en el uso de la lengua, en la forma coloquial. Pero también estas diferencias diastráticas del lenguaje deberían desaparecer en la escuela porque cada ciudadano aprende en su escuela primaria el idioma cultivado, estandarizado y centralizado, eso significa la normativización de la lengua (tanto en la gramática, fonología, ortografía, léxico y sintaxis) y, la “normativa necesita del poder político, de desarrollo legal, especialmente en caso de subdesarrollo cultural o de naciones débiles o emergentes”⁵⁶. Las ventajas de una lengua unificada y estandarizada, en todo sentido es que permite una mayor accesibilidad al conocimiento de las leyes y a la participación política⁵⁷.

En el caso de la Argentina el tema fue preocupante sobre todo en las zonas de gran aglomeración muy alta de inmigrantes, donde el idioma nativo era “sustituido” o trasvasado —muchas de las veces— por lenguas foráneas. Pero no todas las lenguas representaban un peligro para la identidad nacional, solamente “algunas”. Esta preocupación por el idioma, también fue objeto de análisis en *La Revista*, un buen número de artículos aparecidos en ella se dedicaron al problema de la lengua, especialmente a la clase de castellano que se enseñaba en las escuelas y la necesidad de la pureza del mismo, pureza que se medía en que no se debía encontrar palabras “italianizantes”. Se necesitaba urgentemente una estandarización de la lengua.

A modo de ejemplo, reproducimos la opinión de Alejandro Guesalaga publicada en *La Revista*:

Dentro del plan de estudios de las escuelas primarias la enseñanza del idioma debe ocupar el primer rango (...) Es decir, que la escuela es y debe ser siempre nacional y patriótica... y el me-

⁵³ Se refiere de los fenómenos que se producen en la lengua en virtud de su extensión geográfica (dialectos).

⁵⁴ Se refiere a las variantes socioeconómicas producidas en el lenguaje. Variaciones lingüísticas producidas por el nivel socioeconómico.

⁵⁵ ALONSO ALVAREZ, ANDRÉS. “Problemas jurídicos de la normativización lingüística”. En: *Revista de Llengua i Dret*. n. 45. pág. 91.

⁵⁶ Idem. pág. 101.

⁵⁷ Idem. pág. 102.

*dio más importante de esta idea es el estudio de la lengua madre, del idioma nacional.*⁵⁸

Sin embargo lo que se nos presenta como paradójico es que en los artículos más importantes de Zeballos o de otros autores que escribían en *La Revista*, se recurría al uso indiscriminado de galicismos hecho que no se reducía a una palabra aislada en un mar de prosa castellana, sino, y muchas de las veces, el mar era superado por el continente de un idioma como el francés o el inglés —en menor medida— ya que esto era sinónimo de “pertenencia”⁵⁹ y de “cultura”. Como sostiene Baczko: el vocabulario no fue jamás una herramienta neutra porque proyecta su sombra sobre el pasado al que se aplica⁶⁰.

Junto con el problema de la enseñanza de la lengua, fueron apareciendo artículos en *La Revista* que reclamaban una incorporación a la misma de los clásicos, como el artículo de Pedro S. Alcócer⁶¹. Pero también, junto con este reclamo aparecieron otros solicitando que se incorporan más estudios literarios en la curricula escolar. Así Monner Sans decía:

*Si es la literatura, como se supone con sólido fundamento, la expresión más exacta del estado social de un pueblo; si son sus poetas y literarios los que exteriorizan la vida nacional y se imponen, cuando muestran incunfundible sello y propio valer, al respeto de las demás naciones; si la ilustración de un país se compone de las inteligencias parciales de sus individuos ¿no nos aconseja el orgullo nacional fomentar los estudios literarios, para que sea más culto y civilizado el pueblo, más acabadas y perfectas las obras de sus poetas y oradores?*⁶².

Estos comentarios sobre la lengua, que reproduce Zeballos en su publicación, tienen de importante que marca las discusiones que un país debería tener sobre parte de su cultura, una cultura nacional. Este tipo de enfrentamientos entre intelectuales son reproducidos justamente por esa

⁵⁸ GUESALAGA, ALEJANDRO. “El idioma nacional en las escuelas. Educación patriótica”. En: *Revista Derecho...*, Op. cit. t. 22, 1905. págs. 533-534.

⁵⁹ Pertenencia a la élite.

⁶⁰ BACZKO, BRONISLAW. *Los imaginarios...*, Op. Cit. pág. 17.

⁶¹ ALCÁCER, PEDRO S. “Enseñanza clásica”. En: *Revista de Derecho...*, Op. Cit. t. 30, 1908. págs. 66- 81.

⁶² MONNER SANS, JOSÉ MARÍA. “Importancia y necesidad de los estudios literarios. (Discurso pronunciado en la Academia Literaria de La Plata”. En: *Revista de Derecho...* t. 31, 1908. pág. 198. Las negritas son nuestras. Monner Sans fue un exponente de la difusión de la cultura oficial y de la pureza de la lengua, preconizando la necesidad de organizar una campaña de depuración de la lengua imponiendo normas rígidas para su habla y escritura.

necesidad de mostrar que en la Argentina tenía intelectuales que podían exponer sus ideas como se hacía en las Europas.

La idea de la importancia del hogar como primera escuela, también fue compartida por Felipe Senillosa⁶³ donde el “Hogar es la escuela primaria del deber y del derecho” y solamente en “un hogar sano, se podrá desarrollar una educación efectiva”⁶⁴.

A partir de los primeros años del nuevo siglo comenzaron en casi todo los países del mundo, a presentarse propuestas de modificaciones de los planes de estudio en todos los niveles de enseñanza, modernizándolos, e introduciendo el “jardín de infancia” para que los chicos desarrollen tempranamente distintas habilidades y puedan socializarse. Como describen los artículos de Juan G. Beltrán⁶⁵ y B. J. Montero⁶⁶ en *La Revista* en 1908.

Durante este periodo, en Argentina, hubo varios intentos oficiales de modificación de los planes de estudios en todos los niveles y casi siempre merecieron un comentario en *La Revista*. Así el caso donde Calandrelli criticaba fuertemente el nuevo plan de “la segunda enseñanza” afirmando que en nada servía para la función que debería cumplir esta educación y por lo tanto tendría que:

.... ennoblecer la segunda enseñanza, dándole la importancia que tiene en la cultura nacional; mirar directamente a la consecución de una selecta clase social, digna por su cultura é ilustración de recibir en sus manos las riendas del Estado y la dirección de la cosa pública en parlamentos, en la administración de la justicia, en ministerios, en la representación de los intereses y de las instituciones sociales, etc. con toda la perfección, el civismo, el carácter, la moralidad de los actos de un perfecto y completo ciudadano; obligar á los que han sido desdeñados por la naturaleza, á seguir estudios de otro orden en que puedan ser útiles á si mismo y á la sociedad, en vez de perder inútilmente años, y paciencia en estudios para los cuales no han nacido...⁶⁷.

⁶³ Nos referimos al Dr. Felipe Senillosa, no confundir con el homónimo arquitecto. Senillosa militó con Alem y fue un activo masón de la Logia Constancia número 7. Nació en 1867 y murió en 1933.

⁶⁴ SENILLOSA, FELIPE. “La crisis social. El hogar escuela del deber y del derecho”. En: *Revista Derecho...* Op. Cit. t. 3, 1899. pág. 65.

⁶⁵ BELTRÁN, JUAN G. “La educación secundaria en Suecia”. En: *Revista de Derecho...*, t. 31, 1908. págs. 46-61, continúa en págs. 221-231 y en págs. 488-506.

⁶⁶ MONTERO, B. J. “Modificaciones introducidas a la enseñanza primaria en Bruselas”. En: *Revista de Derecho...*, t. 31, 1908. págs. 191-193.

⁶⁷ CALANDRELLI, M. “Segunda enseñanza. Nuevo plan de estudios”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 21, 1905. pág. 297-298. Las negritas son nuestras.

Queda claro cual era la función de la enseñanza media y para quienes y, quienes no deberían tener acceso a ella por no estar dotados por la naturaleza. Recordemos que la clase dirigente se sentía elegida para llevar a cabo los destinos del país, ya que así había sido establecido. Obviamente esta forma de pensamiento estaba en íntima concordancia con el evolucionismo spenceriano y la “selección natural” “social” y, esa selección importaba un destino manifiesto para una determinada clase, con una determinada tarea en la construcción de la República: era justamente, ser “la madre de la nación”. La opinión de Calandrelli lo pone más cercana a la opinión de Alberdi que de Sarmiento en la famosa disputa entre “instruir o educar”.

La construcción del Nosotros, incluye múltiples instituciones públicas y privadas. Desde la escuela a la familia, la educación primaria y hasta la universitaria y, no es exclusividad de un solo sexo. Si la dirección de la Nación le corresponde solamente a un grupo como se vislumbra de las citas. Pero también en *La Revista* aparecen artículos del tenor “progresista” como el referido a la educación sexual. Pero, como otras veces, la inclusión de estos artículos con esta temática, están puestos para demostrar la actualidad de *La Revista*, qué queremos decir, que estos temas fueron temas de actualidad en el ámbito internacional, como el tema del feminismo, el de inmigración, seguridad, etc., al tratarlos e incluirlos en la publicación, la acercaba cada vez más al mundo metropolitano, eran temas que se traban en un mundo cosmopolita y por lo tanto si la Argentina quería pertenecer a él, también debería tratar los temas de ese mundo.

Todos ellos hacen innegablemente a la construcción de la identidad, a la identidad nacional, que es la que se construye hacia dentro y que posibilitará la construcción de la identidad hacia fuera.

A modo de conclusión podemos decir que no estamos de acuerdo con el trabajo de Carlos Escudé⁶⁸ que sostiene que el tipo de educación perfilada desde los '900 fue patriótica en el sentido que él le otorga. Sí, y sí estamos de acuerdo que fue patriótica porque en ese sentido y con esa dirección fue necesaria para la construcción identitaria, una identidad nacional, que como sostenemos sólo se podía forjar desde la escuela y desde el hogar. Esté último como reproductor de los medios de dominación, de socialización que hacían posible la construcción de argentinos. Ratificada año tras año y generación tras generación por la educación. El hecho que el sistema educativo argentino “buscaba más que apuntalar el progreso buscaba adoctrinar, uniformar mentalidades, difundir mitos tradicionales recién inventados y crear una nación artificial a partir de un Estado que

⁶⁸ Ver. ESCUDÉ, CARLOS. *El fracaso del proyecto argentino. Educación e ideología*. Ed. Tesis. Buenos Aires, 1990.

fue un accidente histórico-político”⁶⁹. Justamente, en la construcción de los Estados Modernos todas esas características fueron necesarias para lograr crear, inventar la nación. El adoctrinamiento, la ideologización fue un instrumento fundamental para la construcción identitaria tanto de la Argentina de esa época, como la actual, y como todos los Estados modernos que emplearon la educación como uno de los Instrumentos Ideológicos del Estado para la construcción de la Nación. Sin éstos sería imposible fundir el crisol argentino.

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. Brasília, 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.

FERRARI, GUSTAVO y GALLO, EZEQUIEL. comp. *La Argentina del ochenta al Centenario*. Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

GARCIA COTARELO, RAMÓN. (comp). *Introducción a la teoría del Estado*. Ed. Taide, Barcelona, 1981.

⁶⁹ Idem. pág. 7.

GURRUTXAGA, ANDER. "Polisemia y paradojas del nacionalismo". En: *Revista de Estudios Políticos*. n. 95, enero-marzo. Madrid, 1997.

HALPERIN DONGHI, TULLIO. *Historia Contemporánea de América Latina*. Alianza Editorial. Buenos Aires, 1986.

HOBSBAWM, ERIC J. *La era del imperio, 1875-1914*. Ed. Crítica. Buenos Aires, 1998.

HOBSBAWM, ERIC J. 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.

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.

SHAW, ENRIQUE E. 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, BEATRÍZ., *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.

WEND. ALEXANDER. “Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics”. En: *International organization*, 46, 2. Spring, 1992. Pp. 391-425, y en: <http://web.pdx.edu/~kinsella/ps442/wendt.pdf>.

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).



EL TRATADO DE LISBOA Y LA POLÍTICA COMÚN DE TRANSPORTES: UN ANÁLISIS

Verónica Zamzem*

Resumen: Desde el comienzo del proceso de integración europeo, la demanda de transporte, bien sea de pasajeros o mercaderías, ha ido en continuo aumento, ya que al ampliarse el mercado interno es necesario trasladar mayor cantidad de personas y bienes dentro del espacio integrado, como desde y hacia terceros países.

La necesidad de una política común de transportes como parte integrante del concepto de cohesión económica y social, así como de ordenamiento territorial, está explicitada en el Tratado de Roma de 1957, que al hacer referencia a los fines de la entonces Comunidad Económica Europea, establece en su art. 3 que la acción de la Comunidad implicará “...una política común en el ámbito de los transportes”. Actualmente, la UE contempla como objetivos prioritarios del transporte la sostenibilidad, la seguridad y la integración del sistema de transporte desde una perspectiva de intermodalidad.

Palabras claves: transporte – política común - Unión Europea - Tratado de Lisboa - intermodalidad.

I. Introducción

Desde el comienzo del proceso de integración europeo, la demanda de transporte ha ido en continuo aumento, ya sea en términos de usuarios individuales o en cuanto al transporte de mercaderías, ya que al ampliarse el mercado interno es necesario trasladar mayor cantidad de personas y de bienes dentro del espacio integrado, y también desde y hacia terceros países. Por otra parte, también inciden en los sistemas de transportes los

*Abogada. Doctoranda. Docente Investigadora Categoría II, Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación. Profesora Titular Enc. de Derecho de la Navegación, Transportes y Comunicaciones (2006-2008), Facultad de Derecho y Cs. Sociales UNC. Profesora Titular por Concurso de Derecho del Transporte (desde 1999), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Catamarca. Profesora de Derecho Comercial Internacional, Carrera de Esp. en Derecho de los Negocios, Secretaría de Postgrado, Fac. de Derecho y Cs. Soc. UNC. Prosecretaría de Ciencia y Técnica de la Fac. de Derecho y Cs. Sociales (2004-2008) UNC. Prosecretaría de Postgrado de la Fac. de Derecho y Cs. Sociales (1997-2004), UNC. Miembro Titular del Instituto de Estudios Marítimos (IDEM). Miembro Titular del Ateneo del Transporte. Miembro Titular y Consejera de European Community Studies Association ECSA-Argentina. Miembro Titular y Directora Sección Derecho de la Integración (2003-2005 y 2005-2007) de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI).

cambios que se observan a nivel global en los sistemas de producción, que de un esquema de almacenamiento han pasado a desenvolverse dentro de un esquema de flujos, esto implica una deslocalización de ciertas etapas de los procesos industriales, que se desplazan a zonas más alejadas de los grandes conglomerados urbanos en busca de mejorar sus ecuaciones económicas al obtener reducciones de costos importantes cuando se instalan en zonas periféricas, o con menor densidad habitacional y vehicular, disminuyendo las posibilidades de congestión de tránsito.

La Unión Europea (UE) necesita cada vez más un transporte eficaz, para lo cual es imprescindible que armonice y equilibre los diferentes modos de transporte a fin de tornarlos más eficientes.

II. De Roma a Lisboa

La necesidad de una política común de transportes como parte integrante del concepto de cohesión económica y social se encuentra explícita ya en el Tratado de Roma de 1957, que al hacer referencia a los fines de la entonces Comunidad Económica Europea, establece en su art. 3º que la acción de la Comunidad implicará “...una política común en el ámbito de los transportes”¹. Asimismo, los sistemas de transporte inciden de manera notoria en lo atinente al ordenamiento territorial, aspecto de gran relevancia en todo proceso de integración

Los diferentes países europeos tienen concepciones diversas en cuanto a la función del transporte y a la política que debe seguirse respecto al mismo, lo que explica que en el Tratado de Roma sólo se incluyeran principios generales referidos a esta temática tan importante. Siguiendo a algunos autores que estudiaron el tema, podemos encontrar diferentes enfoques y etapas a través de los años; así, vemos que entre los años 1958 y 1983 el avance en términos de normas jurídicas que regulaban esta actividad dentro de la Comunidad fue muy escaso, sobre todo porque existían posiciones encontradas entre quienes sostenían principios de libre mercado aplicables al sector transporte y aquellos que, por el contrario, preconizaban políticas armonizadoras entre las normas de los Estados. En 1961, el Memorando Schauss estableció los principios de libre mercado para el transporte en toda la Comunidad, y la instauración de una política común de transportes en reemplazo de las políticas nacionales, pero pese a esta determinación, en varios países europeos se continuó frenando este proceso de liberalización. En ese contexto, esta política común era aplicable sólo al transporte carretero y ferroviario, en el modo terrestre, y al fluvial

¹ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, Art. 3.I, inc. f.

y marítimo en el modo acuático. La inclusión del transporte aéreo en la política de transportes europea recién se produce en la década de los años setenta.

Podemos considerar una segunda etapa, entre 1983 y 1992, donde se acepta una desregulación gradual del sector transporte y una armonización de los mercados nacionales, proponiéndose medidas concretas en el Libro Blanco de la Comisión Europea de 1985.

A su vez, en la década de los noventa algunas regiones europeas comenzaban a verse afectadas económicamente por fenómenos de congestión en el transporte que disminuían su competitividad en relación a otros países de la Unión, y frente a terceros países, lo que llevó a introducir, disposiciones específicas en el Tratado de Maastrich², vinculadas a la seguridad en el transporte, la protección del medio ambiente y la conformación de las Redes Transeuropeas de Transporte (RTE-T).

Entre 1992 y 2001 se produce una tercera etapa que incide principalmente sobre el transporte aéreo y el ferroviario, sectores en los que se advierten mayores medidas de desregulación, acordes con la tendencia generalizada a partir del proceso de desregulación aérea iniciado por los Estados Unidos de América. El Libro Blanco de 1992 de la Comisión Europea considera ya al transporte desde una perspectiva integrada con el objetivo de conseguir el mercado único europeo.

Finalmente, la etapa actual, que comienza con el Libro Blanco de Transporte de Septiembre de 2001, contempla como objetivos prioritarios del transporte europeo la sostenibilidad, la seguridad y la integración del sistema de transporte desde una perspectiva de intermodalidad³.

II. 1. Red Transeuropea de Transporte (RTE-T)

Fue creada en el marco del Tratado de Maastrich (1992), con el objetivo de lograr el crecimiento económico interior y la cohesión económica y social dentro de la Unión Europea, permitiendo el acceso de todas las regiones a los mercados de la comunidad. Es un programa de inversiones en carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos que comenzó a desarrollarse en 1993, luego de su incorporación en el Título XV del Tratado de Maastrich.

El desarrollo de estas redes es un elemento esencial para la consolidación del mercado único y para reforzar la cohesión social y territorial.

² Tratado de la Unión Europea de Maastrich, 1992.

³ Cf. DE RÚS, GINÉS y CAMPOS, JAVIER. "Los fundamentos económicos de la política de transporte europea: un análisis crítico", en Investigaciones Regionales, N° 007, pp.193-206, Ed. Asociación Española de Estudios Regionales, Alcalá de Henares, 2005, España.

Incluye un conjunto de proyectos de inversión distribuidos en tres grandes redes. La primera de ellas se refiere al transporte combinado y multimodal y se compone de un conjunto de enlaces ferroviarios y fluviales, más el agregado de tramos por carretera, destinados al transporte de mercaderías a larga distancia, abarcando principalmente el centro de Europa. La segunda red transeuropea es la de carreteras que se consideran de interés para toda la UE; incluye tramos en los ejes transfronterizos intraeuropeos y enlaces con terceros países del norte de África y del este de Europa, conexiones para facilitar el transporte multimodal, y sistemas de circunvalación de los principales centros urbanos; también contempla medidas de gestión del tráfico tendientes a reducir la congestión y la contaminación. La tercera es la red transeuropea de vías navegables, diseñada a partir de las cuencas fluviales del centro de Europa, en función de las cuales se determinan los ejes más importantes de transporte fluvial y lacustre, y su comunicación con aguas marítimas a través de canales.

Para lograr estos objetivos se aprobaron en 1994 catorce proyectos que recibirían financiación, todos ellos dirigidos, en principio, a:

- optimizar las infraestructuras existentes;
- construir conexiones e integrar los distintos modos de transporte;
- eliminar los problemas de congestión (cuellos de botella), sobre todo frente a la ampliación europea;
- contribuir al equilibrio entre los modos, facilitando las inversiones en infraestructura destinadas al transporte ferroviario y al fluvial;
- contribuir al desarrollo de un transporte sostenible, preservando el medio ambiente.

En 2001 se incluyeron en la Red Transeuropea de Transporte los puertos marítimos y fluviales.

En el año 2003, se constituyó un grupo de trabajo bajo la dirección de Karen Van Miert, que elaboró un informe destinado a definir proyectos de infraestructuras de transportes que permitieran mejorar las comunicaciones en la UE ampliada. El informe establece proyectos prioritarios en términos de infraestructura y además propone un marco legislativo y financiero para posibilitar atender el cumplimiento de los mismos. En octubre de 2003, teniendo en cuenta las recomendaciones del grupo Van Miert, la Comisión Europea introduce algunas modificaciones en la Red Transeuropea de Transportes, poniendo en lugar destacado la importancia del transporte multimodal y la promoción de las llamadas autopistas del mar, en pos de obtener un nuevo equilibrio entre los modos de transporte.

II. 2. Los Libros Blancos de Transporte

Los Libros Blancos son documentos que contienen un conjunto de propuestas oficiales en un ámbito específico, y constituyen una guía para llevarlas adelante. Los Libros Verdes, en cambio, son documentos de reflexión referidos a un ámbito específico, en general destinados a establecer bases para un proceso de consulta y debate sobre tales temas, para organismos oficiales y sectores particulares interesados en el tema específico. El contenido de los Libros Verdes suele ser antecedente de los Libros Blancos.

El primer Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Transporte data de 1992⁴, año en el que ya señalamos se advierten modificaciones en la política común de transportes. Posteriormente, en septiembre de 2001 se adopta un nuevo Libro Blanco de Transportes, que contiene iniciativas y propuestas a cumplir por la UE durante el período 2000-2010⁵. El objetivo de este Libro Blanco es redireccionar las acciones políticas y legislativas a fin de lograr una movilidad sostenible, apoyada en las siguientes líneas directrices:

- La necesidad de lograr un equilibrio en la utilización de los diversos modos de transporte;
- La necesidad de adoptar medidas que disminuyan la congestión y los daños al medio ambiente;
- La necesidad de brindar al usuario un transporte de mejor calidad, con mayor seguridad, que facilite su desplazamiento dentro de la Unión.

El Libro contiene sesenta medidas que pueden agruparse en varios ítems, entre los que merecen destacarse por su importancia los siguientes:

- Una revitalización del ferrocarril;
- Mejorar la calidad y la seguridad del transporte por carretera;
- Promocionar el transporte por las vías navegables interiores (short sea shipping);
- Fomentar la intermodalidad y el transporte combinado;
- Apoyar el crecimiento del transporte aéreo conjuntamente con la preservación del medio ambiente;
- Desarrollar sistemas de transporte urbano de buena calidad;

⁴ La Comisión Europea ha publicado Libros Blancos sobre Transporte en 1992, dos en 1995 (1995a y 1995b), 1996, 1998, 2001 y 2005.

⁵ Libro Blanco sobre el Transporte, titulado "La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad", aprobado por la Comisión Europea el 12 de septiembre de 2001

- Establecer políticas de tarifas adecuadas para un buen desarrollo del sector transportes;
- Reconocer los derechos de los usuarios, como también sus obligaciones;
- Revisar la Red Transeuropea de Transporte (Transeuropean Transport Network);
- Aplicar los adelantes de la innovación y la tecnología al transporte;
- Estudiar y analizar los efectos de la globalización sobre el transporte; y
- Desarrollar medidas de protección del medio ambiente a mediano y largo plazo para obtener un transporte sostenible.

También se introdujeron mecanismos de seguimiento de las políticas enunciadas y la elaboración de un informe intermedio en 2005 para verificar el desarrollo y cumplimiento de los objetivos establecidos en 2001.

III. Transporte intermodal, multimodal y comodidad

Cuando se habla de transporte sostenible se considera implícito un concepto integral de sistema de transporte, dejando a un lado las tradicionales formas de transporte unimodales para pasar a formas de transporte que potencian cada uno de los modos utilizados, conformando cadenas intermodales y multimodales que brindan servicios más eficientes, con mayor seguridad, bajo impacto ambiental y menores costos de explotación, lo que lleva a que sean más complementarios entre sí.

En Europa estos sistemas de transporte intermodal y multimodal son aún deficitarios, representan tan sólo el 20% del transporte total, por lo que deben ser subvencionados por los órganos estatales. Para lograr que su uso se extienda es necesario contar con una red de infraestructura de transporte adecuada a estas modalidades, con puntos de interconexión provistos de todos los servicios necesarios, y deben armonizarse las normas jurídicas aplicables a los diferentes vehículos de carga utilizados, pero esto aún no existe.

Con el objetivo de fomentar la transferencia entre los distintos modos de transporte de cargas, favoreciendo la comodidad del sistema, se creó el Programa Marco Polo⁶, que podrá financiar proyectos de transporte en el marco europeo, y no tanto en el ámbito nacional de cada Estado, buscando básicamente transferir volúmenes de carga del modo carretero a otros modos menos contaminantes y con menor nivel de congestión de las

⁶ Reemplaza al Programa PACT (Programa de Acciones Piloto de Transporte Combinado), creado en 1992.

vías utilizadas. Actualmente, el modo de transporte por carretera es el más utilizado en la UE por pasajeros (80%) y para trasladar mercaderías (44%), provocando desequilibrios de todo tipo en relación a los demás modos, y generando externalidades negativas asociadas al transporte en general.

Pese a reconocer la función social que desempeña el transporte en términos de garantizar movilidad y accesibilidad a todas las personas, es importante destacar el papel que cumplen las infraestructuras —generalmente provistas por el Estado— para lograr esa integración buscada a través de las redes intermodales. La construcción de infraestructura necesariamente provoca impacto ambiental al utilizar espacios físicos (suelo, desvío de cursos de agua, afectación del paisaje, etc.); a su vez, la provisión de los servicios de transporte, en cualquiera de sus modalidades, también genera externalidades negativas tales como la congestión, accidentes y contaminación del ambiente. Se denominan externalidades a los efectos negativos generados por un agente, y cuyos costos económicos recaen sobre otro agente distinto del que los produce.

Por su parte, las externalidades positivas podemos asemejarlas a un efecto de red consistente en que la utilidad de un consumidor aumenta cuando también se incrementa el número de consumidores que utiliza ese mismo sistema. En el caso del transporte esto se aprecia especialmente en el transporte aéreo: cuando aumenta el número de usuarios habitualmente aumentan las frecuencias de vuelos, brindando mayores posibilidades de elección a los interesados, con todo lo que eso significa. Por ello, los efectos de red son un elemento a considerar en el diseño de toda política de transporte, sobre todo al planear inversiones que, debido a su magnitud, afecten o repercutan a nivel regional.

IV. El Tratado de Lisboa

Con este panorama como telón de fondo, el 13 de diciembre de 2007 los Jefes de Estado y de Gobierno de los actuales veintisiete Estados miembros de la Unión Europea rubricaron en el Monasterio de los Jerónimos de la Ciudad de Lisboa, capital portuguesa, el Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE).

El Tratado de Lisboa —que incluye el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la UE— completa el proceso de integración europea al otorgarle personalidad jurídica a la UE, lo que le permite de ahora en adelante ser parte de Tratados Internacionales, entre otras posibilidades.

El Tratado de Lisboa expresa en uno de los párrafos de su Preámbulo: “DECIDIDOS a promover el progreso social y económico de sus pue-

blos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente, y a desarrollar políticas que garanticen que los avances en la integración económica vayan acompañados de progresos paralelos en otros ámbitos”.

En consonancia con el Preámbulo, el Título VI del Tratado, dedicado al tema del transporte, establece en el Art. 90 que los objetivos en esa materia se perseguirán en el marco de una política común de transporte. A su vez, el art. 91⁷ establece que, teniendo en cuenta las particularidades de la actividad del transporte, el Parlamento Europeo y el Consejo deberán consultar previamente al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones para establecer normas comunes aplicables a los transportes internacionales en el ámbito de la Unión, medidas que aumenten la seguridad del transporte, y las condiciones a cumplimentar por los transportistas no residentes para efectuar servicios de transporte en un Estado Miembro.

Se advierte pues que el Tratado de Lisboa mantiene los lineamientos generales que refieren a la política común de transportes de la Unión, no se han introducido modificaciones sustanciales, sino que las actualizaciones y adaptaciones de la misma se realizan a través de los organismos y programas específicos existentes de antemano en la estructura institucional de la UE, facilitando de esa manera un mayor dinamismo en la adopción de medidas vinculadas al sector de los transportes.

V. El Comité Económico y Social y la Política común de transportes

En julio de 2009 se solicitó al Comité Económico y Social Europeo (CESE) la elaboración de un dictamen sobre la “Política europea de transporte en el marco de la Estrategia de Lisboa post 2010 y de la Estrategia de Desarrollo Sostenible”, con las características de un dictamen exploratorio.

⁷ Artículo 91 (antiguo artículo 71 TCE):

1. Para la aplicación del artículo 90, y teniendo en cuenta las peculiaridades del sector de los transportes, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, establecerán:

- a) normas comunes aplicables a los transportes internacionales efectuados desde el territorio de un Estado miembro o con destino al mismo o a través del territorio de uno o varios Estados miembros;
- b) condiciones con arreglo a las cuales los transportistas no residentes podrán prestar servicios de transportes en un Estado miembro;
- c) medidas que permitan mejorar la seguridad en los transportes;
- d) cualesquiera otras disposiciones oportunas.

2. Cuando se adopten las medidas contempladas en el apartado 1, se tendrán en cuenta los casos en que su aplicación pueda afectar gravemente al nivel de vida y al empleo de ciertas regiones, así como a la explotación del material de transporte.

Su Sección Especializada de Transportes, Energía, Infraestructuras y Sociedad de la Información concluyó el informe en febrero de 2010, el que fue aprobado por el CESE en marzo de 2010⁸.

El Dictamen reafirma que la libre circulación de personas y bienes constituye una de las libertades fundamentales de la Unión Europea, por ello, los transportes deberán contribuir de manera importante a la consecución de los objetivos de la Estrategia UE-2020, aunque destaca que el sector del transporte ha sufrido especialmente las consecuencias de la crisis económica que afecta actualmente a Europa y al resto del mundo.

Puntualiza en forma negativa la intensa utilización de combustibles fósiles por parte del transporte, y sus consecuencias en términos de contaminación debida a las emisiones, habida cuenta que el transporte sigue siendo el sector donde se registran las mayores tasas de crecimiento de emisiones de gases de efecto invernadero. Al propio tiempo, el alto índice de utilización de combustibles fósiles provoca un impacto negativo sobre el medio ambiente y aumenta la dependencia energética producida por la utilización de recursos naturales no renovables y limitados, como el petróleo.

Por otra parte, el Dictamen reconoce la importancia económica que reviste la actividad del transporte en la vida europea, ya que representa aproximadamente el 7 % del PIB y el 5 % del empleo, y contribuye a la creación del 30 % del PIB de la industria y la agricultura, y del 70 % del PIB de los servicios en la UE.

Los estudios realizados por la Sección Especializada del CESE aseguran que desde ahora hasta el año 2020 se producirá un aumento en los flujos de transporte dentro de la UE que irá desde el treinta y tres por ciento (33%) hasta el setenta y siete por ciento (77%) de las cifras actuales, según las regiones, provocando una congestión generalizada de las vías de comunicación. Por ello los expertos afirman en el Dictamen: “Demasiado transporte acabará con el transporte”.

A fin de preservar la competitividad del sector y en vista de la Estrategia UE-2020, el Dictamen del CESE postula que la política europea de transporte debe perseguir prioritariamente cuatro importantes metas, a saber:

- el fomento de modos de transporte con bajas emisiones de carbono,
- la eficiencia energética,
- la seguridad e independencia del abastecimiento de combustibles, y

⁸ CESE 461/2010. TEN/412 Política Europea de transporte/Estrategia de Lisboa y Estrategia de Desarrollo Sostenible. Bruselas, 17 de marzo de 2010.

- la lucha contra la congestión del tráfico, complementadas con medidas que faciliten la transferencia entre los distintos modos de transporte, obteniendo cadenas de transporte más eficaces y eficientes, que provean a las personas de un sistema de transporte confiable y socialmente responsable.

VI. Conclusiones

La denominada revolución del transporte, con la multiplicación de operadores en todos los modos, la competencia con su consecuente reducción de costos, y el incremento de infraestructuras, ha contribuido a la mundialización del comercio y al afianzamiento de los procesos de integración.

Al interior de todo proceso de integración la realización del mercado interior importa un sistema de transporte de personas y mercaderías que sea confiable y, en términos económicos, eficiente. Este concepto vale también para la Unión Europea.

Si bien la UE viene trabajando para lograr un sistema de transportes más adecuado a las necesidades de un espacio ampliado y en constante crecimiento, debe avanzar hacia la consecución de cadenas de transporte intermodales y multimodales, favoreciendo la transferencia entre los diferentes modos y medios utilizados, a fin de disminuir la congestión en el tránsito y sus consecuencias negativas, para ello debe concretar los objetivos y programas diseñados en las Redes Transeuropeas de Transporte.

La política común de transportes debe adoptar medidas que reduzcan las emisiones de gases contaminantes, favoreciendo la investigación y producción de energías alternativas que suplanten la utilización de combustibles fósiles, como una manera de lograr un sistema de transporte sostenible, asegurando condiciones de vida y de trabajo dignas para todos los habitantes, brindando al usuario un transporte con mayor seguridad, en definitiva, ofreciendo un transporte de mejor calidad.



SECCIÓN IV
HISTORIA, FILOSOFÍA,
SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA

ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DEL CONCEPTO DE PODER DENTRO DE LA TEORÍA DEL CONFLICTO ELABORADA POR REMO ENTELMAN

*Raúl Alejandro Álvarez**

Resumen: El paradigma unidimensional, impide elaborar un concepto de poder que abarque todos los conflictos sociales, ya que el mismo se manifiesta como una relación de oposición sistemática entre las personas, que sólo puede ser abordado reconociendo la complejidad existencial de las interrelaciones humanas, a través de una metodología interdisciplinaria.

Palabras claves: paradigma - poder - conflicto - complejidad - interdisciplina.

Introducción

En los últimos tiempos el conflicto se ha convertido en un eje transversal que atraviesa todas las disciplinas, y ha merecido la atención de grandes pensadores, los que desde distintos campos de estudio han centrado su atención en este fenómeno presente tanto en las ciencias humanas, políticas y sociales como en la física, química y biología.

Ello ha merecido un gran esfuerzo para conceptualizar el término “conflicto” de forma tal que su significado pueda ser aplicado con igual connotación en todas las disciplinas científicas.

Remo Entelman autor argentino que ha dedicado gran parte de su vida al estudio del conflicto, señala su gran preocupación por encontrar un concepto de conflicto que sea lo suficientemente amplio como para abarcar todas las circunstancias y fenómenos en los que se presenta, en su obra “Teoría de Conflictos Hacia un Nuevo Paradigma” pretende elaborar un concepto científico del “conflicto” como así también caracterizar como se presenta, quienes son sus actores, que poder poseen, su dinámica etc.

En el presente trabajo se analizará, como un aporte para justificar la necesidad de una mirada interdisciplinaria para abordar la problemática de las ciencias sociales, el concepto de poder que Remo Entelman

* Abogado y Magister, docente de la Cátedra Teorías del Conflicto y de la Decisión - Métodos de Resolución de Conflicto de la U.N.C.- (ralvarez_estudio@hotmail.com).

ha formulado en su teoría de conflictos. Este autor se ubica desde un paradigma unidimensional y universalista, y tiene la intención de buscar conceptos generales, que desde lo epistemológico puedan dar una respuesta científica a las cuestiones vinculadas con el conflicto en las ciencias sociales.

Pretendemos demostrar que desde ese paradigma, resulta muy difícil formular un concepto de poder que pueda abarcar todos los conflictos que se presentan en las relaciones que vinculan a las personas entre sí, justificando la necesidad de enmarcar la cuestión aceptando la complejidad propia de las relaciones sociales, en donde el poder se presenta como un aspecto primordial en el análisis del conflicto, aproximándonos a su caracterización desde una perspectiva multidimensional.

Remo Entelman, centra el conflicto en las relaciones sociales¹ pero lejos de contemplar la diversidad y complejidad que en si misma presenta dicha problemática como marco científico para elaborar su teoría, trata de simplificarla, reducirla y enmarcarla dentro de conceptos presentados como género de todas las especies de conflictos que en dicha sociedad pudieran presentarse, alejándose así del paradigma de la complejidad (abordado por Edgar Morin²) y de un mundo multidimensional sugerido por Martínez Paz³.

Entelman se aproxima al concepto de poder y lo hace desde las limitaciones propias del marco ideológico que se plantea y que le impide contemplar en su totalidad las dimensiones que el “poder” tiene en las relaciones sociales y justamente en las ciencias humanas sociales y jurídicas que abordan científicamente su estudio.

Dentro de su apreciación conceptual la complejidad y la incertidumbre se presentan como problemas y desafíos a solucionar mediante un concepto que lo simplifique y brinde la seguridad científica de una teoría general de conflictos en la que se encuentren reflejados todos los conflictos que puedan presentarse, pues dentro de esta concepción aparentemente no resulta necesario contar con el aporte de otras ciencias, ya que el concepto formulado no generaría ninguna dificultad y se bastaría a su mismo.

¹ ENTELMAN, REMO, *Teoría de Conflictos Hacia un nuevo paradigma*, Ed. Gedisa, España 2002.

² SCHNITMAN, DORA FRIED, *Nuevos Paradigmas Cultura y Subjetividad*, Ed. Paidós Argentina 1994. Citando a Morin Edgar *Epistemología de la Complejidad* pág. 440: “El pensamiento complejo no es el pensamiento omnisciente, por el contrario es el pensamiento que sabe que siempre es local, ubicado en un tiempo y un momento. Tampoco es el pensamiento completo por el contrario sabe de antemano que siempre hay incertidumbre”.

³ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, *La Construcción del Mundo Jurídico Multidimensional*, Ed. Ad-vocatus, Córdoba 2004. pág. 53.

Una aproximación al concepto de poder

En primer lugar, Entelman en la obra citada, advierte las dificultades terminológicas para dotar a la expresión “conflicto” de un lenguaje construido que le sea propio, de una nomenclatura suficientemente ampliada y de un adecuado sistema de conceptos clasificatorios.

Destaca que todo intento serio de una ciencia del conflicto debe enfrentarse con el fenómeno universal; es decir aquel cuya descripción responda a las características genéricas de todos los tipos de enfrentamientos entre seres humanos, individuales o agrupados, que puedan describirse como una subdivisión del amplio género “conflicto”.

En este orden de ideas esboza un concepto general de conflicto, entendiendo por tal, a una especie o clase de relación social en la que sus miembros tienen o creen tener objetivos incompatibles entre sí⁴.

Centra su estudio del conflicto como fenómeno social y dentro de este esquema analiza la cuestión del poder, no solo buscando un concepto general apreciado científicamente como único e inequívoco sino también otorgándole al mismo una connotación materialista en cuanto lo vincula al concepto de recursos⁵.

En segundo lugar en la obra citada menciona lo desalentador que resulta todo intento de precisar el significado del término poder y así como el término conflicto debía ser tratado como género superior de una vasta región ontológica, resulta indispensable disponer de un concepto de poder dotado de equivalente universalidad.

Pone en evidencia que el uso de la expresión poder denota claramente significados muy distintos, así expresa que los expertos del conflicto centran el significado de este término de forma muy variada, por ejemplo si se refieren al conflicto entre los estados, vinculan directamente la noción del conflicto con el uso de la violencia física y hablan paralelamente de poder militar. A su vez quienes teorizan sobre el conflicto laboral, se refieren al poder económico y poder gremial.

En este orden de ideas resulta común en la terminología empleada en diversos ámbitos y estratos de la sociedad vincular el concepto de conflicto con el concepto de poder, así se refieren al poder de los progenitores en un conflicto familiar, aparentemente con la misma connotación que hacen mención al poder de las organizaciones agrarias en el conflicto

⁴ ENTELMAN, REMO, *Teoría de Conflictos Hacia un nuevo paradigma*, Ed. Gedisa, España, 2002, pág. 49.

⁵ ENTELMAN, REMO, *Teoría de Conflictos Hacia un nuevo paradigma*, Ed. Gedisa, España 2002, pág. 125.

vulgarmente llamado “del Campo” o el poder del gremio ante el conflicto laboral que mantiene con la Municipalidad de Córdoba.

Entelman advierte que hasta se utilizan expresiones simples adjetivaciones junto al termino poder, como poder militar, poder político, poder económico etc.⁶

Trata de descubrir cual es la nota esencial que permite equiparar el poder con que se imparte una orden paterna, con una invasión militar o una huelga de trabajadores.

Para dar claridad cita a autores como Steven Luckes y utiliza el término poder en dos sentidos distintos. Por un lado, es usado en forma general para referirse a todas las formas de control exitoso de A sobre B; esto es de A asegurando el acatamiento o la sumisión de B, desarrollando una completa tipología de las formas de ese control que ven como tipos de poder; y por el otro, opiniones que etiquetan uno de esos tipos de poder como el aseguramiento de sumisión o acatamiento a través de la amenaza de sanciones, incluyendo entonces los conceptos de coerción, influencia, autoridad, fuerza y manipulación, aclarando Entelman que a su entender, el primer concepto esta referido al poder, entendido como las formas en que A intenta controlar a B y el segundo a la coerción por cuando A intentaría controlar a B mediante amenazas de sanciones⁷, ejerciendo una clara acción intimidante sobre B.

No obstante, este concepto no puede dar cuenta de muchos aspectos o caras del poder en una teoría abarcadora omnicompreensiva del conflicto, más si advertimos que el poder a veces pertenece a cosas o animales y otras a seres humanos, que en algunas oportunidades se ejerce por cosas sobre cosas y en otras por cosas sobre hombres como el poder anti-inflamatorio de la cortisona, o cuanto ejemplos se nos ocurran propios de nuestros lenguaje cotidiano tal como lo venimos comentando, lo que ha motivado que el autor analizado reconoce que es imposible manejarse con una visión simplista⁸.

Encuentra Entelman que el vocablo poder definido por Mario Sttopino en su significado general como la posibilidad o la capacidad de obrar de producir efectos y puede ser referida ya sea a individuos o grupos humanos, como a objetos o fenómenos de la naturaleza como la expresión poder calorífico o poder absorbente⁹.

⁶ Op. cit., pág. 119.

⁷ Op. cit, págs. 119 y 120 citando a Steven Lukes.

⁸ Op. cit., pág. 120.

⁹ Op. cit., pág. 122 citando a Mario Sttopino en el *Dizionario di Politica* de Norberto Bobbio y Nicola Mateucci (1981:1217), tomo II, p.1217 de la segunda edición en español.

Al pretender esclarecer el sentido “producir efectos” el autor citado y otros distinguen en el caso del hombre el “poder como capacidad” y “poder como actividad”, “poder en potencia” diferenciado del “poder en acción o en acto”.

Concluye que cada autor o escuela define al poder de conformidad con sus necesidades teóricas o ideológicas y no encuentra en ellas un concepto universal de poder que pueda utilizarse en el análisis de cualquier clase de conflictos.

Toda vez que al tratar de sistematizar un concepto universal advierte “(...) que un actor que trata de obtener su objetivo incompatible con el de su adversario (...)” puede hacerlo mediante el uso de sanciones, es decir, de privaciones impuestas efectivamente o amenazadas, pero también puede hacerlo ofreciendo beneficios llamados premios o puede utilizar la persuasión, por lo que entiende que toda definición de poder desde la teoría de conflicto, debería permitir dar cuenta tanto de los casos de amenazas de sanción como de promesas de premios¹⁰.

El juego de las amenazas y las ofertas (de sanciones y premios) es fundamental para las técnicas de negociación y en general para la correcta administración de los conflictos, en cuanto está motivada para que nuestro contrincante haga o deje de hacer algo que percibimos contraproducente conforme nuestro objetivo en el conflicto, es decir desalentando acciones o proposiciones mediante una amenaza y/o sanción o favoreciendo una conducta y/o incentivando una decisión a través de una oferta de premio que movilice a considerar que nuestra proposición es la más ventajosa, sin que ello, por supuesto, implique ningún tipo de coerción contra nuestro adversario.

En definitiva Remo Entelman entiende por poder “(...) al conjunto de recursos de cualquier índole, de que dispone cada actor, o cree disponer, para procurar su objetivo...”¹¹, acercándose así, a la concepción del poder como recurso y/o capacidad y no como la ejecución de esa capacidad.

Aclara que las amenazas, las ofertas, las propuestas combinadas que contienen amenazas y ofertas, la influencia en cualquiera de sus acepciones, la persuasión, la posibilidad de una alianza con terceros, el poder de convicción, la autoridad moral o el prestigio frente al adversario, integran el concepto de recursos y son sólo parte de los múltiples recursos que cada actor puede tener disponible.

Entelman, pone de manifiesto que así como ha conceptualizado al conflicto como especie del amplio género denominado relaciones sociales, el poder hace referencia a una característica, atributo o capacidad de

¹⁰ Op. cit., págs. 123-125.

¹¹ Op. cit., pág. 125.

los actores del conflicto, en el marco de esa específica relación social que los vincula y tiene sentido tan solo dentro de la relación —es por lo tanto un concepto relacional—, es el poder que un actor dispone para obtener su objetivo que es —o cree que es— incompatible con el objetivo del otro actor, es el poder de alguien frente a alguien, en una concreta relación conflictual¹².

En este sentido el poder no es pensado en términos absolutos sino relativos, el autor pretende saber en cada conflicto, para cada uno de los actores, cuáles son sus recursos, o cual es su poder, en comparación con el poder del otro.

Los recursos con los que pueda contar un actor sólo son eficientes si existe también la voluntad y la decisión de usarlos, para lo cual resulta necesario realizar un pormenorizado análisis de la situación conflictiva y los recursos con los que se cuenta para hacer frente a la misma, dentro del entorno social en donde este se ha generado.

Profundizando la cuestión, advertimos que en la concepción marcial, el conflicto también se encuentran en las relaciones sociales y se da fundamentalmente con referencia a la distribución de los recursos, (materiales o no)¹³, en donde el orden social solo es posible por la existencia de la dominación de una clase sobre otras, lo que implica desde el uso de la fuerza directa hasta el uso de la persuasión y la legitimación del orden existente¹⁴, generando una distribución asimétrica del poder, en el cual los estratos y grupos dominantes mantienen su situación de privilegio subyugando a los estratos o grupos dominados¹⁵. Esta concepción que relaciona el poder con factores económicos y subordina las relaciones sociales a la estructura económica, recibe la crítica de ser un modelo poco flexible¹⁶, en donde el poder tendría por función esencial mantener las relaciones de producción y la dominación de una clase, lo que ha sido posible por el desarrollo de las modalidades de producción y las formas de apropiación de las fuerzas productivas¹⁷.

Entelman estima que, en sentido material, relativo a la disposición y utilización de los recursos, como en sentido anímico relativo a la voluntad de utilizarlos, el cálculo de poder se vincula al costo del mismo. Todo recurso y su utilización genera un costo, que no necesariamente es

¹² Op. cit., pág. 127.

¹³ Lista, Carlos A., *Los paradigmas de Análisis Sociológico*, Ed. Advocatus, Argentina 2000, pág. 196.

¹⁴ Lista, Carlos A., obra citada, pág. 174.

¹⁵ Lista, Carlos A., obra citada, pág. 183.

¹⁶ Lista, Carlos A., obra citada, pág. 199.

¹⁷ CASTRO, EDGAR, *El Vocabulario de Michel Foucault*, Ed. Prometeo Universidad Nacional de Quilmes, Bs. As., 2004 pág. 241.

económico, puede ser que un adversario tenga mucho poder y demasiado costo para utilizarlo¹⁸, o por que no, que no tenga conciencia del poder que detenta, no obstante conforme su marco teórico el conflicto no se presenta como una lucha de clases sino como un genero dentro de una especie de relación social que enfrenta a sus integrantes, en el que cada uno de ellos realiza su propio calculo de poder ante su particular situación conflictiva.

Nuestra opinión.

A pesar de los intentos de Remo Entelman para lograr un concepto universal de poder que pueda ser aplicado a la teoría del conflicto, no logra su cometido toda vez que el concepto esbozado no llega a explicar una serie de aspectos de la relación conflictual, más aún cuando está aceptado que los conflictos fluctúan, con picos de gran intensidad, se transforman o modifican en un espacio temporal dinámico y vertiginoso.

El concepto de poder de Entelman, que podríamos considerar materialista nos marca un criterio estático del poder como capacidad de utilizar recursos de cualquier índole, el que se puede medir con criterios de costo-beneficio, dentro de un paradigma reduccionista donde no tiene cabida la complejidad ni la interdisciplina.

Razón por la cual no puede dar respuestas no solo a las dificultades terminológicas para precisar un concepto universal de poder, sino también para considerar el entramado de la interacción social, donde el conflicto aparece como consustancial a su propia existencia.

Como podemos advertir dentro de este paradigma de la simplicidad, construido a partir de una lógica que sólo distingue, sin matices ni cuestionamientos, lo verdadero de lo falso convirtiendo en situaciones estáticas su objeto de estudio¹⁹, no posibilita las herramientas metodológicas apropiadas para abarcar el contexto en el que el poder se presenta en las relaciones sociales denominadas por el mismo Entelman como conflictivas, limitando su concepto solamente a “(...) recursos con los que dispone(...)”, sin llegar a precisar como estos recursos se presentan en una realidad social que cambia constantemente, se transforma y se reconstruye a si misma, en donde el “poder” forma parte consustancial de su esencia cada día más compleja.

Entendemos que dentro este paradigma Entelman se encuentra impedido de dar respuestas científicas satisfactorias vinculadas al concepto de poder y por más que lo presente como relativo y lo vincule con los

¹⁸ ENTELMAN, REMO, obra citada, págs. 128 y 129.

¹⁹ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, obra citada, pág. 36.

conceptos de oportunidad, análisis de costos, etc. no puede abarcar la realidad que el mismo concepto denota.

Por ello consideramos que para abordar la problemática del poder en las relaciones sociales y jurídicas es necesario contar con un criterio que posibilite contemplar la complejidad propia de su concepto y nos brinde las herramientas metodológicas apropiadas para comprender su esencia.

Dentro del cual la complejidad que el término “poder” denota, no sea un problema a simplificar ni resolver a través de un concepto, sino simplemente una característica de nuestro objeto de estudio, superando también el reduccionismo económico y las explicaciones unilateralmente materialistas que hacen Marx y Engels de las estructuras y procesos sociales²⁰.

Debemos buscar un marco referencial que nos permite utilizar una metodología abarcativa e integradora del conjunto de relaciones de intercambio y de integración que forman parte del devenir de las relaciones sociales.

Así planteada la cuestión y centrada nuestra investigación en el pensamiento de Remo Entelman, podemos advertir la gran influencia que ha recibido de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino quienes en su *Diccionario de Política*, entre otros aspectos y siempre referido a un concepto estático de poder como recurso o capacidad, ejercido de muy variadas formas, surgiría como requisito necesario para la existencia misma del poder la existencia de otro individuo o cosa frente a la cual el poder se haría presente, poniendo de manifiesto aquellas características que lo individualizan y lo distinguen de otros fenómenos²¹.

Así el poder sería uno de los fenómenos más difundidos en la vida social, considerando estos autores que “.. Se puede decir que no existe prácticamente relación social en la que no este presente ... por ello no debe causar sorpresa el hecho que el concepto de poder haya sido empleado para interpretar los más diversos aspectos de la sociedad...” y si bien en este aspecto lo relacionan con el ejercicio voluntario de la influencia de un individuo o grupo sobre la conducta de otro individuo o grupo²², nos permite afirmar que en toda teoría del conflicto basada en las relaciones sociales, el concepto poder forma parte esencial de su campo de estudio.

²⁰ LISTA, CARLOS A., obra citada, pág. 199.

²¹ BOBBIO, NORBERTO, MATTEUCCI, NICOLA y PASQUINO, GIANFRANCO, *Diccionario de Política*, Ed. Siglo Veintiuno Editores, 12ª edición en español, México 2000 págs.1190 a 1202.

²² BOBBIO, NORBERTO, MATTEUCCI, NICOLA y PASQUINO, GIANFRANCO, obra citad pág. 1198.

Más aún si tenemos en cuenta que la vida humana es impensable fuera de la sociedad, porque el hombre es un ser social, necesita de los demás²³

Sea cual fuere el paradigma que estructura su análisis el término poder se encuentra necesariamente ligado a la vida humana en relación, (sociedad) desarrollada en un espacio y tiempo determinado que le otorga características propias (cultura) sobre la que se sustenta un marco regulador que lo trasciende (derecho).

Dentro de este orden de ideas nos atrevemos a considerar que el poder formaría parte necesaria de toda relación social, poniéndose de manifiesto en la estructura misma de esa relación, la que consideramos en si misma conflictiva, aunque se haga más evidente cuando los intereses de sus miembros sean percibidos por los mismos como contradictorios.

Este concepto en si mismo complejo no puede ser abordado desde un paradigma de la simplicidad en el que se pretenda buscar una definición única y universal del término poder toda vez que, por ese camino llegamos a las mismas dificultades con la que se enfrenta Entelman en la obra analizada, debemos buscar un marco referencial que posibilite abarcar las acciones, retroacciones, reacciones, cambio e incertidumbre en la que se encuentra la sociedad contemporánea, en donde el conflicto forma parte esencial de la relación entre los hombres que la integran.

Sobre el particular Edgar Morin se pregunta ¿Qué es la complejidad? Y aclara que a primera vista la complejidad es un tejido de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados, y al mirar con más atención advierte que la complejidad es, efectivamente, el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares que constituyen nuestro mundo fenomenológico. Que se presenta con los rasgos inquietantes de lo enredado, de lo inextricable, del desorden, la ambigüedad, la incertidumbre. Y propone sustituir el paradigma de disyunción/reducción/unidimensionalización por un paradigma de distinción/conjunción que permita distinguir sin desarticular, asociar sin identificar o reducir²⁴.

Esta complejidad es caracterizada por Morin como un fenómeno cuantitativo, una cantidad extrema de interacciones e interferencias entre un número muy grande de unidades que desafían nuestra posibilidad de cálculo, que comprende también incertidumbres, indeterminaciones, fenómenos aleatorios "(...) es la incertidumbre en el seno de los sistemas

²³ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, obra citada, pág. 67.

²⁴ MORIN, EDGAR, *Introducción al Pensamiento Complejo*, Ed. Gedisa, España 2001, págs. 32 a 35.

ricamente organizados (...)" La complejidad esta así ligada a una cierta mezcla de orden y desorden²⁵.

El pensamiento complejo según Edgar Morin no supone abandonar las ideas de orden, separabilidad y lógica, en cuanto necesita la organización, se apoya en los análisis de la singularidades, pero las integra y une en un marco teórico más amplio y complejo, es un "ir y venir" entre certezas y cuestionamientos, entre lo básico y lo general, entre lo divisible y lo inseparable²⁶.

Conforme esta perspectiva advertimos que debemos abandonar la idea de elaborar un concepto único y universal del poder, solamente deberíamos intentar distinguir sus características relevantes, admitiendo la incertidumbre que distingue a la sociedad actual, en donde los fenómenos se presentan y desarrollan en un breve lapso de tiempo.

Hoy una de las tareas de la ciencia consiste en analizar y controlar el desorden conceptual y no simplemente expulsarlo, sino se trata, pues, de reelaborar la idea de organización y utilizarla para federar disciplinas fragmentadas. Es el momento de tener en cuenta el intercambio y la cooperación, en vista a proyectos y objetivos comunes²⁷.

Por todo ello, en el estudio del poder consustancial a las relaciones sociales, dentro de las cuales el conflicto es considerado como campo de estudio por las ciencias humanas, sociales y jurídicas resulta necesario abordar su análisis desde la complejidad con una mirada interdisciplinaria, que posibilite llegar a aproximaciones científicas.

Como enseña Martínez Paz, la interdisciplinarietà se entiende como el conjunto de relaciones de intercambio y de integración entre distintas ciencias y disciplinas, a través de su articulación y de sus metodologías, produce un enriquecimiento recíproco, que fecunda los conocimientos disciplinares. No se trata de una superposición o sumatoria de conocimientos, por el contrario, reclama un dinamismo propio de un auténtico intercambio de conocimientos y de métodos²⁸.

Conclusión.

Para concluir nuestro análisis, intentaremos aproximarnos a un concepto de poder, que desde la perspectiva propuesta por Edgar Morin posibilite comprender como se presenta el fenómeno "poder" en las relaciones sociales dentro de la cual centramos el estudio del conflicto.

²⁵ MORIN, EDGAR, obra citada, pág. 60.

²⁶ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, obra citada, pág. 41 citando a Edgar Morin.

²⁷ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, obra citada, pág. 41.

²⁸ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, obra citada, pág. 51.

Sobre el particular Edgardo Castro en *El Vocabulario de Michel Foucault*, al analizar el pensamiento de dicho autor, comenta "(...) El poder no es una sustancia. Tampoco es un misterioso atributo cuyos orígenes habría que hurgar. El poder no es otra cosa que un tipo particular de relaciones entre los individuos (...) "²⁹, no es algo que se posee sino algo que se ejerce³⁰, en donde el individuo es la vez receptor y emisor de poder. Foucault no se pregunta ¿qué es el poder?, se pregunta ¿cómo funciona? Y consiste según lo interpreta Edgar Castro en conducir conductas y disponer de su probabilidad induciéndolas, apartándolas, facilitándolas, dificultándolas, limitándolas, impidiéndolas³¹.

Las relaciones de poder son relaciones entre sujetos que se definen como modos de acción que no actúan directa e inmediatamente sobre los otros, sino sobre sus acciones, y exige que el otro (aquél sobre quien el poder se ejerce) sea reconocido y mantenido hasta el final como un sujeto de acción, y también que se abra ante la relación de poder todo un campo de respuestas, reacciones, efectos, intervenciones posibles³².

Es más, aclara Castro citando a Foucault, que las relaciones de poder suscitan necesariamente, reclaman a cada instante, una resistencia. El poder de aquel que domina trata de mantenerse con tanta más fuerza, tanta más astucia cuanto mayor es la resistencia, en definitiva si no hubiese resistencia no habría poder. La resistencia al poder no puede venir de afuera del poder, es contemporánea a integrable a las estrategias de poder³³.

Como podemos apreciar, Foucault, según lo entiende Castro, se aproxima al concepto del término poder desde otra perspectiva, donde se reconoce a todos los individuos que integran la sociedad en el sentido recursivo propuesto por Edgar Morin (la sociedad es producida por las interacciones entre individuos, pero la sociedad una vez producida, retroactúa sobre los individuos y los produce)³⁴ la capacidad de ejercer poder dentro de las interacciones de las relaciones sociales, aceptando la incertidumbre propia de la existencia humana.

Todo ello nos permite afirmar que el poder se presenta como parte sustancial de las relaciones sociales en la cual se desarrollan los individuos, circula entre ellos, formando parte de su misma existencia de su propia complejidad, de ese tejido junto que caracteriza las relaciones dentro de las cuales el conflicto estudiado por las ciencias sociales y jurídicas se

²⁹ CASTRO, EDGAR, *El Vocabulario de Michel Foucault*, Ed. Prometeo, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2004, pág. 201.

³⁰ Op. cit., pág. 263.

³¹ Op. cit., pág. 264.

³² Op. cit., pág. 265.

³³ Op. cit., pág. 315.

³⁴ Op. cit., pág. 60.

presenta como una relación de oposición entre personas o grupos sociales de manera sistemática como un factor de ajuste de adaptación de las relaciones y de los grupos sociales como uno de los medios con los que cuenta la sociedad para mantener o recuperar su equilibrio³⁵.

Por último, su abordaje metodológico debería ser encaminado desde la interdisciplinariedad propuesta por Martínez Paz como una nueva forma de producción del conocimiento, asumiendo la realidad con el objeto de intercambiar y complementar las conceptualizaciones, teniendo en cuenta que la tarea científica tiene como punto de partida conocimientos aproximados. Es decir ajenos a la pretensión de ser definitivos³⁶.

Bibliografía

BOBBIO, NORBERTO, MATTEUCCI, NICOLA y PASQUINO, GIANFRANCO, *Diccionario de Política*, Ed. Siglo Veintiuno Editores, 12ª edición en español, México, 2000.

CASTRO, EDGAR, *El Vocabulario de Michel Foucault*, Ed. Prometeo, Universidad Nacional de Quilmes, Argentina, 2004.

ENTELMAN, REMO, *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Ed. Gedisa, España, 2002.

LISTA, CARLOS A., *Los Paradigmas de Análisis Sociológico*, Ed. Advocatus, Argentina, 2000.

MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, *La Construcción del Mundo Jurídico Multidimensional*, Ed. Advocatus, Argentina, 2004.

MORIN, EDGAR, *Introducción al Pensamiento Complejo*, Ed. Gedisa, España, 2001.

SCHNITMAN, DORA FRIED, *Nuevos Paradigmas Cultura y Subjetividad*, Ed. Paidós Argentina, 1994.



³⁵ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, obra citada, págs. 78 y 79.

³⁶ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, obra citada, págs. 50 y 51.

OPOSICIONES Y LECTURAS EN CÓRDOBA DEL TUCUMÁN

*Marcela Aspell**

Resumen: La investigación analiza los textos de estudio utilizados en la *Universitas Cordubensis Tucumanae* para la enseñanza del derecho en el siglo XVIII y las corrientes doctrinarias que los sustentaron.

Palabras Clave: Universidad de Córdoba del Tucumán - Enseñanza del Derecho - Textos de estudio.

Las universidades frente al siglo XVIII. Las universidades indianas.

El cambio dinástico que afronta España en el mil setecientos se presenta como un buen punto de partida para la reforma política del estado, cuya crítica situación se traducía en múltiples voces, incluso las satíricas, que aún bajo este tono, no lograban impedir el reflejo de una angustia generalizada:

*España está pereciendo,
Nuestro rey la está mirando,
Los españoles llorando,
La reina se está muriendo,
Monsieur Orry discurriendo
donativos continuados,
los Grandes acoquinados,
los Consejos aturridos,
los franceses asistidos,
los soldados mal pagados¹.*

Un siglo XVIII comprometido con los ideales políticos de la Ilustración es indudablemente el escenario propicio para el privilegio de la educación, en cuya virtud se confiaba obtener el arma más eficaz para el adelantamiento del reino². Muchas son las voces que se elevan al respecto.

* Universidad Nacional de Córdoba. Conicet.

¹ Citado por M. PESET, Estudio Preliminar en *Gregorio Mayans digital Epistolario* Volumen IV Mayans y Nebot (1753-1742) Un jurista teórico y un práctico. Pág. 11.

² Entre los centenares de títulos publicados sobre la universidad del XVIII, sobresalen los eruditos estudios de: M. y J. L. PESET, *La universidad española. Siglos XVIII-XIX. Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1974; M. PESET REIG, "La formación de los juristas y su

Gaspar Melchor de Jovellanos resume con meridiana claridad en su *Memoria sobre Educación Pública o Tratado Teórico Práctico de Enseñanza*, el fervor de todo el siglo XVIII: “¿Es la instrucción pública el primer origen de la prosperidad social? Sin duda. Esta es una verdad. La razón y la experiencia hablan en su apoyo. Las fuentes de la prosperidad social son muchas, pero todas nacen de un mismo origen y este origen es la instrucción pública. Ella es la que las descubrió y a ellas todas están subordinadas. La instrucción dirige sus raudales para que corran por varios rumbos a su término, la instrucción remueve los obstáculos que puedan obstruirlos, o extraviar sus aguas. Ella es la matriz, el primer manantial que abastece estas fuentes. Abrir todos sus senos, aumentarle, conservarle es el primer objeto de la solicitud de un buen gobierno, es el mejor camino para llegar a la prosperidad. Con la instrucción todo se mejora y florece. Sin ella todo decae y se arruina en un Estado”³.

Pero no es Jovellanos el único paladín de la educación pública. Idéntico propósito había sustentado medio siglo antes el llamado Padre de la Ilustración Española, el benedictino Fray Benedicto Jerónimo Feijoo y Montenegro cuyo *Teatro Crítico y Cartas Eruditas y Curiosas* tanto fértil surco habían cavado para recibir la nueva simiente.

Esta es la opinión que le merece la educación universitaria: “Lo primero es el corto alcance de algunos de nuestros profesores. Hay una especie de ignorantes perdurables precisados a saber siempre poco, no por razón sino porque piensan que no hay más que saber que aquello poco que saben. Habrá visto vuestra merced más de cuatro, como yo he visto más de treinta, que sin tener el entendimiento adornado más que de aquella lógica y metafísica que se enseña en nuestras escuelas... Viven tan satisfechos de su saber,

acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX”, *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, LXII (1971), 605-672; M. PESET REIG, “Inéditos de Gregorio Mayans y Siscar (1699-1781) sobre el aprendizaje del derecho”, *Anales del Seminario Metropolitano de Valencia*, VI, 11 (1966), 49-110; M. y J. L. PESET REIG, *Gregorio Mayans y la reforma de la universidad. Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las universidades de España* (1767), Publicaciones del Ayuntamiento de Oliva, Valencia, 1975; M. PESET REIG, “La recepción de las órdenes del Marqués de Caballero de 1802 en la universidad de Valencia. Exceso de abogados y reforma en los estudios de Leyes”, *Saitabi* XIX (1969), 119-148; M. PESET REIG, J. L. PESET REIG, “De la universidad moderna a la contemporánea en España” y “El sistema de enseñanza en la universidad de Valencia y el plan Blasco de 22 de diciembre de 1786”, *Actas del III Congreso de Historia de la Medicina*, 3 vols., Valencia, 1969, III, 263-273, y II, 295-315. M. PESET REIG, “Una propuesta de código romano-hispano inspirado en Ludovico Antonio Muratori” *Homenaje a Santa Cruz Teijeiro*, 2 vols. Valencia, 1974, II 217-260, y “Derecho romano y derecho real en las universidades durante el siglo XVIII”, *Anuario de historia del derecho español* XLV, Madrid, 1975.

³ JOVELLANOS, GASPARD MELCHOR DE: *Memoria sobre educación pública o tratado teórico práctico de enseñanza con aplicación a las escuelas y colegios de niños*, en Biblioteca de Autores Españoles, obras publicadas e inéditas de don Gaspar Melchor de Jovellanos, Madrid, M. Rivadeneyra Imprenta, 1858, págs. 230 y 231.

*como si poseyesen toda la enciclopedia. Basta nombrar la nueva filosofía para conmovier a éstos el estómago. Apenas pueden oír sin mofa y carcajada el nombre de Descartes. Y si les preguntan qué dijo Descartes, o qué opiniones nuevas propuso al mundo, no saben ni tienen qué responder, porque ni aún por mayor tienen noticia de sus máximas, ni aún de alguna de ellas*⁴.

A la voz del Ilustre polígrafo, se suma su impugnador, el abate Verney, un francés aclimatado en Portugal⁵ escudado tras el dictado a quien debe su celebridad: *Barbadinho*. Su obra el *Verdadero método de estudiar*, mereció especial aceptación en el mundo de habla castellana. Otros autores preocupados por el mismo tema Pablo de Mora y Jaraba, Luis Antonio Muratori, Juan Francisco de Castro, etcétera, proponen en términos parecidos una reforma educativa que, excluyendo formalismos vacíos de contenido, alimenten la genuina ansia del saber.

Multitud de testimonios avalan el general estado de decadencia en que habían caído las universidades hispanas. Las causas se achacaban a diversos motivos, la desigual dotación de las cátedras, la no provisión de algunas de ellas, la utilización de las mismas como un trampolín de ascenso en la carrera de honores, hechos que se traducen en el escaso o nulo celo brindado por los profesores a la enseñanza.

A ello se suma las proclamadas luchas contra las herejías que enmascaraban, en ocasiones, una aguda resistencia de las Casas a permitir la penetración de los nuevos saberes científicos, perdiendo, en consecuencia aquella iniciática brillante fuerza y místico empuje con que habían nacido los *studium generale*.

En tiempo tan bien dispuestos, no faltan empeños para volver a dotar a la Universidad de los pasados brillos que le había significado el Renacimiento. Y aunque el *Omnis scientiarum princeps Salmantica docet* todavía importaba el señorío de su antiguo esplendor, una realidad más deslucida se impone sin vueltas.

Feijoo encuentra el horizonte de la Universidad española del siglo XVIII oscurecido por sombríos matices que encabeza la falta de universitarios, debidamente preparados para lidiar con propiedad en las aulas. Leamos al benedictino: *Bien creo yo que se encuentran algunos tan rudos en las aulas, que a menos de darle la doctrina mascada y digerida de este modo, no saben usar de ella en la disputa. Mas lo que se debe practicar con éstos es despacharlos para que tomen otro oficio. Conviniera mucho al público,*

⁴ FEIJOO Y MONTENEGRO, BENITO JERÓNIMO, *Causas del atraso que se padece en España en orden a las ciencias naturales*, en Biblioteca de Autores Españoles, obras escogidas del padre Benito Jerónimo Feijoo y Montenegro, Madrid, M. Rivadeneyra Impresor, 1863, págs. 540 y 541.

⁵ PESET, MARIANO y PESET, JOSÉ LUIS, *La Universidad española, siglos XVIII y XIX, Despotismo y Revolución Liberal*, Taurus, Madrid, 1974, págs. 22.

que, en cada Universidad hubiese un visitador o examinador, señalado por el príncipe o por el supremo Senado, que informándose cada año de los que son aptos o ineptos para las letras purgase de éstos las escuelas. Con este arbitrio habría más gentes en la República para ejercer las artes mecánicas y las ciencias abundarían de más floridos profesores, pues se ve a cada paso que al fin alguno de los zotes, a fuerza de favores, quitan del empleo del magisterio a algunos beneméritos, lo que no podría suceder si con el tiempo los retirasen de la aula, como a los inválidos de la milicia”⁶. El remedio que propone: *los censores regios*, no tardan en aparecer en las universidades españolas. Un año después de la expulsión de la Compañía de Jesús, se ordenó por Real Cédula de fecha 12 de agosto de 1768, prohibir el dictado de las cátedras jesuíticas y la consulta de sus textos. El 18 de octubre la orden se extiende a las Indias. Más tarde, el cuadro se completa con la creación de los censores regios que, naturalmente aparecen primero en la metrópoli y 30 años después en las universidades indianas, por Real Cédula fechada en Aranjuez el 19 de mayo de 1801.

El trámite para su nombramiento imponía que el claustro propusiera al gobernador tres personas de calidad y éste, teniendo en consideración el informe y el dictamen de su asesor debía remitir la terna a la Audiencia del distrito, para que ella, reunida en acuerdo con el virrey o el presidente lo nombrara.

Impónese aclarar que la Audiencia no estaba obligada a seguir el orden de la ubicación de la terna, cuando advirtiera otro sujeto de calidades mayores para el desempeño de la función y así lo fundase.

Las razones que determinaban la creación del cargo reposaban en la prohibición de la promoción, enseñanza o difusión de doctrinas contrarias a la autoridad real, regalías de la corona y leyes del reino, tanto en los contextos de la enseñanza como en las conclusiones y en los ejercicios literarios de las universidades americanas.

Al perfilarse la Institución en Indias, se encarga también al censor, modificando ligeramente los términos del primitivo diseño de sus funciones, “... *no aprobar conclusiones inconducentes o sin uso en el foro para la inteligencia del dogma o moral y en no verse la sólida y verdadera instrucción de la juventud*”⁷. El programa político de la Ilustración no vaciló sobre la elección del remedio apropiado.

⁶ FEIJOO Y MONTENEGRO, BENITO JERÓNIMO. *Dictado de las Aulas*, en Bibliotecas de Autores, op. cit., pág. 439.

⁷ Archivo General de Indias, Buenos Aires 14, citado por José María Díaz Couselo, *Los censores regios en Indias* en VII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indio, Actas y Estudios I, Bs. As. 1984, pág. 256.

Una concepción crítica y antidogmática del conocimiento, opuesta al saber tradicional, basado en el principio de autoridad, es un buen punto de partida para concretar las reformas de las casas de estudio. Carlos III dirige su atención a la Universidad de Salamanca y acomete la reforma de su plan de estudios, reforma que luego influirá notablemente en el diseño de los planes para las universidades indianas. El nuevo plan, inicialmente elaborado por el propio claustro salmantino un año antes, fue modificado y puesto en vigor el 3 de agosto de 1771. La Universidad había recibido ya, como es natural, la formal comunicación de la orden de expulsión de la Compañía de Jesús, a la par que se le impuso suprimir las cátedras de la escuela jesuítica y prohibir la consulta de sus autores clásicos, “...*que se extingan en todas las universidades de éstos mis reinos las cátedras de la escuela llamada jesuítica —suarista mejor—, y que no se use de los autores de ella para la enseñanza*”⁸.

Se recomienda la lectura de la obra del dominico catedrático de prima de Teología, Fray Luis Vicente Mas de Casavalls, *Incommoda Probabilismi*, cuya venta fue autorizada por la Real Cédula de Carlos III fechada en el Pardo el 15 de marzo de 1768, quien expresamente se había pronunciado en contra de las doctrinas del Concilio de Constanza, disposición que luego se impuso en las universidades de las Indias. Concluyeron de este modo en las aulas jesuíticas —nuestra Universidad fue especialmente afectada—, la enseñanza del probabilismo, cuyos fundamentos madurados en la obra Bartolomé de Medina (1527-1580) *Expositio in priman secundae Angelici Doctoris Divi Thomae Aquinatis*, expuestos con claridad en el principio: “*Sest opinio probabilis, licitum est cam sequi, licet opposita probabilior sit*”, crearon un admirable sistema que se llamó la moral casuística, y es justamente con la enseñanza jesuítica que ingresa y alcanza un fino desarrollo el probabilismo en la Universidad de Córdoba, proyectándose en la formación jurisprudencial del derecho, y de una manera muy especial en los derechos Canónico y Penal⁹.

El arte de la abogacía significó, asimismo, la posibilidad de concreción de otras expectativas cara a la sociedad española. Los letrados no tardan en rodear la corte del Rey. Ministros, Secretarios, Consejeros, Oidores, Asesores, acuden solícitos a los estrados reales, ofreciendo sus servicios y poco tardan en trepar por senderos de recompensas, preeminencias, honores y fama alimentando una burocracia que nutría a su vez Consejos

⁸ *Memorial histórico español*, T. XIII, 73 citado por Mariano Peset y José Luis Peset, op. cit. pág. 96.

⁹ PEÑA, ROBERTO I., *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del derecho en la Universidad de Córdoba (1614 -1807)*, Córdoba, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho, v. III, 1986, pág. 39.

Reales, Audiencias y Cancillerías, donde la nobleza de segundones halló el seguro trampolín para el ascenso social.

Pese a ello *“siempre había hueco para el jurista de talento... mientras le acompañare la suerte y el favor”*¹⁰.

Lo acredita la ilustre carrera de Macanaz, Campillo, José Molino —futuro conde de Floridablanca— y hasta los asturianos de mejor cuna, Jovellanos y Campomanes.

Por su parte, el horizonte social de las Indias mixturaba una complejidad estamental cuya progresiva jerarquización no desdeñó admitir como seguro factor de ascenso al poder el paso por las aulas de derecho. Entretanto, la Universidad española del siglo XVIII, heredera de tradiciones seculares privilegiaba el estudio del Derecho romano y los letrados graduados en sus aulas desconocían la práctica del derecho que requerían los tiempos.

Su formación, exclusivamente teórica se nucleaba en torno a la *Instituta* pieza fundamental de todos los planes de *estudio de las carreras de derecho y parciales secciones del Código y del Digesto*. Obviamente, advertir las concordancias y discrepancias de los textos romanos y ejercitarse en su sistematización, resultaba insuficiente para un abogado del setecientos que aspiran a ganarse la vida con la realidad jurídica que imponía el mundo castellano o el indiano.

Las pasantías en bufetes de letrados suplían estas señaladas ausencias y ponían en contacto al novel abogado con los textos de recopilaciones, ordenanzas y leyes cuyas admoniciones le acompañarían toda la vida. No tardan en aparecer, empero, las voces que bregan por un drástico cambio en los planes de estudio del Derecho. Un autor regalista Pablo de Mora y Jaraba, natural de Orihuela, donde nació en 1716, graduado en Leyes en la Universidad de Valencia (1733-1736) y en Cánones en la de Granada, adelanta hacia 1748 la necesidad de formar *letrados prácticos*¹¹, buenos conocedores del derecho del Reino.

Años antes, Felipe V había propuesto, tanto en 1713 como en 1741, la enseñanza de Derecho Patrio en las universidades, sin que el proyecto alcanzara a prosperar.

La novedad vuelve a cobrar bríos en el proyecto del ilustre valenciano Mayans de 1767, a quien el mismo Rey había recibido en El Escorial, encomendándole la elaboración de un informe que le impusiese sobre el estado de la enseñanza universitaria.

¹⁰ PESET, MARIANO y PESET, JOSÉ LUIS, op. cit. pág. 284.

¹¹ MORA Y JARABA, PABLO DE, *Tratado Crítico. Los errores de Derecho Civil y abuso de los jurisperitos*, Madrid, 1748.

El encargo es cumplido con creces el 1 de abril de 1767 en *Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las Universidades en España*. El Plan de Mayans es adoptado por la Universidad de Valencia en 1786, utilizándose las *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, de los aragoneses Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel Rodríguez, texto nacido en 1771 “*al calor de la reforma universitaria*”¹² que naturalmente recogía la sistematización metodológica de la Instituta Justiniana para el tratamiento del Derecho Castellano precedido de una introducción histórica.

Abrevaba en las fuentes legales de las *Partidas*, la *Recopilación*, el *Fuero Real* y el *Fuero Juzgo*.

La posterior actualización de esta obra, que abrió camino en la enseñanza del Derecho Patrio, estuvo a favor de Juan Sala. Su *Ilustración del Derecho Real de España* avanzó en sistematización y método expositivo, a la par que rejuvenecía sus textos, incorporando las novedades de la *Novísima*, que por su posterioridad, no habían pasado a las *Instituciones* de Asso y Manuel. La cuestión encontró eco en la realidad americana:

*“Callen el romanismo y sus secuaces
nuestros códigos salgan del olvido y
enséñese mejor en nuestras clases
el genio nacional allí embebido,
admiremos sus leyes primordiales y
las costumbres con que ha regido.”*

Rimaba en 1819, el jurisperito cubano Prudencia Echavarría y O’Gaban en su célebre *Sátira* dedicada al general Juan Manuel Cajigal, compuesta a la temprana edad de 23 años, insistiendo en el estudio excesivo que del Derecho Romano efectuaban las Facultades de Derecho.

Afirma Peset: “*El derecho romano está presente en la ciencia teórica y la práctica del siglo XVIII español. Su fuerza, como doctrina común y sustento de los juristas, es indudable. El derecho real o patrio —las leyes de Castilla o de otros reinos y provincias— apenas es sombra ante las perfecciones de los textos romanos que durante siglos se utilizan en Europa. Las universidades españolas hasta 1771 se limitan a enseñar las sutilezas y textos del derecho de Roma en sus facultades de leyes, mientras las de cánones se ocupan del derecho de la Iglesia. Hasta el siglo XIX no cambia esta situación*

¹² PESET, MARIANO, *Correspondencia de Gregorio Mayans y Siscar con Ignacio Jordán Asso del Río y Miguel de Manuel Rodríguez, 1771-1780*, en Anuario de Historia del Derecho Español, v. XXXVI, Madrid, 1966, pág. 572.

*de forma notable. Los abogados y jueces emplean derecho romano —junto a algunas leyes patrias— para resolver los conflictos que se les presentan*¹³.

El tema había merecido, casi un siglo atrás, la preocupación del propio Saavedra Fajardo quien en *Idea de un príncipe político cristiano representada en cien empresas* aconsejaba al príncipe el mejor conocimiento de las leyes patrias del reino cuando sostenía: “*La multiplicidad de leyes es muy dañosa a las Republicas porque con ellas se fundaron todas y por ellas se perdieron casi todas. En siendo muchas, causan confusión y se olvidan, o, no se pudiendo observar, se desprecian... En que se debe poner remedio fácil en España, si algún Rey, no menos por tal empresa restaurador della Pelayo, reduciendo las causas a términos breves y dejando el derecho civil, se sirviese de las leyes patrias, no menos doctas y prudentes que justas. El rey Rescenvinto lo intento, diciendo en una ley del Fuero Juzgo “E nin queremos, nin de aquí adelante sean usadas las leyes Romanas, nin las extrañas” . Y también el rey don Alonso el Sabio ordeno a los jueces: Que los pleytos ante ellos los libren bien e lealmente lo mas aina e mejor que supieren e por las leyes deste libro, o non por otras”. Esto confirmaron los reyes don Fernando y doña Juana y el Rey Alarigo puso graves penas a los jueces que admitiesen alegaciones de las leyes romanas*¹⁴. Sin dejar de señalar los inconvenientes que la solución acarrea¹⁵, concluía “*A esto miro Solón cuando, preguntándole que leyes eran mejores respondió que aquellas de que usaba el pueblo*”.

Pero la autoridad del derecho romano aquilatava una impronta difícil de disimular. Covarrubias es terminante al respecto: “*Y no andan descaminadas pues las viejas y sabias leyes romanas se extienden mas completas y sutiles sobre nuestras leyes patrias, dominando los tribunales y las leyes*¹⁶”, criterio que compartiera asimismo José Berní en la edición dieciochesca de la Partidas, destacando la indiscutida autoridad del aporte romanista que glosara Gregorio López “*acordando opiniones antiguas y modernas*” principio asimismo sostenido por Antonio Gómez, quien a falta de ley real aconsejaba ocurrir al derecho común y hasta a la misma costumbre en ausencia de estas. En tanto la omisión de ambas, autorizaba acudir a la razón natural, conforme Baldo, Juan Andrés y hasta el mismo Aristóteles, a

¹³ Conforme M. Peset Estudio Preliminar en Gregorio Mayans digital Epistolario Volumen IV Mayans y Nebot (1753-1742) Un jurista teórico y un práctico.

¹⁴ SAAVEDRA FAJARDO, DIEGO DE, *Empresas Políticas*. Edición, introducción y notas de Francisco Javier Díaz de Revenga. Planeta Autores Hispánicos. Barcelona, 1988 págs. 144-145.

¹⁵ Entre ellos se encontraban la consecuentemente pérdida del conocimiento de la lengua latina por encontrarse, argumentaba el autor, en castellano la mayoría de las leyes patrias, el segundo radicaba que las soluciones del derecho civil comunes a todas las naciones de Europa “*por quien se deciden las causas y se juzgan en las cortes ajenas y en los tratados de paz*” requería justamente la presencia de “*hombres doctos en el*” Diego de Saavedra Fajardo, *Empresas Políticas*. Op. Cit. pág. 145.

¹⁶ Conforme M. Peset Estudio Preliminar en Gregorio Mayans digital cit pág. 3.

la opinión de los doctores, a la opinión probable y por último al monarca.¹⁷ Pero la reforma no concluye en estos planteos. La propuesta, asimismo, del estudio del Derecho Natural y de Gentes, necesariamente debía acompañar el pensamiento del iusnaturalismo racionalista.

La confesión de Finestres escrita en carta a Mayans desde Cervera, el 13 de enero de 1769: "*Quiera Dios que no se introduzcan en España los errores de los noveleros franceses y septentrionales... En España siempre han apreciado las cosas forasteras y despreciado las del país...*"¹⁸ no parece representar demasiado el espíritu de la época, más inclinado a admitir el pensamiento de Verney, sensible al cambio, o a compartir el diseño del plan de estudios de Olavide, que brega por la creación de cátedras consagradas al cultivo del Derecho Natural.

La reorganización de los reales estudios de San Isidro, operada tras la expulsión jesuítica, consagra la enseñanza universitaria de la nueva disciplina.

Textos adheridos a las nuevas corrientes comienzan a circular en las universidades como las *Instituciones Iuris naturae et gentium* de Almicus, que adopta Valencia en 1786 y luego Sevilla y Granada hasta 1794, año en que los temores que suscitó la Revolución Francesa, adherida al iusnaturalismo racionalista, convierten en deseables, por más seguros, los planteos racionalistas, cuya legitimidad se robustecía en una plácida ancianidad.

Es también el pensamiento del conde de Floridablanca, quien en carta personal, escrita al embajador de la Corte de Madrid en París, conde Fernán Núñez, le decía: "*En buen lío os habéis metido allí con esas asambleas nacionales. A mí me dan tenor tornadizo, inconstante y aventurero... Nosotros no deseamos aquí tantas luces, ni lo que de ellas resulta: la insolencia de los actos, de las palabras y de los escritos contra los poderes legítimos*"¹⁹.

Son tiempos pues propicios para la confrontación ideológica y el cambio y este clima de fértil horizonte intelectual, se transmite a las Indias.

¹⁷ Un erudito estudio de estos temas se encuentra en el ya citado M. Peset *Estudio Preliminar* en Gregorio Mayans digital y en otras obras del mismo autor: *La enseñanza del derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VIII (1808-1833)* en Anuario de Historia del Derecho español XXXVIII Madrid, 1968 y *Derecho romano y derecho real en las universidades durante el siglo XVIII* también en Anuario de Historia del Derecho español Tomo XLV Madrid, 1975, págs.

¹⁸ CASANOVAS, I. y BATLLORI, M., *Joseph Finestres Epistorari II*, 349, citado por Marino Peset y José Luis Peset, op. cit., pág. 293.

¹⁹ MOUSSET, ALBERT, *Un témoin ignore de la Revolution: le comte de Fernán Núñez, ambassadeur d'Espagne a Paris (1787 - 1791)*, París, 1924, pág. 49. (Carta sin fecha).

Dedicada desde sus orígenes a la enseñanza de las artes, teología y cánones, cuyo método y planes de enseñanza se describían en la *Ratio Studiorum* que en 1599 aprobara la Compañía de Jesús, la Universidad de Córdoba, logra en 1791, incorporar los estudios de derecho, con la creación de la cátedra de *Instituta*. Y éste es, precisamente, el tema que nos ocupa, la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, erigida en tierras que parecían cumplir con aquellos extremos que pedían las partidas: *“De bue ayre e de fermofas falidas deuefer la villa do quifiere eftablefcer el estudio porque los maeftros q mueftra los faberes e los escolares, o los apreden biua fanos en el e puedan folgar, e recibir plazer, en la tarde quado fe levantare canfadados del estudio. Otrofi, deuefer abodada de pan e de vino e de buenas posadas, en que puedan morar, e pssarssu tiempo, fin grand cofta. Otrofi dezimos, q los cibdadanos de aquel logar do fuere fech o el estudio, deue mucho guardar e horrar a los maeftros e a los escolares de todas sus cosas”*²⁰.

La Facultad de Jurisprudencia en la *Universitas Cordubensis Tucumanae*

Lejanos en el tiempo, escondidos en el corazón del siglo XVIII comienzan los primeros intentos por dotar a Córdoba de estudios legales.

Historiadores y cronistas se han referido a las gestiones llevadas a cabo por el gobernador Peredo en 1671. Un siglo después, los trámites aún continuaban.

El Obispo Sarricolea y Olea, escribía al Rey en 1729 anoticiándole que los alcaldes en cuyas manos estaba depositada la administración de la justicia *“eran hombres totalmente desnudos de la teórica y sin el menor tinte de práctica en los negocios forenses”*. Casi un siglo después de fundada la ciudad, en 1680, el Cabildo de Córdoba informaba al Rey la lucida presencia de la Universidad *en que se estudia con singular aplicación y de ella salen sujetos de aventajadas prendas*²¹, advirtiéndole empero que *en toda esta provincia no hay letrado ni abogado alguno por cuya falta es suma la*

²⁰ Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio. Partida II, Título XXXI, Ley II.

²¹ “Tiene Vuestra Majestad en esta ciudad una Universidad Real y Pontificia fundada en el Colegio de la Compañía de Jesús, en que se estudia con singular aplicación y de ella salen sujetos de aventajadas prendas, graduados de maestros y doctores, que se quedan sin premio, parece muy conveniente, que dichos graduados, en premio del afán de sus estudios y para estimular a la juventud a ellos fueran preferidos en vuestro real Consejo y acá en estas tres provincias de Tucumán, Paraguay y Río de la Plata fueran asimismo preferidos para la provisión de los curatos, que tal vez en concurso de graduados sale nominado el que no lo es y en las pretensiones preferido el que no es tan hábil.” Roberto Levillier. *Antecedentes de política económica en el Río de la Plata, Documentos originales de los siglos XVI al XIX seleccionados en el Archivo de Indias de Sevilla, ordenados y publicados por...* Madrid, 1915, Libro I, Tomo I, pág. 38 y siguientes.

penalidad que padecen los jueces que no les es posible valerse de asesor, urgiéndole mandase fundar en esta Universidad una Cátedra de Cánones y Leyes con que se proveyeran estas tres provincias de sujetos de letras y capaces para gobernar las repúblicas y usar los oficios de justicia, así en lo eclesiástico como en lo secular en que se experimenta gran necesidad y falta”.

El remedio a tales males, desafiando los prejuicios de fuerte arraigo en la sociedad indiana, que teñían la toga del abogado con tintes indeseables, no obstante el peraltado concepto que se tenía del magistrado y la altísima valoración de la justicia, era, justamente, crear las cátedras universitarias que posibilitaran la graduación de abogados.

Pero el Cabildo de la ciudad no permaneció indiferente a estos afares. En la sesión del 8 de julio de 1775, los regidores acordaron solicitar al monarca:

“... Se dote a los menos una cátedra de leyes para que instruidos sus vasallos en ellas y en las demás facultades concernientes al conocimiento de sus obligaciones sepan defender con honor la jurisdicción y regalías de su majestad, haya quienes desempeñen con lustre los empleos, gobiernen estas provincias en equidad y justicia y finalmente que, alentarnos con la esperanza de premio se dediquen con eficacia y empeño en su propia instrucción”²².

El 7 de noviembre de 1784, el marqués don Rafael de Sobremonte se sienta oficialmente en el sillón de la Gobernación Intendencia de Córdoba del Tucumán. Y no puede haber circunstancia más feliz para la concreción de las aspiraciones que nos ocupan. Porque el Marqués es un hombre comprometido con los ideales políticos del Siglo de las Luces, y zanjados aunque no olvidados, los roces que lo enfrentan con el Rector de la Universidad, fray Pedro Guitián, elevándose abultados expedientes a José de Gálvez, Marqués de Sonora, viaja Sobremonte a Buenos Aires y pone en mano propia de su superior, don Nicolás del Campo, Marqués de Loreto, el informe donde relata la necesidad del establecimiento de la cátedra de leyes en la Universidad de Córdoba.

Ya en tiempos del virrey don Nicolás de Arredondo, este dirige un oficio en consulta al claustro universitario el 15 de noviembre de ese mismo año, presidida por el padre lector de prima, fray Pantaleón García y los padres lectores de vísperas, moral y cánones fray Elías del Carmen, fray An-

²² Archivo Municipal de la Ciudad de Córdoba, Actas Capitulares, Libro XXXV, folio 198, sesión del 8 de Julio de 1775.

gel Díaz, fray Ignacio Garay y el padre lector de artes fray Anastasio Suárez, amén de otros graduados ilustres²³.

De lo allí deliberado, surge claramente que no fue unánime la voluntad de buscar soluciones para el establecimiento de la cátedra. Debíanse salvar inconvenientes económicos que el propio Virrey aconsejaba obviar, con un pequeño aumento en la matrícula de los estudiantes y la supresión de las becas de gracia.

Por otra parte, la inauguración de una sola cátedra violaba expresamente el contenido de la Real Cédula del 22 de enero de 1786, incorporada luego a la *Novísima*, que ordenaba: “*que en ninguna Universidad del reino se diesen o confriesen grados de bachiller en facultad que no hubiese dos cátedras, a los menos de continua y efectiva enseñanza y que esto se observase en lo sucesivo, sin embargo de cualquier privilegio, costumbre o posición contraria y bajo la pena de nulidad de los que se recibieran de otra manera*”.

Las vacilaciones del claustro contrastan con el unánime asentimiento que formulan los cabildos eclesiásticos y regular, cuya opinión requiere el gobernador.

También apoya el proyecto el síndico de la ciudad, Pedro Lucas de Allende, de todos modos es notable en el temple de todos estos avances, la férrea voluntad que animaba los propósitos del Marqués. Alguien ha querido ver tras los empeños de su pluma, la indisimulada presencia de Victorino Rodríguez, el hombre más versado en ciencias jurídicas con que contaba la ciudad.

Lo cierto es que el 26 de febrero de 1791, se despacharon en Buenos Aires el auto ereccional de la Cátedra de *Instituta*²⁴. El propio Sobremonte, “*respecto a ser este establecimiento de primera creación*” se encontraba facultado para proponer “*sujeto de correspondiente idoneidad y demás calidades necesarias para regentear dicha cátedra*”. Sobre el particular, no asaltaron al Marqués dudas ni vacilaciones. Su admirativa amistad por Victorino Rodríguez decidió su elección que fundamentaba en la reunión “*de las más recomendables calidades de ciencia, prudencia y conducta*”²⁵. El 12 de marzo de 1791 es designado, pues, Victorino Rodríguez, primer catedrático de *Instituta*²⁶. Se convertía así, en el primer profesor del inmortal texto justiniano, un antiguo alumno de la Facultad de Teología de la Universidad de Córdoba, que no había podido graduarse de doctor, a pesar de

²³ BUSTOS, ZENÓN, *Anales de la Universidad Nacional de Córdoba*, segundo período (1778-1795), Córdoba. 1902, t. II, págs. 806 y ss.

²⁴ BUSTOS, ZENÓN, op. cit., págs. 831 y ss.

²⁵ Idem.

²⁶ Archivo Universidad Nacional de Córdoba, Documentos libro III, folio 389.

haber aprobado la *Ignanciana*, por no estar ordenado *in sacris*. Jurista de Charcas y abogado de su Real Audiencia, gozó fama -dice el doctor Roberto I. Peña- de excelente letrado²⁷. *Un sueño se había cumplido*.

²⁷ PEÑA, ROBERTO I., op. cit., pág. 181. Victorino Rodríguez había nacido en la ciudad de Córdoba, probablemente el 6 de marzo de 1755 ó 1756. Hijo del español peninsular don José Rodríguez, quien se desempeñara como Alcalde de Primer y de Segundo Voto, Mayordomo del Hospital Regidor y Diputado ante la Audiencia de la Plata, Tesorero de Bulas de la Santa Cruzada, Mayordomo del Santísimo Sacramento etc. entre otros cargos honrosos y de doña Catalina Ladrón de Guevara. Victorino Rodríguez pertenecía, pues a una familia numerosa de buena posición social con arraigo americano desde tiempos de la conquista, viejos apellidos que se habían enlazado con nuevas alianzas de europeos radicados en la ciudad. En 1768 ingresó a la Facultad de Artes de la Universidad de Córdoba, como manteísta o externo, donde luego de aprobar los cursos respectivos de Lógica, Física, Metafísica, Anima o generación, recibió los grados de Bachiller, Licenciado y Maestro. Prosiguió luego los estudios en la Facultad de Teología y Cánones, donde pese a aprobar las cuatro parténicas y la Ignanciana, no pudo acceder al doctorado por carecer de condición sacerdotal. Luego se trasladó a Charcas para comenzar los estudios de Abogacía en la Facultad de Leyes de Chuquisaca y estudió las instituciones de Justiniano con el texto del jurista holandés Arnoldo Vinnio, adicionado con las notas de Heineccio. Se graduó en Leyes el 30 de mayo de 1784 y fue abogado de su Audiencia y también de la de Buenos Aires, luego de una ausencia de aproximadamente cuatro años regresó a Córdoba donde ejerció su profesión de Abogado. Cabe agregar que en ese año sólo residían en esta ciudad cuatro abogados seglares, los doctores Domingo Ignacio de León, Juan Luís de Aguirre, Francisco José de Uriarte y Nicolás Pérez del Viso, este último se desempeñaba como Teniente Asesor de Gobierno, lo que le traía aparejado una mayor dedicación a las obligaciones inherentes a su cargo y una gran concentración en los asuntos oficiales de su competencia. La llegada de Victorino Rodríguez constituye un hecho importante en la Córdoba de 1784, habida cuenta que el régimen político y administrativo se había instaurado como consecuencia del establecimiento de la Real Ordenanza de Intendentes y ya estaba anunciado la venida del Primer Gobernador Intendente de la nueva gobernación, el Marqués de Sobremonte, gestor del establecimiento de la primera escuela argentina de leyes. Ocupó el cargo el 7 de noviembre de 1784, el imperio de su jurisdicción se extendía a Córdoba, La Rioja, San Juan, San Luis y Mendoza. El 1 de enero de 1786 fue nombrado Rodríguez, Regidor Defensor de Menores, cargo, que como el de Alcalde, eran renovados anualmente, el primero de enero de cada año por los cabildantes salientes. Su oficio de regidor, concluyó, pues, el 31 de diciembre de 1786. Victorino Rodríguez se convirtió en un activo consejero del Marqués de Sobremonte que en 1788 lo designó Visitador Subdelegado con facultades administrativas y policiales para que recorriera los pueblos de la villa de Jachal, Guandacol, Valle Fértil y Ciudad de la Rioja. Posteriormente se le encomendó la visita de los yacimientos auríferos de la Carolina. ***El cargo de Teniente Asesor lo desempeñó interinamente desde 1784 en las periódicas ausencias de su titular, el Licenciado Nicolás Pérez del Viso y lo conservó hasta el fin de sus años.*** Estas funciones importaban el ejercicio de la jurisdicción civil y criminal en la capital y su territorio, el asesoramiento al gobernador en todas las negociaciones de la intendencia de la capital y su territorio y en los trámites de la intendencia y suplirlo en su ausencia, enfermedad y fallecimiento. Fue así como Victorino Rodríguez debió asumir el mando de la provincia con motivo de la muerte del entonces gobernador, Coronel Don José González, ocurrida el 1805. El gobierno interino de Rodríguez duró dos años, pero durante ese período adoptó medidas de importancia en materia de administración de justicia, tendientes a mejorarla, entre otras propuso la remoción de jueces y pedáneos con intervención del Cabildo. El 1 de enero de 1789 fue elegido Alcalde Ordinario de Segundo Voto, circunstancia que le aseguraba la alcaldía del primer voto para el año siguiente, conforme con lo dispuesto en la Real Ordenanza de Intendentes de 1782 y su modificatoria de 1783. Actuando como Juez en la causa *Baldez Santiago por supuesto autor de muerte a Melchor Ruiz* remitió en asesoría los autos al Doctor Miguel José de Galigiana, abogado de la Real Audiencia del distrito, residente

La organización de la Cátedra de Instituta.

La Cátedra se organizó al modo de las universidades europeas.

La presidió Victorino Rodríguez. En calidad de pasante fue designado entretanto, José Dámaso Gigena, doctor en Teología, pero quien aún no se había graduado en jurisprudencia. Lo haría cinco años más tarde. Hombre de grandes talentos, permanecería luego, largo tiempo asimilado a la vida de la Universidad, alcanzando en 1832 el Rectorado de la Universidad Mayor de San Carlos. Uno y otro afrontaron la compleja tarea de organizar el nacimiento de los estudios de Derecho en la *Universitas Cordubensis Tucumanae*. No ha llegado hasta nosotros las lecciones o el material de enseñanza que utilizó Victorino Rodríguez en su Cátedra de Instituta. Suponemos que no debió apartarse demasiado de los contenidos de su propia formación chuquisaqueña, alimentada con los textos de Arnoldo Vinnio, adicionado por Heineccio.

Minuciosamente, el Rector Cancelario y el Gobernador acordaron en el Acuerdo del 22 de agosto de 1791 los extremos que debían cumplimentar los futuros estudiantes de derecho, que asistirían a las aulas vestidos *con traje talar o capa y vestido negro, con sombrero redondo sin polvos*²⁸. La cátedra se leería en el aula donde hasta la fecha habían concurrido los gramáticos minoristas. Al mismo tiempo ordenó: *“Que los que se matriculasen para oír Instituta, sean obligados para probar y ganar curso en la Facultad de Leyes a asistir diariamente a las lecciones de Instituta, a su paso y conferencias, y a las lecciones de los catedráticos de Moral y Cánones según se fuesen turnando, de manera que dichos juristas no tendrán por la mañana, otra pensión que la asistencia a una de las dos enunciadas cátedras de Moral y Cánones, pero a la tarde ocuparán dos horas y cuarto a saber, media hora de paso en el patio de la Universidad desde las dos y media hasta las tres, tres cuartos de lección y explicación del catedrático de Instituta hasta las tres cuartos y pasado un cuarto de hora, que se dice intermedio para que descansen, desde las cuatro hasta las cinco tendrán conferencia”*²⁹.

La concesión de grados en leyes, requería para los aspirantes el tránsito por los mismos ejercicios que la Universidad había prescripto para el otorgamiento de los grados en Teología, sumándose en el tribunal examinador, el reverendo padre rector a los tres catedráticos de Moral, Cánones e Instituta. La creación de la cátedra de Instituta significó el nacimiento de la Facultad de Jurisprudencia, en la Universidad Real, con ella, los

en Buenos Aires. La novedad que importó este caso, lo constituye la precisa circunstancia que un juez versado en derecho, designado profesor de Instituta dos años más tarde en la Universidad Real de Córdoba, recurrió igual al dictamen de un asesor letrado.

²⁸ BUSTOS ZENON, op. cit. Acuerdo del 22 de agosto de 1791.

²⁹ BUSTOS ZENON, op. cit., pág. 908 y ss.

estudios universitario se integraron de la siguiente manera: una Facultad menor llamada de Artes, especie de bachillerato clásico obligatorio para ingresar a las otras facultades y dos facultades mayores, la de Teología y la de Jurisprudencia.

Los archivos rescatan el nombre de los primeros estudiantes que en la tarde del 22 de agosto de 1791 concurren a escuchar la primera lección de la cátedra de Instituta. Fueron: Francisco Henrique de la Peña, Pedro Arias, José Manuel Igarzábal, Prudencio Lascano, Tomás Danda, Manuel Antonio de Castillo, Juan Tomás Gómez, Jerónimo Salguero de Cabrera, Manuel de las Casas, Gabriel Ocampo y Manuel Bernabé de Orihuela.

Sólo nueve de esta primera lista de alumnos con que se abrieron los estudios de derecho en Córdoba, lograron obtener las aprobaciones de rigor en los exámenes de derecho en Córdoba, tomados el 17 de noviembre de 1791, luego de asistir a un curso de escasos tres meses.

El mismo auto virreinal que dispuso la creación de la cátedra, prescribió el texto que debía utilizarse. Se trataba del *Comentarius academicus et forensis inquatour libros institutionum imperialium* del reconocido romanista holandés Arnold Vinnius (1588-1657), adherido a la metodología de la escuela de Cuyacio quien había “*inyectado el espíritu humanista de su siglo a las leyes de Justiniano*”³⁰.

La lozanía del derecho romano en los ambientes universitarios no encuentra todavía reparos de peso. Sostiene Peset: “En verdad, el vigor del derecho romano —como del canónico—, es grande en el siglo XVIII. No sólo en los recintos de la universidad, en donde su estudio se torna arqueología, sino en la práctica más usual de nuestros tribunales. Se alega y se sentencia con él y con autores, también con unas gotas de derecho real inmersas en el más amplio de la doctrina común. En las pasantías y los exámenes de los consejos, de las audiencias y chancillerías que eran necesario pase para que el jurista formado en la universidad sea recibido y pueda abogar, suele estudiarse las leyes patrias. Pero se les exige conocer tanto la teórica como la práctica. Los libros que se manejan para lograr hacer un buen papel en estos exámenes —que por lo demás no son demasiado estrictos— son los de Antonio Gómez, Suárez de Paz, Villadiego..., posiblemente la obra de Hevia de Bolaños. La teórica está constituida por los estudios de derecho romano más puro en las universidades. A la altura del XVIII español atendidos en buena parte al humanismo jurídico erudito y en contacto con el *Usus Modernus Pandectarum*, que se importa desde Alemania. La práctica, según la terminología de la época, se refiere a autores y textos que buscan una finalidad más directa para la resolución de

³⁰ Conforme M. Peset Estudio Preliminar en Gregorio Mayans digital Epistolario op. cit. Volumen IV Mayans y Nebot (1753-1742) Un jurista teórico y un práctico.

conflictos y litigios. Son las leyes patrias, es el derecho romano aplicado, son los autores que más que ocuparse de sutilezas, enlazan ambos ordenamientos —juntamente con el derecho canónico— y van solucionando cuestiones. Sin duda, son los más, aun cuando la concreta adscripción no sea fácil, salvo a medida que el humanismo jurídico vaya introduciendo su nueva forma de elaborar el derecho en las universidades, y éstas produzcan sus obras más lejanas y desprendidas de problemas prácticos. El romanismo, por tanto, infesta las dos vertientes fundamentales de quehacer de los juristas. La teórica más abocada hacia las cuestiones propias del derecho romano, y la práctica a soluciones que han de regir las relaciones entre los hombres, sus disputas en tribunales o sus negocios jurídicos. Ahora bien, si los contenidos o el fondo siguen impregnados del derecho romano, las normas procesales o las escrituras notariales —en sus procedimientos y fórmulas— viven realidades muy distantes del derecho romano. Sin embargo, no pueden prescindir de las citas y planteamientos romanos. La verdad es que esa carga romanista —sólo a veces útil— permite demostrar las calidades de quien escribe. Por ello, cuando la práctica se reduce a niveles de escribanos, como la Práctica criminal de Gerónimo Fernández de Herrera, de 1671, el autor se disculpa en el prólogo por su falta de conocimientos romanos. No es posible enfrentar ninguna realidad jurídica sin tener a la mano buenos conocimientos del derecho común”.

Ello explica la elección del tratado, sobre el que ha sostenido el doctor Roberto I. Peña, cómo de la mano del texto de Vinnius ingresaba en la Universidad Real el método histórico jurídico del Derecho Natural Racionalista.³¹ Asimismo con Vinnius, continúa el autor que citamos, se introduce también en la Universidad Real Jhon Gottlieb Heineccius (1681-1741), quien representa, sin duda, la más acabada tradición del humanismo jurídico clásico³².

Su vasta producción intelectual, los *elementa iuris*, *glosas y comentarios* al Vinnius fueron frecuentemente consultados en las aulas cordobesas. Pero en estos primeros tiempos en nuestra *Universitas Cordubensis Tucumanae*, el método de la enseñanza exigía al profesor de Instituta que

³¹ PEÑA, ROBERTO I. op. cit., pág. 184.

³² PEÑA, ROBERTO I., op. cit., pág. 185. Ha dicho Álvarez de Morales: “Heineccio contribuyó decisivamente al éxito de Vinnio en la Europa del siglo XVIII, pues anotó sus obras y las reeditó. Su contacto con Vinnio se produjo como consecuencia de que fue unos años profesor de la Universidad holandesa de Franecker, lo cual le conectó con los medios jurídicos holandeses ya para toda su vida. En España se editaron varias de sus obras por primera vez reunidas en cuatro tomos en 1789-90 bajo el título de *Institutionum imperialium libri III Arnoldi Vinnii... notis illustrati, Accedunt in eosdem libros Gottlieb Heineccii...* Es significativo que esta edición aparezca en los mismos años que el *Vinnius Castigatus*”. Conforme Álvarez de Morales, op. cit., pág. 151.

advirtiera al explicarla las concordancias y divergencias que el texto romano guardaba con el Derecho Real Español. Se impone aclarar que en el lenguaje de la época Derecho Civil se llamaba al Derecho Romano, y Derecho Real al Derecho Español, contenido en las grandes recopilaciones castellanas vigentes, las Siete Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484, las Leyes de Toro de 1505 y la Nueva Recopilación de 1567.

España y las Indias armonizaban sus estudios de Derechos. Las casas de estudios superiores debían adoptar idénticos planes. Carlos III extendía “*a mis amados reinos de Indias*” aquellas reformas que las mismas Leyes de Toro habían insinuado en 1505 y las universidades resistido, porque como dice Sempere y Guarinos: “*Tuvieron por afrentosa injuria el que se las creyere atrasadas*”³³ hasta el advenimiento del siglo XVIII con la labor de juristas tales como Pablo de Mora y Jaraba, quien afronta el tema en *Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos* donde desnuda con trazo vigoroso las falencias de la enseñanza universitaria: “*Entra en las Escuelas de la jurisprudencia un muchacho tierno y dispuesto a imprimirse de todo lo que oye y lee en los libros de Derecho Común. Allí encuentra infinitas reglas y principios que hoy, por injustos o porque las cosas variaron en un todo, no puede acomodarse ni observarse en España. Aprende como verdades infalibles aquellas especies, defiéndelas en la Cátedra, explícalas después a sus discípulos, procura por todos los medios conciliar los textos civiles con los preceptos de la razón, aunque dentro de sí le dé latidos su propio conocimiento; se afirma tenazmente en aquellas reglas y estando mezclados en el Derecho común los elementos verdaderos de la jurisprudencia con otras muchas máximas ya derogadas como inútiles o como ridículas, sucede precisamente que unas y otras se le imprimen con tal fuerza que le parece que toda la Jurisprudencia vendrá a tierra, si alguno de los principios que ha estudiado le saliera falible*”³⁴.

La delicada cuestión no se había escapado del atinado juicio de Gregorio Mayans, quien analizando la concreta realidad que imponía la acotada formación de los catedráticos universitarios razonaba: “*Queda pues a la voluntad de unos hombres que, no habiendo estudiado por la mayor parte el Derecho real no pueden ejecutar lo que se les manda, y por esto dicha orden muchas veces renovada, nunca ha sido bien obedecida*”³⁵.

Entre las múltiples voces que se alzan para denunciar lo que se consideraba un grave atraso. se impone la Manuel Lanz de Casafonda, ju-

³³ SEMPERE Y GUARINOS, JUAN, *Biblioteca Española Económico-Político*, Madrid, 1801. t. II. pág. 123.

³⁴ PABLO DE MORA Y JARABA, *Tratado Crítico. Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos*, Madrid, 1748, pág. 172.

³⁵ *Idea del nuevo método que se puede practicar en, la enseñanza de las universidades de España*. En M y J.L Peset Gregorio Mayans y la reforma universitaria. Valencia, 1975 pág. 245.

rista destacado, discípulo de Fray Juan Antonio Ponce, Fiscal del Consejo de Indias, autor de los *Diálogos de Chindulza (sobre el estado de la cultura española en el reinado de Fernando VI)*³⁶ quien centro su denuncia en las deficiencias de la instrucción universitaria: “*Provéense las Audiencias (desde donde por sus pasos contados vienen a parar a los Consejos que tiene el Rey en su Corte) de colegiales mozos, sin ciencia ni experiencia de negocios, y sin haber estudiado la jurisprudencia práctica, teniendo sólo cuando salen de los Colegios una escasa y superficial noticia del Derecho de los Romanos, que estudian sin orden ni método, sin la historia y antigüedades romanas; sin la crítica y erudición necesaria para discernir la diferencia de tiempos y costumbres, y sin otras cosas para hacer buen uso de la teórica del Derecho que estudian en las Universidades, sin haber estudiado las Leyes del Reino, ni aun tener noticias de sus colecciones, empiezan a votar los pleitos, entregándose enteramente a los Colegiales Ministros que hay en las Audiencias. 58 Por lo visto, la secta de los colegiales tenía gran afecto al derecho romano. Por tradición consideraban que en él estaba la sabiduría y, también por tradición, hacían su carrera a través de las cátedras de la universidad... Lo peor... es que para sentenciar los pleitos recurren antes a él [Digesto] que a las Leyes del Fuero juzgo, Partidas, Estilo, Ordenamiento y Recopilación, no teniendo los más Ministros Colegiales todas estas colecciones, y muchos de ellos ni aun noticia, ni se cuidan de ello, mirándolas siempre con horror por haber sido su estudio en los colegios sobre los ápices y sutilezas del Derecho civil, con que toda su vida viven preocupados. Las leyes de la Partida, que son las que suelen tener, sólo las abren en algún caso, y ninguno las estudia de propósito, sin hacerse cargo que son un compendio del Derecho canónico y civil, en que se aclaran muchos puntos difíciles, se deciden muchas controversias y se traen lugares oportunos de Santos Padres, filósofos antiguos, que conduce mucho para dar autoridad a las opiniones que encuentran en los mismos libros de que se valen. Lo mismo ejecutan con las leyes de la Recopilación, Pragmáticas, Autos Acordados, Ordenanzas, Cédulas, Instrucciones particulares y fueros Municipales que debieran saber de memoria para los casos obvios y frecuentes en los Tribunales, y cuando se les citan por los bogados las extrañan, dificultan y las más las veces las desprecian*³⁷.”

³⁶ Los *Diálogos de Chindulza (sobre el estado de la cultura española en el reinado de Fernando VI)* (1761), permanecieron inéditos hasta su publicación en 1972 por el Profesor Francisco Aguilar Piñal. Se destacan asimismo sus obras: *Memorial dirigido al Rey nuestro Señor sobre los abusos de los abintestatos* y el folleto de 14 páginas *Sobre el abuso introducido por las justicias eclesiásticas y seculares en distribuir el quinto o una parte considerable de la herencia de los que mueren*.

³⁷ LANZ DE CASAFONDA, MANUEL. *Diálogos de Chindulza*. Textos y estudios del siglo XVIII. Edición, introducción y notas de Francisco Aguilar Piñal, Cátedra Feijoo, Universidad de Oviedo, 1972, pág. 127-128.

Las nuevas propuestas avanzaban con brío, en el *Informe sobre que se enseñen y lean en las universidades las Leyes del Reino* del 27 de noviembre de 1713, enviado por Macanaz al Consejo sostenía con crudeza: "*En las Universidades de estos Reinos —decía— se atiende sólo a enseñar el Derecho común de los Romanos y habiéndose en otros tiempos leído en ellas las Leyes de estos Reinos, se ven ahora con desprecio, y criándose la juventud con esta educación, aun cuando se hallan en ministerio es poco el amor y cariño que les tienen, de que resulta que del Fuero juzgo apenas hay quien haga memoria; el Fuero Real de España rara o ninguna vez se ve ni estudia, y las leyes de las Partidas están en la mayor parte olvidadas y casi del todo despreciadas; el Ordenamiento Real y Leyes de Toro se hallan casi en el mismo desprecio; la Nueva Recopilación, Ordenanzas de las Chancillerías y Audiencias, Autos acordados del Consejo, Alcabalatorio, condiciones de Millones, leyes de la Mesta, Pragmáticas y otras innumerables leyes de la recopilación de Indias, Estatutos de las Ordenes militares y fueros particulares de los Reinos y provincias, se estudian sólo en el caso y la necesidad, y no según los principios y con las reflexiones que en ellas deben hacerse...*"³⁸.

Resultado de estos afanes fue la recomendación de discurrir e informar como podía establecerse en las universidades "la asignación y enseñanzas del derecho de España"... atento que los "*Catedráticos y Profesores pasan la flor de su vida en los estudios de el Derecho civil de los Romanos, mirando nuestras Patrias Leyes con desdén y aun desprecio, incapacitándose así de salir de las Universidades y Colegios a regentar los empleos de jueces en las Chancillerías, Audiencias y Tribunales, donde precisamente deben sentenciar por las Leyes del Reino y con cierta noticia y conocimiento de ellas, y de ninguna manera por el Derecho civil: ha acordado que la Universidad congregada en su Claustro vea, discurra e informe al Consejo el modo y forma como podía establecerse en ella esta asignación y enseñanzas de el Derecho de España...*"³⁹.

A la prédica de estos autores que no agotan⁴⁰ el horizonte de las voces críticas de la época, se suman los trabajos de Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel, coautores de la célebre *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, texto que comienza a utilizarse en las aulas universitarias, hasta que un decidido Carlos III emprende la reforma de los colegios mayores, diseña nuevos planes de estudio para las universidades y crea las cátedras

³⁸ El informe se encuentra transcrito en F. Aguilar Piñal: *Los comienzos de la crisis universitaria en España*, Madrid, 1967 pág. 168.

³⁹ Citado por M. Peset *Estudio Preliminar* en Gregorio Mayans digital Epistolario op. cit. Volumen IV Mayans y Nebot (1753-1742) Un jurista teórico y un práctico.

⁴⁰ Un erudito y completo panorama se encuentra en el ya citado: M. Peset *Estudio Preliminar* en Gregorio Mayans digital Epistolario op. cit. Volumen IV Mayans y Nebot (1753-1742) Un jurista teórico y un práctico.

de Derecho Natural y de Gentes en los matritenses Reales Estudios de San Isidro, donde debían cursar un año los bachilleres en leyes, como condición indispensable para el ejercicio de la abogacía en la corte.

En nuestra Casa también hay constancias de la utilización más tardía de la obra del pavorde Juan Sala, *Ilustración del Derecho Real de España*, publicada en Valencia en dos volúmenes, en 1803 “*en una universidad que no escribía*”⁴¹ obra que se enrola en una manualística sobre la enseñanza del derecho real de España y que apenas se modifica en las numerosas ediciones peninsulares que siguen a su aparición, alcanzando asimismo enorme difusión en territorios novohispanos. El pavorde había partido de *Vinnus castigatus atque ad usum tironum hispanorum accommodatus* de 1779-1780, obra que no innovaba demasiado en la estrategia y técnica empleada por el propio Vinnio, que enlazaba el derecho romano con el derecho real, intentando acercar este último a las aulas universitarias donde su presencia era escasa o resistida. Sala intentaba aligerar los textos del Vinnio llevándolo a una redacción más sencilla, procurando la mejor comprensión de los mismos y pretendiendo reforzar la presencia de los contenidos del derecho español. Con el mismo criterio se habían publicado las *Institutiones hispanae practico teórico commentatae* del jesuita salmantino Antonio de Torres y Velasco en 1735 y en 1777 *Romani et hispani Juris Institutiones* de José Maymo y Ribes.

Refiere Peset el sostenido esfuerzo llevado a cabo por Sala en la Universidad de Valencia para procurar nuevos textos de estudios acorde a los tiempos, ora reimprimiendo los clásicos textos tanto de Vinnio como Heineccio, o publicando sus *Institutiones romano hispanae ad usum tironum hispanorum ordinatae* que vieron la luz en 1788 y 1789 o la más enjundiosa *Digestum romano hispanum ad usum tironum* que resumía la obra de Justiniano con notas del derecho español, publicada en 1794 “*con la idea de que formasen un curso de cuatro años, dos de Instituta y otros dos de Digesto*”⁴².

Esfuerzos todos que concluyen en el inicio del siglo XIX en su *Ilustración del Derecho Real de España*⁴³, al cual no desmerece el antecedente de las *Institutiones de Derecho Civil de Castilla* de Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel, y por el contrario representa un sostenido esfuerzo por imponer la enseñanza del derecho real, en las universidades hispanas en el

⁴¹ Conforme PESET, MARIANO: *Novísimo Sala Mexicano o el final del viejo Derecho Hispano*. En Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano. México, 2 volúmenes, 1988 II, pág. 895 y siguientes.

⁴² Idem, pág. 899.

⁴³ Sustentada en los textos de las Siete Partidas y la Nueva Recopilación no olvida la consulta de los textos de Gregorio López, Antonio Gómez, Matienzo, Covarrubias, Salgado de Somoza, Hevia Bolaños, Parladorio, Vela, Gutiérrez, etc.

decir del profesor Peset “*un deseo de lograr una enseñanza panorámica del derecho tal como quiso la política ilustrada en Europa y en España*”⁴⁴.

Lentamente los cambios refractarían en las universidades indianas.

Al existir, pues, en este primer período de la Universidad Real, una sola cátedra de *Instituta*, para suplir esta deficiencia y no violar el texto expreso de la ya citada Real Cédula del 22 de enero de 1786, los estudiantes debían concurrir a las lecciones de Teología, Moral y Cánones que se impartían en la Facultad de Teología.

Pero el claustro no resignó su decidido propósito de adelantar y dotar suficientemente a los recién creados estudios de derecho, apuntando a la tan deseada provisión de otra cátedra y al otorgamiento de grados que aliviaran a los estudiantes de la gravosa carga que les significaba concluir sus estudios en la lejana Universidad de San Francisco Javier, circunstancia tal, que hacia finales de 1792, sólo tres alumnos rindieron el examen del segundo curso de *Instituta* y apenas uno el primero.

El catedrático Rodríguez así se lo hacía saber al Gobernador Intendente: “*Los progresos no llegarán a llenar las ideas de su Excelencia y esperanzas del público en toda su extensión si no se proporcionaran grados en el derecho que además de ser el aliciente de la juventud es también el único medio de evitar los crecidos gastos que son indispensables en el dilatado viaje hasta la de Charcas*”⁴⁵.

Y el mismo claustro reunido el 9 de diciembre de 1792, comisionó al padre Rector, fray Pedro Guitián para que: “*a nombre de la misma Universidad y representando a todo su claustro, pase a presentarse personalmente al tribunal del Excmo. Señor Virrey y lo demás que estime convenir, a solicitar el establecimiento de otra cátedra a efecto de que puedan conferirse aquí los grados de derecho como se confieren en la Universidad de La Plata y evacuar todos los encargos que sean consiguientes a éste y puedan ofrécese al dicho claustro y Universidad*”⁴⁶.

Dos años más tarde se coronan las laboriosas gestiones, creándose por auto virreinal del 15 de junio de 1793 la Cátedra de Jurisprudencia Civil y otra de Jurisprudencia Canónica con la dotación anual de doscientos y ciento quince pesos respectivamente, a cargo una y otra, del presbítero doctor José Tristán Moscoso y fray Ángel Díaz. Por su parte, el 20 de septiembre de 1795, una Real Provisión fechada en San Idelfonso, concedía a la Universidad Real la facultad de otorgamiento de grados de bachiller, licenciado y doctor en Derecho Civil.

⁴⁴ PESET, *Novísimo Sala* cit, pág. 900.

⁴⁵ A.H.P.C., Escribanía 1, 1791, folio 244, citado por Carlos Luque Colombres, op. cit., pág. 44.

⁴⁶ BUSTOS, ZENÓN, op. Cit., t. II, pág. 928.

El establecimiento de la Cátedra ayudaría notablemente en el largo proceso de construcción de una justicia hábil en el manejo de las técnicas propias. En la jurisdicción en estudio, es notable la aplicación del arbitrio del juez, su discrecionalidad, incluso logró afectar los principios judiciales que habían regulado las etapas procesales diseñadas por los principios del *ius commune*. La conocida fórmula: *estilo llano, verdad sabida, buena fe guardada* que no requería personal entrenado en derecho, había asegurado, como se ha sostenido, el entramado de una justicia rápida, *de gran poder intimidante y de bajo costo operativo*⁴⁷, pero a finales del siglo XVIII, el establecimiento de la Facultad de Jurisprudencia vino a proporcionar los resortes de profesionalidad que requería la organización judicial. Los graduados en las aulas cordobesas muy pronto accedieron a las jerarquías de la Magistratura, el lento pero inexorable reemplazo de la justicia lega por la letrada mejoró notablemente su administración, hizo innecesaria la indispensable consulta al asesor letrado, aunque no faltan casos de excepción en que aún contando con jueces letrados, se dispone la remisión de los autos a la figura de un asesor. Lenta, muy lentamente la organización judicial se transforma, acentuándose los rigores del derecho formal, pero aún persiste la solidez del respaldo de la *aequitas* y la concepción de un iudex que bien puede y debe atenuar el rigor formulario en homenaje, *ex aequo et bono*, del sentido trascendente de la justicia. A esta transformación contribuyeron, de manera decisiva, los egresados de las aulas universitarias. Entre los primeros graduados, bachilleres en leyes de la Universidad de Córdoba se encuentran José Manuel de Allende, Jerónimo José Salguero de Cabrera, José Dámaso Gigena, José de Seide y Juan José de Lami. El primero, además, en recibir el grado de doctor fue Pedro Alcántara de Somellera, luego, el primer profesor de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires. Los registros asentados en los Libros de Exámenes dan por su parte, cumplida cuenta de los alumnos que examinara Victorino Rodríguez en sus diecisiete años de servicio en la Cátedra de Instituta⁴⁸.

⁴⁷ AGÜERO, ALEJANDRO, *Sobre el uso del tormento en la Justicia Criminal Indiana de los Siglos XVII y XVIII* en Cuadernos de Historia. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Volumen X págs. 195 y siguientes. Córdoba, 2000. 13 Idem, pág. 100.

⁴⁸ Ellos fueron Juan Tomás Gómez, Francisco Enriquez Peña, Pedro Pascual Arias, Prudencio Lazcano, Juan Manuel Casas, Tomás Landa, Jerónimo Salguero de Cabrera, Francisco Antonio Alberro, Manuel Bernabé de Orihuela, Juan Bautista Paz, José Manuel de Allende, Manuel Ortíz, José de Seide, Nicolás de Herrera, Benito Piñeiro, Juan José de Lami, Fernando Aramburu, Manuel Hermenegildo Arias, Felipe de Mendiolaza, Pedro Antonio Zeballos, Tomás Bailon de Allende, Estanislao Moyano, Ramón de la Corte, Benito Lazcano, Miguel Redruello, José Dámaso Jijena, Nicolás Calvo Vaz, Francisco Javier Uriarte, Bonifacio Redruello, Mariano de Irigoyen, Pedro Alcántara Somellera, Pedro Doncel, Pedro Ignacio de Acuña, Bartolomé Córdoba y Ceballos, Norberto Javier del Signo y Echenique, José Antonio Ortíz del Valle, José Benjamín Alfaro, Joaquín Campana, Narciso Moyano, José Manuel de Mendiola-

Desinteligencias sutiles, empero, planteadas con el Deán Gregorio Funes, elegido por el Claustro Rector de la Universidad el 11 de enero de 1808, determinan el abandono de la Cátedra. Así lo confiesa el 19 de enero:

“...Desde que se me destinó a Teniente Letrado de este gobierno, me ha sido muy gravosa dicha cátedra, y seguía en ella porque, habiendo leído diez y siete años deseaba emplear los veinte que previene la ley para la jubilación; pero no siendo en el día aceptable esta idea, puede V. S. disponer la dicha cátedra como conceptuase más útil al nuevo establecimiento, si bien, que si no le fuese fácil la pronta provisión o por otro cualquier motivo me contemplare de algún modo útil al público, me esforzaré a éste o a cualquier otro servicio a que se me destine”⁴⁹.

No obstante la intención que transparentan las últimas líneas de la epístola, el Rector Funes reemplaza a don Victorino por un nuevo Catedrático, el doctor Juan Antonio Saráchaga.

El desencadenamiento de la Revolución de Mayo selló trágicamente la suerte del Primer Profesor de la Facultad de Jurisprudencia. *“Fiel a principios inquebrantables de lealtad y a sentimientos partidarios -si no a convicciones ideológicas- el doctor Rodríguez desechando las lisonjeras promesas que en nombre de la Junta le formulara don Mariano de Irigoyen su ex discípulo, siguió la suerte del Gobernador, del Obispo y de Liniers, junto al Coronel Allende y al tesorero Moreno, quienes con las pocas tropas que pudieron armar y conservar, pretendían llegar al Alto Perú y reunirse con los realistas del Norte, después de fracasado su proyecto de resistencia local”⁵⁰.*

La orden que expide la Junta al Comandante Ortíz de Ocampo, Jefe de la Expedición que marcha a Córdoba para aplastar la contrarrevolución, no deja margen alguno para la duda: *“La Junta manda que sean*

za, Rafael Palavecino, Pedro Francisco Valle, Rafael Ferreira, Pedro José Pellizar, Miguel Diez, Juan Nepomuceno Goitia, Manuel José Báez, José Antonio Barros, José Ignacio Torres, Juan Antonio Etura, Bernardo Vera, José Gabriel García de Miranda, Andrés Ramírez, Pedro Ignacio de Castro Barros, José de Losa, Manuel Antonio Báez, Juan Antonio de Sarachaga, Ramón de Alcorta, José Felipe Funes, Santiago González Rivadavia, Mariano de Matalinares, Ignacio Soria, José Manuel Deheza, Nicolás Posada, Juan Manuel Cardoso, José Antonio Garrón, Ignacio Rosas, José Roque Funes, Félix Ignacio Frías, Pedro José Indaburu, José Marcelino Tissera, Nicolás Doria y Dávila, Juan Antonio Neiro, Mauricio Alvaro de Luna y Cárdenas, José Reyes, Francisco Javier Frías, José Pérez, Claudio Ovejero, Miguel Núñez Duarez, Mariano Lozano. Archivo de la Universidad Nacional de Córdoba, Exámenes de Derecho, Libro I, pág. 1-47, citado por Carlos Luque Colombres: *El Doctor Victorino Rodríguez Primer catedrático de Instituta de la Universidad de Córdoba*. Córdoba, 1947. cit.

⁴⁹ ORGÁZ, RAÚL. *Para la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Revista Jurídica de Córdoba, Año 2, Número 8, Córdoba, 1949. págs. 80-81.

⁵⁰ LUQUE COLOMBRES, CARLOS, op. cit. págs. 84-85.

arcabuceados don Santiago de Liniers, Don Juan Gutiérrez de la Concha, el Obispo de Córdoba, el Doctor Victorino Rodríguez, el Coronel Allende, y el Oficial Real don Joaquín Moreno. En el momento en que todos o cada uno de ellos sean pillados, sean cuales fuesen las circunstancias se executara esta resolución sin dar lugar a minutos que proporcionasen ruegos y relaciones capaces de comprometer el cumplimiento de esta orden y el honor de V. S. Este escarmiento debe ser la base de la estabilidad del nuevo sistema y una lección para los Jefes del Perú, que se avanzan a mil excesos por la esperanza de la impunidad y es al mismo tiempo la prueba fundamental de la utilidad y energía con que llena esa Expedición los importantes objetos a que se destina”⁵¹. Juan José Castelli parte presuroso para hacer cumplir las órdenes de la Junta. Siguiendo el histórico camino de las postas que enlazaban nuestro territorio con el Alto Perú, llega a Cruz Alta, donde se encuentra con el pelotón que trasladaba a los reos del gobierno patrio, hechos prisioneros por las partidas que mandaba el Teniente Coronel Antonio González Balcarce.

Lee Castelli la sentencia de la Junta, y ordena, con excepción del Obispo Orellana, su inmediato fusilamiento que se ejecuta, tres horas más tarde, en un bosque cercano y mezquino, el *Chañarcillo de los Papagayos*. Es el domingo 26 de agosto de 1810.

Habían transcurrido apenas tres meses y un día desde la Revolución que implantaba en nuestro territorio un nuevo orden jurídico, que se moldearía con innumerables pesares y trabajos y muchos de cuyos artifices debían su formación al maestro que caía fusilado en Córdoba.



⁵¹ ELORDI, GUILLERMO F. *Mariano Moreno. Ciudadano ilustre*, Buenos Aires, 1943, págs. 192-193.

MODELOS Y METÁFORAS: LA CUESTIÓN DE LA REFERENCIA

María del Carmen Avendaño*

*“no hay innovación semántica
sin capacidad heurística”*

Paul Ricoeur

Resumen: El propósito de este trabajo es examinar la idea de la metateoría de la ciencia como un sistema interpretativo que posibilite dar cuenta de la pluralidad de reconstrucciones lógicas de una “misma” teoría. Cada reconstrucción pone de relieve distintos componentes estructurales de un mismo objeto teórico —la ciencia— cuyos elementos constituyen una teoría como concepto en el sentido fregeano. Para Moulines el conocimiento de la filosofía de la ciencia sobre su objeto es un conocimiento estrechamente relacionado con el conocimiento estético. Es la noción goodmaniana de ‘representación’ la que le permitirá otorgar plausibilidad a su caracterización de los modelos metateóricos como sistemas interpretativos, destacando así su función de invención.

Palabras claves: Hermenéutica - Denotación - Referencia - Modelos - Metáfora.

Sumario: 1. Introducción. 2. Arte y ciencia. 3. Una referencia metaforizada. 4. Supuestos epistemológicos y ontosemánticos. 5. Conclusiones.

1. Introducción

Este trabajo se propone examinar a los modelos y metáforas como “ficciones heurísticas”, ficciones que —en función del isomorfismo entre el modelo y/o la metáfora y su nuevo dominio de aplicación— posibilitan percibir relaciones novedosas entre las cosas. La concepción ya clásica de modelo definida por Max Black¹ es ampliada por Mary Hesse², quien los piensa como dispositivos de re-descripción. De ahí que, así entendidos, se presenten una serie de complejas relaciones y transposiciones entre las funciones de los modelos y metáforas tales que, como precisa Ricoeur al

* Prof. Titular, Investigador CIJS, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Director I+D SECYT-UNC.

¹ BLACK, M. *Metáforas y modelos*; Madrid, Tecnos, 1966, pág. 225.

² HESSE, M. *Models and Analogies in Sciences*; Notre-Dame University Press, 1970.

reflexionar sobre el papel jugado por el modelo en su nexos y articulación con la realidad: “La aplicación del concepto de modelo a la metáfora descansa en el paralelismo entre la *re-descripción* producida por el traslado de la ficción a la realidad en las ciencias y el poder de *reconfigurar la realidad* perteneciente al lenguaje poético”³.

La perspectiva semántica concibe a las teorías como entidades modelo-teóricas y a una teoría como a “una familia de modelos: sistemas que satisfacen las leyes teóricas que asociamos comúnmente con las teorías científicas.”⁴ Por lo tanto, para este enfoque: “Un modelo, en su acepción informal mínima, es un sistema o estructura que pretende presentar, de manera más o menos aproximada, un “trozo de la realidad”, constituido por entidades de diverso tipo, que realiza una serie de afirmaciones, en el sentido en que en dicho sistema “pasa lo que las afirmaciones dicen”, o, más precisamente, las afirmaciones son verdaderas en dicho sistema”⁵.

En este marco y desde la mencionada perspectiva, la metateoría estructuralista —al menos en la versión proporcionada por Moulines— asume que “el mismo estructuralismo debe su denominación a la afirmación ‘hermenéutica’ que la manera más adecuada para interpretar la ‘esencia’ de los componentes de una red teórica es verla no como un conjunto de enunciados (el así llamado ‘punto de vista enunciativo’) sino más bien como diferentes tipos de *estructuras complejas* que consisten a su vez de varias estructuras más simples. El término ‘estructura’ es entendido aquí en el sentido técnico de teoría de conjuntos, o más precisamente, en el sentido de Bourbaki”⁶. En esta perspectiva, Moulines piensa la metateoría como una disciplina hermenéutica. Para comprender su propuesta, es conveniente precisar su idea de interpretación, clarificar la noción de representación y preguntarse cómo se identifican las teorías científicas como objetos teóricos que van a ser reconstruidos. La importancia de este asunto reside en que si las metateorías de la ciencia son entendidas como sistemas interpretativos, nos hallamos ante una alternativa válida para explicar la pluralidad de reconstrucciones lógicas de una “misma” teoría, a condición de especificar los criterios de interpretación. De ahí que cada reconstrucción pondría de relieve distintos elementos estructurales de un mismo objeto teórico —la ciencia— cuyos componentes constituyen una teoría en el sentido fregeano.

³ RICOEUR, PAUL, *Educación y Política*; UCA, Prometeo libros, Bs. As., 2009, pág. 39.

⁴ CHAKRAVARTTY, A. “The semantic model. Theoretic View of Theories and Scientific Realism” in *Sinthese* 127, 2001: 325-345. Kluwer Academic Publisher, pág. 326.

⁵ LORENZANO; P. Y DIEZ, J. (comps.) *Desarrollos actuales de la metateoría estructuralista*; Buenos Aires, UNQ, 2002, pág. 28.

⁶ LORENZANO; P. y Díez, J. *op. cit.*, pp. 4-5.

2. Arte y ciencia

Dado que Moulines define a la filosofía de la ciencia como “crítica conceptual” perteneciente al campo de una teoría general de la cultura (en tanto interpretación de los aspectos “morfológicos” de la ciencia como producto cultural), ello le posibilita avanzar un paso más en esta caracterización hermenéutica de la filosofía de la ciencia para concebirla emparentada con el arte: “El conocimiento que proporciona la filosofía de la ciencia sobre su objeto —las ‘formas’ de la ciencia— es, en consecuencia, un conocimiento de orden estético; y su legitimidad la misma que la que poseen otras actividades artísticas”⁷.

Respecto de las relaciones entre arte y ciencia, ya el pragmatismo había supuesto un cambio pues: “los criterios de formación y corrección de los conceptos son patrones de acciones reales o posibles y la ciencia no es menos “arte productivo” que lo que éste a su vez puede ser vehículo de conocimiento y verdad”⁸. Así para Dewey, la ciencia es arte y el arte es práctica, lo cual no supone su indistinción pues, como precisa Goodman, las ciencias indagan sobre cuestiones relativas a la verdad, la denotación, la explicación y la predicción, mientras que en el campo del arte importan la metáfora, la ejemplificación y la expresión. Del igual modo, Moulines, no incurre en la confusión entre arte y ciencia: “tampoco se trata de defender la tesis confusa de identidad entre arte y ciencia, tesis que tomada en su generalidad me parece o bien trivial porque prescinde de cualquier precisión en las nociones de arte y ciencia o bien, si se la precisa un poco, manifiestamente falsa”⁹.

Para Moulines, una metateoría es una visión de las cosas, esto es, una invitación a mirar un dominio específico del mundo de una manera determinada. Si los elementos estéticos de la metateoría están comprometidos con su carácter reconstructivo, entonces la metateoría, como el arte, debe representar —en alguno de los sentidos de ‘representar’— a su objeto. Para sostener la analogía, Moulines recurre a la clasificación de los sistemas simbólicos que Goodman realiza en *Los lenguajes del arte*, obra en la que ubica al arte y a la ciencia entre los sistemas representacionales poniendo de relieve la falta de univocidad de estos lenguajes. Con tal propósito, Goodman, coloca las distintas operaciones simbólicas en relación con la función de la referencia, por la cual un símbolo es “símbolo de”, está “en lugar de”, de modo que representar es una manera de denotar, es por

⁷ MOULINES, U. *Pluralidad y Recursión*, Madrid, Alianza, 1991, 89.

⁸ CABANCHIK, S. “El Ser se hace de muchas maneras”, en *El Giro Pragmático en la Filosofía*, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 184.

⁹ MOULINES, U., *op. cit.* 1991, pág. 90.

medio de la denotación que nuestros sistemas simbólicos “hacen” y “rehacen la realidad”¹⁰.

3. Una referencia metaforizada

Moulines retoma el concepto de representación de Goodman, el cual le posibilita afirmar que “el tipo de experiencia que describe Goodman, y que es un lugar común referido al caso de la pintura u otras artes plásticas, es enteramente similar a la que se tiene, o se debería tener, ante una buena reconstrucción lógica de teorías o conceptos científicos”¹¹. En la perspectiva de Goodman, las obras de arte son entendidas como entidades significativas, con valor cognitivo que, por lo tanto, requieren de interpretación.

En *Los lenguajes del arte*, Goodman, considera que la semejanza no es condición suficiente de la representación. Así, para que represente a un objeto, basta con que una pintura sea símbolo de éste, por lo cual ningún grado de semejanza es suficiente para establecer la referencia. En suma, en el uso que hace Goodman, la denotación es esencial para la representación y no depende de la semejanza. Ello supone que la representación es analizada como una clase especial de denotación.¹² La referencia denotativa no depende de una similitud entre el símbolo y el referente, y no excluye la posibilidad de que referencia y denotación puedan coexistir en el mismo símbolo. La denotación es caracterizada de modo tal que pueda subsumir tanto lo relativo al arte, representar algo, cuanto lo relativo al lenguaje, describir. La diferencia entre representación pictórica y descripción lingüística reside en que pertenecen a diferentes clases de sistemas simbólicos: mientras que el lenguaje es un sistema discreto y diferenciado, un sistema de símbolos pictóricos es sintácticamente denso e indiferenciado y relativamente *replete*.

En tanto Goodman considera referencia y denotación como sinónimos, representar es un modo de denotar pues equipara la relación entre un cuadro y aquello que se pinta en él, a la relación entre un predicado y aquello a lo cual se aplica. Ahora bien, si representar es denotar y supone “rehacer la realidad” a través de nuestros sistemas simbólicos entonces ¿qué ocurre si nos encontramos ante una denotación nula, como en el caso de la pintura de un unicornio? Goodman no se plantea esta cuestión quizá porque, desde su visión nominalista, lo importante es que el cuadro pueda ser clasificado entre los “cuadros-de-unicornio” pues: “Del hecho de que C

¹⁰ GOODMAN, N. *Los Lenguajes del Arte*, Barcelona, Seix Barral, 1976: 91-2.

¹¹ MOULINES, U., *op. cit.* 1991, pág. 92.

¹² GOODMAN, *op. cit.* 1976, págs. 21-23.

sea un cuadro de, o represente a un unicornio, no podemos inferir que hay algo de que C es un cuadro o que C representa"¹³, se trata de una descripción de un tipo de caballo. Para Goodman nos hallamos ante un problema de clasificación y de aplicación de etiquetas. Es a través del aprendizaje de qué cuadros se clasifican como cuadros-de-unicornio y qué descripciones son descripciones-de-unicornio como comprendemos el término "unicornio" y aprendemos a aplicarlo. Así pues, un cuadro tiene que denotar a un unicornio para representarlo, pero no tiene por qué representar nada para ser una representación-de-unicornio. El objeto y los aspectos del objeto son dependientes de su organización y las etiquetas son funcionales a la organización, es así como la denotación nula contribuye a la clasificación de las etiquetas y a redescubrir la realidad. Por ello, representación o descripción, son aptas para hacer conexiones, analizar objetos, para organizar el mundo, por la manera en que clasifican o son clasificadas¹⁴.

La inclusión de la referencia en una teoría de la denotación permite aclarar la concepción que Moulines tiene de la falta de univocidad en la reconstrucción o representación de una misma teoría o representación conceptual,¹⁵ sin que esto suponga arbitrariedad dado que se trata de diferencias de *estilo*, tales el constructivo-fenomenalista, el operacionalista y el mismo programa estructuralista iniciado por Sneed. Lo anterior no importa sostener que se dejen de tener en cuenta en la metaciencia filosófica otros tipos de argumentos "internos" como la plausibilidad, las dificultades lógico-metodológicas y los fines que se persiguen. Estos últimos son esenciales dado que, de acuerdo con las metas propuestas, unas formas de ver el mundo son más adecuadas que otras y según el conocimiento proporcionado algunos *estilos* son por sí mismos poco prometedores¹⁶.

Pero, para comprender el sentido en que Moulines refiere a *aplicaciones* metateóricas concretas, es necesario avanzar en *Los lenguajes del arte* y distinguir entre referencia por denotación y referencia por ejemplificación. Esta distinción apunta a la orientación del concepto de referencia, conforme a que este movimiento vaya del símbolo a la cosa o de la cosa al símbolo. La segunda dirección de la referencia consiste, pues, en ejemplificar, "la ejemplificación es posesión más referencia". La ejemplificación es la referencia de un objeto a una o más de sus propiedades. De modo que podemos decir que se ejemplifica la propiedad de ser, en el sentido de "formar parte de". Mientras que la posesión es intrínseca, la referencia no lo es y "saber qué propiedades de un símbolo son las que se ejemplifican de-

¹³ GOODMAN, *op. cit.* 1976, pág. 38.

¹⁴ GOODMAN, *op. cit.* 1976, pág. 48.

¹⁵ MOULINES, U., *op. cit.* 1991, pág. 95.

¹⁶ MOULINES, U., *op. cit.* 1991, pág. 107.

pende del sistema particular de simbolización en juego”. Así, por ejemplo, la muestra de un sastre ejemplifica ciertas propiedades del material pero no la propiedad de ejemplificar tales propiedades¹⁷.

En esta dirección, se clarifica la analogía de la interpretación que opera en una reconstrucción metateórica con el arte pictórico. Una pintura “expresa” propiedades que “ejemplifica metafóricamente” lo cual es consecuencia de ser un símbolo pictural. Ello es posible sólo si en la línea de Goodman se une la metáfora a la referencia. De ahí que Moulines concluya su argumentación a favor de la reconstrucción-representación-interpretación, apuntando que más importante que los argumentos generales es observar el comportamiento del programa propuesto en las *aplicaciones* concretas de la metateoría estructural.

Para Moulines como para Goodman, sostener el carácter múltivo de las artes y de las reconstrucciones formales supone que su evaluación no depende de un criterio de verdad como correspondencia “biunívoca” entre el pensamiento y la realidad. Para Moulines, tal criterio puede sintetizarse con el término “adecuación” como cuando se expresa que un determinado tipo de vestido es adecuado a cierto tipo de personas, que “le queda” más o menos bien, ello no supone afirmar que la metateoría como el arte no posean “valores epistémicos y aléticos”. Por otra parte, aquello que fundamenta su valor estético es que “logran constituir una forma de *armonía* en la interacción entre el sujeto y el objeto de la representación”¹⁸.

En suma, si la denotación no depende de la semejanza, la reconstrucción metateórica, en tanto representación, puede apuntar simplemente a denotar sin pretender en relación con la referencia una homología estructural con su objeto, el discurso científico. Es desde este punto de vista que, en el plano metateórico, son posibles distintas reconstrucciones de un mismo objeto teórico y que Moulines puede apuntar a una cuestión de estilos reconstructivos y apelar a una analogía con el proceder y el conocimiento propios del arte.

4. Supuestos epistemológicos y ontosemánticos

De lo expuesto, surgen *prima facie* dos interrogantes relacionados con supuestos epistemológicos y ontológicos: a. Si la metateoría estructuralista, en la versión proporcionada por Moulines, supone un giro pragmático en su tratamiento del problema de la representación en el plano metateórico y si éste se deja ver también en su concepción de la ciencia; b. Si al afirmar la analogía de las metateorías con el arte —con base en el concepto

¹⁷ GOODMAN, *op. cit.* 1976, pág. 68.

¹⁸ MOULINES, U., *op. cit.* 1991, págs. 100ss.

de representación— que Goodman formula en su teoría de la denotación generalizada, Moulines se compromete también con las tesis irrealistas y pluralistas de aquél. Los aspectos mencionados, poseen una estrecha conexión con la problemática realismo/antirealismo con base en el eje de la representación, vista como una relación de los diferentes sistemas simbólicos con el mundo, al que contribuyen a organizar interpretándolo de maneras y en grados diversos.

Para Goodman, los sistemas simbólicos “hacen” y “rehacen” el mundo, para expresarlo con sus palabras: “reorganizan el mundo en términos de obras y las obras en términos de mundo” desde que “no hay mundo independiente de su descripción”. Putnam en la reseña de la obra de aquel *Ways of Worldmaking*, apoya la idea de que “la percepción está notoriamente influida por las interpretaciones provistas por el hábito, la cultura y la teoría”¹⁹. En consonancia con lo expuesto, Moulines considera a la metateoría como una disciplina hermenéutica, explicando así la pluralidad de reconstrucciones lógicas de una “misma” teoría, las cuales constituirían diferentes “versiones” del mundo. No obstante, es en el punto relativo al plano del objeto teórico, la ciencia, que Moulines se aparta del irrealismo goodmaniano para aceptar un realismo, que habrá de precisar como realismo absoluto y que pretende sin consecuencias epistémicas. Es en lo relativo a la metateoría, en el tratamiento de la problemática de la representación, que puede observarse un acercamiento mayor al pensamiento goodmaniano.

Para Moulines como para Goodman no hay acceso a un mundo independiente de nuestra comprensión no obstante, esquivando el relativismo y, luego de su crítica a determinadas versiones del realismo (tanto alético cuanto referencial), admite una concepción de realismo alético de tipo ontosemántico, en la línea de Quine y Davidson. Dicho realismo importa una aceptación de la idea de “verdad absoluta” en relación con la estructura del discurso científico que no importa compromisos ontológicos sustanciales y cuyas implicaciones epistemológicas son escasas. De realismo alético se trata cuando indica que “la verdad o falsedad de los enunciados científicos no depende de la relación epistémica que el usuario del lenguaje científico posee con respecto a dichos enunciados.”²⁰ Por tanto, a pesar del carácter pragmático que Moulines le asigna a la ciencia, al punto que llega a concebirla como “técnica” en el sentido de resolución de problemas²¹, no abandona la noción de verdad, en cuanto postula la existencia

¹⁹ PUTNAM, H. “Reflections on Goodman’s Ways of Worldmaking,” in *Realism and Reason: Philosophical Papers* Volume III; Cambridge: Cambridge University Press, 1983, 3:155.

²⁰ MOULINES, U. (1991) *Pluralidad y Recursión*, Madrid, Alianza, 1991, págs. 131 ss.

²¹ MOULINES, U. *op. cit.*, pág. 184.

de un “mundo externo”. Ello lo distingue claramente del irrealismo constructivista goodmaniano que, por otra parte, no se sigue necesariamente de su pragmatismo.

Con mayor precisión, lo que Moulines denomina “realismo absoluto” es una versión moderada o débil de realismo científico: “A la versión débil de realismo referencial la podemos calificar de realismo puramente ontológico [...] pues sólo expresa un compromiso ontológico (o más expresamente ontosemántico), a saber, el postulado de que hay cosas “ahí fuera” independientes de nuestro aparato conceptual y a las que pueden referirse nuestros conceptos, sin que se presuponga la menor garantía de que las cosas en las que creemos a que se refieren nuestros conceptos sean las realmente existentes”²². Esta última expresión alude a una tesis más fuerte de realismo, que es el realismo epistemológico, el cual postula que no sólo hay cosas ahí fuera a las que pueden referirse nuestras proposiciones sino que, al menos en algunos casos, podemos saber cuáles son esas cosas. En este sentido, Moulines se aproxima al realismo enunciado por Quine: “Un rasgo curioso del problema ontológico es su simplicidad. Puede formularse en dos monosílabos castellanos: ‘¿Qué hay?’ (“What is there?”). Puede, además, responderse a él con una sola palabra —‘Todo’ (“Everything”)— y todo el mundo admitirá que la respuesta es verdadera”²³. La respuesta de Quine, lo coloca en la tradición aristotélica, que trata los términos ‘existente’, ‘ser’, ‘cosa’ y ‘objeto’ como equivalentes. Pero, nota Glock,²⁴ Quine sigue a la tradición aún en otro aspecto, la pregunta “¿Qué clases de objetos hay?” concierne a la ontología pero su interés primario no es, por ejemplo, si hay unicornios o agujeros negros sino la existencia de categorías sumamente generales de cosas, tales como objetos materiales, fenómenos mentales o entidades abstractas. Quine apunta a determinar un criterio para establecer qué entidades de una teoría deben aceptarse como existentes²⁵.

Para reafirmar su realismo, Moulines asevera el carácter primitivo del predicado ‘verdadero’ y, por ende, su propiedad de indefinible, coincidiendo en este punto con Davidson para quien el concepto de verdad presupone indirectamente las actividades lingüísticas y es, por lo tanto, indefinible, lo cual le lleva a negar que Tarski haya proporcionado una explicación completa de verdad. Para Davidson, la verdad es uno de los conceptos más básicos y claros que tenemos, es “maravillosamente transparente”

²² MOULINES, U. *op. cit.*, pág. 136.

²³ QUINE, W. *Desde un punto de vista lógico*; Barcelona, Ariel, 1962, pág. 25.

²⁴ GLOCK H. *Quine and Davidson on Language, Thought and Reality*. Cambridge University Press. New York, 2003.

²⁵ *Ibid.*

y puede considerarse un primitivo si lo comparamos, por ejemplo, con el concepto de creencia²⁶.

En consonancia con su tesis de un realismo absoluto, Moulines, postula algo externo a las teorías concibiéndolas como meras idealizaciones de la realidad. Así, la idealización en “su interpretación más general puede ser caracterizada como cualquier intento para relacionar una teoría dada en tanto unidad conceptual con algo externo a ella misma –sea la “realidad empírica” o “los datos” o quizá también otras teorías en tanto unidades conceptuales diferentes. Para hacer una tal relación fértil, uno debe idealizar –es decir, en términos generales uno debe llevar la estructura conceptual ideal de la teoría en contacto con ese algo externo a ella misma, que es siempre ajeno a la teoría. Esta no funciona adecuadamente a menos que uno esté preparado a forzar uno de los dos términos de la relación (o ambos al mismo tiempo) este forzar es la “idealización”²⁷.

Conclusiones

En síntesis, puede inferirse del enfoque de Goodman que la homología entre ciencia y arte —en tanto ambas están embarcadas en una empresa de construcción y reconstrucción del mundo a propósito de organizar la experiencia en función de ciertos propósitos y en el marco de ciertos contextos— da lugar a la imputación de un enunciado irrealista cuando no idealista. Como nota Mcdermid, la posición de Goodman es un corolario de la convicción protagórica de que no hay una realidad no construida sino sólo una rica e irreductible pluralidad de versiones hechas por el hombre.²⁸ En tanto, Moulines en el plano científico, no admite una creación *ex nihilo* por parte de las sucesivas idealizaciones teóricas, en cuanto existen “límites” proporcionados por una realidad externa, ello lo ubica a distancia de la aparente disolución en que la coloca Goodman.

Como resulta claro en su teoría de la denotación, para Goodman, no hay datos ni conceptos puros, sólo podemos comparar lenguajes o metáforas unos con otros, no con algo más allá del lenguaje llamado “hecho”.

²⁶ DAVIDSON, D. *Subjective, Intersubjective, Objective*; Oxford U. Press, 2001.

²⁷ MOULINES, U. “Approximation and Idealization from the Structuralist Point of View” in Kuokkanen, M. (ed.) *Idealization VII: Structuralism, Idealization and Approximation*; Poznan Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities. Rodopi, Amsterdam, 1994, pág. 27.

²⁸ Las versiones del mundo no pueden, sin embargo, ser medidas “por comparación con un mundo no descrito” porque los dos son ontológicamente incommensurables y por lo tanto incomprensibles.

MCDERMID, D., “Pragmatism And Truth: The Comparison Objection To Correspondence”, *The Review Of Metaphysics*. Volume: 51. Issue: 4. Philosophy Education Society, Inc., 2002, pp. 15-17.

La perspectiva antifundacionalista de Goodman, común a Quine, Davidson y otros, apunta a que el conocimiento es un asunto de afirmación de proposiciones, y que no es posible validar una afirmación por su confrontación con un objeto sino sólo por la afirmación de otras proposiciones.²⁹ Por lo tanto, para dichos autores no hay *test* independiente de la correspondencia de las proposiciones con los hechos, a menos que nos atengamos a lo que Putnam denomina el punto de vista del ojo de Dios. En esa línea, el realista considera la verdad como enteramente independiente de nuestras creencias y suele promover una teoría de la correspondencia.

Por otra parte, una dimensión en la cual, tal vez, las afinidades sean mayores —y cabe pensar aquí en un cierto constructivismo— es en la concepción de Moulines referida a las metateorías. Las posibles interpretaciones reconstructivas de segundo orden de una misma teoría científica no requieren de la atribución del predicado “verdadero” sino que su cometido se agota en proporcionar versiones más simples, elegantes, coherentes y claras de los objetos reconstruidos, conforme a los esquemas teóricos adoptados

Bibliografía

BLACK, MAX, *Metáforas y modelos*; Madrid, Tecnos, 1966.

CABANCHIK, SAMUEL, “El Ser se hace de muchas maneras”, En *El Giro Pragmático en la Filosofía*”, Gedisa, Barcelona, 2003.

CHAKRAVARTTY, A. “The semantic model. Theoretic View of Theories and Scientific Realism” in *Sinthese* 127, 2001: 325-345. Kluwer Academic Publisher.

DAVIDSON, DAVID, *Subjective, Intersubjective, Objective*; Oxford U. Press, 2001.

GLOCK, HANS-JOHANN, *Quine and Davidson on Language, Thought and Reality*. Cambridge University Press. New York, 2003.

GOODMAN, NELSON, *Los Lenguajes del Arte*, Barcelona, Seix Barral, 1976.

— *Reconceptions*, Indianapolis: Hackett, 1988.

— *Ways of Worldmaking*, Indianapolis: Hackett, 1978.

HESSE, MARY, *Models and Analogies in Science*; University of Notre Dame Press, 1970.

LORENZANO; P. y DÍEZ, J. (comps.) *Desarrollos actuales de la metateoría estructuralista*; Buenos Aires, UNQ, 2002.

McDERMID, D., “Pragmatism And Truth: The Comparison Objection To Correspondence”, *The Review Of Metaphysics*. Volume: 51. Issue: 4. Philosophy Education Society, Inc., 2002.

²⁹ McDERMID, D., *Ibid.*

MOULINES, ULISES "Approximation and Idealization from the Structuralist Point of View" in Kuokkanen, M. (ed.) *Idealization VII: Structuralism, Idealization and Approximation*; Poznan Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities. Rodopi, Amsterdam, 1994.

MOULINES, U. *Pluralidad y Recursión*, Madrid, Alianza, 1991.

QUINE, W. *Desde un punto de vista lógico*; Barcelona, Ariel, 1962.

PUTNAM, H. *Razón, verdad e historia*, Madrid, Tecnos.

— "Reflections on Goodman's Ways of Worldmaking," in *Realism and Reason: Philosophical Papers* Volume III; Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

— "The Craving For Objectivity," in *Realism With A Human Face* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990.

RICOEUR, PAUL, *Educación y Política*; UCA, Prometeo libros, Bs. As., 2009.



CAMBIOS EN LA ORGANIZACIÓN TEMPORAL DEL TRABAJO JURÍDICO: LA MIRADA DE LOS ABOGADOS*

*María Inés Bergoglio***

Resumen: En Argentina, la profesión jurídica experimenta un proceso de reestructuración social, asociado a la tendencia a la organización empresarial de los servicios jurídicos. Las nuevas formas de trabajo de los abogados implican cambios en la organización temporal de sus actividades, que se aparta de los límites tradicionales fijados por la costumbre. El artículo describe estos cambios, y su relación con los procesos de reestructuración de la profesión, utilizando datos de la Encuesta Permanente de Hogares (1995 - 2003). Se presentan igualmente las dimensiones subjetivas de esas transformaciones, empleando material de entrevistas realizadas a abogados de Córdoba y Buenos Aires.

Palabras clave: Profesión jurídica - Organización temporal - Trabajo jurídico.

1. Introducción

En Argentina, al igual que en la mayoría de los países latinoamericanos, la profesión jurídica ha atravesado en las últimas dos décadas intensos procesos de cambio (Bergoglio 2005, 2007a). La democratización de la educación universitaria ha implicado la expansión del número de abogados, así como su diversificación en términos de género, origen social y geográfico. La incentivación de la competencia de ello derivada, así como las consecuencias de las transformaciones económicas de signo neoliberal, han provocado la aparición de nuevas formas de organización del trabajo jurídico.

Con frecuencia, los abogados han buscado profundizar su especialización para posicionarse mejor en un mercado que se ha vuelto más

*La investigación fue posible gracias al subsidio brindado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba. En el equipo de la investigación intervinieron también Julio Carballo, Eugenia Gastiazoro, Santiago Amietta y Sebastián Viqueira.

** Doctora en Ciencia Política (UCC) y Especialista en Sociología Política (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid). Profesora Titular, Sociología Jurídica A, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora Categoría I, Programa Nacional de Incentivos, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC. Correspondencia relativa a este artículo a mibergoglio@gmail.com.

competitivo. La profundización de la división del trabajo está acompañada de una tendencia a la organización empresarial de las oficinas de los abogados.

Las nuevas alternativas tecnológicas disponibles en actividades como procesamiento de textos, comunicaciones con los clientes y búsqueda de información técnica (repertorios legislativos y jurisprudenciales) han estimulado el estilo empresarial de organización. Como el desarrollo tecnológico exige mayores recursos económicos para iniciar una oficina, el tamaño de los estudios tiende a crecer. La aparición de grandes empresas jurídicas —colectivos con más de cincuenta abogados— es el indicador más claro de esta tendencia expansiva del tamaño de los bufetes, tendencia que no se limita a ese segmento.

En los estudios medianos y grandes, dotados de significativos recursos tecnológicos, el trabajo jurídico mismo muestra nuevos rasgos. La asistencia legal preventiva, y el asesoramiento para la estructuración de negocios adquieren mayor importancia para los profesionales con clientela corporativa. La aparición de la litigación en serie —en Argentina, no limitada al cobro judicial de deudas (Smulovitz, 2006, 2010)— es otra de las novedades en este campo.

El impacto de estas transformaciones en la organización social de la profesión resulta muy fuerte. Cuando los estudios jurídicos se vuelven empresas, se desencadena un proceso de salarización de los abogados: el profesional independiente, el modelo clásico de la profesión, deja de ser la mayoría. La creciente desigualdad de ingresos entre diversos tipos de letrados estimula la fragmentación de la profesión (Bergoglio y Carballo 2005).

Las nuevas formas de trabajo tienen un impacto significativo, no sólo sobre los ingresos de los abogados, sino también sobre la organización temporal de sus actividades. Describir estos cambios, y su relación con los procesos de reestructuración de la profesión, es la meta de este artículo. Buscaremos igualmente comprender la dimensión subjetiva de estas transformaciones, mostrando cómo en este contexto, se redefinen los significados de la experiencia del trabajo profesional.

Para el análisis de la duración de la jornada de trabajo de los abogados se han empleado datos provenientes de las Encuestas Permanentes de Hogares, de alcance nacional, correspondientes a los años 1995 y 2003¹. Se utilizaron también entrevistas realizadas a abogados que trabajan en Córdoba y Buenos Aires, en estudios de diferente tamaño. Ambas

¹ Mayores detalles sobre las características generales de las muestras, y el modo en que fueron procesadas, ver Bergoglio y Carballo.

fuentes de datos se integran para facilitar la presentación de los resultados.

2. La organización temporal del trabajo

Tanto en las entrevistas realizadas en Córdoba como en Buenos Aires, el comentario de que los abogados trabajan ahora más tiempo y a un ritmo más intenso que hace algunos años resultó muy general. Esta afirmación parece coherente con el hecho de que, en los últimos años la litigiosidad viene creciendo más que la población².

...se trabaja más cantidad de horas, yo vengo de una familia de abogados, mi papá es abogado, mi madre es abogada y escriturana, mis dos hermanos son abogados, mis tíos son abogados, entonces...mi abuelo era abogado, era camarista, entonces, digamos he ido viendo cómo ha ido cambiando la vida desde, digamos, desde mis abuelos hasta mí, y con mis hermanos con los cuales me llevo diferencia de edades de diez años, esto genera unas brechas...creo que sí que ha cambiado la cantidad de horas que se trabaja notablemente... (Caso 9, Abogado de edad mediana, Córdoba).

Sin embargo, los datos recogidos en las EPH nacionales muestran que la duración media de la jornada de trabajo profesional no ha cambiado significativamente en los últimos años. Mientras que en 1995 el promedio de horas semanales trabajadas por los abogados era de 46,38, en el 2003 esa misma cifra llegaba a 46,56. Estos valores, relativamente altos si se compara a los letrados con el conjunto de los trabajadores, no resultan inusuales en relación a los registrados en profesionales de otros países. Así, en Chicago, el promedio de horas semanales de trabajo de los juristas llega a 48.74 (Hull y Nelson 2000).

Pero en una época en que las condiciones de trabajo de los abogados vienen diferenciándose rápidamente, de tal modo que las tendencias a la fragmentación de la profesión resultan visibles, limitarse a analizar los promedios puede resultar engañoso. Como puede verse en la tabla adjunta, el grupo de abogados que podríamos llamar los trabajadores excesivos —destinan a su profesión más de 60 horas semanales— se expandió en los últimos años, hasta alcanzar un 40% del total de profesionales.

² Según datos de UNIJUS, el número total de causas ingresadas cada 100.000 habitantes (incluyendo justicia federal y todas las provinciales), que era de 9935 en el año 2000, pasó a 10.225 en 2004.

Horas semanales trabajadas, 1995 - 2003

	Año	
	1995	2003
	Abogados	Abogados
	%	%
1a 30 horas	12,8%	8,9%
30 a 39 horas	10,5%	7,3%
40 a 49 horas	12,7%	12,8%
50 a 60 horas	33,0%	30,2%
61 y más	31,1%	40,8%
Total	100,0%	100,0%

La importancia del grupo de trabajadores intensivos resulta clara si se compara lo que ocurre en Argentina con otros países. Entre nosotros, el 71% de los abogados destina a su profesión más de 50 horas semanales; en Estados Unidos —donde el sistema de honorarios añade incentivos a la prolongación de la jornada—, esa proporción llega al 50%³. Resulta claro, pues, que en el contexto de las transformaciones que vive actualmente la profesión, la jornada laboral se ha alargado e intensificado para grupos significativos de abogados.

El material recogido en las entrevistas permite describir estos cambios con mayor precisión. Las tendencias empresariales en la organización del trabajo jurídico implican también que el tiempo de trabajo de los abogados se expande, rebasando los límites tradicionales impuestos por la costumbre.

En los grandes estudios de Buenos Aires, la jornada de trabajo se extiende entre 10 y 14 horas diarias⁴. En Córdoba, el trabajo desde las ocho de la mañana a las ocho de la noche, con una hora para comer (once horas diarias) es considerado normal en las firmas grandes y medianas. La larga pausa para el almuerzo, que permitía regresar a almorzar al hogar y dormir la siesta, ha desaparecido y el horario corrido se generaliza incluso para los profesionales que trabajan solos.

³ El US Department of Labor informa que el 50% de los abogados que tienen un trabajo de tiempo completo trabaja más de 50 horas semanales. U.S. Department of Labor - Bureau of Labor Statistics. Accesible en: <http://www.bls.gov/oco/ocos053.htm#conditions>.

⁴ .. *me parece que se trabaja más tiempo en Buenos Aires que en Córdoba, sobre todo en los estudios grandes, no sé muy bien como serán los estudios chicos en Buenos Aires pero en los estudios grandes sí. Se trabaja 14 horas por día... una cosa así.* (Caso 4, Abogado junior, estudio grande, Buenos Aires).

En muchos despachos, trabajar los días sábados ha dejado de ser un mecanismo para hacer frente a una emergencia, y se vuelve una práctica normal, que permite mantenerse al día o planificar hacia adelante⁵.

La contradicción entre las costumbres y la nueva forma de organización temporal del trabajo jurídico se percibe también a escala anual. Un abogado que trabaja en un estudio mediano, con amplias tareas de asesoramiento empresario en temas laborales, informó que su oficina no cierra normalmente durante el mes de feria judicial en Enero.

También se ha modificado la lógica de organización temporal de la actividad profesional. Aun donde la jornada cotidiana no es tan larga, es necesario mostrar una amplia disponibilidad para el trabajo: si es necesario quedarse hasta tarde, o trabajar el fin de semana, no es posible decir no. La necesidad de mostrarse accesible en todo momento ilustra un rasgo central del trabajo jurídico hoy: el compromiso no es con un horario, sino con los resultados⁶.

Al analizar estas tendencias de cambio, es necesario tener en cuenta que su penetración en diferentes regiones del país sigue ritmos distintos. Las nuevas formas de organización temporal se manifiestan claramente en las grandes concentraciones urbanas, un rasgo visible tanto en los materiales de las entrevistas como en los datos obtenidos en la EPH.

Promedio semanal de trabajo de los abogados según residencia

Año	Región	Total horas trabajadas en la semana
1995	Gran Buenos Aires	46,34
	Interior del país	46,50
	Total	46,38
2003	Gran Buenos Aires	48,29
	Interior del país	44,70
	Total	46,57

Como se ve en la tabla adjunta, en 1995 el tiempo de trabajo promedio de los abogados era muy similar en Buenos Aires y en el interior. En cambio, en 2003, las diferencias regionales son significativas. Mientras que

⁵ ... se trabaja mucho, se trabaja mucho. Incluso en el estudio hay mucha gente que vamos los sábados, si bien no es algo obligatorio... muchas veces el número de causas que uno maneja o de clientes, hace que tenga que ir los sábados para poder estar al día (Caso 6, Abogada junior, estudio mediano, Córdoba).

⁶ es otra visión y otra modalidad de trabajo, a nosotros nos exigen resultados, no nos preguntan cómo ni cuándo lo vamos a hacer (Abogada senior, estudio mediano en Buenos Aires, caso 14).

en los grandes aglomerados como Buenos Aires, Córdoba o Rosario tres cuartas partes de los abogados trabajan más de 50 horas semanales, en las ciudades medianas y pequeñas esa proporción llega al 60%.

3. La reestructuración del tiempo como respuesta a los cambios en la profesión

En las entrevistas, los abogados explican que el abandono de las formas tradicionales de organización temporal del trabajo jurídico es el resultado de un proceso de adaptación a las nuevas condiciones que vive la profesión.

El gran número de profesionales, y la intensificación de la competencia que implica, es una de las razones principales. Una profesional que trabaja en Buenos Aires explica que los clientes demandan respuestas más rápidas, y como hay tanta competencia, si no se responde con celeridad, se pierde el cliente:

...no podemos decirle como hacía la generación precedente "lo tengo a estudio", "venga a verme la semana que viene"; a la semana siguiente no estaba, entonces la secretaria lo citaba para dos semanas después, porque eso significa que a las 24 horas uno perdió el cliente, o sea que esas excusas dilatorias ya no van más. (...) yo creo que yo no puedo hacerlo, o sea así quisiera no puedo hacerlo, no sólo no debo, por una cuestión ética, es decir no puedo, no puedo porque me van a decir "mire hay 400 abogados iguales que usted que van a tomar la causa" y a eso le llamo mundo real yo, y eso es lo que uno no puede olvidar (Abogada senior, estudio en Buenos Aires, caso 14).

Los adelantos tecnológicos en materia de búsqueda de información han simplificado en muchos aspectos el trabajo jurídico, acelerando las respuestas que es posible brindar al cliente.

...te hacían una consulta y vos para tener una idea más o menos tenías que pasarte por dos o tres bibliotecas, bajar todos los libros y a lo mejor en dos o tres días obtenías un primer informe... Hoy, estando más o menos familiarizado con el manejo de la información jurídica por Internet y sitios arancelados, no? - los sitios no arancelados en general son una porquería - Ehh, tenés información... tenés la posibilidad de en una tarde, hacer lo que antes hacías a lo mejor en dos días. Y te mandan la consulta a la mañana y a la tarde te juntas con tu cliente y el cliente se va

diciendo "¡Caí al tipo que más sabe de esto!" (Caso 20, Abogado con estudio en Córdoba).

Sin embargo, en muchos casos, las amplias posibilidades que brindan las nuevas tecnologías no traen mayor disponibilidad de tiempo libre, sino que implican igualmente una intensificación del ritmo de trabajo hasta niveles difíciles de imaginar tiempo atrás.

...hemos llegado a procesar más de siete millones de fojas en menos de dos meses, lo cual sin tecnología hubiera sido imposible. Por supuesto es ineliminable el trabajo intelectual individual del profesional pero digamos la gestión de la información ha cambiado radicalmente. Entonces tenemos información al día en línea en tiempo real de Estados Unidos, de Francia (Caso 14, Abogada senior, estudio mediano en Buenos Aires).

Contra lo que pudiera esperarse, la intensificación del tiempo y del ritmo del trabajo jurídico no implica mayores ingresos; antes bien, constituye una respuesta a la caída generalizada de los ingresos de la mayoría de los abogados⁷.

E. - ¿Se trabaja, entonces, más por menos cantidad de dinero?

A. (Además afirmativo) - Uno producto de la crisis, la crisis económica del año 2001 y segundo los altos niveles de competencia.

E. - ¿Y cómo se da eso?

A.- Y que en los grandes estudios, sobretodo en el ámbito del sector empresarial tienen que estar prácticamente a disposición plena de las empresas.... Imagínate una gran cadena de supermercados, que tiene un conflicto por un empleado a las 8 y media de la tarde, que no sabe si aplicarle una sanción, no la sanción, si suspenderlo o no suspenderlo, te hablan a las 9 menos cuarto de la noche, estés o no en el estudio. Entonces la disponibilidad horaria es más amplia. Y segundo, la competencia. Vos sabes que si no respondes rápidamente es muy factible que el lobby de otro gran estudio, sobretodo a nivel de grandes estructuras tenga su impacto, ¿no? para burlarte el cliente (Caso 23, Abogado de edad mediana, estudio unipersonal, Córdoba).

⁷ Para un análisis detallado de la evolución reciente de los ingresos de los abogados, ver BERGOGLIO y CARBALLO (2005).

En un escenario de alta competencia, los términos de la relación entre el abogado y el cliente cambian. Los clientes —especialmente los que representan intereses corporativos, que pueden proveer un flujo significativo de asuntos para el estudio— se saben más importantes, y reclaman mayor atención para sus demandas. De este modo, la búsqueda de respuestas rápidas, típica del ámbito privado, impacta también sobre el trabajo de los abogados, tradicionalmente regido por los largos tiempos de la actividad del Estado.

E. ¿Se trabaja ahora con mayor presión de tiempo que antes?

A. Creo que sí, los términos procesales siguen siendo los mismos, la diferencia es que ahora tenemos los plazos de los clientes. Antes al cliente no le importaba. El cliente.. como que pedía, “..me podés hacer esto?” ya va... Hoy es al revés, el cliente te dice, “¿Cuándo lo tenés?”, pasado mañana, “pasado mañana” y es tan importante el plazo para apelar que se vence sino presentaste la apelación, la expresión de agravios o la carga procesal, como no cumplir con el cliente, porque en definitiva perdés el juicio y perdés al cliente. Eso, creo que hay una mucha mayor exigencia, porque hoy en día hay mucha mayor exigencia, que antes no la había. (Caso 20, abogado de edad mediana, estudio grande, Córdoba).

El avance en la división del trabajo profesional y la creciente necesidad de especialización agregan nuevos rubros a la cargada agenda de trabajo de los abogados. Estos requerimientos, que se traducen en una mayor presión de trabajo, se plantean sin embargo de modos diferentes entre quienes trabajan en diferentes campos.

Así, quienes atienden clientes corporativos señalan que la incorporación de nuevas tareas como la elaboración de pronósticos de litigios aumenta su carga de trabajo. La dimensión preventiva de la asistencia legal, la búsqueda de apoyo técnico en la estructuración de negocios, y los ritmos de trabajo típicos de otras sociedades se combinan para hacer especialmente significativa esta presión entre quienes tienen clientes internacionales⁸:

... los ritmos de los negocios y los ritmos de la economía se mueven diferente de lo que se movía antes la profesión de abogados, y necesitan que el abogado sea mucho más expeditivo y mucho más rápido a la hora de aconsejar y a la hora de decir qué hay

⁸ Trabajando en Chile, ASHTON (2001) encontró igualmente que los clientes internacionales exigen mayor rapidez a los abogados.

que hacer y si se trabaja bajo presión y se trabaja muchísimas horas. No creo que sea todavía el nivel que se trabaja en Estados Unidos, pero sí, los estudios que trabajan con clientes que tienen temas internacionales por ejemplo, tienen un ritmo mucho más acelerado que el que pueden tener otros estudios más chicos o más tranquilos (Caso 4, Abogado junior, estudio grande, Buenos Aires).

Pero la presión sobre los tiempos de trabajo no se limita a quienes atienden a las grandes empresas con negocios internacionales. Así, entre quienes hacen laboral, la flexibilización de los horarios de los trabajadores incrementa la presión sobre los tiempos de trabajo de los abogados, quienes deben mostrarse disponibles a cualquier hora.

E. ¿Le parece que el cliente ahora está exigiendo más celeridad?

A. Si, vos tenés que estar 24 horas para él, rápido ahí. Si le podés resolver el problema por teléfono mejor. Si te tiene que hablar un domingo, te habla un domingo porque hay también una mayor flexibilidad laboral, es decir los problemas pueden surgir en cualquier momento y vos tenés que dejar todo por el tema de la gran competencia y segundo por que están así las condiciones, vos sabés que si dejás insatisfecho un reclamo, se busca otro (Caso 23, Abogado de edad mediana, estudio pequeño, Córdoba).

La presión por acortar los plazos se registra igualmente entre quienes atienden los intereses de personas comunes, pero en este caso por diferentes razones: la necesidad y urgencia de las personas de escasos recursos. El diálogo con una abogada especialista en temas previsionales resultó revelador en ese sentido:

E.- ¿Creés que se trabaja entonces con más presión de tiempo?

A.- Sí. Se trabaja con mucha presión. En el área en que yo me muevo, que son asuntos previsionales y laborales, me doy con una realidad de que es gente que necesita, por ejemplo en el caso de las jubilaciones, necesita eso para mantenerse, de un ingreso, es su forma de vida, es una prestación de carácter alimentario... con lo cual la urgencia se ve mucho más. Es gente mayor, generalmente, o que está en una situación de indefensión total... con lo cual la urgencia siempre te la requiere (Caso 6, Abogada junior, estudio mediano, Córdoba).

Puede decirse entonces que múltiples factores confluyen para intensificar las demandas temporales a las que están sometidos los abogados. Por una parte, las transformaciones en la tecnología de procesamiento de la información generan nuevas posibilidades de trabajo y aceleran el ritmo de las actividades cotidianas. Al mismo tiempo, la competencia acentuada y la caída de los ingresos de los clientes han llevado a una devaluación del trabajo jurídico. Hoy un abogado necesita tomar más casos para obtener un ingreso aceptable. En estas condiciones, los términos de la relación entre el letrado y sus asistidos cambian, y los plazos fijados por los clientes pasan a ser más importantes que los términos procesales.

Los nuevos estilos de trabajo no se limitan a quienes representan al sector corporativo, sino que se registran igualmente, aunque por otras razones, en otros campos. Entre quienes atienden los intereses laborales o previsionales de las personas comunes, la necesidad económica ahonda la presión temporal que el cliente coloca sobre el abogado. El carácter general de estas transformaciones, presentes en la experiencia de letrados con muy diversas formas de ejercicio profesional, parece sugerir que el valor social del tiempo ha cambiado en una sociedad donde la informatización acelera muchos procesos.

4. La reestructuración temporal en distintos grupos de abogados

La reestructuración de los tiempos de trabajo, que no siguen ya las pautas marcadas por la costumbre, y la intensificación del ritmo laboral afectan la vida cotidiana de los abogados en muchos sentidos. La extensión de la jornada, y las tensiones derivadas de un ritmo de trabajo muy intenso hacen más difícil mantener el equilibrio entre vida privada y vida profesional. Comprender el modo en que estos cambios afectan la vida de los abogados exige diferenciar su impacto en diferentes grupos de abogados, dada la fragmentación que vive hoy la profesión.

La reorganización temporal de las actividades resulta significativa para las mujeres, quienes enfrentan tensiones crónicas entre las demandas de la vida profesional y la familiar. En muchos casos, estas contradicciones se resuelven con una limitación del compromiso horario, o con la elección de posiciones de medio tiempo. Así, en promedio, las abogadas trabajan 8 horas semanales menos que sus colegas varones; la brecha entre los dos grupos se mantiene tanto en 1995 como en 2003⁹.

⁹ En la provincia de Buenos Aires, FUCITO (1998) encontró también jornadas laborales reducidas entre las abogadas, muchas veces facilitadas por el hecho de que el estudio se ubica en la vivienda.

Tiempo de trabajo y género

		Género			
		Varón		Mujer	
		Año		Año	
		1995	2003	1995	2003
Abogados que trabajan	1 a 30 horas	7,5%	4,1%	21,4%	15,4%
	30 a 39 horas	7,4%	2,7%	15,4%	13,5%
	40 a 49 horas	11,4%	18,3%	14,6%	5,4%
	50 y más	73,7%	74,9%	48,6%	65,7%
Total		100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
Promedio de horas trabajadas		49,55	50,61	41,31	41,16

Fuente: EPH nacionales

Cuando el ejercicio profesional autónomo ha dejado de ser el modelo dominante, la opción por un compromiso laboral de tiempos más cortos y disponibilidad limitada tiene otras consecuencias. En los estudios empresarialmente organizados, esta elección suele ser un argumento en contra de las oportunidades de movilidad laboral de las mujeres¹⁰.

Hay muchísimas mujeres en el estudio que se le permitió hacer trabajo part-time. Entonces trabajan hasta las cuatro de la tarde, igual se quedan hasta las siete, que es mucho más temprano de lo que se van todos los demás, 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 (Abogado junior, caso 4, estudio grande, Buenos Aires).

Yo creo que si algo perjudica a la mujer es que muchas veces, por su rol de esposa, de madre, no le puede dedicar el mismo tiempo que el hombre a la abogacía. ¿Por qué esa relación de los tiempo con el sexo? Porque muchas veces hay temas que se definen con una llamada. Y esa llamada ocurre en cualquier momento del día. Que quizá si hoy no se hizo por algún motivo mañana no se hace (Abogado de edad mediana, caso 22, Córdoba).

Frente a estos costos en las perspectivas de carrera, no resulta sorprendente que en las generaciones más jóvenes aparezcan nuevas respuestas a esta dicotomía entre la vida personal y la laboral.

¹⁰ Para un análisis de las diferencias de género en la movilidad dentro de la profesión jurídica, ver BERGOGLIO (2007b).

E: Crees que en general las abogadas logran conciliar su vida familiar y laboral?

A. sí, sí pero renunciando a muchas cosas, digamos, si quieren tener una carrera en un estudios de estos tienen que renunciar y no conciliar, de hecho yo conozco muchas mujeres que están en carrera, digamos, tienen 34 años, no están casadas están solteras no tienen familia... y...

E. claro si querés estar catorce horas ahí...es como que...

A. es como que es difícil digamos...pero no creo sea imposible... (Abogado junior, caso 4, estudio grande, Buenos Aires).

Los datos de la Encuesta Permanente de Hogares muestran que esta opción resulta más frecuente en los últimos años. Así, la proporción de las abogadas que trabajan más de cincuenta horas semanales pasó de un 48% en 1995, al 65% en 2003.

La reestructuración de los tiempos de trabajo ha afectado especialmente a quienes recién inician su vida profesional: mientras en 1995 los abogados menores de 35 años trabajaban en promedio 42,8 horas semanales, en el año 2003 la media de horas semanales de trabajo profesional para ese grupo está en 46,22¹¹. Y es que los jóvenes —junto con las mujeres— forman la mayor parte de los profesionales que ejercen en relación de dependencia, un grupo que ha visto modificarse intensamente su situación laboral.

Tiempo de trabajo según condición ocupacional

		Condición ocupacional					
		Patrón o empleador		Trabajador por su cuenta		Empleado	
		Año		Año		Año	
		1995	2003	1995	2003	1995	2003
Abogados que trabajan	1a 30 horas	4,5%		12,1%	10,0%	16,3%	9,9%
	30 a 39 horas			9,0%	12,5%	15,6%	6,8%
	40 a 49 horas	14,0%	41,4%	9,4%	10,0%	16,7%	4,6%
	50 y más	81,5%	58,6%	69,5%	67,6%	51,4%	78,7%
Total		100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
Promedio de horas trabajadas		51,41	53,23	47,35	45,84	43,55	45,03

En el pasado, cuando la mayoría de los estudios eran asociaciones de profesionales en las que cada uno llevaba sus propios casos, los abogados de más experiencia trabajaban más intensamente que los jóvenes, ya que la cartera de clientes se amplía con los años. La situación se modifica

¹¹ Esta cifra resulta menor al promedio encontrado por DINOVTZER y GARTH (2004) en su estudio de los jóvenes abogados norteamericanos, cifrado en 49 horas semanales.

en la medida en que se difunde la organización empresarial, pues en ella se aumenta la derivación de tareas hacia los jóvenes asociados, quienes tienen entonces una jornada más larga.

La tabla adjunta muestra los efectos de estos procesos entre los abogados argentinos: el 78% de los empleados declara trabajar más de 50 horas semanales en 2003, proporción que era del 51% en 1995. En cambio, el 58% de los patrones tiene ese compromiso horario en 2003, mientras el 81% de ellos lo hacía en 1995.

En las entrevistas aparecen claramente estas diferencias. Así se expresó un joven profesional cordobés, que empezó a trabajar durante la carrera:

E.- Vos trabajás con mayor presión de tiempo?

A.- Si, porque como todo tenes más trabajo, más cúmulo de trabajo y no tenes posibilidades económicas, no tenes posibilidades económicas, te haces cargo de lo que por ejemplo antes hacían tres. (Caso 8, Abogado junior, asalariado en un estudio grande, Córdoba)

En contraste, la posición de los dueños de los estudios resulta bastante más cómoda, pues si bien han asumido funciones gerenciales, su jornada resulta mucho más corta:

E.- comparándote con tu padre (también abogado) a tu edad, ¿creés que vos trabajás más horas que hace algunos años?

*A.- Yo trabajo muchas menos horas, pero en definitiva **yo ya no soy un abogado, soy el dueño de un estudio**, ¿no?, entonces yo no soy me parece parámetro general, eh, yo manejo mi tiempo y mis tareas. Volviendo a lo que hablamos de las tareas, por ejemplo desde lo personal mis tareas son totalmente diversas, yo no miro expedientes, no sé hace cuánto que no miro un expediente. Yo miro tablas que me dicen cuántos expedientes llevamos, cuánto se ha rematado, cuánto se ganó, cuánto se cobró. Y el lobby pertinente para buscar esos paquetes de juicios, esa es mi tarea. Y el mantener un grupo de trabajo contento, básicamente esas son las tareas que yo considero centrales, ¿no? Que mi gente esté contenta, que esté contenta con su trabajo, esté contenta con su sueldo (Caso 24, abogado de edad mediana, empleador, Córdoba, énfasis añadido).*

Es interesante observar que este efecto de las tendencias a la organización empresarial de los estudios ha sido observado igualmente en Chicao por Heinz, Nelson, Sandefur y Laumann (2005). En las firmas de perfil

tradicional, los socios trabajan más horas semanales (50,8) que los asociados (47,7). En cambio, en las grandes firmas, las diferencias se invierten, y los jóvenes asociados trabajan 54 horas por semana, y los socios, 49,9.

Puede decirse entonces que el análisis de las demandas temporales que experimentan distintos grupos de abogados pone de relieve la fragmentación de las condiciones de trabajo dentro de la profesión, asociada a la expansión de las tendencias empresariales en la organización del trabajo jurídico.

5. En síntesis

La evidencia presentada permite observar que la reorganización social de la profesión jurídica ha estado acompañada de una aceleración del ritmo del trabajo profesional para grupos significativos de abogados. La demanda temporal del trabajo jurídico rebasa los límites tradicionales impuestos por la costumbre, y la jornada semanal se extiende más allá de las 50 horas para la gran mayoría de los profesionales. La tarea profesional pasa a exigir no sólo más horas, sino mayor disponibilidad, y resulta difícil poner límites para proteger la esfera de la vida privada.

La intensificación del ritmo de trabajo y el alargamiento de la jornada son especialmente visibles para los abogados que trabajan en relación de dependencia, quienes han visto deteriorarse significativamente sus condiciones de ejercicio profesional. Los jóvenes y las mujeres, que forman la mayor parte de los asalariados, resultan así los principales afectados.

El abandono de las formas tradicionales de organización temporal —que resulta más rápido en los grandes conglomerados urbanos— se deriva de un proceso de adaptación a las nuevas condiciones que vive la profesión, en el que operan múltiples factores. Las transformaciones tecnológicas, la intensificación de la competencia, la devaluación del trabajo profesional, las tendencias a la organización empresarial del trabajo jurídico y la creciente influencia internacional —tanto sobre los estilos de trabajo de los abogados como de los de sus clientes— figuran entre ellos. En este contexto, y por razones muy variadas en distintos campos de ejercicio profesional, el valor social del tiempo cambia, y los abogados enfrentan presiones mayores por parte de sus clientes, que les exigen soluciones más rápidas para sus asuntos.

... cada vez tenemos más trabajo y la gente quiere resultados... Entonces la presión también aumenta. Y la responsabilidad también... El cliente quiere que le saques los juicios dejando de lado, o no comprendiendo que nosotros estamos ante un sistema lento, engorroso porque los juicios, la justicia es lenta. Las

reparticiones públicas son lentas y el cliente quiere un resultado inmediato. Por supuesto que tenemos stress porque la misma profesión te estresa, esta presión que no salen los juicios que la gente necesita... (Caso 18, abogada de edad mediana, estudio grande, Córdoba).

Así, las nuevas condiciones de ejercicio profesional colocan a los abogados bajo mayores tensiones. Mientras en el ámbito privado las demandas de celeridad son generales, los tiempos de la administración de justicia siguen en gran medida los perfiles tradicionales. Esta creciente contradicción entre las exigencias de los clientes y las posibilidades en tribunales, entre los plazos del cliente y los plazos procesales fue reiteradamente señalada en las entrevistas, tanto con los abogados porteños como entre los cordobeses. Tal contraste ilustra claramente la condición estructural del rol del abogado, ya señalada por Parsons (1949), como intermedio entre el ámbito público y el privado. Resulta también evidente que en este campo, como en muchos otros en Argentina, las transformaciones operadas en el campo privado parecen seguir caminos distintos de los que ocurren en el espacio público.

Bibliografía

ASHTON, SCOTT (2001), *El Torneo De Abogados: Law Firms in Chile*, contribución al proyecto Lawyers of Latin America, coordinado por Rogelio Pérez Perdomo, Stanford Law School. Accesible el 28/2/06 en: <http://www.law.stanford.edu/library/perezperdomo/lla.html>.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS (2005) "Transformaciones en la profesión jurídica: Diferenciación y desigualdad entre los abogados", *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Vol. VIII, 2005, 361 - 381, Córdoba.

— (2007a) "El papel del abogado litigante", capítulo en *La justicia latinoamericana. El papel de los actores*, Luis Pásara (editor), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, págs. 57-85.

— (2007b) ¿Llegar a socia? La movilidad ocupacional en las grandes empresas jurídicas. Análisis de género". *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* Vol. X, 599-614.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS y CARBALLO, JERÓNIMO (2005), "Segmentación en la profesión jurídica: Cambios ocupacionales de los abogados argentinos, 1995-2003", *Academia*. Vol. 3, N° 5, Otoño de 2005, Buenos Aires, 201-222

DINOVITZER RONIT, BRYANT G. GARTH y otros (2004) Report: *After the JD: First Results of a National Study of Legal Careers*. The NALP Foundation for Law Career Research and Education and the American Bar Foundation.

FUCITO, FELIPE (1998), *El Perfil del Abogado de la Provincia de Buenos Aires. Investigación cuantitativa*. La Plata, Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

HEINZ, JOHN; NELSON, ROBERT L.; SANDEFUR, REBECCA L. and LAUMANN, EDWARD O. (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, págs. 229-264.

PARSONS, TALCOTT (1967), *Ensayos de Teoría Sociológica*, Paidós, Buenos Aires. Ed. Original 1949.

SMULOVITZ, CATALINA (2006) "Judicialization and Legal Mobilization in Argentina: A National Phenomenon?" contribución al *Workshop Legal Culture and the Judicialization of Politics in Latin America*, University of Wisconsin, Noviembre 2006.

— (2010), "Judicialization in Argentina: legal culture, or opportunities and support structures?" en Couso, Javier, Alexandra Hunneus y Rachel Sieder (editores) *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*, Cambridge University Press.



MUJERES POBRES: LA DOBLE MARGINALIDAD

*Paola Bonavitta**

Resumen: En este trabajo teorizo sobre que la opresión que enfrentan las mujeres en situación de pobreza es una doble opresión: son marginadas por su condición de mujeres pero también por ser pobres y ello se ve reflejado en la creciente feminización de la pobreza en América Latina. Sin embargo, las mujeres pobres recrean diferentes estrategias que les permiten enfrentar su marginalidad, entre ellas las acciones colectivas que luchan por la tierra y la vivienda. De esta manera, generan redes que les permiten mejorar su calidad de vida en el ámbito de la comunidad barrial.

Palabras clave: mujeres -pobreza- marginalidad- acción colectiva.

Introducción

En el marco de mi proyecto *Mujeres y capital social: Redes, estrategias y acciones colectivas para enfrentar la pobreza*¹ me he enfocado en las mujeres en situación de pobreza insertas en organizaciones de base cooperativistas que luchan por la tierra y la vivienda en Córdoba, con la intención de caracterizar la participación de estas mujeres en la construcción de redes sociales capaces de sostener acciones colectivas orientadas a mejorar su calidad de vida.

Hablar de mujeres pobres es hablar de mujeres doblemente discriminadas: por su condición de mujeres y por su condición de pobres —ambas, discriminaciones estructurales—. Es hablar de mujeres oprimidas por una sociedad patriarcal y misógina, por un sistema capitalista que las priva del acceso a bienes materiales y simbólicos, a una calidad de vida digna, a un trabajo estable y formal, a la educación, a la salud y al alimento. Hablar de mujeres pobres es hablar de mujeres aprisionadas en su rol de mujeres,

* Doctoranda en Estudios Sociales en América Latina, Magister en Sociología, ambos por la Universidad Nacional de Córdoba. Es Lic. en Comunicación Social por la UNC. Es becaria de CONICET, con lugar de trabajo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC. Participa en dos equipos de investigación en la UNC y es adscripta a la cátedra de Sociología I en la Escuela de Ciencias de la Información.

¹ Proyecto becado por CONICET, con lugar de trabajo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

que se ven subordinadas. Mujeres que se encuentran marginadas, entendiéndose por marginalidad el hecho de estar en los márgenes.

Desde la Modernidad se ha hablado de un sujeto protagonista de la historia logofalocéntrica y se han establecido los límites entre lo público y lo privado: el primer ámbito, donde domina el trabajo productivo, quedó destinado a los hombres y el segundo, donde se halla el trabajo reproductivo, quedó relegado a las mujeres. La mujer ha estado excluida del Estado, de la ciudadanía, del mundo del trabajo, del ámbito público y aún de su propio cuerpo: un cuerpo tabú y prohibido para las mujeres mismas.

Las mujeres fueron las primeras esclavas, aún cuando no existía la esclavitud, pues las mujeres eran las esclavas del marido (Marx y Engels: 1958). Engels ya había señalado que “la familia individual moderna está basada en la esclavitud doméstica de la mujer, abierta o disfrazada” (Engels: 1962). Y las mujeres pobres siguen manteniendo esta esclavitud: ocultas dentro de la casa, trabajando a tiempo completo (con doble y triple jornada de trabajo), dedicadas exclusivamente al cuidado del hogar y de sus familias, sin recibir por ello nada a cambio: ni reconocimiento material ni simbólico. Ello las equipara a la condición de esclavitud. Conviven constantemente con la opresión de género y con la de clase.

Según Lagarde (1990), la doble opresión de la mujer es la forma específica en que el capital-patriarcal oprime por su género y su clase a la mujer explotada. “Las mujeres explotadas están sujetas a una doble opresión del capital: ante los hombres, en el conjunto de la sociedad y en el Estado, las mujeres ocupan una posición de subordinación, dependencia y discriminación que se traduce en su sujeción al poder y que define las relaciones de opresión genérica que hacen cualitativamente, más intensa la explotación a la que están sometidas como productoras subordinadas al capital y sujetas a los poderes patriarcales” (Lagarde: 1990).

Lagarde considera que las mujeres están cautivas: “Cautiverio es la categoría antropológica que sintetiza el hecho cultural que define el estado de las mujeres en el mundo patriarcal: se concreta políticamente en la relación específica de las mujeres con el poder y se caracteriza por la privación de la libertad. Las mujeres están cautivas porque han sido privadas de autonomía, de independencia para vivir; del gobierno sobre sí mismas, de la posibilidad de escoger, y de la capacidad de decidir. (...) la persona cautiva se encuentra privada de su libertad. En nuestra sociedad, la norma hegemónica de la libertad es clasista y patriarcal: burguesa, machista, heterosexual, heterótica y misógina” (Lagarde: 1990).

Por su parte, Maffía nos muestra que las mujeres no sólo son discriminadas, “sino también segregadas: marginadas a tareas rutinarias y lejos de la creatividad teórica” (Maffía: 2007).

Insertas en el espacio privado, las mujeres en situación de pobreza se desempeñan como amas de casas, madres, esposas, en fin, su rol es el de cuidar a aquellos que las rodean (hijos, esposos, ancianos, vecinos). Son trabajadoras domésticas, que es un trabajo invisibilizado, no reconocido, lo cual las lleva a un déficit en su autoestima, al aislamiento y a la “neurosis del ama de casa” (Burin: 1998).

Asimismo, la pobreza, vulnera aún más a las mujeres que a los hombres, las somete, las subordina, las condena a una doble sumisión: a los hombres y a su condición de pobres.

Las mujeres enfrentan la pobreza con desventaja respecto de los hombres, debido, entre otras cuestiones, a su situación desmedrada en el orden de género, a la valoración diferenciada de la dimensión femenina y masculina y a las normas para el ejercicio de la sexualidad y el control de la procreación (Bonavitta: 2009). La discriminación que viven las mujeres pobres en los distintos ámbitos de la sociedad acentúa su pobreza.

Con el creciente traspaso de las funciones del Estado a la sociedad, las mujeres han debido aumentar las tareas ligadas al cuidado de la familia: los hijos, propios y ajenos, nietos, sobrinos, ancianos, enfermos. En el estadio del hogar, las relaciones desiguales de poder entre los géneros tienden a reforzar la pobreza relativa de las mujeres (Bradshaw: 2002), por ejemplo, ella carece de poder al ser la que menor remuneración obtiene (en comparación con su esposo y los hombres del hogar), entonces se convierte el hombre en la autoridad hogareña; a nivel individual, las mujeres suelen abandonar la escuela antes que los hombres, etcétera.

Incorporar la dimensión de género al análisis de la pobreza implica asumir que la posición social de la mujer es desigual y la experiencia femenina de la pobreza puede ser diferente y más aguda que la de los hombres debido a las formas de exclusión y discriminación por sexo.

Las desigualdades de género, socialmente construidas, se expresan tanto en la asignación de identidades y actividades, como en la separación de los ámbitos de acción a los que corresponde una designación diferente de valor simbólico, donde lo masculino cobra preeminencia sobre lo femenino. De esta valoración superior de la dimensión masculina se deriva un acceso desigual al poder y a los recursos, que determina jerarquías en las relaciones sociales entre hombres y mujeres.

Con esa idea de acumulación de desventajas, una mujer en situación de pobreza probablemente tenga menos posibilidades que una mujer de clase media o alta de enfrentar esas macro desventajas. Por ello, es necesario reinterpretar, socialmente, los elementos simbólicos que atribuyen un significado inferior a las tareas femeninas y al trabajo realizado por las mujeres, buscando superar la segregación de género en los mercados la-

borales, así como la dicotomía y jerarquización con que se estructura la división sexual del trabajo en la sociedad y su relación con el control de la sexualidad y la reproducción (Valenzuela: 2003). De lo anterior se desprende que las soluciones integrales a la pobreza requieren la adopción de una perspectiva de género y, en particular, del empoderamiento de las mujeres.

Categorizar a las sujetas

¿De qué categorías hablamos cuando nos referimos a las mujeres en situación de pobreza? Por un lado, el género, las mujeres, aquellas que han sufrido, a lo largo de la historia, las opresiones más terribles. Por otro lado, la condición de clase. Cuando Marx hacía referencia a la división estructural de la sociedad, reconocía una base y una superestructura jurídica. La primera era dueña de la fuerza de trabajo y la segunda era la dueña de los medios de producción. En ninguna de las dos participaban las mujeres. Oposición de género —entendiendo por género que es “una forma primaria de relaciones significantes de poder” (Scott: 1996)— e invisibilización de clase.

Según señala Lagarde, “las mujeres viven en cautiverio patriarcal como individuos y como género. Los alcances del poder de sujeción de las mujeres se reducen o acrecientan de acuerdo con la posición de clase, y con la posesión de otros atributos del poder emanados de situaciones sociales y culturales diferentes” (Lagarde: 1990).

Desde el interior del hogar, las mujeres son discriminadas: se les niega el derecho a expresarse o a existir (Careaga Perez: 2003). La subjetividad de las mujeres se centra en el trabajo reproductivo: la finalidad principal de este trabajo pasó a ser la producción de sujetos, con la convicción social de que, en tanto las producían, las mujeres se autoconfirmaban como sujetos, porque con la maternidad creaban las bases de su posición como sujetos sociales y psíquicos (Burin: 1998).

Estas mujeres son discriminadas asimismo por su condición de pobres. Diversos estudios han demostrado (Rodríguez, 2001; CEPAL; 2007; Montaña; 2005; Guerrero Morales; 2006) que la feminización de la pobreza es un fenómeno histórico y que va en aumento. Las mujeres se ven privadas de los recursos a los que sí pueden acceder los hombres, aún los hombres en situación de pobreza.

Sin embargo, las mujeres en situación de pobreza pueden acceder —y de hecho lo hacen— a distintas maneras de desafiar la opresión en la que viven y hacer valer su condición de mujeres. La resistencia que ofrecen estas mujeres les permite enfrentar su doble marginalidad y defender de su condición de mujeres y de sus derechos como tal. Una de las maneras

que encuentran para enfrentar la desigualdad, la opresión y la marginalidad es agruparse en acciones colectivas y pararse como ciudadanas, como luchadoras y como transformadoras frente a un Estado que las invisibiliza y las niega.

Según señala Millán (2008), “las mujeres han accedido a experiencias que han modificado su posición en el ámbito comunitario. Tareas de responsabilidad social a través de cooperativas, promotoras de salud, cajas de ahorro, y en muchas ocasiones han tenido que negociar directamente con las autoridades”.

En estas organizaciones se les niega a las mujeres su capacidad de autogestión, pero, como hemos podido ver, ellas han podido recrear estrategias desde su lugar de mujeres, con los recursos que disponen y han enfrentado al status quo. Las mujeres pobres son explotadas por el gobierno, pero también son explotadas en la comunidad, por los hombres. Reflexionar sobre esta situación es el primer paso que deben dar, y que dan, las mujeres para salir de sus cautiverios, para reconocerlos y, críticamente, observar que son capaces de transformar su realidad más cercana: la comunidad barrial. Lo dicho anteriormente, contribuye en mi investigación para poder explicar porqué las mujeres pobres se convierten en las sostenedoras de las acciones colectivas que luchan por la tierra y la vivienda. Mientras que los hombres, que son quienes ocupan los cargos jerárquicos en las organizaciones cooperativistas, no están acostumbrados a sufrir la discriminación, la marginalidad y la exclusión —pues, a pesar de ser pobres, son hombres, y la pobreza resiente más a las mujeres por su condición de género—, pero las mujeres conviven constantemente con los mecanismos opresivos. Conviven con el sentimiento de exclusión y de dominación, por eso pueden soportar la lucha de años por la consecución de tierra y vivienda, por ello son capaces de trabajar arduamente a pesar del tiempo, de sostener al grupo, de ser fuerte frente a las adversidades. Es más fácil para una mujer soportar los rechazos de un Estado que no se hace cargo de sus pobres, soportar la marginalidad que implica la categoría de clase social. Los hombres, en cambio, acostumbrados al dominio, a un estilo de vida patriarcal, sólo se imponen en los cargos jerárquicos, depositando en las mujeres el trabajo y la lucha colectiva.

Teniendo en cuenta el contexto en la que estas mujeres se encuentran, considerando su doble opresión, se vuelve necesario clarificar las fuentes estructurales de las diferencias, hacer un recorrido histórico sobre la discriminación de género y de clase social, partir desde el principio para señalar las diferencias y la dominación histórica y socialmente construidas. Deconstruir y, desde allí, pensar las formas, las maneras y las estrate-

gias para salir de ese lugar de enclaustramiento en que están las mujeres en general y las mujeres pobres en particular.

Bibliografía

BONAVITTA, PAOLA 2009. *Mujeres en situación de pobreza y acciones colectivas en Córdoba*. Tesis para acceder al grado de Magister en Sociología. Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba.

BURIN, MABEL 1998. "Ambito familiar y construcciones de género." En Burin, M y Meler, I: Género y Familia. Poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad. Editorial Paidós, Buenos Aires.

CAREAGA PÉREZ 2003. "El racismo y el sexismo en las expresiones sexuales". Revista La Ventana. Nº 18. Universidad de Guadalajara. Guadalajara.

CEPAL 2004. "Lineamientos de acción para el diseño de programas de superación de la pobreza desde el enfoque del capital social". Guía conceptual y metodológica, Serie Manuales Nº 36, Santiago de Chile.

— 2007. "Estadísticas para la equidad de género: magnitudes y tendencias en América Latina". Chile. Engels, F. 1962. Contribución a la Crítica de la Economía Política [1859].

GUERRERO MORALES, PATRICIA 2006. Relatos de vida de adolescentes mujeres de sectores marginales. Becas de Investigación [colección]. Argentina, Buenos Aires, CLACSO.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, MARCELA 1990. Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas. Universidad Nacional Autónoma de México, México.

MILLÁN, MARGARA 2008. "Las zapatistas fin del milenio. Hacia políticas de autorepresentación de las mujeres indígenas". Revista Chiapas.

MAFFÍA, DIANA 2007. Epistemología feminista: la subversión semiótica de las mujeres en la ciencia. En Revista Venezolana de Estudios de la Mujer. Nº 28 "Filosofía Feminista".

MARX, KARL y ENGELS, F. 1958. La ideología Alemana. [1846]

SCOTT, JOAN 1996. El género: Una categoría útil para el análisis histórico. En: Lamas Marta Compiladora. El género: la construcción cultural de la diferencia sexual. PUEG, México: 265-302p. UNIFEM 2000. El progreso de las mujeres en el mundo 2000. Nueva York, Naciones Unidas.



LA DEMOCRACIA EN LATINOAMÉRICA. REFLEXIONES SOBRE LA CONTINUIDAD DEL PENSAMIENTO LIBERAL Y SUS ALTERNATIVAS*

*María Susana Bonetto***

Resumen: En este trabajo se propone un análisis de las democracias latinoamericanas, en especial la Argentina, a partir de la constatación de los límites de la democracia liberal para una realización de la misma, capaz de responder a los problemas regionales. Se proponen, por el contrario, otras alternativas para su construcción

Palabras claves: democracia-liberal - Latinoamérica.

Introducción.

La construcción de la democracia en la región continúa siendo un tema central de una larga problematización en la teoría política latinoamericana que se inicia ya desde la finalización de los gobiernos militares y adquiere su momento más relevante en el inicio de las transiciones.

En el presente, luego del fracaso y la crítica de los ajustes neoliberales de los noventa, se produce la emergencia de nuevos proyectos políticos regionales post-neoliberales, que están reformulando la realidad latinoamericana, y vuelven a dotar de relevancia al tema. Entendemos que para un adecuado abordaje del mismo, estos deberían ser analizadas desde su contexto y en sus tradiciones regionales.

Este requerimiento surge, en parte de la experiencia reciente en la construcción regional del Estado y de la Democracia, ya que las restricciones de la interpretación y realización de los mismos en la transición, a partir de perspectivas marcadamente liberal-institucionalistas, limitaron la explicación y la solución de los problemas regionales, al desplazar el debate de la discusión de proyectos políticos a la formulación de los marcos legales y las reglas procedimentales. Esto permite comprender que en Ar-

* Una versión preliminar de este trabajo se solicitó para su publicación en el Congreso del Bicentenario.

** MARÍA SUSANA BONETTO Dra. en Derecho y Ciencias Sociales Prof. Titular de Teoría Política en la E.T.S Univ. Nacional de Córdoba. Directora del Doctorado en Ciencia Política en el CEA. Univ. Nacional de Córdoba. Directora de proyectos de investigación nacionales e internacionales. Autora de publicaciones en el país y el exterior.

gentina, luego de la revaluación inicial del Estado de Derecho y la democracia en la transición, emerge un profundo desconcierto y desencanto a fines del primer gobierno democrático. Esto es así, en tanto el discurso liberal de la democratización generó un escenario que habilitó una rotación hacia el neoliberalismo, ya que la recuperación política de la democracia se produjo articulada a un desmantelamiento de las capacidades del Estado, para orientar transformaciones socioeconómicas, con un imaginario marcadamente anti-estatal, típico del liberalismo. Simultáneamente se construyó en la transición una democracia formal, garante de derechos individuales y políticos, sin que los derechos sociales alcanzaran el mismo reconocimiento. Al reflexionar sobre ese período de nuestro pasado reciente, se advierte que la transición a la democracia, produjo un cambio conceptual del abordaje de los procesos políticos desde el estado al régimen político y su consideración como variable independiente, concluyendo en un pasaje de los enfoques estructurales a los institucionalistas.

Sin embargo, a comienzos del nuevo siglo, tras las profundas crisis políticas y económicas producidas por las políticas neoliberales surgen nuevas alternativas en la región que impulsan reformas políticas y económicas, incluso institucionales orientadas a “refundar” el Estado y la democracia su sentido y contenidos. Así, partiendo de los marcos institucionales del Estado de Derecho y 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, la justicia y la equidad social como supuestos irrenunciables del orden democrático, reivindicando la participación del Estado en la reformulación del orden social.

A pesar de la recurrencia de enfoques teóricos que sostienen la necesidad de insistir en la centralidad del perfeccionamiento de los marcos institucionales- liberales, se propone que los procesos en marcha requieran el abandono de los límites restrictivos del Estado de Derecho y la democracia liberal procedimental, lo que no implica su total sustitución sino concebir esa tradición solo como un aporte mas, ampliando las posibilidades de construcción de democracias alternativas que permitan superar los problemas de equidad e inclusión. Se plantea este requerimiento, ya que los modelos liberales institucionales de la transición, no resultaron comprensivos de las realidades regionales emergentes y produjeron escepticismo y desafección política, como lo evidencia, desde la crisis del 2001, un extendido discurso anti-político. Esto ha sucedido en aquellos regímenes políticos que no pudieron abrirse a construcciones democráticas-estatales

con otros sentidos de lo democrático diferentes y más implicados en reformas socioeconómicas y participación popular, demandas recurrentes en la tradición regional, como por ejemplo las experiencias exitosas generadas en la actualidad, especialmente pero no únicamente en Bolivia.

En el marco de desarrollo de estos procesos, puede considerarse que las categorías teóricas del liberalismo, tal como se aplicaron en la construcción de los regímenes políticos de la transición, en especial en Argentina, son insuficientes para dar cuenta de las nuevas reformulaciones del Estado y la democracia en latinoamérica que recuperan experiencias pasadas de la región, resignificándolas en el nuevo contexto de la globalización. Como sostiene Laclau (2007: 15) el problema fundamental que se planteó hace tiempo en Latinoamérica es que en cierto momento empieza a haber regímenes que son profundamente democráticos porque satisfacen demandas populares pero no se pueden expresar a través de formas liberales. Y aunque es factible sostener en coincidencia con el autor que las dictaduras atacaron las dos tradiciones y abrieron las posibilidades de una articulación entre ambas, en las transiciones se priorizó la institucionalidad liberal, como una superación del pasado, y se descalificó las anteriores experiencias estatales y democráticas. Por lo tanto, continúa siendo un dilema problemático para el Estado y la democracia regional la combinación de formas liberales con identidades populares, sobre todo si pensamos que en muchos casos, sin esas identidades es prácticamente imposible construir una real democracia.

Aproximaciones al análisis del caso argentino

En Argentina, la recuperación de la democracia en 1983, desde los inicios de la transición, se define desde una perspectiva liberal institucionalista y procedimental, que constriñe las dimensiones conflictivas y participacionistas de ésta.

El interés central del nuevo régimen se focalizó en lo político y no en lo económico, ambas dimensiones fueron tratadas por separado. Se puso el acento en la interpretación de los efectos negativos de la dictadura, también en las causas endógenas, sobre todo los efectos del autoritarismo, y se proponen estrategias de tipo institucional-procedimental, con un discurso orientado a los valores de la cultura democrática. Subyace el temor a una involución autoritaria y no solo militar, en ese marco, también se incluye como tal al "populismo corporativo" y a la izquierda militante. A ello se opone la voluntad de asegurar la democracia y el Estado de Derecho. En ese contexto, se deja de lado, o se reduce el peso y el poder de los actores económicos y los factores histórico-estructurales de dominación del escenario económico mundial y regional. La democracia ocupó así el centro

de la atención como concepto liminar opuesto a autoritarismo. La nueva propuesta se concentró en la revalorización de la legalidad, las garantías del Estado de Derecho y el cumplimiento de los procedimientos. Se recuperaron temas como los pactos fundacionales y los derechos humanos, y no obtuvieron centralidad los temas que produjeran cuestionamientos al poder económico. Es decir, se respetó la “legalidad” de compromisos contraídos en la dictadura, como por ejemplo el pago de la ilegítima deuda externa, considerados “correctos” según la lógica asumida del capitalismo globalizado

La transición a la democracia impuso nuevas conceptualizaciones sobre el significado de ésta, aparece como diálogo y construcción de consensos, en oposición a la violencia del pasado, que hace alusión en igualdad de condiciones de exclusión del nuevo modelo, al terrorismo de Estado y a los grupos guerrilleros, que según este discurso habían sido los principales protagonistas de la década del setenta, dejando de lado la extendida participación popular no violenta. Esta dicotomización implicó un sorprendente olvido del compromiso de vastos sectores sociales no incluidos en esa dualización, y una implícita descalificación de un modo de hacer política movilizad y militante, pero alejado de estrategias violentas, que termina habilitando interpretaciones que vinculan toda propuesta transformadora con la violencia, sosteniendo en definitiva, la prioridad de las formas en la interpretación de la democracia.

Al asumirse esta concepción de la democracia se plantean temas vinculados a una visión de ésta y los derechos humanos, propias de la tradición liberal.

Debe destacarse que la democracia liberal surge en un contexto histórico regional europeo, luego del afianzamiento del pensamiento liberal, cuando ya el constitucionalismo, la propiedad privada y el mercado se han establecido como sus pilares. Es posible sostener, en este marco, que en la institucionalización de la democracia liberal, el significado de lo democrático, queda sujeto a las restricciones del Estado de Derecho, plasmado ya constitucionalmente, que pone límites a lo que puede decidirse democráticamente, como expresión de las constricciones propias del liberalismo.

En su efectivización, la democracia liberal constituye más un escenario institucional, por medio del cual el poder limitado se delega a determinados agentes, para que lo ejerzan en forma controlada, siendo ajena a esta tradición la exigencia de alguna forma de participación popular. Se aspira a la protección de un ámbito de lo privado, en el cual los ciudadanos disfrutaran de su autonomía y obtienen su autorrealización siguiendo sus intereses, sin que exista interferencia estatal, así la apelación a la partici-

pación política (núcleo central de la democracia clásica) se convierte en algo irrelevante.

No es de extrañar que en un contexto que asumió este imaginario, no obtuvieran relevancia problemas referidos al poder económico, no se cuestionara la dependencia económica, ni el poder de las potencias hegemónicas en el nuevo ámbito internacional, tampoco se criticó el pago de la abultada deuda externa legada por la dictadura.

Esto implicaba una ruptura con la concepción popularmente extendida del Estado y la democracia, previa a la dictadura militar, vinculada a una idea más crítica, con contenidos sustantivos y distributivos, ligados a criterios igualitarios y de equidad socioeconómica. Por el contrario, esta propuesta de reformulación del Estado y la democracia, buscaba una ruptura con los sentidos y los usos que estos habían tenido en toda su trayectoria nacional anterior a la transición

Por ello tanto las discusiones teóricas como las políticas se orientaban a un redefinición del Estado y la democracia y a partir de allí, a construir una nueva etapa política en el país. Desde esa perspectiva, se fue instituyendo la construcción de una democracia de corte netamente liberal, con las implicancias ya desarrolladas, básicamente representativa y limitante de la soberanía popular. Articulada así con un Estado recuperado como Estado de Derecho, con sus efectos de revalorización de las formas y procedimientos por encima de los contenidos materiales, haciendo abstracción de las relaciones y estructuras socioeconómicas que constituyen su condición de posibilidad.

Tanto las teorizaciones como la praxis de la democratización elaboran una definición restringida de Estado y Democracia procedimental, con un sentido minimalista, tal como expresa el concepto de poliarquía de Dahl, en definitiva, un conjunto de reglas que específicamente hacen referencia a un determinado tipo de funcionamiento político, propio de la tradición liberal, que separa su dimensión política de la socio-económica.

Esta concepción coincide con el pensamiento ya vigente en las Ciencias Sociales de la región que había descentrado las discusiones del Estado, como marco más abarcativo para la explicación de la política en una inescindible articulación con las condiciones socio-económicas, y las había sustituido por un análisis de la democracia en un ámbito propiamente autónomo como régimen político (Lesgart 2002).

En todo caso, el Estado más que garante y conductor del desarrollo material (como en la teoría y praxis anterior a la transición en la región) se define como Estado de Derecho, garante del orden constitucional. El acento se pone en el cambio de régimen, tanto en lo institucional, como en la transformación de las creencias y comportamientos políticos autoritarios,

es decir en la transformación de la cultura política. Según se plantea el objetivo de erradicar el autoritarismo de la cultura y de las instituciones se ataca el "corporativismo" del Estado intervencionista. El Estado ya no es asociado a un rol transformador de la sociedad, sino que con una visión de Estado de Derecho se lo entiende como un instrumento neutral, garante de intercambios y reglas. La anterior práctica estatal se carga de sospechas de alimentar el autoritarismo y coaccionar a la sociedad civil.

Se produce así, desde el gobierno del presidente Alfonsín, un desplazamiento del significado de la democracia, que por un parte revaloriza el Estado de Derecho, frente al Estado Terrorista y sus secuelas de muertes y desapariciones, como lógica consecuencia del proceso autoritario precedente, e impone la plena vigencia de los derechos individuales, entre los cuales se constituyen como los centrales la vida y la libertad. Pero también, por otra parte, ese mismo Estado de Derecho implica la irrestricta protección de la propiedad, no contemplando que el Estado liberal favorece y sostiene la dominación de la propiedad y el mercado, sobre la sociedad en su conjunto, temas que constituyen la base de sus preceptos constitucionales. Así los principios institucionales del Estado Liberal, son instrumentales a la funcionalidad del poder político al económico (Poggi 1997) En ese marco la economía de mercado tiene una influencia cada vez mas amplia sobre el proceso social en su conjunto. Esto abre camino a un fluida articulación Estado liberal-mercado, en un contexto en el cual se descalificaban los intentos transformadores de los setenta, vinculados en este nuevo discurso al autoritarismo y la violencia.

También articuladas a estas transformaciones y a partir de la constatación del fracaso revolucionario de los setenta, se resignifican las problemáticas centrales de las Ciencias Sociales en la región, instalándose nuevos discursos, nuevos marcos conceptuales que recuperan conceptos liberales y se deslizan hacia los neoliberales en un camino que ya viene signado por un Estado y una Democracia que aunque restauran derechos civiles y políticos en lo económico quedan restringidos a la gestión de la economía de mercado. A medida que lograba afianzarse la conceptualización política liberal, y las opciones regionales no se piensan entre capitalismo o socialismo sino entre democracia y autoritarismo, se afianza la lógica del mercado como correlato al liberalismo político y se abre camino hacia la hegemonía neoliberal. En ese marco las perspectivas institucionalistas coadyuvan al oscurecimiento de este proceso en tanto se orientan más al resguardo de los procedimientos y la libertad política, descuidando el análisis de los condicionamientos histórico-estructurales de la globalización ya en expansión, así como la reformulación de los centros y actores de po-

der en cuyo marco tienen más peso los poderes exógenos que los viejos actores endógenos (por ejemplo los Sindicatos)

Coincidiendo con Castorina (2007:57) "La utopía de libre mercado iría ganando terreno sobre las utopías de la igualdad social, sustituyendo liberalismo por democracia y ocultando o diluyendo la profunda interconexión entre liberalismo económico y autoritarismo". En este marco, la inescindible interacción Estado de derecho-democracia liberal y capitalismo se constituye en hegemónica.

Se deja de lado la discusión sobre la viabilidad de la democracia en contextos de dependencia, prevaleciente en los setenta, en el marco de un análisis estructural de las condiciones desiguales de intercambio y de interrelación entre economías centrales y periféricas.

Esto implica un abandono de la consideración del desarrollo económico equitativo, como condición de posibilidad de una democracia igualitaria, por el contrario, se considera a las instituciones democráticas como variables independientes. Se analiza el desempeño del Estado y la democracia desarticulado de un análisis de la estructura y dinámica del capitalismo latinoamericano. Así no se consideraron tampoco procesos relevantes, como la nueva reestructuración de la economía mundial y sólo se atendieron a las condiciones endógenas.

Desde la nueva perspectiva de Estado y democracia liberal emergentes desde los inicios de la transición, la movilización de demandas populares constituían un problema para la gobernabilidad, esta concepción se vincula a la perspectiva de "sobrecarga de demandas sociales al Estado" propia del informe de la Comisión Trilateral (1975) que cumplió la misión de fundamentar los ajustes regionales y la expansión del neoliberalismo. También se abre paso la descalificación del Estado y sus "arbitrarias" intervenciones socio-económicas, por lo tanto se cierra toda posibilidad de resistir a las recetas impuestas por los organismos internacionales. Como sostiene Lechner "la crítica al Estado Autoritario desembocó en la crítica a la concepción estatista de la política vigente hasta entonces" (Lechner 1995:21).

A partir de estas transformaciones políticas se instaló en los noventa el neoliberalismo y la preeminencia del mercado que disciplina la sociedad con políticas de ajuste que afectan a los sectores populares.

La política se transforma sin resguardos, en la gestión del mercado y en intermediaria de aplicación de las políticas de las Organizaciones Internacionales tales como el FMI y la Organización Mundial del Comercio. El gobierno argentino sobre todo en el período de los presidentes Menem y De la Rúa se somete al monitoreo, contralor e incluso imposición de sus políticas por estas organizaciones.

El discurso satanizador del Estado bloqueó la legitimidad de éste para formular y ejecutar políticas que no se orientaran al acompañamiento de los programas impuestos por estos organismos. De ahí se expande la ola de desregulación, privatización, liberalización y aperturas indiscriminadas del mercado, mediante las cuales los grupos del mayor poder económico, sobre todos extranjeros, se apoderaron de las empresas estatales y los servicios públicos más rentables.

Además se considera también muy relevantes otras transformaciones, que parecen perdurar en ciertos grupos sociales hasta el presente. Así también en este marco, se produjo un debilitamiento extremo de la integración social y de los lazos societales, así también de la trama de solidaridades populares, que pusieron en crisis las estructuras de representación de los intereses colectivos, unido a un profundo vaciamiento de la política y de toda movilización popular. La democracia liberal inicial de la transición, había estimulado también estrategias individualistas-competitivas poco propicias a la acción colectiva, esto habilitó a que se esfumara toda participación popular en la definición de los asuntos públicos, permitiendo la imposición de programas neoliberales¹.

En síntesis como sostiene Borón (2003) el neoliberalismo de los 90 produce políticas conservadoras, sociedades fragmentadas, marginación de masas, ruptura del tejido social y disgregación de los mecanismos de integración, capitulación de la soberanía nacional y degradación de la política.

A partir de la vinculación del neoliberalismo con la “ideología de la globalización” se justifica el “único camino posible” que plantea una autonomización del capitalismo y del mercado respecto a toda limitación socio-política imponiendo una devaluación de toda presencia o acción estatal. Cabe destacar que este modelo neoliberal impuesto por Menem en Argentina durante los diez años de su gobierno obtuvo un amplio consenso en los partidos de oposición y en una sociedad poco crítica que lo aceptó.

¹ Para aclarar la relación del liberalismo-neoliberalismo, es preciso destacar que el discurso político de la tradición liberal clásica piensa a la política como resguardo legal-institucional de las libres relaciones del mercado de la sociedad civil en las que prevalecen las relaciones de mercado. La irrupción del Estado de Bienestar con su intervención en la planificación económica y la redistribución del producto social ya fue enunciada como un ataque a la libertad en la década de los cincuenta por pensadores como Von Hayek o Von Mises. El neoliberalismo se orienta a descalificar la legitimidad de ese período intervencionista y regulador del Estado, para restaurar el liberalismo clásico, sin las deformaciones “bienestaristas”. Por eso se entiende que no hay diferencia entre el liberalismo clásico y el neoliberalismo, aunque éste último discurso tiene la necesidad de deslegitimar el período del capitalismo redistributivo, para retornar al liberalismo clásico. En la transición primero se instala el liberalismo político que luego abre paso al neoliberalismo económico, que recupera el capitalismo pre-bienestar.

Posteriormente, en muy poco tiempo, luego de la crisis del 2001, los noventa son objeto de descalificación y de condena. Pero a pesar de estas interpelaciones, los valores y creencias que se internalizaron de ese neoliberalismo popularizado por Menem subyacen todavía como la base de sentido común en vastos sectores de la ciudadanía.

En definitiva, la construcción de la democracia en Argentina siguió un trayecto de una democracia liberal procedimental hacia la instauración del proyecto neoliberal. Coincidiendo con Castorina (2007:76) el proceso histórico de apertura democrática fue política e ideológicamente construido como un tránsito hacia una forma neoliberal y anti-estatal de democracia de mercado.

En el presente, a pesar del predominio de las visiones de la democracia en términos de “poliarquía” y del Estado en términos liberales, es necesario plantearse la posibilidad de pensar otras formas de construcción del Estado y la democracia y su realización en la región.

Una re-lectura del escenario latinoamericano

Como ya lo planteamos en trabajos anteriores, se requieren propuestas alternativas para una relectura del escenario latinoamericano que resultan más pertinentes y adecuadas para el análisis de las democracias de la región.

En este sentido, para promover nuevos marcos de comprensión y constitución de estos procesos resulta relevante incorporar aportes de la tradición regional tales como 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 deterministas del colonialismo y la dependencia, con todo su bagaje eurocéntrico y los efectos que produjeron en la región.

Así, 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 otros², proponen una nueva configuración conceptual, un giro epistémico que tiene como base la construcción de conocimientos que den cuenta de las huellas del pasado

² Mignolo diferencia el proyecto descolonial del proyecto postcolonial aunque se encuentren vinculados. El giro descolonial es complementario aunque diferente de la Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt. Los estudios postcoloniales se vinculan a Foucault, Lacan, Derrida y los aportes de los intelectuales de las ex colonias inglesas de Asia y África.

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.

Siguiendo a Mignolo (2003), 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, sin subordinarse al pensamiento hegemónico central, en definitiva, propone poder reflexionar sobre 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.

También como sostiene Raul Prada Alcoreza, (2010) es relevante incorporar a la problemática descolonizadora la dimensión subjetiva referida a la deconstrucción de los sujetos colonizados, a la deconstrucción de las subjetividades colonizadas y su liberación en lo que respecta a estructuras psicológicas y psíquicas sometidas a valorizaciones dominantes inhibitoras, también en lo que se refiere a conductas y comportamientos, a costumbres y prácticas reiterativas de las relaciones coloniales.

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, la cual en los sesenta centraliza el debate intelectual en Latinoamérica, e irradia su influencia a otras regiones, incluso del centro. Esta incluye distintas vertientes que no es posible abordar en su complejidad³. Sin embargo, las distintas vertientes de la Teoría e 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, caracteriza-

³ Las distintas corrientes de la Teoría de la Dependencia han sido sistematizadas en distintas clasificaciones. Así las de Blomstrom y Hettne (1990) y André Gunder Frank (1991).

da como la búsqueda de la máxima productividad, la generación de ahorro y la creación de inversiones que llevaran a la acumulación permanente de los individuos y, en consecuencia de cada sociedad nacional”.

En ese marco, la Teoría de la Dependencia en sus distintas orientaciones constituye un invaluable aporte para el análisis de los procesos latinoamericanos, desde sus particulares condiciones y no como desviación de los países centrales. Así, se entiende el cambio social no como resultado de leyes naturales y de aplicaciones técnicas sino dependiendo de las estructuras y de la historia, así como de las acciones de los sujetos condicionados por la interrelación de hechos internos y externos, en el marco de una relación estructural centro-periferia.

Desde esta perspectiva y luego de la expansión del neo-liberalismo y los efectos negativos que produjo en la región, Dos Santos (2003) realiza una dura crítica al desarrollo de las democracias regionales en la transición y hasta fines del Siglo XX. Entiende que por una parte fueron impulsadas por EE.UU. ya que, luego de producida la derrota de los movimientos populares, la situación estaba “bajo control” y se podía iniciar un período constructivo de Estados y Democracias liberales viables, que por sus características no permitirían la emergencia de decisiones propias de la soberanía popular que afectarían el funcionamiento del mercado. Por otra parte, también influye que ya las dictaduras militares resultaban impresentables por sus sesgos nacionalistas de derecha en el nuevo contexto de expansión de la globalización capitalista. En este marco, es posible entender la política de derechos humanos iniciada por Carter que tuvo una doble implicancia: descalificó a los gobiernos militares latinoamericanos y sirvió de cuestionamiento también a la Unión Soviética (Dos Santos 2003).

En ese escenario, según este autor, se inician las transiciones democráticas y se continúa con un desarrollo dependiente en el marco de democracias restringidas y mientras los derechos humanos de primera generación se consolidan, los derechos económicos y sociales son vaciados. Por el contrario, Dos Santos (2003) sostuvo 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.

Ya desde el presente es posible constatar que 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. Pareciera constatar, como lo sostuvo Theotonio Dos Santos, que no es posible conciliar indefinidamente democracias representativas en sociedades cada vez más desiguales. En ese contexto, la lectura pasada y presente de los procesos

regionales le otorga a este conjunto de estudios de la dependencia una mayor plausibilidad explicativa y crítica, de los procesos socioeconómicos y políticos de la región.

También en ese marco se puede advertir que en la región, el modelo democrático-estatal liberal, reducido a los marcos procedimentales, tiene una improbable posibilidad de aplicación exitosa en escenarios de sociedades fuertemente desiguales y excluyentes, con conflictos difícilmente procesados por acuerdos procedimentales. Por el contrario, la realidad regional nos muestra una extensa variedad de demandas insatisfechas, con discursos populares que dividen la sociedad en dos campos antagónicos: el del poder y el de los desposeídos.

En ese escenario, se considera relevante tener en cuenta otro marco interpretativo que nos permite dar cuenta, de una cuestión central en la construcción de las democracias regionales. Esto es 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 regímenes democrático-populares debieron presentarse como antiliberales y se disociaron de la articulación liberal. Sólo luego de las últimas dictaduras militares, con sus secuelas de represión y desmantelamiento de los sistemas institucionales, se dieron las condiciones históricas para su confluencia. Pero, a pesar de esta confluencia política, América Latina es también heredera de la experiencia traumática del capitalismo global y sus secuelas de ajuste, 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.

Desde esta perspectiva se puede abandonar la inescindible vinculación entre democracia y liberalismo tal como lo plantea Lefort (1988) y postularla como una cuestión contingente tal como lo sostiene Mouffe (2003). A partir de esta formulación y siguiendo a Laclau (2005) otras articulaciones contingentes también son posibles, convirtiéndose la democracia en una pluralidad de marcos que permite la emergencia del pueblo. Y 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).

La aplicación de este análisis a las democracias regionales permite superar los límites de los enfoques liberales racionalistas-universalistas. Además habilita la explicación de la construcción de otras propuestas; para ello es preciso asumir como sostiene Raúl Prada Alcoreza (2010) la existencia de múltiples racionalidades y la posibilidad de comprender sus lógicas, sus desplazamientos y desenvolvimientos que hacen inteligible la complejidad histórica regional. Esto permite la superación de la consideración del discurso único dominante racionalista liberal, como una forma de civilización que descarta a otras alternativas como subalternas.

También en una perspectiva crítica, una muy interesante propuesta de resignificación de la democracia es la realizada por Raúl Tapia (2009) quien sostiene que para articular otras propuestas democráticas es necesario una revisión de la estructura conceptual de las definiciones de democracia, en tanto sirven como discurso de legitimación de un solo tipo de democracia: la liberal. Esto es así porque definen la democracia como un método de selección de gobernantes y un conjunto de condiciones jurídicas que constituyen las condiciones de posibilidad de la misma. Así se define la democracia sólo por una parte de la misma, por su método y las condiciones de posibilidad del mismo, quedando sin teorizar el proceso de gobierno —en el caso de la democracia es el autogobierno con todas sus implicancias transformadoras—, que sólo en algunos casos se referencia en la democracia liberal y de una manera débil, sólo por representación. Sin embargo, según el autor este es definitorio de la democracia. Y en la reconceptualización de la misma, es un rasgo que debe ser acompañado por otro con el que constituirían el núcleo central de la definición de la democracia: la igualdad. Esta tampoco forma parte del núcleo central de la democracia liberal, salvo en su versión más débil que es la igualdad de derechos para participar de la selección de representantes.

Una nueva definición de la democracia implicaría sostener que la democracia es una forma de autogobierno entre sujetos políticos iguales que tienen la finalidad de ampliar áreas de igualdad socio-económica y participación ciudadana.

Además también se agregan consideraciones geopolíticas a partir de las cuales se sostiene como regímenes políticos democráticos a los que introducen el principio de igualdad no sólo como principio organizativo de la vida política interna, sino también el principio de igualdad aplicado a las relaciones políticas entre los diferentes países y comunidades. Esto implicaría el respeto a la construcción de diversos tipos de democracia y el respeto a la soberanía de los Estados cualquiera sea su grado de poder

y su construcción política. Por ello se requiere no sólo un sentido de tolerancia, a lo diferente, como concesión, ya que es considerado usualmente inferior por el centro, sino un principio de equivalencia e igualdad intergubernamental, garantizando la democracia al interior y entre los Estados, lo que implicaría una estrategia política de descolonización y a la vez anti-imperialista.

Así se sostiene que la reducción de la democracia a métodos y procedimientos de matriz liberal, forma parte de las estrategias de identificación de la democracia con un tipo de estructuras políticas e institucionales que forman parte del modelo estatal de las sociedades dominantes. Por ello debe entenderse que son constitutivas de la dominación a nivel regional y mundial, ya que su no cumplimiento daría lugar a descalificaciones, sanciones e incluso podría justificar intervenciones militares.

En ese marco Tapia (2009) da cuenta que en la mayoría de los países de América Latina, las transiciones se enmarcaron en escenarios de instauración de procesos de privatización de las estructuras económicas regionales y nacionales, subordinados a los dictados de los organismos internacionales, que han producido terribles crisis económicas. Esa combinación de transición a instituciones liberales de competencia electoral con privatización y creciente control transnacional de las propias economías han producido efectos que reproducen y aumentan la desigualdad en cada uno de los países, Así lo que los liberales llaman democracia ha servido, en su tránsito de la democracia liberal al modelo neoliberal, para desmontar las estructuras materiales que hacían posible el autogobierno en Latinoamérica, y en la medida que se reduce el autogobierno, también se reduce la posibilidad de que internamente se realicen políticas tendientes a la igualdad.

Esta reflexión hace retornar el planteo de revisión de las estructuras conceptuales de la democracia, ya que tal cual circulan hegemónicamente en la periferia, sirven como discursos legitimadores de estos procesos. La ampliación del horizonte para redefinir y recuperar la democracia, más allá de su limitación a lo propiamente liberal-institucional, no implica pensar una forma de gobierno común a todo el mundo. Pero implica que toda forma de autogobierno de sujetos libres e iguales sólo es democrática si establece políticas de igualdad y de democratización con otras formas de gobierno de sujetos libres e iguales.

Una democratización de la concepción de democracia implica desarmar el etnocentrismo en las relaciones entre dimensión institucional, procedimental y dimensión ética con pretensiones de universalidad, que hoy articulan las principales teorías de la democracia en los núcleos dominantes del mundo. Esto nos lleva a la dimensión de la multiculturali-

dad en el ámbito de las relaciones intergubernamentales y en cada uno de los países.

Los regímenes políticos que han implementado las reformas estructurales de corte neoliberal en sus territorios han sido cuestionadas por formas de autogobierno de mayor o menor peso, de origen comunitario, en este subsuelo político se destacan según Tapia (2009) los movimientos de los pueblos originarios. Pero no sólo estos sino también las fuerzas nacional-populares externas a la cultura liberal. Es decir, que no surgen del interior del horizonte político de la cultura política liberal, sino de la herencia de una diversidad y alteridad que no se condice con ella.

A partir de esta situación se requiere la revisión de la universalidad de las formas de proclamar la democracia y los derechos humanos y de articular ambos en una definición que no se corresponda a métodos y procedimientos, ya que estos se articulan a una forma de vida, a la democracia liberal, producto de una historia que tiende a universalizarse y en realidad es eurocéntrica.

Finalmente cabe concluir siguiendo a Tapia (2009:67) que “el trabajo teórico de reconceptualización de la democracia y las luchas políticas por la democratización y reforma de las instituciones políticas no son algo que corre de manera separada... es decir que la discusión teórica puede alimentar la lucha política, en términos de apoyar, precisamente procesos de democratización histórica”.

Bibliografía

ABAL MEDINA, JUAN (2004) *La muerte y la resurrección de la representación política*. Buenos Aires: F.C.E.

— (2004) *Los partidos políticos. ¿Un mal necesario?* Buenos Aires: Capital intelectual.

AMIR SAMIR (1986) *El desarrollo desigual*. Barcelona: Planeta Agostini.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2006) *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*. Buenos Aires: FLACSO.

BORON, ATILIO “El postneoliberalismo: un proyecto en construcción” en *La trama del neoliberalismo* SADER E. Y GENTILI (comps). Buenos Aires: FLACSO.

BLOMSTRÖM M. Y HETTNE B. (1990) *La Teoría del desarrollo en transición*. México: F.C.E.

ANDERSON, PERRY (1988) *Dictadura y democracia en América latina*. Buenos Aires: Tierra del Fuego Edit.

BERNAL, MEZA (2005) *América Latina en el mundo. El pensamiento latinoamericano y la teoría de las relaciones internacionales*. Buenos Aires: Nuevo Hacer.

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

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

FRANK ANDRE GUNDER (1991) *El desarrollo del subdesarrollo*. Caracas: Nueva Sociedad.

GARCIA GUITIAN, ELENA (2003) "El discurso liberal: democracia y representación" en, DEL AGUILA, RAFAEL, VALLESPIN, FERNANDO Y OTROS. *La Democracia en sus textos*. Madrid. Alianza Editorial.

GARCIA LINERA, ALVARO (2006) "Democracia Liberal vs Democracia Comunitaria" en *Interculturalidad, descolonización del Estado y del conocimiento Walsh, García Linera y Mignolo*. Buenos Aires: Editorial Del Signo.

GARCIA LINERA A. (2006) *El evismo; lo nacional popular en acción OSAL Año VII N 19*.

HAYEK, F. (1982) *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Editorial Unión.

— (1985) *Caminos de servidumbre*. Madrid: Alianza Editorial.

HELD, David (1997) *La Democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona: Paidós.

LACLAU, ERNESTO (2005) "¿Populismo que hay en el nombre?" En Arfuch Leonor *Pensar este tiempo. Espacios, afectos, pertenencias*. Buenos Aires: Paidós.

— (2005) *La razón populista*. Buenos Aires: F.C.E.

— (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*. Buenos Aires: F.C.E.

LECHNER, NORBERT. (1995) *Los patios interiores de la democracia. Subjetividad y política*. Chile: F.C.E.

MACPHERSON, Ch. (1991) *La democracia liberal y su época*. Buenos Aires: Alianza Editorial.

MACPHERSON. C. (1991) *Ascenso y caída de la justicia económica*. Buenos Aires: Manantial.

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

MIGNOLO, WALTER Y OTROS, Interculturalidad, descolonización del estado y del conocimiento. Buenos Aires: Editorial del Signo.

MOUFFE, CHANTAL (2003) La paradoja de la democracia. Barcelona: Gedisa.

— (1999) El retorno de lo político. Buenos Aires: Paidós.

NOVARO, MARCOS y PALERMO, VICENTE comp. (2004) La historia reciente . Argentina en Democracia. Buenos Aires: Edhasa Editorial.

POGGI, GIANFRANCO (1997) El desarrollo del Estado Moderno. Buenos Aires: Univ. de Quilmes.

PRADA ALCOREZA, RAÚ L. (2010) Democracia y proceso de cambio Mimeo.

RESQUEJO COLL, FERRÁN (1994) Las Democracias. Democracia antigua, Democracia liberal y Estado de Bienestar Barcelona: Ariel.

TAPIA, LUIS (2009) Pensando la democracia geopolíticamente. La Paz: FLACSO.



PROCESOS DE SEGREGACIÓN

LOS CASOS DE LOS PODERES JUDICIALES PROVINCIALES DE BUENOS AIRES, CÓRDOBA, CHACO Y SANTA CRUZ Y EL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN. ANÁLISIS COMPARATIVO

María Eugenia Gastiazoro*

Resumen: En Argentina contamos con veinticinco poderes judiciales, si consideramos: el Poder Judicial de la Nación, el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los veintitrés sistemas judiciales ubicados en cada una de las provincias. Siendo el trabajo de las mujeres una fuerza principal de estas organizaciones, nos preguntamos ¿qué posiciones y fueros ocupan dentro de éstos ámbitos? La respuesta a esta cuestión surge de los datos recolectados sobre los siguientes poderes judiciales: Buenos Aires, Córdoba, Chaco, Santa Cruz y la Nación. Su descripción nos permite analizar las tendencias de segregación horizontal y vertical que en la actualidad persisten.

Palabras claves: Poder Judicial, mujeres, segregación horizontal y vertical.

1. Introducción

El constante incremento de mujeres como fuerza de trabajo en la estructura general de la economía es un fenómeno creciente que se ha acelerado en el último tiempo, ligado a procesos estructurales de cambio en el orden económico, político y social. Situación que viene acompañada de una alta participación de las mujeres en el sistema educativo, como de cambios en las relaciones de género¹.

La profesión jurídica no ha estado ajena a estos procesos, constituyéndose hoy en un ámbito donde la presencia de las mujeres es cada

* Abogada, Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. 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. Contacto: megastiazoro@yahoo.com.ar.

¹ Como señala WAINERMAN (2007:148) *“las mujeres de distintos sectores sociales tienden a incorporarse masivamente a la actividad remunerada y a recorrer trayectorias laborales cada vez más duraderas y menos interrumpidas. Esta nueva situación es sin duda revolucionaria y trastoca la definición de las identidades de género y de las prácticas cotidianas que habían dominado hasta los años cincuenta ... las identidades rígidas de género habrían sido erosionadas para dar paso a definiciones más flexibles y a prácticas más adaptadas a las necesidades y deseos individuales”.*

vez más importante, lo que se evidencia en los crecientes porcentajes de graduadas en derecho². La administración de justicia se presenta como un ámbito en el cual ellas tienden a concentrarse. A pesar de que son un gran número distintas investigaciones llevadas a cabo en Argentina muestran que su proceso de inserción dentro de este sector ha sido y continúa siendo desigual respecto de sus pares masculinos. Estas investigaciones tienen carácter exploratorio, y se han centrado en la justicia de Buenos Aires por sobre todo. El estudio de Mackinson y Goldstein (1988) hace una breve referencia a la discriminación de género dentro de un estudio general sobre las características que asumen los tribunales nacionales de la ciudad de Buenos Aires. Más tarde Gastron (1993) realizó un trabajo específico sobre la composición del poder judicial en términos de género tanto por niveles como por fueros, enfocándose principalmente sobre la situación de Buenos Aires³. El estudio de Kohen (2008) se centra en los juzgados nacionales civiles con especialización en familia de la ciudad de Buenos Aires analizando los aportes diferenciales que las mujeres pueden hacer a la justicia. Por último Bergallo (2003) pone el acento en los mecanismos de selección de jueces vigentes en la justicia nacional y federal de la ciudad de Buenos Aires. Con este trabajo se ha buscado ampliar el campo de estudio, tomando en cuenta lo que sucede en distintas provincias ubicadas en diferentes puntos del país, como Córdoba, Chaco y Santa Cruz, además de Buenos Aires y el Poder Judicial de la Nación incluyendo los juzgados federales del país. Esto nos provee de una visión más general sobre la situación de la inserción de las mujeres en la justicia. Además se ha profundizado en las dinámicas de los procesos de diferenciación de género que se vienen produciendo en el interior de la profesión jurídica, reconstruyendo el fenómeno de las desigualdades de género desde una perspectiva que permita integrar los procesos estructurales como las acciones de los agentes implicados.

El hecho de que estas desigualdades se planteen dentro de un colectivo que ha tenido similar acceso a la educación universitaria obliga a descartar algunos de los argumentos que se utilizan habitualmente para

² la presencia de las mujeres en la profesión se fue acrecentando a lo largo del siglo XX, sobre todo a partir de su ingreso masivo a la universidad desde finales de los años sesenta y principios de los setenta (Kohen, 2005a) siendo hoy significativo el porcentaje femenino tanto en el ingreso de la carrera de grado como en el ejercicio profesional. El número creciente de mujeres en la profesión se observa hoy en los resultados estadísticos de la Universidad Nacional de Córdoba. En el año 2006, las mujeres representaban el 54,93% de los egresados de la carrera de Abogacía, en tanto que en el año 2008 el porcentaje ascendió al 65,46%. El censo de la UBA del 2004 mostraba que de un total de 31.384 estudiantes de derecho 12.173 (38,78%) eran hombres y 19.211(61,21%) mujeres.

³ La autora hace referencia a la justicia nacional y federal de Buenos Aires como la justicia federal del interior del país, incluyendo la justicia provincial de Buenos Aires y los superiores tribunales de justicia de las provincias.

interpretar estas desigualdades, y permite advertir la necesidad de recurrir a explicaciones más complejas. La teoría de Bourdieu (2005:106) permite adentrarnos en la “(re)construcción social siempre recomenzada de los principios de visión y división generadores de los —géneros—”, que ocurre dentro de las estructuras institucionales y la que a su vez es sostenida por medio de las estrategias que los agentes ponen en marcha. Contactos, tanto previos como posteriores con el campo de estudio, nos llevan a poner el acento en la lógica del modelo de la división entre lo masculino y lo femenino. Lógica que se instaura y reinstaura por medio de un trabajo constante de diferenciación al que los agentes no dejan de estar sometidos y que les lleva a distinguirse por medio de procesos de masculinización o feminización. En este sentido, las relaciones que se establecen entre los espacios y tiempos de lo productivo y reproductivo, de lo privado y lo público, de lo familiar y del trabajo son fundamentales aquí.

En Argentina contamos con veinticinco poderes judiciales, si consideramos: el Poder Judicial de la Nación, el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los veintitrés sistemas judiciales, ubicados en cada una de las provincias. Como indica Garavano (2006:31) “*el sistema judicial es un conjunto de organizaciones en las cuales el principal factor para su funcionamiento es el humano, es decir, son organizaciones en las que existe un uso intensivo de recursos humanos*” siendo el trabajo de las mujeres una fuerza principal de éstas (Kohen, 2008; Sánchez, 2005; Gastiazoro, 2008). Pero ¿qué posiciones y fueros ocupan dentro de éstos ámbitos? A continuación se describe la participación de las mujeres en los poderes judiciales seleccionados, identificándose procesos de segregación horizontal y vertical en su interior⁴.

El presente artículo se ha elaborado sobre datos recolectados en el año 2008 en los sitios web oficiales de los poderes judiciales seleccionados en los que figura la nómina de magistrados y funcionarios. Esto nos permite analizar un aspecto del fenómeno de las desigualdades de género y nos brinda un panorama general de su configuración. Lo que pasamos a

⁴ El proceso de inserción dentro de este ámbito de trabajo es desigual respecto de sus pares masculinos. Esta situación se manifiesta en dos sentidos: como segregación vertical según lo 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 y como segregación horizontal según la cual tienden a concentrarse en áreas consideradas “adecuadas” a su sexo, que muchas veces resultan ser de menor prestigio y de poco interés económico. Cuestiones teóricas sobre las desigualdades de género, han sido discutidas en artículos previos, ver: Gastiazoro, María Eugenia (2008) “La concentración de las mujeres en la administración de justicia”, Anuario XI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la UNC. Córdoba. Gastiazoro, María Eugenia (2009) “Las mujeres en el poder judicial: fundamentos de la democratización de los altos tribunales de justicia”, revista Identidades, número 7, Universidad de Puerto Rico en Cayey.

presentar forma parte de una investigación mayor, la que se completa con una serie de entrevistas⁵.

2. La distribución por género de magistrados y funcionarios en los distintos poderes judiciales

En esta sección pasamos a analizar la composición de los poderes judiciales en términos de género. Para su interpretación se ha tomado en cuenta la brecha de género la que se obtiene de la diferencia entre el porcentaje total y parcial que las mujeres conforman en cada una de las categorías analizadas de los poderes judiciales. Esto muestra en que medida las mujeres se encuentran subrepresentadas o sobre-representadas en las áreas y niveles de estudio.

Como primer paso en la siguiente tabla pasamos a considerar el total de hombres y mujeres que trabajan como magistrados y funcionarios (fiscales y secretarios) en los distintos poderes judiciales analizados⁶—Buenos Aires, Córdoba, Chaco, Santa Cruz y Nación—.

Tabla 1 Magistrados y funcionarios de los poderes judiciales. Distribución por género. Año 2008

Género	Poder Judicial				
	Buenos Aires	Córdoba	Chaco	Santa Cruz	Nación
Mujeres	45,3%	45,2%	61,1%	41,5%	40,4%
Varones	54,7%	54,8%	38,9%	58,5%	59,6%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

N= 7163 miembros de los poderes judiciales de Buenos Aires, Chaco, Córdoba, Santa Cruz y Nación.

Fuente: Sitios web oficiales de los poderes judiciales. Datos procesados en la presente investigación (2008)

⁵ Esta investigación forma parte de un proyecto mayor que estudia las transformaciones que en la profesión jurídica dirigido por la Dra. M. I. Bergoglio. Dentro de esta línea surge este trabajo, el que se ha propuesto comprender el proceso de producción y/o transformación de las desigualdades de género en el interior de la profesión jurídica Argentina. Si bien el diseño de investigación combina técnicas de análisis cualitativas y cuantitativas, presentamos acá conclusiones desde los datos obtenidos con las sagundas.

⁶ Los magistrados del poder judicial son los vocales que integran los máximos tribunales de los poderes judiciales, las cámaras y los jueces de los juzgados de primera instancia. En tanto que los fiscales son los funcionarios que integran los cargos máximos del ministerio público fiscal, las cámaras, y las fiscalías o juzgados de primera instancia. Finalmente, los secretarios son los funcionarios del poder judicial que trabajan con los magistrados o los fiscales, según el caso.

Los datos contenidos en la tabla 1 muestran que a excepción del Chaco, el porcentaje de varones en los poderes judiciales es mayor en estos puestos que son los de mayor jerarquía. En algunos la diferencia es pequeña, como es el caso de las provincias de Buenos Aires y Córdoba donde el porcentaje de mujeres ronda el 45% y el de varones el 55%. En tanto que en otros la diferencia es mayor, como sucede en los poderes judiciales de Santa Cruz y el Poder Judicial de la Nación.

Sobresale el dato de la provincia del Chaco donde las mujeres representan más del 60%, esta es casi la situación inversa de lo que sucede en el Poder Judicial de la Nación y en Santa Cruz.

Los resultados que hemos obtenido sobre el Chaco son congruentes con la estadística judicial del año 2006 elaborada por el poder judicial de esa provincia⁷, la que muestra que sobre un total de 2261 personas (entre magistrados, funcionarios, personal técnico administrativo y de maestranza) que conforman la planta permanente, 1316 son mujeres y 945 hombres. Esto implica que el 58,20% del total del personal del Poder Judicial del Chaco son mujeres. También contamos con datos de la matrícula de Abogados de esa provincia diferenciadas por género las que indican que de un total de 4700 profesionales activos, el 43,98% son mujeres y el 50,57% son hombres. En esta provincia, la mayor concentración de mujeres en el poder judicial coincide con una menor proporción de mujeres en la matrícula profesional; las mujeres tienden a insertarse profesionalmente en la administración de justicia dejando de lado el ejercicio de la profesión. En este sentido, nos preguntamos si hay procesos de segregación en el campo del ejercicio profesional respecto de las mujeres abogadas que las expulsa hacia el campo de la administración de justicia.

2.1 Mujeres en los distintos fueros de los poderes judiciales

La siguiente tabla nos muestran cómo se distribuyen las mujeres en las distintas áreas de trabajo de los poderes judiciales, lo que permite observar en qué fueros las mujeres tienen mayor o menor presencia⁸. Como se ve la relación que hay entre las dos variables consideradas (Géne-

⁷ Estadística judicial 2006 disponible en www.justiciachaco.gov.ar

⁸ La clasificación de los fueros se elaboró de acuerdo a la competencia material que cada oficina tiene dentro del poder judicial como de su tamaño, importancia y proximidad con otras materias. Siguiendo este criterio algunos fueros quedaron agrupados, como es el caso de familia junto al de menores y el electoral con el administrativo y otros fueros sin clasificar. Los demás quedaron clasificados de la siguiente manera: civil y comercial; laboral; múltiple; penal. La Justicia de Paz fue clasificada de manera separada por la especificidad del fuero, si bien también tiene competencia en múltiples materias. Por último, se incluyó el Ministerio Público Fiscal como un fuero propio. La justicia de paz será analizada en el siguiente apartado, a cual remitimos

ro y Fuero), es estadísticamente significativa en todos los poderes judiciales analizados ($p > 0,05$).

Tabla 2 Distribución de las mujeres en los fueros del Poder Judicial. Año 2008

Fueros	Poder Judicial									
	Buenos Aires		Córdoba		Chaco		Santa Cruz		Nación	
	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %
Civ. y Com.	46,8	+1,5	59,9	+14,7	84,7	+23,6	----	----	46,7	+6,3
Elect. Adm. y otros	41,0	-4,3	59,1	+13,9	61,1	0,0	25,0	-16,5	50,0	+9,6
Flia. y Menor	61,5	+16,2	72,6	+27,4	78,1	+17,0	70,7	+29,2	37,1	-3,3
Laboral	45,9	+0,6	51,5	+6,3	84,0	+22,9	----	----	55,1	+14,7
Múltiple	33,3	-12,0	48,1	+2,9	60,9	-0,2	60,6	+19,1	42,7	+2,3
Penal	39,1	-6,2	27,7	-17,5	47,0	-14,1	38,0	-3,5	32,2	-8,2
Justicia de Paz	44,7	-0,6	37,0	-8,9	40,6	-20,5	11,8	-29,7	----	----
Ministerio Público Fiscal	46,3	+1,0	41,9	-3,3	50,8	-10,3	8,3	-33,2	34,3	-6,1
Total	45,3		45,2		61,1		41,5		40,4	
Prueba de Chi-cuadrado de Pearson										
Valor	39,264		60,985		55,040		27,195		50,674	
Gl	8		8		8		6		7	
Sig. Asintótica (bilateral)	,000(*)		,000(*)		,000(*)		,000(*)		,000(*)	

*La correlación es significativa al nivel de 0,05 (bilateral)

N= 7163 miembros de los poderes judiciales de Buenos Aires, Chaco, Córdoba, Santa Cruz y Nación

Fuente: Sitios web oficiales de los poderes judiciales. Datos procesados en esta investigación (2008)

2.1.1 El fuero de familia y menores en contraste con el penal

La primera observación que hacemos es que hay un gran contraste en la distribución de mujeres entre los fueros de familia y menores por un lado y penal por el otro. En general las mujeres están sobre-representadas

en el primero y sub-representadas en el segundo, esta clásica división todavía persiste en todos los poderes judiciales analizados. Si comparamos los porcentajes parciales de ambos fueros con los porcentajes globales de mujeres en cada uno de los poderes judiciales se observa que Córdoba es la administración de justicia donde se da en mayor medida esta división. En tanto que la representación de mujeres es alta en el fuero de familia y menores (con una sobre-representación del 27,4%) y muy baja en el fuero penal (con una sub-representación del 17,5%). Esto nos da cuenta de que si bien Córdoba es una de las administraciones de justicia que más invierte en justicia, y avanza en los procesos de modernización organizacional, la división tradicional de los sexos entre los fueros persiste en gran medida.

Santa Cruz también tiene una gran concentración de mujeres en el fuero de familia y menores, pero en esta provincia, contrariamente a lo que sucede en Córdoba, la brecha de género en penal es muy pequeña, la menor de todos los poderes judiciales considerados (3,5%).

Luego de Córdoba, está el Chaco con una sub-representación de mujeres en el fuero penal del 14,1%. Este porcentaje es bastante alto si tenemos en cuenta que se trata de una administración de justicia en la que las mujeres representan más del 60%. Respecto del fuero de familia y menores en esa provincia, la sobre-representación es del 17%, semejante a la situación de Buenos Aires donde la brecha es del 16,2%.

En materia específicamente de Menores⁹ dentro del Poder Judicial de la Nación tenemos que los datos recolectados sólo corresponden a los Juzgados y Tribunales Orales de Menores de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos por lo tanto el dato pierde significación al referirse a un número pequeño de funcionarios y magistrados. Lo que sí vemos es que al estar dentro del fuero penal el número de mujeres es bajo, lo que es coincidente con la menor representación que tienen en ese ámbito dentro de este poder judicial. Sin embargo, tanto en Buenos Aires como el Poder Judicial de la Nación¹⁰, te-

⁹ Los datos del fuero de Familia y Menores en el Poder Judicial de la Nación no son representativos ni comparables con las otras administraciones de justicia ya que no está distinguido el fuero de Familia del Civil en los datos publicados. Los datos recolectados solo corresponden a los Juzgados y Tribunales Orales de Menores de la Cámara Nacional de Apelaciones con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Si bien la investigación de Kohen (2008) sobre el fuero de familia dentro de la Justicia Nacional de Buenos Aires registró en el año 2001 que el número de juezas era superior al de los varones, probando su feminización cuantitativa (el número de juezas llegaba casi al 60 %).

¹⁰ En el fuero Penal han sido clasificados los siguientes órdenes del Poder Judicial de la Nación: Cámara de Casación Penal y sus Juzgados correspondientes; Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional; Justicia Nacional en lo Penal Económico y Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, todos con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. También los Tribunales Orales en lo Criminal con asiento en las distintas provincias.

nemos que si bien las mujeres son menos en este sector, la brecha no es tan profunda como se evidencia en Córdoba y el Chaco.

2.1.2 Más mujeres en los fueros de civil y comercial como laboral

La mayor concentración de mujeres se evidencia tanto en los fueros de civil y comercial como laboral, si bien no es tan marcada como la que presenta familia y menores. Al respecto, el Chaco se destaca por sobre las demás jurisdicciones ya que tiene una sobre-representación del 23,6% mujeres en civil y comercial. Luego tenemos Córdoba, donde las mujeres están un 14,7% por encima de los hombres en el civil y comercial, en tanto que en laboral la diferencia es menor, del 6,3%. La provincia con menor concentración en estos fueros es Buenos Aires donde los porcentajes rondan entre el 1,5% y el 0,6%. En el caso del Poder Judicial de la Nación tanto en el fuero civil y comercial¹¹ como en el laboral¹² se observa una mayor concentración de mujeres aunque en menor medida en el primero.

2.1.3 La situación en los fueros múltiples

Respecto de Santa Cruz estos fueros no existen por separados por eso han sido clasificados dentro de los múltiples ya que los juzgados en esa provincia entienden en materia civil, comercial, laboral, minería y en algunos casos también en penal y menores. Allí, dentro de los múltiples, la participación de las mujeres es mayor que la de los hombres, en un 19,1%. Siguiendo con este fuero, tenemos que tanto en el Chaco como en el Poder Judicial de la Nación no hay diferencias de género importantes. En el caso del Poder Judicial de la Nación tenemos que los múltiples son los fueros federales que tiene asiento en distintas localidades de las provincias del país. Estos entienden en materia civil y comercial, penal, leyes especiales, ejecución fiscal y electoral. Acá tanto los magistrados como los secretarios pertenecen a cámaras o juzgados que tienen competencia múltiple es por eso que no se evidencian desigualdades de género significativas en la composición por fueros.

En la administración de justicia de Córdoba la diferencia en este fuero tampoco es importante. En general el fuero múltiple es el menos especializado de todos, y existe en las zonas de escasa concentración de po-

¹¹ En el fuero Civil y Comercial han sido clasificados los siguientes órdenes de la Poder Judicial de la Nación: Justicia Nacional en lo Comercial; Justicia Nacional en lo Civil y la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal, todos con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹² En el fuero Laboral han sido clasificados los siguientes órdenes de la Poder Judicial de la Nación : Justicia Nacional del Trabajo la que comprende diez salas de la Cámara del trabajo y ochenta Juzgados del Trabajo con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

blación, donde hay pocos tribunales y poca especialización de funciones entre ellos. Por lo tanto no es casual que aquí no haya desigualdades de género, ya que habitualmente están en plazas judiciales ubicadas en ciudades pequeñas o de poca importancia política. Exceptuamos el caso de Buenos Aires donde la situación es inversa ya que son los hombres los que están sobre-representados en estos fueros.

2.1.4 Particularidades en “electoral, administrativo y otros”

Respecto de las materias “electoral, administrativo y otros” los datos que tenemos son variados entre las distintas jurisdicciones, en algunas prevalecen las mujeres y en tanto que en otras los varones. En general el fuero electoral es relativamente nuevo en ciertas jurisdicciones. En el caso de Córdoba, este fuero están conformado por un solo juzgado que está a cargo de una jueza y un secretario, en tanto que el administrativo está compuesto por dos Cámaras Contencioso Administrativo, integradas con dos mujeres vocales de un total de seis miembros. En el caso del Poder Judicial de la Nación hemos incluido dentro de esta clasificación la Cámara Nacional Electoral, la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo y la justicia Nacional de la Seguridad Social, todos con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Si miramos por separado cada uno de estos tres fueros tenemos que la segregación horizontal no es importante para los casos de la justicia contencioso administrativo y la seguridad social. Pero si consideramos solo la Justicia Nacional Electoral vemos que prevalecen los hombres por sobre las mujeres, en este orden solo una mujer es secretaria en tanto que los demás cargos están ocupados por varones. Esto nos muestra que la segregación observada tanto por Gaston (1993) como por Bergallo (2005) persiste todavía en este fuero. Lo mismo sucede respecto de las Secretarías Electorales Federales establecidas en las provincias, la mayoría está a cargo de jueces varones. Esto evidencia un mayor tradicionalismo, que es consistente con el hecho de que en el fuero federal la proporción de mujeres es en realidad más baja.

2.1.5 El caso del Ministerio Público Fiscal

En cuanto al Ministerio Público Fiscal, en general las mujeres están mejor representadas en este sector, y la diferencia no es tan profunda como lo observado para el fuero penal. Buenos Aires es el único poder judicial donde las mujeres están un poquito más representadas. Tanto en Córdoba como en el Poder Judicial de la Nación, tenemos que la diferencia de género no es tan marcada. En cambio la diferencia de género en la composición del ministerio público fiscal si es relevante en el caso de Santa Cruz (la brecha es del 33,2%) y en el Chaco aunque en menor magnitud (10,3%).

2.1.6 Algunas conclusiones

De todo lo expuesto en el presente apartado, podemos concluir que la segregación horizontal no se presenta uniformemente en todos los poderes judiciales analizados.

En las provincias más grandes, donde la proporción de personal femenino es alta (45%), la segregación horizontal es marcada en los espacios tradicionales, con una mayor concentración de mujeres en los fueros de familia y menores, y una menor presencia en áreas tradicionalmente masculinas, como penal, o las unidades de servicio que funcionan en ciudades pequeñas o zonas alejadas, como juzgados de paz (Córdoba) o multifuncionales (Buenos Aires). La proporción de los géneros en el resto de las áreas es bastante equitativa en el caso de Buenos Aires, la segregación horizontal es mínima o casi nula en los demás fueros. En cambio en Córdoba la segregación también está presente en materias como civil y comercial y el fuero laboral donde las mujeres están sobre-representadas. Por último en estas provincias se observa especialmente que hay paridad de géneros en el Ministerio Público Fiscal, un área vinculada a la esfera penal, donde se han registrado recientemente muchas incorporaciones de personal, lo que sugiere que la tendencia es a la equiparación de las posiciones.

En la provincia de Santa Cruz, con un poder judicial pequeño y bien remunerado, en el que la proporción de mujeres es del 41%, la segregación horizontal es algo más amplia que en los casos anteriores, ya que hay mayor concentración de mujeres en familia y menores, y menor presencia no sólo en penal y juzgados de paz, sino también en el Ministerio Público Fiscal.

El Poder Judicial de la Nación, con una proporción de mujeres similar a la del Chaco, tiene al igual que esta provincia baja proporción de mujeres en penal y en el Ministerio Público Fiscal. Las mujeres se concentran especialmente en laboral, civil y comercial. Resulta preocupante la baja presencia de mujeres en un área de gran impacto político, como la justicia electoral.

El caso del Chaco presenta rasgos especiales, pues se registra una alta presencia de mujeres en su Poder Judicial (superior al 60%). La brecha más significativa se presenta entre el trabajo para una provincia pobre, que invierte poco en su poder judicial —posiciones con mayoría femenina— y el ejercicio privado de la profesión, bastante más rentable —con mayoría masculina—. Pese a la alta proporción de mujeres en los tribunales, su presencia está por debajo del promedio en las zonas asociadas al castigo del delito (fuero penal y Ministerio Público Fiscal), así como en las áreas alejadas (Justicia de Paz). Es decir, la segregación horizontal está presente en todas las materias. Las mujeres están sobre-representadas en el área de

familia y menores, en civil y comercial como en laboral, en tanto que se encuentran sub-representadas en penal y en el Ministerio Público Fiscal.

2.2 Niveles jerárquicos ocupados

En este apartado pasamos a considerar el grado de representación que las mujeres tienen en los distintos niveles del poder judicial¹³, los datos permiten dar cuenta de los procesos de segregación vertical que todavía persisten en todos los sistemas judiciales tenidos en cuenta, si bien con algunas diferencias como veremos.

Las tablas 2 y 3 cruzan las variables de género y nivel, como vemos la relación entre éstas es estadísticamente significativa en todos los poderes judiciales analizados ($p > 0,05$). Para una mejor presentación de los datos se analizan por separado la situación de la administración de justicia y la del ministerio público fiscal.

Tabla 3. Distribución de las mujeres en los distintos niveles de la Administración de Justicia. Año 2008

Nivel	Administración de justicia									
	Buenos Aires		Córdoba		Chaco		Santa Cruz		Nación	
	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %
Vocal S.C.J.	14,3	-31,0	42,9	-2,3	20,0	-41,1	50,0	+8,5	28,6	-11,8
Vocal de Cám	14,6	-30,7	21,8	-23,4	52,2	-8,9	44,4	+2,9	23,9	-16,5
Vocal Trib. Oral (PJN)	----	----	----	----	----	----	----	----	20,5	-19,9

¹³ Se estableció una escala tomando en cuenta los cargos y jerarquías dentro del poder judicial. En el ámbito de la administración de justicia propiamente dicha se consideraron los cargos de magistrados y funcionarios con las siguientes jerarquías: Vocales de los Altos Tribunales de la Justicia, Vocales de las Cámaras, Vocales de los Tribunales Orales (PJN) y Jueces de Primera Instancia o Única. En cuanto a los funcionarios solo hemos tomado los Secretarios que integran los Altos Tribunales, las Cámaras, los Tribunales Orales (PJN) y los Juzgados. Los Jueces de Paz fueron clasificados en un ítem aparte de los jueces comunes ya que tienen un régimen especial en la ley. En cuanto al Ministerio Público Fiscal, la escala de funcionarios se estableció de la siguiente manera: por un lado los Fiscales que están en los niveles superiores de la justicia, tanto los que son cabeza del Ministerio Público como los que actúan a nivel de Cámaras, y por el otro los Fiscales o Agentes Fiscales que actúan en los niveles de Primera Instancia como sería el caso de las Fiscalías de Instrucción. También se han considerado los Secretarios, los que han sido clasificados según el nivel en el cual trabajan (Superior o de Primera Instancia dentro del Ministerio Público Fiscal). Para el caso de Buenos Aires como Córdoba hemos incluido un último nivel que es el del Personal de Apoyo ya que pudimos tomar el dato el cual figuraba en las páginas web respectivas.

Nivel	Administración de justicia									
	Buenos Aires		Córdoba		Chaco		Santa Cruz		Nación	
	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %
Juez de 1ª Inst	39,1	-6,2	39,4	-5,8	70,4	+9,3	42,9	+1,4	38,4	-2,0
Secrt Cám. y otros Func. Sup.	56,6	+11,3	58,7	+13,5	71,8	+10,7	16,7	-24,8	52,2	+11,8
Secrt Trib. Oral (PJN)	----	----	----	----	----	----	----	----	44,4	+4,0
Secrt. Juzgado	56,1	+10,8	69,7	+24,5	72,2	+11,1	62,5	+21,0	49,7	+9,3
Jueces de Paz	41,2	-4,1	37,0	-8,2	40,6	-20,5	11,8	-29,7	----	----
Total	45,3		45,2		61,1		41,5		40,4	
Prueba de Chi-cuadrado de Pearson										
Valor	168,034		132,483		38,189		21,182		114,881	
Gl	10		10		9		7		10	
Sig. Asintótica (bilateral)	,000(*)		,000(*)		,000(*)		,004(*)		,000(*)	

* La correlación es significativa al nivel de 0,05 (bilateral)

N= 7163 miembros de los poderes judiciales de Buenos Aires, Chaco, Córdoba, Santa Cruz y Nación

Fuente: Sitios web oficiales de los poderes judiciales. Datos procesados en esta investigación (2008).

Como vemos en la tabla 2 en el nivel superior de las administraciones de justicia -las Altas Cortes de las Provincias como de la Nación - las mujeres se encuentran todavía sub- representadas, a excepción del caso de la provincia de Santa Cruz. El Chaco es el lugar donde su participación es menor. Le sigue Buenos Aires donde el porcentaje de mujeres vocales en el máximo nivel es muy pequeño, estableciéndose una brecha del 31% con los varones. En el caso del Poder Judicial de la Nación, los números parciales muestran un porcentaje bajo de mujeres (28,6% en tanto que el 71,4% son varones) coincidente con la menor participación de las mujeres en este poder. Por otra parte Córdoba es la provincia que cuenta con más mujeres en el Tribunal Superior de Justicia, con un 42,9% y con una brecha de género en solo 2,3%. De todos modos, que las mujeres participen en las Altas Cortes, parece ser causa suficiente para que la gente en general, y sobre todo los operadores jurídicos en particular, tengan la percepción de que ya ocupan los altos cargos sin ningún tipo de dificultades en su acceso,

más allá de lo que en los hechos sucede¹⁴. El caso inverso se da en la provincia de Santa Cruz donde las mujeres son la mitad del tribunal en este rango, ya que de los cinco miembros que lo componen hay dos mujeres y dos varones, en tanto que uno está todavía vacante. Si comparamos este dato con el porcentaje total de mujeres de ese poder judicial vemos que están mejor representadas que los hombres en el Tribunal Superior de Justicia. El porcentaje de mujeres en este nivel se conserva todavía en algunos tribunales desde el año 1991, si tomamos en cuenta los datos de Gaston (1993) que presentan la composición de los superiores tribunales de las provincias. Este es el caso del Chaco, en tanto que Buenos Aires incorporó solo una mujer en su Corte Suprema desde entonces, ya que en 1991 el 100% eran varones. En cambio Córdoba de tener una sola vocal en ese año, pasó a tener tres vocales mujeres en la actualidad. En el caso de Santa Cruz tenemos que la proporción de hombres y mujeres es la misma que registramos hoy en esa provincia. Por último en la Corte Suprema de Justicia de la Nación como ya señalamos en el capítulo anterior, es en el año 2004 cuando la primera mujer es elegida a través de mecanismos democráticos.

Si miramos la composición por género en los cargos de Vocales de Cámara, de nuevo tenemos que, a excepción de Santa Cruz, las mujeres están claramente menos representadas en este nivel. La provincia que más segregación de género tiene al respecto es Buenos Aires con una brecha del 30,7%. Le sigue Córdoba con el 23,4% de diferencia, y el Poder Judicial de la Nación con 16,5%. En el caso del Chaco también vemos que dentro de un poder judicial feminizado, la proporción de mujeres en este nivel es bastante menor.

En el caso del Poder Judicial de la Nación, observamos que a nivel de Vocales de Tribunales Orales hay una gran diferencia respecto de la participación de mujeres y hombres. Esto tiene su explicación también si tenemos en cuenta que son tribunales cuya materia es penal donde la segregación horizontal es mayor.

En el nivel de jueces de Primera Instancia, en algunos poderes judiciales, son las mujeres las que están mejor representadas. Este es el caso del Chaco y Santa Cruz donde su número es mayor que el de varones. En el caso del Poder Judicial de la Nación si bien participan más como juezas, siendo la diferencia con los varones mínima (2,2%), la situación cambia si tomamos en cuenta casos particulares. Si enfocamos por circunscripción territorial encontramos que puede haber una segregación vertical marcada. Por ejemplo en la Justicia Federal de Córdoba, la que comprende tres juzgados en Córdoba, uno en Villa María, uno en Bell Ville, uno en Río

¹⁴ Es interesante destacar que en el Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a los fines de salvaguardar la equidad de género, dispone que la composición del Tribunal Superior del poder judicial de esa ciudad no puede exceder el 70% de un mismo sexo (Kohen, 2008)

Nivel	Ministerio Público Fiscal									
	Buenos Aires		Córdoba		Chaco		Santa Cruz		Nación	
	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %	Muj. %	Brecha Género %
Secret. MPF Sup.	48,9	+3,6	46,2	+1,0	83,3	+22,2	S/d	S/d	56,1	+15,7
Secret. MPF Ira. Inst.	56,9	+11,6	56,7	+11,5	57,1	-4,0	S/d	S/d	38,2	-2,2
Personal Apoyo MPF	52,2	+6,9	43,8	-1,4	S/d	S/d	S/d	S/d	S/d	S/d
Total	45,3		45,2		61,1		41,5		40,4	
Prueba de Chi-cuadrado de Pearson										
Valor	168,034		132,483		38,189		21,182		114,881	
G1	10		10		9		7		10	
Sig. Asintótica (bilateral)	,000(*)		,000(*)		,000(*)		,004(*)		,000(*)	

*La correlación es significativa al nivel de 0,05 (bilateral)

N= 7163 miembros de los poderes judiciales de Buenos Aires, Chaco, Córdoba, Santa Cruz y Nación

Fuente: Sitios web oficiales de los poderes judiciales. Datos procesados en esta investigación (2008).

Se observa que en todos los casos, tanto en los niveles superiores como de primera Instancia, están sub-representadas como fiscales. Si bien el Ministerio Público Fiscal es un ámbito en el que las mujeres tienen una gran presencia, esto no se refleja en los niveles más altos. Ellas se encuentran concentradas en los niveles más bajos de este ámbito, en los puestos de secretarías¹⁵ y como personal de apoyo del Ministerio Público Fiscal. Tanto en las provincias de Buenos Aires como Córdoba y Chaco se observa que la pirámide es clara, a medida que se sube en escalones las mujeres son considerablemente menos. A nivel nacional, las mujeres se concentran en los cargos de secretarías, siendo mucho menor su presencia en los escalones más altos del Ministerio Público Fiscal, de mayor responsabilidad y mejores remuneraciones.

Para concluir lo que observamos en general es que en casi todos los poderes judiciales las mujeres acceden más fácilmente a los cargos de menor escala, lo que lleva a que sean mucho más en calidad de secretarías

¹⁵ El dato correspondiente a los secretarios del Ministerio Público Fiscal no aparecía publicado en la página del poder judicial de Santa Cruz, por lo tanto no contamos con este dato para comparar con los demás casos.

que magistradas o fiscales. Es decir, están sub-representadas en los cargos jerárquicos superiores del poder judicial, de mayor poder de decisión y prestigio de casi todos los poderes judiciales analizados, exceptuando el caso de la provincia de Santa Cruz sobre lo cual remitimos a lo ya expuesto.

Aunque todavía es menor la proporción de mujeres como juezas de primera Instancia (sobre todo en Buenos Aires y Córdoba) la diferencia no es tan grande como sucede en los puestos de Vocales de Cámara que parecen estar más restringidos en el acceso. Los porcentajes contrastan con la cantidad total de mujeres que hay en cada Poder Judicial, en Buenos Aires donde las mujeres representan el 46,9% del Poder Judicial, solo el 14,6% es vocal de cámara; en Córdoba son el 45,4% y solo el 21,8% participa como vocales de cámara; el Chaco cuenta con 61,1% de mujeres y el 52,2% son vocales; mientras que en la Nación la proporción es del 40,4% y 23,9% respectivamente. Esta misma tendencia la encontramos en el Ministerio Público Fiscal donde la brecha si bien es mucho mayor a nivel de Ministerio Público Superior que en Primera Instancia en ambos es marcada, observándose en todos los poderes judiciales analizados.

3. Síntesis final

A lo largo de este trabajo se ha buscado comprender los procesos de producción y transformación de las desigualdades de género en los poderes judiciales seleccionados desde una visión general y macro. Como vemos la inserción de las mujeres en este ámbito tiene una historia que empieza en el siglo XX, y que ha sido abordada recientemente por distintas autoras en nuestro país (Mackinson y Goldstein, 1988; Gaston, 1993; Kohen, 2008; Bergallo, 2005).

Se tomó una perspectiva teórica que pone en cuestión las visiones esencialistas del género y las identidades, y que enfatiza la necesidad de pensar estas categorías como una construcción social. En este sentido, se recurrió a Bourdieu (2005) para quien la dominación masculina es producto de la historia social, la que se sostiene e impone por medio de la diferenciación social inscrita en los cuerpos de los agentes como en la estructura social. Procura poner en evidencia los procesos que transformaron y siguen transformando la historia en naturaleza y la arbitrariedad cultural en natural. Esta situación se sostiene por medio de la violencia simbólica presente en las relaciones sociales, la que impone una construcción social arbitraria de lo biológico, y en especial del cuerpo. Bourdieu (2005) traslada su análisis realizado en los bereberes de la Cabilia a las sociedades contemporáneas lo que evidencia cierta universalidad en las desigualdades de género, que nuestros datos han permitido poner en cuestión.

La problemática queda inserta dentro del contexto más general de las desigualdades de género en el orden del trabajo y la familia. La creciente inserción de las mujeres en la profesión jurídica forma parte del constante incremento que a lo largo de los últimos treinta años se viene produciendo en la participación de las mujeres en el mundo laboral de Argentina. Incremento que se produce en el marco de transformaciones en el orden de la educación, la familia y las relaciones de género. Lo que se observa es que a pesar de que las mujeres tienen hoy mayores credenciales educativas esto no se refleja en lo laboral, ni en algunos sectores vinculados al poder político. Además las transformaciones en el orden del trabajo no están acompañadas de cambios similares y en el mismo ritmo en el orden de la familia, lo que confluye con la situación de un ámbito laboral donde las mujeres quedan mayormente afectadas por las condiciones de trabajo de carácter informal y su precarización. Por último la creciente participación de las mujeres en la PEA tiene una fuerte relación con el salario complementario que en la familia sostienen.

Es decir, que si bien se vienen produciendo transformaciones en el mundo de lo privado como lo público, todavía la división sexual del trabajo es una estructura que incide en la vida de las mujeres, y en el manejo de sus tiempos tanto en el orden de lo privado como lo público.

En este contexto general tenemos la problemática específica del poder judicial dentro de una profesión sujeta hoy a distintas transformaciones como es la creciente estratificación y salarización (Bergoglio, 2005; Sánchez, 2005).

Algunos datos históricos sobre el ingreso de las mujeres a la profesión indican las restricciones a las cuales en un momento estuvieron sujetas las mujeres, y que tuvieron que pasar casi cincuenta años entre el primer acceso a la magistratura, y la llegada de las mujeres a la Suprema Corte de Justicia.

El modelo de *asimilación* ha perdido vigencia en la explicación de las desigualdades, en una profesión donde el egreso de estudiantes mujeres en derecho es cada vez mayor, superando el número al de varones en algunas universidades como la UNC, lo que contribuye a engrosar el número de profesionales. Se trata de un proceso que ya lleva su tiempo, lo que implica que así como la presencia de las mujeres en el mundo laboral no es reciente, tampoco lo es en la profesión jurídica. Por lo tanto las desigualdades de género no pueden entenderse como el producto de su reciente incorporación.

Se realizó un análisis global de la situación que respondiera sobre la configuración de las desigualdades de género en el poder judicial en nuestro país, observando en qué medida se daban los principios de di-

ferenciación sexual. La inclusión de tribunales de las provincias se fundó también en la necesidad de contar con análisis que evidenciaran lo que pasaba en el interior del país, ya que solo contábamos con investigaciones realizadas en Buenos Aires. Esto significó tomar en cuenta los poderes judiciales provinciales de Córdoba, Chaco, Santa Cruz, además de Buenos Aires y el Poder Judicial de la Nación, incluyendo esté último los juzgados federales del país. Los datos recolectados muestran *“la estructura objetiva de las relaciones entre las posiciones ocupadas por los agentes que compiten dentro del campo en cuestión”* (Bourdieu y Wacquant, 1995:70), es decir dentro del campo del poder judicial. Esto nos provee de una descripción sobre los procesos de diferenciación de género en el poder judicial.

Comparando la composición por género de los distintos sistemas judiciales analizados (Buenos Aires, Córdoba, Chaco, Santa Cruz, Poder Judicial de la Nación) encontramos que la cuasi-universalidad de las desigualdades de género que desde su perspectiva Bourdieu observa, no se observa en todos. Las desigualdades de género tienen su conexión con determinadas estructuras sociales y económicas, y las hemos registrado en sociedades como Córdoba y Buenos Aires de tipo modernas y en otras más tradicionales como el Chaco. En tanto que en Santa Cruz los datos invierten las visiones o análisis clásicos de género ya que la segregación vertical no se observa dentro de su administración de justicia y la segregación horizontal presenta ciertas particularidades como ya lo hemos expuesto.

Otra conclusión a la cual llegamos luego de analizar los datos cuantitativos fue que los procesos de segregación —tanto vertical como horizontal— en su versión clásica se presentan en los poderes judiciales de Buenos Aires, Córdoba y el Poder Judicial de la Nación. Se trata de poderes judiciales de carácter moderno, que tienen mucho movimiento de causas, ubicados en provincias donde hay una mayor concentración de población, bajos niveles de desocupación y pobreza, en comparación con los índices generales del país. Uno de estos poderes judiciales es el de la provincia de Córdoba (el que se presenta como modelo en el plan nacional de reforma judicial).

Si bien esto nos provee de una descripción sobre los procesos de diferenciación de género en el poder judicial, nuestro objetivo no está completo si no abordamos el problema incluyendo las representaciones y acciones de las agentes implicadas, es decir retornar a las prácticas de las mujeres (Bourdieu, 2005). Esta visión de carácter general y macro sobre la situación requiere ser puesta en juego con la perspectiva de las mismas actrices implicadas. Una perspectiva histórico-sociológica de la producción de las desigualdades de género identificadas nos lleva a poner el acento en la perspectiva de las actrices.

Esto nos lleva a adentrarnos en las estrategias de inserción profesional de las mujeres y la construcción de la identidad profesional y de género. Poner el foco en las estrategias de las mujeres tomando en consideración en qué medida representan una reproducción del orden de género, dentro de la lógica dual en la que la violencia simbólica tiene sus efectos, o por el contrario un desafío y transformación del mismo.

Si hablamos de procesos de segregación que han sido históricamente creados, necesitamos analizar en qué manera algunas decisiones institucionales pudieron incidir en su configuración como también focalizarnos en las estrategias de las mujeres posiblemente imbricadas en procesos identitarios ligados a la división sexual del trabajo. Además la situación se complejiza aún más si tenemos en cuenta la incidencia de la violencia de género registrada actualmente en nuestra sociedad.

En este sentido, la problemática solo se comprende si tomamos en cuenta que se trata de un proceso que si bien es reconstruido por medio de la acción de los agentes también comprende aspectos estructurales y coercitivos que configuran este orden.

Bibliografía

BERGALLO, PAOLA (2007) El techo de cristal en la selección de jueces, Seminario Internacional sobre Mujeres en las Profesiones Jurídicas organizado por ELA (Equipo Latinoamericano de Género). Bs. As.

BERGOGLIO MARÍA INÉS (2001) *Litigar en Córdoba. Investigaciones sociológicas sobre la litigación*, Triunfar, Córdoba.

— (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., págs. 361-380

BOURDIEU PIERRE (2005) *La dominación masculina*, Editorial Anagrama, Barcelona. Edición original 1998.

— (2007) *El sentido práctico*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires. Edición original 1980.

FAUR ELEONOR (2008) *Desafíos para la igualdad de género en la Argentina*, Programa Naciones Unidas para el Desarrollo, Bs. As.

GASTIAZORO, MARÍA EUGENIA (2008) “La concentración de las mujeres en la administración de justicia”, *Anuario XI* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la UNC. Córdoba.

— (2009) “Las mujeres en el poder judicial: fundamentos de la democratización de los altos tribunales de justicia”, revista *Identidades*, número 7, Universidad de Puerto Rico en Cayey.

GASTRON, ANDREA (1993) *Situación actual de la mujer en el poder judicial argentino*, Premio Coca-Cola en las Artes y Ciencias, Argentina.

HARARI, SOFÍA y PASTORINO, GABRIELA L. (2000) "Acercas del género y el derecho" en *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Birgin Haydée (comp.), Biblós, Bs. As.

KOHEN, BEATRIZ (2005) "¿Dónde están las profesionales del derecho en la Ciudad de Buenos Aires?" Academia, Año 3, número 6, primavera 2005.

— (2008) *El género en la justicia de familia. Miradas y protagonistas*, Ad Hoc, Bs. As.

MACKINSON, GLADYS J. y GOLDSTEIN, MABEL R. (1988) *La magistratura de Buenos Aires*, Literaria Jurídica, Bs. As.

SÁNCHEZ, MARIANA (2005) "Género y profesión jurídica", Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la UNC. Córdoba, págs. 451-465.

WAINERMAN, CATALINA (2007) "Familia Trabajo y relaciones de género", en *Entre familia y trabajo. Relaciones, conflictos y políticas de género en Europa y América Latina*, Levín y Carbonero Gamundí Comp. Homo Sapiens Ediciones, Rosario.

Consultas en Internet

GARAVANO, GERMÁN C., Información & Justicia II. Datos sobre la justicia argentina, Unidos por la Justicia Asociación Civil: Konrad Adenauer, 1a ed., Bs. As., 2006. Accesible en www.unidosporlajusticia.org.ar

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN. Accesible en www.pjn.gov.ar

PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Accesible en www.scba.gov.ar

PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA. Accesible en <http://www.justiciacordoba.gov.ar>

PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA EL CHACO. Accesible en <http://www.justiciachaco.gov.ar>

PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ. Accesible en <http://www.foropatagonicostj.gov.ar>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Accesible en <http://www.csjn.gov.ar>

LA INTERVENCIÓN PARA ADOLESCENTES JUDICIALIZADOS: ESTUDIO DE CASO

*María Inés Laje**

*Tania Vaca Narvaja***

*Adriana Gamez Schroeder****

Resumen: En la actualidad, los abordajes de la infancia han ido rotando de paradigma. Al menos en los discursos de los distintos actores sociales y políticos (intelectuales, operadores judiciales, legisladores, trabajadores de los Organismos no gubernamentales —ONG— etc.) se comienza con la reivindicación y reconocimiento del nuevo paradigma, el llamado de la protección integral. Los supuestos en los que se basa se ven reflejados generalmente en lo discursivo, en los distintos programas y propuestas que luego son ejecutados por organismos estatales, organismos no estatales, movimientos sociales, asociaciones civiles, etc. A continuación analizamos la intervención y ejecución del Programa “Construyendo ciudadanía” llevado a cabo por la fundación Enraiser¹, integrada por un equipo interdisciplinario (abogados, docentes, trabajadores sociales, psicólogos y líderes comunitarios) cuyo interés es trabajar con los niños y adolescentes “**en situación de riesgo**”. El análisis que realizamos va más allá del funcionamiento y ejecución del programa. Se trata más bien de comprender y vislumbrar, a través del análisis

* Dra. en Antropología. Docente e investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Cs.Ss. UNC, y docente de la Universidad Católica de Córdoba. Directora del Proyecto “Infancia y Derechos: el nuevo contexto”, (2008/09) acreditado y subsidiado por Secyt, y desarrollado en el Cijis.

** Abogada y Mgter. en Sociología Jurídica, realiza su Doctorado en Derecho en la UNC. Es docente de la Facultad de Derecho, UNC e Investigadora en el Proyecto Infancia y Derechos: el nuevo contexto.

*** Abogada y está realizando su Maestría en Políticas Sociales en la UNC, es docente invitada en las Asignaturas Opcionales “Seminario Interdisciplinario de Derechos del Niños” y “Control social de niños, niñas y adolescentes y responsabilidad penal juvenil”, en la Carrera de Abogacía, Fac. de Derecho, UNC. Es investigadora en el Proyecto Infancia y Derechos: el nuevo contexto.

¹ Enraiser es una fundación de Buenos Aires que inicia sus actividades hace 10 años, y trabaja en municipios de esa provincia. En Córdoba desde hace 5 años desarrolla actividades en el marco del Programa “Construyendo ciudadanía”. A través de un Convenio con la Munaf (Sria de Mujer, Niñez y Familia) se insertan a este Programa adolescentes entre 13 y 16 años en conflicto con la ley penal, como también otros vinculados al área prevencional. Los adolescentes que se han beneficiado con éste, están alojados en el instituto San Jorge o en el Centro de Admisión. A partir de la derivación de los Juzgados de Menores, son previamente evaluados por los Equipos Técnicos de la subsecretaría de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, insertos en el Proyecto de restitución de derechos. (Esta información surge de la entrevista con responsables de la Fundación en esta Ciudad).

del contenido del discurso, la presencia del paradigma de la situación irregular, una concepción que aún no puede desarraigarse de las prácticas de los distintos actores sociales que intervienen en esta temática.

Palabras claves: Infancia - protección integral - intervención.

Introducción

Ley 26.061 Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

La ley 26.061 sancionada en el año 2005 fue el resultado de largos debates y luchas tendientes a adecuar la legislación nacional a la Convención de los Derechos del Niño (CIDN). En el Título I, incorpora las pautas y define los objetivos y prioridades que deben ser tenidos en cuenta por los funcionarios encargados de diseñar y ejecutar las políticas públicas de infancia, al respecto Mabel López Oliva² pone de manifiesto que *“...La nueva ley fue sancionada para desterrar formalmente todas aquellas prácticas propias del denominado “modelo de la situación irregular” y con el objetivo de generar una política pública de protección integral de los derechos de los niños, respetuosa de su calidad de ciudadanos plenos...”*.

Estas pautas para la elaboración de las políticas públicas las encontramos en el art. 4º que establece la obligación del Estado de fortalecer el rol de la familia para el cuidado y desarrollo del niño.

La ley indica una nueva forma de intervención tanto del Estado, como de la familia, las organizaciones sociales y la comunidad. El Estado debe ser un facilitador, un generador de caminos posibles para el acceso en forma ágil a los bienes y servicios que los niños necesitan para el desarrollo de una vida plena.

Ya no es más el Poder Judicial por medio del juez de menores el que se encargará de relacionarse con los niños, ejerciendo su potestad sobre la vida de estos sujetos, ahora el eje de la relación se centra en las políticas públicas universales: salud, educación, vivienda, seguridad social, las cuales deben ser apoyadas por la existencia de acciones provenientes de todos los sectores tanto el público como el privado.

La nueva ley significa derogar definitivamente la figura del patronato para avanzar en la construcción de una cultura de protección y exigibilidad de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia, dejando atrás toda forma de judicialización preventiva y de institucionalización estigmatizante³.

² LÓPEZ OLIVA, MABEL, en GARCÍA MÉNDEZ, E. (compilador) *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061* Editores del Sur. Bs. As. 2006.

³ PERCEVAL, MARÍA CRISTINA, en GARCÍA MÉNDEZ, E. (compilador) Op. Cit.

Alguno de los problemas centrales que debe resolver la órbita del Estado y la sociedad son dos cuestiones que impactan directamente sobre la vida de los niños: la judicialización y la institucionalización de las políticas de infancia, y la intersectorialidad y la interjurisdiccionalidad de las mismas.

El problema de la judicialización de niños y adolescentes se ha expresado históricamente como la respuesta estatal, de llevar a la justicia los problemas no resueltos por las políticas sociales⁴². Así como la cuestión de la institucionalización es definida como el modelo de intervención basado en la internación de niños utilizando como mecanismo la privación de libertad y separación del niño de su medio familiar y social, situación que impacta en la dimensión personal del niño en cuanto se produce una apropiación de su identidad y su despersionalización hasta minimizarlo como objeto de tutela y no de sujeto de derecho.

El problema de carácter institucional se refiere a la intersectorialidad y la interjurisdiccionalidad de las políticas, es decir la tensión que surge en la relación entre los poderes del Estado y la articulación de las distintas áreas de gobierno. Es de suma importancia lograr la superación de la tensión entre la superposición del ejercicio del poder por parte de órganos administrativos y órganos del Poder Judicial, ya que es y ha sido posible fundamentar el accionar jurídico considerando la CIDN, la Constitución Nacional o las leyes provinciales que no están adecuadas a la nueva normativa.

La interjurisdiccionalidad se relaciona con los diferentes niveles de gobierno, Nación, Provincia, Municipio en el marco del sistema federal, donde los modelos de políticas públicas de infancia pueden ser diferentes, con reglas e instituciones que fijan modelos de intervención distintos, donde los actores se constituyen con diferentes capacidades, distintas estrategias y distintos resultados.

En este sentido las instancias correspondientes deben fijar un marco de acuerdos que permitan y garanticen el pleno ejercicio de derechos y que no constituya un conflicto de competencias entre distintos niveles para establecer a cual le corresponde brindar los recursos correspondientes.

Esta superposición se manifiesta hacia adentro del poder ejecutivo, ya que los ministerios nacionales o secretarías de cada provincia pueden tener programas que responden a cualquiera de los dos paradigmas, distintos modelos de intervención para una misma población y hasta incluso similares programas destinados a un mismo grupo poblacional.

⁴ GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. Op. cit.

Es deber de los organismos del Estado relacionados con la programación, evaluación y ejecución de planes o políticas de infancia convocar a todos los actores a tomar conocimiento pleno de la nueva ley para lograr su efectiva implementación y vigencia en todo el ámbito territorial, evitando y salvando la superposición de políticas contradictorias que menoscaban el real ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes.

En el Título III, la ley describe el Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescente, destinado a efectivizar sus objetivos y conformado por todos aquellos organismos que tengan a su cargo el diseño, la planificación, la ejecución y el monitoreo de las políticas públicas en los ámbitos nacional, provincial y municipal, destinados a la protección y a la restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a los fines de asegurar el efectivo ejercicio y fortalecimiento de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, Convención de los derechos del Niño y Ley de Protección Integral⁵.

En consonancia con la Convención de los Derechos del Niños, la Ley establece y enumera una serie de derechos y principios básicos irrenunciables y universales teniendo en cuenta especialmente que todos los niños son titulares de derechos y por lo tanto las políticas deben dirigirse a todos por igual (Título II).

Asimismo, dispone que la gestión de las políticas se realice descentralizadamente en cada uno de los territorios provinciales según la organización administrativa que tengan. La misma se llevará a cabo a través de servicios y programas lo cual garantiza una respuesta más cercana a las necesidades de la ciudadanía sin intermediarios en un espacio territorial determinado y en un marco de la red social de contención. La ley promueve fuertemente la participación activa de la sociedad civil para la gestión asociada en la gestión de políticas públicas. Se reconoce y legitima la capacidad de los ciudadanos para gestionar en forma coordinada con los poderes públicos.

El análisis de la presente ley exige un examen profundo y completo. El mismo se está llevando a cabo con el análisis de la "letra de la ley", de la elaboración doctrinaria que ella estimuló, con el estudio de la creación jurisprudencial que en ella se basa y con el examen que el peso de la misma tiene en las decisiones de los Jueces de Menores (Poder Judicial), en la elaboración de las políticas públicas destinadas a la infancia (Poder Ejecutivo) y en su reglamentación y adaptación de la legislación vigente a la misma (Poder Legislativo).

⁵ GARCÍA MÉNDEZ, E. Op. cit.

En este marco y en correspondencia con lo descrito en los párrafos anteriores analizamos la intervención y ejecución del Programa “construyendo ciudadanía” llevado a cabo por Enraisur. Una asociación civil integrada por un equipo interdisciplinario, conformado por abogados, docentes, trabajadores sociales, psicólogos y líderes comunitarios cuyo interés principal está centrado en trabajar con los niños y adolescentes “**en situación de riesgo**”⁶.

De los actores e instituciones: Análisis de Entrevista y Programa “Construyendo Ciudadanía”, ONG Enraisur⁷.

A los fines de adecuar la Convención de los Derechos del Niño (CIDN) y en relación a la des-institucionalización, medidas alternativas a la pena privativa de libertad y, a partir de la demanda de distintos programas para lograr esta adecuación, contempladas en la CIDN, es que a nivel provincial se firmó un Convenio entre la Secretaría de la Mujer, Niñez, Adolescencia y Familia (MuNAF), de la provincia de Córdoba y ENRAISUR. De esta manera se ejecuta el Programa “construyendo ciudadanía” en Córdoba, con la particularidad que aquí se trabaja solo con los adolescentes en conflicto con la ley penal, “derivados” por los Juzgados de Menores Correccionales de Córdoba.

El programa en Córdoba, está a cargo de dos profesionales, una trabajadora social y una psicóloga. A ello se le suman los encargados de los distintos talleres (“talleristas”) que se proponen dentro del programa. Hemos analizado una entrevista a una de las responsables del programa en Córdoba; el análisis articula lo manifestado por la entrevistada y el contenido mismo del Programa, que no solo permite conocer el funcionamiento y objetivos del mismo en esta ciudad, sino también vislumbrar, a través del análisis de contenido del discurso, la presencia del paradigma de la situación irregular, una concepción que aún no puede desarraigarse de las prácticas de los distintos actores sociales que intervienen en esta temática.

Así, este análisis trata más bien de comprender cómo en las prácticas discursivas de los distintos agentes, en este caso ejecutando un programa, se sigue reforzando y estigmatizando un sector social de la población

⁶ Los niños y adolescentes en situación de riesgo conforman tres grupos. Uno primero, integrado por adolescentes portadores de HIV. El segundo conformado por adolescentes con dificultades de aprendizaje y deserción escolar y por último, un tercer grupo compuesto por adolescentes en conflicto en la ley penal.

⁷ Construyendo ciudadanía: se enmarca en las actividades que desarrolla la Fundación Enraisur, de Buenos Aires, que inició sus actividades hace ya 10 años, y específicamente este programa hace 5 años que realiza actividades en ciudades de la Provincia de Bs.As.

a los que, en realidad, están destinados dichos programas. Cómo a través de la intervención de las distintas disciplinas, reflejadas en los discursos de los “profesionales”, siguen presentes vestigios del anterior paradigma.

El programa presenta como objetivo que “el adolescente logre reconocerse como ciudadano portador de derechos y obligaciones, a través de un modelo de atención interdisciplinaria que los considera sujetos plenos de derecho y no meros objetos de supervisión”⁸. La responsable del programa en Córdoba, puntualiza que: *“El programa tiene dos objetivos fundamentales: por un lado el aspecto sancionatorio, que el chico pueda hacerse cargo, que entienda que está ahí por algo, que algo pasa... a ellos les cuesta muchísimo entender esto de la libertad gradual, que no están en libertad sino que están ahí como medida alternativa a la privación de libertad. Eso es lo primero que se les explica cuando los conocemos. Y por otra parte, ellos también puedan empezar a abrir puertas de alguna manera, comenzar a pensar en la posibilidad de que hay otra forma de vida, otro proyecto de vida, que también pueden servir para otra cosa. Romper el círculo vicioso de que estoy destinado a esto y sirvo para esto”*⁹.

Los adolescentes que ingresan, dada su edad son los inimputables, se encuentran con permisos prolongados y/o bajo programa de Libertad Asistida, por lo que *“...el programa está destinado a adolescentes entre 13 y 16 años en conflicto con la ley penal¹⁰, alojados en el Instituto San Jorge o en el Centro de Admisión. Serán derivados desde la Subsecretaría de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, a través del Proyecto de Restitución de Derechos”*¹¹. El circuito de ingreso se desarrolla trabajando *“primero con el equipo técnico de la institución, lo hacemos primero de manera informal, pero hay determinados criterios para que los chicos puedan ingresar al programa. Uno de esos es que cuente con un referente adulto de la familia, la madre, el padre, un abuelo, un vecino, que pueda ser responsable. Los equipos técnicos de las instituciones realizan informes de evaluación sobre las condiciones de cada uno de los chicos que están con posibilidades de ingresar al programa. El juzgado una vez que aprueba esa propuesta se firma un acta compromiso con nosotros, la T.S. y yo que soy psicóloga como Equipo*

⁸ Tomado del Programa: Construyendo Ciudadanía en Córdoba.

⁹ Las cursivas entrecomilladas pertenecen a fragmentos de la entrevista realizada a la coordinadora del Programa en Córdoba, por miembros del equipo de investigación “Infancia y derechos: el nuevo contexto”, en septiembre 2009.

¹⁰ Expresamente están impedidos de ingresar adolescentes con trastornos de derivación psiquiátrica, porque ahí se necesita otro tipo de abordaje, y que no tengan causas de índole sexual, abuso sexual y demás. Tomado de entrevista a Coordinadora del Programa.

¹¹ Depende de la MUNAF, tomado del Programa Construyendo Ciudadanía en Córdoba.

*Técnico, a través de una audiencia en Tribunales con el chico, un adulto referente y formalizamos la incorporación*¹².

Disciplinas-Control Social-Normalización. Ciudadanía y educación

El programa funciona dentro de una institución educativa “formal”¹³. En él se trabaja tres veces a la semana con talleres “socio-educativos”¹⁴; “espacios de reflexión individual y grupal” y un espacio educativo denominado “de nivelación”.

“Estas actividades acercan a los adolescentes a diferentes espacios y experiencias, y presuponen además la necesidad de actuar en equipo en forma estable, aprendiendo a tolerar sus frustraciones”¹⁵. *“Los talleristas son idóneos en lo suyo, además para este trabajo que es particular, tener autoridad frente a los chicos es fundamental. Se trabaja a partir del encuadre amoroso, de alguna manera. La puesta de límites se plantea mucho”*¹⁶.

El Programa tiene una Coordinadora Responsable, Lic. en Psicología, quien además de esta tarea, desarrolla actividades profesionales, está a cargo de las instancias de *reflexión individual*, a partir de entrevistas con cada uno de los adolescentes, procuran favorecer un proceso reflexivo. Se realizan una vez por semana de modo paralelo a las demás actividades, está prevista la posibilidad, de ser necesario, hacer encuentros con los miembros adultos/familiares de referencia.

Del *Taller de Reflexión Grupal* está a cargo una Licenciada en Trabajo Social. Este taller se desarrolla una vez por semana. *“El objetivo es favorecer la integración entre los adolescentes abordando distintos temas propuestos por ellos mismos, además de la elaboración de las pautas de orden, relación y convivencia del programa”*.

Por último, el *espacio educativo de nivelación*, a cargo de una docente, tiene por objeto *“la nivelación escolar de los adolescentes a partir de sus propias potencialidades, favoreciendo el interés para reinsertarse nuevamente en el sistema educativo formal, del cual generalmente han sido excluidos. Se realiza tres veces por semana y está a cargo de un docente con*

¹² Entrevista con la Coordinadora del Programa.

¹³ Un Colegio Salesiano en el centro de la Ciudad, les seden al Programa espacio físico, separado de las actividades propias de este establecimiento educativo.

¹⁴ Los Talleres son de cine, música, literatura, cerámica y educación física. Estas actividades acompañan los procesos de reflexión de los adolescentes y tienen efectos terapéuticos en los mismos, toda vez que en estos espacios los jóvenes comienzan, a partir de sus intereses, a crear cuentos, canciones, cortos de cine, elementos de cerámica, favoreciendo de esta manera el desarrollo de sus potencialidades.

¹⁵ Véase Programa, op. cit.

¹⁶ Entrevista a Coordinadora del Programa.

*orientación en educación popular y comunitaria, el cual acompañará activamente al joven en el proceso de vuelta a la escolaridad*¹⁷.

Todas estas actividades propuestas son obligatorias, por lo tanto no hay espacio para la construcción de ciudadanía que implique participación, autonomía, ni derecho al disenso. Así lo manifiesta la coordinadora, “... el programa es el conjunto de todas las actividades, tienen que hacer todas las actividades. No pueden hacer uno u otro”.

Al realizar el análisis y la sistematización del programa encontramos una contradicción entre los postulados de su propuesta discursiva y los resultados a obtener. Esta contradicción radica en fundarse teóricamente en los principios del Paradigma de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes sustentado por la CIDN y ley 26061, pero en su fundamentación y objetivos encontramos elementos del Paradigma de Situación Irregular, ya que la población a la que está destinado dicho programa son NNA en conflicto con la ley penal, privados de su libertad, que ingresan al mismo por disposición del Juez.

Entre los contenidos de la fundamentación del programa se señala que “*se plantea como objetivo que el adolescente logre reconocerse como ciudadano portador de derechos y obligaciones...*”

En el momento actual que atraviesan los NNA, y teniendo en cuenta el contexto económico político que signa las relaciones humanas, vemos que las mismas se caracterizan por un marcado individualismo, transformando todos los ordenes de la vida social, produciendo nuevas formas de cotidianidad que causa impacto en el proceso de las prácticas ciudadanas. La lógica que ha impuesto el neoliberalismo trajo como consecuencia la deconstrucción del significado de la igualdad de derechos y la naturalización de la desigualdad y la exclusión de la ciudadanía. El sujeto se escinde, se desconoce en sus propias necesidades, reniega de su historia jerarquizando solamente aquellos valores impuestos por el mercado que supuestamente le otorgan al sujeto significatividad y existencia.

Podemos señalar que una aproximación al concepto de ciudadanía implica la existencia de un consenso sobre una “cosa común” sobre la cual ponerse de acuerdo, sumada a la asociación con miras a objetivos comunes, organizada a través de un sistema de reglas que administre esa cosa común para el bien de todos.

Esta asociación es la ciudadanía y ese sistema de reglas es el derecho, y ninguno de estos términos puede tener una existencia independien-

¹⁷ Op. cit

te. No puede haber ciudadanos sin derecho en común ni tampoco derecho sin ciudadanos¹⁸.

Pero no siempre los espacios de la ciudadanía están mediados por el derecho. A veces los hombres están privados del derecho, no la privación de tal o cual derecho sino a la disponibilidad del derecho como creador de ese espacio.

“...A partir de la construcción de un proyecto de vida en el cual la exclusión y descalificación social, la violencia y el anonimato no sean percibidos como hechos normales de la vida cotidiana, se pretende que los adolescentes puedan desarrollar una mirada diferente frente a la realidad que los atraviesa”¹⁹.

Pero, la realidad que atraviesa a los NNA infractores, es la ausencia de derechos en los ámbitos sociales provocando exclusión social, lo cual implica la ruptura de lazos sociales, pero también implica una degradación profunda de las pautas culturales, de la situación económica, de la existencia vital y del desarrollo personal, de los vínculos políticos en si mismos, en cuanto se relaciona con la ausencia o la privación de la ley.

La exclusión designa situaciones que reflejan una situación más vulnerable de la que el individuo se encontraba. Sus problemas residen en que las nuevas exigencias de la competitividad y de la competencia y la reducción de oportunidades de empleo no dejan más espacio para todo el mundo en la sociedad en que nos resignamos a vivir²⁰.

La calidad de ciudadano exige autonomía individual, esto implica independencia tanto respecto de otros ciudadanos como de los poderes del Estado. Esta condición exige un grado de libertad cuya base elemental está en la disponibilidad de los elementos necesarios para la vida material.

La libertad del ser humano requiere como condición: la igualdad. La ciudadanía implica igualdad de derechos. Sin embargo la desigualdad real de la marginación contradice la igualdad legal asentada en la Constitución, perjudicando no solo las condiciones materiales de vida, sino también la posibilidad de modificarlas a través de la accesibilidad al ejercicio de los derechos.

La ciudadanía también reclama eficacia, como la capacidad de influir en las condiciones materiales de vida, optando por estrategias de

¹⁸ VIRGOLINI, JULIO, La razón ausente. *Ensayo sobre Criminología y Crítica Política*, Ed. del Puerto 2005.

¹⁹ Fundamentación programa “Construyendo ciudadanía en Córdoba” Enraiser 2009.

²⁰ CASTEL, ROBERT, *Les pièges de l'exclusion*. Lien social et Politiques. RIAC 1995 Traducción Martín Dupaus.

optimización de recursos para la satisfacción de necesidades. Sin embargo la asimetría y marginación existentes creadas por las leyes del mercado y reproducidas en las relaciones sociales, tienden a despojar de estos requisitos a las personas excluidas.

Otro presupuesto de la ciudadanía es la responsabilidad, la cual implica que cada uno actúa teniendo en cuenta las consecuencias que causará. Sin embargo en situaciones de exclusión la responsabilidad es reemplazada por la impunidad y la arbitrariedad.

Del ejercicio de ciudadanía

El ejercicio de la ciudadanía hace posibles proyectos compartidos, conquistas colectivas, la promoción de la comunicación y resolución de controversias antes de que se transformen en conflictos que provoquen la judicialización.

“...De esta manera, a partir de la reducción de la vulnerabilidad y de la exposición concomitante de los jóvenes a situaciones de riesgo, se intenta disminuir el acercamiento a realidades que los mantengan en conflicto con la ley o con entornos desfavorables...”²¹.

Este ejercicio se consigue mediante el empoderamiento de los individuos de todo lo que implica el concepto de ciudadanía. Es decir de la apropiación y de la incorporación vivencial del ejercicio de los derechos en la vida cotidiana, y de la participación a través de la toma de decisiones y actividades en un campo de acción determinado, considerando tres aspectos fundamentales para la vida en sociedad: la tensión existente entre libertad, igualdad y respeto por la diferencia.

Este es un proceso y práctica constante que exige educación, tal como la define Paulo Freire: nadie educa a nadie; nadie se educa solo; los hombres se educan entre si mediatizados por el mundo.

Esta postura exige la superación de la concepción del educando como sujeto pasivo, redefiniendo al mismo como sujeto activo, problematizador, crítico, que se pone en acción para modificar el mundo.

“...El programa considera por una parte el aspecto sancionatorio, con lo cual se promueve la responsabilización del joven por el hecho cometido. Y por otra parte, se contempla un aspecto socioeducativo...”²².

²¹ Fundamentación programa “Construyendo ciudadanía en Córdoba” Enraiser 2009.

²² Entrevistada.

Este enunciado encierra una franca contradicción respecto del Sistema de Protección Integral de la ley 26.061, ya que las medidas socioeducativas en tanto son impuestas por el Juez de menores constituyen un sistema retributivo y de protección de la sociedad y no de los adolescentes.

Los adolescentes deben ser protegidos a través de políticas básicas, principalmente políticas educativas en los establecimientos de la red común de enseñanza. El derecho a la educación y el deber correspondiente deben ser ejercidos dentro de las instituciones destinadas a ese fin.

En el momento en que se crea un sistema "educativo" paralelo de intervención estatal coactiva con restricciones, incluida la privación de la libertad, el sistema deja de ser educativo, protector, para ser también limitador de derechos fundamentales, es decir represivo.

Lamentablemente, la doctrina de la Situación Irregular sigue vigente en este programa al considerar desde el discurso a las medidas socioeducativas en su carácter pedagógico, en la práctica son esencialmente retributivas-represivas al ser impuestas por la autoridad e interfieren directamente en la libertad, la autodeterminación y la intimidad de las personas.

Para estos fines es fundamental la educación como la define Paulo Freire: "una verdadera praxis, reflexión y acción del hombre sobre la sociedad y el mundo para transformarlos".

"Se trata de procurar en el ciudadano un proceso de concienciación. Significa un despertar de la conciencia, un cambio de mentalidad que implica comprender realista y correctamente la ubicación de uno en la naturaleza y la sociedad. El proceso encierra la conciencia de la dignidad del ser humano: una praxis de la libertad, que permite a través del diálogo interpersonal establecer una comunión a través de encuentros con otros seres humanos de donde surge la participación del sujeto como ciudadano." No se puede educar para la libertad desde el encierro: "Nadie es si prohíbe que los otros sean"²³.

Reflexiones finales

Tanto en la fundamentación del programa como en la entrevista analizada la caracterización de los niños y adolescentes destinatarios del mismo se corresponde a aquellos que pertenecen a sectores sociales pauperizados, y en donde los mismos han sido ingresados, previamente, en el sistema judicial. El ingreso al sistema judicial, activa el proceso de judi-

²³ FREIRE, Paulo. *La educación como práctica de la libertad*, S. XXI Editores. 2006.

cialización, en donde se adscriben cualidades negativas específicas a esta categoría, incorporándose en el espacio social con idéntico sentido. Bajo el nuevo paradigma, se desplaza y sustituye la categoría “menor” por la de “niño/a, y adolescente”. Sin embargo, cabe señalar que el mero reemplazo de los “vocablos” no implica necesariamente la recepción y adecuación de los principios del paradigma de la protección integral.

La intervención del Estado se realiza mediante la ejecución del programa, que entre los objetivos *“pretende que los adolescentes puedan desarrollar una mirada diferente frente a la realidad que los atraviesa... se intenta disminuir el acercamiento a realidades que los mantengan en conflicto con la ley o con entornos desfavorables”*²⁴. Se habilitan espacios de *“reflexión individual y grupal, que favorecen la internalización de pautas y sentimientos de pertenencia al programa”*, que luego serán valorados para recomendar su posible egreso. El niño/adolescente que se construye en este proceso se realiza desde los otros sujetos. Al clasificar a los individuos en categorías, los designa con una individualidad propia, los liga a una identidad, que se ven obligados a reconocer y que los otros tienen que reconocer en ellos *“...algunos chicos que tienen parte de la familia que ya ha sido detenida con historial de delincuencia y es por ahí esto de vos podes ser distinto...Y se trabaja mucho con esto de, si yo no soy choro violo el mandato de mi familia que han sido choros toda la vida, es muy difícil romper eso”*²⁵.

La dualidad inclusión/exclusión se refleja en el discurso de la entrevistada y en los fundamentos del mismo programa, la inclusión se refiere al ingreso del niño y joven al “sistema judicial” como condición de la ejecución del programa, en tanto señala como objetivo acompañar, brindarles nuevas oportunidades, espacios de reflexión, contener a las familias, posibilitándoles además la escolarización en la educación formal y la capacidad productiva a través de la participación obligatoria en los distintos talleres.

El modelo proteccionista-salvacionista, propio del viejo paradigma y que implica “proteger” al niño/ adolescente para salvarlo, rescatarlo de su situación²⁶, habilita la implementación de mecanismos de normali-

²⁴ Fundamentación del Programa.

²⁵ Entrevistada.

²⁶ Recordemos que la creación de los tribunales para menores se basó en la doctrina de la situación irregular y en la construcción del niño (delincuente) como alguien que necesita ser protegido y orientado Para un mayor desarrollo sobre este punto, ver Platt, Anthony M. “Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia”, Editorial siglo XXI. Primera Edición, México; Ariès, Philippe (1987) “El niño y la vida familiar en el antiguo régimen” Taurus Ediciones, Madrid; García Méndez, Emilio (1990-1991) “La Convención Internacional de los Derechos de la Infancia: el menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derecho” en Capítulo criminológico 18-19 Universidad de Zulia Maracaibo Venezuela, pp 179-193.

zación que desde y a través de diferentes instituciones se activan y ejecutan sobre la vida del niño/adolescente y su familia.

La selección por parte del Estado de un determinado segmento de la población, objeto de la normalización, deja en evidencia el control social-punitivo que se ejerce discriminadamente contra los sectores más débiles, justificando de esta manera la función represiva y de control sobre la vida de los individuos y la sociedad.

Para el tratamiento o abordaje del niño/adolescente un conjunto de disciplinas como la educativa, la psicología, la psiquiatría, la medicina, etc, que se plasman en la confección de informes, dan fundamento a las instituciones estatales al momento de disponer del niño/adolescente. En el programa que nos ocupa la confección de los informes social y psicológico, constituyen la base para el seguimiento y evaluación del niño/adolescente sujeto al programa *“...Una vez que el adolescente forma parte del programa, y mediante evaluaciones mensuales del equipo técnico, se realizarán los siguientes informes (Informe social mensual-informe psicológico mensual). **La valoración positiva en el logro de cada uno de los indicadores y objetivos expuestos, serán considerados al momento de proponer el egreso del programa**”*²⁷.

La niñez y adolescencia pasa a ser un problema fundamental para un conjunto de saberes que la toman como objeto creando todo un campo de regulación sobre ella y sobre los cuales habilita la intervención estatal-institucional.

Bajo el nuevo paradigma de la protección integral la familia ocupa un lugar específico para el disciplinamiento. Concebida como el espacio por excelencia de contención, dispone un conjunto de intervenciones y prácticas que ya no se orientan al niño sino a todos los miembros de la familia. En el marco de este programa en la confección de los informes mensuales se pretende, *“Destacar los logros y obstáculos **del joven y de sus progenitores. Estrategia de intervención. Como así también la evolución del joven y de sus progenitores respecto del espacio individual y sus modificaciones internas. Pronóstico respecto del joven**”*²⁸.

Desde esta perspectiva el objeto de acción estatal se enfoca sobre relaciones, conductas, aptitudes, hábitos y costumbres. El alcance de la transformación esperada es mucho más complejo y radical, e implica a un conjunto de saberes y disciplinas más amplio. El alcance del discurso normalizador se hace a partir de la niñez extenso a un campo más amplio de sujetos e instituciones. Así cuando se regula a la infancia, por defecto se lo hace también en relación a la familia. *“Evaluación: está la individual,*

²⁷ Programa ENRAISUR Córdoba.

²⁸ Op.cit.

el espacio individual o sea de reflexión, y por otra la T.S. hace la evaluación con el seguimiento a la familia, por lo menos una vez al mes se habla con el referente, se hacen visitas a domicilio si es que hacen falta"²⁹.

El abordaje integral que caracteriza la normatización y la disciplina, se traduce entonces en la forma de la ley y las políticas públicas. Controlar conductas, comportamientos, aptitudes, intensificar el rendimiento de los sujetos, multiplicar sus capacidades, colocarlo en el lugar donde será más útil, son los objetivos que se persiguen.

El paradigma de Protección Integral considera a los NNA como sujetos de derecho, verdaderos ciudadanos, artífices de su propia vida a través de la participación en proyectos que los involucran, de ninguna manera implica, como lo indicarían los objetivos del programa de Enraisor, lograr como "producto" un individuo disciplinado, descontaminado del entorno totalmente desarraigado y descontextualizado de la realidad, al contrario implica lograr la plena participación de los adolescentes en la construcción de sus propios proyectos de vida constituyendo espacios de oportunidad para el pleno ejercicio de sus derechos y el reconocimiento de esos derechos por parte de los "otros".

Sólo podremos cumplir con la tarea de construcción de la ciudadanía como categoría de inclusión jurídica, social y cultural de los jóvenes si logramos la configuración de sujetos sociales capaces de contraponer a la lógica de la ley del mercado, otra lógica ligada al ejercicio de los derechos del ciudadano.

Y solo lograremos el efectivo cumplimiento de los postulados del paradigma de Protección Integral de los NNA a través de políticas públicas universales que les brinden elementos potenciadores de la calidad de sujetos de derecho es decir ciudadanos.

Bibliografía

CASTEL, ROBERT, *Les pièges de l' excusión*. Lien social et Politiques. RIAC 1995. Traducción Martín Dupaus.

FREIRE, PAULO. *La educación como práctica de la libertad*, S. XXI Editores. 2006.

GARCÍA MÉNDEZ, E. (compilador) *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061* Editores del Sur. Bs. As. 2006.

VIRGOLINI, J. La razón ausente. *Ensayo sobre Criminología y Crítica Política*, Ed. del Puerto 2005.



²⁹ Entrevistada.

¿QUÉ CRITERIOS UTILIZAN LOS JUECES AL CUANTIFICAR LA PENA?

LOS DELITOS DE HOMICIDIO SIMPLE Y ROBO CALIFICADO*

*Carlos A. Lista***

*Fernando M. Bertone****

*Ana Laura Mera Salguero*****

*Noelia Azcona******

*Romina Soria García******

Resumen: El objeto del presente es la individualización judicial de la pena, regulada en los artículos 40 y 41 del código penal, digno de interés, dada su importancia, por ser el nexo a partir del cual se personaliza y concreta el derecho penal. La legislación enuncia elementos, atinentes a la persona condenada y al hecho delictivo, que han de tener en cuenta los jueces. Más allá de que éstos estén sujetos a realizar su actividad dentro del marco legal, son también actores sociales condicionados por un contexto social determinado, y una estructura organizacional específica, todo lo cual impacta sobre su acción profesional y los resultados de la misma. Los datos presentados son resultado de una investigación realizada utilizando sentencias judiciales condenatorias dictadas en el fuero penal de la primera circunscripción de la Provincia de Córdoba, durante 2008. Se sintetiza el debate doctrinario y jurisprudencial en torno a la normativa, en confrontación con la praxis judicial concreta.

* El presente trabajo es resultado de una investigación realizada por los autores durante el año 2009. Una versión más extensa, que contiene datos cuantitativos pormenorizados fue publicada como informe bajo el título. "La individualización judicial de la pena" por el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, Tomo 4, págs. 313-340.

** Doctor en Sociología. Titular de Cátedra de Sociología del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC., Email: clista.argentina@gmail.com.

*** Abogado especialista en Derecho Penal, Fiscal de Instrucción de Cruz del Eje, 7ma Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba, Poder Judicial, docente materia Metodología de la Investigación del Crimen, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Email: bertone martin@hotmail.com.

**** Abogada, Email: ana1985lms@hotmail.

***** Abogada, Meritorio del Poder Judicial, Juzgado de Control, Menores y Faltas de Río Segundo, 1era Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba, Profesor Ayudante B cátedra de Derecho Constitucional y Administrativo, Facultad de Ciencias Económicas, UNC, Email: noelia.azcona@gmail.com.

***** Abogada, Email: rommisg@hotmail.com.

Palabras clave: Individualización judicial de la pena - mensuración de la pena - derecho penal de autor - derecho penal de acto- artículos 40 y 41 Código Penal Argentino - jueces penales.

1. Introducción.

La individualización judicial de la pena es una actividad de particular importancia en el ámbito del Derecho Penal, cuyo tratamiento y análisis ha suscitado el interés de muchos especialistas. Sin embargo, lejos de agotarse, presenta numerosos aspectos pendientes de ser estudiados, sobre todo desde el punto de vista empírico, atendiendo a las prácticas judiciales concretas.

Conforme nuestro sistema penal vigente, la regla general es la aplicación de penas establecidas en escalas penales con un mínimo y un máximo¹. Dado ello, es el juez el encargado de determinar de manera efectiva la cantidad de pena en función de cada hecho delictivo particular y de las calidades personales, sociales y culturales de aquel a quien se sindicó como responsable.

En la actualidad, la sociedad argentina se manifiesta especialmente movilizadora por cuestiones vinculadas al delito. Existe en la población, una profunda sensibilización en torno a esta clase de conflicto social, lo que ha dado lugar a diversos cuestionamientos. Son particularmente objeto de debate las penas, su cantidad y la efectividad de la función re-socializadora de la sanción.

Es por ello que estimamos oportuno brindar mayor dedicación al estudio de cuestiones atinentes a la pena. En particular, nos interesa hacer foco en la tarea de individualización judicial de la condena, puesto que se trata de un momento clave del proceso de persecución de los hechos delictivos. Más precisamente, es la etapa en la cual se vivifica el sistema penal mismo, puesto que la determinación de la cantidad de la sanción, es el nexo a partir del cual se personaliza y torna concreto el derecho penal.

Además, en torno a esta tarea, entran en pugna diversos intereses sociales, como los derechos de la víctima, el reclamo social de justicia, los derechos del condenado, la posibilidad de resocialización y la eficacia del sistema de sanciones vigente.

¹ Ejemplo: Art. 79 del C.P. "Se aplicará reclusión o prisión de **ocho a veinticinco años**, al que matare a otro, siempre que en este código no se estableciere otra pena". Art. 166: se aplicará reclusión o prisión de **cinco a quince años**: 1. si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.2. si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda. Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo. Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.

Este trabajo pretende ahondar en el estudio de la actividad de individualización judicial de la pena por su particular importancia y debatir acerca de ello.

2. Individualización judicial de la pena.

Diversos autores se ocupan de conceptualizar la actividad de individualización judicial de la pena. Ricardo Núñez (1965:452) indica que la misma debe ser entendida como “la fijación judicial de la condena, actividad realizada mediante un procedimiento consistente en la adaptación de la pena legal al caso concreto”.

Carlos Creus (1996:447) destaca el carácter judicial de la labor de fijación de la sanción, puesto que siempre es llevada a cabo por un juez, quien se encarga de adecuar la pena abstractamente establecida por el legislador, a un delito concreto cometido por un sujeto determinado.

La individualización judicial de la pena es, entonces, un momento clave del proceso penal, por constituir el nexo a partir del cual el Derecho Penal se personaliza y torna concreto.

También cabe resaltar, siguiendo a reconocidos juristas, que “la selección individualizadora y la medición de la pena, frente a un determinado autor, por su concreto delito, representan el término y remate de la teoría de la pena” (Fontán Balestra, 1995: 553-555).

Además de todo ello, también se le atribuye una función de índole política, como es la de operar, —de manera conjunta con la teoría del delito y la noción de culpabilidad—, como un elemento que sirve para controlar al poder punitivo irracional; es decir que se trata de un mecanismo de garantía para los ciudadanos de un Estado, en tanto esa cantidad de pena que se fija, actúa como contención del poder de represión (Zaffaroni, 2002: 734).

La determinación del *quantum* de la condena, probablemente resulta una de las labores más difíciles para el juez penal. Es posible reparar en ello si se observa que se trata de una actividad que cumple numerosas funciones respecto del sistema penal en su conjunto, y que además intervienen en su concreción una multiplicidad de factores. Al fijar el *quantum* de la sanción penal es menester compatibilizar, la culpabilidad, los fines de la pena, la seguridad jurídica y la protección y vigencia de las garantías individuales (Ziffer, 2005: 25).

La individualización judicial de la pena resulta entonces una actividad trascendente que exige que el órgano de decisión encargado de desarrollarla posea una vasta formación que abarque no sólo conocimientos jurídicos, sino también psicológicos, antropológicos y sociales, además de una fina intuición (Soler, 1973: 419).

3. Regulación legal de la individualización judicial de la pena.

3.1 El artículo 41 del Código Penal.

En el sistema legal vigente en Argentina, la individualización judicial de la pena, cuenta con escasas normas de regulación específica, más no resulta aconsejable una regulación minuciosa y completa con respecto a los elementos y circunstancias a tener en cuenta, dada la gran variedad de situaciones que se presentan en la realidad delictiva diaria. Sin embargo lo que sí se torna recomendable, es regular la obligación judicial de fundamentar acabadamente la opción tomada de la escala penal, así como su coherencia con el caso concreto. De manera que sólo con un profundo desarrollo de la teoría de la mensuración de la pena y la toma de conciencia sobre su importancia se posibilitaría el avance y superación progresiva sobre esta problemática social. Únicamente dos preceptos del Código Penal se ocupan de sentar pautas para el ejercicio de esta actividad: los artículos 40 y 41.

El artículo 40 del C.P. establece que:

“En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente”.

Por su parte, el artículo 41 determina que:

“A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1- La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2- La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y “de visu” del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

El artículo 41 del C.P., es la norma clave para el desarrollo de la tarea de individualización judicial de la pena. En ella se enumeran una se-

rie de elementos, los cuales han de ser considerados por los magistrados en función de cada caso concreto. Los aspectos que menciona la norma en análisis pueden entenderse como “pautas generales de apreciación” (Creus, 1996:447).

Los juristas más destacados de la dogmática penal coinciden en señalar que las circunstancias enunciadas en el artículo 41 del C.P. admiten ser clasificadas o agrupadas en dos grandes conjuntos. Por una parte se encuentran aquellos componentes de la norma que se refieren al hecho delictivo en sí mismo, a los que se suele denominar como circunstancias objetivas. Por la otra, están aquellos elementos que aluden a características personales del sujeto sindicado como responsable, normalmente llamados circunstancias subjetivas².

El procedimiento de individualización judicial de la pena se concreta entonces cuando el juez, a partir de la escala penal impuesta en abstracto por el legislador, fija de manera específica una cantidad de pena. Para hacerlo es menester que evalúe las distintas circunstancias, objetivas y subjetivas, que contiene el artículo 41 C.P., pudiendo también valorar otros aspectos no mencionados allí de manera expresa³. Esa estimación implica sopesar cuáles de las circunstancias enunciadas en la norma son relevantes en ese caso en particular, y luego asignar a cada una de ellas un sentido atenuante (disminuyendo la pena), o agravante (aumentando la cantidad de sanción)⁴.

Ahora bien, es necesario que a fin de desarrollar esta actividad, se comprueben las distintas circunstancias que rodean al hecho delictivo y al autor, para lo cual es menester un conocimiento directo y *de visu*, por parte del magistrado, de cada uno de esos aspectos. De lo contrario, y conforme cierta doctrina, la sentencia se verá afectada de nulidad por falta de fundamentación (Núñez, op. cit.:452 y ss.). De este modo, este procedimiento, cuya exposición teórica parece sencilla, resulta en los hechos sumamente difícil de llevar a cabo, ya que exige un conocimiento acabado del delincuente, de su historia personal, de su capacidad delictiva y de su personalidad (Marchiori, 1995:25 y ss.).

² Ver en este sentido: Núñez Ricardo, Op. Cit. págs. 452 y ss.; Soler Sebastián, Op. Cit., págs. 420 y ss.; Creus Carlos, Op. Cit. págs. 477 y ss.

³ Ver en este sentido Núñez Ricardo, Op. Cit. págs. 452 y ss.

⁴ Ver Lista C., Bertone F, Azcona N., Mera Salguero A., Soria García, Op. Cit. págs. 313-340. En este trabajo se da cuenta del sentido agravante o atenuante que asignan los magistrados del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (1era Circunscripción Judicial), a los distintos elementos del art. 41 del C.P. Así por ejemplo, la edad se presenta como un aspecto valorado casi de manera unánime (más del 90%), como factor que disminuye la sanción. Por el contrario, en otros casos, como el peligro en razón del lugar, la estimación es cien por ciento agravante. Otras circunstancias contenidas en la norma, son consideradas con sentido variable, según el caso concreto.

3. 2. Los elementos del artículo 41 del C.P.

Cada una de las circunstancias enumeradas por el artículo 41 del C.P. podrá estimarse como elemento agravante, o bien como atenuante.

El inciso primero contiene las circunstancias consideradas como objetivas. Ellas son:

1. **Naturaleza de la acción.** Esta noción alude al tipo concreto de acción, dentro de un tipo genérico, a partir del cual se lleva a cabo el delito (por ejemplo, matar, sería la acción genérica, y hacerlo quemando a la víctima sería la acción concreta). El magistrado ha de evaluar la mayor o menor peligrosidad que denote esa acción concreta (De la Rúa, 1997:698).
2. **Naturaleza de los medios empleados.** En este caso lo que se considera es el instrumento utilizado para delinquir y su mayor o menor poder lesivo (idem: 698). Otros autores, como es el caso de Hilda Marchiori, entienden que la noción medios empleados, es abarcativa, no sólo de objetos concretos (arma de fuego, cuchillo, palo, etc.), sino también de los medios subjetivos de que puede valerse el delincuente (como por ejemplo seducción, amenaza, simulación). La mencionada especialista considera además que este aspecto es un factor revelador de la personalidad del condenado puesto que los medios empleados resultan sintomáticos de su modo de vida, su personalidad, sus antecedentes, y se relacionan de manera directa con el tipo de delito y el daño a la víctima (Marchiori, op. cit.: 25).
3. **Extensión del daño.** Este punto supone una valoración de las dimensiones del perjuicio ocasionado a partir de ese hecho delictivo. La regla general implica que a mayor entidad del daño, mayor será la sanción penal y viceversa. Sin embargo, algunos autores indican que es menester tener en cuenta la previsibilidad, es decir, si el agente pudo o no evitar o disminuir la extensión de la lesión, así como también conjugar este aspecto con la conducta posterior adoptada por el condenado (por ejemplo si restituye los bienes robados). Estos factores pueden distorsionar la exacta aplicación de la máxima de que a mayor daño corresponde mayor sanción (De la Rúa, op. cit.:698).
4. **Extensión del peligro causado.** El peligro causado, atañe a la puesta en situación de riesgo de bienes considerados valiosos, que se genera a partir del hecho delictivo. En cuanto

a su extensión, resulta aplicable la misma regla que en materia del daño: a mayor peligro causado, más grave resultará la sanción penal (idem: 698).

A su vez, la norma sometida a análisis, enumera en el inciso 2 una serie de circunstancias que son clasificadas —por los juristas en general— como subjetivas, es decir atinentes a la persona del individuo sindicado como responsable del hecho delictivo que se condena. Ellas son:

- 1. Edad.** Alude a la etapa de la vida en la cual se encuentra ese individuo (Marchiori, op. cit: 25). En este caso, el juez ha de sopesar que incidencia tiene la edad del condenado en la acción delictiva que se le reprocha, en la comprensión del disvalor de la misma, y también en torno a las posibilidades de reinserción en la sociedad. Señala De la Rúa, que durante una primera etapa se tendía a considerar a la edad como un elemento atenuante de manera unánime, circunstancia que a partir del siglo XX se modificó. Desde entonces, los períodos etéreos valorados como atenuantes serían los correspondientes a infancia, adolescencia, juventud y vejez; mientras que se valoraría de manera diversa la adultez, por entenderse que se trata de una faz en la cual la peligrosidad aumenta (De la Rúa, op. cit.:698). Entre los resultados de la investigación realizada en 2009 surge que la edad es uno de los parámetros del artículo 41 del C.P. que más se tiene en cuenta al tiempo de la fijación de la cantidad de la pena; a su vez, el sentido asignado a esta circunstancia es atenuante en más del 90% de los casos (Lista, Bertone, Azcona, Mera Salguero, Soria García, 2009:313).
- 2. Educación.** Implica la valoración del grado de instrucción del condenado. No existe acuerdo a nivel doctrinario acerca de la repercusión que puede tener la carencia de instrucción respecto de la cantidad de la pena. De la Rúa (op. cit.:698) sostiene que la educación debe valorarse como atenuante o agravante, en directa y estricta relación con el delito. Respecto de la falta de instrucción, señala que, desde el punto de vista de la peligrosidad, la ignorancia de la ley penal puede operar como elemento que agrave la sanción penal.
- 3. Costumbres y conducta precedente.** En este plano se analizan, por un lado, los hábitos del condenado, y por otro, el modo de conducirse de manera previa al hecho delictivo. “Se toma conocimiento de los comportamientos más habituales del penalmente responsable. La habitualidad se exa-

mina en las conductas cotidianas, actitud hacia la familia, el trabajo, vecinos, amistades, religión, deporte, etc.” (Marchiori, op. cit.:25). Algunos autores, como es el caso de Jorge De la Rúa (op. cit.:698), quien en este punto sigue a Ricardo Núñez, efectúan una valoración negativa de estos aspectos, en función de la cual se tienen en cuenta circunstancias tales como la violencia, la impulsividad, la perversión, la vinculación con criminales, la embriaguez, etc., como puntos relevantes al fijar el *quantum* de la sanción penal. Para Marchiori (op. cit.:25), la conducta precedente alude a los actos preparatorios del delito, no sólo de índole material, sino también de índole psicológica-emocional, que operan en ese individuo como factores desencadenantes de la actividad delictiva.

4. **Calidad de los motivos que llevaron al sujeto a delinquir, especialmente la miseria o dificultad de ganarse el sustento propio.** En este plano entran en juego dos cuestiones: por un lado los factores que incidieron en la decisión de delinquir del autor, lo cual puede estar basado en motivaciones tales como venganza, codicia, provocación de la víctima, etc., al mismo tiempo dichas conductas pueden estar previstas en el mismo C.P. como requisitos de consumación del hecho (elementos del tipo). Los distintos motivos que tuvo el autor para delinquir pueden configurar un tipo penal agravado⁵. Por otro lado, se encuentra el factor económico, atinente a la posibilidad del imputado de satisfacer sus necesidades básicas y las de las personas a su cargo, el cual en líneas generales es considerado como atenuante⁶. De otro costado, el C.P. en su art. 22 bis establece genéricamente la pena de multa en aquellos delitos cometidos con ánimo de lucro (De La Rúa: op. cit.:700 y ss.).
5. **Participación.** El magistrado, al evaluar este aspecto, lo que hace es determinar la concreta entidad de la participación del sujeto en el hecho delictivo en cuestión. Sería una valoración complementaria a la estatuida por el C.P. en materia de participación criminal (Ídem: 698).
6. **Antecedentes penales y reincidencia.** La valoración aquí se centra en la existencia o ausencia de condenas previas

⁵ Ejemplo: art. 80 inc. 2, 3, 4 y 7 C.P.

⁶ Ver en este sentido De la Rúa, Jorge, Op. Cit. págs.700 y ss.

respecto del sujeto que se sanciona. Es común que se estime como elemento atenuante la ausencia de antecedentes penales. Hilda Marchiori (op. cit.:25) resalta la importancia que tiene el análisis de este aspecto, puesto que en los casos en que existe reincidencia, la situación debería alertar a la sociedad en general ya que se está poniendo de manifiesto el fracaso del sistema. Por ello insiste en la necesidad de un análisis pormenorizado de este punto, debiendo el juez tomar conocimiento de la sentencia anterior, del tipo de delito cometido, del bien jurídico afectado por ese hecho delictivo, del tiempo de la condena anterior y del período en que el responsable efectivamente permaneció en la institución, etc.

7. **Vínculos personales.** Los vínculos personales se refieren a “la relación del autor y la víctima, el conocimiento del grado de vulnerabilidad, la conciencia de la impunidad para el hecho, etc.” (idem). Marchiori habla de tres tipos de vinculación: relación familiar, relación de conocimiento previo (como amistad, vecindad), y relación de desconocimiento total. La valoración agravante o atenuante depende del caso concreto y las particularidades que rodeen al mismo.
8. **Peligrosidad en razón del tiempo, del lugar y de la ocasión.** En este plano se valora el mayor o menor peligro que genera ese hecho y ese sujeto que delinque, de acuerdo a diversas circunstancias. El tiempo alude al momento cronológico en que se lleva a cabo el delito; así la nocturnidad suele ser considerada como agravante si se trata de un delito doloso, mientras que suele valorarse como atenuante si se trata de un hecho culposo (De la Rúa, op. cit.:698). El lugar se vincula al espacio físico en el que se desarrolla la acción delictiva; en la actualidad, es común el estimar como de mayor peligrosidad la comisión de hechos criminales en la vía pública. Finalmente, la ocasión, implica la valoración de si el delincuente se aprovechó o no de una circunstancia ocasional. Cuando la circunstancia ocasional se presenta de manera casual no suele operar como agravante, sin embargo, si es generada por el propio autor del hecho, actúa como tal (idem).

4. Debates en torno a la regulación de la individualización judicial de la pena.

Los juristas discuten sobre diversas cuestiones atinentes a la individualización judicial de la pena y su regulación. Entre los principales debates encontramos los siguientes:

a. La naturaleza del sistema de fijación del *quantum* de la sanción penal.

¿Derecho penal de acto, o de autor?

Por un lado, están quienes sostienen que se trata de un sistema de individualización personal de la sanción, el cual posee un importante fundamento subjetivo. Las circunstancias objetivas sólo sirven como datos para conocer la faz subjetiva, siendo la base de la medición de la pena la dualidad culpabilidad-peligrosidad (Núñez, op. cit.:452). Dentro de este grupo de autores, el doctrinario Carlos Creus, señala que si bien las circunstancias enunciadas en el inciso 1 del artículo 41 C.P. no aluden de manera directa a la peligrosidad del autor del hecho, no puede tampoco calificarse a las mismas como estrictamente objetivas, puesto que hay en ellas una referencia, mayor o menor, a la culpabilidad del sujeto (Creus, op.cit.:447). Dicho autor coincide con Ricardo Núñez en erigir la dupla culpabilidad-peligrosidad como la pauta definitoria de la naturaleza del sistema.

Es interesante, a los fines de una mayor comprensión de este tema, tener presente el concepto de peligrosidad que brinda Hilda Marchiori, al cual dota de un contenido novedoso y diferente. Esta especialista no asocia de manera directa y exclusiva a la peligrosidad con las posibilidades delictivas futuras, sino que entiende que la misma se refiere a “la impunidad en el accionar del individuo y la indefensión y vulnerabilidad de la víctima” (Marchiori, op.cit.: 25).

Por otro lado, algunos doctrinarios sostienen que no resulta acertado afirmar que el sistema establecido el art. 41 C.P. es estrictamente subjetivista. Afirman que la fijación de la cantidad de pena es el resultado de un doble proceso; por un lado el magistrado ha de apreciar las circunstancias objetivas y luego, por otro, las calidades del autor. Ambos aspectos se encuentran enumerados en la norma en un plano de igualdad. Desde esta perspectiva, generalizar el principio de peligrosidad no se correspondería con la naturaleza del sistema penal vigente. La peligrosidad es sólo un criterio más a tener en cuenta al tiempo de determinar la sanción, pero no es el único ni tiene primacía por sobre los demás⁷.

⁷ SOLER, SEBASTIÁN, Op. Cit. págs. 420 y ss.-; Ver también Fontán Balestra Carlos, Op. Cit. (www.onl.abeledoperrot.com).

Entonces, es posible distinguir dos posturas principales en torno a la determinación de la naturaleza del sistema de individualización judicial de la pena: quienes sostienen que es de carácter subjetivo (basado en las nociones de peligrosidad y culpabilidad), y quienes entienden que no es estrictamente subjetivo, puesto que las circunstancias objetivas y subjetivas se encuentran a un mismo nivel al tiempo de la determinación del *quantum* de la sanción.

Siguiendo a Mezger, Fontán Balestra señala que el artículo 41 del C.P. ensambla lo que podría denominarse como premisa del acto y premisa del autor, debiendo el magistrado, al tiempo de efectuar la fijación del *quantum* de la sanción, buscar el equilibrio más perfecto posible entre estos dos aspectos. El postulado del acto atañe a la acción delictiva aislada cometida por el agente; el postulado del autor, supone que la pena no sólo tiene que ser adecuada en función del acto aislado, sino que también debe tenerse en cuenta la personalidad del condenado (Fontán Balestra, 1995: 553/555).

Para este jurista, se debe hablar de circunstancias objetivas basadas en el postulado del acto y de circunstancias subjetivas fundadas en el postulado del autor

Ahora bien ¿qué sucede a nivel de la praxis judicial? Conforme a los resultados de nuestro estudio se pudieron detectar numerosas sentencias en las que, por ejemplo, los medios empleados o la naturaleza de la acción se evaluaban como factores en contra del condenado (incidiendo en un aumento de la sanción penal), no en sí mismos por sus características particulares, sino por la información que proporcionaban al magistrado acerca de la peligrosidad del sujeto. Sin embargo, esto no es necesariamente una regla general, ya que otra porción de la muestra, revela una valoración objetiva de las circunstancias del inciso 1 del art. 41 C.P. Una conclusión posible sería la de considerar que la dicotomía planteada en la doctrina, en torno a la naturaleza del sistema de fijación de la cantidad de pena, se reproduce en cierta manera, en los tribunales: es decir, se da, no sólo en los libros, sino también en la praxis judicial concreta.

b. El carácter de la normativa en materia de individualización judicial de la pena, ¿es obligatoria? Y en su caso ¿es taxativa?

Parte de la doctrina sostiene que la enumeración es de carácter enunciativo, y que las circunstancias allí contenidas deben ser valoradas por el juez en cada caso concreto, asignándole a las mismas un sentido atenuante, agravante o irrelevante (De la Rúa, op. cit.: 698). Dicho tenor meramente enunciativo y explicativo, no impide entonces que el magistra-

do pueda considerar otros elementos no consignados expresamente en la norma⁸.

El precepto en estudio presenta una particularidad que genera debate. Por un lado, el texto de la norma no resulta claro en cuanto a si los jueces tienen el deber de examinar exhaustivamente cada uno de los aspectos allí contenidos, o si tal evaluación no resulta necesaria. Por el otro, la flexibilidad e indeterminación de la norma en cuestión han sido objeto de numerosas críticas.

La doctrina coincide al señalar que, al tiempo de resolver cada caso concreto, el sistema legal vigente deja casi por completo en manos del juzgador, la fijación del *quantum* de la sanción, así como también la decisión de aplicar o no penas accesorias y otras medidas⁹.

En este sentido, y tal como se indicó precedentemente, el artículo 41 C.P. no aclara si existe obligación de los magistrados de examinar exhaustivamente cada aspecto allí enumerado (Marchiori, op. cit: 25).

Para Patricia Ziffer (op. cit: 25) existe un trasfondo cultural en torno al artículo 41 C.P., que pone el acento en las ventajas de la indeterminación y ductilidad de la norma. La autora critica esta situación considerando que hay una flexibilidad excesiva, puesto que se admite que los magistrados decidan sin una fundamentación completa, y recurran a fórmulas vacías al momento de la fijación del *quantum* de la sanción penal.

Por su parte, Marchiori, recalca que muchos magistrados no utilizan adecuadamente los dos incisos del artículo 41, ya que al condenar lo hacen fijando la cantidad de pena sobre la base de una o dos de las circunstancias allí consignadas. Ello resultaría reprochable puesto que la individualización de la sanción debe ser personalizada; esto no ocurre en tanto se condena desconociendo al delincuente, su historia personal, su capacidad delictiva, etc. (Marchiori, op.cit.:25).

Nuestro estudio permite, pese a tratarse de un universo de análisis limitado, esbozar algunos planteos en torno a esta problemática. Es una realidad el hecho de que algunos jueces recurren a frases breves y vacías de contenido, sin hacer explícitos los fundamentos de la fijación de la cantidad de pena. Si bien no se trata de una práctica que pueda considerarse como generalizada, en muchas sentencias se observa la ausencia de un examen completo de la totalidad de las circunstancias del artículo 41 del C.P.

A partir de las opiniones de los doctrinarios y de lo observado en las prácticas judiciales podemos concluir que las discusiones sobre la obligatoriedad y el carácter taxativo del artículo 41 del C.P. constituyen deba-

⁸ Ver en este sentido Núñez Ricardo, Op. Cit. págs. 452 y ss.

⁹ Ver en este sentido Fontán Balestra Carlos, Op. Cit. (www.onl.abeledoperrot.com).

tes abiertos, cuyas implicaciones prácticas son muy relevantes. Si, por una parte, las “pautas generales de apreciación” de dicho artículo, según las denomina Creus, fuesen obligatorias y además taxativas, los jueces deberían considerarlas a todas al individualizar la pena, sin contemplar otros aspectos. De ser así, lo enunciado por dicha norma resultaría insuficiente para abarcar la amplia diversidad que ofrece la realidad respecto a los elementos vinculados tanto al acto delictivo como al autor. En consecuencia, ello resultaría demasiado restrictivo en la tarea de individualización de la pena.

Si por el contrario, su carácter es enunciativo, algún autor puede argumentar que el artículo citado no estaría brindando herramientas suficientes para que el juez funde sus decisiones de manera coherente con los hechos y procesos concretos, o que estaría dando demasiado espacio para el uso de la discrecionalidad judicial al establecer el *quantum* de la pena.

Ambos temas y sus implicaciones no son menores, por lo que resulta relevante ampliar y profundizar su discusión, incorporando no sólo criterios normativos, sino también pragmáticos, con la finalidad de que las normas operen como un instrumento útil y eficiente para la acción judicial.

c. La llamada doble valoración en la configuración del hecho, tipo penal y en la individualización judicial de la pena.

Por un lado, hay autores que entienden que no existe ningún supuesto en el cual pueda aceptarse la doble valoración de las pautas establecidas por el artículo 41.

En este sentido, Fontán Balestra señala que “la aplicabilidad de las circunstancias enumeradas por el artículo 41 no tiene un carácter ilimitado. Se halla regida por el principio *non bis in idem*. Cuando dichas circunstancias han sido valoradas previamente por la ley para estructurar la figura delictiva o básica, o la forma cualificada, su nuevo cómputo por el juez en la individualización de la pena importaría la violación de aquel principio” (Fontán Balestra, 1995: 553-555).

En la misma tesitura, Patricia Ziffer (op.cit.: 25) indica que la doble valoración está prohibida. El legislador habría plasmado en el tipo penal todas las valoraciones reprochables y las circunstancias que fundan el ilícito, las cuales no pueden volver a ser consideradas al fijar la pena. Cita como ejemplos que no se puede agravar el castigo en el homicidio por la producción de una muerte lamentable, ni el robo por la violencia ejercida en el apoderamiento.

Por otro lado, otros autores consideran que existen excepciones a esta regla, si bien las mismas son discutibles. La misma Ziffer acepta la posibilidad de valorar dos veces una misma circunstancia, dando como

fundamento la regla de la especificidad. Ilustra su posición a partir del artículo 125 del C.P., el cual agrava la corrupción de menores, cuando el sujeto activo es una persona encargada de la educación o guarda de la víctima. Opina que es correcto volver a valorar esto en la determinación de la pena, si el autor es el padre biológico, dado que este se trata de un rol y una investidura específicas dentro del conjunto de guardadores genéricos posible (Ziffer, op. cit.:25).

En este ámbito de discusión la jurisprudencia ha emitido su opinión. Un ejemplo de ello es el caso del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, (sala I) en el que se resolvió que “constituye una doble valoración la circunstancia de que el Tribunal de grado haya considerado como agravante el uso de un arma de fuego, habida cuenta que simultáneamente los imputados fueron condenados por el delito de robo agravado en razón del uso de armas en grado de tentativa y portación ilegal de armas de fuego de uso civil”.

5. El artículo 41 y la praxis judicial

Ahora bien, más allá de lo establecido por las normas del C.P. analizadas y de las interpretaciones doctrinarias: ¿qué ocurre a nivel de las prácticas judiciales concretas?

En los hechos son los jueces quienes efectivamente fijan la cantidad de pena, sopesando las diferentes circunstancias del art. 41 C.P. De allí surge nuestro interés por trabajar sobre esta circunstancia, para observar sus variaciones en la praxis judicial, el cual se resume en un interrogante concreto: ¿los jueces tienen en cuenta la totalidad de los elementos del artículo 41 C.P al individualizar la pena?

Como cada figura delictiva tiene sus propias particularidades, consideramos importante centrar nuestra investigación en sentencias judiciales condenatorias de dos tipos de delitos: el homicidio simple y el robo calificado por el uso de arma de fuego operativa (art. 166, inc. 2do, 2do pfo.) o cuya operatividad no ha sido acreditada (art. 166, inc. 2do, 3er pfo.).

A fin de delimitar el campo de análisis nos centramos en las sentencias dictadas por las Cámaras del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba. Se trabajó con el universo de sentencias dictadas en el año 2008 (192 piezas judiciales)¹⁰.

Los resultados obtenidos tras un examen pormenorizado de las sentencias permiten afirmar la existencia de tendencias específicas observables generadas en el seno de la organización judicial, fruto de la praxis

¹⁰ De las 192 sentencias, 19 corresponden al delito homicidio y 173 al delito robo calificado por uso de arma.

judicial concreta, las que se detallan sumariamente en el cuadro siguiente. Para facilitar su lectura, el mismo fue subdividido en cuatro segmentos, teniendo en cuenta si los elementos se refieren al hecho delictivo o al autor.

Cuadro: Elementos del artículo 41 del C. P. mencionados por los jueces en las sentencias condenatorias. Primera circunscripción penal. Año 2008. Porcentajes.

Segmento	ELEMENTOS ART. 41 C.P.	Consideración
A	Reincidencia y antecedentes personales	84,4 %
	Edad	83,3%
B	Naturaleza de la acción	55,2%
	Extensión del daño	51,6%
C	Educación	49,5%
	Miseria/ Ingresos semanales	47,4%
	Medios Empleados	43,8%
	Participación	24%
	Peligro en razón del tiempo	18,8%
	Conducta precedente	17,7%
D	Peligro en razón de la ocasión	14,6%
	Conducta posterior	9,9%
	Peligro en razón del lugar	9,4%
	Vínculos personales	4,2%

En el segmento "A" podemos apreciar que dos elementos son tenidos en cuenta por la amplia mayoría de los jueces: reincidencia/antecedentes y edad. Ello nos lleva a pensar acerca de uno de los debates: el dilema entre el derecho penal de acto y de autor. Los antecedentes personales plasman de una manera muy fuerte el derecho penal autor, dado que incrementan la pena por el solo hecho de tener otras condenas, aún cuando el sistema legal ya contiene un incremento mediante el instituto de la reincidencia. Los datos reflejan que los jueces se orientan hacia el derecho penal de autor, ya que en más del 80% de las sentencias analizadas asignan relevancia a estos aspectos subjetivos.

Sin embargo, no podemos afirmar que la naturaleza del sistema de fijación de la pena es subjetivista y que esté basado solamente en el dualismo culpabilidad-peligrosidad. Si tomamos el segmento "B", detectamos que en la cuantificación de la pena más del 50% de los jueces tiene presente características que forman parte del hecho en sí, sin importar quien ha sido su autor: la naturaleza de la acción y la extensión del daño. Resulta

plausible afirmar que, en la práctica, se daría un sistema mixto (objetivo-subjetivo), en el que prevalecería una manifiesta orientación subjetivista.

Siguiendo el análisis, surge la cuestión en torno a la doble valoración. Tanto la naturaleza de la acción como la extensión del daño forman parte de la configuración del hecho, es decir de los tipos penales seleccionados en nuestra investigación. No se podría imaginar un homicidio, ni un robo calificado por uso de arma, sin la producción de un daño, o sin la manifestación de una acción concreta que denote mayor o menor peligrosidad (De la Rúa, op. cit.: 698). Estos elementos han sido previamente valorados por el legislador. Sin embargo, las cifras demuestran que más del 50% de los jueces a la hora de fijar el *quantum* de la condena, valoran tales elementos.

Nos preguntamos si hay una violación al principio *non bis in idem*, como lo entiende parte de la doctrina¹¹, sin perder de vista que la valoración en análisis tiene un fin totalmente distinto a la de juzgar el hecho delictivo en sí. El juez, una vez que llega a la certeza de que existió el hecho y condena a su autor, entra en otro momento decisivo, ya no valorando si el hecho delictivo existió o si fue cometido por la persona acusada, sino, sopesando los distintos elementos para asignar la cantidad de la pena dentro de la escala penal establecida a esa persona cuya suerte ya está echada.

De manera que no habría una nueva persecución penal, la que de hecho ha finalizado, por lo que no se estaría violando el principio *non bis in idem*. La nueva valoración se tornaría necesaria, pues existen diferentes grados de violencia en un contexto dado, y la extensión del daño puede ser mayor o menor. Incluso en el caso del robo calificado, el daño es considerado inexistente en numerosos supuestos, donde los objetos robados han sido devueltos a su dueño. Se entiende que el bien jurídico protegido vulnerado, en este caso la propiedad, es restaurado.

Por lo tanto, las valoraciones de cada uno de los elementos del art. 41 C.P. permiten que los jueces fundamenten sus opciones: en el caso del robo calificado entre cinco y quince años de prisión, o entre ocho y veinticinco años en el homicidio simple. De allí la necesidad de realizar una valoración minuciosa.

El segmento "C" comprende elementos o aspectos cuya presencia en las sentencias judiciales es inferior al 50%. Nos volvemos a encontrar con la tendencia hacia el derecho penal de autor, pues elementos subjetivos como la educación y los ingresos semanales son más valorados que los medios empleados, lo cual constituye un aspecto referido al acto. Una particularidad de la educación y los ingresos semanales es que la gran ma-

¹¹ Ver FONTÁN BALESTRA, Op. Cit. (www.onl.abeledoperrot.com).

yoría de jueces valoran estos factores en forma atenuante y favorecen al condenado al disminuir la pena¹². Un número elevado de procesados no terminaron los primeros años del secundario (C.B.U.), y los órganos judiciales consideran que debido a su escaso nivel sociocultural no logran comprender la criminalidad de los hechos. Asimismo por ser personas de escasos recursos económicos, con trabajo precario, los magistrados interpretan que al no tener facilidades para el sustento propio y al vivir en un estado de miseria debe atenuarse la condena.

Con esta realidad, cabe preguntarse cómo se relacionan estos datos con lo que la doctrina sostiene a cerca de la naturaleza del sistema de individualización judicial de la pena, con base en la dupla culpabilidad-peligrosidad (Núñez, op. cit.: 452 - Creus, op. cit.: 447). Visto así, parece que la escasa educación y la miseria son un indicador de menor peligrosidad para la mayoría de los magistrados.

Continuando con los medios empleados, es interesante resaltar que la mayoría de los jueces los consideran como agravante, aumentando el tiempo de condena¹³. Aquí necesariamente retornamos a la llamada doble valoración. En los casos de robo calificado por uso de armas, fuera de casos aislados en que se valora por ejemplo utilizar un vehículo para la fuga, o el uniforme de un policía, los jueces tienen especialmente en cuenta la forma en que se utilizó el arma, ya sea disparando, golpeando, apuntando, apoyándola en la cabeza, en la boca, en hijos de la víctima, etc. Cabe concluir que la utilización del arma es valorada como agravante por la gran mayoría de los jueces. A esto se refiere Patricia Ziffer cuando admite la doble valoración con fundamento en la regla de especificidad (op. cit.: 25).

Finalmente, en el segmento "D" se agrupan los elementos menos utilizados por los jueces, en el que aparecen tanto aspectos subjetivos como objetivos. Con excepción de la conducta posterior, los demás son valorados de manera agravante casi en la totalidad de las sentencias¹⁴. Se refleja así la tendencia al agravamiento, caso contrario, no son valorados. Si nos planteamos, como situación hipotética, que los jueces deban tomar como obligatorio considerar todos los elementos del art. 41 CP y fundamentar sus decisiones de manera completa, nos surge como interrogantes si sus sentencias reflejarían tendencias similares o distintas a las encontradas en nuestra investigación, o si estos últimos elementos mencionados serían considerados como atenuantes en la mayoría de los casos.

¹² La educación es valorada en sentido favorable en 91,6% de los casos considerados y los ingresos semanales en 86,8% también en sentido favorable de los casos considerados. Lista C., Bertone F., Azcona N., Mera Salguero A., Soria García, Op. Cit. págs. 313-340.

¹³ Los medios empleados son valorados en forma negativa al condenado en el 96,4% de los casos. Lista C., Bertone F., Azcona N., Mera Salguero A., Soria García, Op. Cit. págs. 313-340.

¹⁴ Ver Lista C., Bertone F., Azcona N., Mera Salguero A., Soria García, Op. Cit. págs. 313-340.

Esto nos dispara nuevas preguntas: ¿los jueces, a la hora de la individualización de la pena se posicionan desde el mínimo, la mitad o el máximo de la escala penal? Y por último ¿desde dónde es aconsejable que partan en su razonamiento?

Con relación a la obligatoriedad/no obligatoriedad de considerar los elementos enunciados por el art. 41, los jueces parecen interpretar que la frase “se tendrá en cuenta...” consagra la no obligatoriedad. En los hechos, lejos están de valorar todos los elementos. Se manifiesta claramente que de los catorce elementos que prescribe el art. 41 C.P. sólo dos son atendidos por la mayoría (“A”), otros cinco por aproximadamente la mitad (“B” y “C”), y los siete restantes elementos son escasamente valorados (“D”).

Las cifras analizadas precedentemente son trascendentes, ya que además de revelar tendencias puntuales dentro de la praxis judicial, dan lugar al planteamiento de diversas cuestiones que pueden propiciar el debate y un examen más exhaustivo del tema. Lo antes señalado es sólo un adelanto de numerosos planteos que pueden efectuarse en torno a los resultados recogidos en el trabajo que opera como antecedente de este artículo. Es por ello que, por su nivel de complejidad, no pretendemos agotar aquí el presente tema.

6. Conclusiones e implicaciones.

El análisis doctrinario y la investigación de campo dan lugar a la posibilidad de observar de una manera diferente el desarrollo de la actividad de individualización judicial de la pena.

Los magistrados tienen a su cargo la resolución de conflictos sociales de diversa índole. Al hacerlo generan una acción social concreta, la cual se integra a un entramado complejo de relaciones y a su vez, se nutre de él. La labor bajo análisis, independientemente de los parámetros a partir de los cuales pretenda evaluársela, es reveladora de tendencias específicas, cuya negación sólo contribuiría a ahondar la brecha existente entre la realidad y las aspiraciones que se puedan tener respecto a ella.

Independientemente de lo que se discuta a nivel doctrinario acerca del carácter del sistema de fijación del *quantum* de la pena, del valor de las circunstancias enunciadas en el art. 41 C.P. y del sentido agravante o atenuante que las mismas poseen, lo cierto es que los órganos judiciales, demuestran a partir de su praxis concreta cierto grado de autonomía que se manifiesta a través de la utilización de criterios de fijación del *quantum* de la pena que no necesariamente coinciden con las opiniones de los doctrinarios, ni se ajustan totalmente a los prescripto por la ley. Dudamos que sea prudente ignorar lo que existe

desde el punto de vista fáctico, para centrarnos en construcciones teóricas coherentes y armoniosas; ello quizás sólo logre alejar la mirada del mundo real.

La propensión de los jueces a sólo tener en cuenta ciertos elementos del artículo 41 C.P. y a considerar irrelevantes a otros y el hecho de que ciertas circunstancias de las enunciadas en la norma se estimen como atenuantes o agravantes de manera general permite sostener que existe cierta coherencia en el obrar de los magistrados, independiente de las opiniones doctrinarias, e incluso de la norma. Se trata de una especie de lógica interna, propia de quienes realizan esta labor, cuyo resultado es una acción social relevante, con impacto inmediato en la sociedad.

La ley es obligatoria para el juez, quien se encuentra compelido a respetarla. No obstante ello, es plausible considerar que no tiene el deber de apegarse ritualmente a su contenido, sino que es menester que sea capaz de utilizar la legislación vigente de manera racional y crítica. De lo contrario no se estaría llevando adelante la función de control que posee el poder judicial y con ello se acabarían vulnerando las garantías constitucionales de los individuos. Las normas pueden y deben ser revisadas, ya que de nada sirve un precepto que no cumple con la finalidad para la cual fue creado o no atiende a la realidad en la cual se aplica.

Por otro lado se encuentra la doctrina, cuya función consiste en aportar explicaciones coherentes y proponer soluciones sobre diversas problemáticas, coadyuvando de este modo a la realización de la labor jurisdiccional. Tales construcciones teóricas no obligan a la judicatura, sino que sirven para orientar y cooperar en su labor.

Como fruto de la investigación realizada utilizando sentencias judiciales hemos podido observar al magistrado desde otro ángulo, no sólo en relación a su tarea en materia de fijación de la cantidad de pena. El juez es un actor social y como tal, no puede dejarse de lado que es un sujeto contextualizado social y organizacionalmente, como en algún momento se pretendió sobre la base del apego al formalismo jurídico y en función de las enseñanzas de la dogmática europea.

Como toda persona que se desenvuelve en el seno de una determinada estructura social, el magistrado se ve influido por ésta dando “una imagen de juez como administrador de tensiones y conflictos derivados de la coexistencia de distintos tipos de racionalidad que confluyen, frecuentemente de manera conflictiva, sobre el ejercicio de tareas y funciones que el juez realiza y cumple” (Lista, 1999: 390/395). A ello se suma, la particular impronta que una organización determinada, como es el caso del poder judicial, le aporta a cada uno de los individuos que la componen.

El hecho es que el modo en que se seleccionan las circunstancias del art. 41 C.P., y el valor atenuante o agravante que se les asigna, no resulta librado únicamente a criterios jurídico-formales, sino que también se encuentra estrechamente ligado a las influencias sociales y organizacionales que reciben los jueces en su carácter de actores sociales.

Es por ello que consideramos que la clave para promover cambios positivos a nivel social e institucional estriba en la producción de análisis integrales de cada problemática, a partir de marcos teóricos y estrategias metodológicas que incorporen y articulen aportes y perspectivas de distintas disciplinas. Para ser comprendidos en su complejidad, los procesos socio-jurídicos deben ser observados en su conjunto, conjugando las construcciones discursivas que se generan a nivel legislativo y doctrinario con las prácticas judiciales, a fin de favorecer el enriquecimiento recíproco entre quienes elaboran las leyes, quienes las interpretan teóricamente, y quienes las aplican al caso concreto.

La teoría y práctica de la individualización judicial de la pena sería uno de los ámbitos en el que este proceso de articulación merece ser intentado, para lograr que las sanciones penales resulten más eficaces y justas en atención al reclamo social de una mejor justicia, y a la protección tanto de los derechos de los condenados como de los de las víctimas de los delitos.

Bibliografía

CREUS, CARLOS, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 4ta edición, año 1996.

DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal Argentino-Parte General*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2da edición, año 1997.

FONTÁN PALESTRA, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal-Tomo III-Parte General*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2da edición, año 1995.

LISTA, CARLOS A., "¿Administración de Justicia o Administración de Tensiones?: un enfoque multidimensional", en Juan Carlos Agulla (compilador), *Ciencias Sociales. Presencia y Continuidades*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias, Instituto de Derecho Público, Ciencia Política y Sociología, año 1999.

LISTA C., BERTONE F., AZCONA N., MERA SALGUERO A., SORIA GARCÍA E. Colección investigaciones y ensayos, *Violencia familiar y análisis de sentencias en el fuero civil, penal y laboral*, Córdoba, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Tomo 4, Apartado II, Capítulo II: "La individualización judicial de la pena", año 2009.

MARCHIORI, HILDA, *Determinación judicial de la pena*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1995.

NÚÑEZ, RICARDO, *Derecho Penal Argentino-Tomo II*, Buenos Aires, Editorial Omeba, año 1988.

SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino-Tomo II*, Buenos Aires, Ed. Tipográfica Argentina, año 1973.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, PLAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Ediar S.A., año 2002.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, Venezuela, Ed. Monte Avila, año 1993.

ZIFFER, PATRICIA S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ed. Ad-hoc, 2da edición, 1era reimpresión, año 2005.



LA CRÍTICA FEMINISTA AL DISCURSO JURÍDICO

(O DE CÓMO ENTENDER AL DERECHO COMO UN ÁMBITO DE LUCHA POR LA IGUALDAD DE GÉNERO)

*Mariana N. Sánchez**

Resumen: Durante siglos la relación entre los conceptos emergentes de la problemática del género y el Derecho fue obviada, pese a ser el terreno jurídico uno de los referentes básicos para la moderna configuración del sistema de géneros. El contacto con la justicia formal ha sido, a través del tiempo, desigual y diverso en relación con los sexos.

No obstante, más recientemente, el acuerdo teórico sobre la posición según la cual, independientemente de lo naturales o comunes que puedan parecer las diferencias sexuales, las diferencias entre hombres y mujeres no responden exclusivamente a factores biológicos sino que —más bien— son construidas socialmente, ha alentado los esfuerzos por revisar las maneras en la que el Derecho puede generar, producir o construir diferencias y jerarquías sociales. O, mejor aún, por entender al Derecho como una institución capaz de mitigar el fuerte impacto de la desigualdad y la discriminación sobre la vida de las mujeres.

Palabras claves: feminismo jurídico - igualdad - mujer - género - Derecho.

Introducción.

El feminismo, como conjunto de ideas y creencias que busca alcanzar la efectiva igualdad de géneros, crea y recrea estrategias de lucha para alcanzar la igualdad en todas las esferas de la vida. También en el Derecho, tanto como instrumento de lucha para lograr las reformas deseadas como instrumento a ser reformado, puesto que también el Derecho intrínsecamente puede considerarse una fuente de desigualdad en sí misma.

En este contexto, podemos encontrar a lo largo de los años numerosas demandas legales en pro de la igualdad de géneros, reformas normativas de consideración y transformaciones profundas en las estructuras ju-

* Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Magíster en Métodos y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales por la Universidad Blas Pascal. Doctora por la Universidad de Zaragoza en el Programa de Doctorado de Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad de Zaragoza, España. Profesor Asistente de Sociología Jurídica en la Facultad de Derecho, UNC. Investigadora categorizada dentro del Programa Nacional de Incentivos. E-mail: msanchez@derecho.unc.edu.ar.

rídicas, como Cortes Supremas de Justicia que cada vez más son integradas por mujeres. También el feminismo ha impregnado la academia jurídica a través de la creación de carreras y estudios específicos, revistas especializadas en el tema, encuentros y reuniones científicas. Una parte del feminismo se ha convertido así en una teoría jurídica más¹: el Feminismo Jurídico, que aparece como un esfuerzo por introducir el discurso feminista en la teoría del Derecho.

Esta Teoría Jurídica Feminista, fortalecida dentro del movimiento feminista alrededor de la década de los 80², centra sus estudios en una crítica del Derecho y de las instituciones jurídicas y de las relaciones existentes entre estos y la vida de las propias mujeres. El realismo jurídico y la escuela crítica del Derecho pueden entenderse como sus principales referencias intelectuales. Su enfoque sobre el Derecho y las estructuras que lo contienen es radicalmente crítico, cuestionando sus ponderados principios generales como los de igualdad, objetividad o imparcialidad, desmitificando el sistema jurídico y sacando a la luz el soporte ideológico masculino y patriarcal que lo sostiene³.

¹ *La teoría jurídica de los noventa*, al decir de Owen Fiss, “¿Qué es el Feminismo?”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 14, 1993, pág. 320. El subrayado es mío.

² Aunque podemos señalar el comienzo de la inclusión del movimiento de mujeres en los círculos legales, más específicamente en el plano constitucional, en 1973 con el renombrado caso *Roe v. Wade*.

³ Soporte que sobrevivió indemne a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Constituyente Francesa del 26 de agosto de 1789 en donde el principio de igualdad ante la ley se enuncia por primera vez de forma explícita; ya que a la par de la proclama formal, abstracta y universal de este principio de igualdad ante la ley, persistían de manera coetánea la institución de la esclavitud y la exclusión de las mujeres del derecho al voto, evidenciando que en la sociedad se encontraban conviviendo ciertos *entes* que no caían bajo la categoría de humanos y menos aún de ciudadanos (ateniéndonos al título de la Declaración). Y desde entonces hasta nuestros días, en los que aquella proclama liberal con talento universalista sigue vigente, identificando al sujeto supuestamente universal de los Derechos con una determinada categoría de seres humanos: varón, blanco y propietario, tal como lo señala María Ángeles Barrère Unzueta, “Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual” en *Género y Derechos Humanos*, Andrés García Inda y Emanuela Lombardo (Coordinadores), Mira Editores, Zaragoza, 2002, pág. 20.

Resulta oportuno destacar aquí en acuerdo con la profesora Ana Rubio Castro, cómo dichas contradicciones han sobrevivido mucho tiempo a lo largo de la historia y cómo las sucesivas superaciones a esas contradicciones —si bien han sido instadas a fuerza de reclamos y luchas por parte de los grupos más desfavorecidos, de entre los que el feminismo destaca sobremanera— sólo han sido aceptadas, aprobadas y puestas en práctica por parte de quienes detentan el poder social y sólo bajo el contenido y en la medida que estos grupos poderosos estimaron (y estiman) necesario para perpetuar su control. Ana Rubio Castro, “Prólogo”, *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, María Ángeles Martín Vida, Universidad de Granada, Granada, 2004, pág. 13.

Para una revisión histórica del concepto de igualdad y del principio de igualdad ante la ley pueden consultarse además de las citadas, entre otras obras, Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993; Amelia Valcárcel, *Del miedo a la igualdad*, Crítica,

Ha concretado, desde sus diversas perspectivas, una de las aportaciones más interesantes y oportunas para las mujeres y su relación con el Derecho: la insuficiencia del concepto formal de igualdad⁴. Con metodologías que realzan enfoques cualitativos de análisis, sus estudios y trabajos intentan comprender el funcionamiento de las instituciones jurídicas, su alcance y valores. Constituye, en síntesis, una teoría crítica sobre la igualdad del Derecho cuyo ejercicio afirmativo se traduce en la lucha por el logro de una sustancial y real igualdad para las mujeres⁵.

Barcelona, 1993; Encarnación Fernández, *Igualdad y Derechos Humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

⁴ Encarna Bodelón, "Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico" en *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Gemma Nicolás Lazo y Encarna Bodelón González (comps.), Roberto Bergalli e Iñaki Rivera Beiras (coords.), OSPDH, ANTHROPOS, Barcelona, 2009, pág. 111.

⁵ Se encuentra acordado completamente por la doctrina, que en las actuales sociedades pluralistas y democráticas no puede entenderse la igualdad sólo en su dimensión jurídica, puesto que ésta no resulta independiente ni ajena a las condiciones políticas, sociales y económicas que de hecho influyen en su efectiva consecución. Es decir, el principio de igualdad ante la ley no constituye en sí mismo un valor, no es útil *per se*, si no se encuentra ceñidamente vinculado con su dimensión material. Igualdad formal e igualdad material constituyen dos facetas del principio y del valor igualdad. La igualdad material deviene de la idea que todo orden normativo no constituye la expresión pura de valores ideales, sino que más bien se trata de una acción humana que pretende producir ciertos efectos en la sociedad; de ahí que el alcance y la validez de una disposición normativa sólo pueden y deben medirse en función de los efectos que produce en la vida real. Esta noción de igualdad sustancial, real o igualdad de trato se encuentra íntimamente conectada con la idea de justicia material y se identifica con la idea de *equiparación y equilibrio de oportunidades*, bienes y situaciones económicas, sociales y culturales. Los derechos a proteger, desde esta perspectiva de igualdad, son derechos a la *compensación de las desigualdades* de ciertos colectivos sociales, tal como lo señalan María José Añón Roig et al., *Lecciones de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 119. De alguna forma, la igualdad real deriva del mismo esquema conceptual de la igualdad formal: *la igualdad "real" es la misma igualdad "formal" cuando entre en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico a favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador*, Fernando Rey Martínez, "El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo" en *Género y Derechos Humanos*, Andrés García Inda y Emanuela Lombardo (Coordinadores), Mira Editores, Zaragoza, 2002, pág. 85.

Esta perspectiva bidimensional de la igualdad se ve reflejada en la Constitución Española, por ejemplo, en su artículo 14 que declara formalmente la igualdad de los españoles ante la ley y también en el artículo 9.2, el cual señala: *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado integrando ambos conceptos: "El art. 9.2 puede actuar como principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material..." (STC 98/1985, FJ 9). Y también en similares términos se manifiesta la Constitución de la Nación Argentina que, con la reforma de 1994, realiza su énfasis integrador y promulga en su art. 75, inc. 23, 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*

Tal como sostiene Beatriz Kohen, en la medida en que el feminismo jurídico fue progresando, la comprensión del Derecho se ha vuelto más abarcadora:

*el derecho pasa a ser interpretado como una manifestación de poder dentro de la sociedad, que no sólo se observa en los tribunales y las leyes, en los parlamentos y en los juicios, sino también en las otras instituciones que conforman el sistema jurídico, incluyendo los profesionales del trabajo social y/o los de la Psicología, así como aquellos que forman parte de instituciones de seguridad, como la policía.*⁶

No obstante y a pesar de la notoria evolución de la teoría feminista socio-jurídica en las últimas décadas, el campo jurídico ha planteado y sigue planteando barreras y obstáculos a este desarrollo. Se trata de problemas argumentados intelectual y políticamente y que de acuerdo a Carol Smart⁷ surgen de tres vertientes que aunque diferentes, se interconectan entre sí. La primera vertiente, el formalismo jurídico, se opone al desarrollo teórico del Derecho ofrecido por el sector feminista puesto que sostiene que el mismo, como conjunto de reglas sistemáticamente ordenadas y con coherencia lógica, puede ser entendido e interpretado con la sola lectura normativa de sus reglas, dejando de lado para su comprensión otros fenómenos sociales —como la clase y el género, por ejemplo— con los que se encuentra interconectado. La segunda vertiente, de corte liberal, afirma la irrelevancia del desarrollo teórico feminista, dado que sostiene que —en la actualidad y al menos en los países desarrollados— las discriminaciones sexuales ya han sido plenamente superadas por el Derecho. La tercera vertiente, que incluso comparte cierto sector feminista, se opone a cual-

por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Así, las disposiciones contenidas en estas actuales Constituciones nos permiten afirmar que aún normativamente ya no se estima suficiente la igualdad ante la ley en sentido formal, sino que además se requiere que la decisión política que ese principio encierra tienda a considerar los fines que se persiguen y los resultados que se logran, a los efectos de no afectar el derecho/principio/garantía que representa la igualdad dentro de cada sistema jurídico. Esto es, el Estado ya no cumple su misión limitándose a no obstaculizar el ejercicio de los derechos constitucionales, sino que debe crear las condiciones para el efectivo goce de derechos en igualdad mediante una política legislativa especial. Y, como lo sugieren los ordenamientos normativos citados, “las acciones positivas son los instrumentos constitucionales en que debe traducirse esa política legislativa”, Susana G. Cayuso, *Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 267.

⁶ KOHEN, BEATRIZ, “El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual” en *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Hyadée Birgin (Compiladora), Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, pág. 76.

⁷ SMART, CAROL, “La mujer del discurso jurídico” en *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Elena Larrauri (Compiladora), Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1994, págs. 167 y ss.

quier desarrollo teórico entendiendo al Derecho como una forma eminentemente práctica de aplicar justicia que, en el plano de la problemática de la mujer, se traduce en una necesidad práctica aún mayor (*contrapráctica* es el término que utiliza la autora citada) que modifique consecuencias concretas y reales de desigualdad o discriminación. Carol Smart concluye en este aspecto que estas tres vertientes.

representan un gran obstáculo para las partidarias de una teoría jurídica feminista, ya que ellas (nosotras) nos enfrentamos a las frustraciones de ser ignoradas o vistas como desfasadas dentro y por el derecho, siendo a la vez simultáneamente empujadas a renunciar a la teoría por el imperativo moral de hacer algo a través o dentro del derecho⁸:

Y es que el destacado debate entre universalismo/pluralismo, igualdad/diferencia, abstracción/concreción, asentado en raigambres filosóficas de la visión del Derecho y de la Justicia, también ha llegado a inmiscuirse en la relación entre género y Derecho, al punto de condicionar el papel de la mujer en el ordenamiento jurídico. A tal punto, es posible apreciar que si bien el pensamiento jurídico feminista está presente en diferentes campos jurídicos —la academia, los tribunales y las propias leyes— un mayor desarrollo y expansión se ha observado en otras disciplinas allegadas al Derecho como la sociología jurídica, la teoría política o la filosofía jurídica⁹.

De todas maneras, fue el llamado feminismo liberal el que comenzó inicialmente este proceso de lucha por la igualdad en el terreno jurídico, atacando la discriminación laboral y bregando por una real igualdad de trato. La adquisición por parte de la mujer del estatus de sujeto de Derecho y de ciudadana, la promulgación de nuevas legislaciones abarcativas del principio de igualdad de trato y las primeras condenas jurídicas de discriminación, fueron los principales logros obtenidos por las feministas liberales en la década de los 70. A medida que el movimiento fue madurando, otros objetivos temáticos fueron adquiriendo relevancia, como la utilización de la ley como instrumento de poder y opresión, la comprensión del sesgo machista de la ley, la discriminación laboral, las problemáticas de género y familia, las relaciones entre el Derecho y el cuerpo femenino, la violencia familiar, el papel de los operadores jurídicos y de las instituciones

⁸ SMART, CAROL, óp. cit., pág. 168.

⁹ Para revisar el discurso propio que la teoría feminista tiene en el campo de la filosofía moral, política y jurídica, ver el destacado y agudo trabajo de María Teresa López de la Vieja en *La Mitad del mundo. Ética y crítica feminista*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004. En cuanto a las ideas feministas más recientes en teoría política, Carme Castells (Compiladora), *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós, Barcelona, 1996.

que conforman el sistema jurídico, entre otros; además del cuestionamiento de los valores y principios básicos del sistema legal (igualdad, universalidad y neutralidad de la ley) tal como mencionáramos *ut supra*.

La crítica feminista al discurso jurídico se ha ido planteando en diferentes etapas o fases que coinciden —en términos generales— con la distinción de las diversas corrientes de feminismo; liberal, radical, socialista. De todas formas, presentarlas taxativamente constituiría un error, puesto que muchas de sus representantes pueden adherir a cualquiera de estas etapas o fases. La teoría jurídica feminista constituye un cuerpo de conocimiento en construcción, cuyas etapas de reflexión pueden interconectarse entre sí sin excluirse unas a otras. Siguiendo la terminología de Carol Smart¹⁰ y en un esfuerzo por organizar la producción teórica feminista en el campo jurídico, distinguiremos tres etapas cuya reconstrucción podría seguir el siguiente esquema de evolución:

El Derecho es sexista

Esta postura es referencia obligada en muchos de los estudios realizados alrededor de la década de los 60 y 70 y se la identifica con el feminismo de signo liberal y el movimiento de defensa de los derechos civiles. Entendiendo esencialmente al Derecho como un sistema de normas, la perspectiva sugiere que cuando la normativa jurídica diferencia a los sujetos según su género, siempre lo hace en desventaja de las mujeres, utilizando criterios diferentes de valoración a los utilizados con los hombres. El Derecho y los Tribunales otorgan a las conductas de hombres y mujeres valoraciones normativas diferenciadas que reafirman las desigualdades sociales.

¹⁰ En la explicación de las relaciones entre el Derecho y el género, diferentes autoras han desarrollado la evolución del feminismo socio-jurídico a partir de tres fases o etapas que, si bien denominan con terminología variada, mantienen en común el mismo hilo conceptual conductor que identifica dichas tendencias con las corrientes clásicas del pensamiento feminista: 'El Derecho es sexista', 'el Derecho es masculino' y 'el Derecho tiene género', en términos de Carol Smart; 'el modelo de la mismidad-igualdad frente a la diferencia', 'el modelo de la dominación' y 'el modelo posmoderno', en términos de Margaret Greenberg; 'el monopolio machista del Derecho', 'la cultura masculina del Derecho' y 'la retórica jurídica del orden social patriarcal', en términos de N. Naffine. Véase este punto en la explicación y citas que brinda Beatriz Kohen, *óp. cit.*, pág. 78 y ss. Asimismo, 'doctrina de la igualdad como equivalencia', 'la discriminación como negación de la igualdad sustantiva: la igualdad frente a la diferencia', 'el Derecho como forma del patriarcado' y 'género y subordinación en el campo jurídico-social', es la clasificación y terminología que utiliza Encarna Bodelón en este punto, *La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio del género*, WP N° 148, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1998, pág. 12 y ss. Igualmente, para reflexionar sobre la adecuación de este esquema evolutivo del feminismo jurídico en relación con la problemática de la violencia de género en España, ver Juana María Gil Ruiz, *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 173 y ss.

Sostiene Carol Smart que el punto de partida de este enfoque surge del establecimiento de una diferenciación entre varones y mujeres por parte del Derecho que colocó —de esta forma— en desventaja a la mujer¹¹. El Derecho ha asignado menor cantidad de recursos materiales a las mujeres al momento del matrimonio o el divorcio, por ejemplo; las ha juzgado por parámetros diferentes a los hombres, en el caso de la promiscuidad sexual; les ha negado la igualdad de oportunidades, al considerarla en un estatus diferente de sujeto de Derecho en las relaciones de familia; y ha dejado de reconocer los daños causados a las mujeres cuando estos mismos otorgaban ventajas a los hombres, en el caso de las leyes sobre prostitución y violación. Estas prácticas *sexistas* se convirtieron en el foco de interés de estas feministas de corte liberal, considerándolas inaceptables e indeseables, y se constituyeron en la mejor forma de desafiar el orden normativo existente.

Nótese que desde esta perspectiva no se cuestionan esencialmente los principios que sustentan al Derecho, como la objetividad o la racionalidad; se cuestiona que estos principios no se cumplen en aquellos casos referidos a mujeres. Como claramente lo sintetiza Encarna Bodelón, desde esta perspectiva se considera que:

*las leyes que deniegan derechos a las mujeres son leyes que pervierten la naturaleza misma del derecho y del principio de igualdad de derechos ... el problema es que el derecho no ha tratado de forma racional y objetiva a las mujeres*¹².

Esto es, las feministas jurídicas de esta primera fase interpretan al Derecho como una institución justa, racional e imparcial; esto no se pone en duda. Lo que sí advierten es que —en relación con las normas que se refieren a las mujeres— el Derecho aún no se ha desarrollado como debiera o aún no ha reconocido de manera igualitaria sus derechos.

La clave está, para estas feministas, en luchar contra la discriminación femenina que contemplan las normas jurídicas a los fines de obtener igualdad de trato, puesto que —como sostienen— no existen diferencias innatas entre hombres y mujeres que justifique un tratamiento diferenciado. Así, el desarrollo de un concepto de *igualdad* se convirtió en uno de los objetivos del momento, entendiéndola como una *igualdad entre iguales*, un igual trato entre los que se encuentran en iguales circunstancias. La idea de la posibilidad de un Derecho neutral, que niegue diferencias

¹¹ SMART, CAROL, “La teoría feminista y el discurso jurídico” en *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Haydée Birgin (Compiladora), Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, pág. 34.

¹² BODELÓN, ENCARNA, *La igualdad y el movimiento de mujeres...*, ob. cit., p.16.

sexuales y coloque a las mujeres en pleno campo de igualdad jurídica con los varones, está fuertemente presente desde esta perspectiva.

Los logros obtenidos en esta época y bajo estas concepciones fueron de importancia. Fundamentalmente en el ámbito legislativo. Se promovieron reformas legales en el ámbito laboral que crearon mayores y más igualitarios accesos de la mujer en la esfera pública y se promulgaron leyes tendientes a lograr una mayor igualdad formal de hombres y mujeres.¹³

Pero, paradójicamente y como bien lo señala Beatriz Kohen,

*las mismas pretensiones de igualdad que fueron la base del éxito de este enfoque constituyen su principal problema.*¹⁴

La principal dificultad de esta perspectiva fue subsumir el significado del concepto *diferenciación* en el de *discriminación*, entendiendo la *discriminación* jurídica de las mujeres como consecuencia de *diferenciarla* de los varones¹⁵. En este modelo, entonces, el hombre resultaría el patrón central sobre el cual se califica, legisla y juzga a la mujer. En este contexto teórico, la solución aparece de manera inmediata y en términos relativamente sencillos: corrigiendo y subsanando los errores que

¹³ La desaparición de la discriminación por sexo en este aspecto de normatividad del Derecho ha ido consolidándose con las subsiguientes modificaciones en las normas sustantivas, producto —además de las ideas liberales— del avance de la inclusión de la mujer en la sociedad en las últimas tres décadas y, especialmente, de las importantes manifestaciones políticas que lo acompañaron. En este sentido, en países como Argentina o España, las modificaciones en las normas relativas a patria potestad de los hijos y régimen de bienes en el matrimonio, se constituyen en valiosos ejemplos. Asimismo, si en algunos aspectos no sustanciales del Derecho, como normas procedimentales o adjetivas, estas discriminaciones todavía subsisten, son fuertemente contrarrestadas con normas de carácter constitucional o tratados internacionales convalidados por estos países que permiten garantizar la no-discriminación formal entre los sexos. Tal es el caso del nuevo art. 37 de la Constitución de la Nación Argentina que prevé la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, o el artículo 9.2 de la Constitución Española, ya citado, que va más allá de la prohibición de discriminación consagrada, señalando que los poderes públicos tienen el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Asimismo, numerosos instrumentos internacionales ratificados por los países citados: desde La Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948), el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, Naciones Unidas 1999), hasta las diferentes normativas comunitarias que regulan situaciones de desequilibrio en el ámbito social y laboral europeo, como: Directiva 75/117/CEE, acerca de la igualdad de retribución; Directiva 76/207/CEE, sobre acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo; Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada; Directiva 96/34/CE sobre el permiso parental; Directiva 97/80/CE relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, y la Directiva 97/81/CE sobre el trabajo a tiempo parcial; entre otras.

¹⁴ KOHEN, BEATRIZ, op. cit., pág. 84.

¹⁵ SMART, CAROL, "La teoría feminista y el discurso jurídico", ob. cit., pág. 35.

contempla el marco normativo en relación con las mujeres lograremos que cualquier sujeto jurídico (hombre o mujer) sea tratado de manera igualitaria.

No obstante y a pesar de los logros legislativos obtenidos, muchas feministas comenzaron a advertir que esta estrategia de *Derecho andrógino* no conducía a los resultados esperados. La igualdad formal en términos jurídicos no se traducían en una verdadera igualdad sustancial. Y, de igual manera, puesto que las mujeres en ciertos aspectos (como la reproducción, por ejemplo) difieren de los hombres siendo consideradas normativamente por leyes de *modelos masculinos*, tampoco se consigue obtener una igualdad material en las condiciones y oportunidades de la vida social¹⁶. De esta manera, lo que a *prima facie* aparecía como una solución relativamente sencilla, la incorporación en el ordenamiento jurídico de una terminología neutra de género, en definitiva termina enmascarando un problema de desigualdad más profundo.

El Derecho es masculino

En un estadio posterior, un segundo momento de feminismo jurídico parte del reconocimiento del carácter estructuralmente masculino de los sistemas de normas y valores jurídicos. De esta forma, las teorías que sostuvieron *la masculinidad del Derecho*, expandida en los años 70, evocaron dos ideas. Por un lado, el amplio predominio masculino entre los legisladores, jueces y otros operadores legales que convirtieron el ámbito del Derecho en un enclave masculino vedado a las mujeres. Por otro, la fuerte presencia de elementos relacionados con la masculinidad en senti-

¹⁶ Aún más, algunos autores como Tamar Pitch han incluso señalado las paradójicas y nefastas consecuencias de algunas modificaciones normativas llevadas a cabo en aquellas décadas bajo la premisa de igualdad que sostenía el feminismo liberal. El dejar de lado la perspectiva de género en modificaciones normativas en el ámbito familiar ha perjudicado aún más la situación de la mujer. En este sentido, la autora italiana afirma que mucha literatura feminista (sobre todo anglosajona) imputa al cambio jurídico y jurisprudencial en sentido igualitario (o *gender neutral*) algunas consecuencias desastrosas que pueden observarse sobre todo cuando el matrimonio se deshace: en el plano económico, el marcado proceso de empobrecimiento de las mujeres; en el plano de las relaciones familiares, la tendencia a una vuelta del control paterno sobre hijos y ex esposas; en el plano cultural y simbólico, una debilitación de la figura materna. Tamar Pitch, *Un Derecho Para Dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 121 y ss. Con gran claridad sintetiza estos aspectos el gran jurista italiano Luigi Ferrajoli al prologar la obra citada de Pitch (p. 12): *...el viraje paritario, unido al puerocéntrico, están poniendo en peligro las conquistas de libertad de las mujeres. En nombre de esa paridad desaparecen las diferencias de sexo, en la legislación, en la jurisprudencia y, sobre todo, en el sentido común: cónyuges y progenitores, madres y padres, aparecen desde el formalismo del Derecho, como sujetos neutros y asexuados, antes que como iguales. Todo esto no crea problemas mientras que la familia permanece unida. Pero en caso de separación, la "paridad" se resuelve en un aumento de poderes de los padres (hombres) y de sus posibilidades de chantaje y en un correlativo debilitamiento de las razones de las mujeres-madres.*

do cultural: objetividad, racionalidad, neutralidad; cualidades todas que se consideran típicamente masculinas y que impregnan el contenido sustancial y procesal del Derecho. Esto es, las características de la cultura jurídica tendrían más elementos en común con la cultura dominante masculina que con las pautas culturales de las mujeres.

Comparándolo con el enfoque que afirma que el derecho es sexista, este análisis sugiere que, cuando un varón y una mujer se presentan ante el derecho, no es éste el que deja de aplicar criterios objetivos al sujeto femenino sino que, precisamente, los aplica, pero que tales criterios son masculinos. Entonces, insistir en la igualdad, la neutralidad y la objetividad equivale, irónicamente, a insistir en ser juzgadas de acuerdo con los valores de lo masculino.¹⁷

Estos principios de igualdad, neutralidad y objetividad, considerados valores esencialmente masculinos, son aceptados como universales. Y aún más, son desarrollados jurídicamente e incorporados al discurso jurídico con el objeto de ocultar la parcialidad de las normas y asegurar la posición de dominación masculina. El Derecho es, en este contexto de ideas, una institución más del sistema patriarcal. El Derecho es creado, desarrollado y ejecutado por varones; conformado ideológicamente por valores masculinos, y sostenido así por hombres con el fin de asegurar su ámbito de poder y su esfera de dominio y exclusión de valores femeninos.

De tal modo, la defendida *igualdad* de las feministas de la primera fase comienza a cuestionarse, puesto que ya no se la entiende como basada en un principio neutral sino construida desde una perspectiva masculina. La mentada igualdad deja de ser considerada como una aspiración a la similitud con los hombres (en trato y oportunidades) y comienza a reflexionarse sobre las *diferencias entre los sexos* y la importancia que éstas pueden tener a la hora de definir lo que llamamos igualdad formal o igualdad material. Las teóricas que consideran al Derecho como un *Derecho de hombres* plantean que, para obtener la igualdad sustantiva, es necesario tomar en cuenta las *diferencias* existentes entre hombres y mujeres e incluso negar la igualdad formal en favor de la material. Así, las *feministas de la diferencia* que entienden que existen diferencias biológicas, psicológicas, pero fundamentalmente sociales de comportamiento entre los géneros (a partir de diferenciados procesos de socialización), entienden que el Derecho sólo será válido cuando se incorporen a él perspectivas de género que redefinan su contenido. Perspectivas resultantes de enfoques que conten-

¹⁷ SMART, CAROL, "La teoría feminista y el discurso jurídico", ob. cit., pág. 37.

gan la experiencia misma de las mujeres en la sociedad, sus circunstancias y necesidades materiales y concretas.

En este punto sus reflexiones calaron en las ideas de la corriente del pluralismo jurídico y social, la cual propone escapar a la acción igualadora de un ordenamiento jurídico único en pos de la defensa de las diferencias entre los grupos. Así, esta visión del ordenamiento jurídico afirma que el original planteamiento positivista representado por Kelsen uniforma un orden social notoriamente diverso y desigual, discrimina la pluralidad de los grupos sociales y niega su capacidad para constituirse en verdadera y válida fuente del Derecho. La problemática igualdad/desigualdad queda traducida desde este paradigma en la dialéctica entre generalidad/individualidad y abstracción/concreción de las reglas del Derecho, concluyendo que un Derecho justo y equitativo no se alcanza con la igualación de los sujetos a partir de la generalidad y abstracción normativas sino mediante la búsqueda de la justicia en casos concretos, con la valoración de las condiciones y circunstancias personales que concurren en cada situación.¹⁸

La clara asociación entre esta segunda fase de feminismo jurídico y los principios del feminismo socialista y radical parece percibirse. No obstante y tal como sucede con las diferentes corrientes teóricas del feminismo, esta perspectiva que recalca la masculinidad del Derecho se conforma por diferentes posturas. Retomaremos dos de las más importantes a través de un sucinto comentario del trabajo de sus propias autoras.

En *In a different voice*, Carol Gilligan¹⁹ elabora una particular crítica al Derecho en la que, si bien no ataca su objetividad, propone abor-

¹⁸ Es más, la tan mentada generalidad y abstracción de las normas que algunos sectores defienden con tanta vehemencia e identifican con los propios principios del Estado de Derecho y de la seguridad jurídica, han sido definidas por algunos filósofos del Derecho o juristas más recientes como *una auténtica perversión de lo jurídico*. Entre ellos, Michel Villey, citado por Juan A. García Amado, *Escritos sobre Filosofía del Derecho*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1997, pág. 291. También Ignacio Ara Pinilla que, distanciando el concepto de abstracción normativa del principio de igualdad, señala: *Se ha solido reconocer a la abstracción de las normas jurídicas como una de las manifestaciones del principio de igualdad... Olvidan, sin embargo, quienes así piensan que el carácter abstracto que pudieran las normas jurídicas tener... obedece a razones estrictamente técnicas y de economía legislativa y no a su discutible idoneidad para la realización del principio de igualdad... Es más, podría incluso decirse que, en contra de lo que a simple vista pudiera parecer, en ocasiones la regulación de situaciones y comportamientos individualizados ha venido operando como un instrumento útil para la evitación de semejante efecto desigualatorio*. Ignacio Ara Pinilla, "Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad" en *El principio de igualdad*, Luis García San Miguel (Editor), Dykinson, Madrid, 2000, pág. 204.

¹⁹ Psicóloga estadounidense considerada una exponente de la corriente del feminismo cultural. Éste podría ser considerado una subcorriente del feminismo radical estadounidense que se afianza —más que en la lucha por la superación de los géneros— en la diferencia entre los géneros. Su obra más representativa la constituye la citada, *In a different voice*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1993.

dar sus relaciones con la justicia a partir de lo que ella identifica como la perspectiva de *la ética del cuidado*. Su trabajo cuestiona los renombrados logros de la Psicología del desarrollo moral propuesta por el consagrado modelo de Kohlberg²⁰ que respaldaba una versión abstracta, autónoma, formalista y universalista de la moralidad: *la ética de la justicia*. La autora afirma a través de su obra que los estadios del desarrollo moral de las mujeres se expresan a través de otra ética diferente a la de la justicia: la ética de la responsabilidad, de la interdependencia, del cuidado y de la atención a las necesidades ajenas en situaciones contingentes particulares; principios que están enfáticamente presentes en los procesos socializadores femeninos. Y esta otra perspectiva, esta *otra voz*, al decir de la autora, debe ser escuchada e incorporada en los discursos psicológicos y jurídicos tradicionales con el fin de conseguir la *visibilidad* de las mujeres²¹. Gilligan denuncia que hasta ese momento el sistema jurídico está impregnado de una sola perspectiva —la masculina y patriarcal— que asocia la moral con un principio de justicia abstracto, formal y universal, identificado con la defensa de derechos individuales y la ausencia de criterios emocionales, que excluye la perspectiva femenina. Su propuesta es incorporar esta ética del cuidado, esta *otra voz*, como una forma de enriquecer y perfeccionar el compromiso del Derecho con la justicia.

Catharine MacKinnon²², autora que identificamos dentro de la perspectiva radical del feminismo, analiza el Derecho como parte de la estructura de dominación masculina surgida del sistema patriarcal. Intenta desmitificar la aparente objetividad del Derecho, desvelando la carencia

²⁰ Las principales ideas de Lawrence Kohlberg sobre el proceso de socialización moral pueden seguirse en su obra *Psicología del desarrollo moral*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.

²¹ La incorporación material de mujeres en el interior de la estructura jurídica representa, en términos de este enfoque, una inestimable posibilidad de hacer oír una voz diferente y lograr cambios que ayuden a visibilizar a la mujer. En este sentido, la denominada feminización de las profesiones jurídicas, por estos tiempos, es un fenómeno que ha recibido una creciente atención, tanto en relación con el número de fiscales y jueces femininas incorporadas a la carrera judicial, como en relación con la creciente presencia de abogadas y de personal administrativo femenino en los juzgados. Resultados de importantes investigaciones sobre esta temática destacaron el carácter súbito y masivo de la incorporación de las mujeres a la judicatura en países europeos y también en América Latina; entre ellos, JOSÉ TOHARIA, "Las juezas españolas: quiénes y cómo son" en *El Derecho y sus realidades: Investigación y enseñanza de la sociología jurídica: Homenaje al Profesor Renato Treves*, Roberto Bergalli (Coordinador), PPU, Barcelona, 1989: 157-194; ANNE BOIGEOL, "La magistrature française au féminin: entre spécificité et banalisation", *Droit et Société*, N° 25, 1993: 489-523; SALLY KENNEY, "Breaking the silence: gender mainstreaming and the composition of the european court of justice", *Feminist Legal Studies* 10, 2002: 257-270; Mariana Sánchez, "Género y profesión jurídica", *Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Córdoba, Argentina, 2005: 451-465.

²² En esta temática, Catharine MacKinnon se explora en importantes obras como *Feminism unmodified: Discourses on life and law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987; y *Toward a feminist theory of the state*, Harvard University Press, Cambridge, 1989.

de neutralidad y equidad que caracterizan a las leyes. Más bien las mismas reflejan, sostiene la autora, un punto de vista estrictamente masculino. Afirma que el formalismo abstracto de la doctrina liberal del Estado en su pretensión de garantizar derechos iguales a todos los ciudadanos, contrasta con la situación objetiva y la percepción subjetiva de muchas mujeres que no encuentran un reconocimiento adecuado de su especificidad sexual y social, ni de sus necesidades. Igualmente, hace una dura crítica contra la insuficiencia de las leyes sobre la igualdad de los sexos, a las que acusa de tener como exclusiva referencia los valores y la realidad masculinos.

MacKinnon critica igualmente tanto las teorías de la igualdad como las de la diferencia, puesto que entiende la problemática de la discriminación sexual como una consecuencia directa de la desigualdad: cualquier práctica que subordine a la mujer constituye una práctica discriminatoria. En este contexto, las mujeres se encuentran inmersas en un contexto de dominación por parte del poder de los hombres que se origina principalmente en el control que estos tienen sobre el cuerpo de las mujeres; la sexualidad es —para esta autora— el origen de la dominación masculina; el Derecho reproduce esta situación de dominación sexual sobre los cuerpos femeninos a través de las leyes sobre, por ejemplo, prostitución o abusos sexuales que, más que velar por la seguridad de las mujeres, incrementan la cuota de poder masculino sobre ellas.

En síntesis, la autora propone *el despertar de conciencias* como un nuevo método epistemológico y práctico de reflexionar sobre las discriminaciones ocultas y situaciones de opresión que viven las mujeres en los diferentes ámbitos sociales, incluido el Derecho. De tal forma, asumir este nuevo despertar de conciencias pondrá en evidencia las situaciones de desigualdad y discriminación, a la vez que permitirá comenzar a dotar a las mujeres de una nueva posición en la sociedad.

Esta visión del Derecho presentada, ha recibido también algunas consideraciones y críticas. Son Carol Smart y también el prestigioso criminólogo Alessandro Baratta, entre otros, quienes han expuesto las dificultades y problemas que supone esta perspectiva de entender el Derecho como un Derecho esencialmente masculino. Podríamos resumirlas, siguiendo a los citados autores, en las siguientes²³: En primer lugar, sostienen que el enfoque perpetúa la noción del Derecho como una unidad, en lugar de verlo como un fenómeno social (un proceso en construcción) y ocuparse de sus contradicciones internas. De tal forma, se produce una visión estática del

²³ SMART, CAROL, "La teoría feminista y el discurso jurídico", ob. cit., pág. 37 y ss.; Alessandro Baratta, "El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana" en *Las trampas del poder punitivo*, Haydée Birgin (Compiladora), Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, pág. 48 y ss.

sistema jurídico con lo cual se corre el riesgo de caer en una concepción esencialista del mismo. En segundo lugar, el enfoque presupone que cualquier sistema fundado en valores presuntamente universales e imparciales sirve de modo sistemático a los intereses de los varones tomados como categoría unitaria. Pero, como señala Smart, *sabemos que el derecho no sirve a los intereses de los varones entendidos como categoría homogénea, ni tampoco a los de las mujeres consideradas de la misma forma*. Se sigue, entonces, que aceptar la conformación de los géneros como categorías dicotómicas construidas socialmente, sólo conlleva a un problema aún mayor que resuelva cuál de las dos construcciones debe jerarquizarse. Además ¿puede existir *un punto de vista femenino* o *un punto de vista masculino*? Parece difícil, puesto que la experiencia de hombres y mujeres es diferente de acuerdo a la raza, la clase o la cultura. Así, al darse prioridad a la dicotomía varón-mujer sobre otras divisiones o criterios de desigualdad; como la raza, la edad, la clase social, etc.; sólo logramos profundizar y oscurecer el problema de la discriminación y la forma en que el Derecho debe abordarla.

En esta línea de pensamiento, los autores citados sostienen que una visión feminista crítica sobre el Derecho debe ser abordada contemplando la *relatividad* y *negociabilidad* de las cualidades y valores atribuidos a los géneros, la *transversalidad* del mundo real de cada mujer en relación con las diversas variables que la rodean, y la *flexibilidad* y *redefinibilidad* de los límites culturales e institucionales entre las esferas de la experiencia y de la vida social. En resumen, la perspectiva jurídica del feminismo debe contemplar los complejos procesos de conflicto y contradicción que existen en el seno de las sociedades pluralistas y reconocer la influencia del género entrecruzado con muchos otros criterios de desigualdad. Cuestiones que son asumidas en la siguiente etapa del feminismo jurídico en su análisis sobre el Derecho.

El Derecho tiene género

Esta tercera fase del feminismo jurídico está representada, entre otras, por autoras como Olsen, Naffine, Mouffe y Smart. Se encuentra respaldada por las críticas posmodernas (derivadas de J. Lacan, M. Foucault, J. Derrida) que niegan el carácter totalizador y universalizante en la esencia de las cosas, el progreso y también la ciencia. Este feminismo jurídico posmoderno²⁴ propone deconstruir las concepciones reificantes que se encuentran en la base de las clásicas dicotomías (varón-mujer, público-

²⁴ Aunque el maestro Baratta propone identificarlo —más que con un posmodernismo feminista— con un *pensamiento contextual*, entendido éste como una tercera vía en relación con la alternativa entre fundamentalismo y relativismo posmoderno, óp. cit., pág. 52.

privado, activo-pasivo, objetivo-subjetivo)²⁵ y repensar o reconstruir de una forma crítica conceptos tales como *género*, *Derecho*, *igualdad* o *justicia* a partir de la relatividad histórica, la variabilidad y la flexibilidad que impregnan la vida social.

Fuertemente influenciado por perspectivas sociológicas interaccionistas y fenomenológicas, este feminismo crítico remarca la importancia de las subjetividades y diferencias no sólo entre hombres y mujeres, sino también entre el grupo de las propias mujeres, cuyas experiencias difieren en infinidad de casos del modelo clásico de mujer blanca de clase social media. Asimismo sostiene el importante papel del lenguaje —incluido el jurídico— en la construcción de las identidades de género y destaca cómo la diferencia sexual es construida y perpetuada a través de prácticas sociales complejas (más relacionadas con la vida cotidiana), entre las cuales se incluye el Derecho.

Desde esta perspectiva de ideas reflexionaremos los puntos centrales de dos de sus principales representantes. Es Carol Smart quien señala que entender que el Derecho tiene género implica comprenderlo en términos de *procesos* que operan de diversas maneras y que excluye la visión inexorable de que cualquier cosa que el Derecho haga o diga implica la explotación, dominación u opresión de la mujer. Más aún, el Derecho no sirve de una manera uniforme a los intereses de uno u otro sexo dado que varones y mujeres no constituyen categorías uniformes. De este modo, una misma práctica jurídica puede adquirir significados diferentes para hombres y mujeres, dado que es leída a través de discursos diferenciados.

La noción de que “el derecho tiene género” no nos exige fijar una categoría ni un referente empírico Varón o Mujer. Ahora podemos dar lugar a una idea más flexible: una postura subjetiva dotada de género que no permanezca fijada al sexo por determinantes biológicos, psicológicos ni sociales. Dentro de este análisis, podemos enfocar aquellas estrategias que inten-

²⁵ Fue FRANCES OLSEN en su obra *Feminism and Critical Legal Theory* (1995), quien entiende que la teoría clásica liberal y su ideología se han estructurado sobre una compleja serie de pares opuestos o dualismos como racional/irracional, penamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/contextualizado, basado en principios/personalizado. Estos pares duales dividen el mundo en esferas contrastantes o polos opuestos. Según Olsen, este sistema de opuestos binarios está sexualizado: una parte del dualismo se considera masculina y la otra, femenina... Los términos del dualismo constituyen una jerarquía según la cual, en cada par, las características consideradas masculinas aparecen como las superiores, mientras que la otra parte se considera inferior. De este modo, el Derecho se identifica con el lado masculino del dualismo. Beatriz Kohen, “El feminismo jurídico en los países anglosajones...”, ob. cit., pág. 94.

*tan llevar a cabo la "fijación" del género a sistemas rígidos de significados...*²⁶

Y dentro de esas estrategias de fijación del género, la más importante es el Derecho. La autora citada introduce el argumento que interpreta al Derecho *como estrategia creadora de género*²⁷ para sostener su reflexión acerca de esta tercera fase del feminismo jurídico. Estas reflexiones sugieren la posibilidad de comenzar a comprender cómo el funcionamiento del Derecho fija, elabora y reproduce la división de género. La mujer es concebida como un sujeto de género, siendo el Derecho el que "colabora" en hacerla emerger en esa posición. El poder y las identidades de género se construyen a través de los discursos jurídicos.

A partir de sus investigaciones sobre la legislación de Gran Bretaña en los siglos XVIII y XIX, la autora muestra una progresiva polarización de los géneros en la que la diferencia llegó a ser cada vez más rígida al mismo tiempo que neutralizada. Los discursos médicos y jurídicos fueron centrales para conformar el estereotipo de mujer inferior al hombre y se concretaron categorías de sujetos jurídicos típicos. También es posible detectar, señala, cómo el Derecho alentó a las mujeres a asumir ese estereotipo. En este sentido, el papel jugado por la ideología y las prácticas de los operadores jurídicos y de los profesionales del sistema jurídico, también cobran importancia.

De esta forma, propone una visión de la ley y el Derecho como una *tecnología de género*; esto es, como un proceso de producción de diferencias de género que construye la femineidad y la masculinidad como modalidades opuestas. Podemos ahora, entonces, comprender al Derecho no como aquello que actúa sobre sujetos con un género preestablecido sino como parte de un proceso que continuamente reproduce diferenciaciones de género.

Lo que deseo sugerir es que el derecho es parte del proceso de fijación de género y que constituye, más de lo que lo hacen las ciencias biológicas, un discurso que insiste en la rígida distinción entre macho y hembra, masculino y femenino... Al sentirse más seguro que la ciencia acerca de la anatomía biológica, el derecho pasa a insistir en los atributos que emanan de la dife-

²⁶ SMART, CAROL, "La teoría feminista y el discurso jurídico", ob. cit., 39.

²⁷ SMART, CAROL, en sus obras "The woman of legal discourse", *Social and Legal Studies*, 1, 1: 29-44. 1992; "La mujer del discurso jurídico", ob. cit., 1994; y "La teoría feminista y el discurso jurídico", ob. cit., 2000; entre otras.

*rencia biológica. Más aún, toma lo masculino como el patrón de comparación de lo femenino*²⁸.

En este contexto de idea, Smart concluye que el Derecho es un importante ámbito en donde la lucha feminista puede y debe tener lugar, un espacio sumamente fructífero para deconstruir los significados de género que la ley plantea. Dado su crucial papel en la sociedad a la hora de construir significados, el Derecho es un valioso instrumento de reforma social en donde las feministas deben continuar su análisis teórico y político con el fin de reconstruir un conocimiento subjetivo que integre las diferentes formas de desigualdad y opresión, que respete la especificidad y que contribuya al proyecto emancipatorio femenino.

En la misma línea de interpretación del Derecho como estrategia creadora de identidad de género y —a la vez— ámbito de lucha, también se encuentra Chantal Mouffe. Su postura crítica intenta mostrarnos la utilidad de una interpretación antiesencialista para la elaboración de una política feminista y para un proyecto democrático radical. Insiste en la imposibilidad de observar a las sociedades como sistemas equilibrados y consensuados, negando la irreductible pluralidad de valores presentes en toda comunidad. En la construcción de la identidad femenina —señala Mouffe— el conflicto, el antagonismo y el poder son elementos constitutivos y fuertemente presentes también en las sociedades democráticas.

*El consenso sobre los derechos del hombre y los principios de igualdad y de libertad es necesario, sin duda, pero no se lo puede separar de una confrontación sobre la interpretación de esos principios... El ideal de la sociedad democrática —incluso como idea reguladora— no puede ser el de una sociedad que hubiera realizado el sueño de una armonía perfecta en las relaciones sociales... Por tanto, es menester que todos reconozcan que no hay en la sociedad lugar alguno donde el poder pueda eliminarse a sí mismo en una suerte de indistinción entre ser y conocimiento... Al modelo de inspiración kantiana de la democracia moderna hay que oponer otro, que no tiende a la armonía y a la reconciliación, sino que reconoce el papel constitutivo de la división y el conflicto*²⁹.

²⁸ SMART, CAROL, "La teoría feminista y el discurso jurídico", ob. cit. pág. 68.

²⁹ CHANTAL MOUFFE, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Paidós, Barcelona, 1999, pág. 19.

La idea de sociedad como consenso normativo³⁰ es aquí puesta en tela de juicio por esta autora, quien sostiene que *todo consenso está basado en actos de exclusión*. La sociedad, compuesta por multiplicidad de grupos es básicamente conflictiva y caracterizada por la heterogeneidad de los grupos y el poder de unos sobre otros, tal como puede observarse entre hombre y mujeres. Y negar estas cuestiones controvertidas o trasladarlas sólo al ámbito privado implica negar la política o entender a la sociedad como exenta de política. El pluralismo (moral, religioso, etc., y también de género) no es algo negativo que deba remitirse sólo a la esfera privada ni menos aún implica algún riesgo para la convivencia social; por el contrario, significa la garantía de consecución de la autonomía, de la libertad y de la identidad.³¹

*La especificidad de una democracia pluralista no reside en la ausencia de dominación y violencia, sino en el establecimiento de un conjunto de instituciones a través de las cuales ellas pueden ser limitadas y enfrentadas*³².

En este contexto, el rol del Derecho en su relación con el género parece vislumbrarse con claridad. La autora sostiene que la política (de la que el Derecho es parte) no es el campo de los individuos aislados sino el campo de las acciones públicas y de la formación de identidades colectivas. Recordándonos la clásica idea marxista de relaciones de clase en dependencia y conflicto, la autora afirma que toda identidad es relacional y se define en función de la diferencia. Apelando a conceptos de Jaques Derrida; quien entiende que toda construcción de identidad está siempre basada en procesos de exclusión y en el establecimiento de una violenta jerarquización de las polaridades resultantes: forma/contenido, esencia/accidente, blanco/negro, varón/mujer; Mouffe sostiene que:

³⁰ Propia de la perspectiva sociológica del consenso, de la cual Emile Durkheim es uno de sus principales representantes.

³¹ Las ideas de Chantal Mouffe pueden comprenderse con mayor profundidad si nos remitimos originariamente al pensamiento de quien estas ideas estaban dirigidas en forma de crítica. Nos referimos a John Rawls, quizá uno de los referentes recientes más significativos en relación con la problemática de la justicia desde la perspectiva del pensamiento liberal. El autor desarrolla su teoría de *La justicia como equidad* y propone una concepción de *justicia razonable* desarrollada en el marco de un *sistema democrático*. Rawls inicia su teoría partiendo de lo que considera la idea intuitiva central implícita en una cultura democrática: una visión de la sociedad como sistema equitativo de cooperación entre personas libres e iguales. A partir de esta cooperación y a la luz de la mutua conveniencia de las personas implicadas, es posible acordar los principios más adecuados para realizar la libertad y la igualdad sociales. El pensamiento de Rawls puede revisarse en profundidad en sus obras *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979; *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, Madrid, 1999; y *El Liberalismo Político*, Crítica, Barcelona, 2004; entre otras.

³² CHANTAL MOUFFE, *El retorno de lo político...*, ob. cit., pág. 198.

*no hay identidad que se autoconstituya y que no sea construida como diferencia y que toda objetividad social es, en última instancia, política y revela las huellas de la exclusión que hizo posible su constitución...*³³

Así, cualquier proceso de construcción de identidades en el marco de los sistemas de relaciones sociales implica *diferencia*. La identidad surge a partir de la diferencia pero también, y por esa misma razón, a partir de actos de poder. Toda identidad u objetividad social se constituye a través de actos de poder. Es más, el poder no surge de identidades preconstituidas; por el contrario, es el poder quien define, moldea y construye esas identidades. El antagonismo es intrínsecamente inevitable, concluye Mouffe, pero es la misma política democrática a quien le corresponde desactivar este antagonismo potencial que existe en todas las relaciones sociales y crear instituciones que permitan transformar ese *antagonismo* en *agonismo*.

Estas reflexiones acerca de las posiciones teóricas que el feminismo ha adoptado en relación con el Derecho y su papel en la sociedad, nos ayudan a visualizar qué perspectiva asumir a la hora de analizar la relación entre la igualdad/desigualdad, el género y el Derecho; y, más específicamente, qué rol asume el Derecho en esta relación. Coincidimos juntamente con esta última perspectiva del feminismo jurídico en que el Derecho es algo más que un sistema estructurado dotado esencialmente de masculinidad que directa y sistemáticamente desvirtúa los intereses de las mujeres, tomadas como categoría homogénea y unitaria. En el marco societario, la igualdad y la identidad de género no son productos del consenso normativo de un todo, sino conceptos construidos en un proceso de permanente elaboración en el que identidad, división, conflicto, desigualdad y poder, juegan un papel preponderante. Dispuestos a mirar un poco más allá de la pura normatividad —ligeramente más allá— advertimos que el Derecho no es ajeno a este entramado. Entendido como un instrumento para gobernar, como una herramienta de poder del Estado, como un mecanismo legitimador de poder, el Derecho también participa activamente en la construcción de las identidades jurídicas y sociales.

En esta línea de ideas interpretativas, destacando la importancia de las diferencias y los mecanismos de poder en la creación de identidades y relaciones igualitarias, la concepción de igualdad de género readquiere una nueva significación. No se trata de alcanzar la igualdad (tanto jurídica como material) resignando diferencias, las mujeres no pueden ni deben volverse idénticas a los hombres para ser reconocidas como iguales; por el

³³ CHANTAL MOUFFE, óp. cit., pág. 191.

contrario, tampoco se trata de afirmar exclusivamente sus distinciones con los hombres para alcanzar la igualdad. En este último caso no sólo recaláramos nuevamente en una visión esencialista (de lo que *es hombre* o de lo que *es mujer*), sino que —y lo más importante— subrayar sólo los aspectos diferenciales ignora o legitima las relaciones de poder en las que se basa el sistema social³⁴. Dado que, tal como señaláramos *ut supra*, las identidades se construyen en función de relaciones diferenciales y de poder, la particularidad que se afirma como pura particularidad, en una relación meramente diferencial, está validando el *status quo* de la estructura de poder entre los grupos y legitimando relaciones entre grupos dominantes y oprimidos.

Se trata de sostener las diferencias entre los géneros y reconocer la contingencia e interdependencia de sus identidades, aceptando las consecuencias que este *antagonismo* produce, para poder crear un espacio de reconocimiento, tolerancia y convergencia en un marco de *agonismo* democrático³⁵.

Aceptar estas interpretaciones tiene consecuencias muy importantes para las luchas políticas feministas. Si asumimos que las categorías “mujer” o “varón” no se corresponden con ninguna esencia homogeneizadora, las preguntas acerca de la igualdad/desigualdad en nuestras sociedades cambian. Resulta ahora relevante preguntarse: *¿cómo se construye la categoría “mujer” como tal dentro de diferentes discursos?, ¿cómo se advierte la diferencia sexual en una distinción pertinente dentro de las relaciones sociales?, y ¿cómo se construyen relaciones de subordinación a través de tal distinción?* La lucha por la igualdad de las mujeres se transforma más bien en una lucha en contra de las múltiples formas de subordinación a la que las mujeres se encuentran sometidas, más que al reconocimiento simétrico de la igualdad formal de la ley. Y esta lucha, puede conseguirse de la mano del propio Derecho, como el espacio político de discusión en donde repensar las cuestiones de género.



³⁴ Es esto apreciado y desarrollado con mucha claridad por Haydée Birgin en “Identidad, diferencia y discurso feminista. Universalismo frente a particularismo” en *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Hayée Birgin (Compiladora), Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, pág. 116.

³⁵ CHANTAL MOUFFE, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, ob. cit., págs. 112 y ss.

JÓVENES Y EMPLEADORES, EL ROMPECABEZAS DE OBSTÁCULOS A LA INCLUSIÓN LABORAL

*Leopoldo Schapira y Josefina Schapira**

Resumen: La realización de la etapa cuantitativa de la investigación sobre la inserción laboral de los jóvenes de entre 18 y 25 años desde la perspectiva de los seleccionadores de personal, cuya faz cualitativa fue comunicada en el Anuario anterior, permite comparar sus resultados con otro estudio cuantitativo entre jóvenes de este grupo etáreo. Como resultado se detectan coincidencias y divergencias que arman un rompecabezas de obstáculos para superar este problema social de causas significativamente actitudinales. La cuantificación confirmó las construcciones cualitativas en su naturaleza y envergadura. Este problema de consideración internacional, no es reconocido como tal por las partes. Una acción planificada debe arrancar por la difusión y concientización y generar las bases para la construcción de un nuevo paradigma laboral trabajando sobre los aspectos más maleables, menos irreductibles, de ambas partes que den cabida tanto a la cultura de los jóvenes cuanto a las demandas de las empresas.

Palabras claves: cultura del trabajo – oportunidades laborales – jóvenes – discriminación.

Introducción

En los últimos seis años y como contribución al desarrollo del Congreso sobre La “Cultura del Trabajo en Córdoba¹, se realizaron una serie de investigaciones sociales de campo. En 2008, 2009 y 2010 el foco se centro tanto en los jóvenes de entre 18 a 25 años y su incorporación, desempeño y expectativas sobre el mercado laboral; cuanto entre los seleccionadores de personal. Algunas de estas investigaciones fueron publicadas en los Anuarios del Centro de investigaciones Jurídicas y Sociales².

* Leopoldo Schapira: Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC; Josefina Schapira: socia gerente de Perspectivas Sociales, consultora de investigaciones sociales de mercado.

¹ Este Congreso es organizado anualmente por la Fundación Inclusión Social Sustentable en el pabellón Argentina con el auspicio de la Universidad Nacional de Córdoba.

² Se trata de:

a- Schapira, Leopoldo y Josefina Schapira “La inclusión laboral de los jóvenes de 18 a 25 años desde la perspectiva de los empleadores de Córdoba” , En el Anuario XI,

b- Schapira, Leopoldo, “Ser alguien – la cultura del trabajo y los valores en niños cordobeses”- 2006, En el Anuario IX

c- Schapira, Leopoldo, El valor social del trabajo en la ciudad de Córdoba, Argentina*, En el Anuario VIII.

En esta oportunidad se presentan:

- a- Los resultados de un relevamiento de Abril de este año³ que perfecciona la etapa cualitativa del estudio exploratorio realizado en 2008: “La inclusión laboral de los jóvenes de 18 a 25 años desde la perspectiva de los empleadores de Córdoba” efectivizado mediante entrevistas en profundidad a seleccionadores de personal; cuyas opiniones y actitudes.
- b- Se contrastan con la de los jóvenes entrevistados en un estudio cuantitativo llevado a cabo en mayo del año 2009⁴.

Ambos colectivos (los seleccionadores y los jóvenes), desde distintas perspectivas, dan cuenta de las condiciones negativas vigentes que impedirían, por el momento, superar la discriminación laboral de los jóvenes de entre 18 y 25 años

En este informe se desarrollan los siguientes aspectos:

1. Un problema negado por todos;
2. La desconfianza mutua;

De los jóvenes hacia las empresas

La mala imagen de los jóvenes

3. Lo que los jóvenes priorizan al evaluar una oferta de trabajo;
4. Una encomienda más pesada;
5. Los errores más comunes en la entrevista de trabajo;
6. Modelos de evaluación laboral de los jóvenes.

Un problema negado por todos

El problema del empleo golpea más fuerte a los jóvenes de entre 18 y 25 años que a las personas de otras edades. *La desocupación es dos veces mayor (127%), entre los jóvenes de entre 18 y 25 años que entre el segmento etario siguiente de adultos jóvenes.*

³ Ficha técnica de la investigación Sondeo vía internet a 37 empresas de selección de personal con sede en la ciudad de Córdoba elegidas al azar (2010).

⁴ Entre los días 9 y 10 de Mayo de 2009 se realizaron 230 entrevistas personales y domiciliarias a residentes en la ciudad de Córdoba de entre 18 y 25 años con un cuestionario de preguntas semicerradas y abiertas, y categorización ordinal.

El diseño muestral utilizado es del tipo estratificado y polietápico para la selección de las unidades de muestreo. El error estándar es de 5.0% para los totales, con un nivel de confianza del 95%.

En el diseño de la investigación, desarrollo del campo y análisis de los resultados participaron el Arq. Leopoldo Schapira del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC, la Dra. Margarita Heredia de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNC, el Lic. León Moliina de Kadicard, Josefina Schapira y Carolina Oriente de Perspectivas Sociales y la Lic. Verónica Ortega de la Fundación Inclusión Social Sustentable.

Cuadro 1 - Condición de actividad en el gran córdoba en porcentajes

	18 a 25 años	26 a 35	36 a 50	51 a 60
Entrevista individual no realizada (no respuesta al cuestionario)	0,3	0,3	0,5	
Ocupado	47,5	77,5	75,3	67,5
Desocupado	16,3	7,2	5,5	3,8
Inactivo	35,9	15,1	18,7	28,8
Total	100,0	100,0	100,0	100,0

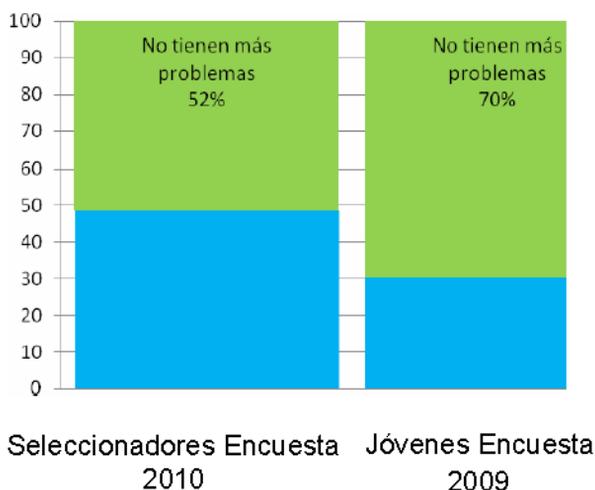
Fuente: Encuesta Permanente de Hogares 3er Trimestre 2009, Indec.

Si bien las estadísticas son contundentes, y el tema forma parte de las agendas de Cumbres Mundiales e incluso figura entre las Metas del Milenio, más de la mitad de las consultoras de selección de personal de Córdoba no creen que los jóvenes de entre 18 y 25 años tengan más problemas que las personas de otras edades para conseguir trabajo, incluso cuando un 28% de los que realiza búsquedas para puestos en donde podrían postularse jóvenes reconoce que las empresas que los contratan expresamente les solicitan que no consideren postulantes de estas edades.

Tampoco los jóvenes daban cuenta de conocer esta situación. En el relevamiento realizado el año 2009, siete de cada diez jóvenes encuestados desconocían esta realidad.

Es difícil buscar una solución a un problema desconocido por todos.

Cuadro 2 - Creencia acerca de las mayores dificultades que enfrentan los jóvenes de 18 a 25 años para conseguir un empleo

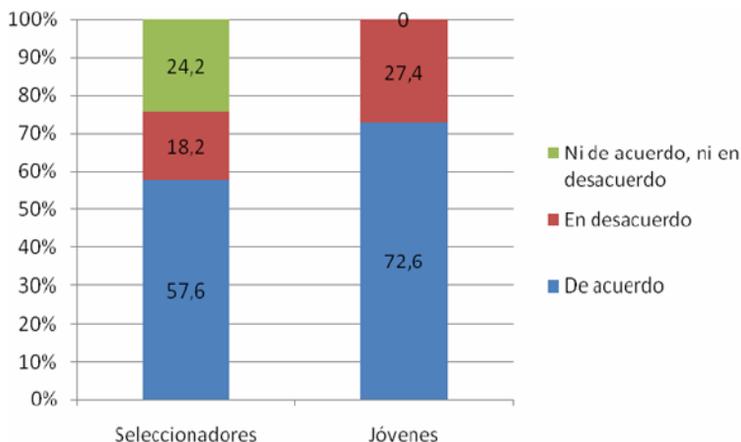


La desconfianza mutua - 1- De los jóvenes hacia las empresas

Entre los jóvenes la desconfianza hacia las empresas es muy alta, más de siete de cada diez jóvenes piensan que las empresas sólo quieren usarlos y deshacerse de ellos fácil y rápido.

Sorprendentemente, más de la mitad de los selectores de personal comparten esta visión, más allá de pertenecer a firmas grandes o chicas, recientes o ya consolidadas en el mercado cordobés.

Cuadro 3- Las empresas contratan jóvenes porque es más fácil usarlos y descartarlos



La desconfianza mutua - 2- La mala imagen de los jóvenes: cortoplacistas y descomprometidos

De un listado de veinte atributos que pretendían describir a los jóvenes en el mundo del trabajo, dónde la mitad eran positivos y la mitad negativos, los seleccionadores de personal entrevistados debían elegir los tres que consideraban que más fidedignamente reflejaba al grupo de jóvenes de entre 18 y 25 años.

No sólo las menciones de atributos negativos superaron a los positivos, sino que los tres más elegidos fueron todos negativos. El principal atributo asociado a los jóvenes como trabajadores es el cortoplacismo. En segundo lugar, los seleccionadores consideran que los jóvenes no manifiestan compromiso en la esfera de lo laboral y en tercer lugar, consideran que los jóvenes llegan al trabajo “muy crudos” y que requieren mucho esfuerzo e inversión de las empresas para “ponerse a punto”.

En tanto que como méritos les reconocen su permeabilidad a nuevos desafíos, su rápida adaptación a las organizaciones y la dosis de energía y empuje que aportan.

Cuadro 4- Atributos laborales de los jóvenes según seleccionadores de personal



El tema del descompromiso y del cortoplacismo de los jóvenes que tanto fastidio despierta entre los empresarios y que incluso para algunos constituyen barreras para la contratación de personas de este tramo de edad, tiene una valoración diferente desde la perspectiva de los jóvenes.

La alta rotación de empleos, para los empleadores, es indicador de falta de compromiso y, en términos prácticos, una fuerte amenaza a derrochar recursos capacitándolos para que en muy poco tiempo se vayan. Para los jóvenes, en cambio, parece constituir una pieza fundamental de un nuevo paradigma sustentado en una visión del trabajo centrada exclusivamente en la provisión de recursos económicos, por lo que, constituye casi una obligación cambiar de trabajo cuando reciben una mejor propuesta remunerativa. El 65% de los jóvenes cree que "siendo joven uno no debería permanecer en un trabajo si en otro le ofrecen mejor pago".

Frente a los valores clásicos del trabajo, los responsables de la selección de personal definen a los jóvenes como un grupo que carece de incondicionalidad: "no se ponen la camiseta". En tanto que un 65% de los jóvenes cree que los jóvenes si se ponen la camiseta de la empresa. Es posible pensar que la duración del vínculo, "el lapso de tiempo con la camiseta puesta" es lo que constituye la diferencia.

La visión de los seleccionadores y de los jóvenes coincide en cuanto a "lo crudos" que llegan los jóvenes al mundo del trabajo. Para los seleccionadores los jóvenes no tienen ni experiencia ni hábitos laborales, "Hay que enseñarles a peinarse, a bañarse, a hablar correctamente, a no correr

dentro de los pasillos porque es una oficina, a no masticar el chicle mientras hablan con un gerente”. En palabras de ocho de cada diez jóvenes consultados: “los jóvenes llegamos muy crudos a nuestro primer trabajo, tienen que tenernos mucha paciencia”. Los jóvenes perciben, y reclaman, esa paciencia, y casi un 60% se siente decepcionado frente a la respuesta que sienten recibir de las empresas; “las empresas quieren que uno entre sabiendo todo, no quieren destinar ni tiempo ni dinero a la mínima capacitación”.

Lo que los jóvenes priorizan al evaluar una oferta de trabajo

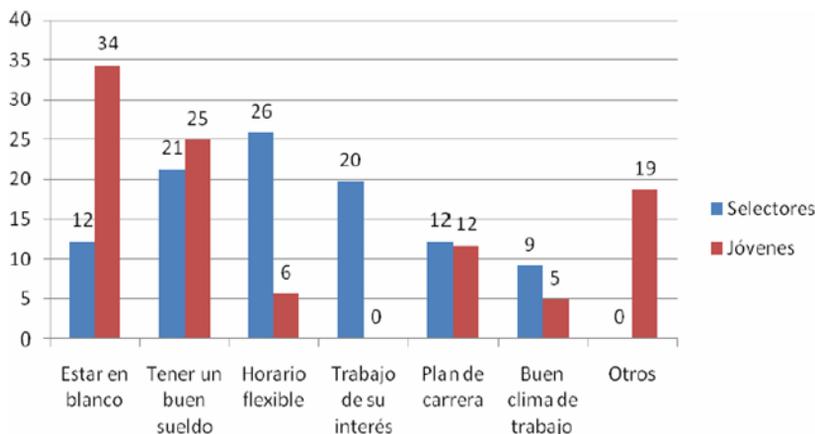
Hay una gran distancia entre los que los seleccionadores de personal creen que los jóvenes tienen en cuenta al momento de evaluar una oferta de trabajo y lo que los jóvenes dicen valorar.

Desde la perspectiva de los responsables de la selección de personal entrevistado, lo más importante para los jóvenes es contar con un horario de trabajo flexible (26%), seguido de un buen sueldo (21%) y que el trabajo les resulte de su interés (20%).

Sin embargo, cuando esta misma pregunta se les hizo a los jóvenes, las respuestas fueron diferentes. El horario flexible, lejos de constituir una prioridad para los jóvenes, se encontraba dentro de los elementos menos valorados.

Más de un tercio de los jóvenes respondieron que estar en blanco constituía el elemento de más peso para elegir un trabajo frente a otro, punto que entre los seleccionadores ocupa recién el quinto lugar.

Cuadro 5 – Distintas percepciones sobre los criterios usados por los jóvenes para evaluar propuestas laborales



Una encomienda pesada. Seleccionar jóvenes es más trabajoso que seleccionar personas de otras edades

En promedio, los consultores deben entrevistar quince candidatos hasta efectivamente seleccionar a un joven para un cargo. Este promedio cae a diez candidatos por selección efectiva cuando se trata de personas mayores de 25 años. Es decir, para los seleccionadores de personal incluir jóvenes de entre 18 y 25 años en sus búsquedas implica un incremento en su trabajo del 50%.

Los errores más comunes en las entrevistas de trabajo

Un 73% de los seleccionadores de personal consultados comparten que, por lo general, “los jóvenes no saben cómo comportarse en una entrevista de trabajo”.

A su vez, casi todos identifican como los dos errores más frecuentes que los jóvenes cometen en las entrevistas de trabajo a la impuntualidad y a presentarse con un curriculum desprolijo y desactualizado. La mitad de los consultados agregan que frecuentemente los jóvenes se presentan a las entrevistas mal vestidos, desprolijos o sucios.

Un 36% de los consultados cree incluso que “si los jóvenes supieran vestirse mejor, ser más formales en las entrevistas, tendrían menos problemas para conseguir trabajo”.

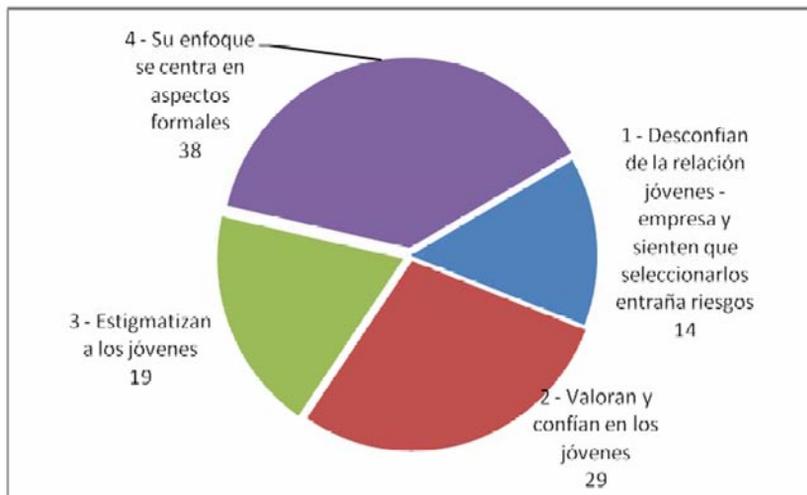
Algunos entrevistados agregaron como errores: “Presentarse a la entrevista acompañados por padres, parejas o amigos que incluso llegan con ellos”. “Enviar CV a cualquier búsqueda sin detenerse a analizar si tienen el perfil solicitado”, “Directamente llegar sin un CV”. “Mostrar ansiedad por que se los entreviste sin tolerar tiempos de espera”. “Contar en entrevista situaciones personales no laborales o dar opiniones de disconformidad ó bronca sobre sus trabajos anteriores”. “Transmitir ansiedad, miedo, necesidad de urgencia por un trabajo”. “Ubicarse como dirigiendo la entrevista sin dejar que le pregunten primero”.

Modelos de evaluación laboral de los jóvenes

Un análisis de cluster de los datos de la encuesta, revela la existencia de grupos significativos de opiniones sobre la relación de los jóvenes con las empresas. Estos modelos de evaluación definen a los seleccionadores por sus actitudes frente a los jóvenes de 18 a 25 años. Se detectaron cuatro modelos

A El de desconfianza hacia la relación de las empresas con los jóvenes, y por lo tanto, la percepción de que proponer un candidato de esta edad entraña riesgos para las consultoras.

B El de valoración y confianza hacia los jóvenes
 C El que estigmatiza a los jóvenes
 D El de reconocimiento de una dificultad de formas en el vínculo entre los jóvenes y las empresas.



A. Los desconfiados y temerosos por su reputación como consultores

Un 14% de los encuestados conforman este grupo, siendo éste el más reducido. Para ellos el vínculo entre las empresas y los trabajadores de entre 18 a 25 años es una relación tensa, en la que, algunas empresas optan directamente por no aceptar candidatos de ese tramo de edad y otras por emplearlos sólo porque les resulta más fácil “usarlos y desecharlos”. Además, piensan que “a la corta o a la larga, los jóvenes te hacen quedar mal con las empresas a las que los postulaste”. En consecuencia, sienten que, “es mucho más riesgoso como consultor en recursos humanos postular candidatos jóvenes”.

Los que piensan así suelen ser reclutadores de empresas de gran envergadura y de mucha antigüedad en la actividad por lo que probablemente sientan que estas afirmaciones se sustentan en un gran caudal de experiencias concretas.

B. Los que valoran y confían en los jóvenes

Constituyen el segundo grupo más numeroso (29% del total de consultados), por lo general, miembros de consultoras medianas, y con entre cinco y diez años de ejercicio.

Su enfoque tiende a ser pragmático. Uno de ellos lo sintetizaba diciendo: "Considero que con la juventud que hay, es con la que hay que trabajar". Son ellos los que en mayor medida que el resto de consultados están de acuerdo con que "Las empresas van a tener que adaptarse a la cultura de los jóvenes o cada vez van a tener más problemas para conseguir trabajadores".

Pero van por más, no sólo creen que "Las empresas que no se adaptan a la cultura de los jóvenes están desperdiciando mucho talento" sino que además piensan que "Las empresas que más crecen son las que han sabido rescatar el talento de los jóvenes".

C. Los que estigmatizan a los jóvenes

Un 19% de consultados componen este grupo. Al igual que en el primer enfoque, creen que la relación entre los jóvenes y las empresas no es una relación armoniosa, pero tienden a culpabilizar a los jóvenes de este desacople.

Son principalmente los referentes de este grupo los que piensan que "El desempleo es mayor entre los jóvenes porque no saben buscar trabajo" y quienes creen que "Por lo general los jóvenes no saben cómo comportarse en una entrevista de trabajo".

Principalmente sostienen estas opiniones los seleccionadores de empresas grandes y de más antigüedad.

D. Los que creen que hay un problema formal

Finalmente, el grupo más numeroso, 38% del total de entrevistados, reconoce un problema de formas en la relación entre las empresas y los jóvenes. Son miembros de consultoras medianas que han abierto hace poco tiempo (o por lo menos que hace poco tienen sucursal en Córdoba).

Así, los miembros de este grupo piensan que "El proceso de selección y los empleos en general esperan que los jóvenes actúen con una formalidad que éstos no tienen". Para zanjar esta dificultad los seleccionadores apelan a situaciones que creen contribuyen a disminuir la dosis de informalidad como optar por jóvenes casados antes que por jóvenes solteros si ambos cumplen con el perfil requerido.

Conclusiones

En el informe del año pasado publicada en este Anuario (pag 790), basado en una investigación exploratoria cualitativa se plantearon los siguientes interrogantes:

“Dado que las PYMES son las principales empleadoras del país. ¿Están en condiciones de absorber los costos de la incorporación de jóvenes de entre 18 y 25 años? Sino, ¿Cómo se puede superar esta situación?”

“Las demandas de las empresas hacia el Sistema Educativo formal y el de la familia, son la preparación de los jóvenes para el mundo laboral en dos aspectos: el primero netamente actitudinal, o sea generar la disposición para responder a las exigencias del mundo del trabajo; y la segunda, de formación técnica laboral. Con relación a este último punto, las empresas parecen estar preparadas para ser ellas, las que carguen de habilidades al postulante. Sin lugar a dudas, que si el Sistema Educativo generaría este producto, las empresas se beneficiarían con externalidades positivas”.

“El desacople entre los criterios de evaluación de las empresas y los valores y conductas de los jóvenes pueden estar marcando la necesidad de un reajuste del paradigma de relaciones laborales”.

Los resultados de la instancia cuantitativa que se presentan en este informe, permiten perfilar con mayor precisión la naturaleza y la magnitud del fenómeno: estos jóvenes tienen más dificultades que otros para incorporarse al trabajo.

Evidentemente, el primer paso para superar el problema social, es la difusión y toma de conciencia de su existencia e importancia.

Luego, es importante pensar en un plan de intervención dirigido a facilitar las respuestas demandadas a las familias y al sistema educativo.

Tal vez, lo más importante con miras al futuro, sea crear la condiciones de generación de un nuevo paradigma laboral trabajando sobre los aspectos más maleables, menos irreductibles, de ambas partes que de cabida tanto a la cultura de los jóvenes cuanto a las demandas de las empresas.



LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA DURANTE EL GOBIERNO DE JUAN BAUTISTA BUSTOS*

Félix A. Torres**

Resumen: El presente trabajo se refiere al momento histórico en que la Universidad de Córdoba pasa a depender del gobierno provincial encabezado por el coronel Juan Bautista Bustos, a partir de 1820 y hasta la finalización de su mandato en 1829. Se analiza en el texto el importante apoyo financiero y material que la provincia le brindó en este período a la universidad; incluyendo la reforma universitaria de 1823-1824 que, le significó a Bustos ser designado por el Claustro, Protector de la casa de altos estudios.

Palabras claves: Historia - Derecho Argentino - Facultad de Derecho - Universidad - Córdoba - Educación.

Dos son los ejes sobre los que se estructura el plan político de Juan Bautista Bustos después de la sublevación de Arequito. Un congreso nacional que organice definitivamente el país a través de la forma federal de gobierno, y una constitución provincial que legitime su situación de poder y presente a Córdoba como un ejemplo político-jurídico a imitar por el resto de las provincias. El primero de sus proyectos fue abortado por las clases dirigentes del puerto de Buenos Aires. A este tema el historiador Miron Burgin lo explica con meridiana claridad en su obra *Aspectos económicos del federalismo argentino*: “Advertía Buenos Aires, asimismo que el gobierno de Córdoba haría todo lo que estuviera en sus manos para asegurar una solución federalista al problema constitucional. (...) Además, si el Congreso se proponía adoptar el programa político federal, probablemente lo haría sin tener en cuenta la posición peculiar de Buenos Aires en la economía nacional. La política económica y financiera que sin duda seguiría

* Este artículo forma parte del proyecto de investigación “Historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba, 2ª Parte, 1821-1880”, actualmente en curso.

** Licenciado en Historia. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Autor de numerosos ensayos y libros de Historia, entre otros *Dalmacio Vélez 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*; *Dalmacio Vélez Sársfield. Obras de su biblioteca personal*; *Historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba. Tomo I. 1791-1820.*

un Congreso federalista debilitaría inevitablemente a Buenos Aires en el orden político, lo que a su vez amenazaría la misma existencia del partido unitario. Porque era evidente que después de constituido el país sobre bases federales, el partido unitario ya no podría recuperar el dominio político como no fuera por la rebelión. Precisamente para evitar esa eventualidad se opuso activamente el gobierno de Buenos Aires a la convocatoria del Congreso de Córdoba”¹.

Lo segundo, esto es la constitución, sí pudo concretarlo, para orgullo de la historia institucional de Córdoba y del país. Sobre ese instrumento jurídico, Ernesto Celesia escribe “que debe reconocérsele por haber sido la primera constitución dictada en la república, que diera en el contenido de su articulado, la solución para el grave problema de la organización nacional, la misma que en definitiva fue la que se impuso, dando bajo el nombre de federal u forma unitaria federal, nueva entonces, si se quiere, pero argentina: de ahí su bondad, la bondad de la constitución de 1853, instrumento de nuestro progreso y grandeza actual”². Los redactores designados por la Sala de Representantes de Córdoba fueron los doctores José Gregorio Baigorri, José Norberto de Allende y Lorenzo Villegas, todos con sólida formación jurídica, los dos primeros catedráticos de la Universidad de Córdoba, y rectores de la casa de estudios. Villegas no pudo dedicarse a la redacción porque fue destinado a una misión diplomática ocupándose, Allende y Baigorri, de elaborar el proyecto, el cual fue elevado al gobernador Bustos en enero de 1821, para su posterior aprobación por la legislatura provincial.

La constitución cordobesa de 1821 —de acuerdo con Celesia— se inspira en “el modelo federal de la América del Norte, pero adaptándolo a nuestro modo de ser, haciéndolo argentino”³; por su parte Roberto Peña afirma que su autor “Utilizó con inteligente comprensión la constitución del estado de Massachussets de 1780, adaptándola a las circunstancias argentinas y a nuestras modalidades”⁴.

Para Enrique Martínez Paz ese instrumento jurídico por su espíritu liberal y el sistema adoptado era “como una transacción entre la unidad y

¹ MIRÓN BURGUIN; *Aspectos económicos del federalismo argentino*, Edit. Solar/Hachette, Bs. As., 1969, pág. 124-125.

² CELESIA, ERNESTO; *Federalismo argentino. Apuntes históricos 1815-1821*. Córdoba. Tomo III, Bs. As., 1932, pág. 6.

³ *Ibidem*, pág. 32.

⁴ PEÑA, ROBERTO; *Juan Bautistas Bustos y el federalismo doctrinario de Córdoba*. Cuadernos de Historia, Junta Provincial de Historia de Córdoba, 1980, pág. 49.

el puro federalismo, parece [más bien] el resultado de una adivinación que anticipaba el régimen definitivo del país”⁵.

En una apreciación de conjunto, Celesia define a esta constitución, “la primera de Córdoba [como] la mejor de la época, es decir, la que más respondía a las características del momento, con la que sus autores demostraron que tuvieron la verdadera y real previsión de lo que era necesario para la organización de la Nación, atendiendo con exactitud a las necesidades de la Provincia, en forma tal que rigió sus destinos durante 26 años, esto es, hasta la reforma de 1847; siendo en algunas de sus disposiciones el verdadero y único antecedente argentino de la constitución nacional”⁶.

Nuestro propósito no es referirnos en profundidad sobre la Constitución cordobesa de 1821, salvo estas consideraciones a grandes rasgos que permitan contextualizar el momento histórico donde desenvuelve su actividad la universidad y la facultad de Derecho en Córdoba a partir de 1820. La constitución sancionada y una legislatura en funcionamiento, dieron en esos momentos la cobertura jurídico-institucional necesaria para encauzar medianamente bien las actividades económicas, sociales y políticas en el ámbito provincial; dentro por cierto, de las limitaciones propias de un sistema republicano que comienza a dar sus primeros pasos. En un proceso político en donde las extralimitaciones y los abusos del poder por parte del ejecutivo, como en el resto del territorio nacional, solían darse con alguna frecuencia, no obstante ello durante el gobierno de Bustos, “las arbitrariedades (...) no caracterizan a su administración”, sostiene el historiador Carlos Segreti⁷.

Fracasado el intento de organizar el país desde Córdoba, Bustos se contrae a poner orden y gobernar la provincia de la mejor forma posible que le permite la crónica escasez presupuestaria durante esos años de administración autonómica. De acuerdo con Segreti, “para realizar su obra de gobierno se sirve de los elementos más capaces que cuenta la provincia, sin hacer caso de su ideología. En este sentido, el apoyo que le prestan los egresados de la Universidad de Córdoba es muy grande: de allí, quizás, la acusada preocupación que se advierte por el mejoramiento de la enseñanza en general. Galardón preciado del que no todos los gobernadores pueden ufanarse”⁸.

⁵ MARTÍNEZ PAZ, ENRIQUE; *La formación histórica de la Provincia de Córdoba*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1941, pág. 71.

⁶ CELESIA, ERNESTO; op. cit., Tomo III, pág. 21. En realidad, con algunas variantes siguió hasta 1855, pues la Constitución de 1847 fue “una simple reforma” de la de 1821.

⁷ SEGRETI, CARLOS S. A.; *Juan Bautista Bustos en el escenario Nacional y Provincial*. Córdoba, 1970, pág. 158.

⁸ *Ibidem*, pág. 158.

Una consecuencia directa de la declaración de autonomía de Córdoba, fue el traspaso a la jurisdicción provincial del derecho de patronato sobre la universidad, que hasta entonces habían ejercido los virreyes primero y después de 1810 las autoridades porteñas surgidas de la Revolución. Este cambio en el gobierno superior de la casa de estudios, no fue sólo un acto jurídico de hecho, por la única circunstancia de que el establecimiento estaba ubicado en territorio cordobés. Sino que por el contrario, tuvo a partir de 1821 el soporte legal correspondiente. El tema, que puede parecer un simple ejercicio intelectual de índole jurídica, tiene sin embargo su respuesta en el derecho positivo constitucional de la provincia de Córdoba; como dato anecdótico cabe señalar que el asunto no ha sido abordado por quienes han investigado sobre la historia de nuestra universidad.

Así entonces, pudimos comprobar que en el capítulo XV de la constitución de 1821, denominado "Atribuciones del Poder Ejecutivo", en su artículo 6º, entre otras varias funciones propias del gobernador, está la de ejercer "la suprema inspección [y] **superintendencia**" sobre "los establecimientos científicos, y de todo otro género, formados, o que se formaren... bajo las leyes u ordenanzas que las rigen, o que en adelante formare el cuerpo legislativo"⁹. Obviamente que el único "establecimiento científico" de la época en Córdoba, era su ya antigua universidad con el anexo del Convictorio de Monserrat. Pero para reforzar el concepto sobre el mismo tema, el constituyente dejó explícito en el último capítulo, el XXX, una exhortación destinada a los poderes del estado provincial, y que dice lo siguiente: "será una obligación de las autoridades y Magistrados de esta República, fomentar el interés de la literatura y las ciencias protegiendo los seminarios de ellas, **especialmente la universidad**, Escuelas públicas y Aulas de gramática..."¹⁰. Aquí debemos recordar que su principal redactor, el Dr. José Gregorio Baigorri, era profesor universitario y posteriormente rector de la Casa de Trejo, por lo tanto dejó así plasmado en el texto constitucional los derechos que los gobernadores tenían al patronato universitario, pero al mismo tiempo señaló la obligación de éstos de fomentar y proteger la enseñanza superior. La fuente de inspiración del Capítulo XXX se encuentra en el Capítulo V, sección II de la Constitución del Estado de Massachusetts de 1780, en donde dice textualmente: "fomentar el interés de la literatura y de las ciencias, y todos los seminarios de ellas; especialmente la Universidad de Cambridge, Escuelas públicas y Aula de Gramática en las Ciudades..."¹¹.

⁹ CELESIA, ERNESTO; op. cit., Tomo III, pág. 378.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 411.

¹¹ Constituciones de la Provincia de Córdoba, con Introducción del Dr. Carlos R. Melo, U.N.C., 1950, pág. 89.

De este modo los gobernadores de Córdoba a partir de 1821, gozaron por disposición constitucional sancionada en la legislatura provincial, el derecho a ejercer el poder de “inspección y superintendencia”¹² sobre el establecimiento universitario y el Colegio de Monserrat. Atribución que, en honor a la verdad, utilizaron con bastante prudencia en un período histórico signado por las luchas armadas entre unitarios y federales que incidió muy negativamente en el desarrollo educativo, hasta la nacionalización de ambos institutos en 1854. Esta época fue denominada despectivamente como “anarquía federal” por la historiografía ultra liberal porteña, particularmente por la pluma de Vicente Fidel López y los seguidores de su escuela. Pero es necesario señalar que en ningún momento los gobernadores cordobeses de este período avasallaron por la fuerza el ámbito universitario, si bien dejaron sentir su patronato sobre la actividad académica, pero casi siempre con acuerdos asesorados por letrados de sus administraciones, cuando no con informes previos del Claustro antes de tomar una decisión importante. Nunca enviaron tropas a la universidad, ni destituyeron por la fuerza pública un rector, ni encarcelaron a la máxima autoridad universitaria. Como sí ocurrió con distintos gobiernos dictatoriales durante el transcurso de nuestro agitado siglo XX argentino.

Así entonces, parafraseando el célebre libro de Domingo Faustino Sarmiento, podemos decir que ni los “bárbaros” lo fueron tanto, ni los “civilizadores” con sus ideas alcanzaron en nuestro país el necesario predicamento como para impedir a las sucesivas generaciones, esos atropellos a la cultura argentina en repetidas ocasiones durante el siglo pasado.

Al igual que en otros momentos históricos, nada indica —desde el punto de vista documental— que los hechos político-institucionales ocurridos en 1820, dejaran alguna huella en el quehacer cotidiano de la universidad. Los cambios en la rutina sólo aparecerán, reflejados documentalmente, cuando la temática sea estrictamente inherente, de una u otra forma, con la actividad académica. La problemática política y sus repercusiones no aparece registrada, por ejemplo, en las sesiones del Claustro. Da la impresión a primera vista que la historia transcurre por un carril y la vida universitaria por otro, paralelo a aquel, sin tocarse, hasta que en algún momento el poder civil se inmiscuye para bien o para mal, en esta isla de ideas que como si nada ocurriera, sigue a su ritmo formando profesionales e intelectuales en la sociedad de su época.

¹² Superintendencia: suprema administración en un ramo. Superintendente: persona a cuyo cargo está la dirección y cuidado de algo, con superioridad a los demás que sirven en ello. Diccionario Enciclopédico de la Lengua Española Sopena; Diccionario esencial de la Lengua Española, Real Academia Española.

Casi finalizando el año 1821, el rector Dr. Juan Antonio Sarachaga, en reunión del Claustro se refirió a las causas que según él “inflúan en la precitada decadencia de los estudios (...) y a meditar los remedios para reponer la disciplina escolar y antiguo crédito de esta universidad”¹³. A continuación señaló “detalladamente” —si bien no figura en el acta— “los principales abusos y relajación que había observado en los estudiantes”, como así también la imposibilidad de los rectores de limitar los excesos que ocurrían en las aulas. Según Sarachaga esa indisciplina de los estudiante obedecía “muy principalmente, al lujo en el vestir”, por lo tanto solicitaba que se les obligase a utilizar “un traje humillante que en cierto modo, los separase del resto de la juventud”, para de esta forma preservarlos “de la corrupción general”. A esos fines proponía “un traje talar de sotana y manteo ordinario para adentro y fuera de las aulas, con algún distintivo del estado eclesiástico”¹⁴. Sobre este tema se debatió largamente sin llegar a una conclusión, acordando los claustrales nombrar una comisión formada por el rector de universidad, el del colegio de Monserrat y el profesor de Cánones para que elaboren un proyecto destinado a dar una solución al problema planteado por el rector, y presentarlo al Claustro para su sanción.

A comienzos del año lectivo de 1822 las autoridades universitarias trataron dos temas de cierta importancia. Uno de ellos fue la rebaja de las cuotas que pagaban los estudiantes, como una posible solución al corto número de alumnos que cursaban estudios, debido, según el rector Castro Barros, a problemas de pobreza que les impedía a sus padres pagar las cuotas asignadas para la matrícula y pruebas de curso. La propuesta rectoral incluía la disminución de las propinas que los estudiantes pagaban a los profesores en sus exámenes para obtener el grado universitario¹⁵. El otro punto a dilucidar era si se debía seguir con el plan de estudios redactado por el deán Gregorio Funes, “aprobado por la Soberanía de la Nación, con la reforma que contiene la visita hecha (...) por el Dr. Manuel Antonio Castro, que aún no está aprobada” por el gobierno nacional, pero sí por la universidad. Los temas en cuestión fueron postergados para otra sesión, en donde se acordó que los estudiantes pagaren 8 pesos por matrícula y 6 por cada prueba de curso, esto es, menos de lo que se pagaba hasta ese momento. Con respecto al plan de estudios por el que debían ajustarse, se decidió formar una comisión para tratarlo más adelante y elevar el dictamen al Claustro para su aprobación¹⁶.

¹³ Archivo Universidad Nacional de Córdoba (en adelante A.U.N.C.), Sesiones del Claustro, Libro F-5, f.123, del 08/11/1821.

¹⁴ *Ibidem*, f.123.

¹⁵ *Ibidem*, f.127 del 28/02/1822.

¹⁶ *Ibidem*, f.128 del 16/03/1822.

Esta indefinición sobre el plan de estudios a seguir, como así también la carencia de libros para las cátedras, obligó a los profesores de la facultad de Leyes a efectuar acuerdos extra curriculares para llevar adelante la enseñanza, hasta tanto la universidad pudiera aprobar un plan de estudios permanente “sin la falta de cátedras y libros que al presente causan estos tropiezos”, concluía el acta de sesión¹⁷.

Solucionados algunos problemas de ordenamiento interno más apremiantes para la función de gobierno, Bustos pudo dirigir su atención hacia la universidad a partir de junio de 1822. En esa oportunidad le comunicó a las autoridades universitarias que la casa de estudios tenía adjudicada —desde los años del gobernador Castro— una renta anual de 2.000 pesos provenientes de los diezmos del obispado de Córdoba con destino al pago de sueldos de sus profesores. Pero esa cantidad no siempre pudo efectivizarse en las Cajas universitarias, “a causa de la tardanza e irregularidades con que se remitían los diezmos de las otras provincias”¹⁸, dependientes de la diócesis de Córdoba. En consecuencia Bustos dispuso por auto del 24 de junio de 1822, refrendado por la Legislatura, que esa cantidad fuese deducida de los diezmos de la provincia, “y hasta que pueda tener efecto la merced concedida por el Gobierno de las Provincias Unidas”, se reintegre ese monto para las arcas universitarias de la siguiente forma: desde la contaduría de diezmos 600 pesos anuales, y desde la Tesorería del Estado provincial 800 pesos por semestre, provenientes de los fondos destinados “al mantenimiento de diputados de la Provincia”, y en caso de no obtenerse de allí, extraer 600 pesos del “Producto de Corrales”. En la justificación de la medida afirmaba que todo era a “mérito de la decidida beneficencia y protección con que deseo honrar y promover la institución de tan alto establecimiento, y entretanto el claustro dedica una parte de sus tareas en proponer arbitrios para hacer una asignación sobre fondos fijos y estables”¹⁹.

Otra medida de índole económica a favor de la universidad, fue la cesión por parte del Cabildo del tercio que sobre las herencias transversales disponía para solventar las escuelas públicas; los dos tercios restantes ya habían sido adjudicados en tiempos de Castro a la universidad. En esta ocasión el Cabildo ponía como condición, que la casa de estudios pagara el sueldo de un bibliotecario que antes corría por cuenta de los ediles²⁰. La respuesta del Claustro a esta política del gobernador fue muy positiva, causando “regocijo en los claustres”, y a raíz de esta situación el catedrático

¹⁷ *Ibidem*, f.129 del 17/04/1822.

¹⁸ GARRO, JUAN M.; *Bosquejo Histórico de la Universidad de Córdoba*. Bs. As., 1882, pág. 276.

¹⁹ A.U.N.C., Serie Documentos (en adelante Documentos), Libro N° 16, f.297r. del 24/06/1822.

²⁰ GARRO, JUAN M.; *op. cit.* pág. 277.

Sarachaga propuso que, debido a la mayor disponibilidad de fondos la universidad redujera el costo de las matrículas y pruebas de curso, y “se restituyesen las propinas a los graduados”, con lo cual se lograría que las funciones universitarias fuesen “más concurridas en adelante y decorosas”²¹. La moción fue aprobada por todo el Claustro y se designó una comisión para elaborar un reglamento con las nuevas cuotas de matrículas, pruebas de curso, exámenes, actas y grados que debían cumplir los estudiantes y graduandos. En agradecimiento la universidad concedió al gobernador Bustos el derecho a que su hijo, don Ramón Bustos, pudiese cursar la carrera que quisiera “sin pagar pensión, ni cuota alguna”; y en caso de no interesarle a éste seguir estudios universitarios, el mandatario podía designar en su lugar a otra persona con las mismas exenciones citadas anteriormente²². Bustos aceptó la concesión otorgada a su hijo en “los términos propuestos”, según la nota de agradecimiento enviada al rector²³.

El próximo paso del gobernador con respecto a la universidad, fue el de modificar el plan de estudios vigente desde 1818, reformado a su vez durante la visita de Manuel Antonio Castro a la casa de estudios²⁴. Para ello comisionó al canónigo Dr. José Gregorio Baigorri —redactor de la constitución cordobesa de 1821— en calidad de visitador y “Subdelegado nato” con el objeto de realizar “el mejor arreglo que sea susceptible para la enseñanza pública”, según nota enviada al rector en julio de 1822²⁵. La respuesta del Claustro a esta medida “fue de gran satisfacción”, mandando celebrar la noticia “con repiques, música e iluminación”, al tiempo que enviaba algunos catedráticos “para cumplimentar a dicho Sr. Visitador”²⁶. Al principio Baigorri renunció a la nueva tarea encomendada, pero Bustos rechazó la dimisión e insistió para que la llevara a cabo, a lo cual ya Baigorri no pudo negarse y procedió a comunicar al rector su designación para que éste la hiciese conocer oficialmente al Claustro²⁷.

El decreto por el que Bustos lo nombra a Baigorri Visitador de la universidad, y éste a su vez lo traslada a los claustres, contiene una serie de consideraciones sobre la importancia pasada y futura de la universidad, en la formación de profesionales que “han sido el honor del sacerdocio y del Estado”. Más adelante se señala al Visitador que la ha provisto de rentas —a la universidad— para la dotación de sus cátedras y nombrado a Us-

²¹ A.U.N.C., Actas de Sesiones, Libro F-5, f.134, del 24/06/1822.

²² A.U.N.C., Documentos, Libro N° 6, f.301, del 28/06/1822.

²³ *Ibidem*, f. 305 del 02/07/1822.

²⁴ Ver TORRES, FÉLIX A.; *Manuel Antonio Castro y la primera reforma universitaria en Córdoba. 1818*. Editorial de la Municipalidad de Córdoba, 2003.

²⁵ A.U.N.C., Documentos, Libro N° 6, f. 305 del 02/07/1822.

²⁶ A.U.N.C., Actas de Sesiones, Libro F-5, f.136 del 03/07/1822.

²⁷ A.U.N.C., Documentos, Libro N° 6, f. 317, del 18/07/1822.

ted...para que introduzca las reformas y mejoras que permitan “nuestras circunstancias y el presente tiempo”. También lo autoriza a Baigorri a distribuir entre el personal docente y administrativo, las recompensas necesarias “dentro de los objetos peculiares de esa universidad que se hiciesen merecedores por su celo y servicio en la reforma y mejora de dicho establecimiento”²⁸. Así entonces todos los que colaboren con el Visitador serían merecedores, de una u otra forma, de algún premio, no en dinero pero sí, por ejemplo, en prolongación del tiempo de sus contratos al frente de cátedras o tareas auxiliares.

Sobre el tema de la reforma universitaria de Baigorri que le demandó bastante tiempo a su autor, volveremos más adelante; ahora nos ocuparemos de otra de las contribuciones de Bustos a la universidad: la imprenta. Pero antes quiero señalar que la Constitución Cordobesa de 1821, en el Capítulo XXIII referido a la Declaración de derechos, contiene tres artículos, desde el 6º hasta el 8º relacionados con la libertad de prensa, en uno de ellos expresa textualmente: “La libertad de publicar las ideas por la prensa es un derecho tan apreciable al hombre, y tan esencial para la conservación de la libertad civil, como necesaria al progreso de las luces de un Estado”. Esta garantía constitucional tiene una actualidad absoluta, aquí y en cualquier otro país civilizado.

En setiembre de 1822 el gobernador emitió una proclama a los habitantes de la provincia incitándolos a colaborar en una subscripción pública destinada a la adquisición de una imprenta para la ciudad de Córdoba. La imprenta anterior, que perteneciera a los jesuitas, fue enviada a Buenos Aires en 1780 por orden del virrey Juan José Vertiz, constituyendo la base del establecimiento gráfico de los Niños Expósitos; desde entonces Córdoba no disponía de ese elemento técnico para publicar textos y periódicos que incrementaran el nivel cultural de la segunda ciudad del país. No debió ser ajeno a esa propuesta del gobernador, el Dr. Juan Antonio Saráchaga, catedrático universitario e impulsor de un proyecto para que la universidad adquiriera una imprenta en 1815, que lamentablemente no pudo concretarse en esa ocasión²⁹.

La proclama del gobernador se conoció en el Claustro el 9 de setiembre, y en sus conceptos más importantes, expresa lo siguiente: “...entre los objetos que ocupan la atención del gobierno, tienen el primer lugar el fomento de esta universidad y la creación de escuelas de primeras letras en todos los curatos de campaña...”. Uno de los medios necesarios para lograr esos fines —sostiene el documento— está en adquirir “una imprenta pública, cuyos productos acrescan los fondos de la universidad y que provea

²⁸ A.U.N.C., *Ibidem*, f.319 del 20/07/1822.

²⁹ Cfr. GARRO, JUAN M., *op. cit.*, pág. 308; Segretti, Carlos S. A., *op. cit.*, pág. 169.

a las escuelas de los libros y mamotretos análogos a su enseñanza (...) de conocida utilidad a uno y otros establecimiento, fuera de otras indudables ventajas que debe reportar a la provincia de su libre pero circunspecto ejercicio..."³⁰. En esa misma sesión los catedráticos decidieron apoyar el proyecto que permitía disponer a la universidad de una imprenta, donando "el billete de 1.669 pesos que reconoce la Caja de Buenos Aires a favor de la universidad". Esos fondos estaban destinados al pago de sueldos de docentes que dictaron cátedras entre 1818 y 1819, pero la universidad les reservaba esos derechos "para abonárselos con los productos de la misma prensa", y el Claustro solicitaba que voluntariamente "los ausentes" cedan su parte, "como es de esperar"³¹. Bustos agradeció al rector y profesores "la noble oblación que ha hecho ese Ilustrísimo Claustro para la compra de la imprenta"³².

Finalmente este equipamiento técnico por problemas de falta de espacio en la universidad, fue instalado en el Colegio Monserrat a propuesta de su rector José María Bedoya, en donde funcionó desde noviembre de 1823 hasta octubre de 1824, de allí en adelante la universidad celebró contrato de explotación con el Sr. Francisco Fresnadillo hasta 1851. La imprenta permaneció en el ámbito del Monserrat hasta fines de los años treinta en que fue alquilada una casa para que llevara adelante su actividad; de ella salieron todos los periódicos que circularon en Córdoba durante la década de 1821 a 1829, si bien casi todos de escaso tiraje y durante poco tiempo. Pero había nacido el periodismo en Córdoba³³.

La Reforma de Baigorri en la Universidad

Los designios del gobernador Bustos con respecto a la universidad, no sólo fueron mejorar sus finanzas y dotarla de una imprenta que a la par de posibilitar la edición de textos de estudio, le permitiera incrementar los recursos económicos a través de la venta de su producción gráfica en general, incluyendo la papelería que utilizaba el Estado. También quiso perpetuar su obra de gobierno mejorando la actividad académica universitaria, y para ello designó —como ya lo mencionamos— al Dr. José Gregorio Baigorri en calidad de Visitador de la casa de estudios con amplios poderes. Uno de ellos era precisamente el de reformar el plan de estudios vigente desde la última modificación efectuada por el Dr. Manuel Antonio Castro en 1818. Seguramente algunas razones de índole política debieron susten-

³⁰ A.U.N.C., Actas de Sesiones, Libro F-5, f. 141 v. del 09/09/1822; SEGRETI, CARLOS S. A., op. cit., pág. 169-170.

³¹ A.U.N.C., Actas de Sesiones, Libro F-5, pág. 141.

³² A.U.N.C., Documentos, Libro N° 6, f. 333 del 16/09/1822.

³³ GARRO, JUAN M., op. cit., pág. 311 y ss.

tar este proyecto de Bustos, más allá de las estrictamente académicas. En este sentido no debió ser ajeno a su conocimiento la importante obra realizada en la universidad por su predecesor del partido directorial, que le valiera el título de Protector otorgado por el Claustro universitario, como un justo reconocimiento a las iniciativas tomadas por aquel para mejorar el establecimiento educativo. Bustos no quiso ser menos, porque sabía o al menos intuía con fundamento, que todo acto de gobierno destinado de alguna forma al mejoramiento de la universidad, significaba lustre para su gobierno y trascendencia para la posteridad, como de hecho ocurrió. Pero a tal punto influían las pasiones políticas de la época, incluso en el ámbito educativo, que el visitador Baigorri ignoró por completo en su proyecto las reformas al plan de estudios efectuadas por el “unitario” Manuel Antonio Castro. Directamente tuvo en cuenta el plan del Deán Funes de 1813, pasando por alto como si nunca hubiesen existido las modificaciones incorporadas por su antecesor, y que estaban en vigencia. Bustos tampoco debió ser ajeno a esta actitud lamentable, destinada a que no quedaran huellas del gobierno anterior, si era opositor, para de esta forma contribuir a su olvido. Criterio recurrente, por otra parte, en nuestra historia política posterior en camino al Bicentenario.

Entre las facultades de que estaba investido el Visitador, figuraban las siguientes: podía “llamar a su juicio y conocimiento los asuntos contenciosos y gubernativos que sobrevengan durante la visita, en el modo y forma prescriptos para las audiencias y virreyes. Debía ésta [la visita] tener por objeto el examen de sus fondos, la seguridad de sus intereses, el arreglo de las rentas de los catedráticos, **y cuanto fuese conducente a la formación de un plan fijo de estudios con sujeción a las leyes de la materia y circunstancias del país**, y a la Constitución que deba regir su cuerpo académico”³⁴.

Baigorri inició su tarea en la universidad el 23 de julio de 1822, previamente le fue asignado un sueldo de 50 pesos mensuales sobre las rentas universitarias³⁵. Comparada con la visita anterior del Dr. Castro, ésta fue extensa en el tiempo, ya que concluyó aproximadamente en febrero o marzo de 1825³⁶, sin que la extensión temporal se reflejara en la sustancia de las reformas implementadas en el plan de estudios. En efecto, para Juan M. Garro (Bosquejo histórico de la Universidad de Córdoba) “las innovaciones hechas por el Dr. Baigorri (...) son en su mayor parte de detalle, y apenas si una u otra puede considerarse fundamental. Muchas de ellas son tomadas de la reforma llevada a cabo durante la Visita del Dr. Castro, sin

³⁴ *Ibidem*, pág. 287-288.

³⁵ *Ibidem*, pág. 288.

³⁶ *Ibidem*, pág. 288.

embargo de no consagrarle el menor recuerdo”³⁷. El Dr. Enrique Martínez Paz afirma que “en el trabajo de este benemérito universitario —aunque carece de originalidad porque sigue de cerca las huellas del famoso Plan de Estudios del Deán Funes— las modificaciones y adaptaciones que le introduce son de tal oportunidad y juicio, que puede decirse con verdad, que el plan de Baigorri es el que ha servido de inspiración en todo el proceso de la vida universitaria hasta la nacionalización de la universidad”³⁸. Si bien esta opinión es favorable en general al plan de Baigorri, pasa por alto la circunstancia de que el Visitador no menciona una palabra sobre las modificaciones introducidas por el Dr. Castro, que obviamente Martínez Paz las conocía.

Más ajustada a la realidad histórica es la opinión de Raúl Orgaz, cuando señala que Baigorri con su proyecto se aproxima “más al Plan de Castro que al de Funes [no obstante] prefirió ensalzar la obra del deán, sin mencionar siquiera, la del jurisconsulto salteño”. Atribuyendo esa actitud a “escrúpulos políticos derivados del orden de cosas que trajo Arequito, o quizás por mal entendido localismo”³⁹.

Por su parte, Roberto Peña, al referirse escuetamente al plan de estudios de Baigorri, escribe que éste le hizo “modificaciones de detalles” al de Funes, y subsistió hasta la nacionalización de la universidad en 1854⁴⁰.

Al enviar el proyecto del plan al gobernador Bustos, Baigorri le destaca que en esa reforma ha dispuesto que “en adelante... ganen los teólogos curso doble (en Teología y Cánones) a semejanza de lo que se halla establecido respecto de los legistas, para obtener los grados en Derecho Civil y Canónico. De otro modo la enseñanza de aquella facultad [la de Teología] quedará destruida”⁴¹; este aspecto principal es el que también tuvo en cuenta Funes al idear su plan: que no desaparezca por falta de matrícula el estudio de las ciencias teológicas; objetivo final en el cual convergen ambos reformadores, no así en el caso de Castro. Ese punto de la reforma se incluyó concretamente para que los estudiantes de Teología pudieran optar a los grados simultáneos en Teología y Cánones, “como los juristas optan a los grados en ambos derechos”⁴². En el oficio de respuesta al plan de Baigorri, el gobernador Bustos expresa lo siguiente: “apruébese en todas sus partes y para que todo lo prevenido en dicho plan tenga su puntual y debido efecto, devuélvase al Delegado Visitador para que lo mande publi-

³⁷ *Ibidem*, pág. 289.

³⁸ MARTÍNEZ PAZ, ENRIQUE; *op. cit.*, pág. 72.

³⁹ *Ibidem*, pág. 98.

⁴⁰ PEÑA, ROBERTO; *op. cit.*, pág. 54.

⁴¹ A.U.N.C., *Actas de Sesiones*, Lubro F-5, f. 160 v. del 2/1/1823.

⁴² ORGAZ, RAÚL; *Para la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Edit. Assandri, Córdoba, 1950, pág. 98.

car en Claustro, **recibir por Estatuto firme y perpetuo** y hacerlo guardar y observar inviolablemente a quienes tocare... Encargo con mucha especialidad al actual rector de universidad, **y a los que le sucedan...** que todos contribuyan eficazmente al cumplimiento y observancia de lo mandado y dispuesto en dicho Plan de Reforma”⁴³. No es necesario hacer mucho estudio del discurso para reconocer aspectos de incipiente megalomanía en el texto del gobernador; la proyección hacia la posteridad y lo inmutable de sus obras estaba presente una vez más en su pensamiento.

Para justificar las reformas realizadas, Baigorri afirma, que “si no pudo verificarse en todas sus partes” [el plan de estudios de Funes] se debió a las “particulares circunstancias de este establecimiento, a que hubiera tenido que acomodarse el autor del plan, si hubiera podido observarlas por más tiempo y más de cerca”⁴⁴. Este párrafo en la interpretación de Raúl Orgaz, significa “afirmar que el deán había elaborado su plan de estudios con escaso sentido de la realidad a que debía regir”⁴⁵. Efectivamente, la opinión de Baigorri no está lejos de la verdad, por cuanto el deán pergueñó su plan en 1808 en tiempos del coloniaje y lo concluyó en Buenos Aires en 1813 en época de la revolución, después de estar alejado de la universidad durante más de un lustro. Esa circunstancia —el alejamiento temporal y geográfico de Funes— incidió para que se impusiera una reforma, afirma Baigorri; además del hecho de incorporar a la universidad “de reglas de que carecía a otros respectos, y en fin, el darle una constitución fija para ese régimen y mejor orden”, finaliza diciendo Baigorri⁴⁶.

Estos eran sintéticamente los objetivos que el gobernador Bustos se propuso al designarlo a Baigorri como Visitador, según éste mismo lo expresa en su Introducción.

La Reforma de Baigorri en la Facultad de Derecho

Con respecto a los estudios de jurisprudencia civil y canónica, Baigorri en su plan de estudios diseña de la siguiente forma: en el 1º año el profesor de Derecho Civil enseñará el primero y segundo libro de la Instituta de Justiniano, por los Comentarios de Arnaldo Vinnio. Con preferencia del texto en latín y castellano “para facilitar su estudio a los estudiantes”. Paralelamente el profesor de Cánones dictará su materia por el primer tomo de Derecho Canónico de Juan Devoti. En el 2º año se enseñaría el tercer y cuarto libro de Justiniano, y en el curso de Cánones el 2º tomo de Devoti.

⁴³ A.U.N.C., Actas de Sesiones, Libro F-5, f.161v. del 10/01/1823.

⁴⁴ A.U.N.C., Documentos, Libro N° 7, f. 205 y ss.

⁴⁵ Orgaz, Raúl, op. cit. pág. 98.

⁴⁶ A.U.N.C., Documentos, Libro N° 7, f. 205 y ss.

El 3º año de estudio comprendía el dictado del “derecho patrio o leyes del Estado, mediante que por ellas y no por otras, se han de juzgar y sentenciar los pleitos”. Señalando el reformador que mientras tengan vigencia “los códigos de legislación española”, el profesor de Derecho Civil enseñará en este año la Instituta de Castilla, y explicará “las Leyes de toro por los Comentarios de Antonio Gomez”. A los fines de facilitar este último estudio el catedrático utilizará “el compendio de dichos comentarios por D. Pedro Nolasco de Llano”. El curso de Cánones se enseñará por el tercer y último volumen de Devoti. Finalmente el 4º año de la facultad de Jurisprudencia se destinaba al derecho público y de Gentes, en la cátedra de Leyes y en la de Cánones se estudiaban los Concilios.

Durante los cuatro años de estudio los profesores de Derecho Civil y Canónico debían dictar conferencias, de una hora de duración por jornada de clase, alternando entre sí los días de la semana. En esa conferencia el profesor señalará el tema a tratar, que “será siempre de los más graves que se agitan en la materia”, dentro de los desarrollados en el año, “a fin de que se instruyan en ella por el que mejor lo trate; fijará la opinión que ha de sostenerse despreciando las opiniones extravagantes y raras, las más ingeniosas que verdaderas,” prefiriendo el profesor las más fundadas en la teoría y la práctica cotidiana. A continuación debía elegir dos argumentos que debían ser sostenidos por uno de los alumnos concurrentes. Este método pedagógico debía utilizarse durante el primer y segundo año, en el tercero y cuarto las conferencias se dedicarían al estudio del tratado de *Regulis iuris* y en ejercicios prácticos del género judicial incluidos en el plan de estudios. En la cátedra de Cánones el mismo tiempo se invertía por el profesor en las Antigüedades de Selvagio.

Los estudiantes de Derecho como los de Teología, debían estudiar retórica, una vez por semana —los días jueves y los semifestivos— dictada por profesores de ambos derechos, cánones y derecho civil turnándose por bienios. La clase era de una hora por la mañana, utilizando de texto la obra del abate Carlos Batteux *Curso de bellas letras* o *La Filosofía de la Eloquencia* de Capmany; el examen de esta materia duraba un cuarto de hora. En cambio los exámenes de jurisprudencia civil y canónica se extendían durante una hora.

Los grados académicos en derecho civil y canónico se obtenían de la siguiente manera: tres años de curso y el examen de dos previas, una de cada facultad, daba la opción al de Bachiller en ambos derechos que se conferían por separado. El de Licenciado se lograba después del cuarto año de estudio y de rendir el examen correspondiente, en una y otra facultad, además de los requisitos anteriores para obtener el de Bachiller. El grado máximo, el de doctor, se confería en el 5º año, después de cursar un

tercio de tiempo del año escolar. Para obtenerlo el estudiante debía desempeñar dos ignacianas, que consistía en una lección de una hora sobre el tema elegido entre los tres señalados mediante la picata en el texto de la Instituta. El graduando disponía de dos días de tiempo desde la picata —es decir de la elección del punto a desarrollar— hasta el acto público. Este duraba tres horas, en la primera exponía sobre el tema seleccionado y en las dos restantes defendía las conclusiones que le entregaba el rector, con bastante anticipación al día del examen, y que no podían ser menos de doce y más de dieciséis relacionadas con la facultad —leyes o cánones— cuyo grado solicitaba. Los graduandos de doctor debían cursar en el quinto año “una especie de pasantía”, concurrían a los exámenes de previas y demás funciones literarias de la universidad, pero no estaban obligados a asistir diariamente a clases.

El plan de estudios incluye una serie de disposiciones generales, válidas para toda la universidad, que nos permiten observar aspectos cotidianos de la actividad académica. Por ejemplo, los cursos se abrían cada dos años, de tal modo que siempre concurrían el primero con el tercero y el segundo con el cuarto; no se admitían estudiantes fuera de curso, sino en la forma establecida. Con respecto a los textos de estudio establece que mientras no se consigan los autores designados en el plan de estudios de Funes, y en el reformado por Baigorri, el Rector de la universidad con el dictamen del Claustro, estaba facultado para sustituir materias equivalentes y designar autores que puedan conseguirse para dictar el curso, de lo contrario “debería [haber] una cesación de estudios”. El año académico comenzaba el 13 de marzo y duraba ocho meses, al concluir el 1º de noviembre se concedía a los estudiantes “quince días de punto”, esto es de descanso a fin de que dispongan de más tiempo para preparar mejor sus exámenes. Durante ese período los estudiantes sólo asistían a una hora de conferencia por la mañana, que se utilizaba por los profesores en ejercicios sobre las materias a rendir. Los exámenes comenzaban el 16 de noviembre y una vez concluidos continuaban “las clases en una hora de academia por la mañana”, salvo la de gramática, hasta el 24 de diciembre en que cesaban todas las actividades escolares. En tiempo de academia el rector determinaba las actividades, incluidas las materias, que se dictarían hasta la conclusión del año lectivo.

Finalmente el proyecto de Baigorri disponía que continuaba en vigencia el plan de estudios de Funes, “en cuanto no fuere reformado por el presente”⁴⁷.

⁴⁷ Para el desarrollo del plan de estudios de Baigorri, hemos utilizado la siguiente bibliografía: A.U.N.C., Documentos, Libro N° 7, f. 205 y ss. Reforma del Plan de Estudios de esta Universidad. Arreglo de cursos y funciones..., Imprenta de la Universidad de Córdoba, año 1832; Garro, Juan M. op. cit., pág. 295 y ss.; Orgaz, Raúl A. op. cit., pág. 95-99-100.

Al momento de realizar un balance o síntesis del plan de estudios de Baigorri, reproducimos la opinión de Raúl Orgaz por considerarla proveniente de un estudioso del derecho, y coincidente en un todo con nuestro parecer al respecto. Para este autor, la reforma de Baigorri “sin innovar fundamentalmente respecto de lo que habían implantado los dos Protectores de la universidad —Funes y Castro— ajustó de modo más cabal el mecanismo docente a las circunstancias de la hora y de las modalidades tradicionales del viejo instituto, **cuyo carácter teológico quedaba reafirmado** con la equiparación de los teólogos a los juristas en la opción simultánea a los grados en facultades diferentes, opción que ahora se concedía a los primeros y de que ya disfrutaban los segundos”⁴⁸.

Concluido el plan de estudios a comienzos de 1823, Baigorri se abocó al otro objetivo señalado por el gobernador Bustos en sus instrucciones al Visitador, esto es dar a la universidad una Constitución como estaba previsto en las cédulas fundacionales del establecimiento. A tales efectos nombró una comisión compuesta por los doctores Juan Antonio Saráchaga y José María Bedoya, quienes elaboraron un proyecto que fue elevado por el Visitador al Claustro para su revisión y examen final⁴⁹. Como los claustrales demoraban indefinidamente su dictamen, Baigorri en diciembre de 1824 decidió personalmente enviar al gobierno para su aprobación y ejecución los capítulos 1º, 2º y 3º relacionados con la elección del rector, quedando para otra oportunidad el resto del articulado que debía regir la actividad universitaria. En definitiva el proyecto de constitución no prosperó por diversos motivos y solamente fueron aprobados por el gobierno provincial los artículos citados anteriormente.

Un dato interesante a destacar del proyecto es el artículo 7º del capítulo primero, por el cual se suprime —durante la elección del rector— la misa de *Spiritu Sanctu* antes de ser electo, como así también la de acción de gracias posterior a la designación del rector, que hasta ese momento se realizaban. Por otra parte en el capítulo 2º, artículo 3º, se consigna taxativamente que “no podrá hacerse elección y nombramiento de Rector de Universidad”, en miembros pertenecientes al clero regular⁵⁰. A lo que debe agregarse una resolución del Claustro en marzo de 1824, por la cual se reafirma que la llamada “oración de ostenta” que el preceptor de Latinidad debía decir en la apertura de cursos, fuese en latín, pero que “no pasase de un cuarto de hora su duración para que no fuese tediosa”. Esto se acordó a petición del profesor José María Bedoya —rector del Monserrat— cuya propuesta era que la mencionada oración se dijese en idioma español, y

⁴⁸ ORGAZ, RAÚL; op. cit., pág. 100.

⁴⁹ A.U.N.C., Documentos, Libro N° 7, f. 257 y ss del 04/11/1824.

⁵⁰ GARRO, JUAN M., op. cit., págs. 303-304.

acotado el tiempo que debía durar⁵¹. Todas estas “novedades” en el ritual académico debemos incluirlas como remezones en Córdoba, de la reforma eclesiástica de Bernardino Rivadavia, llevada adelante por el gobierno porteño a fines de 1822, y que tuvo fuerte repercusión en las provincias cuyanas, además de Entre Ríos y Salta. En Córdoba, el clima anticlerical de esos años se expresó apenas como pequeños mojones en el largo camino de la secularización total de la universidad, que se completaría recién avanzado el siglo XX.

En junio de 1824 un oficio del gobernador Bustos al rector de la universidad, le comunica que el decreto de libertad de imprenta publicado en noviembre de 1823 ha sido derogado, “por justas consideraciones de que no puede prescindir el gobierno”, señala la nota, y en consecuencia se prohíbe interinamente la impresión de diarios hasta tanto se de un reglamento definitivo⁵². Si bien el decreto de prohibición no incluía la reedición de libros “mamotretos y otras piezas análogas a la enseñanza de la juventud (...) de esta universidad”⁵³. De este modo la casa de estudios podía seguir publicando los textos necesarios para la enseñanza en sus aulas. Pero la prohibición gubernamental es demostrativa de la endeblez del sistema republicano de gobierno de esos años, y queda de manifiesto en las limitaciones del decreto anterior de libertad de prensa, que prohibía atacar “a la religión de la provincia —católica obviamente— a las autoridades constituidas, o que inciten a la sedición, a trastornar el orden público, a desobedecer las leyes [o que] ofendan al decoro de la decencia pública, el honor y la reputación de las personas o publiquen los defectos de la vida privada”⁵⁴. Demasiadas limitaciones para llevar adelante un periódico sin caer o rozar alguna de ellas.

La política liberal del gobernador Bustos hacia la universidad, quedó opacada poco antes del final de su gobierno, por una serie de medidas coercitivas y de contralor de toda la actividad relacionada con la educación pública. En relación a la casa de altos estudios, dispuso que “todos los acuerdos y actas que se celebraren en los cuerpos colegiados, como el Claustro de universidad, se pasaran inmediatamente de celebrados al gobierno con la respectiva nota de su presidente para su aprobación, sin cuyo requisito no tendrán la menor fuerza”⁵⁵.

En la documentación consultada no se mencionan los fundamentos que justificaran esa disposición, por lo tanto debemos incluirla —a tí-

⁵¹ A.U.N.C., Actas de Sesiones, Libro F-5 f. 171 del 30/03/1824.

⁵² A.U.N.C., Documentos, Libro N° 7, f. 247 del 03/06/1824.

⁵³ *Ibidem*, f.243, del 03/06/1824.

⁵⁴ SEGRETI, CARLOS S. A., *op. cit.* pág. 171.

⁵⁵ A.U.N.C., Sesiones del Claustro, Libro F-6, f. 11, del 20/12/1828.

tulo de hipótesis— dentro de las amplias providencias tomadas por el gobierno, que abarcaban “poderes dictatoriales” otorgados por la legislatura para preparar la resistencia a una eventual invasión por parte del gobierno de Lavalle, después de la revolución del 1º de diciembre de 1828, como en efecto luego ocurrió⁵⁶.

La década de gobierno de Bustos llegó a su término en abril de 1829, después del combate de San Roque, en que el general José María Paz al frente de fuerzas militares que venían de luchar contra el imperio del Brasil, lo derrota y destituye. La historia se repetía casi como en 1820, pero en esta ocasión con derramamiento de sangre, inaugurando el período de las guerras civiles que concluiría en Caseros en 1852.

Mientras tanto la universidad con los recursos financieros consolidados durante esa década, pudo desarrollar su actividad específica con holgura y dedicación. En agradecimiento el Claustro universitario le otorgó a Bustos en junio de 1824 el honroso título de Protector de la Casa de estudios. Lo que no quita —como bien lo señala el Dr. Roberto Peña— que una “vez caído Bustos en 1829, la misma universidad por boca de su rector el Dr. Miguel Calixto del Corro, hablara de las vejaciones y del imponente despotismo que había tenido que sufrir de la administración anterior”⁵⁷.

La experiencia historiográfica nos indica que los contemporáneos de los hombres con relevancia pública, generalmente, no suelen ser jueces idóneos sobre el desempeño histórico de aquellos; sólo el tiempo que aplaca las pasiones y la Historia con sus instrumentos metodológicos de estudio y análisis, pueden aproximarnos a lo que realmente ocurrió.



⁵⁶ MARTÍNEZ PAZ, ENRIQUE, op. cit., pág. 84.

⁵⁷ PEÑA, ROBERTO; op. cit., pág. 121.

EL PRIMER CENTENARIO, EL POSITIVISMO Y LA CORTE SUPREMA

María Isabel Urquiza*

Resumen: En 1910, la Argentina vivió con júbilo y patriotismo el Primer Centenario de la Revolución de Mayo. En ese contexto, y a lo largo de un período que abarca las primeras décadas del siglo XX, la Corte Suprema receptó en sus decisiones, el positivismo jurídico como ideología dominante. El presente artículo muestra esa recepción a través de fallos clave; recreando asimismo, a través de semblanzas de los jueces y otros testimonios, los estados de conciencia y sus transformaciones que fueron conformando la cultura jurídica argentina con características que llegan hasta nuestros días.

Palabras claves: Primer Centenario - Corte Suprema - fallos - positivismo - Bermejo.

1. Introducción.

El presente artículo procura mostrar algunas características de la compleja geografía del mundo jurídico argentino del Primer Centenario, de la influencia del positivismo en esos días, de su recepción y adopción como ideología en la Corte a través de sus protagonistas y de algunos fallos clave de las primeras décadas del siglo XX. Para ello se recrean, a través de semblanzas de los jueces y otros testimonios, los estados de conciencia y sus transformaciones que fueron conformando la cultura jurídica argentina con aportes que llegan en algunos casos, hasta nuestros días.

La vivencia del Primer Centenario de la Revolución de Mayo se nos representa actualmente envuelta en júbilo y patriotismo renovados; sin

* Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), Profesora Adjunta de Introducción al Derecho "A" con extensión de funciones en Sociología Jurídica "A" y en IECA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C.; integrante del equipo de investigación dirigido por la Prof. Dra. María Inés Bergoglio (MinCyT y SeCyT); Directora de la Sala de Sociología Jurídica del Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados de Córdoba. Mail: marisaurquiza@gmail.com.

A mi Maestro, el Prof. Emérito Dr. Fernando Martínez Paz, quien me abrió las puertas del mundo jurídico y me acompañó siempre, guiándome con profunda sabiduría y humildad (*In Memoriam*).

Agradezco la colaboración de Gonzalo Gabriel Carranza (Especialista Universitario en Gestión Documental y Administración de Archivos, UFASTA; alumno de 4º año de Derecho y ayudante-alumno de Introducción al Derecho "A" de esta Facultad) por la localización de la mayoría de los fallos aquí citados.

embargo, el clima de algarabía de esos tiempos se mezclaba con múltiples escenarios con distintas tonalidades de dificultades, reclamos y proyectos. Ese campo complejo comenzó a construirse antes; por lo que presentaré algunos de esos sucesos más significativos.

El 25 de mayo de 1908, se inauguró el teatro Colón con una espléndida noche de gala; se lo comparaba con la *Scala* de Milán. Se contrataron los mejores artistas de Europa, como el tenor Enrico Caruso y Arturo Toscanini. Asimismo, en la preparación al Centenario, el 22 de mayo de 1909, en el cine Ateneo se proyectó la primera película argumental argentina: *La Revolución de Mayo*.

En el año anterior a cumplirse el Primer Centenario, el clima comenzó a oscurecerse; el 1º de mayo de 1909, en una manifestación de trabajadores en la Capital, la policía mató a ocho obreros e hirió a ciento cinco de ellos; lo cual recrudeció el conflicto. En las ciudades de Buenos Aires y Rosario se produjeron huelgas generales que se extendieron a otros puntos del país. En este difícil contexto llamado la "*Semana Roja*", y como respuesta a las muertes del 1º de mayo, el anarquista Simón Radowitzky¹ arrojó una bomba al jefe de policía, Coronel Ramón Falcón, el 14 de noviembre de 1909. No sólo falleció el jefe de policía, sino también su secretario, Juan Lartigau. Todo ello, agudizó y extendió el conflicto: se instauró el estado de sitio con detenciones generalizadas y volvió a tener protagonismo la Ley de Residencia².

2. El Primer Centenario.

En medio de numerosas complicaciones, con las cárceles abarrotadas de presos políticos y la policía acuartelada, en marzo de 1910, y en varias etapas, tuvieron lugar los comicios. Entre ellos, los presidenciales, se caracterizaron por la abstención de la Unión Cívica Radical y la oposición débil del socialismo; el triunfo fue para la fórmula Roque Sáenz Peña y Victorino de la Plaza.

El 5 de mayo, el presidente José Figueroa Alcorta pronunció el discurso anual de apertura del período parlamentario. Con entusiasmo expectante por la fecha centenaria próxima a celebrarse, realizó un balance de su gobierno, mostrando el estado del país que dejaba a su sucesor³.

¹ Simón Radowitzky fue condenado a muerte, pena conmutada posteriormente, por prisión perpetua que cumplió en el penal de Ushuaia.

² Ley N° 4.144 del año 1902.

³ Poco después del mensaje presidencial, se anunció la cancelación del empréstito de la Baring Brothers, de 1824. Habían pasado más de ochenta y cinco años desde su contratación y la Argentina había pagado más de ocho veces el capital inicial.

Un acontecimiento que sucedió unos días antes del 25, para ser exacta, en la madrugada del 18, fue el paso del cometa Halley por el cielo argentino. Se lo esperaba con cierto temor,

No obstante que el festejo del Centenario duró todo el año, los acontecimientos con mayor carga simbólica se concentraron al aproximarse el 25 de mayo. El 23 arribó al país, la infanta Isabel de Borbón, en representación del rey Alfonso XIII de España, para participar en los actos principales⁴. También llegaron el político francés Georges Clemenceau y el poeta y pintor catalán Santiago Rusiñol, quienes admirados por Buenos Aires publicarían más tarde sus impresiones en las obras *Notas de Viaje por América del Sur*⁵ y *Un viaje al Plata*, respectivamente.

Asimismo, *La Nación* publicó el *Canto a la Argentina* de Rubén Darío. Leopoldo Lugones, incluyó en sus *Odas seculares*, una dedicada *A los ganados y las mieses*, para celebrar la riqueza agropecuaria de nuestro país⁶. Manuel Gálvez en *El diario de Gabriel Quiroga*⁷, publicado para el festejo patrio, procuró transmitir un fuerte sentimiento de una argentinidad nacida en el interior del país.

ya que la cercanía a la Tierra iba a ser importante y muchos creían que vendría “el fin del mundo” con todo tipo de catástrofes. Hubo una ola de suicidios entre enero y mayo de 1910, se estima que llegaron a más de doscientos. También el oportunismo tuvo lugar, en medio de cierta paranoia general.

⁴ La celebración del Centenario de los primeros pasos hacia la Independencia Argentina, curiosamente contó con la presencia de la Infanta de Borbón. Además, también fue una oportunidad de que la Argentina se inscribiera en el ámbito de la hispanidad.

Como parte de nuestra idiosincracia, el fútbol no podía estar ausente: “Uno de los principales actos programados fue el Campeonato Sudamericano de Fútbol entre Brasil, Chile, Uruguay y nuestro país. El triunfo correspondió a nuestra representación”. SABSAY, F. 2003. *Los presidentes argentinos. Quiénes fueron, qué hicieron, cómo vivieron*. El Ateneo, Bs. As., pág. 181.

⁵ “En primer lugar, Buenos Aires. Una gran ciudad de Europa, dando por todas partes la sensación de un crecimiento prematuro, pero anunciando, por el adelanto prodigioso que ha tomado, la capital de un continente. La Avenida de Mayo, tan ancha como nuestros mejores bulevares, se parece al Oxford Street por el aspecto de los escaparates y la decoración de los edificios. Punto de partida: una gran plaza pública, bastante torpemente decorada, limitada por el lado del río por una gran construcción italiana, llamada la Casa Rosada, donde residen ministros y presidente, y con cuyo edificio forma paralelo, a la otra extremidad de la avenida, otra gran plaza, improvisada de ayer, que se termina por el palacio del Parlamento, colosal edificio, casi terminado, cuya cúpula se parece al Capitolio de Washington. Se observan todos los estilos de arquitectura y principalmente el llamado taping a l’oeil.” Clemenceau, G. *Notas de viaje por América del Sur*, citado por SABSAY, F., op. cit., págs. 181-182.

⁶ “Para el Centenario, Leopoldo Lugones tiene ya un prestigioso recorrido por las letras argentinas, que lo colocan en la cúspide de los reconocimientos intelectuales del momento. Lugones ya se ha convertido en ‘el poeta nacional’, consagrado en su oportunidad por Rubén Darío, y ha pasado a formar parte de una suerte de intelectualidad paraestatal construida en torno del régimen gobernante. Sus Odas seculares con motivo del Centenario han reafirmado ese lugar que ocupa...” TERÁN, O. 2008. *Historia de las ideas en la Argentina. Diez lecciones iniciales, 1810 - 1980, Siglo XXI*, Bs. As., pág. 170

⁷ “El diario de Gabriel Quiroga es uno de los libros que aparecen en la fecha de celebración del Centenario, y se caracteriza por enunciar una serie de temas que se incorporarán luego al pensamiento nacionalista de derecha. El libro tiene el formato de un diario íntimo, según un modelo ya instalado por el cual se cuenta “la historia de un alma”. (...) En el recorrido de esa alma y de esa vida de Gabriel Quiroga se verifica que el modernismo parte de un proyecto arquetípico y desemboca en una intervención pública y política.” TERÁN, O. 2008. Op. cit., pág. 162.

Joaquín V. González publicó *El juicio del siglo* en el célebre número de *La Nación* al que me referí en el párrafo anterior. Es de destacar que para este pensador riojano, la Revolución de Mayo era el origen inmediato de la nacionalidad argentina, no obstante consideraba que la historia se enraizaba en los tiempos de la Colonia⁸. Además, González tuvo un papel activo, posteriormente, en la promoción de la reforma electoral que desembocó en la Ley Sáenz Peña de sufragio universal (masculino), obligatorio y secreto.

Cabe agregar que el país fue sede de reuniones diplomáticas, certámenes artísticos y variados congresos. Entre estos últimos se destacaron dos que tuvieron como eje a la mujer. Con el apoyo oficial, el Consejo Nacional de Mujeres preparó el "Primer Congreso Patriótico de Señoras"; y el feminismo de la época, con el auspicio de la Asociación Universitaria Argentina, el Centro Socialista Femenino, el Centro Feminista y la Liga de Mujeres Librepensadoras, inauguró el "Primer Congreso Femenino Internacional". En este último se destacaron: Cecilia Grierson⁹, Elvira Rawson de Dellepiane¹⁰, Julieta Lanteri¹¹, María Abella Ramírez, Alicia Moreau¹², Er-

⁸ "No obstante, el balance del siglo concluye con fe en la capacidad de la nación argentina para enfrentar los problemas presentes y por venir. Sin duda, esa fe estaba avalada por el excepcional crecimiento económico argentino. Pero González también encuentra base para esa esperanza en las ya tenaces creencias argentinas: la extensión del territorio (la extensión ya no es el mal de la República Argentina, como en Sarmiento y Alberdi, sino su bendición); las cualidades de la raza nacional, y la virtud y cultura de sus grandes hombres, tanto guerreros y estadistas como pensadores." *Ibidem*, pág. 188.

⁹ Cecilia Grierson fue la segunda universitaria argentina, egresada en 1889, pero debido a su condición de mujer nunca accedió a un cargo docente en Medicina. También fundó el Consejo Nacional de Mujeres, en 1900, y como éste adoptó un rumbo conservador; Grierson se desvinculó.

¹⁰ Elvira Rawson fue nuestra tercera egresada, también de Medicina y fue introductora de la eugenesia, tema al que dedicara su tesis.

¹¹ Julieta Lanteri era de origen italiano, pero de niña había migrado a la Argentina, fue la sexta egresada argentina y la primera migrante en graduarse en Medicina. Fundó la Asociación de Universitarias Argentinas, en 1904. Bregó incansablemente por el sufragio femenino y para ello, solicitó la ciudadanía argentina con el apoyo de su marido, Alberto Renshaw, de origen alemán. Cabe aclarar que en esos tiempos, las mujeres casadas eran absolutamente incapaces de hecho y se requería el consentimiento del cónyuge para los actos jurídicos.

"A la sentencia favorable del juez Claros se interpuso un recurso que finalmente fue desestimado por la Cámara que, en un fallo histórico -Juan Agustín García era uno de los integrantes- hizo que Julieta Lanteri obtuviera la ciudadanía argentina. Y consiguió no sólo ser inscrita en el padrón electoral correspondiente, sino que sufragó en las elecciones para la renovación del Concejo Deliberante de Buenos Aires el 26 de noviembre de 1911". BARRANCOS, D. 2002. *Inclusión / Exclusión. Historia con mujeres*. F.C.E., Bs. As., págs. 52-53.

¹² Alicia Moreau nació en Londres en 1885. En 1902, fue una de las fundadoras del Centro Socialista Feminista y de la Unión Gremial Femenina. Años más tarde, en 1914, obtuvo con honores el título de médica en la UBA. Se casó con Juan B. Justo con quien tuvo tres hijos; y tras el fallecimiento de su esposo en 1928, se dedicó aun más a a actividad política y a bregar por los derechos de la mujer. En este sentido, en 1932 redactó un proyecto de ley sobre sufra-

nestina López de Nelson, Petrona Eyle¹³, Carolina Muzzilli, Juana Beguino, entre otras¹⁴.

En el primero de los congresos, sobresalieron los testimonios contribucionistas en el forjado de la nación, resaltando el valor de la maternidad y el sacrificio heroico de haber entregado maridos e hijos al servicio de la patria. Se sentían herederas de las damas patricias, se identificaban como católicas comprometidas; no bregaron tanto por sus derechos, sino más bien se interesaron en mostrar su identidad histórica y de élite. Asimismo, se advertían manifestaciones de un catolicismo social que se compadecía de los reclamos que afectaban a mujeres y niños proletarios¹⁵.

En el segundo congreso mencionado más arriba, se realizaron severos diagnósticos respecto de la situación de las mujeres y de los niños proletarios, se reivindicaron derechos, se exigieron reformas sociales, educativas y políticas.

Si bien pueden señalarse ciertas coincidencias respecto del diagnóstico de los sectores desfavorecidos y de los correspondientes reclamos, la concepción de las mujeres con una actitud reformista es más secular y responde a un universo ideológico particularmente disímil respecto de las mujeres que tenían una visión más tradicional¹⁶.

Como ha podido apreciarse la conmemoración de la fecha patria fue ocasión no sólo para festejos, protagonizados fundamentalmente por la élite gobernante, incluso a través de intelectuales de renombre; sino para estallidos de demandas sociales por parte del proletariado, el que empe-

gio femenino, el que fue presentado por el diputado Mario Bravo. Obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados, pero nunca fue discutido en el Senado.

¹³ Petrona Eyle fue la cuarta egresada médica en 1893, aunque en rigor de verdad, en ese año revalidó su título obtenido antes en la Universidad de Zurich. Se destacó no sólo por la lucha a favor de los derechos femeninos, sino también por combatir la trata de blancas.

¹⁴ Quizás llame la atención que nuestras primeras universitarias hayan elegido la Medicina como campo profesional. Lo cierto es que no ocurrió sólo aquí, sino que fue una tendencia en Occidente. Una explicación puede encontrarse en la relación entre las tareas femeninas de asistencia, socialmente adscriptas, y el desarrollo de una ética del cuidado y de la responsabilidad como centro de la preocupación moral femenina.

¹⁵ *"Reclaman la acción del gobierno también para intervenir en los envilecidos salarios de las obreras, mucho más bajos que los de los varones. Aun tratándose de la misma tarea. (...) Celia Lapalma de Emery y Carolina F. de Jaimes representan especialmente el grupo más esclarecido de las católicas convencidas de que debe dignificarse el trabajo de las mujeres fuera del hogar, en las manufacturas y en las fábricas, y también del que realizan a destajo en sus propios hogares."* BARRANCOS, D. 2007. *Mujeres en la sociedad argentina. Una historia de cinco siglos*. Editorial Sudamericana, Bs. As., pág. 133.

¹⁶ *"Se demanda por derechos y a veces las votaciones resultan reñidas, de modo que si bien hay unanimidad acerca de la petición de la reforma del Código Civil y también respecto de la sanción del divorcio, la posición que llama a expedirse a favor del voto femenino no alcanza el mismo nivel de acatamiento. Un lugar absolutamente compartido por el importante número de mujeres allí reunido es el del clamor por la elevación educativa, cultural y científica de las mujeres."* BARRANCOS, D. 2007. Op. cit., pág. 134.

zaba a desplegar su fuerza; y aun para proyectos de reformas de distinto signo.

3. El positivismo en el Centenario.

El positivismo ya había ingresado a la Argentina en las últimas décadas del siglo XIX. Su filosofía y su credo habían imbuido las más diversas manifestaciones culturales y científicas. Sus categorías, su lenguaje y su fuerte y sostenida confianza en la ciencia como herramienta apta para desentrañar el presente, que permitía prever un futuro sin barbarie ni primitivismo, marcó el espíritu de hombres que fueron protagonistas activos de la cultura del Centenario.

En particular, en el mundo jurídico se destaca la influencia no sólo de Auguste Comte (1798-1857) con su Ley de los Tres Estadios y la jerarquización de la ciencia, sino sobre todo de Herbert Spencer (1820-1903), con el darwinismo social. Entre los principales actores positivistas, a comienzos del siglo XX, pueden citarse a José Ramos Mejía, José Ingenieros y Cornelio Moyano Gacitúa¹⁷.

José Ramos Mejía (1849-1914) fue historiador, sociólogo y psiquiatra. Pertenecía a una familia tradicional con raíces en los tiempos de la colonia. Publicó varias obras, entre ellas, en 1878, *La neurosis de los hombres célebres en la Argentina* y en 1899, *Psicología de las masas*. En ambas se refleja la influencia de Cesare Lombroso, quien en la década de 1860 fundó en Italia la Escuela de Antropología Positiva. Sin embargo, en la última obra mencionada, introdujo tanto conceptos nuevos para la época como un campo disciplinar desconocido en nuestro país; así como se muestra influido por el pensamiento de Gustave Le Bon¹⁸. En tiempos del Centenario se desempeñaba como Director del Consejo Nacional de Educación,

¹⁷ La selección obedece al papel social que cada uno de ellos desempeñó:

- Ramos Mejía introdujo científicamente la noción del colectivo "masa" para aludir a un conjunto indiferenciado de personas, a una realidad magmática, al decir de Cornelio Castoriadis, y confusa. Pensemos que la élite gobernante en los tiempos del Primer Centenario ya no podía contener a la multitud que reclamaba incesantemente y hasta con violencia, mayor protagonismo social y reivindicaciones incesantes de derechos.

- José Ingenieros fue auténticamente un positivista, un intelectual moderno solamente legitimado por el capital simbólico, su saber, como expresaría Pierre Bourdieu. Su valía intelectual no estaba apoyada en un origen social prestigioso, como su maestro Ramos Mejía, ni en su posición económica ni en su contacto con la élite gobernante.

- Cornelio Moyano Gacitúa fue un jurista especializado en materia penal, de nuestra Universidad. Sus publicaciones e investigaciones fueron elogiadas en su tiempo por otros positivistas, y con los años venideros por los grandes juristas penalistas Sebastián Soler y Ricardo Núñez.

¹⁸ "Quien conozca el arte de impresionar la imaginación de las muchedumbres conoce también el arte de gobernarlas." Gustave Le Bon, citado por TERAN. O., op. cit., pág. 130.

y aplicando las ideas positivistas, reglamentó las ceremonias escolares, como rituales o procedimientos de nacionalización de las masas¹⁹.

José Ingenieros (1877-1925) fue discípulo de Ramos Mejía. Nacido en Italia, castellanizó su nombre y apellido. Sus fuertes convicciones positivistas unidas a la objetividad con que presentaba sus investigaciones, lo llevaron a separarse de todo interés político, contando por ello, sólo con su capital simbólico, su saber. Publicó diversas obras: su tesis de 1900 *La simulación de la locura, La simulación en la lucha por la vida*²⁰, *Los tiempos nuevos, La psicopatología en el arte. El hombre mediocre*²¹, *Hacia una moral sin dogmas* y *Las fuerzas morales* eran respectivamente, una crítica, una teoría y una deontología de la moralidad; conformando así, una visión panorámica de una ética funcional. En 1910 publicó *El delito y la defensa social*, obra en la que procuró dar relevancia los factores psicopatológicos en su concepción biosociológica de la criminalidad natural.

¹⁹ "Detalló su finalidad de este modo: 'Sistemáticamente y con obligada insistencia se les habla de la patria, de la bandera, de las glorias nacionales y de los episodios heroicos de la historia; oyen el himno y lo cantan y lo recitan con ceño y ardores de cómica epopeya, lo comentan a su modo con hechicera ingenuidad, y en su verba accionada demuestran cómo es de propicia la edad para echar la semilla de tan noble sentimiento.'

"Era el modo en que imaginó la construcción de multitudes menos pasivas políticamente que las que creía ver en Buenos Aires de fines del siglo XIX. Y digo 'que creía ver', ya que recientes estudios demuestran la presencia de una sociedad movilizadora, 'contradiciendo —como lo ha escrito Hilda Sabato— la difundida imagen del extranjero sólo interesado en sus asuntos privados y ajeno a la vida pública'. Dicho sea de paso, este desfase entre lo que los contemporáneos ven y aquello que se les escapa plantea un problema clásico de la historia intelectual. Ya en El otoño de la Edad Media (1919), el gran historiador holandés Johan Huizinga consideró este problema en términos convincentes.(...) Concluye Huizinga, incluso aquello que los humanos no ven forma parte de su manera de percibir la realidad y de actuar en ella". Ibídem, pág. 145-146.

²⁰ Esta obra fue escrita antes de culminar sus estudios universitarios. Era la introducción de su tesis.

Es oportuno acercar una cita de esta obra tan temprana, por la claridad y actualidad de sus ideas, pese a que fue redactada a fines del siglo XIX: "El abogado simula en vastos escritos apasionarse por los intereses de sus clientes, sea éste el ladrón o la víctima, mientras sólo le preocupa asegurarse más altos honorarios. (...)

"Si se encara la cuestión desde otro punto de vista, es fácil reconocer que todos los miembros de cada profesión, y más especialmente los funcionarios públicos que no gustan del mucho trabajar, viven en tácito acuerdo simulando la excesiva importancia y fatiga de sus tareas; algunos llegan, por autosugestión, a engañarse a sí mismos. (...)

"Simuladores por excelencia son todos los políticos de profesión. Es fácil verlos, en todo momento, fingiendo preocuparse del bien de su patria y de sus conciudadanos, mientras en realidad su única preocupación es obtener ventajas personales en la lucha por la vida. Cualquiera mandatario simula sacrificarse por su país al aceptar el nombramiento, pero guárdase de confesar que espera sacar de su sacrificio honra y provecho". INGENIEROS, J. 1961. *La simulación en la lucha por la vida*, Losada, Bs. As., págs. 65-66.

²¹ Escrita en 1911, en Europa. Fue consecuencia de haber sido relegado en un concurso docente por causa del entonces presidente Roque Saenz Peña; por lo que *El hombre mediocre* estaba dirigida a él, tal vez por la fuerte creencia de Ingenieros en el papel de las minorías intelectuales como mentoras sociales.

Cornelio Moyano Gacitúa (1858-1911), fue profesor de Derecho Penal en esta Facultad, Interventor Federal en San Juan en 1907, miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Juez de la Corte Suprema. Realizó una investigación pionera que mostró una realidad hasta entonces desconocida para nuestro país, poniendo en evidencia las vinculaciones entre las características demográficas, especialmente la inmigración, el medio físico y la educación, con la criminalidad. Su obra se tituló *la delincuencia argentina ante algunas cifras y teorías*, y fue publicada en 1905. Contó con elogios de Cesare Lombroso²² y con el prólogo de Osvaldo Piñero, destacado positivista, también profesor de Derecho Penal, de la Universidad de Buenos Aires.

4. La Corte Suprema del Centenario.

En los tiempos del Centenario, la Corte ya había adoptado al positivismo jurídico como ideología dominante y seguiría haciéndolo, con excepciones, hasta finales de la década del veinte. En esa época, el número de los integrantes no variaba, eran sólo cinco. Los Ministros mismos redactaban sus votos. Trabajaban y vivían con austeridad. Hablaban únicamente a través de sus fallos. La voz del Presidente del Alto Tribunal era la de la Corte misma. En este sentido, las disidencias eran excepcionales, especialmente si se trataba de hacerlo respecto del Presidente.

La composición de la Corte era la siguiente: Nicanor González del Solar, estuvo desde el 22 de mayo de 1901 hasta 1924. Mauricio P. Daract fue nombrado el 23 de agosto de 1901 y permaneció hasta 1915.

Antonio Bermejo ingresó en 1903, al morir Benjamín Paz; fue su Presidente desde el 10 de mayo de 1905 hasta su fallecimiento, el 18 de octubre de 1929. Cabe destacar que en su caso, que durante casi veinticinco años, casi un cuarto de siglo, presidió el Máximo Tribunal, le dio a Éste la caracterización de “la Corte de Bermejo”.

Cornelio Moyano Gacitúa, de origen cordobés, fue designado el 18 de marzo de 1905, a raíz del deceso del Dr. Bazán, entonces Presidente del Alto Tribunal, y conformó la Corte hasta 1910. Dámaso E. Palacio se incorporó en 1910 tras la muerte de Octavio Bunge, e integró el Máximo Tribunal hasta 1923.

²² “Su trabajo es el más importante de sociología y antropología criminal aparecido en estos dos últimos años y en ambos mundos, y me considero feliz de haberlo recibido. Trataré de hacer de él un largo análisis en los archivos que dirijo, y créame su admirador.” Cesare Lombroso, citado por MARTÍNEZ PAZ, F. 1994. Ciencia y filosofía jurídica en la primera mitad del siglo XX, en *Estudios en Honor de Pedro J. Frías, Volumen X de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, págs. 1417-1418.

Según relata Octavio B. Amadeo, el edificio de la Corte se encontraba ubicado en la calle San Martín. *“Sus ministros se reunían en torno de una mesita que parecía un costurero; unas carpetas impedían que el piso de mosaico les helara los pies. En los días crudos conservaban sus sobretodos y se alzaban el cuello. El ascensor seguía funcionando ‘a sangre’ y a veces quedaba algún ministro suspenso entre dos pisos. (...) Cada muerte los hacía correr un asiento hacia la izquierda en su mesa redonda; y en esa ronda trágica algunos caían al sillón presidencial”*²³

En ese período de las primeras décadas del siglo XX, que abarcó los tiempos del Primer Centenario, indudablemente que la figura medular e identitaria de la Corte misma, como expresé más arriba, fue el juez Antonio Bermejo.

Bermejo fue profesor de matemática y filosofía a los 17 años. Se desempeñó como profesor de álgebra de algunos de los hijos de Mitre, por quien sintió admiración. Fue capitán en la revolución del ochenta, periodista, legislador y diplomático. En realidad, no le interesaba la política; parafraseando a Octavio B. Amadeo: no sabía dar la mano con el apretón electoral. Tampoco le interesaba la profesión de abogado. *“Había nacido juez. (...) Él no tenía toga ni peluca, ni signo alguno que lo distinguiera del hombre de la calle; era un señor cualquiera de regular estatura que iba en tranvía, vestido de gris. (...) tenía la sencillez del hombre que no está frente al fotógrafo; eso le dio una cómoda naturalidad. Nunca se puso ninguna de las dos máscaras de la comedia humana”*²⁴. Era un verdadero positivista, un agnóstico.

En el homenaje que la Corte Suprema hizo al cumplirse veinticinco años del fallecimiento de Bermejo, en 1979, Pedro J. Frías, entonces Ministro del Alto Tribunal, afirmaba respecto del Máximo Tribunal de los tiempos del Primer Centenario: *“En el clima feliz del Centenario, entre las ilusiones logradas que después disiparíamos, la Corte era un atributo de la República, un órgano de justicia pero también de civilidad, un árbitro de Poderes, un tribunal de garantías constitucionales, garantía ella misma de la civilización argentina”*²⁵.

5. La Corte y el positivismo.

Desde fines del siglo XIX, el Alto Tribunal ya venía receptando el positivismo y el darwinismo social spenceriano; por lo que La Corte del

²³ AMADEO, O. 1965. *Vidas argentinas*, Emecé, Bs. As., pág. 219.

²⁴ AMADEO, O. 1965. Op. cit., págs. 221-223.

²⁵ FRÍAS, P. 1979. El Juez Bermejo, en *Homenaje a la memoria del Dr. Antonio Bermejo*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Bs. As., pág. 10.

En el párrafo siguiente que corresponde a esta cita, Pedro J. Frías agrega: “Pero la Corte –digámoslo quedamente– apenas lo sabía. Las instituciones no adquieren autoconciencia sino con el tiempo o con las muchas pruebas que fijan su identidad, sus desarrollos y sus amputaciones o los servicios que la comunidad les requiere”. *Ibídem*, pág. 10.

Primer Centenario continuó adoptando la ideología de base comtiana con actitudes individualistas y legalistas, de un marcado apego a la ley; con un predominio de una interpretación estática de la Constitución, cristalizando así su contenido y separándola de la sociedad y sus cambios. Esta característica, en tiempos de cambios profundos generó en ciertas oportunidades, actitudes de profunda insensibilidad social a los ojos de la cultura jurídica de comienzos del siglo XXI.

La ideología positivista no fue predominante en todos los casos, pero sí estuvo presente en numerosas decisiones hasta fines de la década del veinte, esto es, mientras Bermejo la presidía.

Me referiré brevemente a cuatro fallos en los que se pueden advertir estas características y reflejan el estado de conciencia impregnado por esta filosofía. Esto no quiere decir que la Corte decidió uniformemente en este período. Hubo disidencias famosas, me referiré a la más conocida que prolonga sus efectos hasta nuestros días. Tampoco quiere decir que la Corte no receptara lo que en esos días se llamaba “el nuevo derecho” que aun no tenía previsión constitucional expresa y que poco a poco, a medida que avance el siglo, irá formando parte del constitucionalismo social.

En 1908, en el caso Cámara²⁶, la Corte unánimemente decidió negar un pedido de excepción al servicio militar a un hijo que atendía la subsistencia de su madre abandonada por su marido. La ley respectiva (Nº 4.707) preveía como excepción la situación de la madre viuda, pero no la abandonada.

En 1920, en el caso Bozzi²⁷, doce años más tarde respecto al caso Cámara, La Corte continuó resolviendo en el mismo sentido, respecto de la aplicación de la misma ley: *“no aparece mencionado directa ni indirectamente el hijo legítimo de madre abandonada por su esposo.”* Respecto de la interpretación entiende que *“en presencia del texto y espíritu de la ley que debe interpretarse restrictivamente en cuanto se trata de una excepción o privilegio a favor de determinadas personas”*²⁸.

Inclusive, en el séptimo párrafo de sus considerandos, remite al Dictamen del Procurador General Costa realizado el 18 de febrero de 1881 en Fallos, 25: 28: *“no tendría más inconveniente esta interpretación humanitaria si no es desenvolver en grado escalada una filantropía interesada, que acabaría al fin por desvirtuar por completo el espíritu de la ley.”* Como puede apreciarse la sociedad había cambiado entre 1881 y 1920, pero la actitud de apego al texto estricto de la ley, no; generando una actitud aristocrática y quizá elitista. En palabras del Maestro Fernando Martínez

²⁶ Fallos, 110: 207-209, de fecha 03 de noviembre de 1908.

²⁷ Fallos, 133: 90-95, de fecha 19 de noviembre de 1920.

²⁸ Fallos, 133: 93-94, primer y sexto párrafo, respectivamente.

Paz.: *"el derecho se vivía...como un dispensador de certezas impregnadas de certidumbre"*²⁹.

En 1902, la Legislatura de la provincia de Tucumán había sancionado una ley que preveía un impuesto adicional sobre la producción de azúcar correspondiente a la cosecha del mismo año. La provincia pretendía mantener el precio nacional del producto y evitar asimismo, la crisis de la producción local. Los industriales pagaron las sumas exigidas por el Gobierno, pero las firmas Hileret-Rodríguez y Rouges demandaron a la provincia.

En el caso Hileret³⁰, la Corte, mediante un extenso fallo, decidido unánimemente, negó a la provincia la posibilidad de regular su economía mediante leyes de emergencia. El argumento central era que dicha ley no se ajustaba al texto constitucional y que si se autorizase en ese caso, podría propagarse la medida adoptada por Tucumán a toda la actividad industrial.

En el considerando N° 24 *in fine*, la Corte afirma: *"... la vida económica de la Nación, con las libertades que la fomentan, quedaría confiscada en manos de Legislaturas o Congresos que usurparían, por ingeniosos reglamentos, todos los derechos individuales. Los gobiernos se considerarían facultados para fijar al viñatero la cantidad de uva que le es lícito producir; al agricultor la de cereales; al ganadero la de sus productos; y así hasta caer en un comunismo de Estado en que los gobiernos serían los regentes de la industria y del comercio, y los árbitros de capital y de la propiedad privada."*³¹

Casi veinte años más tarde, en 1922, se planteó por primera vez el problema de la emergencia a nivel nacional. Debido a la grave crisis habitacional que afectaba sobre todo al proletariado luego de la Primera Guerra Mundial, el Congreso sancionó la Ley N° 11.157 que establecía un alquiler máximo para habitaciones, casas de familia y departamentos por un período de dos años.

Un inquilino, Agustín Ercolano, realizó depósito judicial del monto a pagar en concepto de locación de acuerdo a lo establecido por la nueva ley. La propietaria, Julieta Lanteri de Renshaw³² impugnó la constitucionalidad de la ley argumentando que violaba su derecho de propiedad.

²⁹ MARTÍNEZ PAZ, F. 2000. La enseñanza del derecho, hoy, en La educación, política de Estado, Academia Nacional de Educación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Academia Nacional de Ciencias, Cba., pág. 57.

³⁰ *Fallos*, 98: 20-24, de fecha 05 de septiembre de 1903.

³¹ Este considerando es repetido por Bermejo en su célebre disidencia en el caso Ercolano en 1922, en el Considerando N° 30.

³² Si recordamos, ya me referí a ella y a su compromiso con los derechos de la mujer, en el punto N° 2. El Primer Centenario.

Julieta Lanteri, si bien tenía una visión progresista de la mujer, su representación del mundo seguía siendo liberal-burguesa, por lo que su actitud ideológica era aristocrática-elitista.

La Corte, en un extenso fallo, se divide. La mayoría integrada por Dámaso E. Palacio, Ramón Méndez³³ y José Figueroa Alcorta³⁴. Y por la disidencia, Bermejo.

Por primera vez la Corte rompe su unanimidad en materia económica. Bermejo, en sus treinta considerandos, se mantiene firme en una interpretación de la Constitución aislada de los cambios sociales. Así en el Considerando N° 13 *in fine* afirma respecto de la Carta Magna: “*No hay circunstancia que autorice una desviación porque su significado no se altera. Lo que significó al ser adoptada, significa ahora y continuará significando mientras no sea reformada con las solemnidades que prescribe el art. 30.*”

Como expresa Alfredo Palacios: “*votó solo, en disidencia. Era el último representante del liberalismo económico que repudiaba la intervención del Estado*”³⁵.

Sin embargo, Bermejo tenía razón, quizá pueda decirse que sus palabras fueron proféticas. Los argumentos de 1903 y 1922 resuenan aun hoy en una Argentina con una extensa emergencia económica, en la que los gobiernos dispusieron de distinto modo de la propiedad de los argentinos.

6. Algunas conclusiones.

El campo jurídico del Primer Centenario se presentaba con una geografía compleja, y a la vez pletórico de júbilo, pero con marcados reclamos de justicia social.

En este contexto, impregnando los espíritus, el positivismo guió el accionar de diversos protagonistas que creían firmemente en él. Algunos intelectuales, como José Ingenieros sin abandonar sus convicciones de hombre de ciencia, abría el camino a la justicia: “*El mayor obstáculo al progreso de los pueblos es la fosilización de las leyes; si la realidad social varía, es necesario que ellas experimenten variaciones correlativas. La justi-*

³³ Había ingresado a la Corte en 1919 en lugar de Mauricio Daract. Permaneció hasta 1927.

³⁴ Fue designado en 1915 en lugar de Lucas López Cabanillas. Estuvo hasta 1931. Recordemos que fue el Presidente de la Nación durante el Primer Centenario. Se desempeñó en los tres Poderes del Estado.

“Este caso dividió los votos de Bermejo y Figueroa Alcorta, no obstante la identidad con que se reconoce que actuaban en la Corte. Es muy bello el testimonio de Roberto Repetto en su discurso con motivo del homenaje a ambos. Después de señalar la calidad de su amistad escribe: ‘Dada la gravitación natural y el prestigio de estos hombres en el Tribunal, ninguna opinión que no contara con sus sufragios habría podido traducirse en una sentencia. De cerca o de lejos ellos inspiraron o dieron su palabra de aprobación al juicio de otros’.” FRÍAS, P., OP. CIT., pág. 18.

³⁵ PALACIOS, A. 1954. *La justicia social*, Claridad, Bs. As. pág. 426.

*cia no es inmanente ni absoluta; está en el devenir incesante, en función de moralidad social*³⁶.

Si pensamos en la Corte del Centenario, esos hombres de Derecho tienen mucho por enseñarnos; en particular, el Juez Bermejo, que así pasó a la Historia.

*“Sospecho que Bermejo habrá sonreído con cierta sorpresa ante las críticas al positivismo. Era su universo previsible y exacto. Su excesiva confianza en la vida no le invitaba a interrogaciones esenciales. Y el contorno social no las inspiraba. ¿Cómo separar la raíz spenceriana de la evolución de los espíritus? ¿No habíamos colmado las expectativas de la humanidad? ¿No había el proceso político generado por sí mismo sus correcciones y pasado las riendas de las manos patricias ahora indolentes en política a las laboriosas de la clase media? Todo lo que podemos decir es que Dios, a Quien no reconocía, cerró piadosamente sus ojos para que no viera el ‘cambio’”*³⁷

Hoy, en tiempos de incertidumbre, anomia, globalización, deslegitimación y desinstitucionalización, que muestran una profunda crisis jurídica; los esfuerzos de los diversos hombres y mujeres del Primer Centenario para construir su mundo, resultan valiosos para nuestra tarea ineludible de ser protagonistas cotidianos de este mundo jurídico complejo del Segundo Centenario de la Revolución de Mayo.

Bibliografía.

AMADEO, O. 1965. *Vidas argentinas*, Emecé, Bs. As.

BARRANCOS, D. 2002. *Inclusión / Exclusión. Historia con mujeres*. F.C.E., Bs. As.

BARRANCOS, D. 2007. *Mujeres en la sociedad argentina. Una historia de cinco siglos*, Editorial Sudamericana, Bs. As.

BARRANCOS Y VEDIA, F. 1999. La Corte Suprema de Justicia en la Historia Constitucional Argentina, en *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, págs. 201-230. Disponible en: www.ancmyp.org.ar/user/files/1999/10.pdf.

³⁶ INGENIEROS, J. 1999. *Las fuerzas morales*, Buró editor, Bs. As., pág. 27.

En esta misma obra, a título de Advertencia del Autor, Ingenieros afirma: *Si este libro pudiera estimular a los jóvenes a descubrir los propios valores, quedarían satisfechos los anhelos del autor, que siempre estuvo en la vanguardia y espera tener la dicha de morir antes de envejecer*”.

Lo cierto es que murió antes de envejecer, tenía tan sólo 48 años.

³⁷ FRIAS; P., op. cit., pág. 17.

BERGOGLIO, M. 2003. *La matriz del orden social: la cultura e la sociedad*. Ciencia, Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales; Universidad Nacional de Córdoba, Cba.

BOURDIEU, P. 2000. a. *La dominación masculina*, Anagrama, Barcelona.

— 2000. b. *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer, Bilbao.

CASTORIADIS, C. 2010. *La institución imaginaria de la sociedad*. Tusquets Editores, Bs. As.

CESANO, J. 2009. Aproximación al encuadramiento ideológico de la legislación penitenciaria nacional: una perspectiva histórica, en *Horizontes y convergencias, Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho, Publicación de investigaciones científicas de actualización continua*. Disponible en: http://horizontesyc.com.ar/archivos/1251079274/una_perspectiva_historica.pdf.

COTTERRELL, R. 1991. *Introducción a la sociología del derecho*, Ariel, Barcelona.

DE ESTRADA, F. 2008. El Congreso Nacional en 1910 (Primera Parte), en *Revista de la Universidad Católica de La Plata*. Disponible en: <http://www.ucalp.edu.ar/rv1910.html>.

FRÍAS, P. 1979. El Juez Bermejo, en *Homenaje a la memoria del Dr. Antonio Bermejo*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Bs. As.

FRIEDMAN, L. 1992. *Ahora Elijo yo. La república de las opciones infinitas*, Grupo Editor Latinoamericano, Bs. As.

GILLIGAN, C. 1994. *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*, F.C.E., México.

GILLIGAN, C. 2003. *El nacimiento del placer: una nueva geografía del amor*. Paidós, Barcelona.

INGENIEROS, J. 1961. *La simulación en la lucha por la vida*, Losada, Bs. As.

— 1999. *Las fuerzas morales*, Buró Editor, Bs. As.

HALPERÍN DONGHI, T. 2007. *Vida y muerte de la República verdadera (1910-1930)*, Biblioteca del Pensamiento Argentino IV, Emecé, Bs. As.

MARTÍNEZ PAZ, F. 1994. Ciencia y Filosofía Jurídica en la primera mitad del siglo XX, en *Estudios en Honor de Pedro J. Frías, Volumen X de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Cba.

— 2000. La enseñanza del derecho, hoy, en *La educación, política de Estado, Academia Nacional de Educación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Academia Nacional de Ciencias*, Cba.

— 2004. *Introducción al derecho*, segunda edición actualizada, reestructurada y revisada, Ábaco, Bs. As.

MILLER, J., GELLI, M. y CAYUSO, S. 1991. *Constitución y derechos humanos. Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación. Tomo 2*. Astrea, Bs. As.

— 1995. *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación. Tomo 2.* Astrea, Bs. As.

PALACIOS, A. 1954. *La justicia social*, Claridad, Bs. As.

RECALDE, H. 2005. Señoras versus universitarias. Dos congresos femeninos en tiempos del Centenario, en *Todo es Historia* N° 452, Bs. As.

ROGERS, W. y WRIGHT-CAROZZA, P. 1995. *La Corte Suprema de Justicia y la seguridad jurídica*, edición bilingüe, Ábaco, Bs. As.

SABSAY, F. 2003. *Los presidentes argentinos. Quiénes fueron, qué hicieron, cómo vivieron*, El Ateneo, Bs. As.

SUEIRO, C. (s.d.) El positivismo y su histórica influencia negativa sobre el instituto del juicio por jurados en la Argentina, en *Espacios Jurídicos*. Disponible en:

TANZI, H. 2003. La Corte Suprema y el proceso político Argentino, en *Historia, Año XXIII - N° 89, marzo - mayo 2003*, Bs. As.

TELLO, N. 2003. *Cornelius Castoriadis y el imaginario radical*, campo de Ideas, Madrid.

TERÁN, O. 2008. *Historia de las ideas en la Argentina. Diez lecciones iniciales, 1810-1980*, Siglo XXI, Bs. As.

ZAVALÍA, C. 1920. *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en relación con su Modelo Americano*, Talleres "Casa Jacobo Peuser", Bs. As.

Documentos.

Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.



SECCIÓN V

BECARIOS

LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN IBEROAMÉRICA

*Matías Ezequiel Chaui**

En los siguientes párrafos expondremos brevemente los lineamientos generales de la valiosa experiencia en investigación que el programa de Becas de Pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales me permite llevar adelante, bajo la dirección del Dr. Antonio María Hernández.

Nuestro proyecto se centra en el estudio dogmático y comparativo de un problema que pertenece al campo del Derecho Público, y más específicamente, al Derecho municipal: tal es la trascendental cuestión de la autonomía de los municipios, que hemos decidido abordar en el ámbito de la región Iberoamericana.

En este sentido, a modo de introducción en el tema, cabe señalar que para un eficaz despliegue de las múltiples actividades que hacen al cumplimiento de las funciones del Estado, resulta conveniente —cuando no necesario— diseñar modelos de distribución del ejercicio del poder político a lo largo del territorio.

De allí que en la configuración jurídico-política de los Estados modernos, se advierte como una de sus principales características la existencia de esquemas de división y descentralización del poder con base territorial, que se traducen, en algunos casos, en la adopción de formas de Estado federales o fédero-regionales, y en otros supuestos, en diferentes modelos de distribución del poder aun dentro de sistemas de tipo unitario.

Estas formas de descentralización, importan la coexistencia de diferentes órbitas de gobierno encargadas del ejercicio del poder político, que van desde la esfera nacional, hasta el nivel local o municipal, pasando por los departamentos, estados, provincias u otros poderes intermedios equivalentes, que reciben distintas denominaciones.

* Becario de Pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la Universidad Nacional de Córdoba (Proyecto: "*La autonomía municipal en Iberoamérica*" dirigido por el Dr. Antonio María Hernández). Ayudante Alumno de las Cátedras de Derecho Público Provincial y Municipal, y de Historia del Derecho, de la misma Facultad. Estudiante del sexto año de la carrera de Abogacía. Correo electrónico: matichau@hotmail.com.

Es allí donde aparece, entonces, la institución municipal, en cuanto entidad política que exterioriza la organización de la sociedad local a los fines del diseño e implementación de las políticas y acciones tendientes a dar satisfacción a las múltiples necesidades y problemas que la convivencia vecinal suscita.

De esta manera, una de las cuestiones fundamentales en la constitución política del Estado es la de determinar la distribución de competencias entre las diversas esferas de gobierno, y establecer cuál es el grado de autonomía —o de dependencia, si se enfoca el problema desde el ángulo opuesto— que les corresponde a aquellas de nivel territorialmente inferior, respecto de las de grado superior.

El problema de la autonomía municipal se inscribe, así, dentro de la temática referida a las relaciones del municipio con el Estado del que forma parte, sea central o particular —en el caso de los federalismos—, pues como bien señala el destacado constitucionalista Hernández, “*el municipio tiene como rasgo fundamental precisamente éste de hallarse incluido en una unidad política superior*”¹

En igual sentido, Albi señala que “*el Municipio es un elemento integrante del Estado. Sin Estado no puede existir el Municipio*”; él “*es parte subordinada de una comunidad más compleja, territorialmente más extensa y jurídicamente superior*”.² De allí que, como sostiene este autor español, en esas relaciones entre el municipio y el Estado que él integra, se produce la combinación de dos tendencias opuestas.

En efecto, en ellas —señala también Hernández— puede observarse claramente el desempeño de fuerzas *centrípetas* o centralizadoras y *centrífugas* o descentralizadoras, las cuales “llegan a equilibrarse, pero ese equilibrio puede realizarse en combinaciones infinitamente variables, que se producen a compás de las circunstancias políticas, económicas y sociales de cada momento y de cada lugar”³

Ocurre, de esta manera, que los municipios pueden encontrarse, dentro del Estado que integran, en muy diferentes situaciones jurídicas en lo que al ejercicio del poder político respecta, situaciones que van desde la centralización absoluta hasta la total descentralización, que es la autonomía.⁴ En consecuencia —concluye Hernández— “*los regímenes políticos atribuyen diversa naturaleza jurídica a los entes locales, originándose dis-*

¹ HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA, *Derecho Municipal*, Vol. I, 2º edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 348.

² ALBI, FERNANDO, *Derecho municipal comparado del mundo hispánico*, Aguilar, Madrid, 1955, pág. 284 y ss.

³ ALBI, FERNANDO, op. cit. (citado por HERNÁNDEZ, ANTONIO M. op. cit., pág. 348.)

⁴ HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA, op. cit., pág. 349.

tintas relaciones entre ellos y el Estado”⁵ Este es el llamado problema de la autonomía municipal.

Dana Montaña nos enseña que:

La autonomía ...no es tan sólo un conjunto más o menos grande de poderes más o menos extensos; es una cualidad específica de la corporación que la distingue de las demás: su capacidad de gobierno propio y, con más precisión, su facultad de organizarse dentro de las condiciones de la ley fundamental [...] o poder constituyente de darse sus instituciones, o poder legislativo [...] y de gobernarse con ellas, con prescindencia de todo otro poder⁶.

Por su parte, siguiendo los lineamientos trazados por el autor antes citado, refiere Hernández que la autonomía municipal comprende cuatro aspectos centrales:

- El aspecto *institucional*, que supone la posibilidad del dictado por el municipio de su propia carta orgánica;
- El aspecto *político*, que trasunta la base popular, electiva y democrática del gobierno comunal;
- El aspecto *administrativo*, que importa la posibilidad de la prestación de los servicios públicos y el despliegue de los demás actos de administración local; y
- El aspecto *económico-financiero*, comprensivo de la libre creación, recaudación e inversión de las rentas por el municipio.⁷

Sobre esta base, Hernández diferencia dos clases de autonomía municipal. Puede decirse que ella es *plena*, cuando comprende los cuatro aspectos antes enunciados (institucional, político, administrativo y financiero); mientras que en los casos en que el municipio carece de la facultad de darse su propia norma fundamental (aspecto institucional), se dice que tiene una autonomía relativa o semiplena.

Es de destacar que en 1990 fue aprobada —por numerosas organizaciones, asociaciones locales y representantes de municipios reunidos en Caracas, Venezuela— la denominada Carta de la Autonomía Municipal Iberoamericana, que consagra enfáticamente el principio autonómico, resaltando su trascendencia y significado social y político en orden a la consolidación de la democracia participativa en la región, el aseguramiento de la paz y solidaridad entre los pueblos iberoamericanos, y la superación de las desigualdades que caracterizan a la sociedad de nuestros días.

⁵ *Ídem.*

⁶ DANA MONTAÑO, SALVADOR M., *La Autonomía Municipal*, Instituto de Derecho Municipal y Urbanismo, Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1982, págs. 24 y ss.

⁷ HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA, op. cit., pág. 386.

Nuestra investigación se propone efectuar un estudio del Derecho positivo vigente en los Estados iberoamericanos, siguiendo un método fundamentalmente descriptivo, analítico y comparativo, para indagar cuál es el grado de reconocimiento de la autonomía de los municipios en aquellos Estados.

Se pretende determinar de qué manera y con qué amplitud se halla receptada la autonomía municipal en el derecho constitucional y el derecho público en general de Iberoamérica, y analizar cuáles son las garantías que tienden a resguardar la autonomía de los municipios.

En tal sentido, se han examinado los textos fundamentales de dieciocho de los países que integran la región, a saber: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

En todos ellos, sin excepción, se hace una referencia, aunque más no sea literal, a la autonomía como rasgo o atributo del municipio, obviamente con diversos alcances.

En la generalidad de los casos se consagra la autonomía en los aspectos político, administrativo y económico-financiero, esto es, lo que la doctrina conoce como una autonomía “restringida” o “semiplena”. Por el contrario, son pocos los Estados que reconocen al ente municipal la posibilidad de darse su propia norma fundamental (autonomía institucional).

A partir de este primer nivel de análisis, se prevé explorar —en la medida de su pertinencia— el derecho infraconstitucional y las opiniones doctrinarias respecto a nuestro objeto de estudio, para complementar la etapa de exégesis de los textos constitucionales.

Luego del acabado estudio y la sistematización del material seleccionado, como ulterior tarea de síntesis se efectuará una comparación del grado de evolución de las instituciones autonómicas en los diferentes países que integran la región, y por último, intentaremos identificar cuál es, en definitiva, la tendencia actual en orden al reconocimiento y protección de las autonomías locales en Iberoamérica.

Cabe aclarar que nuestro estudio excluye el abordaje de la efectiva vigencia —o no— del principio autonómico en la realidad práctica del municipio iberoamericano, perspectiva que demandaría una investigación de tipo sociológico, muy diferente a la que nosotros proponemos, aunque no por ello menos útil.

No obstante, pretendemos realizar un humilde aporte desde la dogmática jurídica para el conocimiento de la problemática de la autonomía municipal en Iberoamérica, que anhelamos pueda servir de base al diseño de mecanismos jurídicos que permitan garantizar —o, al menos,

favorezcan— la vigencia del principio autonómico en la realidad empírica de la región.

Creemos que la realización de la ciudadanía en su ámbito más íntimo y natural, que sin dudas es el comunal, torna necesario, en definitiva, contar con un marco jurídico adecuado, que brinde las herramientas idóneas para la consecución de la alta misión que les cabe a los municipios en la satisfacción de las necesidades públicas locales, siendo de particular importancia a tal efecto el aseguramiento de la autonomía que le es propia.

Nos incentiva la profunda convicción de que la administración de los asuntos comunales es un puente directo entre el individuo y la cosa pública: la participación ciudadana se fomenta, en primer lugar, dentro de la comunidad política local, y es en la gestión de los intereses municipales donde reside el mayor incentivo a la conformación de una cultura de responsabilidad ciudadana y de solidaridad vecinal.



**PLURICULTURALIDAD Y GARANTÍAS JUDICIALES: ALCANCES
DE SU APLICACIÓN AL CASO DE LAS *COMUNIDADES
ORIGINARIAS* EN LA JURISPRUDENCIA DE LA C.I.D.H, Y
DE LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LA REPÚBLICA
ARGENTINA DESDE LA VIGENCIA DEL CONVENIO 169 O.I.T.***

*Natalia P. Copello Barone***

Del análisis realizado se advierte un contraste entre los pronunciamientos de la CIDH, y los fallos de los tribunales argentinos.

Por un lado, en las sentencias contenciosas de la CIDH se han adoptado criterios de inclusión de las comunidades originarias, mediante la flexibilización, tanto de las reglas procesales, como del orden jurídico aplicado para la solución del caso, mediante la armonización del derecho positivo nacional de los Estados con el Derecho consuetudinario de éstas comunidades .

Resulta destacable además, la amplitud de las dimensiones tenidas en cuenta por la CIDH al momento de fundar sus resoluciones. Así pues, sus sentencias han considerado cuestiones no sólo jurídicas, sino también sociológicas, antropológicas, históricas y culturales, lo que demuestra un enfoque integral que permite lograr una resolución ajustada al caso concreto y en resguardo a los derechos fundamentales comprometidos.

Por otra parte, la jurisprudencia nacional sobre la materia presenta un panorama heterogéneo, por cuanto, si bien se observan algunos precedentes que —bajo criterios rigoristas y formalistas— han disipado el acceso a la justicia de las comunidades aborígenes, con un evidente resultado de exclusión; no es menos cierto que en otras oportunidades los tribunales han demostrado un interesante activismo generando respuestas —ajustadas y receptivas de la cosmovisión abori-

* Proyecto dirigido por el Dr. Nelson Marconi a quien le estoy enormemente agradecida por su colaboración y constante preocupación en mi formación profesional.

** Abogada graduada en la Universidad Nacional de Córdoba, Cuadro de Honor. Becaria Doctoral CONICET y Ex Becaria de pregrado CIJS. Maestrando - Maestría en Relaciones Internacionales C.E.A. Email: copellobaronenatalia@conicet.gov.ar.

gen—, mediante una interpretación ágil y flexible del derecho positivo nacional.

De igual modo, son dignas de elogio algunas medidas probatorias adoptadas por nuestros tribunales a los efectos de tomar conocimiento *de visu* del contexto físico de los hechos invocados en el litigio, abundando de este modo el decisorio judicial con vivencias de la propia realidad cultural aborígen.

En la esfera jurisdiccional supranacional, observamos que el derecho al acceso a la justicia de los miembros de estas comunidades no es habitualmente respetado por los Estados latinoamericanos, asimismo y con especial referencia se vislumbra que los tribunales argentinos no siempre han sido lo suficientemente flexibles en la interpretación de las formas y reglas procesales para habilitarles el acceso a la jurisdicción.

Además del referido derecho, entre los otros derechos que más frecuentemente han sido conculcados, determinando por ello la intervención de la CIDH, se destacan el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libre circulación, a la propiedad de sus tierras, y en menor medida, los derechos políticos y a la identidad cultural de los miembros de estas comunidades originarias. En la jurisprudencia nacional, se han destacado frecuentemente el derecho a la propiedad comunitaria de sus tierras, y el respeto a su medio ambiente y hábitat, y —en menor medida— el derecho a su identidad cultural.

En general y como elemento coincidente, tanto en la esfera nacional como supranacional, los actos que han lesionado estos derechos han sido ejecutados por el propio Estado.

Con respecto a la determinación de los límites al acogimiento del derecho consuetudinario aborígen, la CIDH ha consolidado en sus sentencias una doctrina sólida y coherente, destacando que tales costumbres no pueden atentar contra los restantes derechos consagrados por la CADH, al tiempo que los tribunales argentinos no se han explayado sobre tal aspecto, por cuanto —en general— sus soluciones han pretendido partir de una armonización del derecho nacional, antes que de un acogimiento del derecho consuetudinario aborígen.

Respecto del carácter asignado al colectivo aborígen, la jurisprudencia de la CIDH les ha deparado un tratamiento como *comunidades*, antes que como *minorías*, sin que en la jurisprudencia nacional se advierta una distinción de significación o relevante al respecto, toda vez que tal cuestión no ha sido abordada.

En cuanto al paradigma social subyacente en la jurisprudencia analizada, las sentencias de la CIDH responden a un modelo multiét-

nico y pluricultural, siendo que los fallos de los tribunales argentinos son heterogéneos, aunque se advierte cierta subsistencia del modelo de homogeneidad, tal vez como resabio del paradigma imperante en el viejo texto del art. 67, inc. 15 C.N.

No hemos identificado en los fallos analizados de los tribunales argentinos actos o prácticas discriminatorios en el acceso a la jurisdicción, como así tampoco en las sentencias de la CIDH, aunque estas últimas sí darían cuenta de ciertas prácticas restrictivas en otros Estados latinoamericanos.

Pese a la heterogeneidad observada, creemos que las pautas sentadas normativa y doctrinariamente constituyen un *primer paso* en miras a lograr la plena vigencia de los derechos jurídicamente reconocidos. Pero ello no es suficiente. Es necesario continuar el tránsito de este arduo camino para el logro de tal cometido.

Las comunidades originarias gozan de derechos reconocidos a nivel internacional y, en la mayoría de los países latinoamericanos, a nivel constitucional e infralegal. Pero el conflicto no reside en la falta de normas que garanticen sus derechos, sino en la falta de obediencia de los mandatos que dicha normativa dirige a nuestra sociedad. Un Estado que preconiza sólo *de palabra* inmensas garantías y derechos, sin esforzarse en su vigencia sociológica es un Estado que no protege adecuadamente a sus soberanos.

El objetivo es lograr la tutela judicial efectiva que nos permita superar lo formal y pasar a lo real; para que "*La acción responda a la palabra y la palabra a la acción*" y buscar la justicia, hoy, para el indígena y su comunidad, quiere decir que aquella igualdad, antes sólo formal, solo en la palabra de la ley, sea transformada en una igualdad material, que respete sus características culturales propias.

En este camino que se está transitando, reviste una importancia insoslayable, el rol del juez, ya que son los magistrados quienes se encuentran en mejores condiciones de indagar en la búsqueda de criterios que lleven a una armonización del derecho positivo con la costumbre jurídica de las diversas comunidades aborígenes, a los fines de una tutela efectiva de sus derechos fundamentales.

En consonancia con ello, puede afirmarse que se exige que los magistrados adquieran un rol "activista", es decir, una actitud innovadora, progresista y evolutiva al momento de pronunciarse en sus fallos para así lograr el reconocimiento y protección de los tan mentados derechos, reconocidos tanto a nivel nacional como internacional. Bien ha señalado Piero Calamandrei que "*El juez tiene, efectivamente, como el mago de la fábula, el sobrehumano poder de producir en el mundo del*

*derecho las más monstruosas metamorfosis, y de dar a las sombras apariencias eternas de verdades; y porque, dentro de su mundo, sentencia y verdad deben en definitiva coincidir, puede, si la sentencia no se adapta a la verdad reducir la verdad a la medida de su sentencia*¹.

Actualmente, se transita hacia el perfeccionamiento de la labor del Poder Judicial a través de sus sentencias, y aunque el camino a recorrer sea largo confiamos en que estamos acercando las usualmente lejanas brechas que separan la exhuberancia fraseológica del cumplimiento efectivo de las promesas normativas, transformándolas en conductas perceptibles y realizaciones concretas. Creemos que el Poder Judicial está tomando conciencia que la importancia de la problemática aborígen exige mucho más que meras evocaciones alegóricas.

El rol del Estado en la situación de los indígenas resulta esencial. Y, lamentablemente, no lo ha cumplido de la mejor manera hasta aquí, ya que, por un lado, la mayoría de las vulneraciones más graves a los derechos de comunidades aborígenes proceden del accionar del propio Estado —afectando principalmente su derecho a su propia identidad cultural y a la posesión y propiedad comunitarias de sus tierras—; por otro lado los órganos jurisdiccionales estatales —que debieran ser los garantes del *efectivo* cumplimiento de los derechos constitucionalmente reconocidos— en ocasiones se apartan de la normativa vigente, en perjuicio de estos grupos minoritarios.

Es importante trabajar con el fin de fortalecer la vigencia de los derechos humanos en el ámbito continental, en esta ardua tarea son de inconmensurable aporte la aplicación de los contenidos que nos brinda el Derecho Internacional Público y el Derecho Constitucional utilizados mediante un análisis integral y complementario.

Esta problemática reviste gran importancia y destacada actualidad lo que nos invita a continuar su reflexión y estudio, los diversos aspectos que involucra imposibilita su cabal comprensión si su análisis se efectúa desde un punto de vista parcializado, por lo que nuestro compromiso, desde el lugar de operadores jurídicos y futuros investigadores del Derecho, es abordar el mismo desde esta nueva visión anhelando que nuestros aportes inviten a la reflexión y a la elaboración de nuevas formas de acción en el marco de los otros Poderes del Estado; además de que la consagración y efectividad de los derechos de estas comunidades a nivel Internacional continúe su evolución, la cual pese a los

¹ CALAMANDREI, PIERO, *El elogio de los jueces, escrito por un abogado*, Capítulo I, “De la Fe en los Jueces. Primer requisito del abogado”, Colección Clásicos del Proceso Civil, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, p. 69.

avances observados en los últimos años requiere aún de la aplicación de nuevas medidas y el seguimiento de las mismas en pos del respeto de los derechos fundamentales que a lo largo de esta investigación fueron objeto de análisis.



LA CAPACIDAD PROGRESIVA: EL EJERCICIO DE DERECHOS Y DE DEBERES

*María Laura Favot**

El principio de capacidad progresiva, receptado por ley 26061, genera una contradicción con el régimen establecido por el Código Civil, por ello se pretende analizar la incidencia de la primera en el Régimen de capacidad del Código, no obstante lo cual el problema de investigación central se encuadra en el análisis de la completitud del concepto de *capacidad progresiva*, que al desarrollarse doctrinariamente en torno al ejercicio de derechos civiles, deja al margen las responsabilidades por las consecuencias de ese ejercicio. Se pretende analizar deberes o responsabilidades que también están en cabeza de los menores como miembros de cualquier sociedad.

En el marco de la Comisión de Derecho Privado, convocada en virtud de la X Jornada de Experiencias en Investigación realizadas en 2009, hubo oportunidad de presentar el proyecto de investigación que se lleva adelante por la que suscribe, en virtud de la posibilidad que las becas de pregrado constituyen para los estudiantes de Abogacía, permitiendo abrir una puerta al apasionante mundo de la investigación.

El planteamiento del problema surge en virtud del conflicto que se advierte entre el concepto de *capacidad* legislada en el Código Civil, y el concepto de capacidad progresiva, que se desprende de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo este último instrumento de jerarquía constitucional.

La capacidad es concebida por Vélez Sarsfield como un atributo de la personalidad, considerada como la aptitud que le reconoce el ordenamiento jurídico a una persona para ser titular de derechos y de deberes

* Becaria de Pregrado del CIJS con el proyecto "LA CAPACIDAD PROGRESIVA. Convención de los Derechos del Niño: ley 26.061. El ejercicio de derechos y de deberes. Régimen de Capacidad en el Código Civil Argentino", bajo la dirección de la Dra. María del Carmen Cerutti; Ayudante Alumno de la asignatura Derecho Privado I; Ayudante Alumna del programa de investigación "Estructuras y estrategias familiares de ayer y de hoy" radicado en CEA -UNC; alumna de Abogacía - UNC, sexto año en curso.

jurídicos¹, y ejercerlos. En general, la doctrina distingue entre capacidad de derecho y capacidad de hecho. En cuanto a la primera, se refiere a la posibilidad que el ordenamiento jurídico otorga para ser titular de derechos. La capacidad de hecho implica la posibilidad de ejercerlos por sí. Conforme al sistema del Código Civil, la aptitud para ser titular de derechos es inherente a la calidad de persona, con lo que no se conciben incapacidades de derecho absolutas. Pero la aptitud para ejercer derechos varía, según categorías rígidas: menores impúberes y menores adultos, como así también emancipados, dementes, sordomudos e inhabilitados, y mayores de edad. A los menores de edad el Código Civil no les reconoce discernimiento en función de ser personas que no hay alcanzado su pleno desarrollo.²

El parámetro de diferenciación es objetivo, siendo suplida la incapacidad de los menores mediante el instituto de la representación, prescribiendo que los progenitores y los tutores son sus representantes necesarios en los actos que realicen, reemplazando la voluntad del incapaz por la del representante.

Por su parte, el principio de capacidad progresiva defiende que la capacidad de obrar de los niños, niñas y adolescentes depende del desarrollo y la madurez que adquieran progresivamente, y habiendo sido receptado por la ley 26.061 como consecuencia de su incorporación como un principio en la Convención de los Derechos del Niño, se desprende una contradicción con el régimen establecido por el Código Civil.

Como consecuencia de lo antedicho, se procedió a analizar la incidencia de la capacidad progresiva en el Régimen de capacidad del Código Civil Argentino, concluyendo que es abundante la doctrina que manifiesta la necesidad de revisar y modificar el régimen establecido por Vélez (con las modificaciones vigentes) en función de la impostergable armonización del sistema legal.

En este sentido, se hace reiterada alusión a la superación de la dicotomía capacidad/incapacidad que determina el sistema según el Código Civil.

Mauricio Mizrahi concibe el criterio de capacidad progresiva como un parámetro según el cual se habilitaría al niño al ejercicio de sus *derechos personalísimos* por sí mismo, sin acudir a terceras personas, no estando sujeto a una edad cronológica predeterminada, sino susceptible de consideración concreta en función de la madurez intelectual y psicológica, del

¹ TAGLE, MARÍA VICTORIA. *Derecho Privado I. Parte general*. Alveroni. Córdoba. 2005. pág. 134.

² En tal sentido, BELLUSCIO, AUGUSTO C. "Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061", en La Ley. 2006-B, 701.

discernimiento y entendimiento suficiente del niño³. De esta manera, este autor, elimina el régimen de representación cuando se den las condiciones señaladas.

Néstor Solari⁴, por su parte, vincula la recepción de este principio en lo que respecta al régimen de tenencia, sosteniendo que cuanto mayor sea la edad y madurez del niño, más decisiva será su voluntad. Sostiene que la autonomía progresiva implica el reconocimiento de que el alcance de la autodeterminación del niño se produce antes de la edad establecida por el Código Civil. En virtud de ello es que proclama un carácter decisivo a la voluntad y querer interno del niño, procurando se alcance la mentada autodeterminación, condicionando esa voluntad con el único límite de no contrariar el principio del interés superior del niño, que bajo ningún pretexto puede ser violado. Solari propone la edad de doce años para que, en lo atinente a la tenencia del niño, deba resolverse conforme a la voluntad del mismo.

Por otro lado, Herrera⁵ propone armonizar el régimen del Código Civil con el nuevo régimen normativo reformando el sistema de representación previsto por la ley de fondo. Estima que no se condice con las directivas de la nueva ley un régimen de representación según, cuyo principio general, los padres representen a sus hijos en todos los actos. Por ello, en su propuesta, introduce instituciones intermedias como la asistencia y la cooperación, relegando la representación a supuestos de escasa madurez.

Por asistencia se entiende al control impartido por un tercero que no reemplaza ni sustituye a la persona, permitiéndole que actúe por sí, pero requiriendo la conformidad o el asentimiento del asistente, que deberá prestarlo si del acto no resultan daños al asistido. Con cooperación nos acercamos más a la representación, pero en este estadio, las actuaciones se realizan conjuntamente, es decir que la voluntad del niño y del cooperador tienen el mismo peso.

En otro trabajo, Herrera y Fama⁶, plantean el desarrollo de un régimen que excluya de la representación paterna aquellos actos relativos a los derechos humanos que pueden ejercer por sí mismos.

En el marco del proceso de adopción, en el cual se incide directamente sobre el centro de vida del menor, Herrera⁷ considera que el consen-

³ MIZRAHI, MAURICIO LUIS. "Los derechos del niño y la ley 26.061". La Ley. 2006-A, 858.

⁴ SOLARI, NÉSTOR. "La autodeterminación del niño en el régimen de tenencia". LLLitoral.

⁵ FAMA, MARÍA VICTORIA; HERRERA, MARISA; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS. *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Comentada, anotada y Concordada*. Ed. Ediar. Bs. As. 2007.

⁶ FAMA, MARÍA VICTORIA; HERRERA, MARISA; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS. *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I y II. Ed. Ediar. Bs. AS. 2006.

⁷ HERRERA, MARISA. "La voz del niño en su proceso de adopción". JA. 2007-IV, 1095.

timiento del niño es fundamental, de acuerdo al desarrollo o autonomía que haya alcanzado, evaluada en el caso concreto. Propone que, a partir de reglas móviles —que establezcan una edad determinada o de franjas etáreas—, sea necesario recabar el consentimiento del pretense adoptado, dejando abierta la posibilidad de solicitar ese consentimiento antes de la edad preestablecida lo que implica admitir prueba en contrario.

Sin perjuicio de que la doctrina al respecto es ampliamente heterogénea, se evidencia como aspecto en común, que refiere exclusivamente a la capacidad progresiva como aquella que permite adquirir madurez y facultades que habilitan a ejercer adecuadamente determinados derechos. Con ello se destaca que nada dice respecto de la capacidad para la atribución de responsabilidades en cabeza de niñas, niños y adolescentes como contrapeso y consecuencia de los derechos cuyo ejercicio se alcanza. Ante esto, el problema de investigación central se encuadra en el análisis de la completitud del concepto de *capacidad progresiva* que se desarrolla doctrinariamente en torno al ejercicio de derechos civiles, dejando al margen las responsabilidades por las consecuencias de ese ejercicio. Se pretende analizar deberes o responsabilidades que también están en cabeza de los menores como miembros de cualquier sociedad.

Metodológicamente, se ha propuesto la consecución de tres etapas sucesivas: una primera etapa de carácter *exploratorio/descriptiva*, en la cual se estudian disposiciones civiles y constitucionales referentes a la capacidad y sus fundamentos, una segunda etapa *analítica* en la que se pretende comparar la legislación civil y constitucional, procediendo a investigar y analizar doctrina y jurisprudencia, concluyendo en una tercer etapa *evaluativa* de la cual se elaboren lineamientos teóricos integradores y propuestas de aplicación pertinentes.

La madurez y el grado de facultades que paulatinamente se van adquiriendo deben proclamarse además, para solidificar la responsabilidad sobre las consecuencias de las acciones que lleven a cabo y la posibilidad de asumir determinados deberes en el marco del respeto de los derechos.

Considerando que persona son “todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o *contraer obligaciones*”⁸, también coloca en cabeza de niñas, niños y adolescentes una serie de deberes, a saber: respeto y obediencia a sus padres, convivir con sus progenitores, prestar la colaboración exigida por los padres sin derecho a recompensa, corregir su conducta ante requerimiento de sus padres, entre otros (arts: 266, 275, 276, 277, 278 C.C., respectivamente). Surge claramente que la capacidad es aplicable tanto para derechos como para deberes.

⁸ Art. 30 (texto originario) *Código Civil*. La Ley. Bs. As. 2007.

Es por ello que en el trabajo de investigación que lleva adelante la que suscribe, se buscará indagar respecto de los deberes que se desprendan del bloque de constitucionalidad en cabeza de niños, niñas y adolescentes.

En este sentido Emilio García Méndez nos dice que el nuevo paradigma de la Protección Integral de Derechos de los niñas, niños y adolescentes, en el plano de las relaciones de los menores en general con el Estado y los adultos, inaugura el modelo de la capacidad progresiva; y en el plano del control social, el modelo de la responsabilidad penal de los adolescentes⁹. A este ámbito se circunscriben las responsabilidades que se colocan en cabeza de niñas, niños y adolescentes, dejando un interrogante abierto en relación a los deberes de naturaleza no penal.

La meta es sostener jurídica y legalmente la existencia de deberes en cabeza de los niños como segmento integrante del concepto de capacidad progresiva y complementario del ejercicio progresivo de los derechos, y analizar la incidencia de este nuevo modelo en el Código Civil Argentino.



⁹ GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (COMPILADOR). *Adolescentes y Responsabilidad Penal*. Ed. Ad-Hoc. Bs As. 2001.

SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL MERCOSUR

*Diego Robledo**

Resumen: La libertad religiosa —LR— es un principio de organización del estado frente al factor religioso a la vez que un derecho humano fundamental en sus tres manifestaciones: individual, colectiva e institucional (relevante en cuanto a la legitimación para su protección).

Luego del 1º Seminario de Culto del MERCOSUR—MS—, los Estados Parte —EP— asumieron la tarea de crear un órgano *ad-hoc* para la LR y de repensar su tutela. A partir de 2009 distintos representantes religiosos reunidos por Fernando Lugo, plantearon el “MS-Religioso”, tarea que continúa la sociedad civil/ONG’s.

Tratamos de incluir el fenómeno religioso al proceso de integración del cual somos parte.

Palabras claves: Libertad religiosa como derecho y como principio - MERCOSUR - sistema de protección de los derechos humanos - cláusula democrática - Relación Iglesia y Estado.

Planteo del problema

Frente al mundo cada vez más globalizado y procesos de integración en marcha, nos detenemos a analizar la protección de la LR y los desafíos que conlleva su tutela efectiva en MS.

La LR puede ser vista de muchas maneras, una forma de verla es como un derecho humano fundamental¹; no obstante también es un principio de organización del estado frente al factor religioso (visto como un prin-

* Abogado, Cuadro de Honor, Egresado Sobresaliente, Alumno Abanderado suplente del Cuadro de Abanderados y Porta estandarte de la Fac. de Derecho y Cs. Ss. UNC. Becario CIJS (2007-2009). Becario de la República de Korea (2008). Investigaciones en la SeCyT/Derecho, CIJS y Centro de Perfeccionamiento R. C. Núñez del Poder Judicial de la Pcia. de Cba. Adscrito en Filosofía del Derecho y Teoría General del Proceso (UNC). Alumno de las Maestrías de Argumentación y Derecho (UNC) y Derecho Procesal (UNR). Integra *Re.Cor.D.I.P.* (UNC). Asociado de la Organización Argentina de Jóvenes para las Naciones Unidas O.A.J.N.U. diegorobledo@live.com.ar

Agradezco a la Dra. Zlata Drnas de Clément, por su valiosa dirección.

¹ DUBROWSKY, SERGIO “El derecho de la libertad religiosa en los textos constitucionales del MERCOSUR” *ANUARIO VII* del CIJS Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, Córdoba (RA), 2002-2003 pág. 219 y ss.

cipio pilar del derecho eclesiástico²). Para el Maestro Frías, “[l]a libertad de religión tiene significados múltiples porque se aloja en el corazón de la dignidad humana”³. Así “consiste en que todos los hombres deben estar inmunes de coacción, tanto por parte de personas particulares como de cualquier grupo o potestad, de tal manera que en materia religiosa no se obligue a nadie a obrar contra su conciencia ni se le impida que actúe conforme a ella en privado o en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos”⁴. En este sentido se pronuncia, Iglesia Católica en la Declaración *Dignitatis Humanae*⁵. Bidart Campos, luego de leer aquella dijo que “la libertad religiosa es un derecho civil de todas las personas en el estado”⁶. Consideramos que la LR es parte del género “libertad” y supone una libertad interior (libertad de conciencia), una libertad que se exterioriza en acciones y palabra (libertad de culto) y una libertad que permite asociarse con los semejantes, ya sea bajo una estructura jerárquica⁷ o no. Vale señalar que los textos jurídicos no definen términos como religión, religioso, por lo que, su significado y alcance debe buscarse en la jurisprudencia⁸, el cual puede variar entre los EP de MS. Sí es posible identificar en las Constituciones de los EP a la LR.

² SALINAS ARANEDA, CARLOS “Los principios informadores del Derecho Eclesiástico del Estado de Chile” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXIII, Vol. II, Ed. Universitarias de Valparaíso, Chile, 2002, pág. 90.

³ FRÍAS, PEDRO JOSÉ “La libertad religiosa en Occidente” en *La libertad religiosa en Argentina – Aportes para una legislación*, AAVV, ROBERTO BOSCA (Comp.), Consejo Argentino para la Libertad Religiosa CALIR y Konrad Adenauer Stiftung, Editorial talleres de gráfica IDEA GRÁFICA, Buenos Aires (RA), 2004, p.18.

⁴ FRÍAS, PEDRO JOSÉ “La libertad religiosa en Occidente” ob. cit., págs. 17-18

⁵ Cfr. Concilio Vaticano II, *Dignitatis Humanae* (DH. 2).

⁶ BIDART CAMPOS, GERMÁN *Manual de la constitución reformada*, Ediar S.A. Editora, Buenos Aires (RA), T.1, pág. 548.

⁷ La libertad de asociarse adquiere relevancia cuando nos preguntamos acerca de la etimología de la voz **Iglesia**, la cual significa “**asamblea**”, como informa el Padre José Cemente Silva S.S., se trata de una “reunión libre, voluntaria de quienes, unidos por la misma fe, sostenidos por la misma esperanza, animados por el mismo amor, reconocen y adoran al mismo Dios [...]”. Cfr. SILVA, JOSÉ CLEMENTE S.S. “Prólogo” en BRUNO, CAYETANO S.S., *Bases para un Concordato entre la Santa Sede y la Argentina*, Ed. Poblet, Buenos Aires (RA), 1947, pág. 11.

⁸ En la jurisprudencia observamos que “[e]n toda época y en todo lugar el hombre lleva en sí un **sentimiento religioso**, una **fe innata hacia lo sobrenatural**, que lo consuela, lo eleva y lo fortifica. Pese a la diversidad de las creencias y a la firmeza con que cada individuo sostenga su propia convicción, en el seno de las sociedades la convivencia es posible por obra de la educación, la cultura y la tolerancia, en las cuales s sustenta la **libertad religiosa, verdadera conquista de la civilización moderna**” Cfr. Voto del Camarista Dr. Néstor Cichero en el Caso “Shvartz, Jacobo León y otra s./ adopción del menor Alberto Lorenzo Camino”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala “D”), 28/02/1957, en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación — con relación de sus respectivas causas— publicación dirigida por los Dres. Esteban Imaz, Jorge A. Peró y Ricardo J. Brea (Secretarios del Tribunal), V. 239 —Entrega Primera—, Imprenta López, Buenos Aires (RA), 1957, pág. 373. (239:273) El resaltado nos pertenece.

Busso entiende que “[e]s el primero de todos los derechos y su violación constituye la ofensa más profunda a la intimidad humana”⁹. También González del Valle ha usado la expresión “derecho matriz” para definir la LR¹⁰. Recientemente llamada, “origen de todas las libertades”¹¹. Creemos que al decir que es un derecho “fundamental”, se revela su importancia superior, pero al mismo tiempo su calidad de fundamento. Como fundamento sólo no sirve para su ejercicio, entonces debe ser un fundamento para el ejercicio del derecho, pero también puede ser fundamento para otros derechos y su correlativo ejercicio¹². La LB tiene tres formas de manifestarse: individual, colectiva e institucional. Esto repercute al momento de plantear respuestas acerca de quién es legitimado¹³.

Como primer antecedente sobre el tema destacamos el *Primer Seminario de Culto del MERCOSUR* en la Universidad Nacional de Asunción del Paraguay, reuniendo a los países miembros y asociados, aprobando el **Acta de Asunción** en la cual se establecieron una serie de **propuestas de**

⁹ BUSSO, ARIEL DAVID *La Iglesia y la Comunidad Política*, Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Argentina, UCA, Buenos Aires, 2000, p.220.

¹⁰ Cfr. GONZALEZ DEL VALLE, J. “La regulación legal de la libertad religiosa” *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona España, 1993 en DUBROWSKY, SERGIO “El derecho de la libertad religiosa...”, ob.cit., pág. 229.

¹¹ Esta afirmación fue realizada como lema del Congreso Internacional “*La libertad religiosa, origen de todas las libertades*” organizado por el Consejo Argentino de Libertad Religiosa —CALIR— en la Ciudad de Buenos Aires (RA), a finales de abril de 2008.

¹² Por ej, la jurisprudencia ha afirmado que la objeción de conciencia —aunque no estuviera reconocida como derecho en el plexo normativo— derivaba de la libertad religiosa y por ello se hacía lugar a los pedidos de los objetores. fr. Expte. 0895-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 6 en SAR, Omar A. *Constitución Política del Perú con la jurisprudencia, artículo por artículo, del Tribunal Constitucional*, 3ª edición actualizada y aumentada, Editoriales Nomos & Thesis y Grijley, Perú, 2006, pp.32-36; y en BERMUDEZ TAPIA, MANUEL ALEXIS *La Constitución a través de las Sentencias del Tribunal Constitucional —Interpretación artículo por artículo de nuestra norma fundamental realizada por el Supremo intérprete*, Ediciones Legales, EDILEG-SA E.I.R.L., Lima (Perú), 1ª Edición, Noviembre de 2007, págs. 36-37.

¹³ Vgr. en Argentina: afectado, asociaciones, ombudsman, Ministerio Público, como señala ROSA ÁVILA PAZ comentando el art. 43 de nuestra Carta Magna (Cfr. *Manual de Teoría General del Proceso*, Tomo II, 1ª Ed. Advocatus, Córdoba (RA), Mayo de 2006, pág. 23). Argentina tiene el Consejo Argentino para la Libertad Religiosa, con un observatorio para velar porque se cumpla dicho derecho; y Brasil tiene una asociación semejante llamada Asociación Brasileña para la Libertad Religiosa y Ciudadanía —ABLIRC. Ambas instituciones se presentan novedosas para la protección de este derecho. Vale señalar que a la luz del Caso “**Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04**” de fecha 24/02/2009, es aceptado que pueda verse como un derecho de incidencia colectiva, como postulamos en una ponencia previamente: ROBLEDO, DIEGO “El Derecho a la Libertad Religiosa como un derecho de incidencia colectiva y sus garantías, en el 40º Aniversario de Argentina con la Santa Sede” ponencia presentada en el VIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista bajo el lema Por la real vigencia de derechos y garantías constitucionales, en la Ciudad de Azul, Bueno Aires (RA), los días 2 y 3 de Noviembre de 2006 en (consultado el 01-06-2010). [http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal/El%20derecho%20a%20la%20libertad%20religiosa%20\(Diego%20Robledo\).doc](http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal/El%20derecho%20a%20la%20libertad%20religiosa%20(Diego%20Robledo).doc) (01/06/2010).

las cuales destaco la “*reacción de un grupo de trabajo ad hoc sobre libertad religiosa y de culto, integrado por los Países Miembros y Asociados del MERCOSUR, como un ámbito común y un instrumento permanente para el intercambio y la concertación, a la vez que se decidió establecer un Foro Permanente sobre esta temática*”¹⁴.

Nuestras propuestas

Nuestra investigación apuntaba a determinar si el sistema de protección para el derecho a la LB en los EP del MS es suficiente para que sea efectivamente garantizado. Nosotros creemos que es un sistema perfectible. Y por ello nos animamos a proponer lo siguiente:

- MERCOSUR, ya ha comenzado a trabajar sobre esta faceta o dimensión que puede llamarse religiosa, aunque del espíritu de integración que se desprenden del Tratado de Asunción en su preámbulo son a niveles económicos. Así puede comenzar preliminarmente a pensarse que la LR abre un abanico de oportunidades. Habiendo LR, es posible el **turismo religioso** (principal clase de turismo en Paraguay), es posible valorar la riqueza patrimonial cultural en nuestros territorios (vgr. el Jesucristo con los brazos abiertos que muchos turistas visitan en Brasil).
- **Digesto:** es necesario compilar, sistematizar y analizar la normativa referida al fenómeno religioso de los EP de MS. Aconsejamos crear, como lo hizo por primera vez Argentina en 2001, un digesto eclesiástico que comprenda las normas dispersas en materia religiosa de los EP de MS. La labor del digesto de Derecho Eclesiástico es necesario porque simplifica el conocimiento de las normas vigentes en la materia, representando una clara respuesta a la seguridad jurídica y una manifestación del principio republicano de publicidad de los actos de gobierno. Para poder defender los derechos, primero debe reconocérselos jurídicamente, la dispersión no ayuda.
- El sistema de protección de los DD.HH. es una realidad en MS. Esto beneficia la protección de la LR. A la fecha no hay una normativa expresa que tutele particularmente el

¹⁴ MERCOSUR/XXVIII CMC/DI N° 04/05, Informe de la Presidencia Pro Tempore Paraguay del Foro de Consulta y Concertación Política del MERCOSUR y Estados Asociados, Enero a Junio de 2005 en <http://www.mrree.gub.uy/Mercosur/ConsejoMercadoComun/Reunion28/AnexoVII.htm> <http://www.culto.gov.ar/noticias.php?noticia=136> (01-06-2010).

tema de LR en MS. La LR no es un derecho aislado, sino parte de un sistema, y como tal, cuando se avanza sobre la protección de los Derechos Humanos DD.HH., se avanza también sobre LR. Señalamos como **avances del MERCOSUR respecto de la protección de DD.HH. en general**:

*Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del MERCOSUR (RADDHH/2004); Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos (2004); Protocolo constitutivo del Parlamento (2005); Observatorio de la Democracia del MERCOSUR (ODM/2007), asociado al Centro MERCOSUR de Promoción del Estado de Derecho (CEMPED); La creación de un Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDDH), con sede en Argentina comenzó a preocuparse sobre la protección de DD.HH. y actuar en consecuencia a través del IPPDDH. Sobre la posibilidad de crear una **Carta de Derechos Humanos para MERCOSUR**, debe repensarse el sistema institucional, transitorio, existente. Deberá reconocerse, oportunamente, las raíces religiosas, tanto de los pueblos originarios como Católica, por ser formadora de una identidad común. Se dice que MERCOSUR vive una crisis identitaria¹⁵; nosotros creemos que se debe trabajar en el terreno humano en general (dentro de lo cual, lo religioso es un elemento cohesionante de la comunidad mercosureña).

- Se trata de un derecho humano fundamental que no puede ser suspendido ni aún en un estado de emergencia (cfr. art. 27 CADH). La LR está vinculada a la democracia, y su desconocimiento implica violar la **cláusula democrática de MS**, a través de la cual los EP, se comprometieron a proteger los DDHH. Vale recordar el art.1º del Protocolo de Ushuaia que reza “[l] plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo”¹⁶.

¹⁵ Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA “El transregionalismo en las relaciones Unión Europea-MERCOSUR” en *MERCOSUR y Unión Europea*, AA.VV., Coordinadora Zlata Drnas de Clément y Editor Waldemar Hummer, Ed. Lerner S.R.L., Córdoba (RA), 2008, pág. 68.

¹⁶ **Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el Mercosur, Bolivia y Chile**, suscripto el 24/07/1998. Ley Nacional de la Rep. Argentina N° 25133. Aprobación. Sanción: 04/08/1999; Promulgación: 08/09/1999 (Aplicación art. 80, C. Nacional); Boletín Oficial 15/09/1999. Reforzada por el Protocolo de Asunción sobre el compromiso con la promoción

- Debe traducirse esa preocupación en niveles de diálogo y relación con las comunidades religiosas e Iglesias. Así como se da el *diálogo Iglesia-Estado*, deberá pensarse en un futuro diálogo Iglesia-Sujeto Comunitario, cuando se alcance aquél estado. Incluso debe comenzar a pensarse qué tipo de diálogo se pretende alentar. Alentamos el diálogo interreligioso y entre la Iglesia y el Estado, incluyendo en ambas conversaciones el proceso de integración para ver cómo pueden cooperar¹⁷.

Reflexiones finales

Terencio en sus versos exclamaba que nada de lo humano le era extraño. Fulton J. Sheen, señaló que *“nada religioso debe serlo para el hombre”*¹⁸. Ni al Derecho, ni al MS debiera serlo. Dalmacio Vélez Sársfield pensaba que *“[n]o hay en el país un interés más grande, más general, que el interés religioso, y ninguno por consiguiente que tenga derechos más reales a la protección del Gobierno”*¹⁹. Hoy diríamos que el interés religioso debe compartirse por los gobiernos y procesos de integración. Pensamos que *“el humano ya ha sido globalizado, es tiempo de humanizar la*

y protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR que en su preámbulo reitera lo expresado en la Declaración Presidencial de las Leñas de 1992, en el sentido de que la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición indispensable para la existencia y el desarrollo del MERCOSUR; y subraya que el respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales son elementos esenciales de la democracia; y en su art. 1º *“La plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las Partes”* y art. 2º dice *“Las Partes cooperarán mutuamente para la promoción y protección efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales establecidos en el MERCOSUR”*. DUBROWSKY trae estas palabras de González del Valle, de la obra *ut supra* citada: *“si un Estado no respetase ese derecho del hombre podría en esa misma medida ser calificado de ilegítimo. No es una norma promulgada por el Estado en la que se proclama el derecho a la libertad religiosa la que legitima a sus destinatarios para hacer uso de ese derecho, sino que por el contrario es el reconocimiento de ese derecho, lo que legitima el poder del Estado”* (el resaltado nos pertenece).

¹⁷ Luego de presentar el informe final, se produjeron en 2009 una serie de encuentros: entre los que señalamos, “Diálogo Interreligioso de MERCOSUR” a propuesta de quien ocupara la Presidencia pro tempore de MS en aquél entonces, Fernando Lugo; por otro lado se hizo una reunión “Construyendo la identidad de MERCOSUR”; “MESA DE DIÁLOGO CON LAS EXPRESIONES DE RELIGIOSIDAD DEL MERCOSUR” Centro Cultural de la Ciudad — Manzana de la Rivera, Asunción, Paraguay — 11 y 12 de marzo de 2009

¹⁸ SHEEN, FULTON J. *Religión sin Dios*, Colección Razón y Fe. Ed. Planeta, Barcelona (España), 1º Edición Abril de 1956, págs. 19-20.

¹⁹ VÉLEZ SÁRSFIELD, DALMACIO *Derecho Público Eclesiástico: Relaciones del Estado con la Iglesia en la antigua América Española*, Buenos Aires, 1889, págs. 207-208 en BRUNO, Cayetano S.S., ob.cit., pág. 136.

*globalización*²⁰, rescatar el rostro humano en MS. Hacemos nuestras las palabras del Frías al decir que “[l]a integración evitará que quedemos más solos en un mundo más unido. Pero la integración es el reconocimiento de la indeterdependencia de pueblos y personas, con su propia identidad. En “todos los hombres” debe estar “todo el hombre”²¹. Cuando Frías piensa en voz alta que en todos los hombres debe estar TODO el hombre, hace referencia a que también debe estar presente aquella dimensión espiritual y religiosa. El consejo alberdiano fue que “la libertad religiosa es el medio de poblar estos países”²², hoy podemos decir que es un medio para integrar países, los países del MERCOSUR.



²⁰ ROBLEDO, DIEGO “Mi visión sobre la Globalización” *Globalización, Democracia y Paz La visión de los Jóvenes*, Ed. Corintios XIII, Córdoba (RA), 2005, págs. 119-122.

²¹ FRÍAS, PEDRO JOSÉ “Constructores de la Sociedad del Siglo XXI”, en *Instituto Cultural Argentino-Israelí 10º Aniversario 1987-1997*, Córdoba (RA), 1997, pág. 18. Destacamos que el lema del 10º Aniversario del Instituto fue “Por una cultura a la paz”.

²² ALBERDI, JUAN BAUTISTA *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la Ley que preside al desarrollo de la civilización en la América del Sud*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, RA, 2002. pág. 84.

DEMANDA SIN SUSTANCIACIÓN: INCONSTITUCIONALIDAD DEL INSTITUTO DE CADUCIDAD DE INSTANCIA Y CONSECUENTE PROYECTO DE REFORMA DE LA *LEGE FERENDA* (C.P.C.C. DE CBA.)*

María Montserrat Tejerina Funes**

Resumen: El sistema procesal local en materia de caducidad de instancia entraña un vacío normativo ante el especial supuesto de demanda sin notificar por un plazo superior al previsto para la perención, toda vez que enerva la efectividad de su articulación por vía de excepción. La inconstitucionalidad del supuesto bajo examen al ser vejatorio de un cúmulo de derechos y garantías de nuestra Ley Suprema, como la transgresión de un acervo de principios y derechos sustanciales como procesales, vuelve menester su reforma a los fines que satisfaga las necesidades de los justiciables y soslaye las vicisitudes tribunales.

Palabras Claves: Caducidad de Instancia - Notificación de Demanda- Inconstitucionalidad - Reforma.

“...es condición ineludible para la funcionalidad de cualquier derecho o facultad que su titular se encuentre en reales condiciones para ejercerlos: de lo contrario, no sería sino meras declaraciones líricas, vacías de toda sustancia o contenido”¹

Planteo de la Problemática

La paralización de pleitos judiciales tras la interposición de la demanda al omitir el accionante correr traslado a los fines que la contraria ejerza su derecho de defensa constituye un complejo y asiduo escollo en la administración de justicia, que nuestra ley local de rito no alcanza a dirimir.

* El presente constituye un artículo tendiente a dar a conocer a la comunidad académica los resultados investigación que realicé en el marco del Programa de Becas Pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC, período 2008-2009, dirigida por la Dra. Prof. Rosa A. Ávila Paz, a quien expreso mi agradecimiento.

** Estudiante de Abogacía de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales, UNC. Ex Becaria del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Correo electrónico: mtejerinafunes@gmail.com.

¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *“Doctrina Jurídica. Solución de Casos”*, T. 3., Ed. Alveroni, Córdoba, p. 327.

Esta situación se agrava cuando dicha inoperancia excede los plazos que vuelven procedentes la caducidad de la instancia, lo que constituye una flagrante violación a las garantías constitucionales y procesales desde que nuestros legisladores han cercenado toda posibilidad de articulación de dicho instituto al prever como única vía admisible a tales fines el pedido de parte y a modo de acción, conforme reza los arts. 339 y 345 C.P.C.C. de Cba.², enervando de toda efectividad su articulación de oficio o a modo de excepción. Así, ante el supuesto de demanda sin notificación nuestra ley ritual se convierte en una más que evidente laguna jurídica en materia de caducidad de instancia.

Planteada la controversia, cabe interrogarse, siendo axiomática la procedencia de la perención de instancia tras la concurrencia de sus requisitos legales, (existencia de instancia, inactividad procesal y transcurso del término legal) ¿es realmente posible hablar de justicia y equidad ante la inoponibilidad de un derecho por simples prescripciones de carácter reglamentario, como lo son la petición por parte y por vía de acción? De allí, argüimos que las prescripciones del C.P.C.C. en materia de caducidad de instancia se vuelven meras declaraciones líricas ya que ¿puede pedir algo quien desconoce por completo la existencia de un litigio incoado en su contra? Así, de la subsunción del ordenamiento jurídico de perención de instancia ante el supuesto de demanda sin sustanciación por el plazo exigido para la caducidad, se advierte como dicho instituto procesal se convierte en “letra muerta” dada su inoponibilidad.

Bajo dichas líneas de argumentación, las hipótesis que constituyen el eje de nuestra investigación se configuran en dos aseveraciones: *a) La inconstitucionalidad de la normativa del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, que regula el instituto de caducidad de instancia ante el especial supuesto de demanda no notificada cumplido el término exigido para dicho instituto procesal. b) La necesidad de una reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba que haga procedente la perención de instancia vía “excepción” adicionada al modo de operarse el instituto en vigor, exclusivamente frente al especial supuesto de notificación de la demanda habiéndose cumplido el plazo perención.*

Distintas Vías de Articulación de la Caducidad de Instancia a la Luz Normativa.

En lo atinente a los sistemas de declaración de la caducidad de instancia en los ordenamientos procesales argentinos, luego de su debido relevamiento, señalamos que nuestro régimen jurídico recepta diferentes

² Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.

sistemas, los cuales se sintetizan en la “Declaración de Oficio y a Instancia de Parte por Acción”, “Declaración de Oficio, a Instancia de Parte por Acción o Excepción”, “Declaración a Instancia de Parte por Acción”, y “Declaración De Pleno Derecho, de Oficio, a Instancia de Parte por Acción o Excepción”.

El grado de adhesión a los diversos sistemas de articulación del instituto procesal es variado en los diferentes códigos de procedimiento civiles y comerciales de nuestro país, toda vez que el setenta y un por ciento de ello se inclina por adoptar la “Declaración de Oficio y a Instancia de Parte por Acción”³; por su parte tanto la “Declaración de Oficio, a Instancia de Parte por Acción o Excepción”⁴ como la “Declaración a Instancia de Parte por Acción”⁵ han sido receptados por el doce 5/00 por ciento de los ordenamientos procesales de nuestro país; y el cuatro por ciento de los mismo se ampara por “Declaración de Pleno Derecho, de Oficio, a Instancia de Parte por Acción o Excepción”⁶ del instituto de caducidad de instancia.

Crterios Jurisprudenciales y Doctrinarios en la Materia

En cuento a los lineamientos doctrinales y jurisprudenciales se refiere concluimos en la nutrida convivencia de criterios antagónicos ante la posibilidad de acusar la caducidad de instancia a modo de defensa frente el supuesto que nos convoca.

En este sentido, quienes se enrolan en la teoría denegatoria de la posibilidad de articular el incidente por vía de excepción se amparan en esgrimir que: a) *la perención de instancia como es un obstáculo a la efectiva administración de justicia* (fundándose en el principio legal de “conservación del proceso” subsiste en caso de duda, la actuación de los derechos sustantivos, la verdadera justicia lograda con el avenimiento de la sentencia definitiva del Juez, la prevalencia de la “verdad jurídica objetiva” sobre la “verdad jurídica formal”, la prevalencia del valor justicia frente a la seguridad y certidumbre jurídica, entre otros.); b) *los jueces deben aplicar la ley y no legislar* (en función al principio “*dura lex sed lex*”, el carácter categórico y de alcance general de las disposiciones del C.P.C.C. en la materia, etc.); c) *la notificación de la demanda como el acto impulsorio de proceso* (desde que, es obsoleta la circunstancia que el demandado no consienta

³ Ellos son el C.P.C.C. de la Nación, C.P.C.C. Catamarca, C.P.C.C. Corrientes, C.P.C.C. Chaco, C.P.C.C. Chubut, C.P.C.C. de Buenos Aires, C.P.C.C. Entre Ríos, C.P.C.C. Formosa, C.P.C.C. La Pampa, C.P.C.C. La Rioja, C.P.C.C. Misiones, C.P.C.C. Neuquén, C.P.C.C. Río Negro, C.P.C.C. San Luis, C.P.C.C. Santa Cruz, C.P.C.C. Santiago del Estero, C.P.C.C.L.R.M Tierra Del Fuego, Antártida E Islas Del Atlántico Sur.

⁴ Se inscriben en él el C.P.C.C. Tucumán, C.P.C.C. Santa Fe, C.P.C.C. Salta.

⁵ Se enrolan en él el C.P.C.C. Córdoba, C.P.C.C. Mendoza, C.P.C.C. San Juan.

⁶ El C.P.C.C. Jujuy

la reanudación del proceso; la notificación de la demanda interrumpe la perención de la instancia; la ausencia de notificación no constituye abuso del derecho, ni contraria los principios de la buena fe, buenas costumbres, ni de la moral).

Adversativamente, quienes propugnan la procedencia de la excepción como modo de articular la caducidad frente a la mentada notificación arguyen que: a) *el derecho es uno solo* (expresando que, la especial situación merece una interpretación integradora, de lo contrario se genera una errónea adjudicación de sentido al plexo procesal vigente; que solución contraria vuelve a las disposiciones del art. 339 *in fine* una regla inservible, carente de toda factibilidad; que el art. 339 *in fine* no concibe como única solución la perención articulada por acción tras un conocimiento extrajudicial del proceso incoado; y el impulso del proceso constituye una carga que recae sobre el actor desde la demanda aun cuando esta no esté notificada); b) *la imposibilidad material de ejercer su derecho* (por cuanto, el accionado se encuentra imposibilitado de manifestar su voluntad de perimir la instancia tras el desconocimiento del juicio debido a la falta de notificación de la demanda, el desconocimiento de la demandada debido a la falta de notificación de la demanda constituye una situación especial que merece un tratamiento excepcional, que la notificación vencido el plazo de perención de instancia constituye la primera oportunidad para plantear la caducidad, que la posibilidad que el demandado tome conocimiento extrajudicialmente del proceso es un supuesto anormal y extraordinario, y que existe una concomitancia entre la notificación de la demanda y consecuente conocimiento de la misma); c) *la inconstitucionalidad de la falta de concesión de la perención por excepción* (toda vez que, la perención no es un instituto puramente formal, hace a las garantías constitucionales, la falta de notificación de la demanda cercena la garantía constitucional de debido proceso y de defensa en juicio, rechazar el incidente de perención de instancia implica dejar los plazos de prescripción exclusivamente en manos del accionante, denegarse la procedencia del instituto importa revalidar la desigualdad entre lo demandados según el estadio del proceso, la buena fe se vería afectada de rechazarse la perención luego de una notificación de la demanda más que tardía, etc.)

Conclusiones Arribadas

En la búsqueda de la enmienda de una problemática regulada por el derecho positivo, constituye una directriz cardinal la lealtad del intérprete con relación a la ley. Si bien no se halla alterada su letra y hacerle decir lo que uno mismo deseara que ella digiera, concebimos que la subsunción literal de las normas locales a la resolución del incidente de caducidad de

instancia deducido por excepción frente a la notificación tardía de la demanda conllevará, inexorablemente, a la ineficacia del instituto.

No obstante ello, a los fines de comprender el verdadero espíritu de la ley es menester concebir al Derecho como lo que es, uno solo. Es por dicha razón que las interpretaciones parciales de la norma aplicando instituto de manera aislada y sistemática, no conllevará sino a conclusiones erróneas cimentadas en falacias argumentativas.

Concluimos que la omisión legislativa reinante en nuestro actual Código de Procedimiento Civil y Comercial constituye una flagrante violación al cúmulo de derechos y garantías contenidas en nuestra Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de igual jerarquía, tales como el derecho de defensa, el principio de igualdad ante la ley, de debido proceso, tutela judicial efectiva, entre tantos otros.

Añadimos a ello que, de aplicarse la normativa vigente en materia de articulación de la perención de instancia a este caso concreto no se condice con el resto del ordenamiento jurídico sustantivo ni resuelve los conflictos que tienen asiento en la realidad, desde que frente a la notificación de la demanda habiendo trascurrido el plazo legal de caducidad de instancia las normas del instituto se vuelven ineficaces e inertes.

La cuestión es de notable habitualidad en la realidad tribunalicia y vincula el acervo de derechos y garantías constitucionales y sustanciales. Por ello, ante tal evidente inconstitucionalidad, ¿cuánto más durará la ante sala de una reforma de finiquito a la cuestión?

Es menester constituir en mora a nuestros legisladores. Es de rigurosa necesidad la inminente enmienda a los fines de apartar el sistema de perención que gobierna el instituto en la actualidad y adoptar la caducidad de instancia por vía de excepción, para el especial caso de lo que denominamos demandas sin sustanciación, a los efectos que nuestro ordenamiento procesal se condiga con las prescripciones de nuestra Ley Suprema y de nuestros Códigos de fondo, y erradicar, asimismo, toda situaciones injustas y absurdos precedentemente señaladas.

Así, la reforma procesal en la materia debe incorporar la perención a modo de excepción como una vía idónea para la articulación del incidente, pero exclusivamente para el especial caso de demanda sin notificación por un plazo superior al previsto para la perención.



DEFICIENTE DECLARACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO. ASPECTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

*Renato Antonio Valazza**

Introducción.

La moderna concepción del derecho de daños procura que no queden perjuicios sin ser distribuidos y soportados por quien tenga mayor capacidad para absorberlos. En tal sentido, el rol del derecho en la sociedad del riesgo habrá de descansar en la asignación de riesgos en aquellos agentes con mejor predisposición para su tolerancia.

Sin embargo, al seguro en su forma actual no le resulta suficiente la mera transferencia de las consecuencias económicas del riesgo; su explotación exige también que quien recibe ese riesgo actúe conforme requerimientos técnicos inexcusables dirigidos a su categorización y cuantificación, determinación de la probabilidad de ocurrencia y de la cuota de contribución para la formación de un fondo común.

Ahora bien, la compañía —ya sea por imposibilidad material, por lo difícil y costoso o por la demora que conlleva— no está en condiciones de conocer por sus propios medios todas las circunstancias necesarias para apreciar el estado de riesgo. En razón de ello, en virtud del principio de simetría en la información, el legislador impone cargas al asegurando relativas a la información que debe poner a disposición del asegurador a fin de que éste pueda evaluar objetivamente el riesgo que está asumiendo, decidir la aceptación o no del mismo y, en su caso, especificar bajo que condiciones lo hace.

Adviértase que la prestación del consentimiento por parte del asegurador lo es en base a la descripción del riesgo hecha por el asegurando. En razón de ello, si fue deficiente e impidió la correcta valoración del riesgo por parte del asegurador, aquel pierde el derecho a la cobertura. Ello, pues no existiría consentimiento del asegurador respecto de dicho grado de probabilidad de ocurrencia del siniestro, sea porque el riesgo es lo sufi-

* Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Año 2009. Mail: renato_valazza@hotmail.com.

cientemente intenso como para no ser asegurable, sea porque el grado de periodicidad de ocurrencia requiere el pago de una prima mayor.

Planteamiento del Problema

La ley de contrato de seguro N° 17418 permite a las aseguradoras alegar el incumplimiento del deber de informar acabadamente el estado del riesgo —reticencia— con un margen bastante amplio de discrecionalidad. En efecto, el texto del artículo quinto de la referida ley¹ es ambiguo y posee defectuosa redacción posibilitando al asegurador realizar una interpretación parcial que mejor concuerde con sus intereses². La deficiencia de la reglamentación se observa, principalmente, en tres aspectos:

- Adopción del *sistema de declaración espontánea* a fin de que el asegurando declare las circunstancias relativas a la determinación del riesgo. Ello le imposibilita conocer qué aspectos son relevantes a fin de determinar el estado del riesgo.
- La ambigüedad de la frase “(...) *Toda declaración falsa o reticencia, aun hechas de buena fe (...)*”, ha necesitado de un esfuerzo inconmensurable por parte de doctrina y jurisprudencia a fin de dilucidar cómo se puede realizar de buena fe una declaración “falsa”.
- La frase “(...) *si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo (...)*”, supone al asegurador en una situación absolutamente pasiva, haciendo recaer sobre las espaldas de la parte más débil la enunciación de todos los elementos trascendentes a fin de determinar la voluntad del asegurador. Ello contradice el principio de buena fe y ha sido vista con disfavor tanto por doctrina cuanto por jurisprudencia.

De lo dicho concluimos que la política legislativa consistente en establecer en el art. 5° un amplio margen de maniobra a los aseguradores a fin de alegar reticencia. Para, en artículos posteriores, delimitar las consecuencias de cada uno de los supuestos, ha provocado una gran cantidad de procesos judiciales iniciados en esta causal y diversas interpretaciones

¹ Art. 5° Ley 17.418. Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato.

² En la investigación se relevó toda la jurisprudencia y doctrina nacional referida a la declaración del estado del riesgo publicada en Revista Jurídica La Ley, Jurisprudencia Argentina y Actualidad Jurídica comprendiendo el período 1999 - 2009. A través de un análisis desmenuzado artículo 5° se evidenció la poca rigidez del articulado. Por razones de espacio nos remitimos al Informe Final de la Investigación.

y decisiones ante casos muy semejantes. Todo ello no favorece la seguridad jurídica ni la confianza que el asegurado deposita en la compañía aseguradora.

El arcaísmo de ley de seguros —concebida sobre la base de ideas directrices trazadas hace cincuenta años— ha sido planteado por todos los intentos de reforma. En razón de ello, el régimen legal de la reticencia, en particular, debe ser analizado para adecuarlo a parámetros modernos.

Planteo de la necesidad de reforma

A fin de menguar el amplio margen de discrecionalidad del asegurador, se planteó la viabilidad de aplicar la ley de defensa del consumidor a la relación asegurativa. Sin embargo, la rigidez del entramado de derechos y obligaciones del contrato de seguro imposibilita la aplicación a raja tabla de la ley 24.240³. Dicha ley no puede derogar la normativa asegurativa sino que deben integrarse; ello supone la aplicación de la ley 24.240 a la relación de seguro pero siempre teniendo en consideración los principios/pilares sobre los que se sustenta el sistema asegurativo.

Dentro de dicho contexto, el régimen de cláusulas abusivas debe ser aplicado con suma precaución. Cada cláusula en particular debe ser analizada con el objetivo de mantener los principios pilares sobre los que se asienta el sistema de seguro y, a su vez, proteger la parte más débil de la relación.

La aplicación de la ley de defensa del consumidor es insuficiente para paliar el amplio margen de acción que permite la ley N° 17418. Es así que la reforma del régimen legal de la reticencia se vuelve imperiosa.-

Propuesta de Reforma

Considerando las observaciones realizadas en el acápite y puesta de manifiesto la necesidad de reformar el régimen legal de la reticencia en la ley 17.418, se sugiere un nuevo texto legal⁴.

La reforma propuesta sugiere la implementación del sistema de cuestionario⁵, lo cual implica una determinación *ex ante* de los elementos determinantes de la voluntad del asegurador. Consecuentemente, se eli-

³ En la investigación se recopiló la doctrina y la jurisprudencia en el periodo 1999 - 2009 referida a la cuestión, dividiéndose metodológicamente el análisis en el período anterior y posterior a la sanción de la ley 26.361.

⁴ Por razones de espacio, nos remitimos al texto diagramado en el Informe Final. Sólo haremos mención a las reformas propuestas que consideramos más trascendentales.

⁵ En este punto se sigue el modelo español de declaración del estado del riesgo. Respecto de los fundamentos de la elección, nos remitimos a los señalado en el Informe Final de la Beca.

mina la prueba pericial como prueba tasada a tal fin⁶. La elaboración de dicho cuestionario, implica un deber de colaboración por parte del asegurador y del productor/asesor de seguros en la determinación del estado del riesgo congruente con los principios de la ley 24.240. Por otro lado, torna innecesaria la frase “*aun hechas de buena fe*”, que tantas dificultades interpretativas ha generado⁷.

Consecuencia de las modificaciones propuestas es que sólo el dolo o la culpa grave son los factores de atribución que dan por procedente la reticencia⁸, quedando sin sustento el art. 7º de la ley 17418.

El proyecto de ley propuesto tiene la virtud de determinar de manera precisa cuáles son las causales de procedencia de la alegación de la reticencia. Las cuales implican un obrar doloso por parte del asegurado, por lo que sus consecuencias son sumamente graves. Adviértase que dicho proceder afecta el deber de obrar de buena fe y la confianza mutua que deben tener asegurado y asegurador.

Sólo de esta manera se resguarda la confianza depositada por el asegurado en su compañía de seguros. El asegurado tiene la tranquilidad que las declaraciones realizadas son suficientes y han sido debidamente valoradas por el asegurador. Por otro lado, se permite a la compañía mantener el régimen de contratación por adhesión, que permite fluidez en los acuerdos celebrados.

La regulación propuesta se resume en el deber de obrar de buena fe, en virtud del cual cada parte del contrato debe actuar de manera solidaria y aportar sus conocimientos en busca de la mejor formación de la relación jurídica. Cada parte al momento de cumplir con su obligación se debe preguntar ¿Cómo me gustaría a mí, si fuese mi contraparte, que esta prestación se cumpliera?

Conclusión

El sistema de seguro sólo podrá desarrollar acabadamente su función (social) consistente en trasladar y neutralizar las perniciosas consecuencias económicas de los siniestros en la medida en que inspire confianza en la sociedad. El asegurado pretende estar tranquilo respecto la

⁶ La pericia como prueba tasada nos generó incertidumbre respecto de: ¿Cuál habrá de ser la especialidad de los peritos llamados a determinar si probada la reticencia, se hubiese impedido o modificado las condiciones contractuales? ¿A qué asegurador se refiere el artículo? y si ¿Es aplicable el régimen de la prueba pericial a la opción que concede el artículo 6º de la Ley 17.418?

⁷ La frase “*aun hechas de buena fe*” fue la que mayores dudas interpretativas generó, por lo que se estima insalvable su eliminación de la ley de contrato de seguros.

⁸ Procediendo sólo en caso de dolo o culpa grave, por un lado la viabilidad de alegar reticencia se estrecha; sin embargo, por otro, la reticencia posee efectos más drásticos como se verá.

cobertura ante determinado riesgo. La compañía de seguros no vende un producto o una cosa, vende confianza.

En tal contexto, la deficiente declaración del estado del riesgo conlleva que el contrato de seguro desde el inicio sea ineficaz, es decir que el asegurado que confió en su asegurador pierda el derecho a su cobertura. Es por ello que la regulación de la instituto en cuestión debe ser sumamente cuidadosa, pues lo contrario afectaría gravemente la confianza depositada por el asegurando en su compañía.

Esta investigación tuvo como finalidad proponer un régimen que, en la medida de lo posible, equilibre las cargas de información en la etapa precontractual. Se debe exigir que cada parte colabore aportando su conocimiento específico, de tal manera de lograr proteger acabadamente los intereses de las partes en su justa medida, sin menguar la protección de la contraria. El principio de buena fe en el contrato de seguro asume importancia vital y no sólo debe presidir la constitución de la relación jurídica sino también su ejecución y aún la interpretación de cualquiera de sus cláusulas. El contrato de seguro es un acuerdo “*uberrimae bona fide*”, jerarquía superior a la buena fe.



PROYECTO DE INVESTIGACIÓN: CAMBIOS Y CONTINUIDADES EN LA APLICACIÓN DE SANCIONES DISCIPLINARIAS LUEGO DE LA CREACIÓN DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN PENAL EN LA CIUDAD DE CÓRDOBA

Marcia Videla Ayala*

Introducción.

El fundamento de la pena es un tema que puede ser enfocado desde distintos paradigmas. Básicamente existen tres tipos de teorías, las teorías absolutas de la pena, las relativas y las mixtas.

Cada teoría de la pena, es en sí misma una concepción del Derecho Penal. El fin de la pena, varía de acuerdo a las distintas concepciones, siendo un fin en sí mismo para las teorías absolutas, la intimidación (negativa) o el afirmar los valores sociales (positiva) para las teorías relativas de la prevención general, y la resocialización (positiva) o la neutralización (negativa) para la prevención especial. Estas concepciones subyacen tanto en la fundamentación social y legal de las penas en general como en los sistemas disciplinarios aplicados a los condenados privados de libertad —tema que a continuación intentamos analizar—.

La Ley de Ejecución Penal 24660, en su artículo primero, establece que el objetivo de la ejecución de la pena privativa de la libertad es que “el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, *procurando su adecuada reinserción social* promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad (...)”. Esta ley se enrola dentro de la prevención especial positiva; sin embargo, aparentemente diversas prácticas en el funcionamiento de los sistemas carcelarios concluyen aislando a determinados individuos de la sociedad, para neutralizar el daño que los mismos podrían infringirle, con lo que se podría sospechar una fuerte incidencia de las teo-

* Becaria de Pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Proyecto: “*Cambios y continuidades en la aplicación de las sanciones disciplinarias luego de la creación de los Juzgados de Ejecución Penal en la ciudad de Córdoba*”). Estudiante del sexto año de la carrera de Abogacía. Correo electrónico: marciavidaya@yahoo.com.ar.

rías absolutas, retributivas de la pena, o teorías relativas que pregonan la prevención general negativa, en el funcionamiento cotidiano de los servicios penitenciarios.

Con base en lo anteriormente señalado, se pretende analizar la influencia que el tipo y la aplicación de sanciones disciplinarias operan sobre la calificación de la conducta del interno que se encuentra con posibilidades de acceder a la Libertad Condicional. También los sistemas de fundamentación de las normas disciplinarias y la percepción que la población carcelaria posee de las mismas¹.

Fundamentación.

La ley de Ejecución Penal vigente (Ley 24.660) tiene por fin la reinserción social ofreciendo al condenado un tratamiento individualizado que debe atender a sus necesidades y que lo debe formar para su egreso de la institución penitenciaria. En consecuencia, primero se realizará un estudio médico, psicológico y social del condenado, para llegar a un diagnóstico que determine: el tratamiento a seguir, el período y fase en que se lo incorporará. Por lo tanto, la función de la ley será realizar el diagnóstico del interno que establezca cuál es el tratamiento que le permitirá en su paso por la prisión, formarse para ser —a su salida— reintegrado socialmente.

En lo que respecta a la Libertad condicional el código penal en su artículo 13 establece que la misma se efectiviza por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable la reinserción social del condenado. Asimismo éste debe observar los siguientes requisitos:) Haber cumplido una parte de la condena a prisión o reclusión (lo que varía de acuerdo al tiempo de la pena); b) Observar con regularidad los reglamentos carcelarios.

El segundo punto es el que mayor interés nos despierta debido a que el cumplimiento de los reglamentos carcelarios tiene una estrecha relación con el régimen disciplinario y por lo tanto una entidad suficiente para influir en la concesión o no de la Libertad Condicional.

En consecuencia, hay distintas circunstancias que influyen en el paso de una fase a otra del tratamiento, y que están relacionadas con las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo de los condenados al interior de los sistemas carcelarios. El incumplimiento de estas

¹ Si a un interno se le impone una sanción disciplinaria por falta grave o reiterada esto repercute en la progresividad del régimen ya que se lo puede retrotraer a la fase anterior. A su vez, la conducta del interno que se rige por un sistema de puntos baja impidiéndole adquirir la Libertad condicional.

normas trae aparejado la aplicación de distintas sanciones que por su gravedad se clasifican en leves, medias y graves.

El concepto de disciplina en los sistemas carcelarios se relaciona al mantenimiento de la seguridad y el orden. A su vez, el personal de contacto está convencido de que esta debe ser su tarea a garantizar. Y para hacerlo en muchas circunstancias se excede de sus facultades disciplinarias, con la repercusión negativa que esto genera al momento que el órgano técnico determine la conducta del interno.

“El cuerpo se encuentra aquí en situación de instrumento o de intermediario; si se interviene sobre él encerrándolo o haciéndolo trabajar, es para privar al individuo de una libertad considerada a la vez como un derecho y un bien. El cuerpo, según esta penalidad, queda prendido en un sistema de coacción y de privación, de obligaciones y de prohibiciones. El sufrimiento físico, el dolor del cuerpo mismo, no son ya los elementos constitutivos de la pena. El castigo ha pasado de un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos”. (Foucault: 2002).

Para que la aplicación de las sanciones no resulte arbitraria la ley establece que ante la imposición de estas se le debe dar conocimiento al Juez de Ejecución.

Por lo previamente expresado, creemos que para hacer frente a esta situación los jueces de ejecución deben cumplir con el rol que les fuera determinado, encargándose de controlar a la autoridad administrativa, en el ejercicio de sus funciones.

Delimitación General al Proyecto.

En este proyecto analizamos la influencia de la aplicación de sanciones disciplinarias para la calificación de la conducta del preso que está en posibilidades de acceder a la Libertad Condicional tomando por base la normativa nacional y provincial, y el régimen disciplinario de la ejecución de la pena privativa de la libertad antes y después de la implementación de los Juzgados de Ejecución.

Objetivos.

Los objetivos del Proyecto son:

- Comparar los distintos paradigmas, sistemas, conceptos y objetivos de la normativa nacional y provincial que giran en torno a la ejecución de la pena privativa de la libertad y el régimen disciplinario de la ejecución de la pena privati-

va de la libertad antes y después de la implementación de los Juzgados de Ejecución en la Ciudad de Córdoba.

- Analizar la diferencia entre las prácticas y resultados que llevan a la obtención de la Libertad Condicional a condenados antes y después de la Ley 24.660 en la ciudad de Córdoba.
- Analizar las percepciones que los internos tienen de los cambios en las prácticas, respecto de la garantía de sus derechos, a partir de la creación de los juzgados de Ejecución Penal en la Ciudad de Córdoba.

Método.

En cuanto al método se trabaja con distintas fuentes documentales y entrevistas en profundidad. Para las fuentes Documentales se construye un corpus de análisis en el que se reúne: Constitución Nacional; Ley de Ejecución Penal 24.660; Régimen disciplinario (Decreto 18/1997); Ley Provincial 8.812; Reglamento Disciplinario de Córdoba incluido como anexo primero del decreto reglamentario de la ley provincial 8.812; Decreto Reglamentario de la Provincia de Córdoba.; Código Penal de la Nación; Ley 9239 de creación de los Juzgados de ejecución penal, jurisprudencia relacionada al tema y protocolos de resolución obrantes en los Juzgados de Ejecución de Córdoba Capital de los últimos cinco años, en los que constan las apelaciones a la aplicación de las sanciones. El Corpus es utilizado para análisis de contenido.

A fin de lograr describir y analizar la percepción de los internos sobre cambios en el sistema, se realizarán veinte (20) entrevistas en profundidad a Internos que se encuentren dentro del Penal de San Martín con posibilidad de acceder a la Libertad Condicional en función de la buena conducta.

La importancia del proyecto radica en la realización de un seguimiento de algunos aspectos de la reforma del sistema judicial en la Ciudad de Córdoba en lo atinente al control de la ejecución de la pena privativa de libertad, con especial atención en el control jurisdiccional que se realiza de la aplicación de sanciones disciplinarias es una tarea de importancia institucional dentro y fuera del país, ya que importa el acatamiento de tratados internacionales y prácticas sobre los derechos humanos de la población penitenciaria que se encuentra en condiciones de acceder a la Libertad condicional.



ABSTRACTS

SECCIÓN I DERECHO PÚBLICO

ALTAVILLA, CRISTIAN DANIEL

The sharing of retentions: opportunism and political patronage. An analysis from game theory.

The Argentinean institutional design has some features that let to the political actors to manage under some opportunism and political patronage parameters, resulting in an anomalous institutional situation where to break the rules seems to be the wealth-maximizing, resulting in this into institutional innovation absence, especially long-term policies that solve structural problems. In an actors' larger spectrum interests that are at stake in each conflict situation seems that personal interests take priority over the public interest.

Keywords: intergovernmental relations – neoinstitutionalism – rational choice – game theory – political system.

BARBARÁ, JORGE EDMUNDO

The ERSeP: Critical Evaluation.

The Regulatory Agency of Public Services (ERSeP) of the Province of Córdoba, gifted by law of extensive faculties of regulation, control and jurisdiction, on the totality of the public services, provided by public or private users, has been designed as a “super *omnibus* Entity”.

In order to achieve institutional quality, the ERSeP, in its legal design; its functional structure and in its practical functioning, deserves –in our opinion– a critical evaluation in its negative and positive aspects, under the light of the two basic characters of the regulatory and control agencies –independence and expertise–.

Keywords: independence – expertise – legal design – organic structure – critical.

ETCHICHURY, HORACIO JAVIER

Tuition-free undergraduate education at the National University of Córdoba.

This article analyzes the relationship between a specific 1990 regulation adopted by the National University of Córdoba and the Argentinean Constitution. After describing the core elements of the regulation, the article reviews the relevance of constitutional provisions establishing a “free and equitable” public education system, and adopting the progressiveness principle. In addition to that, the article describes the interaction between the University regulation and the federal Higher Education statute. As a result of the arguments discussed, the article concludes that the 1990 regulation is not consistent with the Constitution or the federal statute.

Keywords: Higher education – Tuition-free systems – Equity – Progressiveness.

JULIÁ, MARTA SUSANA

Approximation to the environment institutionalization.

In this work is reflects on the basis of a set of concepts and prospects for analysis of the environmental issue, from the social sciences in general and the right in particular, on some aspects of the institutionalization of the environmental issues in Argentina.

An approximation to the institutional development reached in the Nation and the provinces, the models used, the main trends for the conclusion on the main environmental commitments undertaken by the environmental institutions present.

Keywords: environmental law - environmental institutions - environmental management.

NALLINO, MARÍA ALEJANDRA

The reform of public administration through the creation of agencies. The international experience and the case of the province of cordoba – Argentine Republic.

The article deals with the creation of agencies as part of the process of state reform and its public administration, in the doctrinal and international institutional context. It also presents some characteristics of agency management in the Province of Córdoba, Argentina.

Keywords: New Public Management – Agencies – State Reform – Public Administration.

PALAZZO, JOSÉ LUIS Y PASTOR DE PEIROTTI, IRMA

Judicial instance habilitation jurisprudence evolution of the Supreme Court.

Enabling instance is a prerogative of the administration procedure, in which the judge, after analyzing the admissibility of the action, such as timeliness, standing, exhaustion of the means, gives a measure admitting or rejecting the claim, without transferring it to the defendant.

That power comes from article 31 of the National Administrative Procedure Law No. 19.549 which provides that “judges may not comply with the demands referred to in arts. 23, 24 and 30 *ex officio* without checking out prior compliance with the precautions laid down in these articles and the deadlines in the art. 25 and in the present”.

Analyzing the evolution of the jurisprudence of the Supreme Court of Justice, prior to the enactment of Law 25.344, which amended Title IV (the arts. 30, 31 and 32 of the Law of National Administrative Procedure), and subsequent failures to the enactment of this legislation, we can say that the issue of empowerment of the request is still unclear, although the latter two cases decided by the highest court can more clearly discern whether the requirement of exhaustion of administrative review, is required or not, and in what situations could sue directly to the State, outside the exceptions provided for in art. 32.

Keywords: authorization - instance - standing - exhaustion - claim inadmissible - control - craft - ritualism.

PARMIGIANI DE BARBARÁ, MYRIAM CONSUELO

Intergovernmental cooperation one reading from the local neoinstitutionalism.

Under the premise of the need to surpass the fragmentation that shows the institutional panorama of the local governments in Argentina, the article analyzes the conditions that hinder or facilitate the institutionalization of cooperative relations among them. Based in categories of analysis provided by the neo-institutionalism, the article differentiates and develops three types of conditions: the context of crisis, the political-institutional context, and the context of the local communities. The application to the Argentine reality permits an advance in the description and explanation of its current situation.

Keywords: intergovernmental cooperation - neo-institutionalism - institutional change.

ROSSETTI, ANDRÉS

The value of decisions of universal and regional organisms of human rights in Argentin-ean law.

This article analyzes the value of the different decisions taken by the human rights organisms of the treaties on human rights that check the respect of them in Argentina. These decisions have increased the number of sources of law and the aim of the article is to reflect on this situation and about the place they have in the legal system.

Keywords: Human rights – Treaties – Human rights organs – Jurisprudence.

VOCOS, MARÍA TERESA

The “imputability diminished” background doctrinal and legislative.

In this paper, we will endeavour to unravel the legal term “Diminished accountability”, that scope but is not currently statutory national criminal law, the objective is to establish their application, especially to the cases it is not inimputables by “failure of the mental faculties or morbid alteration of the same” universe, however be personalities that does not pass the normal legal ground or clinic.

Key words: mental disorder - insufficient capacity - mental health - unhealthy – Psychiatry.

YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO

An approach of the politic reform in Córdoba.

This paper describes tasks carried out by the Committee of experts established by the decision of the Branch Executive of the province of Córdoba, through Decree No. 2192/07 dated December 10, 2007, to address issues related to the Político-Electoral reform in the province of Córdoba.

Keywords: Advisory Committee - Experts -Province of Cordoba –Policy Reform-Electoral.

SECCIÓN II DERECHO PRIVADO

ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA

“Scientific evidence and the revision of filiatory “res judicata”.

It analyzes the relation between the scientific evidence and the “res judicata”. In first place, analyze the main theoretical aspects of the scientific evidence, especially at civil procedures and, particularly at filiation procedures. In second place, focus at scientific proof and scientific progress in relation with the revision of the “res judicata”, especially at filiation procedures. We propose the legislative regulation of scientific evidence at civil procedures, as well as the ap-pellation mechanism. Besides, we consider that the discussion of the revision of “res judicata” must be analyzed from the respect of dignity of human rights and due process of law.

Keywords: Scientific evidence -Biological evidence –DNA -Revision of “res judicata”.

BIANCIOTTI, RICARDO S.

Information and social communication technologies (ICTS).

It reviews the legal developments related to new Technologies of information and communi-cation (ICTS), Electronic Data Interchange (EDI), Digital Signature, Electronic Funds Transfer ‘s (EFT) performing moment and Electronic Commerce (E- COMMERCE), defining a concept for each of the projects.

Keywords: Commercial Law -Information and Communication Technologies (TICS)-Elec-tronic Data Interchange (EDI) - Digital signature -Electronics Funds Transfers ‘s (EFT) per-forming moment -Electronic commerce (E- COMMERCE).

BASANTA, ALICIA DOLORES

Legal representation of children according to the constitutional principle of evolving capacity of children.

In our current legislation, both, the rigid concepts established in our Civil Code whereby those who lack the capacity to exercise their rights are entitled to exercise them only through their personal representatives, and the evolving capacity principle established by the UN Convention on the Rights of the Child (UNCRC) coexist. Thus, a change of paradigm becomes necessary. Efforts have been made lately to modify this legislation, such as those introduced by acts 26.413 and 26.579 which are in accordance with the evolving capacity principle. However those rigid categories still exist in the Civil Code.

Keywords: capacity - evolving - representative - children - treaty.

BERTOSSI, ROBERTO FERMIN

A contribution to legislation on cooperatives.

From the prehistoric period of cooperative movement, and even before that Free Cooperation was technically defined as an economic and social activity formula - with their own values, tradition rules and peculiar principles (many of them absent or Betrayed in the text of Fact decree which ignores the legal nature of Cooperatives as new and different enterprises; "co-operative realities" of already existed as elementary human associations which acted in one or many liked economic activities, in participation and /or cooperation. But today, after 37 years of this ruling norm, regulation of cooperatives has become anomic, anarchic according to an official and "provisional" type model of Cooperative Bylaws dated in 1974. In our Bicentennial Celebration, women, men, young people and cooperatives in their relationships, they continue producing acts of solidarity and generating cooperative facts which then the law has to specifically contemplate, update their norms mainly taking into account that year 2012 has been declared International Year of Cooperatives (IYC) by the 64th UN General Assembly through A/64/432 Resolution on "Cooperatives and Social Development" based on the relevant role played by this cooperative entrepreneurial model in socio economic development all over the world. Those concepts were confirmed by Pope Benedicts XVI in Chapter III of his Encyclical Letter "*Caritas in Verities*".

Keywords: Cooperative Law - Evolution - Modernization - Democratization - Administrative Simplification.

JUÁREZ FERRER, MARTÍN

The functions of modern tort law.

In this paper it is analyzed the functions of modern tort law, which it has evolved from a strongly conception, centered in the idea of fault, to a theory that puts the accent in the damage caused and suffered by the victim, and, instead of all, in the absence (or the presence) of a duty to endure that. In that way, it is examined the link between the constitutional duty of enforce the justice and, in particular, with the idea of render every man his due. All of what meet in the idea of comprehensive restitution.

Keywords: justice - distribution - evolution - tort law - comprehensive restitution.

LLOVERAS, NORA

Cohabitant unions in Argentina: patrimonial effects. Bases for future legislation.

Briefly describes the sociological reality of cohabitant couples, the issues covered tangentially in the Argentine legislation and court decisions concerning alternatives for the distribution of assets remaining to the union break. It concludes with the foundations about the convenience of regulating live-in relationships and the guidelines to be considered for future regulation.

Keywords: de facto marital unions - effects set - property regime - future projection.

PEREYRA, LUIS CRUZ

The Lisbon Treaty and judicial cooperation in civil matters toward to the abolition of exequatur in the European Union. the principle of mutual recognition of judicial decisions.

The Lisbon Treaty in its Chapter 3 introduces a new regulation on judicial cooperation in civil matters in the European Union. An analysis of the regulation shows that the Treaty search to take a further step in the consolidation of this area, without substantially reforms its content. In this paper we study the gradual policy adopted by European Union in the field of judicial cooperation in civil matters, in particular, implemented to ensure full implementation of the *principle of mutual recognition* in civil and commercial judicial decisions.

Keywords: Lisbon Treaty - European Union - judicial cooperation in civil matters - Private International Law - mutual cooperation in civil cases.

RICHARD, EFRAÍN HUGO

¿Could clearance society be worse than bankruptcy settlement only for justify homologation?

It is held that the judge can approve of a predatory agreement if they presume that the liquidation would yield a lower result. This presumption cannot be held in the case of liquidation of corporations.

Keywords: reorganization - insolvency agreement - removes bankruptcy - company liquidation - grounds for dissolution.

SAAD DE BIANCIOTTI, CARLA

Telework, the inserción in argentina labor legislation.

Telework, as recent mode of supply of services through the use of ICT (Information and Communication Technologies), produce certain impacts on the world of work and therefore, in the legal system governing it. The different ways that workers have effectuate their service must be accompanied by a legal regulation that considers their particularity, then the insertion described in the individual right of work in Argentina.

Keywords: Telework - Principles of Legal Regulation of Telework.

SOMMER, CHRISTIAN G.

Recognition and enforcement to icsid award direct enforcement or exequatur?

The awards pronounce by the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), as a result of the multiple demands of Foreign Investors against Argentina, are generating continuous disputes over the scope of interpretation of awards and how they should be enforce in the country. Argentina has expressed his objections in the interpretations, often contradictory of the arbitrators, on responsibility of States in actions against the country. But current controversies are mostly restricted to the proceedings - or not - that should carry out the investors who have obtained a favourable award and the enforcement to credits in domestic forum.

Keywords: Bilateral Investment Treaties - International Arbitration - ICSID - Recognition and Enforcement to Award.

URIONDO DE MARTINOLLI, AMALIA

Judiciary cooperation in Lisbon Treaty recognition and implementation of resolutions in family matters in the European Union.

Process to community norms adoption on Civil procedural laws related to mutual recognition and resolution executions in family matters in the European judiciary space goes by through different phases from The Treaty establishing the European Economic Community to the Treaty of Lisbon.

Based on the mutual confidence principle, selected by laws set down that decision made by authorities in member countries on transnational processes related to marital crises, parental responsibility and obligations of food derived from the family relationships, family and marriage or affinity; are automatically recognized and executed in the other Member States without the need to resort to procedure of any kind (abolition of *exequatur*).

Keywords: Cooperation Recognition And Enforcement Of Judgments - Parental Responsibility- Mutual Recognition.

SECCIÓN III DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y RELACIONES INTERNACIONALES E INTEGRACIÓN REGIONAL

BORGARELLO, ESTHER SUSANA - JUÁREZ CENTENO, CARLOS A.

The impact of the inter-american human rights system on argentine internal law: the kimel case.

The new international scene has brought about what has been characterized as the globalization of law, especially in the field of the human rights. The impact of the Inter-American System of Protection of Human Rights on Argentine internal law is analyzed in this context as it relates to the right to information.

This scene creates some tension between the state's logic, with its affirmation of sovereignty and monopoly in the creation of domestic jurisdiction, and the doctrine of human rights under international law, which is consequently conducive to a legal globalization of these issues. Starting from this piece of information, this paper specifically inquires into the effects brought about by the actions of the Inter-American Commission on Human Rights and the pronouncements of the Inter-American Court on Argentine jurisprudence and legislation.

Keywords: Human Rights - Inter-American human rights system - Freedom of Speech - Internal Law - International Scene - Crimes against honor.

DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA

The sentence of the icj in the case of the pulp mills on the river uruguay: Far from the conception of shared natural resource (Sentence of 20/04/2010).

When deciding the International Court of Justice that the obligations of informing, notifying and negotiating the uses of the river Uruguay are procedural obligations according to the Statute of 1975 the Uruguay river, has rejected the nature of shared natural resource of that river.

Keywords: Sentence - International Court of Justice - Use of the shared river.

MONTENEGRO, MARÍA CRISTINA

The EU: perspectives of territorial management.

The EU has a territorial structure characterized by inequalities and regional imbalances in socioeconomic, quality of life and competitiveness terms. In order to overcome them, the EU has been promoting structural reforms of the EU territory That is, a planning centered on the concept territorial cohesion and aims to build bridges between economic efficiency, social cohesion and ecological equilibrium, allowing the formulation of strategies for sustainable development. This, in a polycentric development model oriented territorial development at local, regional and national a balanced overall integration process. This also involves community actions aimed at reducing the excessive concentration of population and economic resources in the core of the EU from the consolidation of a relatively decentralized territorial structure that ensures the competitiveness of their regions. On this basis the emphasis on trans-European networks involved in ensuring the efficient connection between the local, regional, and global so that the disadvantaged regions and cities to overcome geographic bar-

riers and isolation by improving services and transport infrastructure is hindering balanced and sustained development.

Keywords: Regions - territorial order - territorial cohesion - polycentric development model - infrastructure of transport.

REY CARO, ERNESTO J.

To four hundred years of the work “Mare Liberum” of Huge Grotius.

Huge Grotius was one of the leading seventeenth-century internationalist. His work exerted a strong influence in several areas, particularly in the international law and diplomacy of the time. The book “De Jure Belli ac Pacis”, which appeared in 1625, is for much of the doctrine the first systematic exposition of the law of nations. However earlier work, his “Mare liberum” published anonymously in 1609, would give a significant reputation and transform the Dutch iusinternacionalist in the most important advocate of the principle of freedom of the seas, leading to a heated doctrinal controversy. Grotius’s thesis gained prominence definitely from the following century and was included in one of the most important international instruments adopted in recent times, the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982.

Keywords: Law of the Sea –The principle of freedom of the seas – Work of Huge Grotius.

SALAS, GRACIELA - STICCA, MARÍA ALEJANDRA

An advisory opinion: effectiveness of law of MERCOSUR.

The Olivo’s Protocol for the Settlement of Disputes in Mercosur opened the door to a mechanism that does not reach the prejudicial question but based on the same end. It’s the so called “advisory opinion”. Is the “advisory opinion”. In this paper we analyze the institution of the advisory opinion in Mercosur and the competence of the Permanent Review Tribunal of Mercosur to issue such founded pronouncements.

Keywords: Advisory opinion – Mercosur - Permanent Review Tribunal - Settlement of Disputes.

SHAW, ENRIQUE

Us and the others: educating ourselves

The current work analyzes the elements in the construction of the national identity according to Estanislao S. Zeballos and the Journal *Revista de Derecho, Historia y Letras*. (“*Journal of Law, History and Literature, 1898-1914*”) Among them, the education, the symbols and the language.

Keywords: International Relations - Zeballos - National Identity.

ZAMZEM, VERÓNICA

The Lisbon Treaty and Common Transport Policy: An analysis

Since the beginning of the process of European integration, transport demand, whether for passengers or goods, has steadily increased, being that an expansion of the domestic market makes it necessary to move more people and goods within the integrated area from and to third countries.

The need for a common transport policy as an integral part of the concept of economic and social cohesion as well as land use, is explicit in the Treaty of Rome of 1957 which, referring to the end of the then European Economic Community, established in art. 3 that the action of the Community shall include “... a common policy in the field of transport.” Currently, the EU regards as priority objectives of sustainable transport, security and integration of the transport system from an intermodal perspective.

Keywords: Transportation - Common Policy - European Union - Treaty Of Lisbon – Intermodality.

SECCIÓN IV HISTORIA, FILOSOFÍA, SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA

ALVAREZ, RAÚL ALEJANDRO

Some relevant aspects of the concept of power within the conflict theory elaborated by remo entelman.

The single dimension paradigm precludes the elaboration of a concept of power in compassing all social conflicts because the former is manifested like a systematic opposition between people, only able to be approached in consideration of the existential complexity of interpersonal relationships, through a multidisciplinary methodology.

Keywords: paradigm - power - conflict - complexity - multidisciplinary.

ASPELL, MARCELA

Opposition and reading in cordoba of Tucuman

The research analyzes textbooks used in the Universitas Cordubensis Tucumanae for teaching the law in the eighteenth century and the current doctrinarias who felt.

Keywords: Universidad de Córdoba del Tucumán - Education law - Study texts.

AVENDAÑO, MARÍA DEL CARMEN

Models and metaphors: the question of reference

The purpose of this work is to examine the idea of metatheory of Science as an interpretive system that would account for the plurality of logical reconstructions of the "same" theory. Each reconstruction highlights different structural components of the same object theoretical science whose elements are a theory and concept in the fregean sense. To Moulines knowledge of philosophy of science on their subject knowledge is closely related to aesthetic awareness. Goodman is the notion of 'representation' which will allow you to give plausibility to his characterization of metatheoretical models as interpretive systems, thus highlighting its role in invention.

Keywords: Hermeneutics - Denotation - Reference - Models.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS

The social construction of time schedules at the legal profession: how the lawyers see the changes.

The social organization of the legal profession is changing in Argentina, as the emergence of large legal enterprises sets up new forms of professional practice. New styles of legal work are associated to new time schedules, while customary limits to work time are abandoned. The article describes these changes employing data from National Household Surveys (1995-2003). Material from interviews conducted in Buenos Aires and Cordoba is also used to present how the lawyers experience these changes.

Key words: Legal Profession - Temporal Organization - Legal work.

BONAVITTA, PAOLA

Poor women: the double marginalization

In this paper we theorize about the oppression faced by women in poverty is a double oppression: they are marginalized by their gender but also because they are poor and this is reflected in the increasing feminization of poverty in Latin America. However, poor women recreate different strategies that allow them to confront their marginality, including collective action fighting for land and housing. In this way, generate networks that enable them to improve their quality of life in the area of the neighborhood community.

Keywords: Women - poverty - marginalization - collective action.

BONETTO, MARÍA SUSANA

Democracy in Latin America. Reflections on the continuity of liberal thought and alternatives

This essay suggests an analysis of democratic governments in Latin America, especially in Argentina, because of the existing limits in liberal democracy to solve regional problems. Another alternatives are proposed.

Keywords: democracy - liberal - Latin America.

GASTIAZORO, MARÍA EUGENIA

Segregation processes in the Judicial System. The cases of Buenos Aires, Córdoba, Chaco and Santa Cruz, and the Whole Federal Judicial System of Argentina. Comparative Analysis

Argentina has twenty-five judiciary systems if we take into account the Federal one, the Ciudad Autónoma de Buenos Aires and the twenty-three judicial systems located in each province. With the purpose of analyzing the dynamic of gender relation in the justice administration, some data is going to be presented which describe women participation in these organizations of Argentina, in different courts, instances and territorial jurisdiction. The following territorial jurisdictions have been included: the judicial system of Buenos Aires, Córdoba, Chaco and Santa Cruz, and the whole Federal judicial system of Argentina.

Keywords: Judicial system - women - horizontal and vertical segregation.

LAJE, MARÍA INÉS

The intervention for teenagers to air in court: study of case

“Nowadays, the issue of infancy had gone through some paradigmatic changes. At least in the social and political actors discourses (intellectuals, judicial operators, legislators, non-governmental organizations, etc.) the call and recognition for a new paradigm, named integral protection, has began. The founding dimensions are usually reflected at the discursive level, in the different programs that are executed by state organisms, non-governmental organizations, social movements and civic organizations. In this paper, we analyze the implementation of the “building citizenship” program, by Enraiser foundation, which is integrated by an interdisciplinary team (lawyers, teachers, social workers, psychologists and community leaders) interested in working kids and teens “in risk situations”. Our analysis goes beyond the functioning and implementation of the program. It aims to understand, by discourse analysis, the presence of the “irregular paradigm”, one conception that cannot be displaced from the practices of the different practices of the different social actors intervening in this topic.”

Keywords: Infancy - integral protection - intervention.

LISTA, CARLOS A.

What judgment used the judges to quantify the punishment? The crime of homicide and qualified theft.

Our aim is to analyze the configuration of the punishment and the behaviour of the judges at the moment of apply that punishment. The juzges are people who live in a determinated society and sometimes make their job conditioned by many factors. We study certain group of sentence and we show the results here.

Keywords: Configuration of the punishment - Penal law - author - act - article 40 and 41 of the argentinian Penal Code - judges.

SÁNCHEZ, MARIANA N.

Feminist critic to the legal speech (o how to understand the law as a gender equality in the space of domain)

For centuries, the relationship between the concepts of gender issues and the law was overlooked, despite the juridical has been one of the basic references for the modern gender sys-

tem configuration. Contact with the formal justice has been, over time, uneven and varied in relation to gender. However, more recently, the theoretical agreement on the position that, whatever natural or common they may appear sexual differences, the differences between men and women are not only the biological factors but-rather-are socially constructed has encouraged efforts to revise the ways in which the law can generate, produce or construct differences and social hierarchies. Or better yet, understand the law as an institution able to mitigate the severe impact of inequality and discrimination on women's lives.

Keywords: Legal feminism - equality - women - gender - law.

SCHAPIRA, LEOPOLDO

Young people and employers, an obstacle puzzle for labor inclusion

Quantitative Research on 18 to 25 years old young people difficulties to get employment from the point of view of human resources consultant firms (the qualitative face was communicated in last year "Anuario" edition), allows to compare its results with those of a similar research from young people's perspective.

Agreements and disagreements has been detected which built an obstacles puzzle to overcome this social problem mainly caused by attitudinal factors.

Quantification confirmed the nature and size of qualitative constructs

This problem which has generated an international concern, is not yet locally taken into account. Any planned action should start by diffusion and understanding and by generating the platform for building a new labor paradigm working on the more changeable attitudes on both sides which could permit the co habitation of young culture together with the entrepreneurial demands.

Keywords: The work culture - job opportunities - young - discrimination.

TORRES, FÉLIX

The University of Córdoba under the administration of governor Juan Bautista Bustos.

The current work refers to the historical period in which the University of Cordoba gets run by the local government, led by the Colonel Juan Bautista Bustos, from 1820 by the end of his term in 1829. This text analyses the remarkable material and financial support that was given to the university by the province; it includes the university reform between 1823-1824, what meant for Bustos to be named by the University Council as a Institute of Higher Studies 'Protector'.

Keywords: History - argentinian law - law school - university - Córdoba- education.

URQUIZA, MARÍA ISABEL

The first centenary, the positivism and supreme court

In 1910, Argentina lived with joy and patriotism the First Centenary of the May Revolution. In that context, and in a period covering the first decades of the 20th Century, Supreme Court received in their decisions, legal positivism as dominant ideology. This article shows that receipt through key sentences; recreating also on portrayals on judges and other evidence, states of consciousness and its transformations that were zapping the Argentine legal culture features up to our days.

Keywords: First Centenary - Supreme Court - sentences - positivism - Bermejo.

INDICE GENERAL

Reglamento del Anuario - Normas Editoriales	V
Palabras Preliminares	IX
Crónica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Año 2009-2010.....	XI

SECCIÓN I DERECHO PÚBLICO

LA COPARTICIPACIÓN DE LAS RETENCIONES: OPORTUNISMO Y CLIENTELISMO POLÍTICO UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DE JUEGOS <i>Cristian Altavilla</i>	3
EL ERSEP: EVALUACIÓN CRÍTICA <i>Jorge Edmundo Barbará</i>	25
LA GRATUIDAD DE LOS ESTUDIOS DE GRADO EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA <i>Horacio Javier Etchichury</i>	45
APROXIMACIÓN A LA INSTITUCIONALIZACIÓN AMBIENTAL <i>Marta Susana Juliá</i>	57
LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE AGENCIAS. LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL Y EL CASO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA <i>María Alejandra Nallino</i>	71
HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA JUDICIAL EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA C.S.J.N. <i>José L. Palazzo e Irma Pastor de Peirotti</i>	89
UNA LECTURA DE LA COOPERACIÓN INTERGUBERNAMENTAL LOCAL DESDE EL NEOINSTITUCIONALISMO <i>Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará</i>	99

SOBRE EL VALOR DE LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS UNIVER- SARIALES Y REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERE- CHO ARGENTINO	
<i>Andrés Rossetti</i>	123
ACERCA DE LA “IMPUTABILIDAD DISMINUIDA” ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y DOCTRINARIOS	
<i>María Teresa Vocos</i>	137
ABORDAJE DE LA REFORMA POLITICA EN CÓRDOBA	
<i>Ramón Pedro Yanzi Ferreira</i>	159
 SECCIÓN II DERECHO PRIVADO 	
LAS PRUEBAS CIENTÍFICAS Y LA REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA FILIATORIA	
<i>Rosa Angélica Ávila Paz de Robledo</i>	175
LA REPRESENTACIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD FRENTE AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CAPACIDAD PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	
<i>Directora Alicia Dolores Basanta, Co-Directiva Adriana Ester Raffaeli ..</i>	195
Integrantes del equipo: <i>María Rosa Molina de Caminal, Juan Antonio Fuentes, Rosa E. Chalup y Eliana Carina Ujaldón</i>	195
APORTES PARA UNA NUEVA LEGISLACIÓN COOPERATIVA	
<i>Roberto Fermín Bertossi</i>	217
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN SOCIAL (TICS)	
<i>Ricardo S. Bianciotti, Cecilia Ferrero, María Soledad García, Dolores Verduzco, Laura Y. Andrés y Zulema D. González</i>	231
LAS FUNCIONES DEL MODERNO DERECHO DE DAÑOS	
<i>Martín Juárez Ferrer</i>	251
LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN ARGENTINA: EFECTOS PA- TRIMONIALES	
BASES PARA UNA FUTURA LEGISLACIÓN	
<i>Nora Lloveras, Olga Orlandi, Fabián Faraoni, Marcelo J. Salomón, Su- sana Verplaetse, Valeria Durán y Sebastián Monjo</i>	263

EL TRATADO DE LISBOA Y LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL	
EL CAMINO HACIA LA SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR EN LA UNIÓN EUROPEA. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES	
<i>Luis Cruz Pereyra</i>	285
¿PODRÍA LA LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD SER PEOR QUE UN ACUERDO CONCURSAL PREDATORIO PARA JUSTIFICAR SU HOMOLOGACIÓN?	
<i>Efraín Hugo Richard</i>	307
TELETRABAJO, SU INSERCIÓN EN LA LEGISLACIÓN LABORAL ARGENTINA	
<i>Carla Saad de Bianciotti</i>	327
EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN EN LOS LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI	
¿EJECUCIÓN DIRECTA O APLICACIÓN DEL EXEQUATUR?	
<i>Christian G. Sommer</i>	345
LA COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL EN EL TRATADO DE LISBOA RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA	
<i>Amalia Uriondo de Martinoli</i>	365

SECCIÓN III
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO,
RELACIONES INTERNACIONALES
E INTEGRACIÓN REGIONAL

LA INCIDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO ARGENTINO: EL CASO KIMEL	
<i>Esther Susana Borgarello y Carlos A. Juárez Centeno</i>	385
EL FALLO DE LA CIJ SOBRE LAS PASTERAS DEL RÍO URUGUAY: LEJOS DE LA CONCEPCIÓN DE RECURSO NATURAL COMPARTIDO (SENTENCIA DE 20/04/2010)	
<i>Zlata Drnas de Clément</i>	405
LA UNIÓN EUROPEA: DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL	
<i>María Cristina Montenegro</i>	427

A CUATROCIENTOS AÑOS DE LA OBRA "MARE LIBERUM" DE HUGO GROCIO <i>Ernesto J. Rey Caro</i>	445
LA OPINIÓN CONSULTIVA: EFECTIVIDAD DEL DERECHO DEL MERCOSUR <i>Graciela R. Salas y María A. Sticca</i>	453
NOSOTROS Y LOS OTROS: EDUCÁNDONOS <i>Enrique Shaw</i>	469
EL TRATADO DE LISBOA Y LA POLÍTICA COMÚN DE TRANSPORTES: UN ANÁLISIS <i>Verónica Zamzem</i>	493

SECCIÓN IV HISTORIA, FILOSOFÍA, SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA

ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DEL CONCEPTO DE PODER DENTRO DE LA TEORÍA DEL CONFLICTO ELABORADA POR REMO ENTELMAN <i>Raúl Alejandro Alvarez</i>	505
OPOSICIONES Y LECTURAS EN CÓRDOBA DEL TUCUMÁN <i>Marcela Aspell</i>	517
MODELOS Y METÁFORAS: LA CUESTIÓN DE LA REFERENCIA <i>María del Carmen Avendaño</i>	541
CAMBIOS EN LA ORGANIZACIÓN TEMPORAL DEL TRABAJO JURÍDICO: LA MIRADA DE LOS ABOGADOS <i>María Inés Bergoglio</i>	553
MUJERES POBRES: LA DOBLE MARGINALIDAD <i>Paola Bonavitta</i>	569
LA DEMOCRACIA EN LATINOAMÉRICA. REFLEXIONES SOBRE LA CONTINUIDAD DEL PENSAMIENTO LIBERAL Y SUS ALTERNATIVAS <i>María Susana Bonetto</i>	575
PROCESOS DE SEGREGACIÓN. LOS CASOS DE LOS PODERES JUDICIALES PROVINCIALES DE BUENOS AIRES, CÓRDOBA, CHACO Y SANTA CRUZ Y EL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN. ANÁLISIS COMPARATIVO <i>María Eugenia Gastiazoro</i>	593

LA INTERVENCIÓN PARA ADOLESCENTES JUDICIALIZADOS: ESTUDIO DE CASO <i>María Inés Laje, Tania Vaca Narvaja y Adriana Gamez Schroeder</i>	613
¿QUÉ CRITERIOS UTILIZAN LOS JUECES AL CUANTIFICAR LA PENA? LOS DELITOS DE HOMICIDIO SIMPLE Y ROBO CALIFICADO <i>Carlos A. Lista, Fernando M. Bertone, Ana Laura Mera Salguero, Noelia Azcona y Romina Soria García</i>	627
LA CRÍTICA FEMINISTA AL DISCURSO JURÍDICO (O DE CÓMO ENTENDER AL DERECHO COMO UN ÁMBITO DE LUCHA POR LA IGUALDAD DE GÉNERO) <i>Mariana N. Sánchez</i>	649
JÓVENES Y EMPLEADORES, EL ROMPECABEZAS DE OBSTÁCULOS A LA INCLUSIÓN LABORAL <i>Leopoldo Schapira y Josefina Schapira</i>	669
LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA DURANTE EL GOBIERNO DE JUAN BAUTISTA BUSTOS <i>Félix A. Torres</i>	679
EL PRIMER CENTENARIO, EL POSITIVISMO Y LA CORTE SUPREMA <i>María Isabel Urquiza</i>	697
SECCIÓN V BECARIOS	
LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN IBEROAMÉRICA <i>Matías Ezequiel Chaui</i>	715
PLURICULTURALIDAD Y GARANTÍAS JUDICIALES: ALCANCES DE SU APLICACIÓN AL CASO DE LAS <i>COMUNIDADES ORIGINARIAS</i> EN LA JURISPRUDENCIA DE LA C.I.D.H, Y DE LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA DESDE LA VIGENCIA DEL CONVENIO 169 O.I.T. <i>Natalia P. Copello Barone</i>	721
LA CAPACIDAD PROGRESIVA: EL EJERCICIO DE DERECHOS Y DE DEBERES <i>María Laura Favot</i>	727
SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL MERCOSUR <i>Diego Robledo</i>	733

DEMANDA SIN SUSTANCIACIÓN: INCONSTITUCIONALIDAD DEL INSTITUTO DE CADUCIDAD DE INSTANCIA Y CONSECUENTE PROYECTO DE REFORMA DE LA <i>LEGE FERENDA</i> (C.P.C.C. DE CBA.) <i>María Montserrat Tejerina Funes</i>	741
DEFICIENTE DECLARACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO. ASPECTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES <i>Renato Antonio Valazza</i>	747
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN: CAMBIOS Y CONTINUIDADES EN LA APLICACIÓN DE SANCIONES DISCIPLINARIAS LUEGO DE LA CREACIÓN DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN PENAL EN LA CIUDAD DE CÓRDOBA <i>Marcia Videla Ayala</i>	753

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE DICIEMBRE DE 2010
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

