
**REVISTA
DE LA
FACULTAD
DE CIENCIAS
JURIDICAS
Y SOCIALES**

**Universidad
Nacional
de La Plata**

ANALES

DIRECTOR

JUAN CARLOS CORBETTA

**AÑO 9
/ N° 42
NUEVA
SERIE
2012**

ISSN 0075-7411

CONSEJO HONORARIO EDITORIAL

Profesores Extraordinarios Eméritos:

Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA; Dr. Carlos Emérito GONZALEZ; Dr. Jorge Horacio ALTERINI; Dr. Guillermo Julio OUVIÑA; Dr. Juan Carlos REZZONICO; Dr. Roberto H. LAVIGNE; Dr. Roberto Omar BERIZONCE; Dr. Juan Carlos HITTERS.

Profesores Extraordinarios Consultos:

Dr. Miguel Norberto FALBO; Dr. Rafael Víctor NOVELLO; Dr. Mario Ignacio CHICHIZOLA; Dr. Adriano Germán PIETRA; Dr. Juan Valentín MOSCA; Dr. Carlos Enrique BISSO.

Profesores Extraordinarios Honorarios:

Dr. Ernesto Víctor GHIONE; Dr. Agustín A. GORDILLO; Dr. Jorge Reinaldo VANOSI.

CONSEJO CONSULTIVO EXTRAORDINARIO

ALBERTI, Giorgio (Univ. Bologna)

AUGE, Marc (E.H.E.S. París)

BARBOZA MOREIRA, José Carlos (Univ. de Río de Janeiro)

BIRNBAUM, Pierre (Univ. Sorbonne)

CAMPI, Alessandro (Univ. de Perugia)

CAPPELLETTI, Mauro (en homenaje)

DE TEZANOS, José F. (U.N.E.D. y Fundación Sistema)

DE VERGOTTI NI, Giuseppe (Univ. de Bologna)

DEL AGUILA, Rafael (Univ. Autónoma de Madrid)

FERNANDEZ SEGADO, Francisco (Univ. Complutense)

FIX ZAMUDIO, Héctor (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM)

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo (de la Real Academia Española)

GARCIA PELAYO, Manuel (en homenaje)

GIDDENS, Anthony (London School of Economics)

HELD, David (London School of Economics)

HERRERA FLORES, Joaquín (Univ. Pablo de Olavide de Sevilla)

JIMENEZ DE PARGA, Luis (Univ. Complutense)

JIMENEZ DE PARGA, Manuel (Emérito Univ. Complutense)

LA PERGOLA, Antonio (Consiglio de la Mag. Italiana. Consejo de Europa)

LINZ, Juan (Emérito Univ. de Yale)

LUHMANN, Niklas (Univ. de Nielfeld)

MOLINA, Jerónimo (Univ. de Murcia)

MONTERO, Ramón (Univ. Autónoma de Madrid)

NEGRO PAVON, Dalmacio (de la Real Academia de Cs. Morales y Políticas de España)

PAREJO ALFONSO, Luciano (Univ. Carlos III)

PELLEGRINI GRINOVER, Ada (Univ. São Paulo, Brasil)

RODRIGUEZ PRIETO, Rafael (Univ. Pablo de Olavide de Sevilla; Univ. de Harvard)

ROSANVALLON, Pierre (E.H.E.S. París)

RUBIO LLORENTE, Francisco (Univ. Complutense)

SCOCA, Franco Gaetano (Università degli Studi di Roma "La Sapienza")

SANTAMARIA, Julián (Univ. Complutense)

TARZIA, Giuseppe (en homenaje)

TOMAS Y VALIENTE, Francisco (en homenaje)

TAVOLARI OLIVERO S, Raúl (Univ. de Chile)

VAZQUEZ SOTELO, José Luis (Univ. de Barcelona)

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Abog. Hernán R. GOMEZ
Decano

Abog. Vicente S. ATELA
Vicedecano

HONORABLE CONSEJO DIRECTIVO

CONSEJEROS DIRECTIVOS

CLAUSTRO DE PROFESORES

Titulares

GATTI, Angel Eduardo
ATELA, Vicente Santos
KRIKORIAN, Marcelo
MARTIN, Juan Carlos
CARRIQUE, Martín
DELUCIS, Sergio
ZENDRI, Liliana

CLAUSTRO DE JEFE DE TRABAJOS PRACTICOS

Titular

MONTERO LABAT, Edwin

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Titulares

BOUCHOUX, Manuel
AYLLON, Federico

CLAUSTRO DE NO DOCENTES

Titular

SAUER, Cecilia

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Titulares

NIELSEN, Luis María
CAMPIDOGLIO, Gerardo
MURUA, Mariela
BALSAMELLO, Matías
TIDONI, Celina

CONSEJO DE REDACCION

Secretaria: Abog. Rita Gajate
Asesora: Dra. Marisa Miranda

MIEMBROS TITULARES

Dr. R. Sebastián Piana
Abog. Eleonora Elliff
Lic. Elisa Dugini
Prof. Alicia Cap
Lic. Marina Borrell
Abog. Juan García Zeballos

PRESENTACION

En este Nro. 42 (2012) nuestra Facultad conmemora y rinde homenaje a la Ley Sáenz Peña con un profundo y enriquecedor trabajo del Profesor Extraordinario Honorario Dr. Jorge R. Vanossi. De igual modo, nuestro homenaje al General Manuel Belgrano, héroe de la Revolución de Mayo y de la Independencia de Argentina, presentado por el Profesor Titular Dr. Hernán Luna.

Continuando con los requisitos que exige el sistema de referato, además de complimentar los requerimientos formales, hemos designado jurados extrafacultad y también invitamos a profesores de otras facultades argentinas y del exterior, que como ya lo adelantáramos en el número anterior, son necesarios para incluir nuestro Anuario en el catálogo Latindex que es un “sistema de información sobre revistas de investigación científica y cultural editadas por los países que integran América Latina, el Caribe, España y Portugal”) (*)

Reiteramos nuestra más ferviente invitación, para presentar colaboraciones, a todos los Sres. Profesores y Docentes que integran las diversas especialidades y cátedras de esta casa de Estudios.

Vaya un cordial agradecimiento a todos los que han colaborado en este número y a todos aquellos que con esfuerzo y dedicación la han hecho posible.

Muchas gracias.

JUAN CARLOS CORBETTA
Director

(*) V. Anales de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales .UNLP. Nro 41 La Plata, 2011: Presentación.

SUMARIO

Ley Sáenz Peña

La ley Sáenz Peña: un momento culminante de la Revolución de Mayo de 1810 Por JORGE REINALDO VANOSI.....	1
---	---

Derecho Administrativo

El principio del buen funcionamiento: desde el metajurídico a la lógica del resultado en el sentido jurídico Por MARIO R. SPASIANO	21
¿Puede plantearse seriamente un interrogante sobre el acto administrativo? Por INÉS A. D'ARGENIO	39

Derecho Agrario

Objeto y extensión del derecho agrario Por LEONARDO F. PASTORINO	50
---	----

Derecho Civil

Efectos de la ley 26.618 en el derecho de familia. La desprotección legal de los niños y niñas en la determinación de la paternidad matrimonial Por NÉLIDA BEROCH.....	60
---	----

Derecho civil y xenotrasplante Por LUIS ALBERTO VALENTE	73
--	----

Contornos del régimen de regularización dominial de la ley 24.374 y sus modificatorias Por DIEGO DE ROSA Y DIEGO GUSTAVO EDWIN ABADIE	86
--	----

Derecho Constitucional

Los estrechos vínculos entre el derecho a la alimentación y el derecho al agua Por MARÍA DE LAS NIEVES CENICACELAYA	96
--	----

Las garantías constitucionales y la regla de exclusión probatoria en el proceso penal Por VALERIA L. ANSELMINO	106
---	-----

Derecho de la Integración

Derecho constitucional en la Unión Europea: el “constitucionalismo multinivel” como alternativa al problema de la jerarquía normativa Por CALOGERO PIZZOLO	120
---	-----

Derecho de Minería y Energía

Análisis del sistema argentino de interconexión Por CARLOS ABERTO VILULLA.....	131
---	-----

Derecho Informático y Nuevas Tecnologías

De libros, librerías y bibliotecas digitales en la Academia Por NOEMÍ L. OLIVERA.....	142
--	-----

Derecho Internacional

Construcciones en un espacio fluvial compartido: islas artificiales en el lecho del Río de La Plata Por HORACIO DANIEL PIOMBO	158
--	-----

La empresa y el arbitraje “on line” en el comercio internacional Por LILIANA ÉTEL RAPALLINI	172
--	-----

El problema del fraude y evasión internacional, su relación con la delincuencia organizada y su solución a través de los mecanismos de cooperación en materia fiscal Por BRUNO M. TONDINI	182
--	-----

¿Existe un sistema judicial internacional? sobre la coexistencia de Cortes y Tribunales Por MARTÍN CABRERA MIRASSOU	196
--	-----

Derecho Penal

Ética, política y escritura de sentencias judiciales Por ERNESTO DOMENECH	207
--	-----

Aportes para una dogmática de la determinación de la pena Por JOSÉ LUIS ENNIS.....	215
---	-----

Derecho Político

Una aproximación al pensamiento de Rosa Luxemburgo Por PABLO E. SLAVIN	229
---	-----

La crisis de la Unión Europea o de la persistencia del mito del Estado - Nación Por MARTÍN LEONARDO CABRERA.....	241
---	-----

Derecho Procesal

Nuevos principios procesales y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (influencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos) Por ROBERTO O. BERIZONCE.....	257
--	-----

¿Temor objetivo de falta de objetividad? Por NATALIA ARGENTI.....	290
--	-----

Derecho Público Provincial y Municipal

Una reflexión sobre el patrimonio cultural tangible. A propósito de la acción de inconstitucionalidad contra la ordenanza 10703 de la Municipalidad de La Plata Por RICARDO PABLO RECA	307
---	-----

Conflicto de poderes municipal en la Provincia de Buenos Aires Por CLAUDIA MC CORMACK.....	315
<i>Derecho Romano</i>	
Análisis de la evolución de la reparación del daño moral en la injuria romana Por ROMINA DEL VALLE ARAMBURU	327
Cautio damni infecti y la prevención del daño: de sus orígenes romanos a la reforma del Código Civil argentino. Proyección en el derecho ambiental Por PAOLA ELISA ZINI HARAMBOURE	336
La fuente de Derecho Romano ante el hecho social Por GASTÓN LEONARDO MEDINA	353
<i>Derecho Social</i>	
El derecho al trabajo como límite constitucional al despido injusto Por JUAN IGNACIO ORSINI.....	364
<i>Derechos Humanos</i>	
Taller experimental sobre violencia familiar y género Por ROMINA DEL VALLE ARAMBURU Y VERÓNICA AMALIA CEJAS	381
La defensa de la democracia y de los derechos humanos en el ámbito del Mercosur Por JUAN H. GARCÍA ZEBALLOS Y LAURA POZZIO	394
<i>Historia Constitucional</i>	
Manuel Belgrano, Ideólogo de mayo Por HERNÁN LUNA	406
San Martín y las guerras civiles del Río de La Plata Por RICARDO R. PELÁEZ.....	421
Urquiza y el camino hacia la organización constitucional Por JUAN P. GARDINETTI	440
<i>Integración Latinoamericana</i>	
Los congresos argentinos de la cooperación y el debate sobre la integración regional Por CARMEN ROSA SCHAPOSNIK Y EUGENIA CANDELARIA PARDO	453
Orígenes de la integración regional sudamericana: el gobierno de Juan Manuel de Rosas y la ley de aduanas de 1835 Por LAUTARO M. RAMÍREZ	469
<i>Introducción al Derecho</i>	
¿Cómo representan los representantes? La legislación como respuesta. Su simplificación. Por LILIANA ZENDRI	480

Interpretación y corrección en el ámbito del derecho Por RUBÉN MARCELO GARATE	492
<i>Ensayos</i>	
Un relato sobre el patrimonio cultural intangible. La Historia de lo que jamás debería haber sucedido Por RICARDO PABLO RECA	505
<i>Plan de estudios. Un aporte</i>	
La reforma del plan de estudios: un desafío para no perder el tren de la historia Por HOMERO M. BIBILONI.....	529

La ley Sáenz Peña: un momento culminante de la Revolución de Mayo de 1810

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

I. Cuando se pasa revista, a vuelo de pájaro, a la historia argentina, se observa algo que llama poderosamente la atención: es la profunda fragmentación que se ha dado entre las distintas secuencias históricas de la conformación del Estado nacional, hasta su organización definitiva, en que adquirió los rasgos y los caracteres que hoy en día ofrece. Todo aquello que en muchos Estados acontece casi simultáneamente o en un lapso razonable de tiempo, aunque prolongado pero sin grandes fracturas, entre nosotros se ha dado muy dolorosamente. En términos orteguianos, hemos tenido demasiadas “subitaneidades del tránsito”.

Veamos simplemente las fechas: la Revolución es de mayo de 1810, pero es al cabo de seis años que se consuma la Independencia; la definición política en torno a la forma de gobierno, que se confirma en el momento en el cual quedan definitivamente abandonadas las ideas monárquicas, se concreta sólo en 1820. La definición final sobre la forma de Estado es otra de las “decisiones políticas fundamentales” que fueron menester para conformar tal Estado, llega recién con el Pacto Federal del 4 de enero de 1831 y la ulterior adhesión de las demás provincias argentinas. La organización nacional necesitó todavía veinte años más: sólo en 1852-53 culminará esa obra gigantesca, previa etapa de honda meditación y selección del pensamiento, a cargo de la brillante generación del 37. Pero la organización nacional llega sin la unión nacional, que no se concretará sino a *posteriori* de la Batalla de Cepeda, la Convención Constituyente de 1860 *ad hoc*, y de la Batalla de Pavón, exhibiendo el resultado de los tres poderes en funcionamiento y de las 14 provincias reunidas bajo la misma autoridad. Pero quedará aun en suspenso un problema particularmente difícil: el de la Capital Federal. Aquello que lleva a *Alberdi* a decir que recién en 1880 se puede hablar de una consolidación de las instituciones nacionales concebidas por la Constitución de 1853. Es decir, veinte años después de la unidad nacional y a casi treinta años de la Constitución.

Ese año de llegada de 1880, comparado con el comienzo, señala un período de setenta largos años de vicisitudes institucionales, que fueron jalonando un muy complicado y muy complejo proceso, pero que tampoco podemos decir, en realidad, que culmina allí, porque a partir de 1880 nuevos problemas se plantean, como que estaban todavía pendientes algunas cuestiones, entre ellas la nada sencilla de resolver, que era la de la soberanía popular; y esto quería decir la posibilidad de que el sufragio como herramienta de elección y decisión pasara a ser realmente el verdadero motor para la constitución de los poderes nacionales. Esa lucha, que en 1890 ya comienza a tener exteriorizaciones y exhibir el surgimiento de los nuevos partidos políticos nacionales (los partidos políticos orgánicos) sólo tendrá una satisfacción en la década de 1910, con la famosa reforma electoral del Presidente *Roque Sáenz Peña*, que bien se ha denominado “la quimera de un romántico” o “la revolución por las urnas” (*Cárcano*), al abrir la posibilidad de hacer pacíficamente un cambio trascendental, que no era solamente político, sino político y social dentro de la comunidad argentina. En las filas conservadoras es justo reconocer que fue una de sus figuras más destacadas, el ex Presidente *Carlos Pellegrini*; acaso el primero en denunciar la perversión del viejo régimen, mentalizando a su correligionario *Roque Sáenz Peña* con una misiva en la que le expresaba que “la generación que logre sacar al país de su sopor, encaminándolo a las urnas, habrá prestado servicio tan trascendente [a la Nación] como el de su independencia” (1).

Hasta allí tuvimos lo que podemos calificar como *el reinado inicial o aristocrático de la Constitu-*

(*) Profesor Extraordinario Honorario de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP. Presidente de la Academia Nacional de Cs. Morales y Políticas de la República Argentina.

(1) Véase *Roque Sáenz Peña* (1935).

ción, basado en un régimen que hasta la adopción del sufragio universal tuvo la necesaria intermediación de lo que se ha dado en llamar “los notables”, es decir, el sistema preexistente al sufragio universal, igualitario y obligatorio. Hasta ese momento rigió lo que el propio *Roque Sáenz Peña* calificó como la “democracia conservadora”. Y comienza a partir de allí el período de lo que podemos llamar el *reinado democrático de la Constitución*, en que además de existir, al igual que en el período anterior, la totalidad de los poderes coexistentes y en funcionamiento, se suma esa energía o esa savia del sufragio universal. Pero en 1930 comienza el cuestionamiento (poco tiempo antes, Leopoldo Lugones había anunciado “la hora de la espada”; en las vísperas los perdidosos habían hablado de “la encrucijada alevosa del cuarto oscuro”) y algún tiempo después comenzaría por primera vez en la historia constitucional argentina el cuestionamiento no ya del partido en el poder, no ya de un gobierno en sí mismo, sino el cuestionamiento al sistema constitucional y a la propia democracia constitucional, tal como fluye evidentemente del pensamiento de Carlos Ibarguren y de algunos otros asesores que rodeaban al Presidente *Uriburu* en aquellos años, según se desprende de los propios discursos del General que no alcanzó a consumir los trasfondos ideológicos provenientes del régimen español encabezado por el General Miguel Primo de Rivera entre 1923 y 1930.

Aquella Constitución sufrió muchas deformaciones patológicas. Diríamos (forzando la biología) que la sufrió mucho antes de su gestación y hasta mucho después de su consagración. Antes de 1853 habíamos padecido la anarquía de 1820, habíamos conocido la larga tiranía. Antes de 1860 (y ya con la Constitución) tuvimos la mácula de la desunión. Antes de 1910 conocimos “el Unicato”, conocimos el régimen aristocratizante de los “notables” y hasta conocimos el “brindis de los incondicionales”. Más adelante, sería largo el repertorio enunciativo (y no taxativo) de nuestras deformaciones patológicas, empezando por las intervenciones federales abusivas. Vayan nada más que como botones, el “fraude patriótico”, por descreimiento en el pueblo, a partir de 1932. La reforma o cambio constitucional de 1949, con un régimen de “cesarismo”; el constante jaqueamiento de los contrapoderes contra los poderes del Estado, en las décadas sucesivas. La historia es conocida; es dolorosa y resulta triste comprobar los avances y retrocesos que explican nuestra inmovilidad. Lo que se erige en pedestal de la superación, al término de cada crisis, es *la vuelta a la Constitución Histórica* y el reiterado ciclo de salir del “desquicio” para volver a “quicio” bajo los grandes lineamientos de aquel documento (genéricos y generosos) que posibilitó el camino de los cambios que engrandecieron a la Nación —unificada y organizada—, entre los cuales se destaca la reforma electoral que abrió las puertas de los comicios.

Bien ha expresado el decano de los académicos constitucionalistas argentinos, *Segundo V. Linares Quintana*, que las bases jurídicas del sufragio son fundamentales para la correcta calificación de los regímenes políticos, afirmando al respecto, que:

“Si faltase alguna de ellas, verdaderamente el régimen representativo fundado en el principio de la soberanía del pueblo resultaría falseado y desnaturalizado, y caería por sus cimientos todo el edificio del Estado constitucional. Es por ello que tales condiciones o bases del sufragio desaparecen inmediatamente que se instaura en el poder un régimen autoritario, por resultar incompatibles con el mantenimiento en el Estado del gobierno de los hombres como opuesto al gobierno de las leyes. A este respecto, es muy interesante y rico en sugerencias un estudio acerca del paralelismo entre los gobiernos despóticos y los sistemas electorales que utilizan” (*Linares Quintana*, 1953-1963, t. 7:48).

II. ¿Cómo se llegó a tan profunda reforma electoral?

Roque Sáenz Peña era conciente de la falencia institucional que la República ofrecía en lo que al goce y ejercicio de los derechos políticos se refiere. No era un improvisado, ya que su nutrida trayectoria pública lo había llevado a conocer de cerca todos “los bemoles” de nuestra vida política, plena de contradicciones y de frustraciones, no obstante lo cual el progreso y crecimiento nacional lucían ante el mundo como el logro más fecundo al tiempo de la celebración del Centenario de la Revolución de Mayo.

Ya a comienzos del siglo, en un discurso pronunciado en el Teatro Victoria el 31 de octubre de 1903, había exclamado con tono de denuncia y con sentido de reproche, estas durísimas palabras:

“Señores, un pueblo que no delibera, que no piensa, que no puede votar ni darse gobiernos propios, no es un pueblo en el concepto jurídico ni en su significado sociológico; esto no es una república, ni una democracia; será una parodia o ficción, será una tribu vestida a la europea; será una oligarquía, pero no es una entidad política, ni un cuerpo orgánico, ni un pueblo libre que tenga los atributos de la nacionalidad”.

A la fecha arriba indicada, la implosión del PAN y la división de las fuerzas conservadoras que gobernaban en la Nación y en las provincias, habían debilitado la resistencia a todo cambio. Era menester abrir el paso a una seria alternativa consistente en la fijación de las “reglas del juego”, ya que sin transparencia en las elecciones y sin libertad y garantías en el ejercicio del sufragio, se alimentarían los presumibles conatos revolucionarios, como así aconteció dos años después. Si bien el alzamiento de 1905 —dirigido por Hipólito Yrigoyen— fue sofocado, las mentes más lúcidas que abrevaban en el legado que había formulado *Carlos Pellegrini* en los años más cercanos, a favor del gran cambio, percibieron la necesidad de buscar a través del diálogo y del intercambio argumental una solución legal que brindara la legitimidad que solamente podía sostenerse sobre la base de la soberanía del pueblo, a tenor del Art. 33 de la Constitución Nacional. Al cumplirse la primera década del siglo, las brevas ya estaban maduras para ese logro. Y el abanderado fue Roque Sáenz Peña que, con antelación a su presidencia, también había padecido y censurado la patología del fraude.

Hubo un pacto o acuerdo entre *Roque Sáenz Peña* e *Hipólito Yrigoyen*, con antecedente en conversaciones entre el Presidente *José Figueroa Alcorta* y el dirigente radical. Las constancias obrantes revelan que un hombre de la confianza de Sáenz Peña e Yrigoyen, el Dr. *Manuel Paz*, resumió en un texto revisado luego por aquellos dos interlocutores, el entendimiento al que finalmente arribaron en aquella reunión del 21 de septiembre de 1910 en la casa de Paz; y que consistía en dos decisiones: en la primera, el ofrecimiento del nuevo Presidente para la incorporación de figuras del radicalismo en el gobierno que se abocaría a una reforma electoral completa y profunda, a lo que *Yrigoyen* declinó alegando que “el partido radical no puede entrar a participar del gobierno sino por medio de posiciones electivas”; y segundo, que el compromiso de sanear el sufragio y la vida política de la representación popular contaría con el apoyo del radicalismo al abrirse así la representación de las minorías (2).

Yrigoyen elevó un informe a su partido, relatando lo tratado con Sáenz Peña; y del mismo se desprende de lo arriba señalado, a saber: a) rehusar la participación en el gabinete de ministros; b) aceptar la intervención que se le ofrecía en cuanto a la reforma electoral; c) recordar lo conversado con *Figueroa Alcorta* en 1907 y 1908; d) que el voto fuera secreto, en el marco de un sufragio universal y obligatorio; e) que Sáenz Peña disienta en cuanto a la implantación de la representación por el “sistema proporcional”, en razón de que el Congreso no lo aprobaría y que “creía que el pensamiento constitutivo de la Nación fue siempre el de que hubiera dos grandes fuerzas nacionales y nada más” (sic); y f) algo muy importante a los efectos de brindar las mayores garantías de transparencia en los procesos electorales, según Yrigoyen: “*En cuanto a la intervención de los jueces en la legislación electoral, me observó que no impresionaba bien esa injerencia, pero haciéndole presente que se apercibiera de la trascendencia del pensamiento que teníamos por delante, que constituía el problema primordial acaso de la honra de los pueblos, y mucho más el de los regidos por instituciones como las nuestras, sin cuya base no habrá más honestidades ni legalidad porque esa es la médula de toda índole sana y pura de la vida común, como estimulante para todas las rectas y benéficas acciones; y que no habiendo en la vida pública de esa hora ninguna otra entidad oficial que ofreciera las garantías conducentes al respecto, era presumible pensar al menos que los jueces por su alejamiento de las palpitaciones diarias en la política, eran los únicos que podrían ofrecerlas*” (3).

Por último, cabe citar la resolución del Comité Nacional de la UCR sobre el informe presentado por *Yrigoyen* y lo acordado con el Presidente *Sáenz Peña*. Tiene fecha 8 de octubre de 1910 y lleva la firma

(2) Según constancias obrantes en el Archivo de Ramón J. Cárcano, carpeta “Acuerdo Yrigoyen-Sáenz Peña”; véase la publicación “Las Constituciones de la Argentina” (1973:441 y ss.). con notas de Arturo E. Sampay.

(3) Cfr. “Documentos de Hipólito Yrigoyen” (1949:338 y ss.).

de *José Camilo Crotto* en su carácter de presidente partidario y de los secretarios del cuerpo *Delfor del Valle* y *Ricardo Caballero*; que dice así:

“Primero: Que la Unión Cívica Radical declina, nuevamente, la invitación para participar de las funciones del gobierno, desde que con ello no se resuelve el problema del restablecimiento de las instituciones y de las libertades comunes, ni siquiera sería un medio, por sí solo, para alcanzar tan sagrados y vitales propósitos. Segundo: Que está dispuesta siempre a caracterizar con su intervención, y a sancionar con su voto en definitiva, la reorganización de los elementos constitutivos del derecho electoral, en cuanto ella sea, plena y realmente, hecha en su concepto legal y en su aplicación verdaderamente garantizada”.

La categorización de la materia electoral como sustancia comprendida en los contenidos jurídicos, recibe en este documento partidario el reconocimiento de la existencia y del valor de una rama del derecho constitucional que allí comienza a denominarse como “derecho electoral”: un gran avance para la época.

III. El “paquete” de reformas electorales presentado al poco tiempo de asumir la Presidencia se componía de tres Proyectos.

Las leyes de Don *Roque* procuraron una triple transformación: 1) enrolamiento militar obligatorio; 2) empadronamiento general obligatorio; 3) nuevo sistema electoral.

Medió un año entre la presentación del 1º y del 3º proyecto al Congreso. Al aprobarse, fueron las siguientes normas:

— Primera: Ley 8.129; de enrolamiento general, con entrega al ciudadano de la “libreta de enrolamiento” como documento.

— Segunda: Ley 8.130; de empadronamiento con doble control civil y militar.

— Tercera: Ley 8.871; del régimen electoral de lista incompleta (o tercio “restante”) para asegurar la representación de la minoría por cada distrito (las catorce provincias y la Capital Federal); promulgada el 13 de febrero de 1912, integrada por ciento siete artículos; y cuyo principal Decreto reglamentario fue dictado el 21 de marzo de ese año, con veinte normas de articulado; incluyéndose el modelo de las “boletas” de votación.

Un gran avance para esa época fue la asignación de responsabilidades a los Jueces Federales en lo concerniente a los comicios (cabe observar que las leyes *Sáenz Peña* sólo mencionaban a los “partidos políticos” —títulos V y VII de la N° 8871—); y pasaría medio siglo (sic) hasta la normativa que dispuso la creación de la “Cámara Nacional Electoral” con una competencia más amplia en lo electoral y en lo partidario. Aún hoy falta la instalación de Juzgados Federales Electorales propiamente dichos, si se tiene en cuenta que esa competencia está en la jurisdicción de una Secretaría de los distintos Juzgados Federales del país.

Sáenz Peña se apresuró a cumplir lo que había prometido (4). Dos días después que el radicalismo emitiera ese documento, el 12 de octubre, en su mensaje a la Asamblea Legislativa, al asumir la presidencia, decía: “Aspiro... a que las minorías estén representadas y ampliamente garantizadas en la integridad de sus derechos...”.

En el mes de diciembre de ese mismo año 1910, *Sáenz Peña* puso en marcha las dos primeras partes de la trilogía legislativa que llevaría a la reforma electoral: envió al Congreso el proyecto de ley de enrolamiento general y el proyecto de ley de padrón electoral.

Ambos fueron sancionados por el Congreso en el mes de julio del año siguiente. La ley 8.129 ordenó el enrolamiento general de los ciudadanos. Comprendía a los argentinos nativos y a los naturalizados, al cumplir 18 años de edad, y era de carácter obligatorio. Establecía la libreta de enrolamiento como

(4) Ya se vieron ut supra algunos pormenores de esas conversaciones, con los detalles respectivos.

documento exigible por toda autoridad, las sanciones a los infractores, y la obligatoriedad de actualizar permanentemente el domicilio.

La segunda de esas leyes, proyectadas por *Sáenz Peña* y aprobadas por el Congreso fue la 8.130, complemento de la anterior, y se refería a la formación del padrón electoral, cuya organización ponía en manos de los jueces federales.

Una pauta que permite vislumbrar la trascendencia que se daba allí al padrón electoral y el control que el pueblo ejercería sobre el mismo es que los hechos y omisiones que penaba la ley daban lugar a la acción popular.

Estas dos primeras leyes, proyectadas en 1910, fueron sancionadas y promulgadas en julio de 1911. Inmediatamente después, en agosto de 1911, *Sáenz Peña* remitió al Congreso el proyecto de ley que ha inmortalizado su nombre, y que lleva el número 8.871.

Como es sabido, esta ley consagró definitivamente en nuestro país el sufragio universal, secreto y obligatorio; los derechos y deberes del elector, el funcionamiento de las masas receptoras de votos, el sistema electoral, las sanciones a los infractores, etcétera. Todo cambiaba, hasta la terminología revelaba que los actos eleccionarios se llevarían a cabo con otra atmósfera: por ejemplo, el voto secreto se emitiría en recintos cerrados; ensobrado, en mesas instaladas en edificios públicos y ya no en los "atrios" de las iglesias y al aire libre; y solo sobreviviría el nombre de "parroquias" referenciando a los circuitos electorales comprendidos en el área de la Capital Federal....

Durante los debates en estas Cámaras, el proyecto fue defendido por el propio ministro del Interior, quien logró superar las distintas trabas y objeciones que se le opusieron, y en febrero de 1912 fue sancionada y promulgada. En marzo se la publicó; y, de inmediato, el Poder Ejecutivo la reglamentó y la puso en vigencia en las siguientes elecciones. Al asumir la Presidencia de la Honorable Cámara de Diputados en la sesión del 3 de junio de 1912, con la aplicación del nuevo régimen, expresó el Gral. *Rosendo Fraga* con visible emoción: "Voy, pues, a presidir con absoluto espíritu de imparcialidad, satisfacción y sereno, las graves deliberaciones de la Cámara legislativa popular por excelencia y en la cual están digna y brillantemente representados todos los organismos (cuerpos) políticos del país" (5).

Así se cumplió una etapa decisiva en la evolución política argentina y se dio el paso definitivo para consagrar la soberanía popular (6).

En cuanto a la representación, estaban a la vista las virtudes de la Ley:

1) La representación de la minoría, con un tercio: se trataba de "un sistema poco estudiado", al decir de *Joaquín V. González*, que irónicamente lo denominaba "sistema del voto incompleto" o también mal llamada de "voto restringido", que era parcialmente conocido en España y en algunas Legislaturas de los Estados Unidos (sesión del 1º de febrero de 1912 en Diputados).

2) La posibilidad de que el votante formulara "tachas" o "preferencias", por lo que el escrutinio se efectuaba con el recuento de los nombres de los candidatos votados para ser elegidos Diputados. Dicho con otros términos, el votante podía "armar su propia lista", o cambiar el orden de los candidatos, siempre que la letra fuera legible....

3) Existía una mitad de argentinos no incluida, pero explicable por la época: el voto femenino, que recién se aprobaría con la Ley 13.010 en 1947 y recién se aplicaría en los comicios del 11 de noviembre de 1951 (7).

(5) Véase Homenaje a Fraga del diputado Vanossi, J. R., en "Obra Legislativa". Fraga fue uno de los legisladores que apoyó la sanción de las leyes de Sáenz Peña.

(6) Cfr. Vanossi, Homenaje a Roque Sáenz Peña, en "Obra Legislativa", Bs. As., 1990, Ed. Congreso Nacional, tomo III, 1989-1990, Cámara de Diputados de la Nación, 1991, págs. 280 y sigts.

(7) En 1932 la Cámara de Diputados había dado "media sanción" a un proyecto en ese sentido. La prédica de las "feministas" fue intensa en los años que mediaron entre 1912 y 1947; y abundaron los proyectos legislativos que

4) Un olvido: no incluía los suplentes (sí, la ley de Colombia), lo que recién fue contemplado muchas décadas más tarde, pues hasta en la elección de marzo de 1961 para elegir un senador por la Capital Federal (resultó ganador el legendario *Alfredo L. Palacios*) se tuvo que incluir la elección de un Diputado Nacional para cubrir una vacante (triunfó el Dr. *Carlos Adrogué*).

5) Otra omisión: no incluía el escrutinio al cierre del acto cívico, denominado “recuento en la mesa de votación” o “escrutinio provisorio”, que se incorporó después de las elecciones generales de febrero de 1946.

La Ley 8.871 permitía en cambio una mayor participación del sufragante: ¡desbloquear las listas!; o sea, cambiar el orden de los candidatos dentro de una misma lista partidaria o incluir candidatos de otras listas en la que se tomaba para votar. Fue una experiencia interesante; pero a causa de la pequeñez de los “punteros” (borratina), se dejó sin efecto en 1960. De allí en más, con cualquier sistema electoral, no se permitió introducir modificaciones en las listas; o sea, que se “bloqueó” la papeleta, reduciéndose de ese modo la participación selectiva del ciudadano, al que únicamente le quedaba (y le queda hasta hoy, año 2012), la disyuntiva forzosa: “tómala o déjala”; en detrimento de la calidad de las candidaturas y de la libertad de selección de los votantes dentro de la oferta o “menú” de candidaturas que presentan los partidos políticos que compiten en los comicios (8). El autor de este opúsculo presentó un proyecto de ley para “desbloquear” las listas de candidatos a diputados nacionales manteniendo a la vez el sistema de representación proporcional; pero no fue tratado en la Comisión de Asuntos Constitucionales pese a que fue formulado en el período 1989-1990 y reiterado sucesivamente (9).

El mejor dato para abonar la tesis del “desbloqueo” de las listas electorales proviene de la primera elección de diputados bajo el régimen de la Ley Sáenz Peña, que permitió a la ciudadanía de la Capital Federal —en abril de 1912— que personalidades de la talla y enjundia de *Luis María Drago*, *Vicente Gallo*, *Estanislao Zeballos* y *Alfredo Palacios* alcanzaran votaciones por encima de sus respectivas nominaciones partidarias.

IV. Ni la Constitución Nacional de 1853-1860, ni su antecesora —que no llegó a regir— de 1826, ni el Proyecto que *Alberdi* remitiera a *Urquiza* a través de *Juan María Gutiérrez*, ninguna establecía el sistema electoral a seguir en cuanto a la votación de los Diputados Nacionales. Ello quedó en manos del Congreso Nacional, que en distintas etapas estipuló el régimen de la lista completa (1857-1902), el voto uninominal por circunscripciones (1902-1905), el retorno a la lista completa (1905-1912), la implantación de “los tercios” de *Sáenz Peña* (1912-1950), una versión retorcida del voto uninominal por circunscripciones (1951-1955), otro retorno a la lista incompleta (1958-1962), y la adopción del sistema D’Hondt de representación proporcional (1957 para Constituyentes y desde 1963 para Diputados y Constituyentes, hasta la actualidad (2012).

Vale tener presente que el Art. 37 (hoy Art. 45) de la Constitución Nacional vigente (1994) reitera o mantiene la terminología del Art. 10 de la Constitución de 1826, al fijar que esa elección deberá ser hecha “a simple pluralidad de sufragios”; lo que al cabo de discusiones y debates, suscitados en

acogían esa demanda. En 1953 ambas Cámaras eligieron mujeres para ejercer la vicepresidencia del cuerpo. Y en 1991 se sancionó la ley que estableció el “cupó femenino” en las listas para Diputados y Senadores. Así culmina la prédica iniciada por las “sufragistas” a comienzos del siglo XX.

(8) Cuando el “Consejo para la consolidación de la Democracia” elevó sus dictámenes sobre cambios a realizar, el Presidente Raúl Alfonsín no asintió a la propuesta de “desbloqueo” de las listas de candidatos que propusieron algunos consejeros. Otros postularon un sistema mixto (a la alemana) que combinara la representación proporcional con las circunscripciones uninominales (véase: “Reforma Constitucional - Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia”, (1986) y “Segundo dictamen del Consejo para la consolidación de la Democracia” (1987). De los países que aplican la representación “proporcional”, tan sólo España conserva las listas “bloqueadas” o “cerradas”; y existen fuertes críticas por ello, en razón de que conspira contra la “participación política” de los ciudadanos.

(9) Véase Vanossi, “Obra Legislativa”, tomo III, págs. 259 y ss., “Voto de Preferencia” y Vanossi, (1993:901).

diversas ocasiones, ha sido y es interpretado como lo que surge del entendimiento de tan claras palabras, o sea, que no se exige la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos. Con esta hermenéutica bastó para que fueran admitidas la validez y conformidad constitucional de la lista completa, de la lista incompleta (dos tercios para la mayoría y el “tercio restante” para la primera minoría siguiente), del voto uninominal, y de la representación proporcional; quedando descartada la posibilidad de un sistema de doble vuelta (“ballotage”) con el objetivo de obtener una “mayoría absoluta” de votos para la elección de Diputados (10).

En el transcurso del debate, la “conversión” del diputado y constitucionalista *Manuel Montes de Oca* a favor de disipar las dudas que flotaban en el ambiente sobre la conformidad del sistema electoral propuesto por el Poder Ejecutivo con relación a la cláusula citada de la Ley Suprema, coadyuvó a superar la incertidumbre de los legisladores indecisos.

Que se aspiraba a un cambio más profundo del régimen de distribución para los cargos electivos en los órganos plurales —como el caso de la Cámara de Diputados de la Nación— tiene antecedentes en opiniones que fueron vertidas con anterioridad al proceso legislativo de 1910 a 1912. Es del caso recordar que *José Benjamín Gorostiaga*, diputado constituyente de 1853, que en el seno de la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires (1870/73) afirmó que el derecho de representación correspondía tanto a la minoría como a la mayoría en proporción a la fuerza numérica de sus adictos. Todo ciudadano tiene un derecho igual de los demás a ser representado (11).

También en los debates de 1910-1912 se señaló en más de una oportunidad que el sistema de la “lista incompleta” era un paso previo a un sistema de mayor representación de las minorías. Así, el discurso del diputado Dr. *Julio López Mañán*, quien sostuvo que “exige una mayor elasticidad del instrumento para estar mejor representada. Entonces, pues, la lista incompleta, señalando un primer paso para salir de la lista completa, está dentro del orden natural, ya que esa es la forma como todos los procesos evolutivos se producen”.

La idea estaba presente desde las conversaciones de Figuroa Alcorta primero y de *Roque Sáenz Peña* luego, mantenidas con *Hipólito Yrigoyen*; a tal punto que en el mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso con el proyecto que se convertiría en la Ley 8.871, se expresaba que:

“Dentro del sistema electoral a pluralidad de sufragios impuesto por la Constitución, el poder Ejecutivo ha creído que cabe a título de ensayo preparatorio de la reforma definitiva, el sistema de lista incompleta que se comprende en el proyecto adjunto”. “Opina el poder ejecutivo que por el momento, al menos, el proyecto acompañado garantiza la libertad y la pureza del sufragio, substrayéndolo al influjo de los intereses y pasiones locales, no siempre bien inspirados, que han desnaturalizado tantas veces los mejores intentos de reforma. Como quiera que sea, el poder ejecutivo ruega al honorable Congreso no aparte de su consideración que las leyes electorales son solamente la combinación de aquellos medios que en determinado momento pueden ser aconsejados como convenientes y oportunos para asegurar la libertad personal del elector, la emisión consciente del voto y la perfecta verdad del escrutinio, que condensa la voluntad popular. Cada día tiene su tarea y su necesidad. Satisfechos los de hoy, los poderes públicos de la Nación Argentina sabrán también satisfacer los anhelos del mañana bajo la inspiración del más sano patriotismo”.

¡Notables conceptos!

En el debate para la sanción de la Ley 8.871, en la Cámara de Diputados, se recordó que en las presidencias de *Sarmiento* y de *Avellaneda* se había postulado la implantación del sistema de “circuns-

(10) Para la elección de los “compromisarios” o electores que conformaban los Colegios Electorales que procedían a la nominación de Presidente y Vicepresidente de la Nación (elección indirecta o “de segundo grado”) la Constitución de 1853-1860 establecía que se efectuara de la misma forma que la de los diputados; pero no obstante ello y en preparación del fraude electoral de 1937, se modificó el sistema restableciendo la “lista completa”, que también se mantuvo para las elecciones presidenciales del 24 de febrero de 1946.

(11) Cfr. Carlos Fayt (1988, t. II:239) y Jorge Vanossi (1970:99-101).

cripciones uninominales”, aunque sin éxito. Recién en la segunda presidencia de Roca se aprobaría por breve tiempo. Y en el debate en el Senado, el Ministro Indalecio Gómez —con absoluta sinceridad— confesó o reconoció que el sistema más moderno para asegurar los derechos de las minorías sería el de la “representación proporcional”, pero que mediaban impedimentos para establecerlo (lo que sería superado con la sorpresiva interpretación del diputado Montes de Oca —como se señala en este trabajo— al debatirse el tema en la Cámara baja en cuanto a la “simple pluralidad de votos” (Art. 37, C.N.; hoy Art. 45).

V. Una reforma copernicana.

El debate que acompañó la sanción de las leyes propiciadas por el presidente Roque Sáenz Peña contó con la ilustrada participación de su ministro *Indalecio Gómez* y con la intervención de legisladores de ambas cámaras, que cualitativa y cuantitativamente abundaron en consideraciones acerca de la tan opinable cuestión electoral. Se ha repetido hasta el cansancio que ningún régimen electoral es inocente ni infalible ni eterno: todo lo electoral se asienta en el terreno de las circunstancias, aproximando soluciones que oscilan entre los valores de la justicia y de la eficiencia. Pero la palabra final nunca está dada.

En su momento, la reforma de 1910-1912 fue realmente copernicana por su concepción de cambio pacífico y profundo de nuestras costumbres políticas y, de sus innovaciones; dos aspectos llaman la atención: el derecho del votante a reemplazar nombres en las listas (siempre que lo fueran por otros incluidos en listas oficializadas) y el sistema de la lista incompleta (o régimen “de los tercios”) en virtud del cual el ciudadano votaba solamente por candidatos equivalentes a las dos terceras partes de los cargos vacantes por elegir (el tercio restante correspondía a la primera minoría).

¿Qué antecedentes se conocían?

Mucho se ha comentado sobre los orígenes de la lista “incompleta” y, en especial, sobre el mecanismo de los tercios. Desde antecedentes españoles hasta incursiones criollas más cercanas, todo ha sido invocado (12). Sin embargo, el precedente más próximo ha caído en el olvido: Colombia. Vamos a rescatarlo. En 1905, una Asamblea Nacional Convocada por *Rafael Reyes* dictó el “acto reformatorio” N° 8, del 13 de abril, por el que se dispuso que en toda elección popular que tuviera por objeto constituir corporaciones públicas “se reconoce el derecho de representación de las minorías”, el que sería determinado según la ley. La norma en cuestión fue sancionada pocos días después (el 29 de abril de 1905), previendo que “cuando el número de los funcionarios que han de ser elegidos sea exactamente divisible por tres; se votará por las dos terceras partes y se declararán elegidos en el escrutinio a los candidatos que hayan obtenido más votos hasta completar el número total de los funcionarios que se trate de elegir” (ley 42, Art. 33).

La fórmula acuñada en esa ocasión (se trataba de una situación política que muchos consideraban autoritaria) fue recogida en 1910 —una vez restablecido el orden constitucional— por el “Acto legislativo” N° 3, que preceptuó: “En toda elección en que se vote por más de dos individuos, aquélla se hará por el sistema del voto incompleto, o del cociente electoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho”; y la anunciada ley se dictó finalmente en 1916 (ley 85, Art. 111), repitiendo los términos de la ya citada ley 42 del 29 de abril de 1905, más la contemplación específica de los cargos suplentes por elegir simultáneamente con los principales.

Queda pues en claro que la adopción del régimen de “los tercios” por la legislación colombiana se remonta a 1905, perfeccionándose de allí en adelante sobre la base de ese criterio distributivo, pero

(12) En su obra “Derecho Político” (1998) Natale recuerda que sistemas de “voto restringido” o lista incompleta, se aplicaron en Inglaterra (de 1867 a 1884), en Brasil (de 1882 a 1891) en la elección española de 1907, y en Italia (de 1882 a 1891 y en leyes por breves períodos de 1951, 1956 y 1960, preferentemente en elecciones municipales). Sostiene que tales regímenes quedan incluidos entre los llamados “sistemas empíricos” por diferenciación con los racionales, matemáticos y proporcionales.

siempre en redor del cartabón de los tercios: así, por ejemplo, se establecía que “cuando el número de individuos que han de ser elegidos no sea exactamente divisible por tres, tal número se elevará a la cifra inmediatamente superior que sea divisible por tres, y las dos terceras partes de esa cifra, menos uno, será el número de candidatos por el cual se vote” (parágrafo 1, Art. 111, ley 85) (13).

Hemos traído a colación estos antecedentes, pues creemos de justicia que se recuerden las instituciones de los países hermanos, resaltando la utilidad que el derecho comparado brinda para la mejor inteligencia de los fenómenos políticos. Y queda así patente que, pese a la incomunicación que han padecido los países de un mismo continente, la fuerza paradigmática de los antecedentes siempre ha operado en el ámbito de sus grupos dirigentes: en el caso colombiano que comentamos es probable que el embajador argentino *García Merou*, a la sazón acreditado en Bogotá y amigo personal de Roque Sáenz Peña, haya tenido la oportunidad de hacer llegar a Buenos Aires los detalles de la novedosa legislación electoral del país hermano y acaso en los archivos de nuestra cancillería se puedan encontrar los informes de práctica elevados por la legislación respectiva, que sería provechoso conocer. El precedente colombiano del año 1905 fue desplazado en la historiografía argentina por la reforma electoral española que el gobierno de *Antonio Maura* (1853-1925) sancionó en agosto de 1907, en ocasión de su bienio conocido como el “Gobierno largo”, cuando ya había transitado del partido liberal al conservadorismo (sólo votaban los varones mayores de veinticinco años) y se inspiraba en un proyecto de su misma autoría, del año 1904: allí se establecía la lista incompleta, también denominado de “voto limitado” o “voto restringido”. Fue *Maura* — cinco veces presidente del Consejo de Ministros — quien anunciara “la revolución desde arriba”, frase ésta algo parecida a la de “la revolución por los comicios”; por lo que este destacado estadista hispano resultó coherente al recriminar al Rey *Alfonso XIII* el asentimiento a la “dictadura” de *Primo de Rivera* (14).

En el derecho público provincial argentino se puede ubicar un antecedente de los tan mentados “tercios” en la distribución de las bancas. Es el caso de la Provincia de Entre Ríos, cuya Constitución de 1903 (sección segunda, régimen electoral) establecía como “bases para la ley electoral” en su Art. 69 que “En cada Círculo electoral se elegirán tres diputados por un sistema que asigne dos bancas a la mayoría”.

VI. Pese a todo, el mérito supera a los defectos. Había consenso para consumir el cambio: la votación en la Cámara de Diputados dio la aprobación por 49 votos contra 32. El único rechazo fue a la obligatoriedad del voto (Art. 6) que esa Cámara desestimó por 34 votos contra 32 a favor; aunque ese resultado fue revertido en el Senado que, en este caso, como Cámara “revisora” corrigió a la Cámara “iniciadora”, que finalmente aceptó la obligatoriedad (la mitad de la biblioteca apuntalaba a una decisión y la otra mitad fundamentaba lo contrario...).

Largo y extenuante fue el debate en ambas Cámaras. Y paciente y perseverante fue el Ministro de Interior, doctor Indalecio Gómez, cuya presencia en casi todas las sesiones y sus varias intervenciones orales significaron un sólido apoyo a la sustentación de la proyectada ley electoral. Su desempeño estaba a la altura de las circunstancias: brillante y de suma habilidad. El ministro había nacido en Salta, en 1850 (falleció en Buenos Aires en 1920) habiendo sido alumno de Fray Mamerto Esquiú, “el orador de la Constitución” (así llamado por su sermón del 9 de julio de 1853 en la Catedral de Catamarca); y luego de graduarse de abogado (1876) se desempeñó como Cónsul en Iquique, donde trabó amistad con Roque Sáenz Peña que actuaba a la sazón como voluntario de las fuerzas peruanas en la Guerra del Pacífico; y al caer prisionero de los chilenos fue Indalecio quien obtuvo su libertad. Otras circunstancias hicieron que ambos fueran al mismo tiempo ministros plenipotenciarios de la Argentina en Europa: Sáenz Peña en Italia y Gómez ante las potencias centrales

(13) Los datos precisos de la legislación colombiana fueron obtenidos a través del profesor Carlos Restrepo Piedrahíta, destacado catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá), a quien el autor agradece la valiosa colaboración. (Véase: Vanossi, J.R., “Nada nuevo hay bajo el sol”, en *La Nación* del 23 de junio de 1995).

(14) Coincidimos con Mario Justo López (h.) en la obra “De la república oligárquica a la república democrática. Estudios sobre la reforma política de Roque Sáenz Peña”, capítulo VII, (2005:253 y ss.) en el sentido de la diferente intencionalidad de las reformas de España y las de Sáenz Peña, por la superioridad de éstas.

(Alemania, Austria y Rusia), hasta las vísperas electorales, tras lo cual el Presidente Sáenz Peña lo puso al frente de la cartera política (15).

Numerosos elogios ha recibido —mercidamente— el avance logrado a través de la reforma electoral de 1912. Así, vale citar la opinión de *Carlos Fayt*, cuando señala:

“La ley 8.871 ha sido calificada de segunda constitución nacional. En cuanto al presidente *Roque Sáenz Peña*, ha sido considerado un constructor, que realizó sin esfuerzo aparente, una verdadera revolución incruenta y fecunda. Depositó en manos del pueblo una herramienta útil para el trabajo cívico. Sabía que la democracia es un proceso sin término. Tal vez un reflejo de la conciencia humana. De ahí la inmovible perennidad de su gloria.” (Fayt, 1988:236).

Acaso la mayor sinceridad en transitar directamente al meollo de la cuestión, haya sido la del diputado Ramón J. Cárcano al sostener claramente que: “El gobierno es de la mayoría, pero la representación traduce la soberanía, que no es una fracción, sino una integridad. Estos conceptos elementales comprueban que la lista incompleta, sin ser la reforma más perfecta, es la más honesta y profunda que se ha intentado, desde la fundación de la República.” El destino le reservó una merecida satisfacción, ya que en futuras elecciones de Gobernador de su Provincia, este ilustre conservador cordobés triunfó con la aplicación de las leyes Sáenz Peña, de la misma forma que en Santa Fe resultara electo el radical *Manuel Machaca* (16).

Mucho se ha dicho acerca de la actitud asumida por los legisladores que tomaron la decisión de aprobar las profundas reformas que propició el Presidente Sáenz Peña en materia electoral. Algunos estimaron que era inevitable el cambio de las “reglas del juego” y la apertura del *fair play*, pues ya era hora de procurar salidas competitivas y concluir las periódicas “conspiraciones” de una oposición que no obtenía garantías para los comicios. Otros afirmaban que el idealismo de Sáenz Peña ponía en zozobra el crecimiento ascendente de la Nación sobre la base de la estabilidad de su clase dirigente ¿Qué esperaban los congresistas? ¿Tomaron conciencia de que la sumatoria combinada de nuevo enrolamiento, más nuevo empadronamiento, más el voto secreto, universal y obligatorio e igualitario, sumando a ello el “tercio restante” para la minoría, podía acaso convertirse en el refugio conservador ante una nueva mayoría de “dos tercios” a favor de la hasta entonces “oposición”? ¿Pensaron que tal vez se invirtieran los roles y de “gobierno” pasaran a “la oposición”? ¿Podía entenderse ese cambio legislativo como el acta de defunción de una especie de “suicidio electoral”? ¿Era un acto de rendición ante los adversarios (diputado Olmedo *dixit*)? Más allá de las respuestas que puedan darse a estos interrogantes, lo cierto e indubitable es el nivel de preparación y de experiencia que poseían los principales diputados y senadores que intervinieron en los debates políticos del bienio 1910-1912, como *Joaquín V. González*, *Pedro Olaechea* y *Alcorta* (miembro informante en el Senado), *Julio Roca* (h.), *Cárcano*, *Fraga*, *Montes de Oca*, *Terán*, *Carbó*, *Láinez*, *Civit*, *Calvo*, *Agote*, *Fonrouge* (miembro informante en Diputados) y otros oradores, a favor o en contra. La lectura de los diarios de sesiones de ambas Cámaras, correspondientes al tratamiento de la Ley 8871, reflejan la profundidad del análisis de la trajinada “cuestión electoral” en la Argentina de hace un siglo, más allá de los particulares puntos de vista y las preferencias que se manifestaron en esos recintos alrededor de un cambio —el de la lista completa— por una discutida opción entre el régimen de las circunscripciones uninominales y

(15) Indalecio Gómez tuvo una activa participación en la vida política; iniciándose como senador provincial y luego diputado nacional. En política exterior atacó los “Pactos de Mayo” (1902, segunda presidencia de Roca) y fue crítico de la gestión presidencial de Yrigoyen. En el mismo año de la muerte de Sáenz Peña participó en la creación del partido Demócrata Progresista; véase Solá, “Diccionario histórico biográfico de Salta” (1964). Como obra de imprescindible consulta véase: “Los discursos de Indalecio Gómez” (1950), específicamente la “Introducción” por Atilio Dell’Oro Maini. En cuanto al trabajo de Carlos A. Piedra Buena, “El aporte de Indalecio Gómez a la Ley Sáenz Peña” (2011:117-165), sólo trata el tema de la reforma electoral a partir de la pág. 159. Son muy ponderables sus referencias a los “Pactos de Mayo” en las relaciones con Chile (2º Presidencia de Roca).

(16) Al asumir Cárcano, profirió palabras que revelan sus sinceras convicciones acerca de la necesidad de los cambios en la vida política argentina, pues afirmó: “Las clases acomodadas están en retardo y las viejas agrupaciones están en error” (Cfr. Efraín Bischoff, 1999:23).

la lista incompleta o del “tercio restante”, cuya constitucionalidad emergió de la penumbra de la duda merced a una nueva y profunda reflexión del profesor de Derecho constitucional Manuel A. Montes de Oca, por entonces legislador (17).

Tampoco se puede olvidar que en 1902 un conservador liberal muy lúcido defendía ese régimen de voto uninominal. En su intervención, *Joaquín V. González* llegó a expresar que la peligrosidad de los gremios —que alarmaba a sus correligionarios conservadores— sólo es tal cuando el legislador no comprende sus intereses, “cuando no nace el legislador de su seno mismo, porque esa es la manera como debe darse a esta representación la expresión verdadera de las necesidades sociales” (18).

Pero lo más importante del debate está en la afirmación de *González* en el sentido de que el régimen electoral preconizado conducía a la representación de los intereses sociales:

“El sistema uninominal, es pues, la representación de los gremios, por su acumulación espontánea en determinadas localidades, y no es a designio que el legislador ni los directores políticos van acumulándolos en determinados puntos. La ley recoge el hecho producido, la acumulación espontánea de las fuerzas productoras, de las fuerzas activas que se manifiestan en una votación al elegir a su representante; y de esa manera indirecta se realiza el más profundo propósito de la Constitución, que es dar representación en el Congreso, en la formación de las leyes, a la mayor suma posible de intereses, ideas y a todas las tendencias políticas”.

La predicción de *Joaquín V. González* se vio parcialmente cumplida, a través de la elección del primer diputado socialista de América, *Alfredo L. Palacios*, que tuvo lugar por el distrito de la Boca, que en esa época era densamente obrero. Y digo parcialmente, porque los demás defectos del régimen electoral de esa época (fraude, padrones, etc.) impidieron que el sistema adoptado en 1902 rindiera los frutos que se aquilataron al momento de su sanción. Pareen elocuentes las palabras pronunciadas entonces por el ministro *González*, cuando ponderaba la facilidad con que el sistema de circunscripciones conduce a la representación de los intereses sociales, al permitir —según invocación de un legislador inglés— reconcentrar en determinados puntos del territorio intereses diversos de colectividades diferentes. La altura de vuelo del pensamiento de *González* está presente en el siguiente párrafo de su discurso:

“¿Y cuál es el ideal de las clases obreras modernas sino llegar a hacer oír su voz en los recintos legislativos? ¿Y cuál es la causa de las profundas perturbaciones del día sino que las clases obreras no tienen sus representantes propios en el Congreso? No digo que los Congresos formados de otra manera no se inspiren en los verdaderos intereses sociales, sino que no son formados por la acción directa de los intereses sociales, que tienen en cuenta sus representantes todas las veces que son elegidos con ese designio” (19).

VII. En materia de libertad o de obligatoriedad del voto hay una duplicidad de criterios entre lo que dicen los textos internacionales y el texto actual de nuestra Constitución (1994). Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, en su Art. 21 señala en el acápite 3º las características del sufragio, omitiendo toda alusión a este respecto:

“3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas, que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”. El mismo criterio sigue el sistema interamericano en cuanto a derechos humanos se refiere, toda vez que

(17) En la obra “Historia política y constitucional de la Argentina” de Romero Carranza, Rodríguez Varela y Ventura, (1993, t. 3:392) se recuerdan las palabras de Ruy Barbosa ante nuestro Senado (1916) honrando a esos legisladores que “sin detenerse a medir lo que esa reforma podría tener en contra de sus intereses, no les importó que ella aplastase a sus amigos siendo una revolución de moralidad y legalidad la que ellos sembraron.

(18) Cfr. Diario de Sesiones, sesión del 27 de noviembre de 1902.

(19) Cfr. sesión del 27 de noviembre de 1902. Véase Vanossi, “El misterio de la representación política” (1972:93 y ss.) y “Estado de derecho”, ob. cit., pp. 287-288.

en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) también se guarda silencio sobre el punto en cuestión, pues según el Art. 23 (Derechos Políticos) se dispone que:

“1) Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

“b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores...”

Hasta 1912 el sufragio se emitía en forma facultativa. El ciudadano tramitaba su inclusión en el padrón cívico (capítulo II de la Ley 140 y Art. 24 de la Ley 4.161); lo que fue modificado por la Ley 8.871, Art. 6º y demás leyes posteriores, que dispusieron la obligatoriedad del voto. En 1933, a raíz de su cuestionamiento, la Corte Suprema sentenció a favor de la validez constitucional del deber de votar (caso Esquivel, en Fallos 183:175) con el argumento de “que la Constitución no es fuente exclusiva de las obligaciones ciudadanas; ellas pueden ser objeto de la creación legal”; del mismo modo que “a nadie se le ha ocurrido atacar la instrucción primaria obligatoria”. Ante el silencio del viejo texto de la Constitución (1853-1860) la Corte entendió que competía al Congreso Nacional reglamentar el sufragio, habiendo podido considerarlo como derecho, como deber o como una función política, por lo que ha tenido competencia para “hacerlo obligatorio”.

Hoy en día la situación es la siguiente: mientras que el Art. 37 de la Constitución reformada en 1994 dispone que “El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio”; el Art. 75, inc. 22 dispone que “tienen jerarquía constitucional” los tratados y convenciones sobre derechos humanos aprobados por el Congreso, entre los que se incluyen expresamente los mencionados precedentemente: Declaración Universal y Convención Americana.

Sin entrar al debate de fondo sobre la libertad u obligatoriedad del voto, ni el concomitante encasillamiento en las categorías del sufragio como *derecho*, *deber* o *función política*, corresponde recordar que la Ley 8871 de Sáenz Peña eximía de la obligatoriedad del voto a los ciudadanos mayores de setenta años de edad y a los analfabetos, como así también a los declarados dementes. Y a tal punto la cuestión desde siempre suscitó divergencias y criterios enfrentados, que en la consulta de opiniones que Rodolfo Rivarola efectuara a través de su “Revista Argentina de Ciencias Políticas” (Nº 12, año 1911), los que se pronunciaron al respecto lo hicieron a favor del voto “facultativo” el 57% y por el voto obligatorio el 43%, sobre casi dos mil respuestas (20).

VIII. El rol de Victorino de la Plaza desde la Presidencia de la Nación: un momento estelar para la transparencia electoral.

—“Hay una gran deuda con *Victorino*”— dijo el Dr. *Ricardo Balbín* ante el embajador *Guillermo de la Plaza*, en la embajada argentina en Montevideo, hace años. Una gran deuda de olvido respecto de la caballerosidad, el señorío y la firmeza con que *Victorino de la Plaza* condujo el proceso electoral.

Ya en 1914, estando él en ejercicio de la presidencia, se habían realizado comicios de renovación de la mitad de los componentes de la Cámara de Diputados y muchas gobernaciones provinciales. *De la Plaza* fue “albacea leal” de las creencias de *Roque Sáenz Peña*. No cedió a ninguna de las tentaciones que se le presentaron en el camino. Con *Victorino* se consagró la recta doctrina, es decir, que en las contiendas sucesorias el gobernante de turno debía adoptar una estricta abstracción, ajeno a las fuerzas en disputa, habla de la prescindencia en su mensaje al Honorable Congreso en el año de 1916 cuando promete y compromete una absoluta neutralidad. Y hasta condenó un intento de consagrar la emancipación de los electores —me refiero a los radicales disidentes de Santa Fe— con respecto al compromiso contraído ante el electorado de votar a los candidatos anunciados por cada partido político.

(20) Cfr. Mario Justo López (h.) (2005:270-271).

No cedió, no transó, no claudicó. Sus palabras fueron las siguientes:

“Se anuncia en los círculos políticos una combinación tendiente a que la elección de electores se haga sin mandato imperativo acerca de los candidatos para presidente y vicepresidente.... Pienso que jamás se propuso un procedimiento más incorrecto y poco leal para con la opinión pública. Me resisto a creer que él sea fruto de una combinación maliciosa: pero por ingenuo que sea su móvil, las consecuencias no serían menos equívocas, atentatorias y funestas” (21).

¡No quería distorsiones! Así como *Roque Sáenz Peña* había sido consecuente con sus ideas, *Victorino* fue —además de consecuente— leal cabalmente a la orientación recibida de aquél para aplicar un nuevo régimen electoral de cuyas consecuencias desconfiaba; pero tanto él como su Ministro del Interior Miguel S. Ortiz hicieron prevalecer los principios por sobre las conveniencias de sus correligionarios conservadores.

Ya en 1903, en una conferencia pronunciada en el Teatro Odeón, se había pronunciado condenando la desidia ciudadana y el desinterés de los hombres capacitados, hacia la atención de la cosa pública. Reclamaba la formación de partidos políticos doctrinarios. Exigía la modernización de los viejos partidos a los cuales respetaba, pero que consideraba que debían transformarse. Y que el presidente de la Nación —decía— no sea nunca, a la vez, el jefe partidario.

En los mensajes de apertura de las sesiones ordinarias del Honorable Congreso de la Nación de los años 1914, 1915 y 1916, insistió en su preocupación por el saneamiento de los partidos, acongojándose por el “eclipse” —lo llamó así— de las que fueron grandes agrupaciones y lamentándose de la “...censurable irresponsabilidad de los ciudadanos que votan por formaciones políticas ocasionales (22)”.

La conclusión que se extrae de todo esto es clara: *Victorino* —como dicen esos autores— “era un conservador agotado o un sucesor fiel”, y agregan: “el viejo conservador, no quería ser un reaccionario” (p. 806). Hay un dejo de ironía en esta afirmación.

En mi modesta opinión, si algún despecho guardaban en su ánimo los dirigentes del partido gobernante que quedarían desplazados, debieron enrostrarlo a los legisladores que aprobaron la Ley 8.871. O sea, a quienes consintieron su propio suicidio político —dicho esto metafóricamente—, pero no a quien primero como vicepresidente y luego como presidente, cumplió con su deber. Es decir, el único deber posible, que era aplicar la ley (23).

IX. Grandezas y desdichas de la Ley Sáenz Peña.

Nunca alcanzarán las palabras para completar laudatoriamente lo que con pleno merecimiento se llamó la reforma electoral del Presidente Roque Sáenz Peña; y a la que se aludió tanto como “la revolución por las urnas” (en alusión a que se superaba así la conspiración perpetua desde 1890, cuanto se elogiaba “la quimera de un romántico”, por las ilusiones que despertaba ese gran cambio. Un cambio “copernicano” en la vida política del país. Pero no todo fueron flores y cánticos. Mediaron acontecimientos que en décadas ulteriores significaron un retroceso, como lo fue la vuelta al “voto cantado” en el gobierno de *Manuel Fresco* en la provincia de Buenos Aires durante parte de la década del treinta, en la que ciertos sectores se jactaron e hicieron gala de practicar del “fraude patriótico” para evitar que el pueblo eligiera libremente sus gobernantes. Y el caso más patético fue el de las elecciones presidenciales de 1937, para elegir la fórmula del período 1938-1944 (interrumpida por el golpe de Estado del 4 de junio de 1943), para cuya preparación fue reformada la Ley Sáenz Peña N° 8871 en su Art. 55 en cuanto a la elección de los colegios electorales —uno por cada provincia y la Capital Federal— con el restablecimiento del sistema de “lista completa” (Ley 12.298 del 30 de julio

(21) Cfr. Levene, Gustavo Gabriel (1992, t. 2:123).

(22) Cfr. Carlos Floria y César García Belsunce (1992:795 y ss.).

(23) Cfr. Vanossi (2004). La escrupulosidad de *Victorino* de la Plaza lo condujo al dictado de un decreto por el cual se disponía la oficialización previa de las “boletas” electorales para la votación, y se reglamentaba la distribución de las mismas; todo ello en bien de una mayor prolijidad.

de 1936), lo que favorecería ampliamente al oficialismo en Buenos Aires, Santa Fe (que estaba intervenida) y Mendoza (en Córdoba gobernaba la oposición); todo ello en contradicción con el Art. 81 de la Constitución Nacional que determinaba la elección de los “electores” por la forma establecida para la de los diputados.

En 1951 se estableció la llamada “paquistanización” de los distritos electorales, en una imitación dolosa del “gerrymandering” que se producía para las elecciones legislativas locales de algunos estados sureños de USA y a la que pusieron fin los célebres fallos “Baker vs. Carr” y “Wesberry vs. Sanders” de la Suprema Corte de USA (24).

Acá conocemos las “colectoras”, que sofistican las modalidades modernas de engaño electivo, con ingeniosas desvirtuaciones del voto, como también acontece con las candidaturas “testimoniales” de quienes aceptan postularse para cargos que no habrán de asumir pues prefieren permanecer en funciones gubernamentales con oropeles de veteranía. Del mismo modo y en acechanza de mal uso, se acerca la perspectiva de la eliminación de la constancia del voto, que podrá practicarse sin el sello tradicional que obra en el documento que habilita al ciudadano para sufragar.

Sin soñar ni adivinar tanta creatividad, en 1935 los senadores *Alfredo L. Palacios* y *Eduardo Laurencena* presentaron un proyecto de ley que tipificaba verdaderos “delitos” electorales a incluir en el Código Penal; considerándolos no meras faltas o contravenciones sino conductas criminales, a los comportamientos tramposos que desvirtuaran la transparencia de los comicios. Nunca fue tratado por el Congreso.

X. La contrarrevolución: el sufragio “corporativista”.

No fue el único, pero acaso haya sido uno de los más fulminantes ataques al régimen electoral instaurado a partir de las leyes de *Sáenz Peña*, las palabras y los actos de quien fue Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, *Manuel A. Fresco*, en una conferencia pronunciada en el Teatro Comedia el 17 de abril de 1942. Extraemos algunos de sus párrafos, que no sólo cuestionan la representación de las minorías, sino que avanzan contra el sufragio universal, secreto, igualitario y obligatorio, al mismo tiempo que confiesan su ideología corporativista y profundamente antiliberal.

Comenzó afirmando ese adalid del sufragio “restringido” que: “Los comentarios que en ese momento hubiera podido formular, no habrían logrado remediar nada, aunque produjeran pánico en los hombres que militan en los partidos demo-liberales y usufructúan ese conjunto de ideas engañosas y sentimientos bastardos que se llama “sufragio universal”, con la secuela de mentiras y traiciones que comienzan en el comité y terminan en la cómoda poltrona de los representantes”.

A continuación, atacó más fuertemente la garantía del voto secreto emitido en el “cuarto oscuro”, haciendo gala del envalentonamiento y de la jactancia de la fuerza por la fuerza misma: “En materia electoral quise provocar la quiebra del sistema, imponiendo el voto público y responsable. Pero nunca dije a mis adversarios que garantizaría el voto secreto para robar luego la elección con los manipuleos inferiores que caracterizan el fraude. Hablé siempre con franqueza, sosteniendo que el voto secreto es una cobardía impropia de argentinos; afirmé que el voto secreto aniquila el honor, la dignidad, el valor moral y la lealtad; dije que el voto secreto fomentaba la cobardía y la traición y que el ciudadano que aprovecha la impunidad del cuarto oscuro para votar por una idea contraria a la que públicamente aparenta, se hace fraude a sí mismo y se envilece ante su propia conciencia”.

De allí en más, pasa a fulminar el fundamento mismo de nuestro régimen republicano y del enunciado fundante de los derechos que enuncia el Art. 33 de la Constitución Nacional: “El mito que inflamó los ánimos e impulsó las transformaciones institucionales del pasado siglo, es el de la Soberanía Popular”.

(24) Véase: Vanossi (2000, t. 2:399 y ss.); caso “Baker vs. Carr” en colaboración con Pablo A. Horvath; y Bidart Campos, G., traducción y comentarios del caso “Wesberry vs. Sanders”, en *El Derecho* (10/XII/1964). En este último caso -17 de febrero de 1964- la Suprema Corte de USA dispuso la corrección por vía judicial de las circunscripciones electorales para preservar la igualdad del voto.

Y como si ello fuera poco, minimizó el aporte notable de las reformas prohijadas por *Roque Sáenz Peña*, diciendo:

“En el año 1912, un hombre distinguido que fue, sin duda, un demócrata sincero, inspiró la ley electoral que nos rige y lleva su nombre: la Ley Sáenz Peña, cuya vigencia ha dado al país las horas más desgraciadas de su historia. Por ella irrumpieron en éste, todos los males del sistema que consagra el mito de la Soberanía Popular e instaura el predominio demagógico. Ha sido una verdadera máquina infernal en la vida política de la Nación, tal es el cúmulo de errores contrarios a los sagrados intereses de la nacionalidad, que pasan desapercibidos entre las disposiciones de un mecanismo electoral aparentemente claro, simple e inofensivo”.

Pasó luego a fulminar el voto juvenil, verdadera conquista de una Argentina moderna, que lo descalificó así:

“Sigamos con el tema central. La Ley Electoral otorga el derecho del voto, la facultad de administrar los bienes materiales y políticos de la República a los menores de 18 a 22 años, quienes, según el Código Civil, no están capacitados para disponer ni de su persona ni de su peculio. Es un contrasentido evidente. Si el Código preserva de un mal al individuo, la Ley de elecciones debió aplicar igual principio, para impedir un daño que alcanza a toda la colectividad”.

Sin distinguir que el voto era una obligación o deber para los ciudadanos alfabetizados, pero facultativo para los que aún no se habían alfabetizado, expresó el doctor *Fresco*: “¡Pero hay algo más grave, mucho más grave que todo eso! La ley concede, también, el voto a los analfabetos. ¡Voto secreto, de los que no saben leer! ¡Los grandes problema, entregados al discernimiento, a la prudencia, la ponderación de los que no saben leer ni escribir! Y no se crea, que esta descabellada disposición carece de importancia. ¡No! Tiene caracteres de verdadera tragedia, como lo voy a demostrar con la simple lectura de algunos porcentajes”.

Su descreimiento —compartido por sectores afines a la reacción “anti Sáenz Peña”— lo llevó a añadir con ironía, que: “¡Estas son las delicias de la democracia cuantitativa! Pero la verdad es que el pueblo soberano no elige jamás. En el mejor de los casos, —si los comicios tienen la legalidad que la ley establece—, el electorado, sólo puede optar entre dos o tres listas, formadas en esos centros de pureza democrática, que son los partidos políticos”.

Pero la munición gruesa de su embestida contra el sufragio universal no terminaba allí. Su coherencia proseguía con la demonización de los partidos políticos a los que repudiaba en la función de estructuras de intermediación en las relaciones entre la Sociedad y el Estado, como así también para cumplir el rol de la presentación de las candidaturas a los cargos electivos. Los siguientes párrafos de su discurso fueron una verdadera “profesión de fe” contra el pensamiento liberal. Veamos pues:

“¡Los partidos políticos! Aunque son demasiado conocidos, vamos a hablar un poco sobre ellos. Vamos a romper la cáscara de los nombres altisonantes con que se escudan, y a penetrar en su interior. Yo los voy a guiar, puesto que conozco bien el camino, que, como dice el refrán, “el que fue cocinero antes que fraile sabe bien lo que pasa en la cocina”.

“Los partidos políticos, no representan nada en la vida nacional. Son organismos artificiales, que se interponen entre el ciudadano y el Estado. Son, esencialmente, agrupaciones que buscan satisfacer intereses de parte, siempre opuestos a los intereses totales de la Nación. Son oportunistas, y condicionan toda su actuación a la posibilidad de alcanzar el poder y las prebendas, que son su verdadera meta. Crean falsos antagonismos, para atraer y mantener la clientela electoral, defendiendo, para ello, ideologías inconsistentes, aptas sólo para herir la imaginación y no para cultivar el intelecto de los ciudadanos”.

Más adelante prosigue con un bombardeo al régimen económico y al paralelismo entre la pluralidad política y el pluralismo de las entidades propias de la actividad productiva. Sostiene que:

“Los partidos políticos, no se diferencian un ápice de las grandes empresas industriales o de comercio, establecidas para lucro de unos cuantos aprovechados. Ni en su organización, ni en su actividad,

tienen en cuenta la obligación de servir al Estado, y a las verdades eternas que le dan vida y elevación. Por eso el Estado liberal que constituyen, carece de fines trascendentes, es incrédulo, agnóstico, indiferente, como los hombres que ocupan posiciones en su gobierno, que son, además, pésimos administradores, presurosos en medrar”.

Denuncia, más adelante, una suerte de conspiración internacional de intereses espurios, a saber:

“Para la realización de sus costosas campañas y para su obra proselitista, los partidos políticos necesitan dinero, y consiguen dinero ¿Cómo? De una manera muy sencilla: Del comité o partido político surgen siempre los gobernantes, los representantes parlamentarios y toda clase de figuras con mando prominente. La finanza internacional, que tiene acaparada nuestra riqueza, necesita, indefectiblemente, de todos ellos, para hacer cumplir las leyes que la beneficien o para obtener nuevas ventajas. Por eso reparte dinero a manos llenas, casi por igual a todos los partidos, con alguna ligera variante, relacionada con el número posible de probabilidades a favor. Terminados los actos electorales, se reclaman los servicios que forman la contraprestación, en perjuicio del país y beneficio de los magnates extranjeros”.

Arremete con empeño sobre los defectos de los partidos políticos, a los que en ningún momento reconoce virtud alguna: “Todos los partidos tienen su carta orgánica, pero son muy pocos, poquísimos, los adherentes que las han leído, y menos todavía, los que podrían señalar las diferencias que ellas tienen con relación a los partidos antagónicos, cosa que sería indispensable conocer para fundamentar una preferencia consciente. Pero de eso nadie se ocupa”.

Su generalización de los vicios partidarios se vuelca en torno al “intermismo” de la vida de las agrupaciones, equiparando tales extremos —que son censurables— con una fatal patología de lacras insuperables:

“No existe en ninguna agrupación política un solo afiliado, importante o no, que se encuentre satisfecho con la forma en que se desenvuelve en ella, la acción pública o interna. Las críticas, las luchas, los enconos, son mucho más violentos entre correligionarios, que entre adversarios. Sólo la proximidad del comicio estrecha las filas y aquieta los odios de familia. Pero, en los períodos en que se eligen las autoridades y los candidatos a los puestos electivos, el furor y las trenzas no reconocen límites”.

Su pronóstico es fatalista. Cree asistir al Apocalipsis de la partidocracia, al anticipar: “Pero señores, el pueblo está cansado, harto de tanta falsedad, de tanta podredumbre. Comprende que ha llegado la hora de terminar para siempre con este sistema y que la falla no se encuentra aquí ni allí, porque es integral y comprende a la Ley, a los partidos, a los elencos que los gobiernan, y a la plutocracia que los utiliza”.

La sentencia condenatoria se hace extensiva a la economía liberal y al régimen capitalista, cuando fulmina que: “El Estado burgués y plutocrático nos ofrece la paradoja de la aparente omnipotencia de sus poderes, sujetos al caprichoso mudar de las mayorías que cambian de continuo los personajes, la estructura de sus funciones y el sentido de su acción, carente de la unidad que requiere el gobierno de la cosa pública”.

Y colocándose en una postura extremista, que se sitúa en la extrema derecha del cuadro político de la época (es un manifiesto del año 1942...), adhiere a las ideologías corporativistas que pregonan el ocaso de la representación política. Dice:

“Nuestro Movimiento, contribuirá, a la dilucidación doctrinaria, y a la obra efectiva, pugnando por el establecimiento de una ley fundada en la democracia funcional, que prescinde de los partidos políticos y establece el voto verdaderamente universal y consciente, con representación auténtica en los organismos rectores del Estado, de todos los gremios o estamentos, y supresión definitiva de las diferencias y los odios de clases.”

“Al viejo y caduco concepto de la Soberanía Popular, que engendra la demagogia y la venalidad, lo substituímos por la Soberanía del Estado. No es posible dejar, por más tiempo, librado al capricho de

una mayoría establecida sobre fundamentos contrarios a la verdad, el destino sagrado de la Patria, que el régimen ha dividido y subdividido de acuerdo a sus conveniencias”.

Por si quedaran dudas al respecto, *Manuel Fresco* denosta por igual al liberalismo y al comunismo marxista, con lo que —por exclusión— proclama su identificación con el régimen corporativista portugués de Oliveira Salazar o el símil italiano de etiqueta fascista:

“Esa misma unidad exige, que permanezcamos a igual distancia de la utopía comunista que del individualismo liberal; que no atribuyamos a la sociedad todos los poderes, ni la disgreguemos en pequeños egoísmos personales. El Estado liberal, burgués y capitalista, ha engendrado la aristocracia del dinero, fundando la selección en un concepto materialista, sensual y anticristiano, que en lugar de exaltar los valores humanos del coraje, la generosidad y el amor al trabajo, ha promovido ese monstruoso despertar de las bajas pasiones”.

Cabe reconocer que su sinceridad es conmovedora. Así lo prueban las conclusiones de su manifiesto doctrinario, dicho ante el público, cuando en tres párrafos confiesa el camino a seguir:

1) “En la democracia funcional, en cambio, todos votan, pero cada uno en su estamento y sólo sobre los problemas de su estamento. De ese modo, el elector conoce a su representante y éste las necesidades y los problemas que debe defender y armonizar en el conjunto general de las fuerzas del Estado. Esa es la única democracia posible y verdadera. La otra, la del sufragio universal, falsa y pervertida, se mantiene en beneficio exclusivo de la plutocracia extranjera que nos explota y los lacayos nativos que le venden sus servicios”.

2) “En la democracia cuantitativa que nos rige —o que aparenta regirnos— nadie se encuentra en el lugar que le corresponde. Todo el mundo opina sobre todo y la totalidad de los electores, resuelve, con su voto, todos los problemas de gobierno, por más difíciles y complicados que puedan ser, como si cada ciudadano fuese un hombre omnisapiente”.

3) “El cuadro esbozado sería desalentador para quien no tuviera la férrea decisión nacionalista que anima nuestro Movimiento. La lucha emprendida hará inevitable la reforma del régimen y el archivo de la Ley Sáenz Peña” (25).

¡Sin comentarios! Finis corona opus.

XI. A manera de conclusión, deseo volcar tres reflexiones atinentes a la grandeza política y la integridad humana de *Roque Sáenz Peña*, cuyo legado tiene un valor moral y una significación institucional que trasciende las épocas y las circunstancias, para incorporar su nombre entre los arquetipos paradigmáticos de los grandes estadistas:

1º) Que es una insignificancia entrar a considerar si las reuniones del entonces Presidente electo de la Nación con *Hipólito Yrigoyen* como interlocutor principal de la oposición al continuismo del régimen electoral vigente, fueron una, dos, tres o más, o muchas otras. Lo fundamental y dato arcóntico del caso, es que arribaron a un amplio entendimiento y armonizaron las razones que asistían a cada uno, en aras de una solución satisfactoria para la pacificación nacional y la legitimidad de los futuros procesos electorales. El cómputo de esas reuniones es cuestión baladí, habida cuenta que don *Roque* y don *Hipólito* conservaban una amistad preexistente, que venía de lejos y que, por ende, facilitaba el reencuentro y el diálogo entre ambos, luego del retorno de *Sáenz Peña* de su destino diplomático europeo (26). No es razonable pretender que de cada plática que llevaran a cabo tuviera que quedar

(25) El virus tentador del corporativismo se hizo sentir en la Constitución de la Provincia del Chaco de 1951 (derogada en 1955) que creaba un legislativo unicameral del cual la mitad de sus miembros se elegía por circunscripciones y a través de partidos políticos y la otra mitad —también por circunscripciones— se votaba por representantes gremiales, pero únicamente votaban los afiliados a esas entidades (véase: Vanossi, “Estado de Derecho”, ob.cit., págs. 300 y sigts.).

(26) Roque Sáenz Peña había ingresado a la Legislatura de Buenos Aires en 1876, como Diputado; mientras que Hipólito Yrigoyen accedió al mismo cargo electivo en 1878. Ambos fueron diputados nacionales: Yrigoyen en

plasmada en un documento: bastó con los acuerdos finales y definitivos, que se conservan en el archivo de *Miguel Angel Cárcano*, hijo de *Ramón J. Cárcano* que los tuvo en su poder.

2º) Que el debate (ni siquiera es una polémica) acerca de las “fuentes” tenidas en cuenta para la adopción del sistema electoral más apropiado al momento, es secundario con relación al fondo de la cuestión, toda vez que se trataba de transparentar las elecciones y reconocer la representación minoritaria. Agotado el ciclo histórico de la “lista completa”, las opciones se reducían al retorno del voto “uninominal por circunscripciones” (ya experimentado en la presidencia de Manuel Quintana, en una sola elección, que consagró a Alfredo L. Palacios como “el primer diputado socialista de América”, gracias al voto de muchos ciudadanos que provenían de diversos partidos de oposición a los conservadores), o el ensayo de otro sistema: el que finalmente prohió el Poder Ejecutivo en su proyecto fue el de la “lista incompleta” o del “tercio restante”; que era escasamente conocido y menos aún estudiado o analizado por los estudiosos de la época. Da lo mismo para la valoración de sus méritos que se haya tenido en cuenta alguna de las escasas referencias “a mano”; más aún si se tiene certeza que tanto *Sáenz Peña* (por su admiración a la Constitución bonaerense de 1873) cuanto *Yrigoyen*, simpatizaban con la representación proporcional, también estimaban que el Congreso Nacional no prestaría aprobación a un “salto cualitativo” tan grande ante la incertidumbre del futuro “cuantitativo” que se podía prever para el comportamiento electoral de una ciudadanía que hasta entonces sólo había participado en dosis homeopáticas (sic). Si entrando en el campo hipotético nos aventuramos a conjeturar (formar juicio de algo por indicios y observaciones; Conf. DRAE), el repaso de la historia posterior me lleva a suponer que si en aquella oportunidad Sáenz Peña e Yrigoyen se hubieran “jugado” por la representación proporcional que preconizaba *John Stuart Mill* (que la consideraba una *exigencia moderna*) y que durante años reclamaban otros partidos minoritarios de la Argentina, no se hubieran podido consumir ni la destitución de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1946-1947) ni el cambio de la Constitución Nacional (1948-1949). Claro está que ello no corresponde a la historia sino a la ucronía (reconstrucción lógica aplicada a la historia dando por supuesto acontecimientos no sucedidos pero que habrían podido suceder (Conf. DRAE).

3º) Que el acuerdo logrado en 1910 —y esto es lo más importante de resaltar— fue honorable, limpio, generoso y abierto al juego fair play que se llevó a cabo aún después del fallecimiento del garante de su cumplimiento, pues *De la Plaza* actuó con fidelidad y consecuentemente a lo establecido en las nuevas leyes. ¡Qué diferencia con algunos “pactos” gestados nada más que con finalidades (que no merecían ser considerados como fines) de índole “electoralera”, o sea, para alcanzar una sumatoria de votos suficientes para la obtención del poder (1958) o para destrabar el impedimento reeleccionista y poder así asegurarse la continuidad ejecutiva con reforma constitucional mediante! (1993-1994) (27). Por lo tanto, quede bien en claro que los “acuerdos” celebrados a fin de alcanzar la plenitud del sufragio y la normalización de la vida política, que condujeron a la sanción de las tres leyes de *Roque Sáenz Peña*, tuvieron la grandeza de miras y la legitimidad histórica que los permite parangonar con los que para llegar a la Organización Nacional fueron el “Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos” del 31 de mayo de 1852 y el Convenio de Paz o “Pacto de San José de Flores” del 11 de noviembre de 1859.

Lejos de todas mezquindades, el estadista y repúblico *Roque Sáenz Peña* fue —fundamentalmente— un principista que, animado por la fuerza imbatible del idealismo, volcó sus energías a la vo-

1880 y Sáenz Peña en 1906 por la lista “opositora” de los pellegrinistas. Y también ambos pertenecieron al Club del Progreso —centro político por antonomasia— del que Sáenz Peña fuera presidente.

(27) Bien ha expresado la importancia intrínseca de los sistemas electorales —entre los cuales hay que elegir o combinar entre ellos— el Camarista Electoral de la Nación Dr. Alberto Dalla Vía, con motivo del centenario de la Ley Sáenz Peña: “Los sistemas electorales deben ser confiables y creíbles para los ciudadanos que depositan en ellos sus creencias, sus convicciones democráticas y su fe en la República y las instituciones. Los poderes políticos deben saber comprenderlos para que el pueblo siga queriendo votar”; añadiendo —con respecto al pasado— la siguiente moraleja: “Las normas electorales tienen su propia lógica basada en una indescifrable racionalidad colectiva que no pocas veces se vuelve contra quienes pretenden manipularlas. Los conservadores perderían para siempre el poder de las grandes mayorías” (Cfr., “Ambito Financiero”, 28/VI/2012, p. 12, Bs. As.).

cación del quehacer público en bien de una ciudadanía que reclamaba la vigencia de los valores preambulares de la Constitución Nacional, especialmente en el goce de las libertades y en el ejercicio de la igualdad en los derechos políticos. Su visión patriótica de la nacionalidad la proyectó más allá de los límites fronterizos y lo hizo acreedor al reconocimiento del pueblo hermano del Perú que le otorgaran los despachos de General por su gesto en la guerra del Pacífico. Poseía esa alma superior que le inspiró la exclamación de “América para la humanidad” —que complementaba y superaba la emblemática “América para los americanos” de *Monroe*— y entroncaba con la auspiciosa creencia de “que todo nos une y nada no separa”. Es que los grandes hombres llevan en las entrañas de su personalidad no sólo la grandeza de su trayectoria sino también el ánimo que se nutre de la conjunción de su fe, su esperanza y su ilusión. *Roque Sáenz Peña* lo demostró. Su épica heroica, al afrontar con éxito el desafío histórico de completar con el *sufragio* el accidentado curso de la organización política del país, es más que suficiente para pertenecer al cuadro de los próceres de nuestra trajinada democracia constitucional. Y si los desatinos de la posterioridad interrumpieron o tergiversaron el genuino objetivo modernizador y progresista de su emprendimiento, la raíz de los males hay que ubicarla en los déficit subyacentes de nuestra cultura política, verdadera rémora que conduce a la reiteración de los errores y fracasos por mimetización con los vicios y desprecio por las virtudes, en abierto e impúdico menoscabo de la ley y de las instituciones. Con escasa autocrítica, es ínfima la capacidad de rectificación, lo que nos convierte en personajes de “el mito de Sísifo” a la manera que *Albert Camus* simbolizó el absurdo inherente a esa condición humana en la leyenda del rey corintio condenado a empujar una roca hacia la cima de una montaña pero que siempre caía antes de llegar arriba.

Bibliografía

BISCHOFF, Efraín. Ramón J. Cárcano: palabra exacta y acción fecunda. Buenos Aires: Círculo de Legisladores de la Nación Argentina, 1999.

Documentos de Hipólito Yrigoyen. Buenos Aires: Congreso de la Nación, 1949.

FAYT, Carlos. Derecho político. Buenos Aires: Depalma, 1988, t. II.

FLORIA, Carlos y GARCIA BELSUNCE, César. Historia de los argentinos. Buenos Aires: Larousse, 1992.

GOMEZ, Indalecio. Los discursos de Indalecio Gómez. Buenos Aires: Kraft, 1950.

LEVENE, Gustavo Gabriel. Historia de los presidentes argentinos. 5a. ed. Buenos Aires: Osvaldo Raúl Sánchez Teruelo, 1992.

LINARES QUINTANA, Segundo. Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado. Buenos Aires: Alfa, 1953-1963.

LOPEZ, Mario Justo (h.). De la república oligárquica a la república democrática. Estudios sobre la reforma política de Roque Sáenz Peña. Buenos Aires: Lumiere, 2005.

NATALE, Alberto A. Derecho político. 2a. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

PIEDRA BUENA, Carlos A. “El aporte de Indalecio Gómez a la Ley Sáenz Peña”, EN: Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, 2011-2, 117-165.

Reforma Constitucional: Dictamen preliminar del Consejo para la consolidación de la democracia. Buenos Aires: Eudeba, 1986.

Reforma constitucional: Segundo dictamen del Consejo para la consolidación de la democracia. Buenos Aires: Eudeba, 1987.

ROMERO CARRANZA, Ambrosio, RODRIGUEZ VARELA, Alberto y VENTURA, Eduardo. Historia política y constitucional de la Argentina. Buenos Aires: A-Z, 1993.

SAENZ PEÑA, Roque. Escritos y discursos. Buenos Aires: Peuser, 1935.

SAMPAY, Arturo Enrique (comp.). Las constituciones de la Argentina: 1810-1972. Buenos Aires: Eudeba, 1973.

SOLA, Miguel. Diccionario histórico biográfico de Salta. Salta: Imprenta de la Legislatura, 1964.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución argentina y en su jurisprudencia. Buenos Aires: Pannedille, 1970.

El misterio de la representación política. Buenos Aires: América Actual, 1972.

“El valor de la experiencia en el derecho electoral”, EN: Jurisprudencia argentina, Buenos Aires, 1993-IV, 901.

Teoría constitucional. 2a. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000, t. II.

Victorino de la Plaza: tres momentos estelares de un hombre de Estado. Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2004.

Estado de derecho. 4a. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.

El principio del buen funcionamiento: desde el metajurídico a la lógica del resultado en el sentido jurídico

POR MARIO R. SPASIANO (*) (**)

Sumario: 1. El principio del buen funcionamiento: de la relevancia organizativa a la acepción relacional. — 2. El buen funcionamiento como principio de leal cooperación. — 3. El buen funcionamiento como principio de carácter funcional. — 4. La reciente evolución de la jurisprudencia administrativa en el ámbito del buen funcionamiento. — 5. El buen funcionamiento, la lógica del resultado y las recientes leyes de reforma.

1. El principio del buen funcionamiento: de la relevancia organizativa a la acepción relacional

El párrafo primero del artículo 97 de la Constitución identifica en los principios de imparcialidad y del buen funcionamiento (1), los fundamentales cánones jurídicos de referencia de la disposición de la organización y de la actividad de la pública administración. A pesar de eso, el principio del buen funcionamiento ha sido puesto por mucho tiempo en el ámbito del metajurídico, tanto desde el punto de vista de la doctrina (2) como de la jurisprudencia (en particular la constitucional). Las causas de esta circunstancia tienen que reconducirse por un lado a la escasa atención por parte de los especialistas de derecho administrativo, en lo tocante a los asuntos de la organización pública; por otro lado, al bien conocido repudio de la importancia jurídica de todos esos conceptos que no se hallan inmediatamente entre los tradicionales cánones de dirección de la actividad administrativa, en su sentido legalista-formal. En efecto, si la doctrina penal nunca ha desconocido el carácter jurídico a principios como “las buenas costumbres” o como el “común sentido del pudor”, desde siempre considerados parámetros de evaluación de conductas que comprenden hechos jurídicos ilícitos (cuyos contenidos necesitan y pueden adaptarse a las circunstancias históricas del tiempo en el que se invoca sus aplicaciones), los juristas administrativistas han viceversa tendencialmente adscrito en el área de lo “mínimo jurídico” el buen funcionamiento, cuya consideración, en una visión claramente reductora, a menudo se dejó involucrar en la descuidada materia de las ciencias de la administración, y por lo tanto “no digna” de ponerse al nivel del derecho (3), o como más, englobada en el sentido jurídico de imparcialidad de la acción administrativa, renunciando a todo buen propósito de hallazgo de una específica autonomía conceptual.

Hasta la Corte Constitucional ha tradicionalmente enseñado su incomodidad para ejercer su propio sindicado bajo el perfil del buen funcionamiento, prefiriendo más atrincherarse en el respeto del poder discrecional del legislador (4). Y desde una perspectiva correspondiente plenamente a la posición así descrita como apartada del Órgano Consultivo también el Consejo de Estado ha seguido

(*) Profesor Ordinario de Derecho Administrativo de la “presso la Seconda Università degli studi di Napoli e docente di Giustizia amministrativa presso l’Università degli studi di Napoli S. Orsola Benincasa. Pro-Rettore della Seconda Università di Napoli, con delega agli affari giuridico amministrativi.

(**) Traducción: Dra. María Inés D’Argenio, UNLP - UBA.

(1) Una reconstrucción de la evolución histórico-jurídica del principio del buen funcionamiento, sobre todo bajo el perfil organizador, se encuentra en la obra de Spasiano (1995:223 y ss.)

(2) Sobre el perfil apuntado, cfr. P. Barile (1958:136); N. Speranza (1972:86).

(3) En términos, C. De Seta, Principi giurisprudenziali in tema di buon andamento (1985:27); G. D’Alessio, Il buon andamento dei pubblici uffici (1993:268ss).

(4) Corte Const. 3 de marzo de 1959, n. 9, en Giur. Cost. 1959, 237.

definiendo, todavía en 1980, el principio debatido como “canon propio del ordenamiento particular de la administración y no una regla del ordenamiento general” (5).

Bajo un perfil que es sólo por apariencia diferente, por mucho tiempo se ha por otra parte debatido sobre la relevancia organizadora y/o funcional del principio del buen funcionamiento.

La doctrina prefería reconocer en la disposición del art. 97 Const. principios de valencia funcional, aún más considerando que la organización pública, hasta recientemente, ha constituido “*objeto de descripciones morfológicas, no de conocimiento teórico, y de manera contraria, la tesis según la cual la materia de la organización no afectara la ciencia del derecho, como que las normas a ella relativas no producían situaciones jurídicas subjetivas o intersubjetivas, estaba muy difundida.*” (Giannini, 1958:236).

Sólo elaboraciones más modernas (y deliberadas) han sabido llegar a una concepción más amplia, capaz de considerar relevante, bajo el perfil jurídico, el aspecto organizador de los cargos públicos (Marrama, 1998:397 y ss.), valorizando la necesaria correlación entre el estado estructural y el estado funcional de la acción pública: es decir, al final, que un acción eficaz, rápida, proporcionada, no puede que constituir el resultado de una organización (estado estático) inspirada arriba por dichos criterios.

Además, el Órgano Constituyente también había evidenciado el reconocimiento de un innegable enlace entre la disposición de la organización y el ejercicio de la acción, cuando había establecido, en la interpretación del párrafo primero del artículo 97 y también en la esencialidad de la tesis destinada a revisar la legitimidad de los diferentes modelos de administración pública (6), que imparcialidad y buen funcionamiento tenían que considerarse los términos de una única proporción destinada a concebir una “manera” de organizar los cargos públicos, para intentar valorizar una idea bidimensional del principio, es decir como un instrumento de organización racional y objetivo de la acción administrativa.

Verdaderamente, en la Asamblea Constituyente no fueron pocos los especialistas que habían declinado la oportunidad de la transposición del principio de buena administración en una pertinente disposición. Pero, acabó imponiéndose la orientación muy bien resumida por Guido Falzone en su obra de 1953 según la cual la acción pública tenía que ser útil para la comunidad “*no para ser hecho de administración, sino para ser hecho de buena administración así como quiere el derecho*” (Falzone, 1953), adjudicando así un tipo de fuerza jurídica al deber mismo.

Por otro lado, tenemos que reconocer que se necesita considerar la juridicidad de las normas constitucionales en una visión más amplia que la de las otras normas legislativas que contemplan semejante principio como que “*donde su contenido atribuye una relevancia o determina un principio o una decisión, la juridicidad se resuelve en un deber ser, (...), que conlleva un valor preceptivo, tanto como acción que como límite, para la conducta de los individuos.*” (Amorth, 1981).

A pesar de que la doctrina haya continuado produciendo elaboraciones bastante diferentes y fragmentarias, con disertaciones que por otra parte no renunciaban a enmarcar el principio del buen funcionamiento en el ámbito del metajurídico (o a adjudicarle una relevancia limitada a la organización del empleo público, casi como si el artículo 97 de la Constitución fuese destinado a agotar su eficacia en ese ámbito), en la jurisprudencia en materia administrativa, sobretudo de primer grado durante los años 70 empezó a emerger una gradual y siempre mayor conciencia de la circunstancia que la norma constitucional cuanto menos imponía al legislador de realizar una organización de los cargos de manera que se garantizara, además, la efectiva tutela de la “*exigencia superior*” del buen funcionamiento. En este contexto, para la primera vez, se advirtió que si es incuestionable que el legislador tenga una amplia discrecionalidad, más bien de libre juicio en lo tocante a elecciones so-

(5) Consejo de Estado, Sección IV, 16 de mayo de 1980, n. 504, en Giur. It.1981, III, 21.

(6) Sobre la multiplicidad de los modelos de administración pública existentes en el texto constitucional véase M. NIGRO (1985:163).

bre la justa disposición estructural y gestional de los cargos públicos, de todas maneras el caudal del buen funcionamiento llama ontológicamente los principios de logicidad, no arbitrariedad, criterio y medida, como parámetros substanciales para evaluar la efectiva correspondencia de los modelos legislativamente ratificados con los cánones establecidos por parte del principio mismo del buen funcionamiento (7).

Bajo esta idea, tuvo una importancia particular la sentencia del Pleno del Consejo de Estado número 2 de 1972 (8), con la cual se subrayó que donde fuera *“legislativamente puesto un sistema organizativo que haga posible, hasta sólo de manera abstracta, no honrar los principios del buen funcionamiento y de la imparcialidad, las normas del sistema mismo no se pueden considerar constitucionalmente legítimas”*.

La sentencia, en verdad, a pesar de que se apartara de la tarea -que no es en efecto fácil- de encarar y definir el posible contenido del principio del buen funcionamiento, subrayaba -aunque no podemos saber con que grado de real conciencia- la relevancia del principio considerado bajo el perfil de la organización ya no meramente estática sino relacional.

Después de la dicha sentencia, de hecho, la jurisprudencia administrativa, aunque con oscilaciones y reflexiones, fue favorable a reconducir el contenido del principio del buen funcionamiento al hallazgo de la correcta relación entre niveles de gobierno, mejor dicho, entre elecciones legislativas (o también de la administración en el ejercicio de su actividad de programación) y actividad administrativa.

La doctrina que en los años 70 trató ahondar en el estudio del buen funcionamiento propio con relación al perfil de la conexión entre niveles de gobierno, encontró en los estudios de Sepe (1975) y de Andreani (1979) los aportes más importantes. Ambos los especialistas consideraban el principio encarado como una expresión de la fundamental función de dirección gubernativa, mejor dicho de coordinación de los diferentes poderes públicos y niveles de gobierno.

A las hipótesis de estos autores no sólo se les da el mérito de aporte de justicia de las orientaciones expresadas por los que precedentemente habían negado la relevancia organizativa del principio examinado, sino sobretodo ellos tienen el mérito de haber proyectado el principio del buen funcionamiento hacia una dimensión contextualmente unitaria y relacional del ordenamiento, luego aún más confirmada por la siguiente evolución jurisprudencial y normativa.

En vero, no se puede olvidar que ya en 1968 la teoría de la así llamada procedimentalización del buen funcionamiento, propuesta por Berti (1968), había sentado las bases del pensamiento ahora rellamado. Pero en las páginas del difunto jurista, la noción racional del buen funcionamiento respondía aún a reglas de carácter formalista, como si el enlace entre las entidades titulares de autoridades públicas encontrara satisfacción sólo porque reglamentado en el ámbito de una secuencia, precisamente, procedimental. Y, por lo contrario, con la experiencia maturada durante los años siguientes a la institución de reales instrumentos para la coordinación intersubjetiva, parece claro que el contenido del principio del buen funcionamiento no agota, en relación a este perfil, su propio valor en la formal consideración de la mayoría de los intereses públicos y particulares posibles, sino va a representar un *“precepto funcional de contenido substancial”* (Andreani, 1979), para el logro de prácticos resultados de enlace entre las instituciones.

(7) Verdaderamente la orientación del Consejo de Estado no estaba por cierto privada de contradicciones e incertidumbres. P. CALANDRA, en el estudio *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica* (1987:158), subraya que el Consejo de Estado a menudo tendía a definir el principio del buen funcionamiento como *“canon propio del ordenamiento específico de la administración y no regla del ordenamiento general”*. Ni a diferentes consideraciones nos lleva la jurisprudencia de la Corte Constitucional: en lo tocante a esto, cfr. U. Allegretti (1982:1186); M.R. Spasiano (2006:163ss.).

(8) Pleno del Consejo de Estado 22 de febrero de 1972, n. 2, en Riv. Cons. Stato 1972, I, 77.

En otras palabras, el principio del buen funcionamiento, considerando la relevancia organizativa que tiene, es principio jurídico substancial como expresión típica de “eficiencia pública” (9), es decir necesidad de tutela precisa y efectiva de todos los intereses encomendados a la consideración de cada nivel de gobierno, admitiendo, obviamente, las exigencias de arbitraje, síntesis y unitariedad ínsitas en el equilibrio entre subsidiariedad y adecuación atribuidas a la evaluación discrecional de la administración.

Bajo un perfil diferente, necesitamos también indicar que al principio del buen funcionamiento en el sentido relacional (y a las instituciones que lo representan concretamente) el ordenamiento ha algunas veces reconocido la multitecplidad de contenidos y objetivos: a veces, subrayando la responsabilidad a criterios de economicidad (respondencia a parámetros de menor coste o de simplificación de la acción administrativa); otras veces, exaltando su eficacia y eficiencia (objetivo de más elevados estándares de calidad de los resultados); y otras veces, poniendo en evidencia las finalidades de garantías (satisfacción de las expectativas expresadas por las varias comunidades y coordinación entre los relativos intereses) (10).

Propio este último perfil ha adquirido en el tiempo particular relevancia, llegando a ser medida de referencia del grado de aprobación democrática de la actividad administrativa ejercida por los varios niveles de gobierno, en una perspectiva según la cual, como subrayado por la Corte Constitucional en la histórica decisión número 123 de 1968 (11), de verdad el principio del buen funcionamiento se hace importante, como “*bisagra de la vida administrativa y luego condición del desarrollo de la vida social*”.

2. El buen funcionamiento como principio de leal cooperación

La conciencia gradualmente adquirida de la juridicidad del principio del buen funcionamiento y de su valor también bajo el perfil relacional entre los diferentes niveles de gobierno, ha consituido el humus sobre el que —también— se ha implantado la elaboración del principio de leal cooperación, de origen jurisprudencial y ahora —como es conocido— considerado también en el texto constitucional (artículo 120 Const.) (12).

Aquí no queremos volver a recorrer el largo y tortuoso *iter* evolutivo del principio debatido que representa el resultado, en nuestro ordenamiento, de la tentativa de elaboración, por parte de la Corte Constitucional, de un modelo cooperativo basado en una lectura sistemática del reparto de competencias entre Estado, Regiones y (luego también) entidades locales. Basta, por lo contrario, sólo con subrayar que la jurisprudencia del órgano consultivo, con la contribución decisiva de Zagrebelsky, ha actuado según una doble idea de la manera de interpretar la cooperación entre niveles de gobierno: por un lado, notando la exigencia de un modelo cooperativo que quiere la coparticipación de las Regiones en las funciones del Estado y viceversa; por el otro lado, afirmando la utilidad, en las hipótesis de competencias sobrapuestas o confinantes entre varios sujetos del ordenamiento, de instrumentos que favorezcan la codecisión o, de todas maneras, el involucrimiento de todas las entidades interesadas en el proceso decisional de interés común.

El buen funcionamiento luego ha constituido una importante aunque no exclusiva base constitucional del principio de leal cooperación.

(9) Sobre la eficiencia pública véase Spasiano (1995:234 y ss.).

(10) Sobre estos perfiles, véase Pastori (1967:91).

(11) Corte Constitucional, 9 de diciembre de 1968, n. 123, en Giur. Cost. 1968, 2151

(12) En lo tocante a esto, véase el ensayo de A. GRATTERI, La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione, che propone un’interessante ricostruzione storica, con amplia bibliografía, en La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003 (al cuidado de E. BETTINELLI - F. RIGANO), Túrín 2004, 426ss.

La sentencia número 214 de 1988 (13) del órgano consultivo por primera vez califica el principio de leal cooperación justo como corolario del más amplio principio constitucional del buen funcionamiento, fuente de inspiración y de legitimación de disposiciones normativas aptas para crear instrumentos o, de todas maneras, formas de enlace o de coordinación paritaria (entendimientos, consultas, etc.) entre Estado y Regiones.

Por otra parte es claro que, faltando uniformidad y sobretodo coordinación de la acción de los diferentes niveles de gobierno, las finalidades de eficiencia de toda la administración pública, propias del buen funcionamiento, acabarían por quedarse —también según el órgano consultivo— “objetivos lejos e inalcanzables”, aún más en un ordenamiento pluralista, constantemente llamado a conseguir la composición de intereses de las diferentes comunidades que lo componen.

Dichas premisas anticipan las razones de una nueva interpretación del principio mismo de subsidiariedad, según la cual si la interferencia entre competencias es causa de impedimento de una precisa distribución de funciones entre los poderes públicos, en lo tocante al interés público a garantizar, el aparato administrativo tiene que actuar por formas de cooperación institucional.

Es verdad que la perspectiva dialógica “subsidiariedad-leal cooperación” supone un modelo de autonomismo no competitivo, que no está tanto basado en una clara separación de las competencias, sino en el hallazgo de instrumentos aptos para permitir un diálogo y una cooperación prácticos y eficaces cada vez que surgan intereses en conflicto, justo de diferentes niveles de Gobierno. Y la doctrina (Cammelli, 2007) —como es conocido— no ha perdido la ocasión para reconocer que la funcionalidad de semejante modelo queda atada a la garantía de una adecuada participación de todos los niveles de gobierno implicados en los procedimientos, a la determinación de la decisión final.

También la Corte Constitucional se ha orientado hacia esta dirección en la importante sentencia número 303 de 2003 (14) donde ha prospectado la extensión del principio de subsidiariedad en el sentido dinámico y de los procedimientos (también en lo tocante al ejercicio del correspondiente poder legislativo de organización de la función): a la presencia de exigencias unitarias, la atribución del poder decisional a nivel del estado se puede considerar constitucionalmente legítima siempre que haya *“una disciplina que prefigure un iter en el que tienen la debida importancia las actividades de forma concertada y de coordinación horizontal, o sea los entendimientos, que tienen que conducirse según el principio de lealtad”*.

Bajo otro perfil, parece evidente que el principio de leal cooperación como expresión dinámica relacional del buen funcionamiento se impone no sólo a la administración estatal sino también tanto a la de las regiones como a la de las entidades locales, quienes no pueden ni discordar inmotivadamente por actuaciones obstruccionistas con capacidad de detener el ejercicio de la función estatal sin adecuadas razones (15).

Desde esta consideración, la exigencia de hallar un método de superación del disenso injustificado, para evitar inútiles retrasos con la capacidad a veces hasta de minar la funcionalidad misma de la acción administrativa. Además, la leal cooperación ínsita en el entendimiento tampoco excluye a priori la posibilidad de prever, por el legislador, procedimientos aptos para superar posibles situaciones de estancamiento. Aquí luego la oportunidad, justo en el nombre del principio del buen funcionamiento, de llegar a la previsión de intervención sustitutiva, sea como las de tipo previsto por el segundo párrafo del artículo 120 de la Constitución, sea como las de tipo previsto por las leyes ordinarias estatales o regionales. Poderes sustitutivos aptos para garantizar el efectivo ejercicio de la función administrativa pero según rigurosos límites y condiciones que la jurisprudencia misma de la Corte Constitucional ha

(13) Corte Constitucional, 25 de febrero 1988, n. 214, en www.cortecostituzionale.it

(14) Corte Constitucional, 1 de octubre de 2003, n. 303, en www.cortecostituzionale.it, con comentario de A. MOSCARINI, Titolo V e prove di sussidiarietà: la sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale, en Riv.informatica.federalismi.it.

(15) Corte Constitucional 11 de enero de 1993, n. 6, en www.cortecostituzionale.it

claramente indicado para limitar su uso en las solas hipótesis previstas por la leyes en las cuales se encuentre una concreta y grave amenaza para el buen funcionamiento de la actividad de la pública administración: tiene que tratarse, como es conocido, de actividades sin carácter discrecional en el *an* (16); se necesita de todas maneras respetar los principios de subsidiariedad y de leal cooperación (17); es necesario que el sujeto inerte, competente en vía ordinaria, pueda evitar la sustitución por el autónomo cumplimiento (18).

3. El buen funcionamiento como principio de carácter funcional

Como apuntamos antes, el reconocimiento de la importancia del buen funcionamiento, tanto como organización que como coordinación entre los poderes públicos no ha agotado el empujón, ejercido sobretodo por la doctrina, hacia la búsqueda de un valor específico funcional del principio debatido (19).

Es en esta nueva perspectiva que el sentido del buen funcionamiento ha sido en vía preliminar acercado a la evaluación global de la actividad desarrollada por la administración, incluyendo en eso la evaluación de la legitimidad y hasta del mérito de la conducta, como que ambos se consideran indisolublemente conectados entre ellos en la evaluación de la justicia y de la bondad de la acción administrativa: por un lado, el aspecto normativo-formalístico, que expresa la “regularidad” de la potestad ejercida, por otro lado el aspecto práctico y con contenidos, que subraya la adecuación de la elección hecha (De Seta, 1985:27).

Como ya apuntado, el buen funcionamiento ha sido objeto de una interpretación destinada a subrayar su valor de instrumento para mejorar el rendimiento del aparato público, aquí juntado con el criterio de eficiencia de la obra de la pública administración (20).

La noción de eficiencia ha sido considerada por mucho tiempo antinómica con respecto a la exigencia de afirmación del principio de legalidad en todas sus articulaciones e implicaciones. Esta tendencia (Wieland, 1993:1728) constituye en vero la consecuencia de una idea sólo economista de la eficiencia, lo concreto de la transposición en el ámbito del derecho administrativo de un concepto empresarial sin ningún proceso de adaptación.

Con esta visión, tenemos que compartir la observación según la cual la aplicación de la eficiencia a la acción de los poderes públicos “*objeta a la historia de nuestra administración, ignora la finalidad de una disciplina que ha funcionado durante más de cien años*” (Guarino, 1985:111).

La adaptación que citamos, de todas maneras, no puede que seguir el hallazgo de la específica pregnancia axiológica del criterio de eficiencia.

En lo tocante a esto, necesitamos apuntar que en doctrina no faltaron los quienes pusieron dudas radicalmente sobre la posibilidad de hallar contenidos específicos y concretos en los cuales el buen funcionamiento pudiera expresarse en términos funcionales (21).

A conclusiones completamente diferentes llegaba por lo contrario la mayoría de los especialistas iuspublicistas que encontraba en el buen funcionamiento una noción de eficiencia como atribución a la pública administración de medios jurídicos elásticos aptos para permitir un mejor proporcionamiento de la actividad abastecida con respecto a la finalidad preestablecida (Nigro, 1966:85). Entonces, se daba a la ley la carga de preparar dichos medios, (potencialmente) idóneos para conseguir de manera congrua el objetivo preestablecido; esto permitía establecer, entre norma y organización, una

(16) Corte Constitucional 16 de julio de 2004, n. 227, en www.cortecostituzionale.it

(17) Corte Constitucional 2 de marzo de 2004, n. 73, y también 14 de mayo de 2004, n. 140, ambas en www.cortecostituzionale.it

(18) Corte Constitucional 2 de marzo 2004, n. 70, en www.cortecostituzionale.it

(19) En lo tocante a este tema, véase Ferrara (2010:31 ss.).

(20) Sobre este tema, cfr. A. Massera (2011:22 y ss.).

(21) En esta dirección, véase M. S. Giannini (1981:43).

relación necesariamente dúctil, con la capacidad de garantizar a la última la posibilidad de ejercer su acción con métodos y responsabilidades adecuados. Además, si la legalidad constituye el parámetro de la acción, la eficiencia integra su resultado, en el sentido que el punto de vista por tradición garantista de la administración estaba integrado por una ineludible exigencia de la congruencia de la acción: la administración ya no es una mera ejecución de la ley porque ha cambiado la relación entre poder y sociedad y la misma Constitución impone la realización de un aparato de servicio con la capacidad de realizar y garantizar la igualdad substancial (Calandra, 1987:157) (Speranza, 1971:89). Si por lo tanto, la eficiencia se hace concreta en una relación entre instrumentos y objetivos, entendimos que su afirmación supone en primer lugar la consideración de la funcionalidad operativa de las estructuras propuestas al ejercicio de la actividad administrativa: esta es una tarea que afecta tanto al legislador como a la administración, en particular en lo tocante al ejercicio de los poderes de estatuto (donde previstos) y de reglamentos.

La percepción difundida de la exigencia de una administración con la capacidad de cumplir efectivamente con sus propios deberes, como instrumento de desarrollo y de tutela de la persona más que como obstáculo a la realización de derechos e intereses de los individuos, ha llevado, además, a la adopción de la ley sobre el procedimiento administrativo, la ley número 241 de 1990, cuyas importantes y numerosas modificaciones e integraciones son muy bien conocidas. Esta norma puede constituir un válido soporte a la presente investigación si es verdad que ha establecido los parámetros generales dentro de los cuales tiene que actuar la acción administrativa. La ley número 241/90 con siguientes modificaciones e integraciones, establece en el artículo 1 que "*La actividad administrativa ... se basa en criterios de economicidad, eficacia, imparcialidad, publicidad y transparencia según las modalidades previstas por esta ley y por las demás disposiciones que disciplinan los singulares procedimientos, y también por los principios del ordenamiento comunitario*". De esta manera, si se llama la atención explícitamente sobre la imparcialidad, el principio del buen funcionamiento entra en la ley sobre el ejercicio de la actividad administrativa de manera mediata, es decir sólo por la consideración de los términos de economicidad y eficacia.

Sobre la economicidad se pueden encontrar por lo menos tres acepciones: una organizativa, una funcional y una contable. Pronto tenemos que decir que por cierto no se puede considerar inspirada por el criterio de economicidad organizativa una administración en la cual no se encuentren la distribución infraorgánica e interorgánica de las competencias de manera clara y lineal. Lo mismo podemos afirmar, bajo el perfil funcional, para una acción administrativa que actúe por iter procedimentales tortuosos, hechos peores por pasajes supérfluos, repetitivos, hasta inútiles. Tampoco es económica una administración que no cuide la cobertura financiera de sus propias deliberaciones de expensa o que omite considerar en una evaluación comparativa los beneficios (también sociales) alcanzables con respecto a las cargas asumidas. Luego, podemos considerar que el criterio de economicidad pida también la autonomía financiera (posiblemente también la del impuesto) de la administración agente, fuente ineludible de responsabilidad.

Pero la noción de economicidad implica también algo más: este principio se define de hecho con otros sentidos que rellaman los conceptos de especialización y adecuación de la acción administrativa. El primero tiene que ser considerado en el sentido que los aparatos administrativos tienen que tener a su disposición instrumentos de governance idóneos para conseguir los resultados previstos. La segunda acepción permite, por lo contrario, adentrarse en la investigación de un ulterior parámetro de referencia que se pueda de alguna manera llevar a la noción de eficacia administrativa. En términos generales, ella expresa la relación entre objetivos preestablecidos y resultados logrados y luego la capacidad de un sistema para realizar concretamente el programa político/administrativo predeterminado. Más específicamente, en el ámbito del derecho público, la eficacia puede luego definirse como la capacidad de un poder público de realizar exactamente esas finalidades que el ordenamiento le asigna.

Verdaderamente, también la publicidad y, por último, la transparencia —ambos criterios apuntados en el artículo 1 de la ley modificada n. 241/1990 cit.— contribuyen a la composición de manera

integrada y unitaria, del complejo sentido del buen funcionamiento. En lo tocante a esto, la publicidad, considerada como mero respeto formalista de reglas de difusión de la información por cierto no constituye un síntoma de precisión administrativa, por lo menos hasta que no sea asociada a la transparencia. El uso de instrumentos generalmente tradicionales de publicidad (como por ejemplo la publicación en diarios y boletines), tanto como el acceso de información surgen a lo sumo, en algunos casos, como verdaderos medios de ocultación o de distorsión de la realidad representando instrumentos de comunicación poco o para nada fruibles por parte del ciudadano común o a veces hasta por parte de los operadores jurídicos mismos. Luego, se hace necesaria, para una acción inspirada por el buen funcionamiento, una configuración de la transparencia (Spasiano, 2007:1435) en calidad de condición de real conciencia de actas y de actuaciones de la pública administración (por parte de sujetos externos), en lo tocante a las relativas razones inspiradoras y a las finalidades conseguidas.

La relación de la transparencia con el buen funcionamiento (y la imparcialidad) del que constituye un lógico e indefectible corolario, parece evidente: ella juega una función esencial de tutela y de garantía de todos los intereses implicados en la obra de la pública administración.

Desde diferente perfil, podemos también apuntar que las prerrogativas propias de una administración inspirada por el principio del buen funcionamiento determinan también una percepción del fenómeno participativo en una dimensión estructural, hasta antes que procedimental, del sistema (22) interno. Semejante dimensión brota por lo menos de dos factores contextuales de tipo jurídico; en primer lugar la importancia constitucional que tiene el principio de subsidiariedad horizontal que evidentemente compromete el poder administrativo en una lógica ontológicamente dialógica, justo por la prioridad de autorregulación en todo ámbito de intervención de relevancia pública con respecto a la posibilidad de creación de un poder autoritativo (que, de hecho, se legitima sólo donde la sociedad o el mercado no tienen la capacidad de alcanzar de manera autónoma una disposición equilibrada de los intereses). Bajo otro perfil, la ley número 241/1990 impone al poder administrativo de "estructurarse" de manera dialógica para permitir la aplicación de todas esas entidades que gestionan la participación en los procedimientos.

En esta perspectiva, se ejecuta esa relación de constante simbiosis entre las diferentes componentes del ordenamiento, una relación que si durante la programación se exalta en su más amplia manifestación (aunque con las limitaciones persistentes de la ley número 241/90), adquiere una particular importancia y vivacidad también en la fase ejecutiva.

Ya ningún fundamento puede hacer alarde de esa orientación dirigida a prospectar un insuperable contraste entre la realización de una administración eficaz y una administración participativa (Cardi, 1984:36 y ss.). Podríamos debatir sobre el hallazgo de formas de participación más oportunas y modernas en los procedimientos administrativos, pero ningún especialista de la disciplina podría discutir sobre la increíble capacidad de la participación de erigirse como una auténtica fuente de legitimación del poder (Spasiano, 2002:283 y ss.), condición indefectible de una acción administrativa eficaz.

La disponibilidad de la administración para destacar y considerar todos los intereses implicados en su acción no encuentra luego una limitación en la eficacia sino se califica por ella traduciéndose en la exigencia de evaluar de manera seria y rápida los intereses importantes y sólo los hechos y las circunstancias estrechamente relacionados con el objeto del procedimiento.

Hasta desde el final de los años 50, una doctrina acreditada reconocía que la organización pública trabaja para satisfacer de manera concreta las necesidades para las que está creada por el legislador (Octaviano, 1958:9). Desde este punto de vista, deducimos que el buen funcionamiento (como la imparcialidad) constituyen un criterio de ejecución dirigido para hacer reconocible, por la comunidad, un poder público que, como tal, tiene la capacidad de conseguir utilidad para el interés público.

(22) Sobre la dimensión estructural de la participación, véase M.R. Spasiano (2002:163ss.).

En otras palabras, la administración tiene la capacidad de hallar y realizar concretamente, por el filtro del buen funcionamiento, el interés común determinado sólo de manera abstracta o de todas maneras delineado por la ley. Este interés no será sólo la suma algebraica de intereses parciales, sino la justa consideración y ponderación de ellos: en semejante perspectiva, el abstracto y a menudo parcial interés legislativamente determinado, baja a la realidad, se enriquece en contenidos y se hace perfecto dando cumplimiento a las exigencias concretas de los administrados hasta llegar a ser “regla del caso” (Spasiano, 2000:131 y ss.), mejor dicho justo interés (Berti, 1986:160).

Buen funcionamiento e imparcialidad se definen y se completan mutuamente bajo el perfil de recíproca garantía, produciendo así una relación de correspondencia biunívoca. Considerando de manera equilibrada y común los dos principios, posibles conflictos entre exigencias de actuación del poder y exigencias de garantía de las situaciones subjetivas implicadas en la acción encuentran una solución preventiva, combinándose de esta manera los principios de eficiencia y de solidaridad, en un delicado y dinámico equilibrio de valores que encuentra una adecuada composición propio en la fase ejecutiva del poder (23). Esta perspectiva impide también relegar la imparcialidad a un mero signo formal y nominalístico (Andreani, 1979:33) y rebajar el buen funcionamiento a un simple compromiso intersubjetivo entre partes implicadas en diferentes intereses (24).

La perspectiva enunciada conecta el artículo 97 Const. y, en particular, el principio del buen funcionamiento en una visión amplia del ordenamiento que echa sus raíces en una lectura global de los principios fundamentales del texto consuetudinario. El ordenamiento administrativo tiene de hecho, como su objetivo último, la tutela del ciudadano (art. 3 Const.) y el pleno desarrollo de la persona humana por la efectiva participación de los individuos en la organización política, económica y social, sin distinción de sexo, raza, idioma, religión, opiniones políticas. Por eso, se compromete a quitar toda diferencia que limite de hecho la libertad o la igualdad entre los ciudadanos, actuando de forma subsidiaria (art. 118 Const.). Y la persona humana a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 3 de la Constitución, es el individuo (art. 2 Const.) titular de derechos inviolables, tanto como persona individual, como en sus formas de vida asociada (art. 2) y de participación en las más amplias comunidades locales (art. 5), inevitablemente relacionado con otros individuos por un vínculo inderogable de solidaridad política, económica y social (art. 2 Const.).

La dimensión personalista y —a partir del vínculo de solidaridad— social de la pública administración afectan de manera importante sus disposiciones organizativas, desplazando el tradicional eje

(23) Para V. Bachelet, en *L'evoluzione della pubblica amministrazione, in L'amministrazione in cammino - Guida agli scritti giuridici di V. Bachelet*, Milán 1984, 69 s., “No podemos olvidar que nuestra Constitución impone, con el buen funcionamiento (...), también la imparcialidad de la administración: la cual por cierto tiene muchas componentes de equidad, de justicia, de exacta y humana comprensión de las situaciones; pero tiene también como necesario soporte, la ejecución de la ley. Y esto aún más en una administración participativa, donde la ley, precisamente, tiene que tutelar la imparcialidad del servicio para los que pertenecen tanto a la mayoría como a la minoría de los usuarios.” También G. Falzone (1953:129) destacaba la existencia de un deber de buena administración como síntesis de imparcialidad y buen funcionamiento, impuesta por la Constitución. La A. de todas maneras frente a este deber no era capaz de configurar una corelada posición jurídica subjetiva de derecho para el ciudadano. Por tanto él estaba “obligado” a usar la bien conocida teoría de los intereses difusos, que, como es conocido, tratando de la colectividad en su conjunto, no encuentran otra tutela que la de genérica disponibilidad de la administración para encarar sus tareas: ahora la situación es completamente diferente, siendo ampliamente reconocida la legitimación para actuar de organismos representativos de intereses meta-individuales. Sobre este tema, R. Lombardi (2008).

(24) G. Pastori amplía el ámbito de los principios de imparcialidad y buen funcionamiento hasta considerarlos como calificadores de toda actividad de los ciudadanos en el área del derecho público, sin embargo precisando algo. Mientras que la imparcialidad - como posibilidad de evaluar todos los intereses - para soportar la aproximación no puede limitarse a tener una importancia organizativa, pero tiene que traducirse en regla de la actividad, el buen funcionamiento puede trasponerse tout court. “La aumentada importancia de esta regla y la progresiva aproximación de las actividades particulares y públicas desde este punto de vista, además se favorecerán (...) también por la introducción de la técnica del obrar administrativo, que contribuye a la equiparación de hecho de los dos órdenes de actividad” (Pastori, 1967:224 y ss.).

dialéctico autoridad-libertad hacia ese de eficiencia-garantía, cuya síntesis ofrecida por el artículo 97 Const. constituye la más acreditada (ya no única) expresión normativa.

Imparcialidad y buen funcionamiento, luego, aspectos complementarios de una realidad única, síntesis completa del concepto global de “buena administración” a la cual el ordenamiento democrático encarga —aunque no de forma exclusiva— la tarea de realizar las condiciones que permitan el pleno desarrollo de la persona humana, en un contexto en el que criterios como eficacia, eficiencia, economicidad, etc. acaban por tener contenidos y características claramente diferentes con respecto a los que los mismos conceptos tienen en sus ámbitos de origen (generalmente empresariales).

Esto no comporta, sin embargo, la confusión entre la “buena administración”, a la cual llegamos en virtud de reflexiones hechas hasta ahora, y la misma “buena administración” propia del ordenamiento europeo, cuyos sentidos específicos e importancia echan sus raíces en contextos completamente diferentes, que no podemos investigar en este estudio.

4. La reciente evolución de la jurisprudencia administrativa en el ámbito del buen funcionamiento

La contribución ofrecida por la evolución de la jurisprudencia administrativa en el ámbito del buen funcionamiento ha llegado a tener, especialmente en los últimos años, contenidos muy interesantes, destinado por la mayoría a fortalecer el significado y la importancia, sobretodo en lo tocante a la funcionalidad de la actividad administrativa.

En este sentido la mayoría de la jurisprudencia administrativa ha vislumbrado en el buen funcionamiento la fuente a la que atar el deber de la administración pública para abastecer una adecuada y congrua razón en el ejercicio de algunas actividades, y esto aún antes que la ley número 241 del 1990 en el artículo 3 había ratificado de forma explícita la obligación (25). En esta perspectiva, la razón tiene que permitir a la parte interesada de entender de manera *exacta y fácil* las razones puestas como fundamento de la acción pública, también en aplicación del principio instrumental de transparencia (26).

El principio del buen funcionamiento ha sido además considerado expresión de la exigencia de una actividad procedimental indagatoria completa y “representante la realidad” que según la elaboración de algunas sentencias del Consejo de Estado (27) y de Tribunales Administrativos (28). Regionales, no sólo tiene que constar de las razones formales y sustanciales de las determinaciones administrativas tenidas, sino tiene la capacidad de poner la participación al procedimiento de los sujetos interesados en una perspectiva de cooperación funcional para la emersión de los intereses considerables, para una seria y meditada consideración de los mismos para la determinación de la disposición final de subción en el auto (29).

También para la jurisprudencia administrativa —como detectado *supra* en las reflexiones de la doctrina— el principio del buen funcionamiento es sinónimo luego de economicidad en la particular

(25) En términos, T.A.R. Toscana, Sec. III, 14 de septiembre de 2010, n. 5938, en Red. Amm. 2010, 09; T.A.R. Umbria, Sec. I, 29 diciembre de 2009, n. 832; Cons. Estado, Sec. V, 6 de diciembre de 2007, n. 6243, en Foro Amm. CDS 2007, 12, 3433

(26) En términos, Cons. Estado, Sec. IV, 22 de septiembre de 2005, n. 4983, en Foro Amm. CDS 2005, 9, 2570.

(27) Entre las otras, cfr. Cons. Estado, Sec. V, 10 de septiembre de 2009, n. 5424, en www.giustizia-amministrativa.it.

(28) T.A.R. Lombardia, Milán, Sec. I., 3 de marzo de 2010, n. 496, en Foro Amm. TAR 2010, 3, 755; T.A.R. Lazio, Roma, Sec. II, 24 de octubre 2007, n. 10748, en Foro Amm. TAR 2007, 10, 3090.

(29) T.A.R. Sicilia, Palermo, Sec. I, 7 junio de 2007, n. 1627, en Il merito 2007, 65; T.A.R. Sicilia, Catania, 30 de enero de 2007, n. 179, en Foro Amm. TAR 2007, I, 297.

acepción que tiene en el ámbito de las dinámicas públicas (30), es decir sobretudo como prohibición de inútil aumento de las cargas (meramente) formales del ciudadano (31).

Una diferente e interesante perspectiva jurisprudencial pone el buen funcionamiento entre los principios guías de las elecciones que la administración tiene que hacer.

Desde este punto de vista, puede tener coherencia con eso la disposición para avanzar cesiones inmobiliarias preordinadas para la búsqueda de recursos aptos para satisfacer prioritarios intereses de la comunidad tanto en el caso de cesiones para los actuales titulares como por la reducción de los precios, para facilitar la rapidez de los ingresos, como también favoreciendo los ingresos en la hipótesis de venta al precio de mercado en detrimento de los tiempos de realización (32).

En algunas hipótesis el principio del buen funcionamiento impone el ejercicio preliminar de evaluaciones discrecionales para el hallazgo de la mejor solución posible, de tipo organizativo o funcional, donde se encuentren diferentes hipótesis de decisión (33). En este sentido, por ejemplo, ha sido considerado como fuente de la obligación de evaluación de la compatibilidad, también por la comprobación de competencia, de una iniciativa económica particular con la más correcta disposición de un servicio público (34); el buen funcionamiento consiste (también), de hecho, en el “poder-deber atribuido a la administración de aprestar las medidas y los instrumentos más adecuados, oportunos, congruos, eficientes y eficaces para alcanzar de manera efectiva y corecta el interés público concreto” (35).

Tras algunas orientaciones expresadas por la Corte Constitucional (cfr. sentencias números 233 de 2006 y 103 - 104 de 2007; en último, números 34, 81 y 224 de 2010), el principio del buen funcionamiento ha sido considerado un pilar sobre el que se sustentan las necesarias garantías procedimentales para impedir, además, el uso de mecanismos automáticos de caducidad o sustitución de altos dirigentes, por razones de tipo político de alternación (según el así llamado principio del *spoils system*) de diferentes grupos políticos (36).

Por último, luego, si —como hemos notado— el buen funcionamiento representa el principio de transparencia y de prohibición de aumento de cargas para el ciudadano, también como alivio del ejercicio de acciones judiciales no necesarias (37), parece también expresar indirectamente formas de privilegio, por el ordenamiento general, hacia un tipo de tutela restitutoria en detrimento de la resarcitoria patrimonial, que tiene que considerarse subsidiaria con respecto a la primera también por lo dispuesto en el artículo 24 Const. (38).

El nuevo contexto delineado por la interpretación jurisprudencial del buen funcionamiento ofrece una nueva dimensión jurídica a los criterios de eficacia, eficiencia y economicidad de la acción administrativa, todavía antes y prescindiendo del dictado legislativo en el artículo 1 de la ley número 241 de 1990, la cual en realidad enseña la incorporación de las orientaciones expresadas en particular por la autoridad de la administración y de la auditoría (39).

(30) Cons. Estado, Sec. IV, 27 de julio de 2010, n. 4910, en Dir. & Giust. 2010

(31) Cons. Estado, Sec. V, 27 de marzo de 2009, n. 1840, en Foro Amm. CDS 2009, 10, 2343.

(32) Cons. Estado, Sec. VI, 28 de abril de 2010, n. 2428, en Dir. & Giust. 2010.

(33) Cons. Estado, Sec. VI, 10 de febrero de 2010, n. 668, en Dir. & Giust. 2010.

(34) En términos, Cons. Estado, Sec. V, 17 de febrero de 2010, n. 915, en Foro Amm. CDS 2010, 2, 382.

(35) Cons. Estado, Sec. V, 15 de marzo de 2006, n. 3568, en Foro Amm. CDS 2006, 3, 872; Cons. Estado, Sec. IV, 22 de octubre de 2004, n. 6972, en Foro Amm. CDS 2004.

(36) T.A.R. Sardegna, Sec. I, 21 de mayo de 2010, n. 1240; Cons. Estado, Sec. V, 16 de octubre de 2007, n. 5388, en Ragiusan 2008, 291, 37; T.A.R. Campania, Nápoles, Sec. V, 3 de abril de 2006, n. 3316, en Com. It. 2006, 6, 88.

(37) T.A.R. Lazio, Roma, Sec. II, 8 de junio de 2009, n. 5449, en Foro Amm. TAR 2009, 6, 1769.

(38) (38) Cons. Estado, Sec. IV, 10 de diciembre de 2009, n. 7744, en www.giustizia-amministrativa.it; *ib.*, 22 de junio de 2006, m. 2066, en Foro Amm. 2006, 6, 1771; *ib.*, 22 de octubre de 2004, n. 6959, en Foro Amm. CDS 2004, 2855.

(39) Tribunal de cuentas, Reg. Campania, Sec. jurisd., 6 de julio de 2009, n. 752, en Riv. Corte Conti 2009, 4, 171.

Por otra parte, la eficacia del principio debatido prescinde de la forma de ejercicio de la función pública, extendiéndose también a la hipótesis de uso de estructuras de orden privatístico (40), considerando la circunstancia que la acción de la pública administración nunca puede ser en detrimento del respecto de reglas legislativas y contractuales inspiradas por el respecto de valores de importancia constitucional (41). Desde aquí deriva que la búsqueda de la eficiencia y de la eficacia en las estructuras públicas no puede estar en contraposición con el principio de legalidad que representa un límite impracticable para las elecciones gestionales de la actividad del directivo público (42). Su consideración, luego, impone que el resultado administrativo, por otra parte considerado como parámetro de evaluación de la obra de los *administradores* públicos, se entienda en el ámbito de una lógica que evidentemente dirige la acción no sólo para el respecto de las reglas de conducta y de los modelos procedimentales puestos como garantía de los diferentes sujetos con los cuales la administración se encuentra en el cumplimiento de su acción, sino para el efectivo logro de una *utilitas*, único factor, en un ordenamiento inspirado también por el principio de subsidiariedad, para legitimar la existencia de sujetos con poderes de relevancia pública.

5. El buen funcionamiento, la lógica del resultado y las recientes leyes de reforma

Desde hace algunos años, exigencias de racionalización del gasto público y de un mejor uso suyo, ofrecen al buen funcionamiento otros sentidos diferentes de los que normalmente practican y expresan. En particular ha ido atenuándose —de manera por cierto ni plana ni sin contradicciones— una profunda revolución de la manera misma de entender la acción del poder público, que desde ejercicio de actividad meramente conforme con el dictado legislativo ha ido respondiendo a exigencias diferentes que podríamos definir como —de manera quizás demasiada sintética— “atención al resultado”.

Verdaderamente, el uso propio de la palabra resultado, cuya matriz nos lleva de inmediato a lógicas de empresa, ha provocado no pocas perplejidades en varios especialistas, preocupados por las consecuencias que la nueva “filosofía empresarial” habría podido producir para la legalidad, valor auténtico e imprescindible de la acción administrativa. Casi como si el logro del resultado asimismo fuese un riesgo inaceptable para una actividad que tiene que permitir la ejecución del dictado legislativo respetando todas las reglas para la tutela de las garantías del ciudadano y —más a menudo— de la administración pública misma.

A pesar de eso, en este contexto, no podía escapar una observación importante: es decir, si es verdad que la pública administración tiene que perseguir las finalidades reconocidas por la ley, esto no puede dar lugar al logro solícito del mismo resultado de alguna manera prefigurado e impuesto por la ley. Podemos sentir en semejante afirmación —por lo menos in *nuce*— la maduración de la conciencia que el resultado administrativo no constituye algo que se pone fuera de la norma y luego fuera del principio de legalidad, sino asigna a éste un sentido más principal, más coherente con la exigencia de efectividad de tutela de los intereses para los que los diferentes centros del poder público hallan legitimación. Podemos luego destacar que la “relevancia atribuida al resultado administrativo constituye la innovación más profunda de la manera de entender jurídicamente la actividad administrativa; y puede, entonces, modificar la manera de administrar, es decir la manera en la que los funcionarios entienden su acción” (Scoca, 2002:10).

En otras palabras, el resultado es la capacidad que las entidades tienen para satisfacer las exigencias para cuya tutela han sido creadas: en conclusión, es una forma de expresión del buen funcionamiento como por el artículo 97 de la Const.

No por casualidad, el ordenamiento prevé la supresión de las entidades así llamadas inútiles en virtud de la Ley número 59 de 1997.

(40) T.A.R. Campania, Salerno, Sec. II, 7 de abril de 2006, n. 438, en Foro Amm. TAR 20086, 4, 1442

(41) Tribunal de Cuentas, Reg. Lombardia, Sec. Jur., 10 de marzo de 2006, n. 172, en Foro Amm. 2006, 3, 1153.

(42) T.A.R. Lombardia, Milán, Sec. II, 9 de junio de 2006, n. 1352, en www.giustizia-amministrativa.it

La importancia atribuida por el ordenamiento al resultado administrativo y su subsunción en el ámbito de la legalidad, determina la extensión de la comparación norma-acto con la relación norma-acto-resultado, el último considerado evidentemente en términos no económicos, sino jurídicos como por el sentido ya delineado. El resultado administrativo, de hecho, lejos de consistir en la necesaria satisfacción material de la pretensión del ciudadano, se realiza más bien en la necesaria toma en consideración de sus intereses jurídicos y de sus solicitudes, y también de la satisfacción de sus peticiones en términos de adecuación de la respuesta (no necesariamente positiva), como que en esa -además- se ponen las justas exigencias de la certeza del derecho.

En conclusión, el resultado administrativo, como expresión del buen funcionamiento de la pública administración, implica la pronta toma en consideración de los intereses, su rápida ponderación y su eficaz tutela, en el respeto de los parámetros temporales y lógicos propios de cada ámbito de actividad pública. Aún más considerado que —como es conocido— la norma de ley no puede por cierto considerarse exhaustiva ni en lo tocante al hallazgo de intereses dignos de atención ni a la medida de su consideración —como prueba— la circunstancia de la proliferación de los organismos para la coordinación y la simplificación de la evaluación contextual de los intereses en juego (conferencias de servicios, ventanillas únicas, acuerdos de programa, etc.).

La lógica del resultado, expresión del buen funcionamiento, luego no tiene nada que ver con el resultado a toda costa, o con la necesaria satisfacción material de la pretensión del ciudadano. Y a ella se oponen todas esas formas de legitimación de la inercia administrativa, como los mecanismos de silencio significativo o de declaración de inicio de actividades (hoy también s.c.i.a. en italiano, es decir aviso de certificado de inicio de actividades), que, si por un lado dejan el ciudadano en la incertidumbre, por el otro provocan serias dudas de legitimidad que afectan la misma razón de ser de sujetos que, aunque allí para el ejercicio de funciones de administración activa, de esta manera tienen la legitimación para atrincherarse detrás de formas de inacción (43).

Las más recientes reformas en lo tocante a organización y directivo público, que tienen una ya inadecuada disciplina de la responsabilidad pública (sobretudo de auditoría) y a las cuales no faltan contradicciones, han actuado —con pasos atrás y huidas adelante— para la enfatización de la lógica del resultado como expresión del principio del buen funcionamiento.

De hecho, con la ley número 15 de 4 de marzo de 2009 el Parlamento otorgaba al Gobierno una amplia delegación finalizada a la optimización de la productividad del trabajo público y a la eficiencia y transparencia de las públicas administraciones. En particular, el Gobierno tenía delegación para adoptar uno o más decretos legislativos para: modificar e integrar la disciplina del sistema de evaluación de las estructuras y de los empleados de las administraciones públicas; introducir en la or-

(43) Es notorio que en lo tocante a los silencios significativos y a la así llamada declaración de inicio de actividad (hoyendía ampliamente remplazada por el aviso de certificado de inicio de actividades) existe una amplia gama de doctrinas a las cuales se acompañan también un varío (y contradictorio) contexto jurisprudencial (también estamos a la espera de la decisión del Pleno del Consejo de Estado justo sobre la naturaleza jurídica de la declaración de inicio de actividades y del aviso de certificado de inicio de actividades). Aunque no exprimamos opiniones ahora, no podemos que destacar como tanto el silencio significativo como la declaración de inicio de actividades constituyen elementos de negación de la misma lógica de legitimación de la existencia de poderes de administración activa, reservando, en vía de hecho, a la pública administración una función de mero ejercicio de poderes de autotutela. Aún más considerando que los últimos se caracterizan por la incertidumbre que generan en los destinatarios, quizás destacados para encarar onerosas inversiones en contextos que no parece arriesgado definir a veces por lo menos dudosos desde el perfil jurídico. Ni el refuerzo del ejercicio del poder de anulación, después de la entrada en vigor de la reforma de la ley número 241/1990, es capaz de tranquilizar sobre este aspecto. Lo que hemos ahora expresado encuentra nuevo vigor donde la reflexión se relaciona con esas grandes áreas del país en las que la difusión de fenómenos de delincuencia organizada encuentra nuevo estímulo propio desde el uso de formas de silencio y de autocertificación, considerada la continua escasa (y hasta inexistente) capacidad (o voluntad) de las administraciones locales para intervenir por el ejercicio de efectivos poderes rehabilitadores. En conclusión, silencios y aviso de certificado de inicio de actividades desde instrumentos de simplificación a ocasiones de ilegalidad (además que de incertidumbre jurídica).

ganización de las públicas administraciones instrumentos de valorización del mérito y métodos de estímulo de la productividad y de la calidad del rendimiento del trabajo; modificar la disciplina del directivo público, de las sanciones disciplinarias y de la responsabilidad de los empleados de las administraciones públicas.

La delegación, luego, ha sido aplicada por la adopción del decreto legislativo número 150 de 27 de octubre de 2009.

El objetivo principal de la reforma era mejorar el buen funcionamiento de la administración, es decir la eficiencia y la eficacia de su acción, por la valorización del mérito y la definición de un sistema más estricto de las responsabilidades, todo esto por una necesaria reexaminación del papel del personal directivo (sobretudo de alta dirección) y de su relación con el órgano político.

Por las recientes disposiciones, toca a los órganos políticos aprestar, de forma preventiva, los objetivos anuales de la administración y considerar, de forma real, cuantos se lograron efectivamente (artículo 4, párrafo II, apartado b, ley número 15/2009).

La dirección política se materializa en los siguientes actos: a) directivas generales que contienen las direcciones estratégicas; b) plan anual, redactado de acuerdo con el directivo, sobre la *performance* (los resultados) coherentemente con objetivos y recursos, y también Informe anual sobre la *performance*, de tipo real; c) verificación de los objetivos estratégicos alcanzados; d) definición de un programa trienal para la transparencia (artículo 15, decreto legislativo número 150/2009).

La reforma establece la plena autonomía del dirigente de nivel más alto, comparado con un real impresario público para la evaluación de los resultados (artículo 4, párrafo II, apartado e y artículo 5, ley número 15/2009), es decir los resultados de su colaboradores. A este poder se enlaza una específica responsabilidad en caso de falta de supervisión sobre la efectiva productividad de los recursos humanos asignados y sobre la eficiencia de la relativa estructura. Al veredicto sobre la verificación de dicha responsabilidad, parte la prohibición de pago de la remuneración de carácter accesorio. Sobre este último aspecto, se prevé la redefinición de la remuneración del directivo según el resultado, que no podrá ser inferior al 30% de la retribución total.

En esta perspectiva, tanto la ley de delegación como el relativo decreto de ejecución quieren “*fortalecer el principio de distinción entre las funciones de dirección y control que incumben a los órganos de gobierno y las funciones administrativas que corresponden al directivo, en el respeto de la relativa jurisprudencia constitucional, regulando la relación entre altos órganos y altos dirigentes para garantizar la plena y coherente ejecución de la dirección política de los órganos de gobierno en ámbito administrativo*” (artículo 6 de la ley número 15 de 2009).

El uso de la palabra “fortalecer” evidentemente indica la conciencia de la preexistencia del principio de distinción funcional entre política y administración, pero expresa también la necesidad de instrumentos de ejecución y de enlace más adecuados.

Pues bien, parece evidente que delinear con mayor especificidad los papeles y las funciones propias del órgano político y administrativo, y también atribuir a éste último un más amplio margen de autonomía de decisión (y, como consecuencia, de responsabilidades) no es suficiente para ofrecer más coherencia a la relación entre política y administración, en la medida en que no se resuelve el auténtico factor crítico representado por las formas de evaluación de la obra del directivo.

En lo tocante a esto, el decreto legislativo número 150 de 2009 prevé en primer lugar la creación, a nivel nacional, de una Comisión para la evaluación, la transparencia y la integridad de las administraciones públicas, como órgano independiente con la tarea de dirigir, coordinar y supervisar el ejercicio de las funciones de evaluación, ofreciendo a las administraciones individuales los criterios y los modelos de evaluación de referencia (artículo 13, decreto legislativo número 150/2009) (44). Cada

(44) La Comisión está compuesta por cinco miembros —nombrados con decreto del Presidente de la República, a propuesta del Ministro para la pública administración y la innovación— escogidos entre expertos en management,

administración luego tiene que aprestar un organismo independiente de evaluación de los resultados del trabajo - en sustitución de servicios de control interno - que tiene la tarea de monitorear el sistema de evaluación en coherencia con lo dispuesto por la Comisión central. A este órgano no incumbe la función de verificación y evaluación de la obra de los órganos directivos. En virtud del artículo 14, párrafo IV apartado e) del decreto legislativo número 150/2009, de hecho, el organismo de evaluación se limita a “proponer al órgano de dirección política- administrativa la evaluación anual de los altos dirigentes”. A todo esto, añadimos como el mismo carácter de independencia de dicho organismo parezca más formal que real, si sólo consideramos que el mismo órgano de dirección política nombra sus miembros (artículo 14, párrafo III).

En conclusión con el nuevo sistema se ha introducido un “filtro” —esta individuación de un sujeto (aparentemente) independiente al cual encargar la redacción de una especie de instrucción— sin pero modificar el aspecto más importante sobre la regulación de las relaciones política/administración, o sea la disposición de la responsabilización de la función de evaluación del alto directivo, todavía atribuida al órgano político.

Se trata, bajo este perfil, de una “reforma a la que falta algo”, como que la facultad del sujeto político para alejarse de la propuesta de evaluación del organismo relativo deja invariada la disposición vigente anteriormente de sujeción substancial del dirigente frente al órgano político.

Por lo contrario, tenemos que acoger las novedades introducidas por la reforma en lo tocante al régimen de los criterios de empoderamiento, cambio o revocación de los cargos directivos, para los que se prevé una adecuación de la relativa disciplina a los principios de transparencia y publicidad, en particular, “*excluyendo la confirmación del cargo directivo asignado en caso de falta de logro de resultados*” (artículo 6, párrafo II, apartado h), ley número 15/2009; artículo 40, ley número 150/2009). Podemos observar como -de manera completamente comprensible- las normas especifiquen que la evaluación del logro de resultados predeterminados por el dirigente individual tenga que ocurrir considerando criterios y objetivos indicados de manera preventiva y analítica al momento del empoderamiento, y luego, evidentemente, permitiendo la posible cuestionabilidad de las elecciones (confirmación o revocación) hechas por los órganos políticos.

También parece positiva, la novedad introducida sobre el acceso a la cualificación de dirigente de primer nivel: en virtud del artículo 47 del decreto legislativo número 150/2009, se establecen nuevos procedimientos de acceso a las administraciones estatales y a las entidades públicas no económicas, previendo, en particular, un concurso de titulaciones y de pruebas para recubrir el 50% de los empleos disponibles anualmente, claramente para permitir el logro de las posiciones más altas a los sujetos que demuestren tener los requisitos.

Delineando algunas cortas reflexiones de conclusión que puedan resumir los resultados que este estudio había establecido llegar, o sea, la emersión de una ruta evolutiva hecha por el principio del buen funcionamiento, desde los albores del reconocimiento a nivel constitucional hasta los tiempos actuales, no puede que observarse como el camino interpretativo de este principio se haya connotado, en el ámbito de una ruta bastante tortuosa, con algunas etapas esenciales por las cuales al buen funcionamiento se han atribuido, durante el tiempo, sentidos conceptuales siempre más elaborados e importantes que han consagrado su presencia entre los valores fundantes del ordenamiento administrativo.

Desde la importante adquisición de una importancia jurídica hasta su relevancia desde el punto de vista organizativo, con particular referencia al perfil relacional entre los diferentes niveles de gobierno, hasta su reconocimiento de principio capaz de expresar una influencia determinante también para el aspecto funcional de la acción administrativa, el buen funcionamiento por cierto ha jugado un papel esencial en el proceso de reforma para levantar el “resultado” a factor dinámico y positivo del contexto jurídico público.

misuración de los resultados, gestión y evaluación del personal, y trabaja independientemente pero en cooperación con la Presidencia del Consejo de Ministros y con el Ministerio de Economía y Finanzas.

Solucionada la dicotomía prospectada por el inaceptable trueque legalidad-eficiencia (Ledda, 1997:3303 y ss.), hemos llegado de hecho a un concepto de “buena administración” que es algo completamente diferente del logro “a toda costa” de un resultado rápido y ventajoso desde el punto de vista económico, que a lo contrario, trata más del grado de satisfacción del ciudadano-usuario (o como se afirma a menudo con otras palabras, pero equivalentes, con “la calidad de los resultados”), considerando la prioritaria e irremisible exigencia de la administración de tutela de derechos, de situaciones jurídicas subjetivas -desde las más débiles- de concretos bienes de la vida, de imparcialidad y de transparencia (Spasiano, 2003:274).

Lo que significa, en términos más concretos, es que el rendimiento administrativo, en virtud del principio debatido, tiene que ser ofrecido en el ámbito de modelos de conductas, cuyos parámetros de referencia son el tiempo, la sencillez de los procedimientos, una adecuada información, el uso de estructuras organizativas idóneas para la finalidad institucional (en términos de calidad y cantidad), y también -si bien no menos importante- el respeto de la dignidad del ciudadano con el cual la administración entra en contacto.

Todavía recientemente (45) se ha subrayado como en la sociedad contemporánea la calidad de la acción de la administración pública, con sus formas y sus tiempos operativos, constituye un factor de gran importancia no sólo en ámbito económico, es decir en presencia de mercados de tipo competitivo, sino también en contextos de valor social, donde la calidad de la vida del ciudadano depende -como es experiencia común- de manera relevante también de la calidad de las respuestas que la administración prepara. Desde este punto de vista, el buen funcionamiento, como resultado jurídico, se identifica en la efectividad del ejercicio de la acción administrativa, en una respuesta cierta, clara (no importa si favorable o desfavorable) que el particular tiene un auténtico derecho para obtener, ofreciendo garantías de tutela concreta, solo objetivo para el que una norma puede legitimar la atribución de un poder público y su relativo ejercicio.

Si luego el buen funcionamiento no encuentra lugar en el ámbito de una administración unilateral y de tipo autoritativo donde estaba más limitado en el área del meta-jurídico, hoy llega plenamente a la dimensión de lo que es relevante jurídicamente, también en relación al hecho que su consideración (o la de los instrumentos que representan su directa ejecución) en el ámbito de prescripciones de normas, hace posible que su violación determine la imposición de específicas medidas reparadoras, en términos de indemnización y sanciones, hoy también interponiendo auténticas demandas colectivas (46).

Bibliografía

ALLEGRETTI, Umberto. “Corte Costituzionale e Pubblica Amministrazione”, EN: *Le Regioni* 1982, 1186.

AMORTH, A. *Il contenuto giuridico della Costituzione* (1946). Bologna, 1981.

ANDREANI, A. *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*. Cedam: Padua, 1979.

BACHELET, V. *L'evoluzione della pubblica amministrazione*, EN: *L'amministrazione in cammino - Guida agli scritti giuridici di V. Bachelet*, Milán 1984, 69 s,

BARILE, P. “Il dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione”, EN: *Scritti in onore di P. Calamandrei*. Padua: Cedam, 1958-IV.

(45) Permítase otra vez la referencia a M. R. Spasiano (2010: 461 y ss) y también, *La semplificazione come garanzia di effettività*, que está por publicarse.

(46) Véase R. Lombardi, “La class action nell’ordinamento giuridico italiano”, *Actas de la conferencia de Nápoles*, 19 de octubre de 2009, que está por publicarse

- BERTI, G. *La pubblica amministrazione come organizzazione*. Padua: Cedam, 1968.
- *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*. Padua, 1986.
- CALANDRA, P. “Il buon andamento dell’amministrazione pubblica”, EN: Studi in memoria di Vittorio Bachelet. Milano: Giuffrè, 1987, I, 158.
- CAMMELLI, M. *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*. Bologna, 2007.
- CARDI, E. *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*. Perugia, 1984, I.
- D’ALESSIO, G. *Il buon andamento dei pubblici uffici*. Ancona: Clua, 1993.
- DE SETA, C. “Principi giurisprudenziali in tema di buon andamento”, EN: Ammin. e Contab., 1985, 27.
- FALZONE, G. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953.
- FERRARA, R. *L’interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, EN: Dir e proc. amm. 2010, 31 ss.
- GIANNINI, M. S. “Gli elementi degli ordinamenti giuridici”, EN: Riv. Trim. Dir. Pubbl. 1958-2, 219 y ss.
- “Organi”, EN: Enc. del Dir. XXXI. Milán: Giuffrè, 1981, 43.
- GUARINO, G. *Quale amministrazione?*. Milán, 1985.
- LEDDA, F. “Dal principio di legalità al principio d’ infallibilità dell’amministrazione”, EN: Foro amm., 1997, 3303 ss
- LOMBARDI, R. *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*. Túrín, 2008.
- MARRAMA, R. “I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica”, EN: AA.VV. Diritto amministrativo, Bologna: Monduzzi, 1998, vol. I, 397ss.
- MASSERA, A. “I criteri di economicità, efficacia ed efficienza”, EN: M. A. Sandulli. Codice dell’azione amministrativa. Milán, 2011, 22 y ss.
- NIGRO, M. “La pubblica amministrazione fra Costituzione materiale e formale”, EN: Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1985-I, 163.
- *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*. Milán, 1966.
- OTTAVIANO, V. *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*. Milán, 1958.
- PASTORI, G. *La burocrazia*, Padua 1967.
- SCOCA, F. G. “Attività amministrativa”, EN: Enc. del Dir., Milán, 2002, VI, 10.
- SEPE, O. *L’efficienza nell’azione amministrativa*. Giuffrè: Milán, 1975.
- SPASIANO, Mario R. *L’organizzazione comunale: Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- “Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso”, EN: Dir. amm., 2000, 131 ss.
- “La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell’esercizio del potere: un’ipotesi ricostruttiva”, EN: Atti del Convegno dell’Università degli Studi di Catanzaro, Copanello, 6 - 7 luglio 2001. Túrín, 2002.
- *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giapichelli, 2003.

— “Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte Costituzionale”, EN: G. della Cananea y M. Dugato (al cuidado de). Diritto Amministrativo e Corte Costituzionale. Nápoles, 2006.

— “Trasparenza e qualità dell’amministrazione”, EN: AA.VV. Studi in onore di Spagnuolo Vigorita. Nápoles, 2007, III, 1435.

— “Crisi dei mercati e dell’amministrazione democratica”, EN: AA.VV. Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Nápoles, 2010, 461 y ss.

SPERANZA, N. “Il principio di buon andamento - imparzialità dell’amministrazione nell’articolo 97 della Costituzione”, EN: Foro Amm., 1972-II, 79 y ss.

— Governo e pubblica amministrazione nel sistema costituzionale italiano. Nápoles, 1971.

WIELAND, J. “L’autonomia dei comuni nel difficile rapporto tra efficienza dell’amministrazione e vicinanza al cittadino”, EN: Foro Amm. 1993, 1728 ss.

¿Puede plantearse seriamente un interrogante sobre el acto administrativo?

POR INÉS A. D'ARGENIO (*)

Sumario: 1. El acto administrativo como expresión de la voluntad estatal. — 2. La dualidad actos administrativos - actos de la administración. — 3. Aplicación del derecho privado a un ámbito de la administración: la distorsión del derecho administrativo. — 4. En el sistema institucional argentino la administración pública no tiene atribuciones sobre materias propias. — 5. En el sistema institucional argentino el Presidente de la Nación como encargado de la administración pública, no tiene el poder de decidir por el grupo en su conjunto. — 6. Las bases para la consideración de una actividad administrativa íntegramente regulada por el derecho administrativo. — 7. Bibliografía.

La denominación de acto administrativo se desubica y no puede buscarse un acto administrativo determinado para imputarle ese título exclusivamente.

(Bartolomé Fiorini, 1968:271)

Resumen

El convencimiento en el ámbito de la doctrina *ius administrativa*, acerca de la existencia de una voluntad creadora en un marco de atribuciones propias, conduce a rechazar cualquier planteo para una interrogación sobre el acto administrativo. El análisis del sistema institucional argentino permite advertir que la administración pública no tiene un ámbito de atribuciones propias, sino que su función se agota con la adecuada gestión del derecho (normas internacionales, Constitución Nacional y Constituciones locales, leyes del Congreso o de las Legislaturas), lo que implica superar definitivamente que exista la posibilidad de un juicio de mérito, oportunidad o conveniencia para concretar la efectiva vigencia del derecho. Nuestra postura, siguiendo a Fiorini, es que no existe en la actividad administrativa una categoría especial de voluntad creadora y que toda la actividad administrativa, íntegramente, es productora de efectos jurídicos que se manifiestan institucionalmente en virtud del derecho que se gestiona.

Palabras clave: Administración pública - Acto administrativo - Sistema institucional - Argentina

Abstract

The belief in the field of administrative *ius doctrine* about the existence of a creative will in a framework of own attributions, leads to reject any interrogating about the administrative act. The analysis of the Argentine institutional system can reveal that the Public Administration hasn't a field of proper attributions but its function become exhausted with the appropriate management of Law (international norms, National Constitution and Local Constitutions, laws of Congress or of Legislatures) which imply to overcome definitely that exist the possibility of a judgment of merit, opportunity or convenience to realize the effective validity of Law. Our position, following Fiorini, is that a creative will doesn't exist into the administrative activity as a special category and that all the administrative activity fully, produces legal effects which manifest institutionally under the Law that is managed.

Keywords: Public Administration - Administrative act - Institutional system - Argentina

(*) Profesora Titular de Posgrado: Especialización de Derecho Administrativo. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP - UBA.

1. El acto administrativo como expresión de la voluntad estatal

El convencimiento de la existencia de una *voluntad creadora* de la administración pública en un ámbito de atribuciones propias, conduce a la doctrina mayoritaria en Argentina a rechazar cualquier planteo para la interrogación que aquí se propone. El *acto administrativo* como acto jurídico, se elabora sobre la base del acto voluntario creador de efectos jurídicos proveniente del Código Civil. Sólo la producción de efectos jurídicos hacia terceros le confiere la calidad de tal, vinculado a la declaración o manifestación de voluntad en ese sentido: la relación jurídica administrativa existe porque un acto administrativo la establece con su alcance y contenido generando una situación consecuente. El particular debe esperar a que el acto le ataña para considerarse vinculado a la administración pública.

Es este el eje de pensamiento que lidera la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la justicia federal en lo contencioso administrativo, cuando otorga expresamente calidad de *acto administrativo* a un sector de la actividad administrativa que constituye una expresión de voluntad del Estado, frente a otro sector de actividad que considera carente de aptitud para modificar el status jurídico del interesado (1). En la causa “Serra” del año 1993 la Corte Suprema distingue en el marco del ejercicio de función administrativa:

a) un acto administrativo que es *expresión de la voluntad estatal* con presunción de legalidad y fuerza ejecutoria (remite al artículo 12 de la ley 19.549) al que el ordenamiento jurídico brinda un tratamiento especial consecuente del *régimen exorbitante del derecho privado que rige a la administración pública* e impera en la relación ius administrativa.

b) de otros actos que solo poseen virtualidad para fijar la posición de la administración frente a un requerimiento del particular sin que goce de aptitud para modificar la relación jurídica sustancial.

Esta clasificación constituye un intento de flexibilizar la rigidez con que se exhibe la presencia del acto administrativo en el régimen administrativo, como decisión previa ejecutoria que quiebra apertadamente el principio general de acceso a la justicia cuando la administración actúa en el marco de sus prerrogativas (2). De tal modo, la flexibilización se intenta tratando de retirar del ámbito de la autoridad algún sector de actividad administrativa para posibilitar a su respecto un más amplio acceso

(1) CSN en causa “Serra, Fernando H. y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” del 26 de octubre de 1993; disidencia de los jueces Pico y Estevez en plenario de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en causa “Petracca e Hijos S.A. y otros c. Gobierno Nacional” del 24 de abril de 1986 y la jurisprudencia de la misma Cámara consecuente de ella, por ejemplo Sala II en “Almeida Ascensión c. Ministerio de Educación” del 22 de mayo de 1997, en que se descartó como “acto administrativo” la decisión denegatoria de una Secretaría de Estado dictada en el marco de un reclamo por diferencias salariales originadas en la incorrecta aplicación a los haberes de la actora de adicionales y aumentos en la inteligencia de que se trataba de una actividad carente de aptitud para modificar el status jurídico del interesado. El único sentido loable de esta doctrina consistente en distinguir entre el acto administrativo propiamente dicho y otra actividad que no lo es, lo constituye la razón de su origen tendiente a evitar la desestimación de demandas entabladas respecto de esta última actividad sin cumplir los requisitos impuestos por ley para acceder a la justicia cuando se trata de impugnar un acto administrativo. Trece años después la cuestión sigue vigente aunque distorsionando aquel origen loable al que nos referimos: la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata consideró que el acto de la Subsecretaría de Administración de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que denegó el pago de una bonificación salarial “configura un genuino acto administrativo” “susceptible de proyectar la voluntad institucionalizada del Estado Provincial”, con remisión a doctrina de la Suprema Corte de Justicia provincial en tal sentido, por lo que denegó el acceso a la justicia por no haberse agotado la “instancia” administrativa (en causa “García Collins c. Poder Judicial” del 7 de setiembre de 2010).

(2) Lo estudiamos en “La justicia administrativa en Argentina” (D’Argenio, 2003), segunda edición 2006 ampliada con la nueva jurisprudencia (II.2, nota 6). Allí remitimos a Jesús González Pérez (1975), como autor de la expresión a que nos referimos en el principal; a Mairal y Tawil, para el estudio de la decisión prealable instituida por Laferrière en el Consejo de Estado Franceses en el siglo XIX y a Garrido Falla quien alude a la sumisión del Estado al Derecho pero con especial consideración a su situación de prerrogativa cuando actúa sujeto al derecho administrativo: un régimen en el que el principio de legalidad de la administración posterior a la Revolución Francesa concedió a ciertos actos la peculiaridad de actos administrativos – por oposición a otros actos de la administración que quedan

a la justicia. Sin embargo, en momento alguno se plantea la posibilidad de flexibilizar el ámbito de autoridad unificando la idea integradora de una actividad administrativa sin preponderancia de aquella categoría (3), que es lo que en este trabajo se propone: revisar la presencia de un acto administrativo de autoridad, acudiendo a sus orígenes, para reflexionar acerca de la necesidad de continuar o no manteniendo esa categoría. Mientras tanto, en la doctrina judicial analizada, éste conserva su calidad de decisión previa ejecutoria impugnable en el estricto marco del contencioso administrativo.

2. La dualidad actos administrativos – actos de la administración

El origen mismo del concepto de acto administrativo proviene de esta dualidad que la jurisprudencia de nuestro país repite hoy de manera desdibujada aunque manteniendo siempre la vigencia de una categoría diferente: la de acto administrativo emanado en ejercicio de prerrogativas públicas, en el ámbito en que el Estado actúa como poder público. Es el acto administrativo que nace con la Revolución francesa porque con anterioridad a ella, durante el régimen de policía, no hay derecho público (4). Todos los antiguos poderes dispersos se reúnen, a partir de entonces, en el seno único de una administración centralizada que asume para sí la realización del interés general antes confiado a la persona del príncipe. El acto administrativo es, por consecuencia, un acto de autoridad que emana de la administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser derecho en el caso concreto (Mayer, 1982:126-127, especialmente nota 2). Por virtud de tal principio, se creó para su juzgamiento una jurisdicción especial y de privilegio, la jurisdicción contencioso administrativa, con el objeto expreso de excluirlo de la jurisdicción de los jueces. El juez administrativo, dice Bigot, es instalado en el rango mismo de la *puissance publique* sobre la base de un Edicto de *l'Ancien Régime* de 1641 que veda a la Corte del Parlamento de París y a todas las otras cortes, intervenir en todos los casos que conciernen al Estado, la administración y el gobierno (5). Entre 1795 y 1799 se origina la teoría del acto administrativo como sustraído a la competencia de los tribunales de derecho común. Por la invención del acto administrativo, la Revolución forja el zócalo del derecho administrativo: la

excluidos del concepto - como acto jurídico que determina el sentido en que la regla de derecho debe aplicarse al caso individual (Tratado, t. I capítulo III).

(3) Fiorini (1976) anticipa la sustitución del acto administrativo de autoridad como eje del sistema tradicional, por la idea integradora de actividad administrativa o actividad de la función administrativa, como expresión institucional de la función desplazando a la decisión o declaración, o manifestación creadora de efectos jurídicos, en un todo de acuerdo con la doctrina que inspiró la reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires de 1994 y que surge del diseño del caso judicial contenido en el artículo 166 último párrafo de la misma. Por eso el miembro informante de esa reforma explica en la Convención Constituyente que se elimina del texto anterior la expresión “previa denegación” superando la aplicación del dogma del carácter revisor de la justicia administrativa que supone, naturalmente, la existencia de un acto administrativo (Diario de Sesiones, 15ª sesión, La Plata, 19 de setiembre de 1994). La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata ignora por completo esta profunda reforma en causa “García Collins” ya citada, al imponer el tránsito previo por las instancias administrativas para que exista “caso”, considerando configurado a éste solo con la presencia de un acto administrativo de autoridad que impone en un ámbito de la actividad administrativa al que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no consideró como tal (en causa “Serra”). Por cierto que la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires avala a la Cámara en esta concepción, cuando afirma que la carga de acudir ante la administración como requisito previo para demandar, responde a la necesidad de contar con un acto administrativo que proyecte suficientemente la voluntad institucionalizada del ente público, para de tal modo configurar un caso que le sea imputable por su actuación (en “Pomponio, Graciela Susana y otro c. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial)” del 17 de marzo de 2011).

(4) Véase Otto Mayer (1982:54), “El Estado bajo el régimen de policía, evolución histórica”, en Derecho administrativo alemán, t. I, Parte general, traducción directa del original francés, París, 1904; Eduardo García de Enterría (1990), “Revolución Francesa. Derecho Público y justicia administrativa”; Carmen Chinchilla Marín (1992) “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo”.

(5) El Edicto de Saint Germain de 1641 constituye el antecedente de la ley revolucionaria del 16 al 24 de agosto de 1790 que sienta las bases de la especificidad del contencioso administrativo: la solución de un asunto en que se encuentra comprometido el interés público no es dominio de la justicia sino de la administración (Gregoire Bigot, 2002).

administración está a partir de entonces habilitada para producir sus actos de manera discrecional, independiente de la justicia (Bigot, 2002:33-47).

Es difícil penetrar en el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la justicia federal en la materia cuando rescata de la más profunda historia del derecho administrativo la afirmación de que hay dos tipos de actos de la administración (6). Pero lo que resulta claro es que, en esta doctrina, existe una categoría de acto administrativo identificada con el derecho de prerrogativa del Estado actuando en un “régimen exorbitante del derecho privado”, aunque en su marco no se deriven necesariamente los restantes actos al ámbito del derecho común. Sí, en cambio, es concreto que se rescata para el acto administrativo la presencia de una jurisdicción especial que, aunque judicial en el ámbito institucional argentino de jurisdicción judicial única, reviste caracteres de especialidad esencial (7) tomados de la jurisdicción contencioso administrativa y que distorsionan su calidad de proceso judicial (interposición de recursos administrativos para agotar la “instancia” administrativa; plazo de caducidad para demandar; necesidad de provocar formalmente un acto ficto para acceder a la justicia ante el silencio de la administración; declaración de oficio de la improcedencia formal de la demanda por ausencia de requisitos propios de la jurisdicción contencioso administrativa). De tal modo, la doctrina judicial en análisis admite la presencia de un acto administrativo de autoridad por oposición a otros actos de la administración que no son tales, aunque no necesariamente remite a éstos al ámbito del derecho común ni, mucho menos al juzgamiento por una jurisdicción distinta. Solo los dispensa del cumplimiento de los requisitos esenciales que configuran la presencia de una jurisdicción contencioso administrativa, permitiendo el acceso a la justicia para cuestionarlos por una vía menos rigurosa.

3. Aplicación del derecho privado a un ámbito de la administración: la distorsión del derecho administrativo

Esta dualidad entre acto administrativo y otros actos de la administración, pudo haberse superado quitando al ámbito de la autoridad las calidades que instituyen a la administración como un poder. En su lugar, doctrinarios como Héctor Mairal prefieren desligar del ámbito de la autoridad la mayor cantidad de supuestos posibles para sujetarlos al derecho privado. La posición es destacable en cuanto advierte, tal como aquí se postula, la necesidad de replantear el principio de la exorbitancia, aunque lo hace cuestionando solamente la categoría de contrato administrativo, sin mención alguna a un pensamiento similar que se impone para el acto administrativo. En efecto: en ese marco limitado, el pensamiento de Mairal es renovador en cuanto analiza la peligrosidad e inutilidad de una teoría general del contrato administrativo, considerando de incidencia negativa la propuesta de Juan C. Cassagne (acerca de una *categoría de contrato administrativo regida por el derecho administrativo* por oposición a otra clase de contratos de la administración pública regidos por el derecho privado (Mairal, 1998:656) (Cassagne, 1999: 774). Pero la solución que brinda al planteo es simplista en cuanto se limita a diluir el límite entre una categoría y otra para considerar la mayor cantidad de supuestos posibles sometidos al derecho privado, en una adopción lisa y llana de la corriente liberal que durante todo el siglo XX hizo concesiones al ámbito de la autoridad a cambio de retirar de sus alcances situaciones vinculadas a la propiedad y la libertad. Al igual que el binomio “autoridad-gestión”, el

(6) Tal vez, de haber puesto el acento en los antecedentes nacionales, la remisión a la distinción perfilada en la ley 3952 y su trayectoria posterior con la modificación de la ley 11.634, le hubiera permitido al Tribunal unificar el acceso a la justicia en materia administrativa en la sola exigencia de la reclamación administrativa previa tan diluida, incluso, por la generalidad de las excepciones. En su lugar, se ensalza la presencia de una pretensión impugnatoria propia del “contencioso administrativo” receptada en el decreto ley 19.549 cuya inconstitucionalidad pudo ser declarada de oficio.

(7) La expresión corresponde a Alejandro Nieto (1966:27-50) quien dice que a pesar de la transformación operada en España en la materia en 1904, la jurisdicción contencioso administrativa se ha convertido en algo equívoco e incongruente, en una jurisdicción a la que le ha faltado la conciencia de su normalidad constitucional, y que ha seguido basándose en una serie de principios creados para la jurisdicción retenida que ninguna razón de ser tienen en una jurisdicción integrada en el cauce estructural de un tribunal de justicia. La doctrina moderna insiste en que su especialidad es puramente técnica, pero en la práctica, sigue pensándose en una especialidad esencial.

binomio "autoridad-libertad" hizo estragos en el derecho administrativo del siglo XX permitiendo el desarrollo de la autoridad a cambio de concesiones a los derechos de propiedad y libertad, que dejaron fuera de toda defensa a las personas que carecían de ellos para someterlos a un ámbito de poder en el que solo existieron y existen aún como meros objetos benéficos del mismo (Nieto, 1975:9-10). Ya hemos advertido, sin éxito alguno en la consideración de un planteo diferente, que la solución adecuada al debate entre Cassagne y Mairal se encuentra en el pensamiento y la obra de Bartolomé Fiorini quien, naturalmente, hubiera compartido la crítica de Mairal referida a una categoría de contrato administrativo configurada en el marco de un derecho administrativo autoritario que el maestro rechazaba sistemáticamente. Pero la postura de Fiorini no admite de manera alguna que esa crítica derive en la distracción del ámbito de la autoridad de contratos de la administración para trasladarlos al ámbito del derecho privado, sino en la elaboración de un derecho administrativo regulador de todo el ejercicio de función administrativa sin los signos de autoritarismo que impregnaron sus orígenes (D'Argenio, 2001:15-19).

Es sumamente destacable, en este sentido, la preocupación de la doctrina italiana por la interpretación que debe brindarse a la expresión incorporada en 2005 al artículo 1 de la ley 241 de procedimiento administrativo, en el "comma 1-bis", según la cual la administración pública, en la adopción de actos de naturaleza no autoritaria, actúa según la norma de derecho privado en tanto que la ley no disponga lo contrario. Admite la doctrina que el fin de la norma es imponer una reducción del ámbito de incidencia de los poderes públicos en consonancia con normas superiores, nacionales y comunitarias, que tienden a la búsqueda del consenso en el ejercicio de la función para reducir la potencial conflictividad que se refleja negativamente sobre la efectiva obtención de resultados y de la certeza de las relaciones jurídicas (8). Y sin embargo, se destaca la existencia de una zona gris en la cual la garantía de la protección del interés público requiere todavía "la conservación de la autoridad" propia de la función administrativa (Marcella Gola, 1. La actividad de la administración sin uso de poder, p. 156 y ss). Es este un punto crucial para nuestro intento de transmitir las diferencias que inspiran el pensamiento de Fiorini: para nosotros, no se trata de conservar la autoridad para la defensa del interés general poniendo especial atención en el riesgo que genera acudir a la "actividad de derecho privado" o negocial de la administración respecto de aquella defensa, sino de acudir al consenso como técnica de gestión propia de toda la función administración emergente del ámbito mismo del derecho público, sin desplazamiento hacia las técnicas del derecho privado. Lo que reclamamos es un cambio en el proceso de adopción de decisiones (9) que desplace cualquier decisión final adoptada en el marco recoleto de una burocracia centralizada incompatible con las exigencias de participación ciudadana consagradas en normativas internacionales que Argentina ha adoptado como propias, pero que no se cumplen. No es adecuado acudir a instrumentos del derecho privado para escapar de la autoridad, siendo que tenemos a nuestro alcance la formulación de un nuevo derecho administrativo regulador de toda la función administrativa que permita cuestionar el ámbito mismo de la autoridad desplazando al acto administrativo como expresión prioritaria del ejercicio funcional. No solo con los instrumentos privatísticos se reduce la imposición de decisiones (contra: Gola, 2012:163).

Dice Marcella Gola (2012), ya citada, que la expresión "actividad negocial" de la administración reúne muchas especies diversas, reconducibles al común intento de evidenciar situaciones en las cuales la administración pública no actúa en una posición de superioridad respecto de los destinatarios de sus decisiones; ella ofrece un margen de flexibilidad de la acción de la autoridad pública, de otra forma rígidamente vinculada a la norma atributiva de poder. Recurrir a instrumentos de tipo consensual o privatístico no parece poner en discusión el carácter indisponible del interés público, dice Mario Spasiano citado, pareciendo adoptar una postura mucho más similar a la de Fiorini acerca de la formulación integral de un derecho administrativo diferente en lugar de permitir la huida de las instituciones hacia el derecho privado. Así se corrobora en sus conceptos acerca del interés público

(8) Véase Marcella Gola (2012). También, y muy especialmente, Mario R. Spasiano "El interés público y la actividad de la administración pública en sus diversas formas (a la luz de la modificación de la ley 241 de 1990)".

(9) Expuesto en un trabajo anterior publicado en esta misma revista (D'Argenio, 2011:51-73).

al que considera emergente de un método de producción jurídica de tipo autocrático que se diluye “en la subjetividad de la autoridad administrativa agente”. Alude a la progresiva crisis del carácter monolítico de la acepción de interés público y a la progresiva toma de conciencia de la necesidad de una nueva configuración de la noción de acepción abstracta, a producto de una compleja acción de composición entre situaciones jurídicas contrapuestas y de sucesivas síntesis entre las mismas (con especial referencia a la conferencia de servicios contemplada en la misma ley 241). Los instrumentos consensuales de tipo privatístico —afirma Spasiano— pueden ser eficientes para la realización de un ordenamiento pluralista de carácter social, con lo que va mucho más allá de la mera huida hacia el derecho privado para superar la concepción autoritaria. Insiste en lo nocivo que resulta la disolución del interés público en la subjetividad de la autoridad administrativa agente, proponiendo una objetivación en la cual el poder público no pertenece a un sujeto sino a un ordenamiento, con expreso sustento de esta idea en el ordenamiento comunitario; afirmando que en este esquema, el procedimiento administrativo se orienta a asumir la connotación de *método de ejercicio cooperativo del poder, técnica de distribución y de dilución de éste, lo cual se coliga directamente al principio democrático* (10). De sus reflexiones integrales que son muchas y muy profundas (11) concluye Spasiano en que la disposición del “comma 1 bis” de la ley 241, asume en la realidad un alcance decididamente limitado, al menos bajo el perfil cuantitativo, tanto más porque a ella no puede reconocérsele fuerza derogatoria respecto de la disciplina del procedimiento administrativo normativamente definido. Impecable este aporte doctrinario que comprende tanto la exigencia del procedimiento administrativo entendido como garantía de una actuación administrativa jurídica, como su presencia consecuente en cuanto valladar a la huida hacia el derecho privado que tan ligeramente se postula. La remisión de Spasiano a Franco Gaetano Scoca completa esta idea porque Scoca alude a la necesidad de poner límites al deslizamiento hacia la “mística del consenso” solo en cuanto ella se constituye sobre la base de instrumentos propios del derecho privado, pero destacando la existencia de instrumentos propios del derecho público en ese sentido al desarrollar su concepto crítico del “acto administrativo en soledad” y la impronta de su superación en el marco de procedimientos administrativos consensuales como la conferencia de servicios (12).

4. En el sistema institucional argentino la administración pública no tiene atribuciones sobre materias propias

La Constitución de la República de Francia, aprobada el 4 de octubre de 1958, que conserva hoy en lo esencial, lo que a esta investigación interesa (13), proclama la República indivisible y en el título referido a los poderes constituidos aborda directamente al Presidente de la República quien vela por el

(10) Nuevamente, la opinión de Spasiano se traduce en la preocupación expuesta en nuestro trabajo citado en nota anterior.

(11) Expuestas en el trabajo citado y en otros muchos del mismo autor, entre los que destacamos “Interessi pubblici e soggettività emergenti. Gli organismi non lucrativi di utilità sociale”, Giannini Editore, 1996.

(12) Scoca acuña una expresión insustituible cuando alude a la “decisión en soledad”, proponiendo la superación del esquema tradicional de expresión unitaria de la voluntad administrativa sustituyéndolo por un procedimiento de coordinación y cooperación decisional como es la conferencia de servicios. Este procedimiento tiende a la adopción de decisiones concordadas entre varias administraciones participantes para la determinación en forma dialéctica del interés público concreto que, de otra manera, era el resultado de procedimientos discrecionales conducidos en soledad (se desarrolla en Doménico D’Orsogna, 2002). La afinidad con la doctrina de Bartolomé Fiorini que abordamos se corrobora cuando afirma – continuamos nuestra referencia a Scoca – que la actividad administrativa ha devenido ella misma, junto al “providimento”, objeto de una conspicua disciplina positiva adquiriendo relevancia jurídica, por lo que es necesario construir una teoría de la actividad administrativa al lado de la teoría de los actos. La conferencia de servicios, insiste, rompe el esquema tradicional de la decisión solitaria.

(13) Conforme el texto integral y oficial posterior a la revisión constitucional del 23 de julio de 2008 referida especialmente a la “modernización de las instituciones de la Ve. République” (“La Constitución de la Ve. République”, Gualino éditeur, París 2008); y Dominique Granguillot “Les institutions de la Ve. République. Los puntos clave del funcionamiento de las instituciones en Francia luego de la revisión constitucional del 23 de julio de 2008, modernización de las instituciones de la Ve. République” Gualino éditeur, París, 2008.

respeto de la Constitución y asegura, por su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos así como la continuidad del Estado. Este deber de velar por la defensa de la Constitución expresado en el artículo 5, se transforma en el artículo 16 en la prerrogativa de adoptar las medidas exigidas por las circunstancias, inspiradas por la voluntad de asegurar a los poderes públicos constitucionales los medios para cumplir con su misión. En íntima conexión con esta preponderancia otorgada al Poder Ejecutivo, el título III referido al "Gobierno" le atribuye potestades exclusivas en tal carácter, disponiendo que *el Gobierno determina y conduce la política de la Nación; y dispone de la administración* (artículo 20) y que el primer ministro dirige la acción de Gobierno ...y ejerce el poder reglamentario (artículo 21). Luego el título IV dispone sobre el Parlamento, que no es Gobierno, diciendo que controla la acción del Gobierno y evalúa las políticas públicas (artículo 24) y el título V *de las relaciones entre el parlamento y el gobierno*, que estructura un sistema totalmente extraño al consagrado por la Constitución de la Nación Argentina. En efecto, el artículo 34 determina las materias que son propias de la ley, tal como lo hace el artículo 75 de la nuestra pero a otros fines sustancialmente diferenciados, en cuanto nuestra norma alude a las materias delegadas por las provincias al Congreso de la Nación, mientras que el mencionado artículo 34 refiere a las materias propias de la ley en relación al contenido de otras materias que son propias del Ejecutivo. Dice el artículo 37 en una expresión ausente por completo en nuestro ordenamiento jurídico, que las otras materias que no constituyen materias propias del dominio de la ley *tienen un carácter reglamentario*. Es la presencia de materias propias del Gobierno identificado solo con el Poder Ejecutivo, que impregna de autoridad a la administración pública, lo que genera un ámbito de prerrogativas que incluye la determinación de políticas públicas. En ese marco, el acto administrativo de autoridad tiene un sustento institucional del que carece en el nuestro.

5. En el sistema institucional argentino el Presidente de la Nación como encargado de la administración pública, no tiene el poder de decidir por el grupo en su conjunto

Ello es así, porque solo el Poder Legislativo tiene la atribución de expresar la voluntad general o el contenido del interés general que ella implica (artículos 14 y 28 CN). En nuestro sistema institucional el presidente de la Nación solo *tiene a su cargo la administración general del país* (artículo 86 inciso 1 texto anterior a la reforma de 1994 confiada ahora en similares términos al jefe de gabinete de ministros en cuanto le corresponde *ejercer la administración del país* conforme artículo 100 inciso 1) lo cual no importa, en absoluto, el reconocimiento de un poder reglamentario para decidir por el grupo sino el desarrollo de la gestión adecuada para hacer efectiva la vigencia de la ley. Y en ese cometido, ninguna prioridad adquiere la presencia de un acto administrativo de autoridad dictado en el marco de prerrogativas propias, frente al desarrollo de una actividad integral de la administración pública, regida toda ella por el derecho administrativo, gestionando el derecho para lograr su efectiva vigencia. No es necesario a este efecto contar con el poder de decidir por el grupo en el marco de evaluaciones potestativas de discrecionalidad, mérito o conveniencia, porque dictada la ley con el contenido de interés general para el caso de que se trate, la única actitud posible de la administración es cumplirla organizando los mecanismos de gestión necesarios para la efectividad de su vigencia.

6. Las bases para la consideración de una actividad administrativa íntegramente regulada por el derecho administrativo

a. *No hay voluntad creadora ni declaración productora de efectos jurídicos: los efectos jurídicos provienen de la norma que la administración aplica, en el marco integral de la juridicidad.*

De tal modo, los integrantes de la sociedad se vinculan con la administración pública sin aguardar a que un acto administrativo les ataña, adquiriendo posibilidad de participación en la gestión administrativa sin necesidad de revestir una calidad específica de sujeto interesado. Una cuestión que incide directamente, por ejemplo, en el derecho a la información y a la rendición de cuentas acerca de la gestión administrativa en general y del destino de los recursos públicos en particular. La posibilidad de invocar directamente los derechos provenientes de normas jurídicas de superior jerarquía minimiza la importancia que se confiere en el enfoque tradicional al derecho a una buena administración que, por ser propio de este esquema, siempre estará limitado en su exigibilidad al reconocimiento previo y unilateral de su existencia.

b. El acto administrativo no es “acto” por los efectos jurídicos que genera, sino expresión institucional de un todo en cuanto integrante del ordenamiento jurídico.

En este marco, cobra relieve institucional la actividad administrativa en general sin distinción de categorías. Por eso afirma Fiorini —en la cita hecha al inicio de este trabajo— que la denominación de acto administrativo se desubica y no puede buscarse un acto administrativo determinado para imputarle ese título exclusivamente. Siendo una realización creada por el derecho —añade (Fiorini, 1968:276)— resulta ajeno a la declaración que caracteriza al acto jurídico privado en el que lo esencial es la voluntad declarada. De allí que todos los actos jurídicos promovidos por el quehacer interno y continuo de la actividad administrativa son actos jurídicos de derecho público, con lo que se desecha por completo la clasificación entre actos administrativos y actos de la administración tanto en cuanto al ámbito de los efectos de sus relaciones como a la posibilidad de que ella pueda impedir una concepción unificada como manifestaciones de la administración.

c. No rige a su respecto un régimen exorbitante del derecho privado sino un derecho administrativo regulador de toda la función administrativa, cualquiera sea la forma de gestión del derecho que se ejerza.

Superada la presencia de una categoría diferencial denominada acto administrativo en el contexto integral de la actividad jurídica administrativa, desaparece la presencia de un régimen exorbitante creado y desarrollado para justificar aquella categoría. No se trata de la solución simplista de desplazar algún sector de actividad administrativa de la categoría de acto administrativo o de contrato administrativo para trasladarla hacia el derecho privado, rescatando del ámbito de la autoridad solo algunas situaciones que nos interesen especialmente. Se trata de regir íntegramente el ejercicio de función administrativa, sin distinción de categorías ni clasificación alguna, por un derecho administrativo regulador de toda la función en cuyo marco prime la presencia de un procedimiento administrativo que asegure el ejercicio objetivo de la misma en miras al interés general, pero no como contenido de una decisión unilateral adoptada en el ámbito recoleto de la burocracia jerárquicamente organizada, sino en el marco de un proceso amplio de adopción de decisiones con participación ciudadana, tal como lo impone la normativa de alcance internacional o global a la que nuestro país ha adherido expresamente. Así, se consolida la idea de que el procedimiento administrativo está impuesto solo a la administración como garantía de su actuación jurídica, resultando de acceso absolutamente voluntario para el particular a quien no puede imponerse su sustanciación como instancia recursiva previa al acceso a la justicia.

d. No existe una categoría “acto administrativo” expresado en términos de autoridad o como declaración constitutiva de situaciones jurídicas, por oposición a otro tipo de actividad administrativa caracterizada por la gestión: toda la actividad administrativa es gestión del derecho sometida a un derecho público garantizador de su juridicidad.

La convicción de la doctrina mayoritaria en Argentina acerca de la necesidad de emanar actos administrativos de autoridad para la ejecución de la ley, distorsiona el cometido de gestión del derecho impuesto a la administración en tal sentido. Al poner el acento en el “poder reglamentario” propio de la Constitución de Francia que lo consagra en el ámbito de materias de competencia específica de la administración pública considerada en exclusividad como gobierno, la doctrina se recuesta en la convicción, nunca sometida a debate reflexivo, de que la administración gestiona adecuadamente la ley mediante el dictado de actos administrativos. Una mera revisión acerca del universo de leyes incumplidas conduciría a los autores a advertir que, en su amplia mayoría, ni siquiera se ha instalado en la realidad el órgano administrativo al que la ley impone la ejecución de ella. El cometido esencial de gestión del derecho es el primer cometido incumplido por la administración pública inmersa en su discrecionalidad esgrimida para decidir, como titular de la voluntad creadora, si dicta o no los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de la ley. A partir de allí, la cadena de incumplimientos es infinita en la asunción de su discrecionalidad o de la evaluación del mérito, oportunidad o conveniencia del cumplimiento de la norma y su modalidad de aplicación.

Si pensáramos en los términos que aquí se proponen, superaríamos los dogmas tradicionales para pasar a abordar la institución de nuevos métodos de gestión del derecho que aseguren la obtención de resultados, desarrollados todos ellos en el ámbito del derecho público que es el único aplicable a la función.

e. El contenido de la relación jurídica que se establece en el marco del ejercicio de función administrativa, por actuación u omisión, no es producto de la declaración proveniente de un acto de autoridad, sino materia propia consagrada en las normas jurídicas que la administración aplica.

Bartolomé Fiorini plantea que en el ámbito del derecho administrativo el contenido de la relación jurídica proviene de la norma. La administración pública, dice, no tiene la voluntad física creadora de los individuos; ella solo puede crear relaciones según las atribuciones jurídicas que se le encomiendan. Por eso, explica, los actos administrativos individuales solo aplican las relaciones jurídicas contenidas en las normas superiores; toda la actividad creadora de relaciones jurídicas se sustenta en la fuente normativa por lo que la forma unilateral o contractual es una mera cuestión de técnica de creación que no hace a la esencia de la relación jurídica (Fiorini, 1968:57, 70).

7. Las consecuencias trascendentes que el cambio implica

a) Vigencia efectiva de los derechos consagrados en normas de superior jerarquía

Si el contenido de la relación jurídica proviene de la norma y no está subordinado a la voluntad creadora de la administración, no es necesario requerir o promover el dictado de un acto administrativo para la operatividad de la norma. La cuestión cobra relieve en el caso de derechos esenciales cuya vigencia no puede depender de la discrecionalidad de la administración actuando en razón del mérito, oportunidad o conveniencia, por lo que, omitido por ella el ejercicio de cometidos impuestos normativamente en normas de jerarquía constitucional o universal para la satisfacción concreta de tales derechos, las personas deben contar con instrumentos eficaces para su exigibilidad. Esta es la doctrina que subyace en las sentencias de la Justicia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires, que desde su instalación, a partir de la Constitución local de 1996, abordaron la cuestión sin cortapisas propias de un proceso administrativo anquilosado, para desarrollar un magistral entramado en torno a las obligaciones de los entes públicos en la gestión efectiva de tales derechos. La condena judicial a la satisfacción de los derechos a la salud, vivienda digna, nutrición y alimentación, medio ambiente, etcétera, se plasmó sistemáticamente en sus sentencias, con la toma de posición que les brindó la convicción de una doctrina diferente, luego avalada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que calificó en términos de “deber jurisdiccional” al ejercicio de la magistratura para obligar a los otros poderes constituidos al cumplimiento de mandatos constitucionales omitidos (14).

b) Participación pública en el proceso de adopción de decisiones

No hay posibilidad alguna de participación pública en el proceso de adopción de decisiones, si la decisión sigue siendo el ejercicio del poder por uno solo. Toda la participación estructurada en el procedimiento administrativo tradicional sobre la base del principio liberal del debido proceso, que permite la intervención del interesado antes del dictado de un acto administrativo, no alcanza para superar la prevalencia de la decisión en soledad, que será adoptada en soledad sin perjuicio de aquella intervención. La participación pública en la gestión administrativa es algo muy diferente y no puede instrumentarse en el esquema del derecho administrativo autoritario. Por eso fracasan en América Latina en general y en Argentina en particular, los intentos por instalar organismos de constitución plural encargados de una gestión administrativa que brinde prioridad al consenso (15).

(14) Se desarrolla en D'Argenio, Inés (2010) “Trascendencia institucional del litigio de derecho público”.

(15) Se desarrolla en D'Argenio, Inés (2008) “La regulación económica en América Latina. Profundas diferencias con el sistema de agencias que se pretende trasplantar” y en sucesivos artículos publicados en Revista jurídica argentina La Ley, Suplemento derecho administrativo, Director Agustín Gordillo, bajo el título “La manera más conveniente de administrar el país”, alusivo a una expresión utilizada por la titular del Poder Ejecutivo en Argentina

c) Presencia del consenso para la obtención de mejores resultados en la gestión administrativa sin necesidad de acudir a instrumentos propios del derecho privado

La “mística del consenso” de que habla Franco Gaetano Scoca se vuelve realidad en un sistema concurrencial en el que la sociedad civil se integra en el proceso de adopción de decisiones. No es necesario acudir a instrumentos del derecho privado para el ejercicio de una función administrativa ajeno a la clásica relación de dominación-sujeción, cuando se concibe al derecho administrativo como regulador integral de aquella en un marco de juridicidad plena. De tal modo, se modifica el término de la autoridad en el esquema del binomio “autoridad-gestión”, unificando la gestión como eje de toda la actividad administrativa, regida toda ella por el derecho administrativo, pero no con el contenido tradicional de esta disciplina.

d) Superación del fracaso actual en la gestión administrativa para la ejecución de la ley: inoperancia del acto administrativo en el cometido esencial de la función asumida

La superación del concepto de acto administrativo confiado a la discrecionalidad de un poder se vincula directamente, al menos en nuestro país, a la superación del fracaso actual en la vigencia efectiva del derecho. No importan todos y cada uno de los institutos incorporados en el curso de la elaboración del derecho administrativo durante el siglo XX para limitar el ejercicio de la administración concebida como poder. Mientras siga siendo concebida como poder y la presencia de la autoridad se imponga a través del dictado de actos administrativos, no será posible la instalación de instrumentos propios de un sistema de gestión diferente que atienda a la participación pública como técnica para la satisfacción efectiva de los cometidos de interés general, concebido éste como inmanente a esa sociedad y no como una entelequia emanada de una autoridad trascendente.

7. Bibliografía

BIGOT, Gregoire. *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*. París: Presses Universitaires de France, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”, EN: *El Derecho*, Buenos Aires, 1999-180, 773-798.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen y otros. “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo”, EN: *Nuevas perspectivas del derecho administrativo: Tres estudios*. Madrid: Civitas, 1992.

para justificar la instalación de un consejo consultivo que obrara como “agencia” para el control del destino de las reservas del Banco Central transferidas al Poder Ejecutivo a efectos de enfrentar el gasto público (especialmente D’Argenio, (2010) “La manera más conveniente de administrar el país II”, en el que se analizan tres sentencias excelentes: a) De la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A que anuló una resolución del Secretario de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, poniendo el acento en que la competencia ejercida en el caso era propia del Tribunal Nacional creado por la Ley de Defensa de la Competencia 25.156, dictada en 1999 y que, como órgano específico de aplicación de la ley con garantías propias del régimen concurrencial, aún no se había constituido a la fecha de la sentencia (causa “Pirelli & CSPA y otros” del 1 de febrero de 2010); b) De la Jueza Federal en lo Contencioso Administrativo Clara M. Do Pico, que obligó al Poder Ejecutivo Nacional a cumplir con el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico vigente para la designación de los cinco miembros del directorio del Ente Nacional Regulador del Gas, destacando que tanto la ley 24.076 - marco regulatorio del gas natural - como el decreto reglamentario 1738 del año 1992, imponían esa constitución específica incumplida, desde por lo menos el 31 de marzo del 2000 (en causa “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otro” 14 de agosto de 2009, con remisión a sentencia en igual sentido de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V en causa “Unión de Usuarios y Consumidores” del 30 de junio de 2009); c) De la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V en “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros”, sentencia de fecha 2 de setiembre de 2009 en la que ordenó a la Secretaría de Energía que arbitre los medios necesarios para realizar la convocatoria pública y dar cumplimiento a los demás procedimientos para que los integrantes del directorio del Ente Nacional Regulador de la Energía sean designados de la manera establecida en los artículos 58 y 59 de la ley 24.065).

D'ARGENIO, Inés. "Una omisión. El pensamiento de Bartolomé Fiorini: vigencia actual de sus propuestas", EN: *Función pública, legislación, doctrina, jurisprudencia*, La Plata, 2001 13(153/154), 15-19.

— *La justicia administrativa en Argentina: Situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional. Prólogo de Agustín Gordillo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

— "La regulación económica en América Latina. Profundas diferencias con el sistema de agencias que se pretende trasplantar", EN: *Jurisprudencia argentina, Suplemento de derecho administrativo*, Buenos Aires, 2008-II.

— "Trascendencia institucional del litigio de derecho público", EN: *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, setiembre 2010-3.

— "La manera más conveniente de administrar el país II", EN: *Suplemento La Ley administrativo*, Buenos Aires, 6 de mayo de 2010, 1-4.

— "Reflexiones acerca del procedimiento administrativo frente a la crisis del sistema autoritario", EN: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata*, 2011 8(41), 51-73.

D'ORSOGNA, Doménico. "Conferenza di servizi e amministrazione della complessità", EN: *Nuovi problemi di Amministrazione Pubblica*, Estudios dirigidos por Franco Gaetano Scoca, Torino: Giappichelli, 2002.

FIORINI, Bartolomé Alejandro. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 1968, t. I.

— *Derecho administrativo*. 2a. ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Revolución Francesa. Derecho público y justicia administrativa", EN: *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*. España: Centro de Estudios Judiciales, 1990.

GOLA, Marcella. "La stática del potere", EN: *La pubblica amministrazione e il suo diritto*. Parma: Monduzzi, 2012.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Los recursos administrativos y económico administrativos* Madrid: Civitas, 1975.

MAIRAL, Héctor. "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo" EN: *El Derecho*, Buenos Aires, 1998-179, 656-700.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

NIETO Alejandro. "Los orígenes de lo contencioso administrativo en España", EN: *Revista de administración pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1966-50, 27-50.

— "La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo", EN: *Revista de administración pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1975-76, 9-30.

SPASIANO, Mario R. *Interessi pubblici e soggettività emergenti. Gli organismi non lucrativi di utilità sociale*. Napoli: Giannini, 1996.

Objeto y extensión del derecho agrario

POR LEONARDO F. PASTORINO (*)

Sumario: I. Caracterización del Derecho Agrario y factores que contribuyen a sus distintas perspectivas. — II. Puntos de debate actuales sobre el objeto del Derecho Agrario. — III. Actividad agraria y doctrina clásica del derecho agrario como aporte para aceptar nuevos contenidos y encontrar los límites precisos en la extensión del derecho agrario moderno. — IV. Bibliografía.

Resumen

En el presente trabajo se parte de una caracterización del derecho agrario como regulador de la actividad agraria y, a partir de allí, se concluye en la imposibilidad de describir un objeto de la materia con vocación universal, por las influencias geográficas, políticas, históricas y de los ámbitos específicos jurisdiccionales de que se trate. Se describen las cuestiones actuales que hacen ver el objeto del derecho agrario desde distintas perspectivas: el ambiente, los productos, los mercados, las cadenas de producción, la tecnología, la biotecnología, las regulaciones regionales e internacionales, etc. Contenidos que van aportando a la multiplicidad de objetos de regulación y estudio y de amplitud de relaciones y zonas de contacto o conflicto con otras disciplinas jurídicas. Se recuperan los aportes de prestigiosos autores platenses que contribuyeron a la autonomía científica de la materia describiendo la actividad agraria y, luego de ello, se vuelve sobre los puntos de difíciles confines con otras materias, para trazar un punto de vista sobre dichos límites.

Palabras clave: Derecho agrario, Derecho agroambiental, Derecho agroalimentario

Abstract

This paper begins doing a characterization of the agricultural law as regulator of the agrarian activity and, from there, concludes in the inability to describe an object of the matter with universal vocation, for the geographical, political, historical influences and of the specific jurisdictional areas about which it treats itself. It describes some questions in order to face the object of the agricultural law from different perspectives: the environment, the products, the markets, the production lines, the technology, the biotechnology, the regional and the international regulations, etc; contents that are contributing to the multiplicity of objects of regulation, of study and of extent of relations and zones of contact or conflict with other juridical disciplines.

In this document we will recover ideas of some prestigious authors from La Plata that have contributed to the scientific autonomy of the Agrarian Law subject. After that, this work will confront some difficult aspects of the Agrarian Law subject which borders with other legal areas. The objective is to develop a point of view about the limit with them.

Key words: Agrarian law - Agroenvironmental law - Agrofood law

I. Caracterización del Derecho Agrario y factores que contribuyen a sus distintas perspectivas

Entiendo que es difícil concebir, definir o explicar “un” derecho agrario o “el” derecho agrario, sino que al pensar en el objeto de regulación y estudio del derecho agrario se debe pensar en “varios” derechos agrarios. Es decir, no existe un derecho agrario con vocación universal que vaya a lograr unifi-

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Agrario, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

car en base a ciertos institutos ideales las categorías jurídicas agrarias replicables en cada uno de los ordenamientos; ni existe un derecho agrario unificado al interior de un mismo ordenamiento jurídico como en nuestro caso, el argentino, porque cada autor al describirlo lo hace en base a concepciones particulares y preferencias propias que lo llevan a delinear un contenido con confines y contornos muchas veces indefinidos y multiformes.

Lo primero, es decir, la imposibilidad de universalización de institutos y contenidos, se debe a múltiples factores pero que parten de la esencia misma del objeto de regulación de la materia que es, a mi juicio, la actividad agraria. Ésta se desempeña partiendo de elementos vivos que, como tales, tienen unas características únicas y una dependencia absoluta con el ambiente circundante, lo que desde ya condiciona las llamadas agro-eco-regiones cambiantes en los distintos territorios y producciones diferenciadas en ellas, lo que, a su vez lleva a normativas particulares. De esas mismas características regionales, derivan condiciones diferenciales entre países y regiones, países agro-exportadores y países dependientes de alimentos y otros insumos de origen agrario, lo que condiciona las políticas -proteccionistas o expansivas, para simplificar una clasificación que en la realidad presenta muchas otras variantes-, políticas que se exteriorizan en reglas de derecho que, por consiguiente, también serán diferenciadas de acuerdo a los ordenamientos en que nacen. A su vez, cada ecorregión va a presentar mayores riquezas o insuficiencias respecto a los distintos recursos naturales, lo que también contribuirá a perfilar las características del derecho agrario que, dependiendo de estos para la producción, debe regular los modos de acceso y sus usos en beneficio de la totalidad de los productores usuarios. Asimismo, debe tenerse en cuenta el factor climático que, además de interferir en los tipos productivos, lo hace respecto a los riesgos de la agricultura, lo que también lleva a preocupaciones e institutos particulares dependientes de cada región.

También influyen en esta imposibilidad de universalización del derecho agrario la historia y las perspectivas de análisis con que se concretizó la disciplina en cada momento; la política de cada estado y su perfil más o menos intervencionista en agricultura como también otras concepciones políticas que van a influir en la elección de los instrumentos jurídicos transformadores de la estructura agraria de cada momento y región y también los valores que se rescatan para constituir el orden público que puede ir rotando el acento protectivo para privilegiar o proteger al productor sin tierra respecto al terrateniente rentístico; o al productor respetuoso de las normas ambientales o que produce bajo un modelo de sostenibilidad, respecto al que lo hace en menor grado; o a los productores agrarios en general, propietarios o arrendatarios en relación a los otros sectores de las cadenas productivas que tienden a condicionar a los primeros a sus propias exigencias y posiciones de poder.

Por último, cabe decir que el ámbito competencial de la jurisdicción que se analiza, también influye en el contenido a tratar. En el caso argentino, es fácil identificar los problemas de dominio, contratos y empresa en el ámbito nacional, pero a nivel provincial los códigos tienen vedadas esas temáticas y abordan cuestiones más territoriales y de recursos naturales. A nivel regional e internacional, serán los productos agrarios los que circulan y poco se regulará sobre la actividad o la organización empresarial o el uso de la tierra.

Lo segundo, es decir, la tonalidad con que cada autor describe su propio derecho agrario puede vincularse con la transversalidad e interdisciplinariedad de la materia. La transversalidad propia del derecho agrario con respecto al derecho mismo, es decir, en relación con las restantes ramas, especializaciones o disciplinas internas, se va a exteriorizar, primeramente, en la mayor o menor autonomía que se le otorgue al derecho agrario. Una serie de institutos acrecerán o faltarán de su contenido, de acuerdo a esta concepción o, lo que es la contracara de tal perspectiva, al mayor reconocimiento autonómico con que se valoren las otras ramas o disciplinas. Un ejemplo claro de esto puede leerse en las discusiones sobre la colocación sistemática del trabajo agrario que es, para unos, derecho agrario laboral y, para otros, derecho laboral agrario. Otro ejemplo lo constituyen los contratos agro-industriales, que para pocos son agrarios y para muchos son comerciales. La lista de ejemplo seguramente es mayor y será completada por ustedes, los lectores.

La interdisciplinariedad coloca al derecho agrario en relación a otras ciencias. Con relación a las ciencias agrarias y forestales; a la economía, a la sociología y a la política agrarias y con la ecología, principalmente. No son pocos los autores y colegas que han objetado la inclusión en el derecho agrario de los capítulos respectivos a la política agraria y a los instrumentos propios de ésta, como una clave de lectura que aporte a la interpretación y contextualización de las normas agrarias y los conflictos de intereses en el sector. Otros critican la trascendencia que, desde otras perspectivas se otorga dentro del derecho agrario a los recursos naturales y al ambiente.

También influyen en este segundo punto los distintos valores personales, el bagaje intelectual previo con el que puede encararse el estudio de la materia y, por qué no decirlo, los roles profesionales con que muchos autores se han acercado a la misma. Sobre esto último, no escapa a nadie que muchas posiciones autorales o de participantes en congresos agrarios estén influidas por sus roles fuera de la Academia, como productores o abogados de ciertos sectores que intervienen en la producción.

Finalmente, influirán en la gama de derechos agrarios las fuentes productoras del mismo, la todavía aún significativa vigencia de los usos y costumbres, los preceptos constitucionales que marcan rumbos diferenciados, las fuentes internacionales y regionales, entre las más importantes a estos fines.

Al margen de todos estos temas, presentados sucintamente porque no son el verdadero motivo de esta exposición, no dejan de perder valor los intentos de aquellos que más allá del variopinto y rico universo del derecho agrario global han pretendido concentrarse en la elaboración de una teoría general. Cito solamente a Vivanco, con su *Teoría general del derecho agrario*, que es uno de los esfuerzos más conocidos en Latinoamérica y el mundo y que puede considerarse como patrimonio intelectual de esta ciudad de La Plata y de ésta, nuestra Facultad.

Una visión panorámica y actual del derecho agrario en su conjunto, o del conjunto de los diversos ordenamientos agrarios podría describirse con un núcleo central de la materia en el que viejas tensiones parecen ahora superadas y unas nuevas realidades que expanden su objeto y se divisan como de mayor tensión, en las zonas limítrofes de la materia.

II. Puntos de debate actuales sobre el objeto del Derecho Agrario

El derecho del campo, el derecho rural, el derecho de los recursos naturales, el derecho de la tierra, el derecho de los contratos agrarios y el derecho de la empresa agraria

¿Qué sucede en el centro? Parecen superadas las alternativas que vieron el derecho agrario como el derecho “del campo” o “derecho rural”; es decir, un derecho más definido por un marco espacial en contraposición al derecho urbano, civil, comercial y hasta industrial. También se van superando las concepciones que lo vieron como derecho de la tierra, sea bajo la preeminencia del instituto de la reforma agraria, sea como derecho de los contratos, posición en la cual la fórmula “contratos agrarios” hacía referencia exclusiva a los contratos de concesión de tierras para la producción agraria. En esta vinculación con la tierra, debemos incluir, del mismo modo, la pérdida de vigencia del derecho agrario visto como reparto de la tierra rural para la distribución de los distintos usos o derecho agrario visto como derecho del territorio. También, y seguramente vinculado al avance de la definición de actividad agraria y la descripción de la misma como objeto propio del derecho agrario, es que ha perdido significación aquella pretendida sumisión del derecho agrario al derecho de los recursos naturales.

En este centro, ubicaría aún, la disputa doctrinaria por ver como objeto determinante del derecho agrario a la actividad agraria, para unos, o a la empresa agraria, para otros, cuestión que, sin desmerecer en absoluto su profundidad teórica no es, creo, en la actualidad, de una intensidad tan potente o conflictiva como la que si se da en los campos que a continuación enuncio para la periferia o los confines del derecho agrario.

El ambiente, el derecho ambiental, el sector agro-ambiental

¿Qué sucede en la periferia? En primer lugar, aún no se ha internalizado bien la relación de la actividad agraria con el ambiente en el que se desarrolla y, por ende, no se terminan de asumir como

propios algunos aspectos ambientales sin caer en la simplificación de creer que todo el derecho ambiental pueda ser parte del derecho agrario o que el derecho agrario debe ser un mero capítulo del derecho ambiental. El modelo mundial de desarrollo hace marcar con pasos más que acelerados, la escasez y vulnerabilidad de los recursos naturales y el impacto de las actividades productivas -incluidas las agrarias- en el ambiente, todo lo que acelera el desarrollo del derecho ambiental y una tendencia, hoy ya casi irrefutable, por la que los intereses ambientales colectivos priman por sobre los intereses económicos productivistas, individuales o de grupo. En conclusión, mientras todavía existen autores y agraristas que repelen la cuestión ambiental; el derecho ambiental se acrecienta y presta cada vez mayor atención a institutos agrarios típicos -desde los agroquímicos hasta la sanidad animal y vegetal y los propios contratos agrarios cuyo esquema normativo es visto con incidencia en el mayor o menor respeto que la actividad productiva pueda tener para con el ambiente natural y agrario en su conjunto-.

El sector agro-industrial, el sector agro-alimentario, el derecho alimentario y el derecho agro-alimentario

También en la periferia existe tensión en los llamados sectores agro-industrial y agro-alimentario. Para quienes ven al derecho agrario como un derecho vinculado con las actividades primarias en exclusividad, es difícil asumir las necesidades actuales de estrategias que lleven a una ampliación cada vez mayor de las actividades conexas por parte del productor primario o a considerar agrarios los contratos que este realiza con el objeto de obtener una mayor rentabilidad de sus productos. Esto, a mi modo de ver, tiene directa relación con la política legislativa que se adopte para proteger a los productores primarios en relación a los restantes eslabones, sean estos industriales, de las cadenas de distribución o grandes mayoristas o exportadores. Creo, no obstante, que la doctrina agrarista debería bregar porque la legislación extienda los principios protectivos al sector primario explicando los motivos que lo hacen vulnerable frente a los restantes sectores de las cadenas de producción. Pero la cuestión no se agota en cuanto a la relación económico-jurídica entre los distintos actores económicos, sino que tiene que ver también con la tutela de los consumidores que apunta a regular cada una de las etapas de la producción, sea esta orientada al sector agrario, sea al sector medicinal, sea al sector industrial.

Hay quienes ven este proceso global como una integridad tal que hacen subsumir al derecho agrario en un derecho superior, a veces llamado alimentario y otras veces agroalimentario, pero siempre con la pretensión de que estos nombres indiquen una rama superadora, más abarcativa, del derecho agrario. La actividad agraria, para esta corriente, estaría condicionada totalmente por las políticas públicas garantistas de una tutela sanitaria y de calidad y de una pretensión de alcanzar a cubrir las distintas necesidades alimentarias de la población, objetivos que por su propia importancia hace perder, para los sostenedores de estas posiciones, trascendencia a la caracterización propia de la actividad agraria como fundamento de la autonomía del derecho agrario.

La influencia de la fuente internacional. ¿Regulación de la comercialización de los productos, es decir, actividad meramente vinculada o regulación de la propia actividad?

Además de estas dos cuestiones, ambiental y alimentaria, el objeto del derecho agrario se ve también conmocionado por la irrupción de nuevas fuentes, como la internacional y las regionales. Estos sistemas jurídicos -tanto el internacional como los regionales- han partido de una regulación concentrada con exclusividad en las cuestiones aduaneras por lo que sólo podían regular la comercialización de los productos derivados de la actividad agraria, que en el campo internacional queda lejos de realizarse por los propios productores y, en consecuencia, jamás se trató de un objeto de regulación de la materia agraria en sí misma. Claro que las políticas aduaneras podían influir en forma contundente en la elección productiva de los sujetos agrarios. Es decir, al ajustar los precios internacionales, las tarifas aduaneras pueden incidir en la orientación de las ventas al exterior o al interior del país y con ello también en el precio y rentabilidad para el productor, ergo, en sus opciones productivas. Ello llevaría a analizar este sector como uno propio de las actividades que Vivanco (1967:26) llamaba vinculadas, es decir, un sector que sin ser objeto de regulación del derecho agrario era sí de interés significativo en el estudio del mismo para entender el fenómeno productivo global. Pero luego, estos

derechos se ocuparon cada vez más de las cuestiones de calidad, de la sanidad, de la tipificación y nombre de los productos, de los procesos productivos y tantas otras cuestiones con influencia directa en la regulación de la primera etapa productiva. También debe recordarse que el sistema actual de la Organización Mundial del Comercio (OMC), incluye en el Acuerdo Agrícola, junto con las cuestiones relativas a las tarifas aduaneras y a los subsidios a las exportaciones, un capítulo tan importante o más que éstos mismos, vinculado con las ayudas internas a la producción primaria. Es por tal motivo, que aún para quienes se concentran en una visión del derecho agrario destinado sólo a la regulación primaria de la actividad, no puede dejar de ser significativo el estudio e influencia de esta fuente internacional, como tampoco la de los otros acuerdos de la OMC, en primer lugar el Acuerdo Sanitario y Fitosanitario y también el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos y el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, en cuanto regula, por ejemplo, las indicaciones geográficas que tienen directa incidencia en el modo de producir los productos primarios que pretendan ser alcanzadas o favorecidas tanto por tales indicaciones como por las denominaciones de origen.

Tecnologías, biotecnologías y derecho agrario como instrumento de políticas para el desarrollo rural sostenible

Pero existen también otros dos focos de preocupación o alteración del contenido, llamémoslo, más tradicional, del derecho agrario. Uno tiene que ver con el desarrollo de las tecnologías en general y de las biotecnologías en particular. No sólo en cuanto a la aparición de la problemática de los organismos genéticamente modificados que tocan a la actividad agraria por diversos confines, como el de la responsabilidad del productor; su dependencia económica respecto a los grupos titulares de dicha tecnología y a la tecnología misma ya que a veces parece que no producir este tipo de productos es condenarse al fracaso económico; conflictos entre productores por contaminación de los cultivos; y tantos otros. Sino que también surge el problema de la protección de estas innovaciones y su impacto en el régimen dominial de ciertos bienes agrarios como las semillas. Mientras que el otro foco deriva de la visión que se tiene de la agricultura como un impulsor de desarrollo de los sectores rurales, pero no ya autónomo o solitario, sino potenciado por estrategias de sinergia con otras actividades o valores del ámbito rural, todo lo que ha hecho reaparecer el factor “rural” y el uso del vocablo “rural”, ya no como determinante espacial del contenido de la materia pero sí como condicionante del mismo y como objetivo de política de planeamiento y de desarrollo que toma las reglas agrarias para su concretización.

III. Actividad agraria y doctrina clásica del derecho agrario como aporte para aceptar nuevos contenidos y encontrar los límites precisos en la extensión del derecho agrario moderno

El objeto del derecho agrario, influido por las distintas variantes sucintamente expuestas, aparece entonces como una dinámica sucesión de imágenes con mayor prevalencia de uno u otro componente, lo que permite comparar la representación del contenido de nuestra materia con las deslumbrantes y mutantes imágenes de un catadrióptico. Pero la fascinación que puede producir el entrelazamiento de tantas temáticas no puede llevarnos a un encandilamiento tal que nos haga perder el verdadero centro definitorio de regulación de nuestra materia. Ese centro sigue siendo, a mi criterio, el concepto de actividad que bien contribuyó a definir Rodolfo Carrera elaborando su concepción o teoría agrobiológica. Esta teoría es expuesta por primera vez en el prólogo al libro de Bernardino Horne, *Temas de derecho agrario*, publicado en 1948, pero la trascendencia que tuvo posteriormente, instaron al autor a reproducirla en una obra propia (1978:1).

Carrera señala que “el elemento constitutivo esencial del derecho agrario, como hemos dicho, es la actividad agraria que, al decir de Fabila (1978:4) es una industria genética perfectamente diferenciada de las otras industrias de extracción, de transformación o de servicio” Dos factores esenciales hacen a esta actividad, y le son propios, a la vez que son ajenos a las restantes actividades económicas. “el clima, con sus variantes de lluvia, sequía, granizos, inundaciones, riego, estaciones, etc., y los propios de la agricultura, como roturación, siembra, germinación, crecimiento y maduración, con los propios de la ganadería, fecundación, pariciones, cría, en todos los cuales deben computarse plazos y períodos biológicos.” (1978:5)

Reconoce Carrera (1978:4) las contribuciones que en el seno del Instituto Agrario Argentino aportara desde su especialidad de agrónomo el ingeniero Andrés Ringuelet. Varios años después, Ringuelet describió con sus propias palabras la teoría agrobiológica en trabajos destinados a sus alumnos de diversas carreras, uno de los cuales, de poca difusión en Argentina, pude encontrar y fotocopiar en la Biblioteca del Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado de Florencia. Se trata de un texto sin editorial ni año de publicación, posiblemente un apunte de clases. Lleva el título de *Los fundamentos científicos de la teoría agrobiológica* y allí asevera que la agricultura, es decir, la actividad agraria, se fundamenta en dos ciencias, la biología y la ecología. La primera, estudia la vida de la planta o del animal de que se trate y la ecología, el medio donde estos animales o plantas encuentran las condiciones, elementos y energías requeridas para vivir. Es decir, dice, estudia el suelo, que tiene reacciones físicas, químicas y biológicas, pues respira, evoluciona, se degrada y destruye. También estudia el clima, que es vital por los factores luz, humedad y temperatura. Ambos determinan los cultivos y regiones agrícolas. Explica que “el hábitat primitivo era un hábitat agreste, virgen que el hombre ha modificado para sacarle provecho; transformando la planta silvestre en cultivada, pero siempre respetando las leyes bio-ecológicas; que son las que determinan su hacer”. Por eso define la agricultura como una actividad “bio-ecológica” ya que sin naturaleza no es posible. “La agricultura, gracias a su estructura bio-ecológica produce, engendra, genera, con un embrión o germen. Por ello es una actividad genética destinada a producir.” “El período vegetativo de la planta -periodicidad o “ciclo productivo”- es un proceso estacional que comprende cuatro fases: nacimiento, crecimiento, fructificación, reproducción. El productor tiene que respetar ese ciclo y adecuar su trabajo al mismo, si quiere lograr cosecha”. Luego reitera que el ambiente condiciona la actividad también por los riesgos naturales incontrolables a la que la somete, le aporta “aleatoriedad” o inseguridad “pues nunca se sabe si se recogerá poco, mucho o nada” y también recuerda las plagas, enfermedades, sequías, etc. “La agricultura produce materia orgánica, en consecuencia sus frutos son percederos, se pudren; requieren en consecuencia conservación. Y estimulan la industrialización respectiva (dulces, conservas, jugos, harinas, pastas, etc.)”.

Cada renglón de sus escritos sirven para recordar y reafirmar dónde está el fundamento de la especialidad o identidad del derecho agrario. Si recorremos las normas agrarias veremos que son estas características propias las que surgen y resurgen más allá de los tiempos y de las concepciones políticas o ideológicas dando especificidad a la materia. El ciclo vegetal o animal es uno de los que más influye en nuestro régimen de trabajo agrario al determinar un sistema propio de descansos diarios, semanales y vacacionales. Sino, serán los riesgos propios de la actividad, los que configuraran seguros especiales para la actividad ganadera o agrícola. La naturaleza percedera de los frutos son los que exigen tiempos veloces en la resolución de los conflictos. La necesaria transformación de los productos para conservar lo producido o para otorgarle mayor valor al trabajo puesto en su creación va a hacer que la actividad agraria se extienda a las actividades llamadas conexas. La estacionalidad de los cultivos y de los nacimientos va a hacer que el mercado de estos productos se comporte distinto y altere las leyes de la oferta y la demanda pudiéndose hablar de una inelasticidad de ambas.

Resulta tan valioso el aporte de Ringuelet al reafirmar la conexión íntima entre actividad agraria y el ambiente donde esta se realiza que justifica la lógica con que Atonino Vivanco había organizado el programa de estudios de la materia en 1984, en el cual la primer unidad no se dirigió, como sería habitual, a presentar el derecho agrario, sino que bajo el título de “Ecología”, describió los procesos naturales, las leyes de la energía y las cadenas tróficas para ubicar al alumno en una materia que se desarrolla, depende y, a la vez, condiciona, el desarrollo del sistema natural. Pero esto no hace confundir al derecho agrario con el derecho ambiental, porque el derecho agrario tiene su esencia en la producción mientras que el derecho ambiental se concentra en la protección. Ambos podrán un día confluir en la búsqueda de un sistema de desarrollo sostenible, pero ello no hará tampoco confundirlos ya que el derecho agrario se concentrará en la regulación de las actividades productivas agrobiológicas mientras que otros derechos se ocuparan de otras producciones o actividades.

Me permití transcribir algunos párrafos de estos maestros cuya memoria honramos, e invito a no perder el hábito de sus lecturas ya que en los fundamentos por ellos dados a nuestra materia encontraremos el punto firme para no hacer perder esencia a la materia.

En tal sentido, así como considero suficientemente expuesto el punto de vinculación entre lo agrario y lo ambiental, entiendo que es el concepto de actividad agraria el que debe poner claridad a la relación entre lo agrario y lo alimentario. Todavía no está claro si con la expresión “derecho alimentario” se quiere señalar el conjunto de normas vinculadas con los alimentos o si se pretende distinguir un sector autónomo del derecho en el que, para algunos, estaría incluido el derecho agrario como regulación del primer eslabón de la producción de los mismos.

Creo que el derecho agrario debe acrecentar sus confines al sector agroalimentario ya que una visión cada vez más usual de las cadenas de producción para regular la actividad introduce siempre más datos de esta propia visión en las normas agrarias. Esta visión de cadena, que es tanto para el sector alimentario como para otros sectores agroindustriales, debe asimilar los fundamentos de la actividad agraria que la justifican como sector débil y a proteger en las relaciones con los restantes sectores. Por ello es importante extender la influencia del derecho agrario hacia esos otros vínculos, más que replegarse en la visión que mantiene al derecho agrario como exclusivo de la actividad primaria. Pero eso mismo no implica que el derecho agrario deba abarcar las actividades comerciales o industriales, como tampoco implica que el derecho comercial deba terminar por absorber al derecho agrario o imponerle al sector agrario sus principios y dinámica propia, lo que llevaría a serias deficiencias estructurales. Creo, en cambio, en una vía de medio, que el derecho agrario puede regular y estudiar las normas e institutos que teniendo que ver con los bienes y la actividad agrarios, reflejan sobre éstos características particulares provenientes del mercado de alimentos y usar el concepto de actividad como límite para escindir las normas agroalimentarias o agroindustriales de aquellas que son directamente industriales. Es decir, en tanto la norma regule la actividad agraria o aquellas actividades en conexión con la agraria, estaremos todavía en el derecho agrario y si lo que se regula es un contrato entre sujetos agrarios y sujetos industriales deberemos pregonar, partiendo de los datos normativos de cada ordenamiento jurídico particular, que prime la influencia de los principios que reconocen las particularidades de la actividad agraria y, por ende, la protegen.

No puedo entrar en esta sede a analizar las situaciones particulares y adentrarme en la calificación agraria o no de ciertos institutos como las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas, los contratos agroindustriales o el código alimentario -en cuyo interior muchas disposiciones están dirigidas a regular también a la producción primaria-. Pero estoy convencido que estamos en tiempos de cambio y que el objeto del derecho agrario no ha mutado por otros objetos diversos a la actividad agraria pero sí ha alargado sus confines con la sumatoria de un sinnúmero de institutos que recogen los cambios tecnológicos y las dinámicas propias impuestas por los mercados antes aludidos. Afortunadamente, se enriquecen las temáticas y notamos en el último tiempo un nuevo resurgimiento del derecho agrario y de publicaciones específicas que abordan con mucha profundidad estas cuestiones. Estos trabajos enriquecen el debate aludido y ayudan a describir éste, que es el derecho agrario del Siglo XXI.

IV. Bibliografía

Ambiente, Enfoque holístico. Coordinado por Rafael Novello. La Plata: EDULP, 1998.

AUDIER, Jacques. Droit rural. 2e. ed. Paris: Dalloz, 2000.

BREBBIA, Fernando. Manual de derecho agrario. Buenos Aires: Astrea, 1992.

— Introducción al derecho agrario comparado. Rosario: UNR, 2002.

BREBBIA, Fernando y MALANOS, Nancy. Derecho agrario. Buenos Aires: Astrea, 2007.

Calidad y seguridad ambiental, agroambiental, agroalimentaria y agroindustria. Dirigido por María Adriana Victoria. Santiago del Estero: Universidad Nacional de Santiago del Estero, 1999.

CAPÓN FILAS, Rodolfo y CANDELERO, Manuel José. Régimen Laboral Agrario. La Plata: Platense, 1981.

CARRERA, Rodolfo. Derecho agrario para el desarrollo. Buenos Aires: Depalma, 1978.

CARROZZA, Antonio. Lezioni di diritto agrario. Milano: Giuffrè, Milano, 1988.

CARROZZA, Antonio y ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. Teoría general e institutos de derecho agrario. Buenos Aires: Astrea, 1990.

CATALANO, Edmundo y otros. Lecciones de derecho agrario y de los recursos naturales. Buenos Aires: Zavalía, 1998.

Congreso Argentino de Derecho Agrario. Hacia la modernización del Derecho Agrario, Instituto Argentino de Derecho Agrario, (6º: 2001: Paraná).

COSTATO, Luigi. Problemi di diritto comunitario generale ed agrario. Ferrara: Editrice universitaria, 1975.

DE BIANCHETTI DE MONTIEL, Alba. Aspectos jurídicos de la actividad forestal, Corrientes: [s.n.], 2003

Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario (2º: 1998: Rosario).

Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario (3º: 2000: Rosario).

Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario (4º: 2002: Rosario).

Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario (5º: 2004: Rosario).

Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario (6º: 2006: Rosario).

Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario (7º: 2008: Rosario).

Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario (8º: 2010: Rosario).

FACCIANO, Luis A. Contratos agrarios. Rosario: Nova Tesis, 2006.

FORMENTO, Susana. Empresa agraria y sus contratos de negocios. Buenos Aires: UBA, Facultad Agronomía, 2003.

GARBARINI ISLAS, Guillermo. Derecho rural argentino. Buenos Aires: Perrot, 1954.

GERMANÒ, Alberto. Manuale di diritto agrari. 4a. ed. Torino: Giappichelli, 2001.

GERMANÒ, Alberto y ROOK BASILE, Eva. La disciplina comunitaria ed internazionale del mercato dei prodotti agricoli. Torino: Giappichelli, 2002.

GILETTA, Francisco. Lecturas de derecho agrario. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2000.

Instituciones de derecho agroambiental euro-latinoamericano. Coordinado por Alfredo Massart y Ángel Sánchez Hernández. Pisa: ETS, 2001.

La agricultura en el ámbito internacional. Dirigido por Leonardo Pastorino. Buenos Aires: Ediciones Cooperativas - UNLP, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007.

LORVELLEC, Louis. Écrits de droit rural et agroalimentaire. Paris: Dalloz, 2002.

LUPARIA, Carlos. Régimen del trabajo rural: doctrina y legislación. Buenos Aires: Astrea, 1981.

— Reforma agraria, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006.

MAIZTEGUI MARTÍNEZ, Horacio. El trabajador rural. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2005.

MARTÍNEZ, Víctor. Estudios de derecho agrario. Santa Fe: Jurídica - Universidad Nacional del Litoral, 1996.

MASSART, Alfredo. Síntesis de derecho agrario. Conferencias para Latinoamérica. 3a ed. ampliada. Pisa: ETS, 2001.

- MIRANDA, Marisa. Los recursos naturales en el derecho agrario. La Plata: Platense, 1994.
- Temas agroambientales. La Plata: EDULP, 1997.
- MORALES LAMBERTI, Alicia. Introducción al derecho agrario y ambiental (nacional y regional). Córdoba: Horacio Elías, 1996.
- MUGABURU, Raúl. La teoría autonómica del derecho rural. Santa Fe: Centro de Estudiantes de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1933.
- NUÑEZ SANTIAGO, Beatriz. Políticas públicas y derecho alimentario. Del GATT a la OMC en Latinoamérica y el Caribe. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
- PASTORINO, Leonardo. Ecología, ambiente y derecho. Un enfoque interdisciplinario La Plata: EDULP, 1995.
- Fuero agrario. La Plata: Scotti, 1998.
- La política europea de desarrollo rural sostenible. ¿Obstáculo o modelo para el Mercosur? La Plata: Al Margen, 2005.
- Derecho agrario argentino. 2a. ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.
- Derecho agrario provincial. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.
- PÉREZ LLANA, Eduardo. Derecho agrario. 4a ed. Santa Fe: Castellví, 1963.
- PIGRETTI, Eduardo. Derecho de los recursos naturales. Buenos Aires: FEDYE, 1971.
- PIGRETTI, Eduardo A. y otros. Contratos Agrarios. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- Producción orgánica. Aspectos ambientales, técnicos y jurídicos. Dirigido y compilado por María Adriana Victoria. Santiago del Estero: Universidad Nacional de Santiago del Estero, 2006.
- ROMERO, Roxana. Asociativismo agrario. Sociedades agrarias especiales y otras asociaciones. Corrientes: Edición de autor, 2007.
- SPINEDI, Carlos y VALLS, Mario. Derecho agrario. Buenos Aires: Perrot, 1951.
- Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario. 3a. ed. Diretto da Luigi Costato. Bologna: CEDAM, 2003.
- VICTORIA, María Adriana. Regulación legal de la calidad de frutos agrarios para el Mercosur. Inserción de la Provincia de Santiago del Estero. Santiago del Estero: Universidad Nacional de Santiago del Estero, 1999.
- De los derechos de los consumidores a las obligaciones de los empresarios agroalimentarios. Aspectos técnicos y jurídicos. Santiago del Estero: Universidad Nacional de Santiago del Estero, 2002.
- Organismos modificados genéticamente. Aspectos técnicos y jurídicos. Santiago del Estero: Universidad Nacional de Santiago del Estero, 2003.
- De la seguridad alimentaria a los derechos de los consumidores. Santiago del Estero: Universidad Nacional de Santiago del Estero, 2008.
- ULATE CHACÓN, Enrique. Manual de derecho agrario y justicia agraria. San José de Costa Rica: Cabalsa, 2007.
- Tratado breve de derecho agrario, comunitario e internacional. San José de Costa Rica: Colegio de Abogados, 2005.
- ULATE CHACÓN, Enrique y VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Rodolfo. Introducción al derecho agroalimentario. San José de Costa Rica: Continental, 2008.

UNIÓN MUNDIAL DE DERECHO AGRARIO. Nacimiento y desarrollo del derecho agrario como legislación y como ciencia (1º: 1990: Pisa).

- Las grandes tendencias del derecho agrario moderno (2º: 1992: San José de Costa Rica).
- Ordenamiento rural, comercio internacional agrario y rol del estado en la agricultura, (3º: 1994: Nantes).
- El régimen jurídico del agua en la agricultura, (4º: 1996: Tunes).
- Derecho agrario y desarrollo sostenible (5º: 1998: Porto Alegre).
- Agricultura ante el tercer milenio (6º: 2000: Almería)
- Productos agrarios y seguridad alimentaria, (7º: 2002: Pisa)

VALLS, Mario. Manual de derecho ambiental. Buenos Aires: Ugerman, 2001.

VIVANCO, Antonino. Introducción al estudio del derecho agrario. Buenos Aires: La Facultad, 1954.

— Teoría de derecho agrario. La Plata: Librería Jurídica, 1967.

ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. Sistemática del derecho agrario. San José de Costa Rica: Porvenir, 2002.

Efectos de la ley 26.618 en el derecho de familia. La desprotección legal de los niños y niñas en la determinación de la paternidad matrimonial

POR NÉLIDA BEROCH (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Justificación del problema. — III. Somero comentario sobre la ley 23.264. — IV. Breve concepto y diferencias entre ficción jurídica y presunción - Riesgos de las ficciones jurídicas. — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía. — VII. Concisa referencia a las reformas introducidas por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Resumen

Objetivo: describir, analizar y recapacitar sobre el contenido y alcance del artículo 243 del Código Civil, buscar soluciones luego de la sanción de la ley 26.618. *Metodología:* análisis de la ley 26.618, de la Convención sobre los derechos del Niño, recolección de material bibliográfico. Se observó que no hubo proyectos legislativos nacionales antes de la reforma. Analicé si se siguió un orden metodológico al redactar los nuevos artículos de la ley. Comencé el trabajo desde lo general hasta llegar al tema, respetando las opiniones de los especialistas. Señalo que la ley 26.618 puede ser reformada para modificar las incongruencias. *Resultados:* La ponencia fue seleccionada, expuesta y aprobada por mayoría en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Tucumán, año 2011. *Conclusiones relevantes:* La presunción legal del art. 243 del Código Civil se ha transformado en una ficción legal en desmedro de los derechos de los niños, luego de la incorporación del matrimonio entre personas de igual sexo (ley 26.618). Es necesaria su reforma, evitar la ineficacia de la Convención sobre los Derechos del Niño y/u otros Tratados Internacionales.

Palabras clave: Niño - Niña - Discriminación - Identidad - Ficción - Ineficacia

Resumo

Objetivo: descrever, analisar e recapacitar sobre o conteúdo e alcance do artigo 243 do Código Civil, buscar soluções após a sanção da Lei 26.618. *Metodologia:* análise da Lei 26.618, da Convenção sobre os Direitos da Criança, recolhimento de material bibliográfico. Observou-se que não houve projetos legislativos nacionais antes da reforma. Analisei se foi seguida uma ordem metodológica ao relatar os novos artigos da Lei. Comecei o trabalho a partir do geral até chegar ao tema principal, respeitando as opiniões dos especialistas. Sinalizo que a Lei 26.618 pode ser reformada para modificar as incongruências. *Resultados:* A proposta foi selecionada, exposta e aprovada pela maioria nas XXIII Jornadas Nacionais de Direito Civil de Tucumán, ano 2011.- *Conclusões relevantes:* A presunção legal do art. 243 do Código Civil foi transformado em uma ficção legal em desmedro dos Direitos da Criança, após a incorporação do matrimônio entre pessoas de mesmo sexo (Lei 26.618). É necessária sua reforma, evitar a ineficácia da Convenção sobre os Direitos da Criança e outros Tratados Internacionais.

Palavras chave: Criança - Menina - Discriminação - Identidade - Ficção - Ineficácia

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Civil V, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

I. Introducción

En esta oportunidad abordaré solamente uno de los temas considerado conflictivo por los doctri-
narios en la materia después de entrada en vigencia la ley 26.618 que modificó el régimen del matri-
monio en el Código Civil Argentino.

Tal como lo prescribe el nuevo artículo 172, a partir de su reforma, se otorgan los mismos efectos al
matrimonio heterosexual y al habido entre personas del mismo sexo.

El artículo 172 del Código Civil dispone: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el
pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad
competente para celebrarlo.

“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes
sean del mismo o de diferente sexo.

“El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes
hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.

Es mi objetivo a través de este trabajo describir, analizar y recapacitar sobre el contenido y alcance
de la norma que se encuentra prevista en el artículo 243 del referido cuerpo legal en el Libro I - Sec-
ción II - Título II - Capítulo III, la que a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.618, debería ser
modificada.

En efecto, el tema que motivó este análisis es el relativo a la presunción de la determinación de la
paternidad matrimonial estatuido en nuestro código de fondo, dejando constancia que el presente
es coincidente con el contenido de la ponencia que oportunamente presenté en las XXIII Jornadas
Nacionales de Derecho Civil realizadas en la Universidad Nacional de Tucumán, los días 29, 30 de
Setiembre y 1 de Octubre de 2011, que, al igual que otras del mismo tenor, fueron aprobadas por ma-
yoría de los ponentes de la Comisión N° 6: Efectos de la Ley 26.618 en el Derecho de Familia.

Mi preocupación radicó en la incongruencia jurídica en la que se encuentran sometidos los niños
cuando pretendemos interpretar el contenido del artículo 243 del Código Civil a la luz del matrimonio
entre personas del mismo sexo.

La interpretación de la presunción no puede realizarse, se puede deducir que el niño/a se encuen-
tra impedido de conocer su identidad biológica paterna, derecho éste amparado por la Constitución
Nacional y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

Considero que, luego de la reforma introducida por la ley que regula el matrimonio entre personas
del mismo sexo, algunos artículos del Libro I - Sección II resultan parcialmente ineficaces y, en algu-
nos casos, llegan a menoscabar los derechos estatuidos a favor de nuestros niños/as en la Convención
sobre los Derechos del Niño.

El derecho a conocer la identidad biológica es un derecho fundamental que tiene todo ser humano
y con respecto a los niños se encuentra legislado en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los De-
rechos de Niño, que a continuación transcribo:

“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 perti-
nentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

“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 prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”

Estimo que es importante para todos los integrantes de esta sociedad que no existan lagunas en nuestro ordenamiento jurídico y que los operadores jurídicos que tienen a su cargo el estudio de la reforma de nuestro Código Civil puedan arribar a un acuerdo y solucionar los problemas interpretativos que se presentan sobre este tema y otros que también se debatieron en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Se hace necesario que arbitremos los medios en búsqueda de soluciones legislativas para la adecuación de las normas sobre filiación y otras instituciones.

A tal fin, al interpretar los dichos de Sajón expuestos en la página 95 de su libro editado en el año 1995, se puede considerar que la acción estatal, comunitaria y familiar, debe armonizarse y conciliarse de tal manera que al niño, al joven, pueda dársele la relevante posibilidad de abrir su espíritu al profundo sentido trascendente de la vida; y, la elección que él pueda efectuar después para ser libre, debe estar basada en los medios de información y participación que se le brinden los que, de manera alguna pueden negársele para su perfección espiritual y su bienestar material.

El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, confiere jerarquía constitucional a las disposiciones de los tratados internacionales que unen a nuestro país con otros países; entre ellos tiene jerarquía constitucional la Convención sobre los Derechos del Niño.

Expresa D’Antonio (2001: 10): “La adopción por nuestro país, mediante la ley 23.849, y la posterior consagración del carácter constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituyen dos hitos esenciales en el progreso del reconocimiento de la condición del menor como sujeto de derecho.”

Al realizar un estudio sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho comparado, con posterioridad a la reforma de la ley 26.618, Graciela Medina (2010), “advierte que la norma tiene muchas lagunas que el intérprete deberá completar y cree que el conocimiento del derecho comparado podrá ayudar a aplicar la confusa y contradictoria ley, y en su caso, a reformarla.”

Al no contener la ley 26.618 “una reforma institucional profunda”, como dice la jurista mencionada, fueron muchos los interrogantes que personalmente me he planteado.

Por este motivo y también a modo de introito deseo transmitir algunas de las preguntas que me surgieron cuando comencé a analizar la temática propuesta, las que seguidamente transcribo:

- ¿Actualmente la presunción de paternidad matrimonial (artículo 243 del Código Civil) es eficaz?
- ¿Reapareció la discriminación entre hijos matrimoniales de personas de distinto e igual sexo, (realizando una comparación con los contextos discriminatorios que habían desaparecido con la ley 23.264)?
- ¿Los niños se pueden amparar en las disposiciones de la Convención sobre sus derechos y en el Pacto de San José de Costa Rica para conocer su identidad y/o promover acciones luego de la modificación de nuestro Código Civil por la ley 26.618?

Al intentar dar respuesta a estos cuestionamientos, inevitablemente pensé en la necesidad de una seria reforma del Código Civil a fin de evitar que las lagunas ya existentes provoquen interpretaciones diferentes que perjudiquen los reales derechos de los justiciables.

Los motivos expresados en los párrafos precedentes me hicieron reflexionar y plantear las siguientes ponencias en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil:

a) La presunción legal estatuida por el artículo 243 del Código Civil se ha transformado en una ficción legal en desmedro de los derechos de los niños amparados por la Convención sobre los Derechos del Niño, luego de la incorporación del matrimonio entre personas de igual sexo (ley 26.618).

b) Es imprescindible que los operadores del derecho, legisladores, comunidad en general y el Estado nos aboquemos al estudio de las incongruencias y defectos contenidos en la ley 26.618 con relación a la filiación y con una mirada que proteja a los niños/as como sujetos de derecho, a fin que no resulten ineficaces algunos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño y/u otros Tratados Internacionales incorporados en nuestra Constitución Nacional.

II. Justificación del problema

A fin de explicar el objetivo de este trabajo, destaco la opinión de Graciela Medina en el estudio que realizó sobre este tema en el cual expuso que la modificación legislativa que permitió celebrar matrimonio entre dos personas de igual sexo es una modificación radical, un cambio abrupto del sistema, que tiene muchas lagunas.

A nivel nacional no existen antecedentes, en las normas de nuestro Código Civil nunca se legisló sobre el matrimonio de personas del mismo sexo.

En el orden provincial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó la ley N° 1.004, que fuera sancionada el 12 de diciembre de 2002 y reglamentada el 27 de enero de 2003.

La ley mencionada estipulaba en el Artículo 1°: Unión Civil. A los efectos de esta Ley, se entiende por Unión Civil: a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual.

Así también la provincia de Río Negro aprobó la ley de convivencia homosexual N° 3376, el 17 de diciembre de 2002.

En su Artículo 1° estatúa: Las parejas del mismo sexo podrán efectuar una declaración jurada que certifique su convivencia ante la autoridad competente.

Sin embargo, es dable aclarar que, la ley 26.618 fue sancionada sin escucharse el pedido de doctri-narios y senadores que solicitaron su revisión y corrección para dar inmediata solución a las incongruencias del nuevo matrimonio con otras instituciones que no fueron modificadas por esta ley.

En síntesis se hace necesaria la revisión y posterior reforma de los artículos que presentan mayores problemas interpretativos, entre ellos: el relativo a la filiación.

Es imperioso reconocer que los efectos jurídicos que tiene el actual matrimonio en el estado civil de los contrayentes y en la filiación contravienen la efectividad de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir su operatividad en correlación con normas del derecho interno.

Compete a los órganos legislativos tomar las medidas necesarias para adecuar la legislación interna a lo dispuesto por la norma internacional.

Tal obligación surge indudablemente de los artículos 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

“Artículo 3- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

“Artículo 4 – Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

Sobre el tema, Calvento Solari en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, en Panamá en el año 1996, mencionado por D’Antonio (2001:53), ha señalado que la consideración de la persona del niño en el derecho internacional es objeto de atención por parte de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, destacando la labor de esta última en el plano de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, cuya labor se inició en 1984.

Afirma Zarini, (1998:136) que no basta con consagrar el principio de supremacía constitucional; es necesario, además, organizar el procedimiento que lo haga efectivo.

III. Somero comentario sobre la ley 23.264

En nuestro carácter de operadores jurídicos debemos recordar brevemente la importancia que revistió para los niños y niñas la reforma introducida por la ley 23.264 tanto en filiación como en patria potestad.

Dice el artículo 240 de nuestro Código Civil (texto según ley 23.264):

“La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial.”

“La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”.

Nuestros legisladores introdujeron en la legislación interna lo postulado en la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica.

Específicamente, y en cuanto al tema de filiación, la equiparación entre las filiaciones se refiere al contenido y a los efectos de las relaciones jurídicas que se originan por la procreación humana.

Al respecto, dicen Bossert y Zannoni (1987:19):

“El ciclo que inaugura ahora la ley 23.264, importa la culminación del proceso de evolución hacia la absoluta igualdad de filiaciones...”

Asimismo ambos juristas manifiestan que: “La filiación que tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o la maternidad queda, jurídicamente, determinada.”

Determinación es, entonces – como la definen Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (1982:604) la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta.

Esta presunción de la paternidad matrimonial, más allá de las diferentes teorías que se formularon para justificarla y cuyo análisis excede el motivo de esta presentación, tiene su fundamento en el Derecho Romano; Paulo afirmaba que: “pater is est quem iustae nuptiae demonstrant”, sostenido por Bossert y Zannoni en su obra (1987: 39).

En cuanto a la determinación de la maternidad siempre es por el parto; sin embargo es diferente el tratamiento legal de la determinación de la paternidad.

En el supuesto de la paternidad matrimonial, motivo de este trabajo, se determina por la presunción legal, siendo susceptible de ser impugnada.

A modo de síntesis, la presunción de paternidad matrimonial requiere: A) que la filiación materna se encuentre determinada y acreditada, B) matrimonio entre la madre biológica y su marido (ma-

trimonio heterosexual), C) nacimiento del hijo después de celebrado el matrimonio y dentro de los plazos permitidos por el Código Civil.

Seguidamente transcribiré los artículos contenidos en el Código Civil que regulan la determinación de la maternidad y paternidad matrimonial.

“Artículo 242 Código Civil: Determinación de la maternidad: La maternidad quedará establecida aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre, salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido.”

“Artículo 243 Código Civil: Determinación de la paternidad matrimonial: Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.”

Al explicar este tema afirma Perrino (2011:1729) que: el fundamento de la presunción que se encuentra prevista en el artículo 243 del Código Civil, se sustenta en dos elementos: a) el parto de la madre y b) el matrimonio, y de allí se deriva que ese hijo tiene por padre el marido de la madre.

Seguidamente el citado autor expresa que: “La presunción, a su vez, encuentra sustento en otra premisa consistente en que se presume que la mujer sólo ha mantenido relaciones sexuales con su marido al tiempo de la concepción, pues parte del principio de exclusividad que rige el cumplimiento del débito conyugal.”

Es decir que esta presunción hace operativos los deberes de fidelidad y cohabitación (arts. 198 y 199, CCiv.).

“Artículo 198 Código Civil: (Texto según ley 23.515): Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.”

“Artículo 199 Código Civil: (Texto según ley 23.515): Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos.”

La presunción sobre la paternidad del marido es *iuris tantum*, admite prueba en contrario que podrá acreditarse por ejemplo en las siguientes situaciones: 1) en la inexistencia de relaciones sexuales entre los cónyuges al tiempo de la concepción, 2) que no ha mediado inseminación extracorpórea con semen del marido en la misma época, 3) que el hijo fue engendrado por un tercero, fehacientemente acreditado, como dice Grosman (1995: 243)

IV. Breve concepto y diferencias entre ficción jurídica y presunción. Riesgos de las ficciones jurídicas

En este apartado, es pertinente justificar el planteo que realicé al decir, al comienzo del trabajo, que la presunción legal estatuida del artículo 243 del Código Civil se ha transformado en una ficción legal en desmedro de los derechos de los niños amparados por la Convención sobre los Derechos del Niño, luego de la incorporación del matrimonio entre personas de igual sexo (ley 26.618). Por estos

motivos realizo un breve análisis de los conceptos ficción y presunción jurídicas, como así también sus diferencias.

a) Concepto de ficción jurídica:

En principio entiendo que es menester circunscribir el concepto de “ficción jurídica”, como un instrumento de la Técnica Jurídica que es.

En Enciclopedia Jurídica Omeba se la ha definido como “un supuesto jurídico que se basa en algo que en realidad no existe.”

Ello implica que el Derecho suponga siempre, tratándose de ficciones, situaciones que no concuerdan con la realidad y por tal motivo se las ha denominado doctrinariamente como “mentiras técnicas”, o “mentiras convencionales”, de allí también que se hable de una verdad jurídica que se contrapone a la verdad real.

Coincide con el concepto Fernández de León (1955:177) quien define la ficción en estos términos: “Mentira, fingimiento, simulación o encubrimiento de la verdad. Tratar de hacer creer lo que no es cierto.

Suposición que hace la ley atribuyendo a una persona o cosa cualidades que no tiene, para establecer algún derecho como si las tuviera”.

En Escriche (1912:689) también se encuentra definida la ficción como

“Una suposición que hace la ley dando a una persona o cosa una calidad que no le es natural, para establecer en su consecuencia cierta disposición que de otro modo parecería repugnante.

La ficción obra los mismos efectos que la verdad, y por tanto debe imitarla sin presentar cosa alguna que sea contraria a la verosimilitud, y sin que se extienda a lo que por la naturaleza de las cosas es imposible.

Más como las ficciones se han introducido para hacer admitir un derecho particular contra las reglas ordinarias, deben limitarse precisamente al caso que se halla expreso en la ley, sin extenderse de uno a otro, por mucha que sea la identidad de las razones (...)

Ficción es también la simulación con que se pretende encubrir la verdad, o hacer creer lo que no es cierto.”

b) Concepto de presunción:

Previo a definir su alcance, es menester aclarar que la presunción también es utilizada como procedimiento de la Técnica Jurídica.

Conforme al Diccionario de la lengua española (1970: 261), presunción es “Acción y efecto de presumir”, en tanto presumir es: “Sospechar, juzgar o conjeturar una cosa por tener indicios o señales para ello”.

Jurídicamente se la ha definido como “un conjunto de medios y formas, más o menos artificiosas, destinadas a hacer eficaz una norma en el medio social que debe regir”.

Asimismo, también se la considera como la inferencia o deducción que partiendo del hecho indicador se extrae por medio de un juicio silogístico.

Fernández de León (1955: 264) la define como:

“conjetura o indicio que se deduce, ya del modo como los hombres se conducen, generalmente, ya de las leyes de la Naturaleza.

También es una presunción, derivada por la ley o por el magistrado, de un hecho conocido, para averiguar otro hecho desconocido o incierto.

La primera especie de presunción se califica como del hombre o “de hecho”, y la segunda, constituye la presunción legal o “de derecho”.

Esta última admite a su vez distinguir entre la presunción legal absoluta o “juris et de jure”, que no admite prueba en contrario, y la simple o “juris tantum” en la que el hecho presunto se tiene por verdadero mientras no se pruebe que no lo es.

En la prueba de presunciones, para ser admitidas deben ser graves, precisas y concordantes, y fundadas en hechos reales y probados”.

En Escriche (1912: 1379) se puede leer el concepto de presunción, donde el autor dice:

“La conjetura o indicio que sacamos, y del modo que generalmente tienen los hombres de conducirse, ya de las leyes ordinarias de la naturaleza; o bien: la consecuencia que saca la ley o el magistrado de un hecho conocido para averiguar la verdad de un hecho desconocido o incierto.”

“Hay pues dos especies de presunción: a saber, una determinada por la ley, que se llama presunción legal o de derecho, y otra que forma el juez por las circunstancias antecedentes, concomitantes o subsiguientes al hecho principal que se examina, y se llama presunción de hombre.”

“La primera es de dos clases: pues o tiene tal grado de fuerza que contra ella no se admite prueba, y entonces se llama presunción juris et de jure, de derecho y por derecho; o sólo se considera cierta mientras no se pruebe lo contrario, y en tal caso se llama presunción juris, de sólo derecho.”

“La presunción juris et de jure, estando bien determinada por la ley, es bastante para probar plenamente; y la presunción juris del mismo modo, no probándose lo contrario. Las presunciones de hombre, que son las que están establecidas por la ley, sólo hacen semiplena probanza mas o menos fuerte según el grado de probabilidad, y quedan abandonadas a las luces y a la prudencia el magistrado, que no debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes; graves, porque es preciso que el hecho conocido en que se apoya la presunción haga sacar la consecuencia casi necesaria del hecho desconocido que se busca; precisas, porque la presunción no debe ser vaga ni capaz de aplicarse a muchas circunstancias; concordantes, pues las presunciones no deben destruirse las unas a las otras.”

c) Diferencias entre ficción y presunción:

De acuerdo a lo referido precedentemente, se podría determinar alguna de las diferencias entre ficción y presunción: la primera, es la afirmación de un hecho que puede ser contrario a la verdad real, la segunda es un medio lógico de alcanzar la verdad o la certeza de un hecho determinado; la ficción sustituye la realidad por una “fantasía”, en cambio la presunción partiendo de una realidad (hecho comprobado), logra la verdad o certeza del hecho a comprobar; la ficción no admite prueba en contrario, sí la admite la presunción. Juris tantum, no así la presunción juris et de jure.-

d) Riesgos de las ficciones jurídicas:

Ciertamente que la ficción empleada por la ciencia del Derecho para mantener el sistema legal en un “Statu quo”, conduce al “conservadorismo jurídico”, impidiendo de esta manera el progreso del Derecho que los cambios sociales inevitablemente demandan.

Ese conservadorismo funciona como bloqueo a la imaginación de nuevas propuestas.

No menos peligrosa es la consecuencia de pretender a las ficciones jurídicas como reflejos de la realidad, puesto que aquellas son creaciones del intelecto, construcciones jurídicas tendenciosas, según el fin que se propongan; incluso en la derivación de tomar una ficción como real se corre el riesgo de que si la aplicamos caeríamos irremediabilmente en conclusiones absurdas e injustas.

Otro peligro está representado por la utilización de las ficciones jurídicas para el encubrimiento de medidas injustas; esto trae aparejado el abuso de dicho recurso técnico.

V. Conclusiones

A modo de colofón, deseo expresar mi preocupación sobre la necesidad de que todos los operadores del derecho arbitremos los medios en búsqueda de soluciones legislativas para la adecuación de las normas sobre filiación luego de la reforma introducida por la ley que regula el matrimonio entre personas del mismo sexo y que, en algunos casos, puede llegar a menoscabar los derechos estatuidos a favor de nuestros niños/as en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, confiere jerarquía constitucional a las disposiciones de los tratados internacionales; entre ellos tiene jerarquía constitucional la Convención sobre los Derechos del Niño.

Expresa D'Antonio (2001:10): "La adopción por nuestro país, mediante la ley 23.849, y la posterior consagración del carácter constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituyen dos hitos esenciales en el progreso del reconocimiento de la condición del menor como sujeto de derecho."

La ley 26.061 que fuera sancionada el 28 de septiembre de 2005, promulgada el 21 de octubre de 2005 y publicada el 26 de octubre de 2005 en el Título I- Disposiciones Generales, artículos primero, segundo y tercero, regula sobre su objeto, la aplicación obligatoria de la misma y define el concepto que le asigna al interés superior del niño en los siguientes términos:

"Artículo 1º.- Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces."

"Artículo 2º.- Aplicación obligatoria. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación 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 dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, individuales e intransferibles.

"Artículo 3º.- Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente, la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta.
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubieren transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

Al concluir la lectura de estos tres artículos, no se puede desconocer que los efectos jurídicos que surgen de la normativa que regula el matrimonio entre personas de distinto e igual sexo con respecto a lo dispuesto por la ley 23.264 en materia de filiación, contravienen la efectividad de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir su operatividad en correlación con normas del derecho interno.

En síntesis se hace necesaria la revisión y posterior reforma de la normativa que, efectivamente, presenta mayores problemas interpretativos: la relativa a la filiación.

Compete a los órganos legislativos tomar las medidas necesarias para adecuar la legislación interna a lo dispuesto por la norma internacional.

Es dable preguntarnos:

- ¿Actualmente la presunción de paternidad matrimonial (artículo 243 del Código Civil) es eficaz?
- ¿Reapareció la discriminación entre hijos matrimoniales de personas de distinto e igual sexo, (realizando una comparación con los contextos discriminatorios que habían desaparecido con la ley 23.264)?

- ¿Los niños se pueden amparar en las disposiciones de la Convención sobre sus derechos y en el Pacto de San José de Costa Rica para conocer su identidad y/o promover acciones luego de la modificación de nuestro Código Civil por la ley 26.618?

Reitero, los motivos expresados en los párrafos precedentes me hicieron reflexionar y plantear las siguientes ponencias en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil

a) La presunción legal estatuida por el artículo 243 del Código Civil se ha transformado en una ficción legal en desmedro de los derechos de los niños amparados por la Convención sobre los Derechos del Niño, luego de la incorporación del matrimonio entre personas de igual sexo (ley 26.618).

b) Es imprescindible que los operadores del derecho, legisladores, comunidad en general y el Estado nos aboquemos al estudio de las incongruencias y defectos contenidos en la ley 26.618 con relación a la filiación y con una mirada que proteja a los niños/as como sujetos de derecho, a fin que no resulten ineficaces algunos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño y/u otros Tratados Internacionales incorporados en nuestra Constitución Nacional.

Dicen Bossert y Zannoni (1987: 57) “para que las presunciones que en esta materia consagra la ley no caigan peligrosamente en el terreno de las ficciones, es menester tener bien claro el hecho que las nutre.”

Se trata de presupuestos biológicos que exigen, en cada caso, una correlativa concordancia con el vínculo jurídico que instrumentan. Además, la ley debe presumir lo posible, entendiendo como tal lo tácticamente verosímil. En caso contrario, la presunción entra en el ámbito de lo absurdo.

VI. Bibliografía

ARGENTINA. Código Civil. Comentado y anotado. Buenos Aires: La Ley, 2011, t. 1.

BELLUSCIO, Augusto César. Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Depalma, 1987.

BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Régimen legal de filiación y patria potestad – Ley 23.264. Buenos Aires: Astrea, 1987.

CALVENTO SOLARI, Ubaldino. Derecho internacional interamericano sobre niñez. Ponencia presentada en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, "Derecho Familiar, Unidad y Acción para el Siglo XXI". Panamá: Centro de Convenciones Atlapa, 1996.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. Convención sobre los Derechos del Niño: Análisis de su contenido normativo. Aplicación jurisprudencial. Buenos Aires: Astrea, 2001.

Diccionario Enciclopédico Salvat. Buenos Aires: Salvat, 1989, t. 5.

Enciclopedia jurídica Omeba. Buenos Aires: Omeba, 1987, t. 12 y 16.

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Novísima edición. París: Librería de la Vda. de C. Bouret, 1912.

FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo. Diccionario jurídico. Buenos Aires: Zavalía, 1955.

GROSMAN, Cecilia. Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Buenos Aires: Hammurabi, 1995, t. 1.

LACRUZ BERDEJO, José L. y SANTO REBULLIDA, Francisco de Asís. Derecho de familia. Barcelona: Bosch, 1982.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo. Tratado de derecho de familia. Buenos Aires: La Ley, 2006

MEDINA, Graciela. "Matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho comparado. Filiación, objeción de conciencia, matrimonio entre extranjeros y constitucionalidad", EN: Revista derecho de familia y de las personas, Buenos Aires, Noviembre 2010, 13.

PERRINO, Jorge O. Derecho de familia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, t. 2

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Madrid: Espasa Calpe, 1970.

SAJÓN, Rafael. Derecho de menores. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995

ZARINI, Helio J. Constitución argentina. Comentada y concordada. Buenos Aires: Astrea. 1998.

VII. Concisa referencia a las reformas introducidas por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

En primer término hago público mi reconocimiento y agradecimiento a las autoridades y personal de la Hemeroteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Social de la U.N.L.P. que con posterioridad a la celebración de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, gentilmente me proporcionaron el texto completo del contenido del anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial de la Nación – Articulado y Legislación Complementaria – 2012.

Esta circunstancia tan significativa en el tema filiación, motivo de la ponencia que defendí en las Jornadas Nacionales, da la oportunidad de una retroalimentación para ser concisamente comentada a fin de comprender la nueva normativa propuesta.

A tales fines, y comparando el anteproyecto con los interrogantes expuestos en el decurso del presente trabajo intentaré contestar los mismos, con la mirada puesta en el nuevo cuerpo legal.

Actualmente deberíamos preguntarnos:

- ¿En el Anteproyecto de reforma al Código Civil se modificó la presunción de paternidad matrimonial para que la misma resulte eficaz?

Con un enfoque gramatical se puede considerar que en el Título V – Filiación – CAPITULO 1 – Disposiciones generales, el legislador parte de un nuevo concepto que textualmente dice:

“Artículo 558: Fuentes de la filiación. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida pueden ser matrimonial o extramatrimonial.

La filiación por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.”

- ¿Se mantiene en el Anteproyecto alguna discriminación entre hijos matrimoniales de personas de distinto e igual sexo?

La respuesta a esta pregunta y completando el último párrafo del artículo 558 puede también considerarse que se encuentra legislada en el artículo 559, en los siguientes términos:

“Artículo 559: Certificado de nacimiento: El Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas expedirá certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

Efectivamente, la presunción legal estatuida por el actual artículo 243 del Código Civil se ha transformado en una ficción legal. Esta situación legal perjudica los derechos de los niños amparados por la Convención sobre los Derechos del Niño, por los motivos expuestos en la ponencia.

Consecuentemente se puede comprobar que el anteproyecto a fin de evitar lagunas legales, reforma el Código Civil y en los Capítulos 3 y 4 modifica el contenido y alcances sobre la determinación de la maternidad, formas de determinación, suprimiendo la determinación legal de paternidad matrimonial en los artículos que a continuación se transcribirán:

“CAPITULO 3 – Determinación de la maternidad – ARTICULO 565.- Principio general . En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si correspondiere, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge.

Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al registro del estado civil y capacidad de las personas.”

“CAPITULO 4 – Determinación de la filiación matrimonial – ARTICULO 569.- Formas de determinación.- La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba:

a) por la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas;

b) Por sentencia firme en juicio de filiación;

c) En los supuestos de técnica de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro Civil de Estado y Capacidad de las Personas.”

En la ponencia quedó plasmada la necesidad que los operadores del derecho, legisladores, comunidad en general y el Estado nos aboquemos al estudio de las incongruencias y defectos que contiene el actual Código Civil al regular sobre filiación.

Se hace necesaria una mirada que proteja a los niños/as como sujetos de derecho, con la finalidad que no se transforme en ineficaz lo prescrito por la Convención sobre los Derechos del Niño y/u otros Tratados Internacionales incorporados en nuestra Constitución Nacional.

Al respecto es interesante destacar el contenido de la norma sobre el derecho a la información incorporada por el Anteproyecto cuando se utilizan las técnicas de reproducción asistida.

“ARTICULO 564: Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas puede:

a) Revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que previa la ley local.

b) Obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicoa del donante, cuando hay riesgo para la salud.”

Como epílogo se podría considerar que, mediante el contenido de estas normas no se encuentran vulnerados los derechos de los niños/as previstos por la Convención sobre los derechos del niño y prescriptos en el Pacto de San José de Costa Rica para conocer su identidad y/o promover otras acciones luego de la modificación de nuestro Código Civil por la ley 26.618.

Derecho civil y xenotrasplante

POR LUIS ALBERTO VALENTE (*)

Sumario: I. Nociones preliminares. — II. La problemática bajo el análisis bioético. — III. Ética animal. — IV. Xenotrasplantes. — V. Conclusión. — VI. Bibliografía.

Resumen

Puede coincidir en que el xenotrasplante implica un procedimiento por el cual se usan células vivas, tejidos u órganos provenientes de un animal no - humano, trasplantados en un ser humano, o utilizados en perfusiones *ex vivo*. Ahora bien, a través del presente análisis se intenta abordar esa problemática desde la Ética y el Derecho, concretamente desde el Derecho Civil, llegando a la conclusión de que aquella temática excede los límites que se enmarcan en la ley interna referida a los trasplantes entre humanos.

Palabras clave: Ética animal - Derecho civil - Xenotrasplantes

Abstract

It may be agreed on that a xenotransplant implies a procedure whereby non-human animal living cells, tissues or organs are either used transplanted to a human being or in *ex vivo* perfusions. Nevertheless, the current approach seeks to focus on this issue seen from the Ethics and in accordance with the Law, to be more accurate, it takes into account the Civil Rights. As a conclusion, this controversial procedure goes beyond the limits enshrined in the internal law which refers to human transplants.

Key words: Ethics on animals - Civil rights - Xenotransplants

I. Nociones preliminares

El derecho a la disposición corporal es reconocido como un auténtico derecho de la personalidad.

Sin embargo, como todo derecho reconoce límites en cuanto a su ejercicio. Dicha frontera emerge de lo dispuesto por las leyes, la moral y las buenas costumbres.

A su vez, esa disposición sobre el propio cuerpo puede ocurrir: a) en beneficio de la propia persona, en miras de su recuperación o mejoramiento de su salud y equilibrio psicofísico; b) en beneficio de terceras personas determinadas o determinables, o bien, c) en beneficio de terceras personas indeterminadas, esto es, en los supuestos de investigación científica.

La evaluación de los riesgos viene determinada por la relación entre el riesgo corrido y el beneficio esperado, considerándose que no debe existir riesgo grave para el sujeto sometido a la intervención.

En el plano internacional, el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina celebrado en Oviedo (España) por los Estados miembros del Consejo de Europa, va en ese sentido al señalar que no podrá hacerse ningún experimento con una persona si los riesgos son desproporcionados con respecto a los beneficios potenciales del experimento (artículo 16 punto II).

No lo veda automáticamente sino que lo limita en función de la ecuación riesgo - beneficio.

Entrando decididamente al tema principal que nos ocupa, en materia de trasplante de órganos puede diferenciarse el *alotrasplante* (trasplantes entre individuos de la misma especie), del denominado *xenotrasplante* (trasplantes entre distintas especies de células, tejidos y órganos vivos).

(*) Profesor Titular Interino de Derecho Civil I, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP

Este último se erige pues en una técnica terapéutica incardinada en el amplio campo de los trasplantes de órganos, aunque (tal como seguidamente veremos) presenta características tan propias como relevantes desde el punto de vista jurídico.

La necesidad de acudir a ella deriva de la insuficiencia de órganos que se hallen disponibles para atender a una demanda cada vez más creciente, fenómeno generalizado en todos los países en los que se realiza la intervención transplantológica.

A su vez, se trata de una terapia quirúrgica que merece disímiles proyecciones tocantes no sólo al receptor sino también al orden público, y que (según veremos) trasciende las fronteras locales, para ahondar en problemáticas acreedoras de un conveniente sondeo y que generan una indudable preocupación para el hombre de derecho.

La cuestión relativa a los xenotrasplantes se plantea al tiempo en que diferentes posturas científicas se van delineando a fin de solucionar los trastornos que genera la carencia de órganos y tejidos.

Lo cierto es que los avances en el campo del conocimiento sojuzgan a la materia jurídica, muchas veces determinándola, y obligando al operador a auscultar en diferentes consideraciones que se erigen sobre todo en el campo de lo ético.

II. La problemática bajo el análisis bioético

Se comparte la idea según la cual, la bioética es el estudio interdisciplinario de los problemas suscitados por el progreso biológico y médico, tanto en lo micro y macrosocial, y sus proyecciones en la sociedad y sistemas de valores, hoy y mañana. Idea a la que habría que añadir una referencia a los problemas ambientales. (Hooft, 2005: 9)

Se pone así de resalto que se trata de un estudio interdisciplinario, vale decir, un constante diálogo de diferentes disciplinas (ética, filosofía, teología, ciencias médicas, y en un papel importante, al derecho).

La bioética es pensada interdisciplinariamente. Y la heterogeneidad de las visiones acerca de un interés común converge en función de un entrecruzamiento de conclusiones producto de la reflexión crítica.

El vínculo entre la bioética y el Derecho consiste en un diálogo interdisciplinario e integración de saberes, y considerando a la persona y sus derechos como valor fundante.

Prevalece la construcción participativa por sobre el monopolio de opiniones pues la temática no se encuentra sesgada a un único interés. El núcleo de éste último se ve condicionado por valores, principios y virtudes que suman nuevas aristas a la creciente problemática nacida de los avances científicos o tecnológicos y propendiendo a un universalismo ético.

Puede decirse -entonces- que en el discurso bioético subyacen argumentos sobre todo éticos más que técnicos. De allí que es necesario lograr acuerdos y consensos que sirvan de base para la acción. De esa forma nacerán pautas que normarán conductas.

Esos acuerdos y consensos (en constante evolución) procurarán hacer legítimos los comportamientos.

Es que el hombre ante el desarrollo impresionante de las modernas tecnociencias corre el riesgo de ser un mero instrumento al servicio del poder de quien lo ostenta. De manera que es necesario que el criterio ético intente controlar a ese poder.

De allí nace la preocupación bioética, que se esparce a las diferentes disciplinas relacionadas con la vida y desde corrientes de pensamiento heterogéneas.

A su vez, y tal como se dijo, se expande tanto a lo micro como a lo macro social. Es que los avances de la ciencia y de la técnica no se ajustan a una sola dimensión.

También se trata de un análisis intergeneracional, pergeñado en el hoy pero mirando al mañana. Pensando en la necesidad de supervivencia de la especie humana bajo una ética de la responsabilidad.

Bien se ha dicho que una bioética crítica no debe dejar de exigir el reconocimiento institucional de aquellas acciones moralmente indicadas que al no realizarse ponen en discusión derechos humanos básicos. Pero tampoco debe ignorar la tensión a la que la propia historia cultural que los funda somete a los derechos humanos impidiendo que se conviertan en principios abstractos (Tealdi, 2008: 392)

En el ámbito de la salud, los derechos humanos fundamentales se ven problematizados cotidianamente.

De allí que se deba promover una educación en valores y en el marco de una moral de mínimos, promoviendo e incentivando la capacidad axiológica en medio de tanto poderío científico y tecnológico.

Tal como veremos, todo lo expuesto es plenamente aplicable a la problemática de los xenotransplantes.

III. Ética animal

1. Planteamiento de la cuestión

El avance de los diferentes contextos que hacen a ésta integración de conocimientos, permite llegar a la consideración de que el campo de la bioética no se limita sólo al ámbito médico o biológico, pudiendo una mirada mas amplia cobijar variados aspectos, como por ejemplo, cuestiones relacionadas con el medio ambiente o el cuidado de los animales.

A tono con lo expuesto, no se puede negar que el desarrollo tecnológico ha permitido que el ser humano lleve a cabo una intervención más activa sobre la naturaleza provocando una situación de vulnerabilidad de ésta frente al accionar del primero. Lo expuesto nos conduce a una mirada axiológica no sólo antropocéntrica sino también ecológica.

De manera que ésta última perspectiva no puede verse omitida si se trata de un análisis integral, y de todos y de cada uno de los componentes de esa naturaleza, que en sus diferentes aristas se la suele ver en peligro por el accionar de ser humano. A su vez, un análisis sesgado daría lugar al justo reproche.

Se trata en la especie de la consideración ética de la vida en general. Y en éste sentido se parte por suponer que todos poseen derechos, no sólo los humanos. Se trata de una ética convivencial, amplia y respetuosa.

Por lo pronto, no puede ser sujeto de derecho un animal diferente al hombre, y que no es consciente de sus obligaciones, y que por sí, desconoce su situación jurídica o no puede acudir a los tribunales.

Pero más allá de ello, lo cierto es que la problemática no está exenta de una argumentación compleja y de contornos de cuya actualidad no puede dudarse. La cuestión ambiental y sus enormes proyecciones es un ejemplo de ello.

Es que la actualidad pone en crisis la idea tradicional que sostenía que la naturaleza está al servicio y beneficio del hombre, y no de que el hombre es parte de la naturaleza y que consustancialmente debe respetarla.

A medida de que se va comprobando el deterioro de las condiciones de vida, hay una preocupación cada vez mayor por el medio natural, o si se quiere, la del hombre y su entorno.

Esta matriz ética pone en consideración también la idea de respeto por los animales aún aquellos destinados a fines científicos, y que se entiende, están al servicio de las necesidades humanas.

Una primera conclusión debe ser no causar sufrimientos inútiles o estériles al animal o que sean desproporcionados o peligrosos.

Siendo así, la posibilidad de que sean los animales no humanos la fuente proveedora de órganos al hombre, puede generar serios dilemas éticos al evaluar los derechos e intereses no sólo de quien recibe sino también de quien provee el órgano. No se puede negar que ocurre en nuestros días una mayor sensibilización al respecto.

2. Argumentos que fundamentan una ética para los animales

Jurídicamente son considerados como cosas, y en sentido estricto, los animales no humanos no tienen ningún derecho, pues sólo las personas físicas o jurídicas pueden poseerlos.

Sin embargo consideraciones éticas permiten reconocerles una serie de prerrogativas, entre las cuales puede considerarse el derecho a no ser explotados, pudiendo ser encuadrados como sintientes no humanos, pues se trata de seres que ostentan capacidad de sentir, y así, por derecho propio, merecen consideración y respeto (ética sensocéntrica o sensocentrismo).

Nos encontramos ante otra arista visible de la misma problemática vinculada a los xenotrasplantes: la relativa a la *ética de los animales*.

Esa égida considera que la ética no es divisible entre especies. De esa forma la misma nos aleja de todo *especismo*, vale decir, de toda consideración discriminatoria (lo que incluye, obviamente, la posibilidad de dañarlos).

El especismo o especieísmo (término acuñado en 1970 por el psicólogo inglés Richard Ryder) sostiene la lógica de una discriminación moral basada en la especie, y de allí que no considere los intereses de un individuo sintiente diferente al ser humano.

Según aquel se puede dañar a otro si es miembro de otra especie. Aparece emparentado con el racismo, el sexismo y otras discriminaciones arbitrarias producto de consideraciones despreciativas.

El especismo -institucionalizado en todas las estructuras: jurídicas, sociales, económicas, científicas, etc.-, deviene en una ordenación injusta, y se constituye en determinante de nuestro modo de percibir la realidad.

Internalizado desde la infancia, el especismo es un significante que domina nuestra percepción estableciendo criterios de valoración.

Actuaría como una carga teórica de la percepción, que determina nuestro aprendizaje e incidiría -como se dijo- en nuestro modo de ver la realidad.

Una vertiente especulativa interesante fue la sostenida por Peter Singer autor de *Animal Liberation* (1975). Según ésta se debe considerar todos los intereses sin especismo, pues en definitiva son seres sintientes de allí que merezcan un tratamiento humanitario. Esta postura es hoy, un respaldo ideológico al denominado neobienestarismo.

De esa forma pueden auscultarse y ameritarse que existen otras formas de esclavitud asociadas en éste caso con el animal no humano sintiente.

A su vez, el término *vegan* fue pensado por Donald Watson (1944) a partir de las tres primeras y dos últimas letras de la voz *vegetarian*.

Dicho término indica una diferenciación del tradicional concepto de vegetarianismo que, como se sabe, es la dieta que si bien toma como base a los vegetales no implica necesariamente el compromiso de eludir toda violencia contra seres sintientes.

A su vez, en tanto el vegetarianismo estricto o puro se refiere a la dieta de quien no consume productos animales en su alimentación, el veganismo indica una objeción plena a toda forma de explotación animal.

En efecto, fundada en el sensocentrismo (consideración incondicional a todo individuo con capacidad de sentir), ésta lógica se apoya en una actitud de respeto hacia el animal no humano sintiente,

e implica un modo de vida donde se evita voluntariamente el uso de animales, su consumo o la participación en actividades derivadas de su esclavitud, explotación y muerte.

La lógica de los partidarios del veganismo parte de una mirada no instrumental de los no humanos sintientes, considerando que tal población es recipiendaria de un valor que le es inherente a ella y sosteniendo una negación absoluta a toda forma de explotación animal.

Los activistas que difunden el veganismo son partidarios de abolir toda forma de esclavitud animal ofreciendo y tejiendo efectivas redes de comunicación.

De esa manera, se rechaza toda forma de vivisección, vale decir, la utilización de los animales vivos para fines de experimentación biomédica, o para el testeo de sustancias, o bien, toda forma de disección con fines de enseñanza (habitualmente universitaria).

Entonces, queda establecido que hay una corriente de pensamiento que no está de acuerdo en la utilización de animales para fines médicos, experimentales y/ o científicos.

Algunas de las razones que esgrimen demostrando la falla en la experimentación en animales son las siguientes:

1. Los animales son genética, histológica, anatómica, inmunológica, fisiológica, sexual y socialmente diferentes al ser humano.

2. La enfermedad humana, estudiada en un organismo disímil, es inducida en animales aparentemente sanos por medios que son artificiales o violentos.

3. Un animal encerrado en un laboratorio es un ser atormentado. Cualquier prueba que sobre él se haga contendrá en su resultado, aunque ocultas, las huellas de su sufrimiento. (Aboglio, 2011: 106)

De esa forma se llega a la conclusión de que los animales son completamente diferentes a los seres humanos ya que poseen un código genético propio, singular y particularmente único en cada especie.

De esa forma, no habiendo similitud entre especies y ante disímiles códigos genéticos, es irremediable el error.

A su vez, inducir la enfermedad humana al animal sano es desconocer que aquella es producto de un proceso mucho más profundo, holístico y que cursa de manera diferente en distintos tipos de animales.

Sin embargo esa idea aparece refutada o maniobrada en sus justos límites. Se afirma que en muchos casos de investigación biomédica, al menos en un futuro inmediato, se necesitará usar animales en los experimentos. Además un animal intacto es más que una suma de reacciones de células, tejidos u órganos independientes; existen complejas interacciones que los métodos alternativos biológicos o de otra índole no permiten duplicar. El término alternativo ha sido empleado para referirse a la sustitución de los animales vivos por otros procedimientos y están destinados a reducir el número de animales necesarios o a perfeccionar los procedimientos de experimentación (Concepción Alfonso, 2007: 13)

Por el procedimiento de las tres R, internacionalmente conocido, se expresa que a la experimentación animal debe preferirse toda técnica que:

* Reemplace el uso de animales o la sustitución por invertebrados, embriones de vertebrados, microorganismos, plantas, cultivos de células, tejidos u órganos.

* Reduzca la cantidad de animales empleados...o que

* Redefina un método existente para disminuir el dolor o malestar en los animales.

En éste marco se perfilan las conclusiones que siguen.

3. La Declaración Universal de los Derechos de los Animales

La Declaración Universal de los Derechos de los Animales aprobada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal en 1977 y que posteriormente fuera aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, al tiempo que establece que todos merecen respeto aduce que ningún animal será sometido a tratos crueles (artículo 3)

A su vez preceptúa que la experimentación animal que implique un sufrimiento físico o psicológico es incompatible con los Derechos del Animal, tanto si se trata de experimentos médicos, científicos, comerciales, o de otra forma de experimentación (artículo 8. 1 de la Declaración)

Dicha Declaración establece al mismo tiempo que las técnicas alternativas deben ser utilizadas y desarrolladas (artículo 8. 2 de la Declaración de los Derechos del Animal)

Desde luego son postulados éticos ya que el animal no puede ser considerado sujeto beneficiario de derechos y obligaciones. Pero sí pueden considerarse relevantes sus intereses en conflictos normativos, como por ejemplo, al ser mensurada su utilización indolora en experimentos científicos o con fines trasplantológicos.

La sensibilidad ética impone un mayor rigorismo al considerar las medidas precautorias pertinentes y si bien la subordinación de las especies animales al ser humano no es aceptado por todos, el sacrificio debe ser justificado e implicar el mínimo sufrimiento físico y mental.

Progresivamente se pasa de una concepción antropocéntrica a una mirada más ecocéntrica de la materia viva ya que se trata de la integración de las diferentes especies en un universo ético.

No se trata de negar de raíz el uso de animales para fines de experimentación si ello contribuye al progreso del conocimiento científico, pero sí atender al cuidado y uso responsable en el manejo de aquéllos y sobre todo en lo que respecta a su atención y vigilancia.

Como dice la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, se debe cuidar el bienestar de los animales utilizados en los experimentos (Punto B- 12)

Aquella ha de ocurrir a través del debido y respetuoso trato en oportunidad de la crianza, selección, cuarentena y control de laboratorio de los animales a ser utilizados, sin perjuicio de comprobar acabadamente de que no padecen las patologías propias de la especie.

En definitiva, la utilización de animales con fines científicos no debe verse divorciada de postulados éticos que apuntan al dolor o sufrimiento innecesario del animal.

IV. Xenotrasplantes

1. Consideraciones previas

Si bien existe una mayor concientización en la población acerca de la necesidad de donar órganos, la disponibilidad de aquellos es limitada, y más aún cuando la demanda va en aumento.

El problema cardinal de los trasplantes de órganos entre individuos de diferentes especies es el rechazo hiperagudo.

Es que el sistema inmunológico del receptor, identifica como extraño al órgano que proviene de una especie distinta al del beneficiario, razón por la cual reacciona no aceptándolo.

Sin embargo el rechazo del xenoinjerto (injerto entre individuos de diferentes especies) ha podido ser controlado con relativo éxito.

Es -desde luego- extraño a éste trabajo indicar las razones científicas o mecanismos del rechazo, aunque sí indagaremos las posibles derivaciones jurídicas de esa terapia, sin perjuicio de otras, fundamentalmente, de carácter ético.

Una primera mirada pareciera indicar que el individuo más parecido al hombre es el primate.

Sin embargo al hecho de ser animales que se reproducen lenta e ineficazmente en cautividad y que están en peligro de extinción, se le agrega el hecho de que los órganos extraídos de esa fuente son proclives a transmitir severas infecciones a los humanos.

Todo indica que es el cerdo el que cumple más acabadamente con la función de donante, aunque no ha sido resuelta aún la problemática derivada del rechazo hiperagudo.

Ante ésta última circunstancia se han ensayado drogas inmunosupresoras que en mayor o menor medida permiten una mayor supervivencia.

También se han ensayado la producción de cerdos transgénicos a fin de superar la barrera inmunológica.

Se trata de introducir genes humanos en los animales que se utilizarían como fuente de órganos. Sin embargo el receptor no está eximido de someterse a intensos tratamientos inmunosupresores no exentos de toxicidad e incluso a fin de prevenir la transmisión de bacterias, hongos o parásitos propios del transmisor.

Las puertas aún están abiertas aunque existen muchas dificultades por resolver. Estas últimas obligan a una consideración especial en la comunidad jurídica a fin de ir previendo un marco legal adecuado.

2. Definición

La Recomendación N° R (97) sobre xenotrasplante adoptada por el Consejo de Europa el 30 de septiembre de 1997, lo define como el empleo de órganos, tejidos y/ o células vivas procedente de animales, ya sea éstos genéticamente modificados o no, para ser trasplantados a seres humanos.

Es decir aludimos al procedimiento que comporta el uso de células vivas, tejidos y órganos provenientes de un animal no humano y que está destinado a ser trasplantado en un ser humano o utilizados en perfusiones *ex vivo*.

Cuando nos referimos a *un procedimiento* estamos significando no sólo a la técnica en sí, sino también, a todo el procedimiento lo que implica medidas de seguridad acerca del control del material xenobiótico.

Lo expuesto no excluye lo relativo a la trazabilidad de los órganos y tejidos, lo que debería implicar también la registración en instituciones nacionales e internacionales.

3. Consideraciones éticas inmersas en la problemática

Sin perjuicio de lo expuesto y siguiendo a Romeo Casabona (Romeo Casabona, 2002:51), sucintamente expondremos algunos dilemas éticos propios de los xenotrasplantes:

1) Como se dijo, los problemas inmunológicos como el rechazo hiperagudo, pueden provocar la destrucción del órgano huésped, y a su vez causar severas consecuencias para el receptor, siendo también dudosa la adaptación del órgano a las necesidades funcionales del individuo.

2) Los riesgos de transmisión de enfermedades (sean víricas o no, interespecies) del animal fuente al organismo receptor (xenozoonosis).

3) Lo expuesto no excluiría la posibilidad de que el ser humano receptor pueda transmitir esa enfermedad a otras personas de su entorno o colectividad. Con lo cual la problemática excede lo meramente privado para adquirir contornos de interés público.

4) Ya no se duda que algunas enfermedades de extrema gravedad han tenido origen animal. Tal es el caso del virus de inmunodeficiencia adquirida (sida), o la enfermedad de Creutzfeldt - Jacob, el virus de Ébola o del mono de Marburgo.

5) Los riesgos de infección suelen ser múltiples y la magnitud de su incidencia es todavía desconocida y aún cuando se produzcan animales transgénicos (a los que se les introduce selectivamente genes humanos).

6) La instrumentalización del ser humano podría ser generado por un potencial y rechazable cobayismo y con un consecuente ataque a la dignidad de aquel.

7) Unido a lo anterior subyace el problema de los límites en la asunción de los riesgos por parte del paciente.

8) La creación de animales transgénicos a fin de trasplantar sus órganos o tejidos (o incluso producir proteínas con fines terapéuticos destinados a seres humanos) el rigorismo ético impone respetar *el principio de proporcionalidad*. La técnica sólo es aplicable cuando se trate de salvar vidas humanas o a efectos de salvar la misma en caso de grave enfermedad; y en la medida de lo necesario.

9) Las transformaciones en la creación de animales transgénicos no deben implicar modificaciones en el fenotipo del animal, es decir, las modificaciones sólo tienen incidencia sobre la función inmunológica debiendo mantenerse su similitud al resto de los individuos de su especie.

A su vez, y como se sabe, la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, está referida a los Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos.

Determina que todo procedimiento experimental en seres humanos debe formularse claramente en un protocolo experimental. Debe ser enviado a un Comité de Ética para su evaluación y aprobación el que puede controlar los ensayos en curso.

En lo que aquí interesa y en líneas generales, determina que la investigación médica en seres humanos debe conformarse con principios científicos generalmente aceptados, como así, basado en un conocimiento profundo de la literatura científica.

Además, ese cuerpo de principios éticos indica expresamente que dichas investigaciones no pueden dañar el medio ambiente (B.12)

4. La cuestión desde la óptica jurídica

Algunos aspectos relevantes que hacen a la cuestión jurídica son:

A.- La necesidad de una moratoria

Ponderando los riesgos que ésta práctica genera, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en enero de 1999, recomendó que los Estados miembros trabajen para una rápida introducción de una moratoria legalmente vinculante sobre la fase clínica de los xenotrasplantes.

Al mismo tiempo recomienda que dicha moratoria se convierta en un acuerdo mundial y aboga por el desarrollo de estrategias por las cuales se evalúen los aspectos médicos, éticos, científicos, legales, sociales y de salud pública del xenotrasplante antes de que se autorice a los establecimientos científicos y médicos a comenzar los ensayos clínicos en humanos.

De esa forma se rechaza toda forma de cobayismo, considerando que la aplicación de técnicas como las de la especie puede tener limitadas perspectivas de éxito en seres humanos.

Como se sabe, uno de los grandes inconvenientes que ofrece la técnica proveniente de los xenotrasplantes viene dado por la posible transmisión de agentes infecciosos al hombre provenientes del animal dador del órgano.

Se trata del riesgo de difusión de pandemias de origen xenogénico.

Puede tratarse de enfermedades desconocidas o incluso benignas para el animal fuente pero no así para el organismo receptor. Puede haber una mutación de virus huésped al entrar en el órgano humano (retrovirus)

Y una vez que el agente patógeno se introduce en el individuo éste puede propagarse a individuos de su entorno o al resto de la población. Siendo así, el problema excedería del plano meramente individual para verse comprometido intereses sociales.

Una infección del xenoinjerto implicaría una reacción del organismo receptor una vez acaecido el trasplante, de manera que se vería acotada toda consideración de medidas preventivas.

Ante la eventual difusión de patologías xenogenéticas, el problema deja de estar reservado a los límites de un estado para adquirir así contornos transnacionales. Esto último implica a su vez, que deba ser materia de convenios, directrices o mecanismos de vigilancia cuya efectividad hace a la conveniencia global.

Los problemas inmunológicos e infecciosos no pueden soslayarse y la magnitud de su posible incidencia aún se desconoce.

Los peligros que entraña la posibilidad de una falla en los controles se verá evidenciada en la posible propagación de enfermedades de origen animal y debido a que en los países en los que se han llevado a cabo las prácticas no han efectivizado los convenientes controles.

Ello daría pie a una responsabilidad internacional.

B.- Los sujetos involucrados

Desde el punto de vista jurídico, y tras lo expuesto, es conveniente deslindar a los actores involucrados en la problemática que nos ocupa y de acuerdo a sus intereses divergentes:

- * El enfermo
- * El o los familiares
- * La comunidad global
- * El personal sanitario
- * Los animales que de acuerdo a lo que antecede si bien no son sujeto de derecho no son ajenos a una consideración especial.

Por lo pronto, desde el plano jurídico hay al menos dos aspectos que no pueden ser olvidados ni menoscabados. En primer lugar, debe garantizarse al paciente métodos seguros. Y, por otro lado, debe asegurarse la calidad de los animales de origen.

De pensar que el xenotrasplante tiene grandes posibilidades no se puede obviar que genera grandes riesgos no sólo para el paciente y los terceros más inmediatamente vinculados a él, sino también pueden pensarse en riesgos medioambientales e incluso extensibles a la comunidad global.

C.- La responsabilidad civil y la proliferación de infecciones

En materia de daños pueden diferenciarse los *daños al paciente*, de los *daños del paciente*.

Es que la biotecnología incorrectamente utilizada puede generar nuevas enfermedades, o bien, crear animales genéticamente alterados que pueden tener una influencia no deseada sobre determinados ecosistemas.

Los animales transgénicos podrían liberar genes al exterior generando peligros para el medioambiente.

Tal como lo señala la Directiva 2001/18/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, al evaluar los riesgos ambientales deben mensurarse también la posible acumulación de efectos a largo plazo asociados por la interacción del organismo modificado genéticamente y el medio ambiente en el cual sobrevive. También éste es un aspecto que no puede ser soslayado (Directiva referida a la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente)

La Resolución de la 57 Asamblea Mundial de la Salud (WHA57.18) del mes de mayo de 2004 referida a Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos en referencia a los trasplantes xenogénicos, insta a los Estados Miembros a que cooperen en la formulación de recomendaciones y directrices para armonizar las prácticas mundiales.

Sobre todo en lo referido a las medidas protectoras para prevenir el riesgo de transmisión secundaria de cualesquiera agentes infecciosos xenogénicos, que pudieran haber infectado a los receptores de trasplantes, o a los contactos de esos receptores, en especial más allá de las fronteras nacionales.

Asimismo los insta a que apoyen la colaboración y coordinación internacional para la prevención y vigilancia de las infecciones debidas a trasplantes xenogénicos.

Los riesgos deben ser exhaustivamente evaluados y hasta pueden detener el curso de una investigación.

En materia de xenotrasplantes nos encontramos al Derecho frente a la ciencia, pero, con proyecciones ambientales muchas veces inciertas, o si se quiere, ante un conocimiento que no puede avalar acabadamente sus resultados.

El problema se suscita cuando los riesgos han excedido en lo previsible al fundamentado protocolo de investigación. Lo que no deja de ser posible en éste tipo de actividades.

En ese sentido el Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas de 1992, establece en su artículo 8 apartado g), que cada Parte contratante de la Convención establecerá o mantendrá medios para regular, administrar o controlar los riesgos derivados de la utilización y liberación de organismos vivos modificados como resultado de la biotecnología, que es probable que tenga repercusiones medioambientales adversas que pueden afectar a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica, debiendo tener en cuenta los riesgos para la salud humana.

A su vez, el artículo 15 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro (1992) establece que, con el fin de proteger el ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades.

Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica no es razón para postergar medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.

El criterio basado el *principio de precaución* implica un juicio de ponderación que consiste en medirlo en cada caso concreto, y cuyo supuesto de aplicación se basa en: 1) Amenaza de daño grave e irreversible; 2) La incertidumbre científica. (Lorenzetti 2008: 75).

Este último aspecto (la incertidumbre científica), no puede justificar la aplicación diferida de la intervención tutelar, generando perplejidades en la práctica al tiempo de predecir el grado de incerteza que justificaría el freno de éste tipo de intervención.

Siendo aplicable -entonces- el principio de precaución y prudencia al ámbito de los xenotrasplantes se trata de gestionar la potencialidad de los riesgos de infecciones xenogénicas o de zoonosis.

Puede temerse potenciales efectos peligrosos no sólo para la salud humana sino también para el ambiente y ante una evaluación científica que puede resultar incierta o insuficiente.

Ello implica la adopción de apropiadas medidas de seguridad plasmadas en documentos internacionales.

Es otra arista de la problemática que no puede ser soslayada.

D.- Las especiales consideraciones en torno al consentimiento informado

Debiendo ocurrir en toda intervención médica, en ésta también se debe contar con el consentimiento informado del paciente, respetándose su intimidad y, sobre todo, acatando pautas de confidencialidad.

En otros términos, y ante la probabilidad de que el paciente desconozca los riesgos de la intervención, es de rigor el otorgamiento de esta pauta básica, y tras una previa y adecuada información.

Aún cuando se tomen todos los recaudos que la especie requiere, siempre resultará expuesto el conocimiento que se tiene acerca de las posibles implicancias que ocasiona el xenotrasplante.

En nuestro medio, en líneas generales, algunas referencias se visualizan en el Decreto 1089 /2012 (emitido el 05/07 /2012 y publicado el 06 /07 /2012) que reglamentó la Ley número 26 529 y que a su vez fuera modificada por la Ley 26.742.

En dicho Decreto se lee (entre otras directivas) que el paciente debe ser suficientemente informado, incluso en caso de incapacidad, y de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y competencia. En su caso, se debe informar también al representante legal del paciente.

Incluso contra la voluntad del mismo el profesional de la salud debe, bajo su responsabilidad como tratante, poner en conocimiento de aquél la información sobre su salud, cuando esté en riesgo la integridad física o la vida de otras personas por causa de salud pública -artículo 2 f) Decreto 1089/2012-.

Fuera de esas hipótesis puntuales el paciente tiene derecho a no ser informado. Incluso ese derecho a la información puede limitarse ante la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, si el profesional entiende que puede verse perjudicada la salud del paciente de manera grave (artículo citado)

En el caso que nos ocupa, no puede negarse cierta incertidumbre acerca de los riesgos y la mensurable imprevisibilidad de resultados.

Por lo pronto, la imprescindible monitorización del paciente va a afectar su libertad, y sobre todo su autonomía decisoria.

La ética contemporánea se preocupa también de la noción de autonomía de la persona. La persona autónoma tiene libertad de pensamiento y capacidad de decidir, de forma racional, optando entre las alternativas que le son presentadas.

Para consentir debe ser competente, y para lograr esto último la información debe ser adecuada a las singularidades del sujeto, al tiempo de que debe ostentar un cabal conocimiento de sus derechos como sujeto de investigación

Tal como vimos nuestra actual legislación se encamina en ese sentido.

El ser humano no nace autónomo, se torna autónomo pudiendo perder su autonomía personal en función de variables estructurales biológicas, psíquicas y socioculturales.

De allí que se genere la necesidad de informar, especialmente, acerca de las características de la intervención, la conducta futura del agente receptor, y sin perjuicio de medir las implicancias psicológicas en éste.

No puede negarse tampoco que esa intervención actúa como un condicionante en el futuro de quien recibe el órgano, de allí que debe entender y ponderar todos y cada uno de los aspectos, presentes o futuros, que pueden derivarse de una intervención realmente compleja por su magnitud.

El deber de información alcanza también a los familiares de quien va a ser trasplantado y pensándose también en la posibilidad de propagación de agentes patógenos.

Incluso puede dudarse acerca de la posibilidad de tener descendencia de aquel que adopta el órgano, y ante el temor de transmitir infecciones víricas provenientes del animal fuente.

Como acertadamente destaca Romeo Casabona con relación a la propuesta anterior efectuada por expertos británicos, esa recomendación implica asumir un riesgo incontrolado y desconocido de que

a través del injerto del animal, se podría transmitir al paciente receptor algún virus que podría afectarle a él o a otras personas de su entorno, aparte de la descendencia o a la pareja sexual, lo que pondría en cuestión la seguridad misma de la intervención (Romeo Casabona, 2002: 58).

También puede hablarse de una pérdida de autonomía, y ante ese riesgo puede vérselos como pacientes que se tornan vulnerables y débiles mereciendo de allí en más una protección especial. (Braz, 2003:84)

A su vez, afectándose la dinámica relacional del agente se lo puede vislumbrar como sujeto pasivo de actos discriminatorios, cuestión que desde diferentes aristas resulta enormemente perjudicial, y que, como se sabe, están vedados por la ley.

Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, es dudosa la posibilidad de pensar en la asunción de riesgos por parte del paciente, neófito en la materia y presa de una ansiedad inconmensurable.

V. Conclusión

A la luz de lo expuesto, no es viable subsumir estas prácticas a las normas relativas a los alotrasplantes resultando por otra parte insuficiente la adopción de la analogía.

La problemática es mucho más compleja.

Lo expuesto viene a significar la necesidad de una preceptiva propia, sin perjuicio de ahondar en acuerdos internacionales que determinen a nivel comparado la solución aconsejable.

Una vez más la materia de derecho privado es pasible de ser vislumbrada como un capítulo sujeto a directivas que, en múltiples proyecciones, exceden al derecho interno.

A lo expuesto se le suma, los serios dilemas que en lo inmediato genera la viabilidad de ésta práctica, que adolece aún de relevantes problemas técnicos, por lo que resulta dudosa la pronta implementación de los xenotrasplantes.

Problemas sobre todo relativos al rechazo y adaptación del nuevo órgano por parte del organismo receptor, sin perjuicio de la transmisión de enfermedades interespecies sean víricas o no.

Sin embargo esa lenta implementación no implica aceptar que la actividad jurídica deba permanecer pasiva, y sobre todo considerando los adelantos e intereses que pueden verse comprometidos en la experimentación científica.

Por otra parte, al mensurar las diferentes concepciones involucradas en la problemática aquí esbozada, es de rigor concluir que un *consenso ético* se impone a fin de armonizar en lo posible las disímiles posturas.

VI. Bibliografía

ABOGLIO, Ana María. Veganismo. Práctica de justicia e igualdad. Buenos Aires: Gárgola, 2011.

BERGOGLIO, María Teresa y BERTOLDO, María Virginia. Trasplantes de órganos. Buenos Aires: Hammurabi, 1983.

BRAZ, Marlene. "Vulnerabilidad y autonomía: El sujeto de la investigación en los países en desarrollo", EN: Bioética, vulnerabilidad y educación. VIII Jornadas Argentinas de Bioética y VIII Jornadas Latinoamericanas de Bioética. Mar del Plata: Suárez, 2003, t. II.

CONCEPCIÓN ALFONSO, Ángel, DE LA PEÑA PINO, R. y GARCÍA CAPOTE, J. "Acercamiento al accionar ético - moral del científico que trabaja con animales de experimentación", EN: Acta bioética [on line], Santiago de Chile, 2007 13(1). Disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2007000100002 (Fecha de consulta: 19 de febrero de 2012).

HOOFT, Pedro Federico. Bioética, derecho y ciudadanía. Bogotá: Temis, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoría del derecho ambiental. Buenos Aires: La Ley, 2008.

MIRANDA, B. y otros. "Xenotrasplante: aspectos éticos y legales", EN: Nefrología, 1999 19(1). Disponible en: www.revistanefrologia.com/revistas/P1-E159/P1-E159-S123-A2021.pdf (Fecha de consulta: 24 de febrero de 2012)

Organización Mundial de la Salud (OMS): Trasplantes de animales en seres humanos: posibilidades futuras, riesgos presentes. Disponible en: www.who.int/mediacentre/news/notes/2005/np/08/es/index/.html (Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2011).

ROMEO CASABONA, Carlos María. Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos. Granada: Comares, 2002.

SAGARNA, Fernando. Los trasplantes de órganos en el Derecho. Buenos Aires: Depalma, 1996.

"Sistema de derechos humanos", EN: Juan Carlos Tealdi (dir.). Diccionario latinoamericano de bioética. Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008, 392.

Contornos del régimen de regularización dominial de la ley 24.374 y sus modificatorias

POR **DIEGO DE ROSA (*)** y **DIEGO GUSTAVO EDWIN ABADIE (**)**

Sumario: 1. Introducción. — 2. Breve antecedente. — 3. Síntesis del sistema de adquisición del dominio establecido en la ley 24.374 y sus modificatorias. — 4. Cuestiones a desentrañar. — 5. Imposibilidad de considerar al poseedor inscripto como un titular de dominio imperfecto. — 6. Posibilidad de transmitir por cesión los derechos derivados de la inscripción del acta-escritura del art. 6 inc. e de la ley 24.374 y sus modificatorias. — 7. Efectos que producen las medidas cautelares en el inmueble de las que se toma razón, durante el transcurso de los diez años desde la inscripción del acta-escritura del art. 6 inc. e. — 8. Conclusión. — 9. Bibliografía.

Resumen

La crisis habitacional y el acceso a la vivienda digna por parte de los integrantes de los estratos sociales más vulnerables y necesitados es sin duda uno de los problemas mayores tanto a nivel nacional como global. A través del análisis de disposiciones normativas de índole nacional y provincial que tratan sobre el derecho de acceso a la vivienda digna, adquisición del dominio, prescripción adquisitiva, posesión y regularización dominial, entre otras; al igual que jurisprudencia y doctrina que interpreta y trata el tema, respectivamente; se contrastan las dificultades de tornar operativo el mentado derecho de acceso a la vivienda digna, en razón de los vacíos y contradicciones normativas e interpretativas existentes en tópicos tales como: calificación de la relación real detentada por el poseedor en virtud de la ley 24.374, posibilidad de ceder derechos y acciones posesorias derivadas de tal situación, y efectos producidos por medidas cautelares trabadas en el inmueble que se pretende regularizar.

Palabras clave: Vivienda - Digna - Dominio - Regularización - Prescripción

Résumé

La crise de croissance de plus en plus des bidonvilles et l'accès au logement convenable ou décent, pour tous les membres des couches sociales les plus démunies et vulnérables, est sans doute l'un des plus grands problèmes tant au niveau national et global. Grâce à l'analyse d'instruments normatifs de caractère national et provinciaux, qui traitent du droit d'accès à un logement convenable ou décent, l'acquisition du domaine, de la possession et de la prescription acquisitive, et de régularisation domaniale, entre autres; ainsi que la jurisprudence et la doctrine qui interprète et la traite, respectivement; est mis en contraste les difficultés de rendre applicables dans la pratique le droit d'accès à un logement décent, des lacunes et des contradictions normatif et réglementaires ainsi qu'interprétatives, vers les suivants sujets: analyse de la relation réelle détenus par le titulaire en vertu de la loi 24.374, possibilité de transférer par cession les droits et actions possessoires, et les effets des mesures judiciaires provisoires disposées sur ces biens immobiliers destinés à régulariser.

Mots clés: Logement - Convenable - Propriété - Régularisation - Prescription

(*) Profesor Adjunto Interino de Derecho Civil IV, Cátedra II.

(**) Docente de Derecho Civil IV, Cátedra II. Ambos: Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

1. Introducción

Sin lugar a dudas uno de los mayores problemas no solo nacionales sino globales, a los que asistimos hoy día, giran en torno a la crisis habitacional y el acceso al suelo por parte de los integrantes de los estratos sociales más vulnerables y necesitados. Esta crisis imposibilita o torna dificultosa, a tales grupos, poder lograr llevar a cabo plenamente su “*proyecto de vida*” (1).

Sabido es que hechos reveladores de tal situación los vemos reflejados a través de la falta de políticas de Estado y herramientas legales idóneas tendientes a paliar los insistentes y cada vez más fuertes reclamos y protestas en tal sentido.

Ello, a pesar de que luego de las reformas de la Constitución Nacional de 1957 se incorporó el art. 14 bis y con el se estableció en dicho texto el *derecho de acceso a una vivienda digna*. De allí, podríamos coincidir, pues, que poco a poco fue tratando de penetrar e incorporar en la legislación nacional ideas en torno a la *función social de la propiedad*.

En este sentido no pueden pasarse por alto, en esta instancia introductiva, el nutrido marco jurídico *programático* dado por las declaraciones y tratados internacionales de jerarquía constitucional, consagrados luego del año 1994 con la última reforma de la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22), que contienen disposiciones referidas al derecho de acceso a la vivienda digna. Dentro de ellos merecen mencionarse la *Declaración de Derechos y Deberes del Hombre* (arts. 11 y 23); la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (art. 25 ap. 1); la *Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-* (art. 21 ap. 1) y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC-* (art. 11). En prieta síntesis, en estas convenciones internacionales, el Estado Nacional se obliga a adoptar medidas activas y de todo tipo, a fin de garantizar el mentado derecho.

En refuerzo de ello, a nivel internacional, tampoco puede dejar de mencionarse la tarea propuesta por Naciones Unidas, a través del Programa para los Asentamientos Humanos, UN-HABITAT establecido en 1976, como resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos (Hábitat I), realizada en Vancouver, Canadá. Uno de los objetivos de esta organización ha sido encargarse de coordinar y armonizar actividades en asentamientos humanos dentro del sistema de Naciones Unidas, los cuales consisten en facilitar el intercambio de información sobre vivienda y desarrollo sostenible de asentamientos humanos, colaborar en países a través de asesoría técnica para enfrentar los desafíos de la urbanización desordenada en las ciudades, y *promover, entre otros, el acceso a la vivienda digna para todos*. Como resultado de las Conferencias llevadas a cabo por este organismo, se signó la denominada y conocida “Cumbre de las Ciudades”, donde allí se presentó la *Agenda Hábitat*, por la cual Estados Miembros se comprometen a promover *vivienda adecuada para todos, asentamientos humanos sustentables*, participación de la ciudadanía, igualdad de género, entre otros aspectos.

Las actividades de esta organización tiene fijado como metas: a) *Mejorar, considerablemente, para el año 2020, las condiciones de vida de por lo menos 100 millones de habitantes en asentamientos precarios*.

Retomando, entonces, esta idea inicial, para entender y poder compensar tal *desequilibrio de justicia social*, evidentemente no puede acudir a concepciones tradicionales, clásicas o neoclásicas como mecanismos de comprender y poder cambiar proactivamente la realidad, en razón de que el orden económico hoy día dado, resulta funcional al modelo actual de distribución de la riqueza. Tampoco estimamos conveniente acudir a métodos simplistas que pretendan solucionar el problema planteado a través de fórmulas que más que legales, aparentan ser mágicas (aunque empleando lenguaje legal).

(1) Ver sentido dado al vocablo entrecomillado, en el Calderón Gamboa, Jorge Francisco “La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura” pto. 2, pág. 211 y sigs., con motivo de analizarse allí el concepto de daño al proyecto de vida, dado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus recientes fallos. Disponible en: <http://www.ius.unti.it/cardoza/reviu/2007/gamboa1.pdf>.

Por ello, e intentando no caer en tales modos de razonamiento, pretendemos escuetamente abordar los aspectos que infra se procederá a desarrollar, acudiendo a lo que Edgar Morin ha denominado “un pensamiento complejo” (Morin, 1995).

2. Breve antecedente

Ahora bien, a los fines de tornar *operativa* o implementar en la práctica la mentada manda constitucional (art.14 bis CN.), desde sus orígenes, la doctrina procesalista nacional (y de esta Facultad: Dres. Morello-Berizonce) poco a poco fue interesándose en comprender la realidad descripta, abordando el derecho de propiedad desde su concepción o función social (Morello y Berizonce, 1988:936). Ella proponía la flexibilización de ciertos pasos en el procedimiento de usucapión (abreviación de pruebas, exención del pago de tasas y demás gravámenes) para que personas de escasos recursos que quisieran acceder a su vivienda única, familiar y permanente, pudieran acudir a esta herramienta, siempre, respetando las normas de fondo aplicable a la materia (arts. 4015 y 4016 del Cod. Civ.).

Consecuente con esta doctrina que defiende la concepción social del derecho de propiedad, hubieron legisladores que se plantearon una solución al problema habitacional que se venía desarrollando ya desde hacia tiempo en nuestro país.

Es así que en el año 1994 se sanciona a nivel nacional la ley N° 24.374, -vulgarmente conocida como “Ley Pierri”-, que establecía un régimen de regularización dominial en favor de ocupantes que acreditaran la posesión pública, pacífica y continua durante 3 años, con anterioridad al 1/1/92, y con causa lícita, de inmuebles urbanos que tuvieran como destino principal el de casa habitación única y permanente; siendo -aparentemente- esta ley un comienzo a la solución del problema y por sobre todas las cosas, una resolución a una situación fáctica en relación a todos los inmuebles ocupados fundamentalmente en zonas aledañas a las grandes urbes, que se encontraban en una situación de anomia total.

Más allá de las críticas hechas y de las que pueden seguir haciéndosele a esta ley de regularización dominial n° 24.374 y modificatorias (2), lo cierto es que la misma ha comenzado a dejar de ser una norma transitoria (3) y ha pasado a transformarse, poco a poco, en una norma de gran espectro y aplicación (4), sobre todo si se tiene en cuenta la proyección establecida por la modificación realizada por la última ley 26.493, la cual ha previsto ampliar la aplicación de la originaria ley, para poseedores anteriores al 1 de enero de 2009.

3. Síntesis del sistema de adquisición del dominio establecido en la ley 24.374 y sus modificatorias

Sabido es que la ley de marras, entró en vigencia en 1994 e instituyó un mecanismo de regularización dominial en virtud del cual sus beneficiarios (antes citados) podrían acceder a un instrumento válido y suficiente para acreditar la titularidad del dominio de tierras, privadas o fiscales, que poseían. Los beneficiarios del sistema están circunscritos a ocupantes - por causa lícita- de inmuebles urbanos que tengan como destino principal el de casa habitación única y permanente, que acrediten la posesión pública, pacífica y continua durante tres años anteriores al 1/1/09 (originariamente al 1/1/92).

Así, y en lo que interesa destacar, de la letra de la norma surge que previo al cumplimiento de las disposiciones establecidas en el procedimiento administrativo (5) contempladas en su art. 6 -y de no

(2) Una de las más profundas, medulosas y fuertes hechas; ver en Areán Beatriz (2009:326 y ss); ver también Kemelmajer de Carlucci (1995: 451 y ss.).

(3) Como lo sostiene Dillon (2006:118).

(4) Ver ponencia presentada por Ortega, Juan Manuel y Rullansky, Gustavo Fabián en XVI Congreso Nacional de Derecho Registral, disponible en: www.universidadnotarial.edu.ar/derechoregistro2011/documentos/te-ma01_ortega_rullansky.pdf

(5) Llevado a cabo en la Provincia de Buenos Aires, ante la Subsecretaría Social de Tierras, Urbanismo y Vivienda, dependiente del Ministerio de Infraestructura.

existir oposición alguna por parte del dueño o terceros- se accede a la inscripción ante los Registros de la Propiedad Inmueble, a través de un acta-escritura dando cuenta de lo actuado; la cual, transcurridos 10 años de su toma de razón, convertirá de pleno derecho en dominio perfecto tal inscripción; pudiendo los titulares de dominio y/o quienes se consideren con derecho sobre los inmuebles que resulten objeto de esa inscripción, ejercer las acciones que correspondan, inclusive, en su caso, la de expropiación inversa, hasta que se cumpla el plazo aludido (art. 8).

Valga recordar que en su redacción original la ley, en cuanto a esto último, se limitaba a establecer que a partir de tal inscripción registral, comenzaba a computarse el plazo de prescripción a los efectos del art. 3999 del C. C, asimilando el acta inscripta a un “justo título” apto para acceder a la prescripción inmobiliaria decenal -corta-.

4. Cuestiones a desentrañar

Sin entrar en consideración de manifestaciones realizadas desde sectores gubernamental, que defienden el éxito de la norma, por haberse percibido la conversión de suelo improductivo hacia fines sociales, dado que el número de reclamo de particulares a través de acciones reivindicatorias ha sido de un 2%; lo cierto es que desde ámbitos académicos, los interrogantes que suelen hacerse son bastantes.

De entre tantos de ellos, en este trabajo nos proponemos realizar los siguientes, tomando en consideración tanto normativa nacional y provincial vigente, que se integra al tema planteado, siendo, al menos tres, los más relevantes que a nuestro criterio nos realizamos a continuación:

A) ¿Resulta acertado considerar a la posesión inscripta como un derecho real de dominio imperfecto?

B) ¿Que posibilidad existe de transmitir por cesión a terceros, los derechos emanados de la inscripción del acta-escritura que da cuenta de la posesión, establecida en los términos del art. 6 inc. e) de la mentada norma? ¿Existe acaso armonización en cuanto a ello, de la ley nacional con las leyes locales existentes?

C) Y por último, ¿Que efectos producirían las medidas cautelares dispuestas respecto al bien perteneciente, aún, al titular registral, que se inscribieren sobre el inmueble del cual pretende adquirirse su dominio, ínterin el transcurso del plazo de diez años referido?

En base a estos disparadores, abordamos a continuación, nuestras consideraciones y opiniones del caso.

5. Imposibilidad de considerar al poseedor inscripto como un titular de dominio imperfecto

Coincidiendo con Beatriz Areán (2009) resulta inaceptable que la ley (y cierta jurisprudencia haciéndose eco de ella) haya creado una nueva especie de dominio imperfecto, a través de la modificación al Art. 8 de la ley de origen. Es que no puede válidamente pretenderse entender que el legislador se haya animado a crear, ya no por una definición positiva, sino a contrario sensu, un supuesto de adquisición y titularidad de dominio imperfecto, al beneficiario inscripto de la escritura del art. 6 inc. e) (Areán, 2009:340-341). (6)

Sin entrar en un mayor análisis exhaustivo, el cual excede por cierto el objeto del presente artículo, según nuestra legislación civil, al dominio imperfecto lo encontramos en sus tres modalidades como: desmembrado, revocable y fiduciario, según los arts. 2507 y 2661 al 2672 del C.C.; y en modo alguno el legislador al sancionar el nuevo art. 8, ha hecho mención alguna de la ampliación de estos supuestos. Es que aún en supuestos de creación de dominio imperfecto, a nuestro criterio rige el principio de nu-

(6) Véase el fallo citado en la obra de Beatriz Areán (2009): CCiv y Com La Matanza, sala I, Exp. 841/01, RSD 24/05, del 29/11/05. Ver también fallo del mismo tribunal Exp. 1759/01, RSD 40/10, del 27/05/10.

merus clausus, debiendo de tal manera una norma nacional pronunciarse expresamente en tal sentido, no pudiendo dejar en manos de la jurisprudencia interpretaciones en la manera expuesta (7).

Menos aún, se ha modificado el art. 2524 del CC. para mencionar el supuesto contemplado in comento como modo de adquisición del dominio (imperfecto) (8).

Las críticas pueden continuar, pero ello -como se ha dicho- escapa al alcance del presente artículo. Lo que debe quedar en claro es que la ley instrumenta como régimen excepcional una suerte de usucapión tabular (9), donde el punto de partida del cómputo del plazo de prescripción adquisitiva, no se cuenta desde la efectiva toma de posesión sino desde su inscripción registral.

Ello queda evidenciado al observar -a todas luces- que se exige posesión animus domini (pública, continua, pacífica aunque llamativamente omitida en la norma ininterrumpida), mas el transcurso del tiempo (10 años) para adquirir el dominio; rasgos distintivos, estos, por antonomasia del instituto de la prescripción adquisitiva.

Entendemos que no se puede dejar de considerar que lo que se esta inscribiendo es el hecho de la posesión alegada y probada por el termino de tres años. No se esta inscribiendo ningún derecho y, menos aun, un derecho de dominio perfecto y/o imperfecto.

Si seguimos el razonamiento de aquellos que consideran que nos encontramos ante el supuesto de un derecho de dominio imperfecto, inmediatamente, ello, nos lleva a preguntarnos (llevándolo al absurdo) dentro de la clasificación de estos, dónde se debería ubicar este supuesto, atento que no se trata de ni de un dominio revocable y/o fiduciario, por no estar condicionada su existencia a plazo o condición alguna. Tampoco lo podríamos considerar un derecho real de dominio desmembrado, atento no reunirse ninguno de los presupuesto que para este derecho pueda y deba darse. Todo lo cual nos llevaría a inferir forzosamente a que nos encontraríamos ante un derecho real de dominio imperfecto sui generis, en el cual se vería afectado su carácter de absoluto. Esto una vez más, nos lleva afirmar que tal solución resulta inaceptable. En refuerzo de esta idea puede tomarse en cuenta que, como rasgo común a los tres tipos de dominio imperfecto que existen en nuestra legislación, para que operen los mismos, se requiere la voluntad del titular transmitente, cuestión que no acontece en el supuesto de este art. 8 in comento.

En referencia a este punto, reafirmamos que de ninguna manera podemos estar en presencia de un derecho real de dominio imperfecto, sino que sólo nos encontramos ante un supuesto de prescripción tabular. Esta resulta ser una especie dentro de la figura de la prescripción adquisitiva, como modo de adquirir el dominio, que en definitiva busca que trascurrido el plazo de ley años, aquel beneficiario del acta escritura, pueda adquirir el dominio del inmueble que poseía.

Cabe traer a colación que, en parte, este fue el sentido en el que se pronunció la comisión 5 de las últimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (XXIII), la cual en sus conclusiones, haciendo referencia a ponencias presentadas por los Dres. Pujol de Zizzias y Jorge Causse (aunque no la nuestra), dejó establecido que: *"... la escritura del artículo 6 inc. c) de la ley 24.374 no constituye justo título ni título de dominio imperfecto..."* (10).

(7) Idea que subyace en el artículo de Boudot, Michelle "Jurisprudence, revue critique 2010" Faculté de Droit de Poitiers, p. 33-45.

(8) En tal sentido ver fallo CCiv 03 Lomas de Zamora, causa 780, RSD 27-10 S 2/3/2010.

(9) Valga aclarar que no escapan a nuestro entendimiento los problemas que acarrear la existencia de registros posesorios y, más aún, las disfuncionalidades que acarrear las inscripciones de posesiones en registros inmobiliarios (art. 2 de la ley 17.801). Ver en tal sentido Fuster Gabriel (2011) "La registración de la posesión en el marco de saneamiento de títulos. Cuidado con la promiscuidad registral". Disponible en: <http://www.universidadnotarial.edu.ar/derechoregistralt2011/documentos/tema01>

(10) Ver: <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/conclusiones/>

6) Posibilidad de transmitir por cesión los derechos derivados de la inscripción del acta-escritura del Art. 6 Inc. e de la ley 24.374 y sus modificatorias

En este punto cabe remarcar que la ley nacional no establece disposición alguna en referencia a este tema, con lo cual debemos entender que lo deja librado a las disposiciones que establezcan las distintas provincias que adhirieron a la ley.

Entrando en este análisis, observamos que el Decreto N° 2815/ 96 de la Provincia de Buenos Aires., en su Art. 17 contemplaba la posibilidad de transmitir por cesión los derechos por actos entre vivos o a título universal, en tanto se encontrare en curso el plazo previsto en el Art. 8 de la ley de marras, o cuando vencido este, no se hubiere solicitado la consolidación del dominio.

Por su lado el Art. 2 del Decreto Provincial N° 181/06 establece que gozarán del beneficio de esta normativa los cesionarios por actos entre vivos o a título universal fehacientemente acreditados; ello es la consolidación del dominio a favor del regularizado, con carácter de titular de dominio perfecto a los diez años de la inscripción del acta escritura.

En otro ámbito, en la Provincia de Córdoba, la Ley N° 8932/03 establece que el poseedor que hubiere logrado su anotación registral en virtud de lo previsto en la ley N° 24.374, podrá ceder por escritura pública sus derechos a terceros, debiendo el Registro General, cuando así le fuera requerido por persona interesada, registrar dichas cesión (art. 8).

Hasta aquí observamos que la distinta reglamentación local, no hace distingo alguno en relación a la calidad del cesionario del acta-escritura inscrita en los términos del art. 6 inc. e) de la ley *in comento*.

En contraste con ello, y en modo opuesto observamos que el decreto 105/98, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su Art. 15 contempla que no puede ser objeto de cesión o transferencia por actos entre vivos a favor de terceros, hasta que no se cumpliere el plazo de diez años, de los derechos acordados por la ley 24.374.

En un peldaño más bajo dentro de la pirámide del ordenamiento legal, podemos apuntar la Disposición 100/03 de la Dirección Provincial de Tierras y Urbanismo de la provincia de Buenos Aires, la cual en su Anexo I -Instructivo de procedimiento administrativo de trámites de la ley nacional 24.374-, en su inc. g) se establece que los derechos emergentes del acta inscrita en el marco del art. 6 inc. e) podrán ser cedidos mediante escritura pública, la que deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, *no teniendo el cesionario que cumplir los requisitos que la ley exigió a su cedente*.

Del análisis de las disposiciones ut supra mencionadas, podemos válidamente observar que la misma, en parte, desvirtúa el espíritu de la norma nacional que tiene en vista beneficiar a un estrato social de condición humilde para acceder a su casa habitación única y permanente que cuadre dentro del art. 2 de la ley 24.374 y su reglamentación. Si bien estamos de acuerdo en que la posesión inscrita se encuentra dentro de los derechos posibles de ser cedidos por parte de los beneficiarios de la ley, entendemos que en relación al cesionario debe limitarse la misma, mientras transcurran los 10 años establecidos en el art 8, a personas con características similares a las establecidas en el art. 1 y 2 de la ley. De no ser así, se estaría dando la posibilidad de beneficiar por esta normativa a propietarios o poseedores de otros inmuebles con capacidad para satisfacer sus necesidades de viviendas (estos excluidos expresamente por el art. 4) pudiéndose aún alentar a realizar negocios inmobiliarios encubiertos no pretendidos por esta ley de excepción.

En conclusión y de existir una futura reforma legislativa nacional, entendemos que sería aconsejable que se contemple la posibilidad de ceder los derechos derivados de la inscripción del acta-escritura del art. 6 inc. e), acotando sus cesionarios a personas con iguales características que los beneficiarios inscriptos.

7. Efectos que producen las medidas cautelares en el inmueble de las que se toma razón, durante el transcurso de los diez años desde la inscripción del acta escritura del art. 6 inc. e)

En este tópico la ley nacional 24.374 y sus modificatorias, omite contemplar esta situación, coincidiendo en este sentido con Aída Kemelmajer de Carlucci (1995) y G. A Dillon (2006), quienes sostienen que el legislador nacional ha depositado demasiada confianza en las administraciones públicas y legislaciones locales (Kemelmajer de Carlucci, 1995:464) (Dillon, 2006:112). Estas, muchas veces se exceden en su función y suelen, a menudo, ser contradictorias; acarreado en ocasiones tal circunstancia, también, decisiones judiciales disímiles y poco acordes al sistema (que valga reconocer) resultan ser confusas desde un inicio (11).

Ello en forma concreta altera la organización federal del país, donde disposiciones de derecho de fondo merecerían ser reguladas por el Congreso Nacional (arts. 1, 5, 31, 74 inc. 12, y 121 de la Constitución Nacional) (Gelli, 2008:113).

En concreto, en la provincia de Buenos Aires el Decreto N° 2815/96 establecía en su art. 21 que el beneficiario del acta escritura, transcurrido los diez años de su inscripción podía rogar la consolidación de su dominio y "(...) *No procederá la consolidación si dentro del plazo referido tuviere vigencia alguna medida que afecte la disponibilidad del bien*".

Esta disposición tan abierta nos lleva a la pregunta que se hace Dillon: ¿la medida que afecte la disponibilidad del bien, de quien? ¿Del titular de dominio o del poseedor inscripto?

Es aquí que debemos hacer las siguientes distinciones. Si se tratare de medidas cautelares dispuestas en procesos petitorios instados por el titular registral, los efectos serían interruptivos del plazo de prescripción del poseedor inscripto, ya sea por los efectos producidos por la interrupción civil establecida por el art. 3986 del CC o por la vigencia de las medidas dispuestas en tales procesos. En tales supuestos, y aún a pesar de no haber mediado oportuna oposición del titular registral en el trámite administrativo establecido en el art. 6 de la mentada ley, la administración provincial se encontraría impedida de extender la escritura de consolidación de dominio que beneficie al poseedor inscripto.

Ahora bien, y llegando a uno de los puntos más interesantes de abordar, se plantea la siguiente hipótesis: si sobre el inmueble a adquirir recayera una medida cautelar vigente por parte de algún acreedor del titular registral de dominio, ¿cuál sería el efecto que tal medida produciría?

Si nos atenemos a la letra del artículo mencionado, no procedería la consolidación.

He aquí una de las situaciones a contrastar. Traemos a colación en este sentido fallos que han declarado en forma coincidente, obviando seguramente esta normativa, que "*.. la inscripción del acta escritura a favor del beneficiario poseedor de la ley, torna oponible su derecho al acreedor del titular registral originario que anota su embargo en fecha posterior a la mencionada registración.*" (Prat, 2008:155)

Reparemos aquí que a pesar de lo que hayan decidido tales fallos, los escribanos encargados de autorizar las respectivas escrituras de consolidación se encontrarían impedidos de hacerlo pues tal norma lo esta expresamente estableciendo.

Esto nos lleva a pensar lo siguiente: De existir litigios que pretendan hacer prevalecer los derechos del poseedor inscripto frente al titular registral o sus acreedores, de mediar medidas cautelares inscriptas; la decisión tomada en aquellos litigios, resultarían abstractas ya que de todos modos los escribanos se encontrarían impedidos de consolidar la titularidad sobre el poseedor.

(11) Hecho revelador de esta situación se ve reflejado en la jurisprudencia, la cual, ante tal confusión, ha llegado a revocar un rechazo de demanda reivindicatoria, iniciada por un poseedor en los términos de esta ley; insinuando ello que se estaría otorgando legitimación activa en tal acción real. Ver inédito Holotiuk s/ reivindicación, CCiv y Com. de Quilmes, Sala II, causa 8042, 70/05; del 27/4/05

Más aún, con posterioridad a la normativa mencionada el Decreto provincial N° 181/06 sancionado con motivo de la modificación al art. 8 introducida por la ley 25.797, estableció en su art. 1 que: “... *operará la extinción automática del dominio contra quien se hizo la regularización por el solo transcurso de 10 años desde la inscripción a favor del regularizado, en tanto no existan anotaciones originadas en el ámbito judicial contra la misma*”.

En este sentido se observa que la redacción de este artículo continuaría con la postura trazada por el Art. 21 del Decreto 2815/96, encontrándose el escribano autorizante impedido de realizar la escritura de consolidación.

Por su parte el Art. 4 del Dec. 181/06 establece que en el trámite de consolidación a favor del beneficiario “...*si del informe registral resultara la existencia de medidas cautelares oponibles al derecho del beneficiado, la escritura no será autorizada*”.

Aquí, otro punto más a dilucidar: Si la norma efectivamente pretende otorgar vivienda única y familiar a los beneficiarios, no se entiende por qué si se trata de medidas cautelares que los afectan, no se les permite que el inmueble entre en su patrimonio y pase a ser garantía de sus acreedores (12).

Pero aún más, recientemente la disposición técnico registral 002/11 del 15/4/11 ha dispuesto en su art. 19 que:

“(...) En la escritura de consolidación deberá dejarse constancia de las medidas cautelares, gravámenes, restricciones y afectaciones que surgieren del informe de dominio requerido al efecto, individualizándolos con número de presentación y fecha e indicación de su especie...” Y continúa su Art. 20 diciendo:

“Si existiera anotada una medida cautelar contra el titular de dominio, la toma de razón de la Escritura de Consolidación producirá su desplazamiento, debiendo notificarse al juzgado oficiante la variante registral operada en la forma de estilo. Si la medida cautelar, afectara al beneficiario del acta de regularización dominial, deberá ser reconocida por éste, consignándose asimismo dicha circunstancia en la rogatoria de estilo...” Y por último el art. 21 establece que: “... si la medida cautelar anotada consistiera en una medida de no innovar o prohibición de inscribir, no se procederá a la toma de razón definitiva de la Escritura de consolidación, procediéndose a su registración provisional (...)”

Asombrosa resulta esta disposición técnico registral, a la luz de los decretos anteriormente analizados, de los cuales emerge que ante medidas cautelares surgidas del folio real del inmueble a regularizar, el escribano no puede autorizar escritura alguna. Aquí evidentemente los hechos superan la realidad ya que los principios de inscripción, presunción de integridad y legalidad, establecidos en los Arts. 4 y 8 de la ley N° 17.801 (Adorno y Marcolín de Adorno, 1999:68), -permítasenos la expresión- “*atan de manos*” al calificador registral, ya que este no puede introducirse en el análisis del documento que le es presentado.

En conclusión esto demuestra que el Registro de la Propiedad Inmueble en la Provincia de Buenos Aires ha comenzado a recibir escrituras de consolidación, pasando por alto la reglamentación apuntada, quedando abiertas las acciones pertinentes contra los escribanos que autorizan las escrituras de consolidación, en contradicción con la normativa vigente.

Párrafo aparte merece dilucidar qué se entiende al decir que “(...) *la Escritura de consolidación producirá (el) desplazamiento (...)*”, de las medidas cautelares que recaían sobre el titular registral hacia el poseedor regularizado. La duda que esto nos despierta consiste en desentrañar si: ¿el desplazamiento importa una extinción de la medida cautelar, una vez que se ha extinguido el derecho del anterior titular dominial y ha nacido el dominio en cabeza del regularizado? O ¿acaso la medida cautelar viaja con el inmueble cual si se tratara de una obligación *propter rem*, pesando la medida cautelar en cabe-

(12) Capítulo aparte merece el abordaje acerca de si el inmueble poseído, inscripto en los términos de esta norma, es susceptible de ser anotado como bien de familia. Este tratamiento excede este trabajo, pero se deja abierta la discusión.

za del regularizado? De dar respuesta afirmativa a esta última, podría llegar a darse el absurdo que el regularizado terminara respondiendo por una obligación contraída por un tercero.

Continuando con esta línea de pensamiento y respondiendo positivamente a la primera pregunta, también, nos permitimos validamente pensar que se prestaría al fraude de los acreedores del titular de dominio desplazado, ya que este fácilmente podría en connivencia con ocupantes, deshacerse de su patrimonio durante un lapso prolongado para que luego este le sea nuevamente cedido.

Hechas estas salvedades, y como conclusión a este punto, nos permitimos sugerir que ante una eventual reforma legislativa, aclararía las contradicciones apuntadas una norma nacional que contemple que mientras existan medidas cautelares inscriptas y vigentes que pesen sobre el titular registral, el proceso de consolidación queda suspendido. Se trataría, pues, de un supuesto especial de protección a los acreedores del original titular registral, fundado en razones de equidad y justicia, contribuyendo de esta manera a la seguridad jurídica.

Estando en presencia de un régimen excepcionalísimo de adquisición del dominio, no sería razonable quitar del patrimonio del deudor un bien por el solo hecho de que se haya instado un procedimiento administrativo, en el que un tercero ajeno a la relación obligacional ha alegado y a lo mejor probado tres años de posesión.

8. Conclusión

A esta altura del avance y desarrollo, tanto normativo a nivel local, doctrinal y jurisprudencial, queda evidenciado, a las claras, que no existe una fuente normativa homogénea de índole nacional que trate en forma uniforme los temas tratados, llegándose al extremo de vislumbrar, que los regímenes legales vigentes provinciales llegan a avanzar sobre formas cuya regulación estaría reservada al Congreso Nacional (art. 74 inc. 12 de la C.N.).

Si bien es cierto que la Ley N° 24.374 ha contribuido en gran medida a dar solución a un problema existe y de gran importancia en estos tiempos como es el habitacional, consideramos que es imperiosa la necesidad de que desde el Poder Legislativo Nacional, se propugne la sanción de una ley que unifique la normativa existente a lo largo del país, que contribuya a la seguridad jurídica a facilite la labor de interpretación por parte de los jueces.

Los Anteproyectos de unificación de los Códigos Civil y Comercial de los años 1998 y 2012 no contienen disposición alguna al respecto.

Es cierto que cuando la desigualdad social impera, intencionadamente debe existir voluntad política que fuerce a equilibrar la misma. Pero para cumplir con tal tarea se debe ser cauto y no quedar a merced de entusiasmos neófitos. Para ello es necesario ser exhaustivamente aún más técnico, ya que de lo contrario la labor legislativa, más que bregar por la paz de un país, generará más conflicto; tarea a la cual y aunque parezca de Perogrullo, legisladores y abogados deben y debemos tender a evitar.

9. Bibliografía

ANDORNO, Luis y MARCOLÍN DE ANDORNO, Marta. Ley nacional registral inmobiliaria 17801: Comentada. Anotada. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

AREÁN, Beatriz. Juicio de usucapión. 5a. ed., actualizada y ampliada. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

CALDRON GAMBOA, Jorge Francisco, "La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura". Disponible en: <http://www.ius.unti.it/cardoza/reviu/2007/gamboal.pdf>. (Consulta 14/5/ 12).

DILLON, Gregorio Alberto. Protección jurídica de la vivienda. La regularización del dominio de la ley 24.374. Mendoza: Ediciones Jurídicas de Cuyo, 2006.

FUSTER, Gabriel A. "La registración de la posesión en el marco de saneamiento de títulos. Cuidado con la promiscuidad registral". Ponencia presentada en el XVI Congreso Nacional de Derecho Regis-

tral, San Salvador de Jujuy, junio 13 y 15 de 2011. Disponible en: <http://www.universidadnotarial.edu.ar/derechoregistralt2011/documentos/tema01> (Consulta: 14/05/2012).

GELLI, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada. 4a. ed., ampliada y actualizada. Buenos Aires: La Ley, 2008.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Función social de la posesión. Madrid: Alianza, 1967.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Protección jurídica de la vivienda familiar. Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

MORELLO, Augusto Mario y BERIZONCE, Roberto Omar. De la usucapión clásica a la usucapión como proceso social, EN: *El Derecho*, Buenos Aires, 1988-126, 935-942.

MORIN, Edgar. Introducción al pensamiento complejo. España: Gedisia, 1995.

ORTEGA, Juan Manuel y RULLANSKY, Gustavo Fabián. "Regularización dominial. Doble dominio", EN: XVI Congreso Nacional de Derecho Registral, San Salvador de Jujuy, junio 13 y 15 de 2011. Disponible en: www.universidadnotarial.edu.ar/derechoregistralt2011/documentos/tema01_ortega_rullansky.pdf (Consulta: 14/05/2012)

PRAT, Hernán, "Ley de regularización dominial: Interpretación jurídica de los arts. 6º y 8º de la ley 24.374", EN: *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires*, 2008-6, 155.

Los estrechos vínculos entre el derecho a la alimentación y el derecho al agua

POR MARÍA DE LAS NIEVES CENICACELAYA (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Los alimentos y el agua. — III. Derecho a la alimentación y derecho al agua en el derecho internacional de los derechos humanos. — IV. Los alimentos y el agua en la normativa interna. — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo parte afirmando que el acceso al agua potable, por sí mismo, es indispensable para vivir dignamente; pero además que es necesario garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos para asegurar el derecho a una alimentación adecuada, por cuanto esta depende, en gran medida, de la sustentabilidad de la producción pesquera y agrícola. Luego se repasan brevemente los esfuerzos de la comunidad internacional desde hace varias décadas para afrontar estos problemas desde una perspectiva de derechos humanos por cuanto la falta de realización de los derechos al agua y a la alimentación impacta negativamente en todos los demás derechos. Finalmente daremos breve cuenta de algunas decisiones judiciales que en nuestro país han procurado satisfacer estos dos derechos estrechamente vinculados en orden a garantizar los compromisos asumidos internacionalmente por el Estado argentino.

Palabras clave: derechos humanos - derecho a la alimentación - derecho al agua

Abstract

This paper begins by stating that access to drinking water, by itself, is indispensable to live in dignity, but also the need to ensure sustainable access to water resources to ensure the right to adequate food, as this depends on largely on the sustainability of fisheries and agricultural production. Then, it briefly reviews the efforts of the international community for several decades, to address these issues from a human rights perspective in the idea that the lack of realization of the rights to water and food impacts all other rights negatively. At last, it gives a brief account of some judicial decisions in our country which have sought to satisfy these two closely linked rights in order to ensure Argentine State's international commitments.

Key words: human rights - right to food - right to water

I. Introducción

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española de la Lengua el alimento es el “conjunto de cosas que el hombre o los animales comen o beben para subsistir”.

Sin embargo, esencialmente unido a la dignidad humana e indispensable para la realización de otros derechos, como ha sostenido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -órgano de las Naciones Unidas encargado de la fiscalización del Pacto Internacional homónimo adoptado por las Naciones Unidas en 1966- el derecho a una alimentación adecuada no debe interpretarse en forma estrecha asimilándolo de manera exclusiva a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos sino que implica la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad

(*) Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Constitucional, Cátedra I; Profesora Titular en la Maestría en Ciencia Política y en la especialidad de posgrado en Derecho Constitucional. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

suficientes para satisfacer las necesidades de la dieta de las personas y aceptable para determinada cultura, edad, género y ocupación. (1)

Muy tempranamente, la Conferencia Mundial de la Alimentación, convocada por la Resolución 3180 (XXVIII) del 17 de diciembre de 1973 de la Asamblea General de las Naciones Unidas con el objetivo de arbitrar los medios con los cuales la comunidad internacional en su conjunto, en el marco más amplio del desarrollo y de la cooperación económica internacional, pudiese actuar de una manera concreta para resolver el problema alimentario mundial, aprobó el 16 de noviembre de 1974 la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, que al mes siguiente hizo suya la Asamblea General, a través de la Resolución 3348 (XXIX) del 17 de diciembre de 1974 en la que en su Punto 1 se proclamó que:

“Todos los hombres, mujeres y niños tienen el derecho inalienable a no padecer de hambre y malnutrición a fin de poder desarrollarse plenamente y conservar sus capacidades físicas y mentales. La sociedad posee en la actualidad recursos, capacidad organizadora y tecnología suficiente y, por tanto, la capacidad para alcanzar esta finalidad. En consecuencia, la erradicación del hambre es objetivo común de todos los países que integran la comunidad internacional, en especial de los países desarrollados y otros que se encuentran en condiciones de prestar ayuda”.

No obstante, casi cuatro décadas más tarde, y a pesar de que en el mundo se pueden producir alimentos en cantidad suficiente para cada hombre, cada mujer, cada niño y cada niña, (2) alrededor del 13% de la población mundial carece aún de acceso a una alimentación suficiente para gozar de una vida sana y productiva, entre otras razones, a causa de la pobreza.

II. Los alimentos y el agua

La pionera Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, llevada a cabo en Estocolmo entre el 5 y 16 de junio de 1972 puso de relieve en su Punto 4 que a fines del siglo XX “millones de personas siguen viviendo muy por debajo de los niveles mínimos necesarios para una existencia humana decorosa, privadas de alimentación y vestido, de vivienda y educación, de sanidad e higiene adecuados...” y en su Punto 6 que, por lo tanto, había llegado el “momento de la historia en que debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor cuidado a las consecuencias que puedan tener para el medio...” En consecuencia, en el Principio 2 de su Declaración de Principios postuló que “los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”.

A pesar de ello, la quiebra del ciclo hidrológico y la crisis de insostenibilidad de ríos, lagos y humedales han provocado demoledores impactos -directos e indirectos- sobre las fuentes de producción mundial alimenticia, especialmente en lo que se refiere a la productividad natural de alimentos proteicos.

Con frecuencia, se ha intentado justificar, por ejemplo, el drenaje y desecación de humedales con el argumento de que ello forma parte de las estrategias de lucha contra el hambre. Sin embargo, con su destrucción, se han provocado pérdidas, no sólo en la rica biodiversidad de esos humedales, sino también en la de otros hábitats conectados, poniendo en riesgo su función de producción de recursos pesqueros que son claves en la dieta y subsistencia de muchas comunidades.

También la construcción de grandes presas ha sido un factor que ha contribuido a la extinción de muchas especies de peces y moluscos, (3) cuando una de cada cinco personas en el mundo depende del pescado como fuente primaria de proteínas.

(1) Comité DESC, Observación General No. 12 “El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 1999, párrafo 4.

(2) <http://www.unesco.org/water/wwap>

(3) <http://www.ecodes.org>

En los últimos decenios, además, en muchos lugares se ha bombeado en exceso de los acuíferos y se los ha contaminado con fertilizantes y plaguicidas. En los países en desarrollo el agua de desecho se utiliza frecuentemente para el riego sin someterla al debido tratamiento, mientras que los desagües suelen ir a parar directamente a la tierra, todo lo cual expone a agricultores y consumidores de alimentos a peligrosos parásitos y contaminantes orgánicos y químicos. (UN Water, 2005:11)

Encima, para satisfacer el incremento de la demanda resultante del crecimiento de la población, la producción mundial de alimentos debería incrementarse en un 60% entre los años 2000 y 2030, lo que requiere un aumento del 14% del agua que se utiliza para la agricultura de regadío, cuyas tierras, no obstante que representan sólo un 20% del total de las cultivables en todo el mundo, producen cerca del 40% del suministro mundial de alimentos y, específicamente, el 60% de los cereales.

A su vez, la explotación excesiva del agua de riego y la intensificación de la agricultura plantean una amenaza para la sostenibilidad de los sistemas agrícolas en muchas regiones. Por ello deben intensificarse los esfuerzos para ayudar a los agricultores de todo el mundo a producir más alimentos de mejor calidad con menos agua y menos presión sobre el ambiente.

Al respecto, cabe consignar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de un trascendente documento que, en lo fundamental, reconoce que el agua es indispensable para vivir dignamente, ha señalado además la importancia de garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada. (4)

Antes aún, la ya mencionada Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición de 1974 luego de resaltar la importancia que reviste el agua como fuente de alimentos y de bienestar económico y de exhortar a su utilización racional, consignó en sus Puntos 9 y 10 que para:

“(...) asegurar una adecuada conservación de los recursos naturales que se utilizan o podrían utilizarse para la producción de alimentos, todos los países deben colaborar a fin de facilitar la conservación del medio ambiente” y que “aquéllos que estén en condiciones de hacerlo, deberán colaborar técnica y financieramente con los países en desarrollo en sus esfuerzos por ampliar los recursos de tierra y agua para la producción agrícola (...)”

También en la Cumbre Mundial sobre la Alimentación que se llevó a cabo en Roma en 1996, a través de su Plan de Acción se asumió el compromiso de “Combatir las amenazas ambientales contra la seguridad alimentaria, en particular, la sequía y la desertización (...) restaurar y rehabilitar los recursos naturales, incluyendo el agua y las cuencas fluviales, en zonas deprimidas y sobreexplotadas, para conseguir una producción mayor” (Objetivo 3.2).

Además de lo anterior, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas resolvió declarar el 9 de febrero de 2004 al período 2005 - 2015 Decenio Internacional para la Acción bajo el lema “El agua, fuente de vida” a través de su Resolución A/RES/58/217 y como manera de efectivizar los Objetivos de Desarrollo del Milenio, decidió focalizar, entre otras, en las cuestiones relacionadas a la valoración y la ordenación integrada de los recursos hídricos, al ambiente y la diversidad biológica, la prevención de los desastres, la agricultura y la alimentación y la contaminación.

Es que, más allá del lema utilizado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO, por sus siglas en inglés) para su Jornada Mundial del 2002, es una obviedad que sin agua no hay alimentos.

Por ello, “los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente las muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en bene-

(4) Comité DESC, Observación General No. 15, “El derecho al agua” (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2002, párrafo 7.

ficio de las generaciones presentes y futuras mediante cuidadosa planificación u ordenación, según convenga". (5)

III. Derecho a la alimentación y derecho al agua en el derecho internacional de los derechos humanos

En el derecho internacional de los derechos humanos el derecho a la alimentación ha sido rezeptado expresamente, aunque no de manera autónoma, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos cuanto en el ya referido Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; protegiéndoselo en ambos como integrante del derecho a un nivel de vida adecuado. El Artículo 25 de la Declaración de 1948 consagra: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios..."; mientras que en el Artículo 11.1 del Pacto de 1966 se lee: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia..."

Esa misma vinculación también se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, a través de la cual los Estados Partes asumen, entre muchos otros, el compromiso de combatir la malnutrición (Artículo 24.2.c) y, en este sentido, adoptar medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño o la niña a dar efectividad al derecho a un nivel de vida adecuado, proporcionándoles, en caso de ser necesario, la debida asistencia (Artículo 27.3).

En cambio, en el ámbito de las Américas, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptado en 1988 en la capital de El Salvador y por ello conocido como "Protocolo de San Salvador", sí le da en su Artículo 12.1 un tratamiento autónomo aunque relacionándolo al derecho al desarrollo personal. Este instrumento, que vino a desenvolver los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro hemisferio, atentos la parquedad y programaticidad del Artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica (Quiroga Lavié y otros, 2001:252) estipula: "Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual".

Por su parte, en virtud del Artículo 8 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986, los Estados también se han comprometido a adoptar todas las medidas necesarias para la realización de este derecho, garantizando, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, entre ellos, los alimentos.

Por el contrario, y debido a su naturaleza, al considerarla -al igual que el aire- tan fundamental para la vida, la inclusión del agua como un derecho explícito en la Declaración Universal de Derechos Humanos se creyó innecesaria. No obstante, no cabe duda, que el derecho al agua, en primer lugar, está tutelado implícitamente por la norma que protege el referido derecho a un nivel de vida adecuado, por cuanto el listado de la misma -como quedó claro en los debates previos a la adopción del instrumento que ha constituido la piedra de angular de la tutela internacional de los derechos humanos- es meramente ejemplificativo de los elementos esenciales para una vida digna. Se trata sólo una síntesis de las necesidades básicas humanas que imponen al Estado crear las condiciones favorables que permitan acceder a ese nivel (Bidart Campos, 1995:570) lo que está intrínsecamente vinculado con el principio de dignidad de la persona; idea que, aunque pueda ser calificada como "vaga" (Dworkin, 1977:198) se halla inseparablemente unida al concepto de derechos humanos.

El mismo argumento puede sostenerse en relación al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y así lo ha hecho el Comité encargado de su supervisión, al recordar que cuando en este instrumento se reconoce "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados", el uso de la palabra "incluso" indica

(5) Principio 2, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, junio de 1972.

que esta enumeración de derechos no pretende ser exhaustiva, encuadrando el derecho al agua claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia. (6)

Pero también, con sólo aplicar una regla interpretativa lógico-formal, el expresamente reconocido derecho a la alimentación comprendería el derecho a beber agua con fines nutritivos, incluida la mera hidratación del cuerpo. Por ello, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dicho que el derecho al agua está indisolublemente asociado al derecho a una alimentación adecuada. (7) Ambos son, además, una estrategia de primer orden para erradicar la pobreza (Villán Durán, 2005:482), objetivo que los gobiernos deben priorizar en la adopción de las políticas económicas, sociales y ambientales para asegurar la realización de los derechos humanos. (8)

En relación a esto último cabe recordar que en el año 2000 en la Asamblea General de las Naciones Unidas se acordó un plan destinado a reforzar el compromiso internacional frente a las poblaciones menos desarrolladas para liberarlas de las trabas de la pobreza extrema, el hambre, el analfabetismo y las enfermedades, el cual se tradujo en una Declaración adoptada el día 13 de setiembre (A/RES/55/2) aprobada por ciento ochenta y nueve países que se estructuró en ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) (9) con dieciocho metas, (10) todos estrechamente relacionados y complementados entre sí, que deberían ser alcanzados, como fecha límite, en 2015. Dos de las metas del Objetivo 1 (“Erradicar la pobreza extrema y el hambre”) son reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, la proporción de personas con ingresos inferiores a 1 dólar por día (Meta 1.A) y reducir a la mitad, el porcentaje de personas que padecen hambre (Meta 1.C) mientras que el objetivo séptimo se orientó a “Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente” estableciéndose dentro de él entre varias metas, reducir a la mitad, también para el año 2015, y respecto de 1990, el porcentaje de personas sin acceso sostenible a agua potable y a servicios básicos de saneamiento (Meta 7.C). (11)

En el caso de la República Argentina los propósitos son aún más ambiciosos. En relación a las apuntadas metas del Objetivo 1 se comprometió a reducir la pobreza al 20% y erradicar la indigencia y el hambre; y en lo que se refiere a la meta vinculada al agua, dentro del Objetivo 7, el compromiso asumido es alcanzar un 90 % de población con acceso a agua potable de red pública. (12)

Los estrechos vínculos entre el derecho a la alimentación y el derecho al agua, que devienen una evidencia más de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos lo cual -más allá de disquisiciones teóricas- tiene consecuencias prácticas en el disfrute de los derechos por todas las personas (Salvioli, 2001:5), ya había sido resaltada en 1993 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena. En los párrafos 30 y 31 de la Parte I de la Declaración y Programa de Acción de esta Conferencia se pidió a los Estados que se abstuviesen de adoptar medidas unilaterales que impidan la plena realización de los derechos humanos, “en particular el derecho de toda

(6) Comité DESC, Observación General No. 15, “El derecho al agua” (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2002, párrafo 3.

(7) *Ibidem*, párrafo 3.

(8) Comité DESC, Observación General Nro. 12 “El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)”, 1999, párrafos 4 y 23.

(9) 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2. Lograr la enseñanza primaria universal; 3. Promover la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer; 4. Reducir la mortalidad infantil; 5. Mejorar la salud materna; 6. Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; 7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; 8. Fomentar una alianza mundial para el desarrollo.

(10) En 2007, se incorporaron cuatro nuevas metas acordadas por los Estados miembros en la Cumbre Mundial de 2005.

(11) En rigor, en 2000, la meta relacionada con el agua sólo tenía en cuenta su abastecimiento mientras que el tema del saneamiento se incorporó posteriormente como resultado de las conclusiones de la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible que tuvo lugar en Johannesburgo en 2002.

(12) [hpt://www.undp.org.ar/odm_arg.html](http://www.undp.org.ar/odm_arg.html)

persona a un nivel de vida adecuado para su salud y bienestar, incluidas la alimentación y la atención de la salud, la vivienda y los servicios sociales necesarios". Y entre éstos últimos se incluye, claro está, el acceso al agua potable.

De modo similar, aunque con una mejor cobertura, en el Principio 2 del Programa de Acción de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo, llevada a cabo en El Cairo en 1994 se postuló que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuados".

En este mismo orden de ideas, corresponde recordar que cuando el 28 de julio de 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas, después de reafirmar -una vez más- la responsabilidad de los Estados de "promover y proteger todos los derechos humanos, que son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí, y que deben tratarse de forma global y de manera justa y equitativa y en pie de igualdad y recibir la misma atención", reconoció como un derecho humano básico el acceso al agua potable, la representación de la República Federativa del Brasil señaló que ello estaba intrínsecamente conectado a otros derechos fundamentales -entre ellos, la alimentación- por lo que correspondía a los Estados promoverlo y garantizarlo para todos los ciudadanos y las ciudadanas, pero especialmente a las comunidades de bajos ingresos. (13)

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido al respecto que "Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda en el derecho a una existencia digna y en las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos ..." (14)

A su turno, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado, por un lado, que el derecho a una alimentación adecuada está "inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos..." (15) para luego, a su vez, asociar el derecho al agua al derecho al más alto nivel posible de salud, al derecho a una vivienda, al derecho a una alimentación adecuada -recordando que el agua es necesaria para producir alimentos- y, en definitiva, a la dignidad humana. (16)

En el mismo sentido, muy recientemente en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el último Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación publicado el 19 de diciembre de 2011 y en el que se exponen los principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión sobre los derechos humanos, el relator Olivier de Schutter recuerda a los Estados que estos compromisos no deben afectar la realización del derecho a una alimentación adecuada ni tener efectos adversos sobre el derecho al agua de las personas sometidas a su jurisdicción. (17)

Por otra parte, como se proclamó en el Párrafo 4 de la Declaración y Programa de Acción de Viena en el marco de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, y no obstante reafirmar la universalidad de los derechos humanos, los Estados deben adoptar y mantener medidas adecuadas para promover y proteger los derechos de los sectores vulnerables de su población. La necesidad de proteger especialmente a estos grupos surge de los principios de igualdad y no discriminación contenidos en los todos los instrumentos internacionales de derechos humanos y, en particular respecto

(13) <http://www.un.org/spanish/News>

(14) Corte IDH, caso "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", 17 de junio de 2005, párrafo 167.

(15) Comité DESC, Observación General Nro. 12 "El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)", 1999, párrafo 4.

(16) Comité DESC, Observación General Nro. 15 "El derecho al agua" (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2002, párrafos 3 y 6.

(17) A/HRC/19/59/Add. 5.

de los derechos económicos, sociales y culturales, de los Puntos 13, 22 y 35 - 41 de los “Principios de Limburg”. (18)

En concreto, en relación al derecho a la alimentación, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha ocupado de requerirles a los Estados que adopten programas especiales para los grupos desfavorecidos como, a modo de ejemplo, los sin tierra, lactantes, bebés, ancianos, enfermos, discapacitados físicos e indígenas, (19) los cuales siempre deben tener prioridad en las políticas públicas. (20) Y en torno al derecho al agua potable aunque ha aclarado que es un derecho aplicable a todos, también ha resaltado que los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y a los grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular, las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos. (21)

A su turno, el Comité de los Derechos del Niño, en sus Observaciones Finales al Informe presentado por el Perú en el año 2006, recomendó a dicho Estado Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño que prosiguiese y redoblase sus esfuerzos para armonizar plenamente su sistema de justicia de menores con dicha Convención y con otras normas de las Naciones Unidas en la esfera de la justicia de menores, incluidas las Reglas de Beijing y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; y además, en lo que nos interesa, que mejorase las condiciones de detención de los menores, en especial mediante el cumplimiento de las normas internacionales relativas a las condiciones físicas del lugar de detención, la alimentación y el agua potable (Punto 72.c).

Siempre dentro de la órbita onusiana, en cumplimiento del Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento aprobado en Viena por la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento y hecho suyo por la Asamblea General por Resolución 37/51 del 3 de diciembre de 1982, ésta adoptó el 16 de diciembre de 1991 en virtud de la Resolución 46/91, los Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad. En este documento, al inicio mismo del capítulo correspondiente a la independencia de estas personas, se establece que ellas deberán tener acceso, entre otros bienes, a la alimentación y al agua (Punto 1).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de su competencia contenciosa, en un caso sobre los derechos de un pueblo originario sostuvo que, en lo que se refiere a la especial consideración que merecen las personas de edad avanzada, es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando, entre otros, el derecho a una alimentación adecuada y el derecho al acceso a agua limpia. (22)

IV. Los alimentos y el agua en la normativa interna

Si bien hasta el momento ni el derecho a una alimentación adecuada ni el derecho de acceder al agua potable han sido receptados expresamente por las normas de derecho interno en Argentina, en virtud de la cláusula constitucional que a partir de 1994 le otorga jerarquía suprema a varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos -entre ellos, los referidos Declaración Universal de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- que

(18) Los “Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” es un documento surgido de un grupo de expertos en el campo del Derecho Internacional, reunidos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht, Países Bajos) entre el 2 y el 6 de junio de 1986 con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del PIDESC que fue adoptado luego por las Naciones Unidas en 1987.

(19) Comité DESC, Observación General Nro. 12 “El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)”, 1999, párrafo 13

(20) *Ibidem*, párrafos 28, 35 y 38.

(21) Comité DESC, Observación General Nro. 15 “El derecho al agua” (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2002, párrafo 16.

(22) Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, 17 de junio de 2005, párrafo 175.

integran el bloque de constitucionalidad (Artículo 75 inc. 22 CN) estos derechos ostentan plena vigencia y exigibilidad. Ello, en sintonía con lo apuntado *ut supra*, pero además, porque algunos de estos instrumentos contienen una norma (por ejemplo, el Artículo 5.2 del PIDESC) que, utilizando una técnica similar a nuestro Artículo 33 CN, tutela otros derechos -los implícitos- además de los que enumeran explícitamente.

A esto debe sumarse en primer lugar, que, después de la reforma constitucional de 1994, es de inexcusable aplicación en el orden interno una doctrina propia del derecho internacional de los derechos humanos, la regla *pro homini*, que también forma parte del bloque de constitucionalidad al estar incluida en varios instrumentos internacionales con jerarquía suprema. Ella consiste en aplicar siempre la norma (y la interpretación) más beneficiosa a la persona humana con prescindencia del origen interno o internacional de la misma (Albanese, 1998:483) vedando invocar una disposición (o la falta de ella) tanto nacional como internacional para retacear derechos mejor amparados por otro ordenamiento.

En segundo término, como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación y cuando han estado en juego derechos humanos ha invocado expresamente Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (23) no cabe duda que este tipo de decisiones de organismos internacionales deben ser de inexcusable aplicación por todos los órganos del Estado argentino, en cuanto es la interpretación que de un instrumento internacional con jerarquía constitucional ha hecho el órgano competente para ello.

Por último, también resulta relevante recordar que, otra vez, por imperio del Artículo 75 inc. 22 CN, el resto de los instrumentos internacionales (por ejemplo, el Protocolo de San Salvador) aunque con rango infraconstitucional, tienen jerarquía supralegal.

El tercer nivel del ordenamiento jurídico se encuentran las leyes. En este peldaño, pues, se ubica el Código Alimentario Argentino que en su Artículo 6 se entiende que alimento es “toda sustancia o mezcla de sustancias naturales o elaboradas que, ingeridas por el hombre, aporten a su organismo los materiales y la energía necesarios para el desarrollo de sus procesos biológicos”. Esta ley contempla al agua en diversas normas disponiendo sobre el agua potable de suministro público y el agua potable de uso domiciliario que es la que es apta para la alimentación y uso doméstico, reglando en su Artículo 982 las características físicas y químicas que debe tener, con indicaciones de los máximos permitidos de sustancias inorgánicas; características microbiológicas y contaminantes orgánicos.

En el mes de mayo de 2007 y en consonancia con lo indicado con la Organización Mundial de la Salud (WHO, por sus siglas en inglés) por Resoluciones Conjuntas 68/2007 y 196/2007 de la Secretaría de Políticas, Regulación y Relaciones Sanitarias y de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos, el Código Alimentario Argentino redujo de 0,05 mg/l a 0,01 mg/l el máximo de arsénico permitido en el agua de red, teniendo las empresas proveedoras cinco años para adecuar sus plantas. El origen del arsénico es natural y se debe a procesos geológicos. Una investigación publicada en el año 2006 por la Secretaría de Ambiente de la Nación identificó áreas arsenicales en al menos dieciséis provincias (435.000 kilómetros cuadrados) resultando la Argentina uno de los países con mayor población expuesta en el mundo. Aún en pequeñísimas cantidades, su consumo prolongado puede provocar diversas lesiones dermatológicas y hasta distintos tipos de cáncer. Es un grave problema de salud pública, ya que más de cuatro millones de personas corren riesgo de enfermarse e incluso morir por esta causa. (24)

Al respecto, daremos breve cuenta de algunas causas judiciales iniciadas por vecinos de distintas localidades bonaerenses afectados por esta situación.

(23) CSJN, casos “Campodónico de Beviacqua”, Fallos 2000-323:3229 y “Aquino”, Fallos 2005-328:3753

(24) <http://edant.clarin.com/diario/2008/09/04/sociedad/s-01752726.htm> clarin.com.ar [Consulta: 26 enero 2012]

En el año 2008, un tribunal de segunda instancia confirmó hacer lugar a una acción de amparo intentada por varios vecinos del Partido de Lincoln, contra Aguas Bonaerenses SA. Al igual que el *a quo*, la alzada ordenó a la demandada realizar los trabajos necesarios para adecuar la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario en ese municipio a los parámetros del Código Alimentario Argentino y en el ínterin, suministrar, en forma gratuita, agua potable en bidones a toda persona o entidad con domicilio en Lincoln que así lo requiriera formalmente para ser destinada a personas menores de tres años, mayores de setenta o enfermos. La sentencia se basó en que, de los resultados de las pericias, resultaba que el agua suministrada a la población presentaba en su composición físico-química una concentración excesiva respecto de algunos elementos que la tornaban no apta para el consumo humano, conforme a la normativa contenida en el Artículo 982 del Código Alimentario Argentino. (25)

Al año siguiente, en un caso semejante, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires obligó a la Municipalidad de Junín a adecuar la calidad del agua que suministraba a sus vecinos a través de la red pública pues se superaba, con creces, el tope permitido de arsénico. Ello a pesar de que ese límite superior se debía a las condiciones naturales del agua en ese partido del noroeste bonaerense -al igual que lo que acontece en otras zonas del país- y a pesar de que el mismo Código Alimentario flexibiliza, bajo ciertas condiciones, dichos límites si la composición normal del agua de la región y la imposibilidad de aplicar tecnologías de corrección lo hicieran necesario (Pastorino, 2010:16). La decisión se basó en que había quedado demostrado “que la provisión del servicio de agua de Junín excede el límite máximo establecido por la Ley 11.820 y el Código Alimentario Nacional, para el arsénico en el agua, esto es 0,05 ml/l” y en que la “Organización Mundial de la Salud recomienda como valor máximo para dicho componente el de 0,01 ml/l y que ciertos autores advierten que el consumo de aguas arsenicales con tenores mayores de 0,02 ml/l son capaces de provocar arsenismo crónico”. (26) La causa se encuentra hoy, en virtud de un recurso de queja interpuesto por la municipalidad condenada ante la denegatoria de un recurso extraordinario federal, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En 2010 se dieron, también en territorio bonaerense, otros casos de similares características. Uno de ellos cuando un grupo de vecinos de Carlos Casares presentó un amparo reclamando se les asegurase la potabilidad del agua que recibían en sus domicilios. El magistrado actuante teniendo por probado a través de las muestras extraídas en los domicilios de diferentes vecinos y que fueran analizadas por distintos organismos y laboratorios, que el nivel de arsénico y de aluminio en el agua de red en ese municipio superaba los parámetros máximos permitidos por el sistema jurídico vigente, falló a favor de los amparistas ordenando al gobierno de la Provincia de Buenos Aires y a la empresa Aguas Bonaerenses SA a adecuar la prestación del servicio público de agua potable del lugar a los parámetros de calidad vigentes. (27) Mientras, la otra causa involucró a varios vecinos de Alberti quienes también a través de un amparo demandaban a su municipio que comenzara a realizar los trabajos necesarios para adecuar la calidad del agua de uso domiciliario a los parámetros establecidos en el Código Alimentario Argentino; y a la vez, como medida cautelar innovativa, solicitaban se les proveyera de agua potable hasta tanto se dictase sentencia y se prohibiera a las escuelas suministrar el agua domiciliaria objetada, obligándose a la comuna a proveer bidones de agua potable. El juez de grado hizo lugar a la pretensión cautelar, la que, recurrida por la Municipalidad, fue confirmada en la alzada, quien dio por probada la presencia de un nivel de arsénico en el agua superior a los valores máximos tolerados por la normativa vigente, así como también la presencia de valores excedentes de cloruros y sólidos. Pero lo más interesante es que, ante la potencial afectación de derechos fundamentales de los accionantes, fundamentó su decisión en el principio precautorio que, sostuvo, “se erige como orientación

(25) Cámara en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, 30-10-2008. Conde, Alberto José Luis c/ Aguas Bonaerenses SA s/ amparo.

(26) Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 15-07. Boragina, Juan Carlos; Miano, Marcelo Fabián e Iudica, Juan Ignacio c/ Municipalidad de Junín s/ amparo.

(27) Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de Trenque Lauquen, 06-07-2010. Florit, Carlos Ariel y otros c/ Provincia de Buenos Aires y Aguas Bonaerenses SA s/ amparo.

cardinal” de todas las decisiones -políticas y jurisdiccionales- en las que esté en juego la salud de la población y el ambiente. (28)

V. Conclusiones

Aunque esencialmente unidos a la dignidad humana e indispensables para la realización de otros derechos humanos, el derecho a la alimentación y el derecho al agua, intrínsecamente vinculados, son aún una asignatura pendiente para vastos sectores de la población que carecen de acceso suficiente a los mismos para gozar de una vida sana y productiva, en la mayoría de los casos, a causa de la pobreza.

Hace ya casi cuatro décadas que esta problemática ha sido incorporada a la agenda internacional, siendo numerosas las iniciativas que se han ido adoptando a fin de revertir esta acuciante realidad que afecta especialmente a las personas y a los grupos de personas más desaventajados, siendo deber de los Estados darle prioridad en sus políticas públicas.

Argentina no sólo ha hecho suyos todos los instrumentos internacionales que garantizan estos derechos sino que, además, les ha otorgado jerarquía suprema a varios de ellos y el más alto tribunal del país, en más de una ocasión, nos ha advertido que las decisiones adoptadas por los organismos encargados de su fiscalización son de inexcusable aplicación por todos los órganos del Estado argentino.

Y cada vez con mayor asiduidad, jueces de todas las instancias y fueros, procuran dar una respuesta, que aunque puntual, por cierto, intenta la realización de estos derechos humanos.

VI. Bibliografía

ALBANESE, Susana. “La primacía de la cláusula más favorable a las personas”; EN: El Derecho, Buenos Aires, 1998-179, 480-483.

BIDART CAMPOS, Germán J. Tratado de derecho constitucional. Buenos Aires: Ediar, 1995.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

PASTORINO, Leonardo Fabio. “El agua como alimento. Reglas de calidad” EN: XI Congreso Mundial de Derecho Agrario. Unión Mundial de Agraristas Universitarios, Toledo, 8 al 11 de junio de 2010.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves. Derecho constitucional argentino. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Diccionario de la Lengua Española, A/G. 22a. ed. Madrid: Espasa Calpe, 2002.

SALVIOLI, Fabián O. “El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos”; EN: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, t. 1.

UN Water. El Agua, fuente de vida, 2005 - 2015. New York: Naciones Unidas, 2005.

VILLÁN DURÁN, Carlos. “The right to food and drinking water in international law: new developments”; EN: AAVV, Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Liber Amicorum Cançãdo Trindade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, t. 4.

(28) Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata, 10-08-2010. Solari, Marta y otros s/ amparo - Incidente de apelación.

Las garantías constitucionales y la regla de exclusión probatoria en el proceso penal

POR VALERIA L. ANSELMINO (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Definición y clase de pruebas ilícitas. — III. La regla de exclusión probatoria. Su alcance. — IV. Recepción de la regla en nuestro país. — V. Conclusión. — VI. Bibliografía. — VII. Jurisprudencia.

Resumen

Las garantías que derivan del texto de la Carta Magna nacional imponen un límite al principio de la libertad probatoria, pues conforme al principio de legalidad de la actividad procesal y de la prueba en especial, todo elemento de convicción que se incorpore al proceso debe respetar las normas constitucionales para su obtención y producción. De ahí la derivación de lo que se denomina regla de exclusión probatoria, según la cual debe ser excluido para su valoración cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción. Es por eso que en este trabajo se explorará cuál es el fundamento de las llamadas prohibiciones de valoración probatoria, comenzando por definir y clasificar las pruebas ilícitas, para así comprender -en lo que sigue- la denominada “regla de exclusión”. En este aspecto, se abordará la extensión que dicha regla conlleva, analizando aquello que se conoce como la doctrina del “fruto del árbol envenenado”. Luego se hará un racconto de los precedentes jurisprudenciales en los que la regla es receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por último, se concluirá -a modo de corolario- con las reflexiones personales que surgieron en razón del tratamiento de la temática elegida.

Palabras clave: Prueba - Ilícitud - Regla - Proceso - Garantías

Abstract

The guarantees derived from the text of the national Constitution impose a limit on the principle of probation, because according to the principle of legality of the procedural activity and in particular of the evidence, every element of conviction incorporated into the process must respect the constitutional norms for its obtaining and production. Of there the derivation of so called exclusionary rule of evidence, according to which it must be excluded for evaluation any evidence that there has been obtained or incorporated into the process in violation of a constitutional guarantee or procedural forms ready for its production. That is why this paper will explore what is the basis of the prohibitions of evidence assessment, beginning with defining and classifying illegal evidence in order to understand the so called “exclusionary rule”. In this regard it will address the extent that this rule leads analyzing the doctrine of the “fruit of the poisoned tree”. Then it will do a summary of the case law in which the rule is receipted by the Supreme Court of the Nation; finally it will conclude with personal reflections derived from the treatment of chosen theme.

Key words: Evidence - Illegality - Rule - Process - Guarantees.

I. Introducción

Es por todos conocidos que la Constitución Argentina de 1853 nace imbuida de los principios neoliberales rectores de la revolución francesa y de la norteamericana que dieran base a la aparición del Estado moderno, que es casi como decir el Estado de Derecho (Mill de Pereyra, 2000: 185).

(*) Docente de Derecho Constitucional, Cátedra III. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

La separación de los poderes del Estado, la necesidad de su sustento en el consenso de la mayoría, el contralor y límite al ejercicio de sus facultades y el reconocimiento de esenciales derechos individuales aparecen delineando un modelo que quiere distanciarse nítidamente del modelo autoritario, que se caracteriza por procedimientos penales que evidencian total menosprecio por la dignidad del hombre que es sujeto de la persecución estatal. Conscientes los constituyentes de que el sistema penal y sus formas de realización son siempre el flanco vulnerable donde hacen pie los regímenes autoritarios, se encargan de delinear un esquema de enjuiciamiento, inspirado en el sistema anglosajón a través de los arts. 18, 19 y 24 de la Constitución Nacional. Sin embargo, tal consagración en el texto constitucional no encuentra su correlato legislativo.

En efecto, los legisladores nacionales en uso de las facultades conferidas por el art. 67, inc. 11 (hoy 75 inc. 12) de la Constitución Nacional, sancionan en 1888 un Código de Procedimiento Penal netamente inquisitivo, que con ligeras variantes es adoptado por todas las provincias argentinas. Agregado a ello cabe acotar que la Corte Suprema, en su carácter de último intérprete de la Constitución, no es muy feliz en la creación de su jurisprudencia; por el contrario siempre se advierte su tendencia a tornar abstractas las garantías individuales que aparecen plasmadas en nuestra Carta Magna y también en las Constituciones provinciales.

De este modo, en el año 1992, la Nación transforma su estructura legislativa, aproximándose a la voluntad del constituyente con la puesta en marcha del actual Código que recepta -por lo menos en su fase esencial- los principios básicos del sistema acusatorio. Con esto, se consigue -también- ir abriendo un fecundo camino jurisprudencial en la interpretación de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, con lo que se intenta -por último- lograr hacer operativas las garantías que fueran impuestas hace un siglo y medio atrás.

Es por eso que a través de este trabajo se analizará en qué medida nuestro proceso penal, en el cumplimiento de sus objetivos y finalidades últimas, consigue compatibilizarlos con las diversas garantías que derivan del texto constitucional. Puntualmente, teniendo en cuenta que las mismas imponen un límite al principio de la libertad probatoria (Jauchen, 1992: 34) (1), pues conforme al principio de legalidad de la actividad procesal y de la prueba en especial (Maier, 2001: 464), todo elemento de convicción que se incorpore al proceso debe respetar las normas constitucionales para su obtención y producción (Devis Echandia, 1970: 51). De ahí la derivación de lo que se denomina regla de exclusión probatoria (Carrió, 1986: 74), según la cual debe ser excluido para su valoración cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción.

Para ello se explorará cuál es el fundamento de las llamadas prohibiciones de valoración probatoria, comenzando por definir y clasificar las pruebas ilícitas, para así comprender -en lo que sigue- la denominada "regla de exclusión". En este aspecto, se abordará la extensión que dicha regla conlleva, analizando aquello que se conoce como la doctrina del "fruto del árbol envenenado".

Luego se hará un racconto de los precedentes jurisprudenciales en los que la regla es receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y por último, se concluirá -a modo de corolario- con las reflexiones personales que surgieron en razón del tratamiento de la temática elegida.

II. Definición y clase de pruebas ilícitas

1) Definición

Algunos autores sostienen que el concepto de "prueba ilícita" se enmarca dentro de la más amplia categoría de "pruebas prohibidas"; de suerte que entre las primeras y las segundas existiría una relación de especie a género (Pellegrini Grinover, 1997: 306).

(1) Este autor señala que "... Si bien todo objeto de prueba puede ser probado y por cualquier medio, de las garantías individuales se derivan las limitaciones para la adquisición del conocimiento del hecho que motiva el proceso".

Como su nombre lo indica, “prueba prohibida” es todo elemento que contribuye a demostrar la concurrencia de un hecho a condición de haber sido obtenido violando o contradiciendo una norma legal o un principio de derecho positivo (Midón, 2005: 30).

Sin embargo, la llamada prueba ilícita importa una noción más estricta y rigurosa. Su concurrencia queda supeditada a que la norma o principio comprometido por la adquisición o la puesta en práctica de la prueba, pertenezca a la Constitución o a los instrumentos internacionales a ella igualados en su jerarquía (art. 75 inc. 22, C.N.).

O sea, la distinción es por demás relevante. Pues mientras la prueba prohibida no ilícita configura un supuesto de “ilegitimidad” y, por tanto, entraña un “acto nulo”, la prueba ilícita propiamente dicha implica una hipótesis de “ilicitud” y, por consiguiente, constituye un “acto inexistente”.

No obstante la postura asumida, no puede ignorarse que el tema resulta complejo y polémico no sólo para la dogmática procesal, sino también para la doctrina, pues no existe unanimidad acerca de lo que debe entenderse por prueba ilícita.

2) Clasificación

Una primera clasificación parte de discernir las llamadas pruebas “en sí mismas ilícitas” de las pruebas ilícitas “por derivación”, también denominadas indirectas o por efecto reflejo (Serra Domínguez, 1991: 99). Prueba ilícita “en sí misma” es el elemento que sirve para verificar un hecho y que es practicado u obtenido directa e inmediatamente a través de un método o procedimiento ilegal. En otras palabras, cuando de esta clase de probanzas se trata, existe siempre una relación próxima e inminente entre el medio de prueba contaminado y la garantía o derecho personalísimo afectado por su recolección. Así por ejemplo, la confesión que se extrae mediante la tortura a que es sometido el imputado. A su vez, la prueba ilícita “por derivación” es aquel acto en sí mismo ilícito, que permite comprobar una circunstancia fáctica, pero al que se accede por intermedio de información obtenida desde una prueba anterior e ilícitamente recogida. Dicho de otra manera, de esta noción participa una prueba adquirida de modo regular, pero a la que se llega merced de conocimientos aprehendidos en forma ilegal.

Una segunda clasificación de las pruebas ilícitas es considerada por la Corte Nacional al sentenciar el caso “Reginald Raydford y otros” y distinguir entre prueba material y los testimonios de quienes están dotados de “voluntad autónoma”. Prueba ilícita material es todo aquel elemento físico o corporal que viene a ser, directa o indirectamente recogido, en tanto que prueba ilícita testimonial es la que proviene de las personas a través de sus dichos. En opinión del Máximo Tribunal de Justicia, si la prueba ilícita consiste en un elemento físico, material o corporal, entonces pierde para siempre todo su valor; empero si de testimonios se trata, como se hallan provistos de “voluntad autónoma”, existen mayores probabilidades de atenuar la rigurosidad de la regla de exclusión probatoria.

Sin embargo, existen otros criterios de clasificación, a saber: a) el que atiende al momento concreto en que se produce la ilicitud, dentro o fuera del proceso, y distingue entre ilicitud extraprocesal e ilicitud intraprocesal (Cafferata Nores, 1986: 14) (2); y b) el que tiene en cuenta la causa que origina la ilicitud, y discrimina entre pruebas expresamente prohibidas por la ley, pruebas irregulares o ilegales, y pruebas inconstitucionales.

III. La regla de exclusión probatoria. Su alcance

1) Aproximación a su concepto

En términos generales, es posible afirmar que toda vez que una prueba que sirva para verificar la comisión de un delito, sea obtenida violando, transgrediendo o superando los límites esenciales es-

(2) Dicho autor hace una distinción entre la obtención ilegal o irregular de la prueba y su incorporación al proceso, pues la ilicitud puede producirse en dos momentos distintos: en oportunidad de recolectar la fuente de prueba y en ocasión de la introducción de dichas fuentes al proceso. Esta diferenciación es de interés desde que, son los supuestos de ilicitud extraprocesal los que con mayor frecuencia se producen en la práctica.

tablecidos por la Constitución, dicha prueba resulta procesalmente inadmisibile, y por consiguiente, debe ser apartada o excluida como elemento de juicio. Palabras más, palabras menos, lo antes dicho refleja la noción de la llamada máxima o regla de exclusión.

2) Las pruebas ilícitas por derivación

Precisar el alcance o extensión de la máxima de supresión implica determinar hasta qué punto y con qué límites la existencia de una irregularidad inicial en la instrucción se proyecta y contamina otros actos, diligencias o probanzas cumplidos u obtenidos a partir de aquella irregularidad inicial.

La tarea de fijar la dimensión de la regla de exclusión no se exhibe problemática en los casos donde la sentencia desfavorable para el titular de la garantía constitucional tiene fundamento directo e inmediato a través de un acto reñido por ella, que incorpora un elemento decisivo. Así por ejemplo, la sentencia condenatoria fundada en una confesión arrancada a través de tortura, o sustentada en el hallazgo de la res furtiva en el domicilio del imputado al que los instructores acceden mediante un allanamiento ilegal, o basada en una grabación que delata la responsabilidad del encartado y que es obtenida por la interceptación clandestina de sus comunicaciones telefónicas. En estos casos, que involucran pruebas ilícitas “por sí mismas”, resulta claro que el elemento obtenido en forma ilegítima es invalorable en una decisión judicial.

Sin perjuicio de ello, algunas consideraciones no se muestran tan sencillas y continúan dividiendo a la doctrina y jurisprudencia.

Nace así el debate relativo a las llamadas pruebas ilícitas “por derivación” (también llamadas pruebas ilícitas indirectas o por efecto reflejo), o sea, aquellas pruebas en sí mismas lícitas pero a las que se llega por intermedio de la prueba ilícitamente obtenida. Es decir, de esta cuestión participan una prueba adquirida de modo regular y con todas las garantías de la ley, pero a la que se accede a merced de conocimientos aprehendidos en forma ilegal.

Entonces, siempre que el denominador común consista en la concurrencia de una prueba obtenida lícitamente, pero que tiene origen o fundamento en un acto o prueba cumplido por métodos ilegales, puede encontrarse de frente a una polémica: conocer si la irregularidad inicial repercute o no sobre la formalidad del acto subsiguiente, contagiando su vicio. O sea, saber si la regla de exclusión tiene un alcance amplio o una extensión acotada y por más restringida.

En una posición más sensible a las garantías constitucionales, la ilicitud de la obtención de la prueba se trasmite a las pruebas derivadas, que son igualmente excluidas del proceso. Es la conocida teoría de “los frutos del árbol envenenado” acuñada por la Corte norteamericana (Carrió, 1994: 162) (3), según la cual el vicio de la planta se trasmite a todos sus frutos.

Aplicando la doctrina “fruit of the poisoned tree”, los tribunales de los Estados Unidos entienden que siendo el procedimiento inicial violatorio de las garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad. De tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas en el procedimiento inicial, sino además todas las restantes evidencias que son “el fruto de la ilegalidad originaria” (Amadeo y Palazzi, 1997: 152) (4).

(3) Alejandro Carrió relata el origen de la expresión se remonta al caso “Silverthorne Lumber Co. vs. United States”, 251 US 385 (1920) en el que la Corte estadounidense decide que el Estado no puede intimar a una persona a que entregue documentación, cuya existencia es descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal. Posteriormente en “Nardone vs. United States”, 308 US 338 (1939), ese Tribunal hace uso por primera vez de la expresión “fruto del árbol venenoso”, al resolver que no sólo debe excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se llega aprovechando la información que surge de tales grabaciones.

(4) Ambos autores señalan que el “... radio de acción de la prohibición de obtener pruebas ilícitamente no se restringe a los hechos directamente conocidos mediante la prueba original prohibida (original evidence), sino

3) La polémica sobre el alcance y su tratamiento doctrinario

Como en tantas otras cuestiones que involucran valores enfrentados, la literatura jurídica toma partido a favor o en contra (del extenso alcance de la regla de exclusión pretendido por la teoría del fruto del árbol envenenado), incorporando matices que evidencian el propósito de arribar a la solución estimada más justa.

Así, puede hablarse de:

a) Tesis restringida: desde una primera perspectiva, hay quienes sostienen que todo aquello que pudiere ser utilizado para el descubrimiento de la verdad debe ser valorado por el juez para formar su convicción, resultando irrelevante el modo de su obtención. A los que participan en este pensamiento (“el supremo fin de adquirir la verdad ennoblece el empleo de cualquier medio, aún ilícito”) no se les plantea ningún problema en cuanto a los efectos reflejos de una prueba ilícita. O sea, si admiten y reconocen plena eficacia al material directa e inmediatamente recolectado de la ilegalidad, tanto más lo hacen respecto de irregularidades oblicuas o indirectas (Guariglia, 2005: 159) (5).

b) Tesis ecléctica: en una posición intermedia, se considera necesario encontrar una solución que respetando los valores garantizados por las prohibiciones probatorias no limiten excesivamente el derecho a la prueba. En esa línea, se estima que la solución puede hallarse distinguiendo el fundamento de las normas violadas. Si la finalidad de la prohibición puede obtenerse limitando la ineficacia a la misma, son válidas las pruebas indirectamente derivadas. En otro caso son ineficaces. Incluso puede reducirse la ineficiencia, en estos casos, a los supuestos en que tales elementos de prueba no se obtengan por un procedimiento lícito. Restringiendo o ampliando la validez, según se presume o no la obtenibilidad legítima.

c) Tesis amplia: desde este enfoque se concluye que, permitir que la justicia, so pretexto de reprimir una infracción legal, se valga de una infracción constitucional, es abiertamente contrario a la prelación normativa del art. 31 de la Constitución Nacional. La operatividad propia de las garantías constitucionales priva de todo valor, no sólo a las pruebas que constituyen el corpus de la violación, sino también a aquellas que son la consecuencia necesaria e inmediata de ella, descalificando así tanto sus quebrantamientos palmarios o evidentes, como los larvados o encubiertos (Miranda Estrampes, 1999: 107) (6).

IV. Recepción de la regla en nuestro país

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 1891, con anterioridad a que el máximo tribunal de los Estados Unidos de América aplique la regla de la exclusión, hace consideraciones sobre la misma al resolver la causa “Charles Hermanos”. Sin embargo, al margen de unos precedentes aislados, entre ellos “Siganevich”, la cuestión no vuelve a ser analizada porque la Corte señala que en razón de tratarse de cuestiones de hecho, no son susceptibles de recurso extraordinario. Esta interpretación se mantiene hasta que dicho Tribunal federal resuelve, casi un siglo después, el caso “Montenegro”. Por último, una cuestión similar a la de Charles Hermanos se presenta en “Fiorentino”.

que llega a las adquiridas en forma derivada (derivative evidence) a partir de aquélla, con arreglo a la doctrina plásticamente conocida como de los frutos del árbol envenenado...”

(5) Guariglia sostiene que “... La posición que rechaza el efecto extensivo se apoya en un argumento puramente político-criminal: la eficiencia de la persecución penal quedaría seriamente afectada si se excluyera prueba relevante ‘sólo’ porque dicha prueba se apoya en información irregularmente adquirida; a ello se agregaría una (alegada) dificultad de verificar el vínculo de causalidad entre la prueba original y la derivada...”

(6) Participando de esta óptica, para Manuel Miranda Estrampes la prohibición de valoración debe alcanzar no sólo a la prueba obtenida ilícitamente sino también a todas aquellas pruebas que aún obtenidas en forma ilícita tengan su origen en la primera; en otras palabras, que la ineficacia de la prueba ilegalmente adquirida debe alcanzar, también, a las otras pruebas que si bien son en sí mismas ilícitas se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas indirectas pruebas ilícitas puedan ser admitidas o valoradas.

Los casos mencionados guardan en común importantes semejanzas. En los tres, agentes del orden, obtienen pruebas de la comisión de un delito a partir de procedimientos cumplidos con violación de preceptos de jerarquía constitucional.

En “Charles Hermanos” y “Fiorentino” a través de un allanamiento ilegal; en “Montenegro” por medio de torturas. Existen, además, serios indicios de que los imputados son culpables de los delitos que se les enrostran. La documentación encontrada en “Charles Hermanos” y las sustancias halladas en el domicilio de “Fiorentino” son en sí mismas indicativas de la comisión de un delito. En “Montenegro”, a su vez, los dichos vertidos por éste bajo torturas en sede policial, permiten localizar en su domicilio los efectos robados (Ciano, 2001: 979).

Pese a ello, en todos los precedentes, la Corte se pronuncia por la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas ilegalmente. El argumento dado es fundamentalmente de carácter ético. En Charles Hermanos señala que la ley en el interés de la moral y la seguridad declara a dicho material incriminatorio como inadmisibile. En Montenegro y en Fiorentino, la Corte habla de que no corresponde otorgar valor al resultado de un delito, agregando que apoyar sobre él una sentencia judicial es contradictorio con el reproche formulado y compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito. En Fiorentino, más concretamente expone que reconocer idoneidad a lo que no es sino el fruto de un procedimiento ilegítimo es admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal.

Debe tenerse en cuenta que además del fundamento ético, existe otro tan importante como aquél: el argumento práctico, docente o aleccionador. Su objetivo radica en que al impedir judicialmente el empleo de prueba obtenida en forma ilegal, se desaliente la utilización de procedimientos violatorios de derechos humanos y contrarios a la Constitución, reafirmandose la idea de que la persecución del crimen no puede lograrse a cualquier precio.

Si bien en estos casos la Corte no se pronuncia sobre la admisibilidad de otras pruebas que las directamente resultantes del procedimiento cumplido en violación a garantías constitucionales de los procesados, si se analizan detenidamente los fundamentos y el lenguaje utilizado por el Alto Tribunal para excluir aquellas evidencias, parecen que los mismos dan pie, al menos se oponen, a una interpretación amplia de la regla de exclusión, con su agregado “venenoso” incluido, ya que utiliza expresiones tales como “el resultado de un delito” y “el fruto de un procedimiento ilegítimo”.

En 1986, la Corte resuelve el caso “Reginald Raydford”, quien es un ciudadano nacido en los Estados Unidos de América, sin dominio del español, detenido por tenencia de estupefacientes. La sustancia en cuestión es secuestrada de su domicilio por personal policial después de que Raydford entrega una tarjeta personal de quien le suministra la droga, un menor, luego detenido, quien a su vez incrimina a otro menor que es el proveedor de éste último, resultando también detenido. Ambos menores confiesan, son acusados por suministro de estupefacientes y Raydford por su tenencia. Sólo la defensa de uno de los menores interpone recurso extraordinario, fundándolo en la ilegalidad de los actos iniciales de la investigación (allanamiento ilegítimo en el domicilio de Raydford), lo cual determina la nulidad de todo lo obrado en consecuencia.

En ocasión de emitir su juicio, el Máximo Tribunal comienza afirmando que la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional; para luego sostener que una vez descartado el elemento obtenido en violación a garantías constitucionales, corresponde valorar si los restantes medios probatorios pueden aún constituir elementos suficientes para justificar el reproche, porque debe determinarse en qué medida esa ilegitimidad afecta la validez de los actos subsiguientes, esto es, hasta qué punto el vicio de origen expande sus efectos nulificantes. También expone que apreciar la proyección de la ilegalidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio es función de los jueces, quienes en el cometido deben valorar las particularidades de cada caso concreto, pues resulta ventajoso para esa finalidad el análisis de la concatenación causal de los actos, mas no sujeta a las leyes de la física sino

a las de la lógica, de manera que por esa vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados.

Partiendo de tales elucubraciones, la Corte califica ilegítima la requisita y el secuestro de estupefacientes practicados en el domicilio de Raydford. Alega que la ausencia de reparo por parte del imputado respecto de la inspección domiciliaria que llevó el personal policial, no resulta por sí solo equivalente al consentimiento del interesado, en la medida en que tal actitud debe hallarse expresada de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización. Indica -así- que debe desecharse la legitimidad de la requisita, y por ende, del secuestro que es su resultado. Al cabo, pasa a analizar en concreto la validez del resto de la prueba.

Respecto de los dichos de Raydford incriminando al menor que le suministra drogas, y de la entrega de la tarjeta con el nombre de éste, el Tribunal argumenta que es posible aseverar que a la individualización de este sujeto se llega como efecto exclusivo del procedimiento ilegítimo en el que se secuestra el estupefaciente. La Corte razona entonces que de no haber sido por ese medio ilegítimo, resulta hartamente conjetural suponer que Raydford trae del menor, todo lo cual autoriza a descartar sus manifestaciones. Igual suerte deben correr las confesiones de los dos menores imputados, atento a que no existen varios cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original está viciada y contamina todo su curso.

En suma, la Corte invalida por ilegal lo que juzga que constituye un acto irregular (el secuestro realizado sin la debida autorización); también descalifica las restantes probanzas a las que se accede por intermedio de datos conocidos a partir del acto inicial e ilegítimo; y al hacerlo justifica su proceder afirmando que, habiendo un único cauce de investigación, viciada la génesis de ese itinerario, con ello se contaminan los actos subsiguientes.

En 1987, el Supremo Tribunal Federal sentencia el caso "Ruiz", en el que -en el marco de una investigación sobre robos a taxistas- la policía obtiene la confesión extrajudicial del procesado. Hechos posteriores permiten sospechar que esa confesión se extrae bajo apremios. La confesión policial sirve además para ubicar a los taxistas despojados de sus automóviles, los cuales declaran contra Ruiz. La confesión policial del imputado, por último, permite también ubicar al comerciante con el cual Ruiz negociara los efectos sustraídos de los taxistas.

Ahora bien, respecto de los dos robos a taxistas incluidos en la confesión, existe un cauce de investigación independiente. En efecto, en un pronunciamiento policial previo a la detención de Ruiz y que se origina en el asalto a una farmacia, la policía secuestra un documento de identidad, el cual se determina pertenece a uno de los taxistas despojados por Ruiz. También en esa oportunidad se secuestra el auto-taxímetro utilizado para el asalto en la farmacia, el cual resulta ser uno de los automóviles robados previamente por el imputado.

Llevado el caso a la Corte, este Alto Cuerpo considera que aún cuando la confesión ilegítima de Ruiz permite la individualización de las víctimas y los reconocimientos que éstos hacen del imputado, existen en la causa otras pruebas independientes de las manifestaciones irregulares y que son obtenidas de manera objetiva y directa. Se refiere al documento hallado y al automóvil secuestrado en oportunidad al asalto en la farmacia. Estas probanzas permiten afirmar que en este caso se está ante la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por legítimas.

Poco después de Raydford y Ruiz, la Corte resuelve el caso "Francomano" en el que vuelve a hacer una aplicación amplia de la regla de exclusión, nuevamente autorizando a terceros a invocar la violación de garantías constitucionales. Algunos ministros basan este fallo en caso "Miranda vs. Arizona", donde la Corte Suprema de los Estados Unidos resuelve que es necesario que al momento de la detención se le haga saber al imputado todos los derechos que tiene y que el silencio del mismo ante estos avisos no es suficiente para que se considere que renuncia a aquéllos, correspondiéndole al Fiscal que todos los requerimientos son observados para que la confesión policial de un detenido pueda ser válidamente usada en su contra. Se refiere a la coacción inherente o debida al entorno, principio

receptado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en el art. 8 inc. 3, al prescribir expresamente que la confesión del inculpado es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Si bien la Corte en Raydford y Ruiz recepta la regla de exclusión en sentido amplio, un pronunciamiento posterior demuestra que no es tan entusiasta en lo que hace a la aplicación irrestricta de dicha regla. Ello ocurre en el caso conocido como "Fiscal vs. Fernández".

El hecho es el siguiente. Un agente policial, que jamás se identifica como tal, ingresa al consulado de Bolivia en la ciudad de Mendoza. En presencia del policía, el cónsul entrega a un tercero, quien ingresa junto al agente policial, una importante cantidad de cocaína. El cónsul es luego llamado a un lugar público bajo un pretexto, sitio donde se practica su detención. Durante la causa se cuestiona la validez de ese ingreso domiciliario sin orden judicial. La Cámara Federal invalida el procedimiento porque el consentimiento que el cónsul presta está viciado, puesto que se le oculta, tanto que su amigo Fernández está ya detenido, como que quien lo acompaña es en realidad policía.

La Corte revoca el fallo, basándose en que se está ante un ingreso consentido por el cónsul, explicando que no existe por parte del policía ningún ardid, sino, tan sólo, silencio acerca de su calidad de funcionario. Sostiene que los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, la razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios. Asimismo, agrega que tampoco es posible olvidar que el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar valores más altos: la verdad y la justicia. Para, finalmente, concluir diciendo que el deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, sólo autoriza a prescindir por ilícita de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales e ilegales.

A partir de este precedente parece haber quedado desterrada la doctrina del fruto del árbol venenoso, pues para el Tribunal Supremo de la Nación sólo es descartable la prueba obtenida directa y necesariamente de la violación de la garantía constitucional, o cuando la misma es consecuencia inmediata de dicha violación.

Luego, en el caso "Daray" -donde una persona es arbitrariamente arrestada por la policía, obteniéndose a través de ello pruebas demostrativas de la comisión de un delito- la Corte federal vuelve a expresar que si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste está viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél. Es decir, en una votación de siete a dos (disidencia de los Ministros Bosert y Belluscio) decreta la nulidad de todo lo actuado en este procedimiento por entender que la detención primogénita había sido realizada en violación al art. 18 de la Constitución Nacional.

También en el caso "García D'Auro Ramiro E.," el voto disidente de los doctores Belluscio, Petracchi y Boggiano sostiene que si de las expresiones efectuadas en un acto considerado nulo surgen los hechos y se derivan las identificaciones de los partícipes con motivo del cual se producen los allanamientos, secuestros y detenciones, de tal manera que resulta imposible eliminar el eslabón viciado para adquirir evidencia por otras fuentes distintas de la reputada ilegítima, el defecto de la actuación inicial afecta a todas las subsiguientes.

En el fallo de la Corte sobre la materia es el caso "Fernández Prieto". La cuestión medular debatida en este fallo radica en establecer si es legal la interceptación, aprehensión y requisa de tres personas por parte de personal policial sin orden judicial previa producida en las siguientes circunstancias. Los tres sujetos se encuentran circulando a bordo de un automóvil, pero, a criterio de los agentes del orden en actitud sospechosa, motivo por el cual son detenidos y requisados, hallándose ladrillos de picadura de marihuana y armas, tanto en el baúl como en el interior del automotor. Los hechos ocurren en Mar del Plata en el año 1992 y la requisa se convalida tanto por el Juzgado como por la Cámara de Apelaciones.

La Corte hace propio, formando mayoría en tal sentido con los votos de los Ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez; por su parte, la minoría la conforman los doctores Fayt, Petracchi y Bossert.

La conclusión mayoritaria funda su decisión en que la policía tiene facultades para detener sin orden judicial en caso de flagrancia o, cuando existan indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad, extremo que, a criterio de los preventores, con el que coinciden los magistrados, se da en este caso. Asimismo, expresa que es necesario distinguir la inspección de un domicilio de la requisita de un automóvil, ya que, respecto al inmueble una orden judicial puede ser obtenida y la diligencia llevarse a cabo con relativa facilidad; en cambio, una orden de requisita de un vehículo no es tan factible de obtener, y menos probable aún de realizar el procedimiento. En estos casos la legalidad de la requisita depende de la probable o razonable causa que tenga el personal policial para proceder. Por último, señala que las garantías constitucionales se pueden resguardar con el examen posterior de todas las circunstancias del caso y la inmediata comunicación al juez.

Por su parte, uno de los votantes que da forma a la minoría, el doctor Fayt, expresa que la "actitud sospechosa" de tres sujetos viajando en un automóvil de ninguna manera puede equipararse a la flagrancia o a los indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad requeridos para la detención, afirmando a continuación que si no surge indubitadamente la existencia de un cause investigativo independiente todos los actos originados en el acto viciado deben anularse. El ministro Petracchi critica la utilización de la forma "actitud sospechosa", ya que la misma por su notoria vaguedad no permite el efectivo control judicial, ni satisface la debida fundamentación de los actos estatales. En cuanto al doctor Bossert, afirma que la inexistencia de fundamentos para realizar un procedimiento no puede ser legitimada en virtud del resultado obtenido, porque obviamente, los motivos que permiten una limitación de los derechos individuales deben existir en el momento en que la diligencia se lleve a cabo y no después.

La posición de la minoría es la que fortalece la plena y efectiva vigencia del debido proceso penal consagrado por Nuestra Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de jerarquía normativa, otorgando amparo, en consecuencia, a la existencia de un proceso como garantía de la persona humana.

En el caso "Tumbeiro", la mayoría de los miembros de la Corte Federal -integrada por los doctores Nazareno, Moline O'Connor, Belluscio, López y Vázquez- señala que las actuaciones que originan la presente causa se inician con motivo de la interceptación del prevenido por parte de personal policial con fines de identificación, seguida -mientras Tumbeiro se encuentra en el interior del móvil policial para comprobar su identidad- del secuestro en el interior de un periódico, de una bolsa de nylon transparente que contiene clorhidrato de cocaína. Analizando el alcance del art. 18 de la C.N. y sus complementarios (arts. 284 del C.P.C.C.N. y 5 inc. 1° del decreto- ley 333/5 -ratificado por la ley 14.467 y modificado por la ley 23.950), repasa lo indicado por el a quo a los efectos de determinar si resulta o no legítima la medida cautelar de prevención que tiene por sustento la existencia de un estado de sospecha sobre la verdadera conducta del imputado. Así, considera legítimo el trámite de identificación llevado a cabo por los funcionarios policiales a la luz de las normas que regulan su accionar. Ello, toda vez que éstos son comisionados para recorrer el radio de la jurisdicción en la específica función de prevenir el delito y, en ese contexto, interceptan al encartado en actitud sospechosa, que es ulteriormente corroborada con el hallazgo de estupefacientes, y comunican de inmediato la detención al juez. Agrega que en estas condiciones no se advierte ninguna irregularidad en el procedimiento del que pueda inferirse violación alguna al debido proceso legal. Es más, aduce que el pronunciamiento impugnado no sólo ignora la legitimidad de lo actuado en prevención del delito y dentro del marco de una actuación prudente y razonable del personal policial en el ejercicio de sus funciones específicas, sino que, además, omite valorar juntamente con el nerviosismo que mostraba el imputado. En definitiva, concluye que no se aprecia en el caso violación alguna a la doctrina del Tribunal según la cual no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales

Esta misma doctrina -sentada en el fallo “Tumbeiro”- es reiterada en los precedentes “Monzón” (7) y “Szmilowsky” (8).

Ya en el caso “Waltra”, es dable destacar la disidencia del doctor Maqueda que sostiene que la Corte -sin decirlo expresamente- se aparta del principio de legalidad enunciado en el fallo “Daray”, recurriendo -para ello- a una confusa hermenéutica de distintos fallos de su par de los Estados Unidos, en especial “Terry v. Ohio”, en el que se autoriza a la policía que está investigando un delito -aun cuando las circunstancias no llegan al punto de causa probable que exige la Cuarta Enmienda- a “cachear” al sospechoso para quitarle el arma y de este modo preservar su seguridad física o la de un tercero en el curso de una investigación. Para ello, el policía debe demostrar cuáles son las circunstancias sospechosas y además el individuo puede tener un bulto entre las ropas o en otro lugar donde oculta un arma. Incluso en dicho precedente se expresa claramente que para determinar si un oficial actúa razonablemente en tales circunstancias, se debe otorgar el peso debido no a su sospecha inicial y no particularizada o su corazonada, sino a las inferencias razonables específicas que debe describir a partir de los hechos. En el caso en particular, afirma que jamás es mencionada una situación de peligro para la integridad física de los policías o de un tercero circundante, y que tampoco puede considerarse que existan indicios vehementes de culpabilidad de la comisión de un delito por parte de los requisados y detenidos. En efecto, indica que de lo poco que aportan los policías surge que se trata de un grupo de jóvenes, constituido por una mujer y cuatro hombres que a las 2.45 de un día domingo están sentados en el umbral de una vivienda, y que luego de que se procede a su identificación se determina que sus edades rondan entre los 19 y 22 años, uno es de profesión operario, otro changarín, la mujer y uno más de los jóvenes declaran estar desempleados, en dicho procedimiento también da la dirección de sus domicilios particulares. De todo lo expuesto, concluye que la detención de Waltra se aparta de las previsiones de los arts. 184 y 230 del Código Procesal Penal, vulnerando el art. 18 de la Constitución Nacional. Agrega que la inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse por el resultado obtenido -el hallazgo de dos cigarrillos de marihuana- pues, obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo.

Lo dicho en el caso “Waltra” se repite en “P.C., M.E.” que se inicia mediante la recepción por parte del cabo Luis Rosales de una llamada anónima, en donde una mujer informa que en la calle Lago Hermoso y Laguna Villarino de la localidad de Estanzuela (departamento de Godoy Cruz) hay dos jóvenes en actitud sospechosa. Con ese dato, Rosales se dirige a la zona, intercepta a dos personas, las detiene, las conduce al destacamento, y una vez allí las requisita encontrando entre las ropas de quién resulta ser M.P.C. un envoltorio de papel celofán con 0,635 gramos de marihuana. En las instancia previas a la extraordinaria, se entiende que la actuación de la prevención se ajusta a derecho, respetándose el debido proceso y las garantías constitucionales, en virtud de haberse dado los requisitos exigidos por la ley para hacer jugar la excepción de proceder sin orden judicial. Sin embargo el Alto Tribunal de la Nación revoca la sentencia del a quo y absuelve al nombrado por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Para ello, y haciendo referencia a la doctrina sentada en el caso “Waltra” argumenta que en el caso concreto, el conjunto de los actos preventivos cumplidos por el policía Luis Rosales, esto es la aprehensión del imputado, su traslado a la dependencia policial, la requisita y el secuestro de la droga supuestamente en su poder, carecen de los estándares mínimos y la calidad procesal exigida por las leyes del caso. Pues, de una lectura de las constancias, surge que el proceso que culmina con la sentencia condenatoria de P.C., tiene como única fuente, base y sustentación, la versión solitaria del policía Luis Rosales.

(7) La actuación del caso Monzón se inician con motivo de la identificación y requisita personal del encartado realizada por parte de funcionarios policiales frente a la estación del Ferrocarril Mitre, oportunidad en la que le secuestran tres cigarrillos de armado casero que contienen cannabis sativa -marihuana-.

(8) El caso se origina a partir de la requisita personal del encartado realizada por parte de funcionarios policiales en la vía pública en horas de la noche en que se secuestra de entre las ropas del encartado un trozo compacto de sustancia vegetal color marrón, que según el peritaje efectuado resulta ser 9,43 gramos de cannabis sativa, con la cual se pueden preparar aproximadamente 19 cigarrillos

V. Conclusión

Entendida la prueba como el conjunto de actividades destinadas a obtener el conocimiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso, para que dicha definición sea perfecta debe incorporársele que todo dato objetivo debe introducirse al proceso en forma legal; siendo la legalidad un presupuesto indispensable para la utilización de aquella.

La posibilidad de su ilegitimidad puede originarse en dos motivos: por su irregular obtención o por su irregular incorporación al proceso.

Todo acto que implique la adquisición de pruebas debe hallarse en equilibrio, por un lado, con la necesidad del Estado de “descubrir la verdad” y por otro, con las garantías constitucionales previstas para proteger los derechos inescindibles que aseguran el pleno desarrollo del hombre en sociedad. Por ende, el principio de libertad probatoria encuentra su límite en la legalidad y en las garantías de orden constitucional. Dicho límite puede decirse que está integrado por la llamada regla de la exclusión probatoria; conocida ésta como la inadmisibilidad de las pruebas para su valoración cuando provengan de un acto producido, obtenido o incorporado mediante violación de garantías constitucionales.

La obtención ilegítima de un medio probatorio, da lugar al rechazo, no utilización, ni valoración alguna, en la actuación procesal. Es decir, que la prueba que amerita ser excluida no puede ser considerada, de ninguna manera, por el juez que va a decidir acerca de la responsabilidad del acusado.

Puede suceder también que aquella prueba -denominada principal o primaria- que resulta excluida, dé lugar a la obtención de otra prueba que le es derivada, directa o indirectamente, de esa prueba principal. En este caso, la prueba derivada debe ser, igualmente, excluida del acervo probatorio. Esto constituye la teoría que se conoce como “frutos del árbol envenenado” (fruit doctrine).

El método que se aplica para determinar si la prueba regularmente obtenida deriva o no de la prueba ilícita, es el de la supresión mental hipotética: se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, en forma racional se arriba al acto regular. Si la respuesta es positiva, el elemento de prueba obtenido se puede valorar. Aquí operan el buen sentido, las reglas de la experiencia y el in dubio pro reo.

La regla de exclusión es receptada en nuestro país -por primera vez- en el caso “Charles Hermanos”, en el cual, merced a un allanamiento sin orden judicial, se incautan documentos que luego se pretende utilizar contra los imputados. Sostiene la Corte la invalidez probatoria de tales instrumentos, puesto que, siendo los mismos el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se lleva a cabo con la finalidad de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones, las declara inadmisibles.

Similar criterio mantiene el alto tribunal en los casos “Montenegro”, en que se invalidan los dichos del imputado que permiten encontrar mercadería robada al habérselos obtenido mediante torturas, y “Fiorentino” en que el ingreso a un domicilio sin orden de allanamiento permite encontrar drogas. En ellos la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronuncia nuevamente por la inadmisibilidad de los medios de prueba obtenidos a través de dicha ilegalidad. El fundamento dado para decretar tal exclusión es esencialmente de carácter ético, señalando al respecto que otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo no es contradictorio con el reproche formulado sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito.

Si bien se comparte el criterio expuesto por el Máximo Tribunal Federal, es cierto que el mismo puede ir más allá de meras pautas éticas. Resulta irrazonable otorgar valor procesal al accionar del Estado, cuando ésta resulta exitosa sobre la base de la comisión de actos ilegales; por más que se hayan realizados con el propósito de descubrir y perseguir el delito, ya que el fin no justifica los medios y la admisión de tal prueba importa desconocer la función ejemplar que el Estado tiene para con la comunidad. El Estado no puede, ni debe aprovecharse de un delito para verificar otro delito.

Como se adelantó, no sólo debe fundarse en pautas éticas, sino también y primordialmente en la salvaguardia de los derechos y garantías que emanan del articulado de la Constitución Nacional, al igual que de los Tratados Internacionales incorporados a ella con tal jerarquía.

Puede parecer que el interés social de defenderse del delito tenga que merecer preferencia, si se lo considera como el bien común y que como tal es superior al bien individual. Pero aunque un bien sea más valioso que otro, jamás puede perseguirse su realización violando la Constitución. El respeto de las garantías individuales debe prevalecer sobre todo interés aunque esto pueda dar lugar a la impunidad de algún delito, pero para evitar tal consecuencia, el Estado no está autorizado a realizar cualquier acto tendiente a poner fin a la delincuencia. Si esto se permite en lugar de evolucionar hacia el respeto del hombre como sujeto de derecho y reconociendo su dignidad que posee como tal, se involuciona hacia el sistema inquisitivo, el que considera al imputado como un objeto de persecución penal, y al que no le reconoce su dignidad ni sus derechos, ya que apunta a la represión y al castigo de ellos. Sólo en este marco se sobrevaloran los fines del Estado hasta el punto que puede justificársele cualquier medio para lograr su finalidad.

Son las propias garantías constitucionales las que impiden la admisión de las pruebas ilegalmente obtenidas. Por supuesto que si se elimina el debido proceso, la prohibición de declarar contra sí mismo, la inviolabilidad de la defensa en juicio y del domicilio; si se reinstala la pena de muerte, toda especie de tormentos y azotes, en definitiva, si se cambia la Constitución Nacional, es obvio que se tendrán más delincuentes sancionados. Por ello, no es la regla de exclusión la que determina que ciertos culpables no sean penados, sino la propia Carta Magna. La regla constituye sólo un imperativo constitucional.

También la doctrina del fruto del árbol venenoso es receptada por la Corte en los casos anteriormente citados, aunque alcanza su conceptualización integral en el fallo "Reginal Raydford", donde -al tratarse de un allanamiento realizado sin orden judicial y en el cual se secuestra droga, ocasión en la que igualmente el imputado involucra a otras personas como vendedores de esa sustancia, las que son también detenidas- establece que la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio por vía ilegítima, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso.

Sin embargo, no siempre la Corte sostiene tal postura llegando a admitir que una aplicación errónea de la doctrina de la exclusión no podría desvirtuar el proceso de la búsqueda de la verdad, y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial.

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que tal postura no es compartida. En primer lugar, por considerar al proceso neutral; y en segundo término, porque pretender instrumentar la política represiva por medio del proceso, implica tomar partido en favor de la defensa social en desmedro del imputado y sus garantías.

El proceso no es instrumento ni de la represión, ni del derecho penal sustancial, ya que éste no se instaura para penar, sino para saber si se debe o no penar.

A su vez, porque el afianzamiento a ultranza de la verdad como objeto y meta del proceso penal, termina generando una repontenciabilización del sistema estatal en detrimento de los derechos individuales, tal como ha ocurrido en los sistemas inquisitivos.

Por último, resulta fundamental destacar que dicha doctrina tiene un doble fundamento, por un lado, utilitaria (para erradicar procedimientos policiales ilegales) y por el otro, moral (la justicia no puede servirse de pruebas mal habidas). El fin legítimo de defensa de la sociedad contra el delito no debe lograrse transgrediendo la Constitución.

A modo de corolario, resta concluir que a la sentencia de condena -que va a decidir procesalmente la vida de una persona- se debe llegar sólo por los medios y las forma que la ley permite, y que habiéndose incorporado una prueba obtenida ilegalmente o como derivado de un acto irregular, las mismas no deben ser admitidas, ni mucho menos valoradas, ya que esto no sólo produce un perjuicio al imputado, sino que también desvirtúa el sistema constitucional garantista instaurado en nuestro país.

VI. Bibliografía

- AMADEO, Sergio L. y PALAZZI, Pablo A. "Sentencias sobre prueba ilegal", EN: *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1997-III, 152.
- CAFFERATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- CARRIÓ, Alejandro. *Justicia criminal*. Buenos Aires: Lerner, 1986.
- Garantías constitucionales en el proceso penal. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.
- CIANO, Ariel. "La libertad probatoria y sus límites: La regla de exclusión", EN: *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2001-III, 979.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavallá, 1970.
- GUARIGLIA, Fabricio. *Las prohibiciones probatorias*, en AA. VV.: *El nuevo código procesal penal de la Nación*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993.
- Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005.
- JAUCHEN, Eduardo M. *La prueba en materia penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1992.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, t. I-b.
- MIDON, Marcelo Sebastián. *Pruebas ilícitas*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005.
- MILL DE PEREYRA, Rita. "Prueba ilícita en el proceso penal", EN: *Ley, razón y justicia. Revista de investigación en ciencias jurídicas y sociales*, Neuquén, enero - julio 2000 2-3), 185.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosh, 1999.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "Pruebas ilícitas", EN: *Derecho penal. Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, 306.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid: *Revista de derecho privado*, 1991, t. XVI.

VII. Jurisprudencia

- CSJN, 05-09-1891. Charles Hermanos y don Antonio Borzone, EN: Fallos 46:36.
- CSJN, 03-05-1937. Siganevich, Pablo y otros, EN: Fallos 177:390.
- CSJN, 10-12-1981. Montenegro, Luciano Bernardino s/ robo, EN: *Jurisprudencia Argentina*, 1982-IV, 368.
- CSJN, 27-11-1984. Fiorentino, Diego E., EN: *Jurisprudencia Argentina*, 1985-II, 108.
- CSJN, 13-05-1986. Rayford, Reginald R. y otros, EN: *Jurisprudencia Argentina*, 1986-IV, 175.
- CSJN, 17-09-1987. Ruiz, Roque A., EN: *Jurisprudencia Argentina*, 1988-I, 56.
- CSJN, 19-11-1987. Francomano, Alberto Daniel y otros, EN: Fallos 310:2385.
- CSJN, 11-12-1990. Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo, EN: *Jurisprudencia Argentina*, 1991-I, 318.

CSJN, 12-12-1994. Daray, Carlos Ángel, EN: La Ley, 1995-B, 349.

CSJN, 10-08-1995. García, D'Auro Ramiro Eduardo y otros, EN: Fallos 314:424

CSJN, 12-11-1998. Fernández Prieto, Carlos A. y otro, EN: Jurisprudencia Argentina, 1999-II, 563.

CSJN, 03-10-2002. Tumbeiro, Carlos Alejandro s/ recurso extraordinario, EN: Fallos 325:2485.

CSJN, 12-12-2002. Monzón, Rubén Manuel s/ recurso de casación, EN: Fallos 325:3322.

CSJN, 06-02-2003. Recurso de hecho deducido por el fiscal general ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa Szmilowsky, Tomás Alejandro s/ causa n° 4606/00, EN: Fallos 326:41.

CSJN, 21-09-2004. Walta, César Luis s/ causa n° 3300, EN: Fallos 327:3829.

CSJN, 03-05-2007. P.C., M.E, EN La Ley 06/08/2007,8.

Derecho constitucional en la Unión Europea: el “constitucionalismo multinivel” como alternativa al problema de la jerarquía normativa

POR CALOGERO PIZZOLO (*)

Sumario: I. La integración regional de tipo supranacional y el problema de la jerarquía. — II. La primacía como principio fundante del ordenamiento jurídico de la UE. — III. Las corrientes del pluralismo jurídico: el constitucionalismo multinivel. — IV. La decisión Nr. 2004-505 DC del Consejo Constitucional francés y la declaración Nr. 1/2004 del Tribunal Constitucional español. — V. Conclusiones.

I. La integración regional de tipo supranacional y el problema de la jerarquía

La Europa devastada —material y humanamente— por el conflicto bélico más intenso que soportó su territorio, apostó entonces a la integración como futuro. El final de la Segunda Guerra mundial, no solo enterró a una buena parte de los nacionalismos autoritarios y totalitarios sino que, al mismo tiempo, significó la *apertura* de los ordenamientos jurídicos. Se olvida rápidamente el lenguaje soberanista, y las constituciones que van cobrando vida hablan de la posibilidad —hasta entonces no solo inadmisible sino impensable— de *transferir derechos de soberanía*.

Un buen ejemplo del abandono del encierro nacionalista lo representan las constituciones que se sancionan en Francia (1), Italia (2) o Alemania (3). Estos textos que hacen a un lado las formas

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, donde además es catedrático de Derecho de la integración.

(1) El preámbulo de la constitución de 1946 —parte de la constitución de 1959 actualmente vigente— afirma que “bajo reserva de reciprocidad, Francia consiente las limitaciones a su soberanía necesarias [limitations de souveraineté nécessaires] para la organización y defensa de la paz” (sin resaltar en el original). Sucesivas reformas incorporaron nuevas normas constitucionales que habilitan la atribución de competencias (cfr. nuevo título XV “De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea art. 88-1 a 88-5).

(2) El artículo 11 de la constitución (1948) mantiene que Italia “consiente, en condiciones de paridad con los otros Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias [limitazioni di sovranità necessarie] para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones, y favorece a las organizaciones internacionales dirigidas a tal fin” (sin resaltar en el original). Las palabras pronunciadas por Corsanego en la Asamblea Constituyente donde la citada norma se concibió despejan cualquier duda: “hacer una Constitución moderna que finalmente rompa el actual cerco de soberbia y de nacionalismo, y sea una mano extendida hacia los otros pueblos, en el sentido de aceptar, de un lado, las limitaciones de soberanías en interés de la paz internacional y, del otro, reconociendo una autoridad superior que dirima todas las controversias (...) sería ubicar a la República italiana entre los pioneros del derecho internacional” (citado por CASSESE, Antonio, *Lo Stato e la comunità internazionale*, en BRANCA, Giuseppe, “Commentario della Costituzione”, Nicola Zanichelli Editore, Bologna — Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1982, pág. 578). Sacerdoti, por su parte, sostiene que las normas constitucionales italianas en materia internacional dejan ver, más específicamente, una apertura notable hacia la colaboración internacional la cual comprende, entre otras cosas, la potencial renuncia a la soberanía estatal en el cuadro de las organizaciones supranacionales (SACERDOTI, Giorgio, *L’Italia e la comunità internazionale*, en “La costituzione italiana. Il disegno originario e la realtà attuale”, Dott. A. Giufré Editore, Milano, 1990, pág. 132-133).

(3) En ninguna otra constitución alemana son tan estrechas las conexiones con el orden jurídico internacional como en la Ley Fundamental de Bonn (1949). Desde el preámbulo se leen frases como “alentado por la voluntad de servir a la paz del mundo como miembro en igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán ha adoptado la presente Ley Fundamental en virtud de su poder constituyente” (sin resaltar en el original). En el mismo sentido, el artículo 24 —que carece de precedentes en el derecho constitucional alemán y fuera parcialmente

dogmáticas asociadas a una visión de la soberanía estatal emparentada al absolutismo monárquico, contienen el *germen de la supranacionalidad*. Son las propias constituciones —máxima expresión de la soberanía de un pueblo— las que autorizan mediante *fórmulas de atribución* la salida de competencias propias del Estado, en dirección de organizaciones e instituciones producto de la integración regional. En la actualidad, fórmulas de este tipo es común hallarlas en las distintas constituciones a lo largo del mundo (4).

Sobre la base de las competencias atribuidas (5), comenzó a consolidarse —por fuera del Estado-Nación— una nueva estructura organizativa, sin territorio o población propia pero que, sin embargo, exhibe un poder de decisión en materia legislativa y judicial así como un poder de gobierno que le son propios, al punto de convertirse en el *armazón* de un ordenamiento jurídico. Ello permitirá que la clásica cooperación y asociación entre Estados, mute en una nueva forma de integración regional: el tipo supranacional.

Las dimensiones que este ordenamiento irá alcanzando, especialmente por un claro activismo judicial del antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sumado a la defensa por parte de la Comisión europea, en especial en los años setenta del siglo pasado, del ejercicio de competencias implícitas vinculadas al desarrollo de los objetivos de la integración. Contribuirá al crecimiento de toda un *área crítica* hacia donde convergen tanto competencias aún bajo el dominio estatal como las que han sido objeto de atribución. Dicha área sería un *área de reserva* creada a favor del Derecho de la UE, si fuera posible establecer con cierta precisión el ámbito de aplicación de cada competencia. Pero del mismo modo que ocurre en los ordenamientos estatales —especialmente los de organización federal— la cuestión resulta cuanto menos compleja en lo que hace a la cuestión de la *última autoridad*.

El momento de mayor tensión se presenta cuando el área crítica involucra a normas constitucionales —o bien los mandatos nacidos de éstas—, por una parte, y al Derecho de la UE, por la otra. Frente

reformado en ocasión de la ratificación del Tratado de la Unión Europea (1992)— en su primer párrafo establece claramente que la Federación “podrá transferir derechos de soberanía [Übertragung von Hoheitsrechte], mediante ley, a organizaciones internacionales” (sin resaltar en el original). La misma expresión aparece en la constitución austríaca (art. 9.2). Reflexiona Stern que el citado artículo 24.1 faculta “a abandonar la concepción estricta de la soberanía”. Se trata de una clara opción por la supranacionalidad. Acompañado por otras normas concordantes como el artículo 23.1, permite crear organizaciones internacionales dotadas de un “propio poder de soberanía” que despliegan eficacia jurídica inmediata vinculante para el poder estatal nacional y para sus nacionalidades. De este modo, para el nombrado autor, la barrera del poder estatal nacional “queda destruida o, lo que es igual, el filtro de derecho público intraestatal, que hasta ahora debía pasar el Derecho convencional (Derecho internacional general), desaparece. Con el abandono de la concepción tradicional acerca de la eficacia de los tratados internacionales (colectivos) acompañados siempre de transformación autónoma, el enormemente resistente panzer de la soberanía nacional ha sufrido una brecha” (STERN, Klaus, Derecho del Estado de la República Federal alemana, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 867-868, sin resaltar en el original). Para Simson y Schwarze, la opción constitucional por la cooperación internacional, desplegada en el Preámbulo y en el artículo 24.1, otorga a la República Federal el fundamento constitucional suficiente para participar en la creación de organizaciones internacionales dotadas de potestades soberanas, cuyas decisiones puedan vincular jurídica y directamente a los Estados miembros y sus ciudadanos. Con esta apuesta por las relaciones internacionales, la Ley Fundamental ha sentado internamente las bases para desarrollar fórmulas especiales de cooperación supraestatal, las cuales van más allá de la mera colaboración en tradicionales organizaciones internacionales (SIMSON, Werner von y SCHWARZE, Jorge, Integración europea y Ley Fundamental. Matrique y sus consecuencias para el Derecho Constitucional alemán, en “Manual de Derecho Constitucional”, Instituto vasco de administración pública — Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S. A., Madrid, 1996, pág. 32).

(4) Entre las constituciones que podemos citar, además de las europeas, encontramos la de nuestro país (art. 75 inc. 24), Paraguay (art. 145), Colombia (arts. 150 inc. 16 y 227), Venezuela (art. 153) entre muchas otras (ver un análisis detallado de estas fórmulas en nuestro Derecho e integración regional, Buenos Aires, EDIAR, 2010, cap. II).

(5) Este desplazamiento de competencias llegara hacer del Euro la moneda común de diecisiete Estados soberanos, o actividades tan sensibles como la agricultura una “política común”, o a los nacionales de veintisiete países a la par ciudadanos de la Unión Europea que integran.

a frente queda el principio de primacía de este derecho con el clásico principio de supremacía constitucional. La disputa es por el cetro del ordenamiento jurídico.

El conflicto se presenta en la forma de un conflicto entre jurisdicciones pues la *defensa* de la constitución está la mayoría de las veces a cargo de su *guardián*: el tribunal o corte constitucional (Rodríguez Iglesias: 1993, 1179). Así como la *interpretación final y homogénea* del Derecho de la UE corresponde al TJUE. La cuestión determinante es, por tanto, establecer los *parámetros* —normas básicas de referencia— a seguir en el ejercicio del control de legalidad: serán las normas constitucionales las que condicionen a las normas de la UE, o éstas a las primeras.

Como se puede apreciar, lo que llamamos problema de la jerarquía normativa surge —dentro de un enfoque monista— al integrar en un mismo *sistema normativo* dos ordenamientos con pretensión de validez. Lo que está entredicho aquí es *quién* tiene la última palabra o decide en última instancia, o sea la llamada *competencia de la competencia*.

Ahora bien, en la última década del siglo pasado ha ido tomando cuerpo una corriente denominada pluralista que, en lo que aquí es objeto de análisis, auspicia un constitucionalismo multinivel como propuesta a la relación entre el Derecho de la UE y los ordenamientos jurídicos de los Estados partes. Lo relevante en esta corriente es que propone, como una forma de diluir las citadas áreas críticas, una solución al problema de la jerarquía normativa *dejando a un lado* el problema mismo. Esto es, promoviendo la “naturaleza dialogante” del Derecho de la UE y, en consecuencia, ubicando la relación entre este derecho y los derechos nacionales, por fuera de una relación de orden jerárquico, en el plano de la cooperación entre actores integrantes de una comunidad jurídica (Poiars Maduro: 2003, 26).

La trascendencia que el constitucionalismo multinivel alcanzado en el debate constitucional contemporáneo no debe sorprendernos pues, la dialéctica entre la justicia constitucional y el proceso de integración nos conduce, seguramente, a los grandes problemas del constitucionalismo contemporáneo en Europa (Bárcena, 2008, 85).

II. La primacía como principio fundante del ordenamiento jurídico de la UE.

La forma de enfocar la cuestión de la *autoridad última* tiene repercusiones, entre otras, sobre la epistemología del Derecho de la UE: en qué consiste este ordenamiento jurídico y cómo podemos conocerlo. No es una cuestión menor, pues, las tesis del constitucionalismo multinivel van a poner en duda la *autonomía* misma reconocida por el antiguo TJCE desde sus primeras sentencias —tendencia continuada por el hoy TJUE— como uno de los principios fundantes del entonces Derecho comunitario europeo, actual Derecho de la UE después de la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa* (2007) el 1 de diciembre de 2009. (6)

En el célebre asunto *Flaminio Costa* (1964), por caso, el TJCE afirmó que “a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la C.E.E. [Comunidad Económica Europea] ha instituido un *ordenamiento jurídico propio* integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, desde la entrada en vigor y que se impone a sus órganos jurisdiccionales”. (7)

Un año antes, en el también recordado asunto *Van Gend and Loos* (1963), el TJCE había dicho que el citado tratado de la C.E.E “es más que un acuerdo que crea obligaciones recíprocas entre las partes pues *la comunidad constituye un ordenamiento jurídico de un nuevo género, en virtud del cual los Estados han renunciado, en sectores limitados, a su poder soberano*; por lo demás, ese ordenamiento reconoce como sujetos no solo a los Estados miembros, sino también a sus ciudadanos”. (8)

(6) Los otros principios reconocidos con tal entidad son el de aplicabilidad inmediata, efecto directo y aplicación del Derecho de la UE por los jueces nacionales.

(7) TJCE, sentencia de 15 de julio de 1964, asunto 6/64. Sin resaltar en el original.

(8) TJCE, sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62. Sin resaltar en el original.

La construcción de este ordenamiento jurídico autónomo que alcanza a una multiplicidad de Estados es posible, como ya se dijo, en base al principio de atribución de competencias y éste, porque previamente existe una habilitación constitucional en tal sentido. En caso de un conflicto entre una norma perteneciente a este ordenamiento y otra de Derecho nacional, la primacía de la primera hace que se imponga su validez a la segunda, quedando así esta última *desplazada*. Precisamente, en este desplazamiento, o sea en la no aplicación de la norma interna, se expresa la primacía del Derecho de la UE. Primacía que permite su aplicación uniforme y garantiza su efecto directo.

El principio de primacía no surge expresamente de los Tratados fundacionales de las pretéritas Comunidades europeas, sino que ha sido desarrollado por una activa jurisprudencia del TJCE a propósito, fundamentalmente, de dos situaciones conflictivas bien concretas y conocidas. Una, el ex Derecho comunitario debía prevalecer sobre cualquier norma interna, cualquiera que fuera su rango, incluso constitucional. Otra, el mismo Derecho comunitario debía ser aplicado por el juez común, sin poder supeditar los ordenamientos internos dicha aplicación a procedimientos previos de derogación o declaración de inconstitucionalidad de la normativa nacional con el incompatible (Alonso García: 1989, 46).

Volvamos a la jurisprudencia del TJCE. En el asunto *Humblet* (1960) (9), el Estado belga alegaba que el asunto en cuestión versaba, en realidad, sobre la correcta aplicación de leyes internas facultad ésta no atribuida a la Comunidad. El TJCE rechazó dicha tesis con el argumento de que:

“Si la Corte determina que un acto legislativo o administrativo de los órganos de un Estado miembro es opuesto al derecho comunitario, tal Estado está obligado en virtud del artículo 86 del Tratado CECA [Comunidad Europea del Carbón y el Acero], a revocar dicho acto como a reparar los efectos ilícitos que de él pudieran derivarse. Tal obligación deriva del Tratado y del Protocolo los cuales, luego de su ratificación, tienen fuerza de ley en los Estados miembros y prevalecen sobre el derecho interno (párrafo 2)”.

El TJCE es parco en sus conceptos iniciales sobre el principio de primacía y sólo menciona que aquél prevalece sobre el “derecho interno”. No se hace ninguna referencia expresa o directa a la prevalencia sobre “todo” el derecho interno, ni mucho menos a los casos de conflicto con las normas constitucionales y las leyes posteriores de los Estados miembros. Esto último sería abordado finalmente en el ya aludido asunto *Flaminio Costa* (1964), donde el TJCE ratifica la primacía en estos términos:

“Esta integración en el derecho de cada Estado miembro de disposiciones que provienen de fuente comunitaria (...) *tiene como corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad una medida unilateral ulterior que no puede, por lo tanto, serles opuesta. En efecto, la eficacia del derecho comunitario no puede variar de un Estado a otro, en función de las legislaciones internas posteriores (...)* Las obligaciones contraídas en el Tratado constitutivo de la Comunidad no serían absolutas, sino solamente condicionales, si las partes signatarias pudieran eludirlas mediante actos legislativos posteriores” (10)

En este nuevo paso, el TJCE avanza firmemente sobre una de las cuestiones más conflictivas relacionadas con la primacía: el conflicto de *los Tratados fundacionales con leyes posteriores a su ratificación*. Este conflicto alcanzó altos grados de polémica en países como Italia —donde se originó el asunto que tratamos— debido a que los tratados de adhesión a las Comunidades fueron ratificados por leyes ordinarias del Parlamento y, en consecuencia, dichas leyes podrían ser derogadas —como de hecho se pretendía— por leyes futuras opuestas a las mismas. El TJCE optó, dada la trascendencia del asunto para la supervivencia del orden jurídico comunitario, por dejar bien en claro la primacía del nombrado orden sobre cualquier ley posterior que lo contradiga.

Del asunto *Flaminio Costa* (1964) surgen cuatro elementos esenciales relacionados con la primacía: a) es una condición existencial del Derecho comunitario; b) surge de la propia naturaleza espe-

(9) TJCE, *Humblet* sentencia de 16 de diciembre de 1960, asunto 6/60.

(10) Sin resaltar en el original.

cífica original del Derecho comunitario; c) se aplica en su integridad (el derecho nacido del tratado), y frente a todas las normas nacionales, cualesquiera sean su rango y materia y; d) se aplica no sólo en las relaciones entre la Comunidad y los Estados miembros y en las relaciones jurisdiccionales, sino también es válida para los ordenamientos jurídicos internacionales (Diez-Moreno:1996,155).

Pero el razonamiento del TJCE en el asunto *Flaminio Costa* (1964) había sido incompleto o, si se quiere, prudente. No se resolvía expresamente el destino de la ley posterior contraria al Derecho comunitario. Esto es, la norma comunitaria ejercía un efecto de bloqueo contra dicha ley, en la medida que neutralizaba sus efectos pero *no podía derogarla*. Esta situación de indefinición se prolongaría durante varios años mientras, paradójicamente, el TJCE seguía consolidando lo ya enunciado en materia de primacía.

En el asunto *Simmenthal II* (1978), el TJCE incorpora un nuevo elemento propio del principio de primacía al sentenciar que:

“en virtud del principio de la primacía del derecho comunitario, las disposiciones del tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen como efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros, no sólo hacer inaplicable de pleno derecho (...) toda disposición contraria de la legislación nacional existente, *sino también impedir la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con normas comunitarias*”. (11)

La solución dada por el TJCE al conflicto entre la norma comunitaria y una ley posterior contraria a favor de la primacía de la primera, se completa aquí con la prohibición expresa de los órganos legislativos locales de sancionar normas de contenido adverso al Derecho comunitario.

Con todo, quedaba pendiente para la jurisprudencia comunitaria europea, una solución clara y precisa para el caso de conflicto entre el Derecho comunitario y la Constitución de un Estado parte. Hasta el momento, la prevalencia del primero se infería de la frase “derecho interno” bajo la cual el TJCE agrupaba a todo el derecho infra-comunitario incluyendo la misma constitución. No existía ninguna indicación expresa del Tribunal en este sentido hasta que en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) (12), le toca entender en un conflicto directamente planteado entre disposiciones de unos reglamentos comunitarios y los principios de la Ley Fundamental de Bonn (1949). Sobre dicho conflicto se sostiene que:

“recurrir a reglas o nociones jurídicas de derecho nacional, para la apreciación de la validez de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, tendría por efecto atentar contra la unidad y la eficacia del derecho comunitario; que la validez de tales actos no puede ser apreciada sino en función del derecho comunitario (...) que, en consecuencia, *la invocación de atentados, sea a los derechos fundamentales tal como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio de este Estado*”. (13)

En el asunto *Nold II* (1974) (14), el TJCE interviene nuevamente en un conflicto entre normas del Derecho comunitario y principios constitucionales:

“En el ordenamiento jurídico comunitario, aparece como legítimo subordinar tales derechos [se refiere a los consagrados por las normas constitucionales alemanas] a algunos de los límites justificados en los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, de modo que no se lesionen la sustancia de los mismos derechos (párrafo 14)”.

(11) TJCE, *Simmenthal II*, sentencia de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77. La bastardilla me pertenece.

(12) TJCE, *Internationale Handelsgesellschaft*, sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70.

(13) TJCE, sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70. Sin resaltar en el original.

(14) TJCE, *Nold II*, sentencia de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73. La bastardilla me pertenece.

El principio de primacía, se observa, no solo es un principio fundante sino de *carácter absoluto*. El TJCE mantuvo este criterio en asuntos posteriores, así en el asunto *Comisión c. Italia* (1978) (15) y en el asunto *Comisión c. Bélgica* (1980) (16). En este último se afirmó que:

“Los Estados miembros no pueden invocar dificultades internas o normas de su orden jurídico nacional, incluso de naturaleza constitucional, para justificar la falta de observancia de las obligaciones y de los plazos resultantes de directivas comunitarias (párrafo 15)”.

Quedaba aún pendiente de solución por el TJCE —como ya se dijo— qué hacer con el Derecho nacional contrario al Derecho comunitario que no había sido aun derogado. Esta situación provocaba no pocos conflictos generando un caos normativo al coexistir, en un mismo ámbito de aplicación, normas con efectos no sólo diversos sino contradictorios. Finalmente, el TJCE establece la obligación de los poderes legislativo y ejecutivo, de *transformar la legislación nacional de acuerdo al Derecho comunitario*. En el asunto *Comisión c. Italia* (1986) (17) se afirma, por primera vez con claridad, la obligación de los Estados parte de derogar las normas internas contrarias a la norma comunitaria. No basta dejar inaplicada la ley o disposición reglamentaria nacional —jurisprudencia comunitaria habitual en la materia—, sino que hay obligación de eliminarla:

“el hecho de mantener sin cambios, en la legislación de un Estado miembro, un texto incompatible con una disposición del Tratado, aun directamente aplicable en el orden jurídico de los Estados miembros, *da lugar a una situación de hecho ambigua, manteniendo a los sujetos de derecho afectados en un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades que tienen de acudir al Derecho comunitario. Dicha situación constituye, por tanto, para el Estado en cuestión, una infracción de las obligaciones derivadas del Tratado (párrafo 11)* (18).

III. Las corrientes del pluralismo jurídico: el constitucionalismo multinivel

La consagración de la primacía del Derecho de la UE en términos absolutos nos coloca frente a un escenario donde actúan dos actores centrales: por una parte, los jueces constitucionales nacionales quienes hablan en esencia el lenguaje del derecho constitucional estatal, por lo tanto, hablan un lenguaje parcial; por la otra el TJUE —sucesor del TJCE— quien habla con la pretensión de un lenguaje transnacional esto es defendiendo la aplicación uniforme del Derecho de la UE según su propia interpretación. El *punto de ruptura* se presenta cuando la jurisprudencia constitucional, siempre desde una perspectiva teórica, niega —como de hecho sucede con algunos Tribunales— la posibilidad que el principio de supremacía constitucional pueda ser *desplazado* por el de primacía.

La situación de ruptura expuesta apunta a ser superada por una *dogmática constitucional pluralista*. Las teorías que aparecen en este ámbito se alejan sustancialmente de la *alternativa jerárquica* que impone una autoridad monista del Derecho de la UE y sus instituciones jurisdiccionales sobre el Derecho nacional, y viceversa. En este contexto el Derecho de la UE vendría a ser el producto del *diálogo* entre los actores de una amplia comunidad jurídica europea en la cual la opinión de algunos de esos actores puede incluso oponerse al TJUE. ¿Está este diálogo relacionado con una forma de pluralismo jurídico sobre el cual ha de basarse el ordenamiento jurídico europeo? O, ¿debe estar este ordenamiento jurídico sujeto a una organización jerárquica que garantice bien al TJUE bien a los Tribunales nacionales el papel de autoridad última a la hora de decidir los conflictos jurídicos en el seno de la comunidad jurídica europea? Los partidarios del pluralismo no dudan en la

(15) TJCE, *Comisión c. Italia*, sentencia de 11 de abril de 1978, asunto 100/77, especialmente párrafo 21. En este caso, frente al incumplimiento demandado por la Comisión, el gobierno italiano alegaba problemas internos tanto de orden político como jurídicos para adoptar las medidas necesarias para la transposición de las Directivas sobre unificación de unidades de medidas.

(16) TJCE, *Comisión c. Bélgica*, sentencia de 6 de mayo de 1980, asunto 102/79.

(17) TJCE, *Comisión c. Italia*, sentencia de 15 de octubre de 1986, asunto 168/85. El mismo criterio se repite en *Comisión c. Grecia*, sentencia de 14 de julio de 1988, asunto 38/87, especialmente párrafo 17.

(18) Sin resaltar en el original.

respuesta: la integración europea *ataca* esta concepción jerárquica del derecho (Poiars Maduro: 2003, 33-34).

Dentro del apuntado movimiento pluralista pueden distinguirse tres tendencias más o menos diferenciadas: el pluralismo radical abanderado por los defensores de la *teoría de la soberanía compartida*; la escuela del *contextualismo jurídico* encabezada por Weiler; y en tercer y último lugar, el *constitucionalismo multinivel* propuesto por Pernice. Observemos someramente que propone cada una de ellas.

La *teoría de la soberanía compartida* tiene su origen en un importante sector doctrinal del mundo anglosajón que ve en la actual forma de poder de la UE de soberanía mancomunada o compartida, un modelo de articulación constitucional para solucionar los conflictos nacionales y regionales de algunos Estados miembros. En sentido, Neil MacCormick, promueve que *la relación natural entre ordenamientos jurídicos dentro de un mismo sistema es la coexistencia no jerárquica, superpuesta e interactiva* (MacCormick: 1996, 25-31). En este esquema, los Tribunales Constitucionales nacionales y el TJUE tienen la última palabra a la hora de interpretar las cuestiones claves de sus respectivos ordenamientos, pero a la vez asumen que hay una cierta *indeterminación jurídica* en el conjunto que les obliga a tener en cuenta los discursos jurisprudenciales de otros actores y los principios constitucionales comunes del sistema del que forman parte. En cierto modo, cada ámbito constitucional e institucional, y esto también vale para cada Estado miembro en cuanto a su organización territorial interna, es materialmente soberano porque la cuestión de quién decide sobre la competencia de la competencia se deja *voluntariamente sin resolver*, algo que en la práctica parece ocurrir en los modelos federales que han precedido al proceso de integración europea (v. gr. EE.UU y Alemania).

Se ha hecho una reflexión crítica a lo anterior al afirmar que, colocar la solución a problemas jurídicos en el ámbito *del pragmatismo político*, que es lo que hace al fin y al cabo este enfoque, supone en realidad desplazar la legitimidad autónoma del proceso de integración europea hacia el ámbito intergubernamental y el consenso entre las partes interesadas, es decir, los Gobiernos nacionales (Bárcena, 2008, 99-100), con la consiguiente lesión al carácter supranacional del proceso.

El *contextualismo jurídico* patrocinado por Weiler sostiene, entre sus tesis centrales, que en la UE *ya funciona una forma concreta de constitucionalismo, aquel vinculado con la limitación del poder, y que por lo tanto no es necesario adoptar una Constitución formal. Esta teoría de sobre la constitución mínima* para Europa, al igual que el punto de vista de MacCormick, también está influido por el pensamiento político y jurídico anglosajón.

El supranacionalismo es aquí la expresión del proyecto comunitario de la integración europea, el principio normativo que limita los excesos del Estado-Nación y sus tradicionales abusos con respecto a la frontera. Por lo tanto, en el puro nivel estatal, el supranacionalismo sustituye la premisa de una mera sociedad internacional, por una comunitaria (Weiler: 1995, 184).

El *principio de tolerancia constitucional* es aquí el elemento explicativo de la disciplina constitucional europea, disciplina que no cuenta con el mismo tipo de autoridad que puede encontrarse en los Estados federales constitucionales sujetos al orden constitucional clásico (Weiler: 2002, 52). Cuando las normas del Derecho de la UE se imponen a las normas del Derecho nacional en conflicto, esta jerarquía no se basa en una jerarquía de autoridad legislativa, ni en una jerarquía del poder real: en efecto, el federalismo europeo —para esta tesis— está construido *con una jerarquía formal de normas que va de arriba abajo, pero con una jerarquía de autoridad y poder real que por el contrario iría de abajo a arriba*.

Que los Estados miembros hayan aceptado dejar sin valor real la supremacía formal y material de sus constituciones, sólo puede entenderse, según Weiler, por la existencia implícita del principio de tolerancia constitucional (Weiler: 2002, 65 y 67). Principio que en apretada síntesis sostiene que los *agentes constitucionales* del Estado miembro aceptan la disciplina constitucional europea “no porque al ser ésta materia de doctrina legal, como podría ser el caso del Estado federal, tengan que subordinarse a un órgano soberano y a una autoridad superior que aplican normas validadas por el pueblo

federal, el demos constitucional. Lo aceptan como un acto autónomo y voluntario de subordinación, en los distintos territorios gobernados por Europa, a una norma que es expresión de la suma de otras voluntades, otras identidades políticas, otras comunidades políticas” (Weiler: 2002, 69).

No muy lejos de las coordenadas teóricas del contextualismo jurídico, se sitúa la tendencia de más éxito del pluralismo jurídico europeo, el *constitucionalismo multinivel*. La mayor diferencia estriba en que para éste último la UE ya cuenta con una *constitución material*.

Para Pernice, principal exponente del enfoque multinivel, la UE y los Estados miembros son ante todo *comunidades constitucionales* (Pernice: 1999, 724). Partiendo de esta premisa se considera que el entretrejo de los ordenamientos estatal y de la UE ha alcanzado una dimensión tan profunda que el único concepto que puede responder adecuadamente a los problemas derivados de la falta de unidad, es el de *ordenamiento constitucional múltiple o constitución compuesta* (Pernice y Mayer: 2003). Esta concepción, como vemos, *entierra* —además de la clásica noción de poder constituyente y de la cuestión de legitimidad del poder que ella misma representa—, la caracterización de los ordenamientos jurídicos nacional-UE como ordenamientos autónomos.

La unión de constituciones se presenta como la reunión de los *Tratados fundacionales* y las constituciones de los Estados miembros en una *única constitución europea*. Ello implica que, a pesar de contar con dos niveles de intervención política y jurídica que se pretenden *autoreferenciales*, la constitución compuesta funda sus relaciones internas en el *principio de jerarquía funcional*, cuya interpretación y proyección procede siempre de la instancia común, es decir, el derecho y las instituciones europeas. Esta perspectiva lleva implícita un alto grado de construcción federal, expresión al mismo tiempo de una creciente homogeneidad de principios jurídicos y de valores democráticos en el espacio europeo.

El constitucionalismo multinivel entiende que si existe una constitución europea derivada de la complementariedad de los tratados y de las normas fundamentales de los Estados miembros, la defensa y la interpretación de esa Constitución corresponde a un *Tribunal Constitucional multinivel europeo*, formado por los Tribunales Constitucionales nacionales y el TJUE (Mayer: 2003, 60). En la estructura del constitucionalismo multinivel, el conflicto entre la supremacía de la constitución y la primacía del derecho de la UE, *se reconduce a través de la distinción entre la validez y la preferencia del derecho en sede comunitaria*: la primacía del derecho constitucional de la UE, implica relevancia, no suprallegalidad, por lo tanto debe de ser relacionada con el principio de competencia. En la medida en que los posibles conflictos entre ordenamientos se resuelven a través de criterios de aplicación preferente, la cuestión de la supremacía puede ser *eludida*, mantenida en el limbo de la dinámica autónoma del Derecho comunitario (Mayer: 2003, 61).

Las tesis del constitucionalismo multinivel han encontrado recepción en la jurisprudencia constitucional de algunos países en razón de su promovida cualidad de dejar a un lado el problema de la jerarquía normativa. A continuación analizamos puntualmente los casos de Francia y España.

IV. La decisión Nr. 2004-505 DC del Consejo Constitucional francés y la declaración Nr. 1/2004 del Tribunal Constitucional español

Quizás pocas oportunidades hayan sido tan propicias para que los jueces constitucionales saldaran, de una vez por todas, sus querellas con el TJUE como cuando tuvieron que resolver —en sendas consultas que activaron un control de constitucionalidad *a priori* del *non nato* Tratado constitucional europeo— sobre la compatibilidad del artículo I-6 de dicho tratado con el principio de supremacía constitucional. La norma preveía el siguiente texto:

“La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

La sangre, sin embargo, no llegó al río y ninguno de los Tribunales intervinientes optó por rechazar dicho artículo. En algunos Estados de la UE como Portugal, incluso, se llegó a reformar la constitución introduciéndose —mediante Ley Constitucional Nr. 1/2005 de 12 de agosto de 2005— al actual artículo

lo 8.4 que dispone que las disposiciones de los tratados vigentes en la UE y las normas emanadas de sus instituciones, “son aplicables en el orden interno, en los términos definidos por el Derecho de la Unión, con respeto a los principios fundamentales del Estado de derecho democrático”.

La doctrina portuguesa se ha apurado en descartar que el citado legitime una concepción de *primacía supraconstitucional* que convertiría en irrelevante desde el punto de vista jurídico cualquier situación de ofensa a la norma o principios constitucionales (Duarte: 2008, 288). Un límite similar de raíz constitucional lo encontramos en el artículo 94.3 de la constitución finlandesa, según el cual ninguna obligación internacional puede poner en peligro “los fundamentos democráticos de la Constitución”. Este artículo actúa como una *cláusula de limitación* que pareciera desempeñar una doble función: por una lado cumpliría la función de límite a la derogación de normas constitucionales —admitida en el ordenamiento finlandés a través de una ley aprobada con el mismo procedimiento previsto para la reforma constitucional (cfr. art. 73)— y, por el otro, constituiría un parámetro mediante el cual valorar la constitucionalidad del derecho supranacional.

Volviendo al citado artículo 6-1, al analizar su contenido el Consejo Constitucional francés (19) concluyó en que el mismo “no implica revisión de la Constitución”. Ello en virtud de que “no modificaba el alcance del principio de primacía del derecho de la Unión”, tal como resulta del artículo 88-1 (constitución francesa). Dicho en otras palabras, para el Consejo Constitucional el fundamento de la primacía del Derecho de la UE reposa en la propia fórmula constitucional de habilitación y tiene, por tanto, toda la fuerza de un mandato originado en el poder constituyente.

La doctrina francesa ha puesto de manifiesto que la jurisprudencia citada no hace otra cosa que consagrar la tesis de la *igualdad normativa* entre Constitución y Derecho supranacional. De modo que se pregunta sí, no es paradójico, afirmar que un tratado que sanciona la primacía del Derecho de la UE sobre las normas nacionales no contradice de ningún modo la constitución francesa, siendo así que, por una parte, y siempre según el Consejo Constitucional “la existencia y el lugar de la Constitución en la cima del orden jurídico interno no están afectados de ningún modo por este Tratado” y, por otra parte, precisamente de esta misma constitución, se desprende “el alcance del principio de primacía del derecho de la Unión” (Alberton: 2008, 212-215).

En España, por su parte, el Tribunal Constitucional declaró que la primacía consagrada por el citado artículo I-6 “no se afirma como superioridad jerárquica sino como una “exigencia existencial” de ese Derecho [se refiere al de la UE], a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados”. (20) Aludiendo a continuación a que el ámbito de aplicación de dicha primacía reconocida en el tratado en cuestión no es ajeno a las categorías constitucionales propias del derecho constitucional español, y concluye en una ingeniosa distinción entre “supremacía” y “primacía” propia del constitucionalismo multinivel.

Ambos conceptos —razona— son categorías que se desenvuelven en órdenes “diferenciados”. La primera, en el de la “aplicación de normas válidas”; la segunda, en el de los “procedimientos de formación”. La supremacía, se sustenta así en el “carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla”. La primacía, en cambio, “no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía, salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, *su propio desplazamiento o inaplicación*”. (21)

(19) Consejo Constitucional francés, Tratado mediante el cual se establece una constitución para Europa, decisión de 19 de noviembre de 2004, Nr. 2004-505 DC.

(20) Tribunal Constitucional español, declaración Nr. 1/2004 de 13 de diciembre de 2004, fundamento jurídico 3.

(21) Sin resaltar en el original.

La supremacía de la constitución española es, pues, concluye el Tribunal constitucional, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional “siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto”, que es lo que ocurre exactamente con la fórmula habilitante contenida en el artículo 93 (constitución española). En suma, la “Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio” (22)

La cuestión clave, ha expresado la doctrina española, es la de garantizar la convivencia armónica de los niveles, sin renunciar al principio de autonomía constitucional propio de la condición de todo Estado. La realidad es que en la articulación de la Constitución nacional con la Constitución europea, el Tribunal constitucional ha optado por un modelo de Constitución residual en que las garantías últimas se buscan, no en la propia Constitución nacional (autonomía constitucional), que no las contiene, sino en la Constitución europea que, en definitiva, se convierte en la garantía última de nuestra constitucionalidad. El resultado de este modelo “lleva a la aplicación de la Constitución sólo allí donde no se ve desplazada, lo cual no es tan grave por sí mismo, sino porque las garantías no están en la propia Constitución” (Cascajo Castro: 2005, 7475).

En el constitucionalismo multinivel, tanto el derecho nacional como el europeo asumen en su lógica interna el *papel de derecho superior*. En este sentido, la cuestión de la competencia de la competencia tiene respuestas distintas en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el europeo, y cuando se contempla desde una perspectiva externa a los ordenamientos jurídicos nacionales y de la UE, “requiere una concepción del derecho que no dependa de una estructura jerárquica y una concepción de la soberanía como única e indivisible” (Poiars Maduro: 2003, 34).

En la actualidad, el *Tratado de Lisboa* (2007) reconoce expresamente la primacía en la Declaración Nr. 17 titulada “Declaración relativa a la primacía” (23) dando continuidad a la cuestión planteada. (24)

V. Conclusiones

El constitucionalismo multinivel no desconoce el problema de la jerarquía normativa, simplemente promueve dejarlo de lado. Paradójicamente, actuando de este modo, cabe preguntarse si no propone una solución a un problema en el mismo momento que se decide ignorar su existencia. Si no existe el problema ¿es necesaria una solución? Si constitución y Derecho de la UE pertenecen a niveles distintos, no es posible entonces que entre en conflicto. Sin embargo, la práctica de la integración europea demuestra lo contrario.

Existe un determinado elemento voluntarista en el razonamiento que “pretende casar la idea de una norma constitucional suprema pero potencialmente inaplicable, intangible pero desplazable, con rango político del poder último de los Estados y a la vez integrada. Así formulada, parece una cuestión semejante a la de la cuadratura del círculo, sobre la que todos están de acuerdo en que se debe resolver” (Cascajo Castro: 2005, 75).

Bibliografía

ALBERTON, Ghislaine, “Francia”, en *Justicia constitucional y Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, 179-215.

(22) Tribunal Constitucional español, declaración Nr. 1/2004 de 13 de diciembre de 2004, fundamento jurídico 3.

(23) Allí se expresa que la Conferencia Intergubernamental: “recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia”.

(24) Véase, entre otros, Tribunal Constitucional polaco, Decisión marco sobre la euro orden, sentencia de 11 de abril de 2005, y Tratado de adhesión, sentencia de 11 de mayo de 2005; o bien Tribunal Constitucional Checo, Tratado de Lisboa I, sentencia Nr. 19/08 de 26 de noviembre de 2008.

ALONSO GARCIA, Ricardo, Derecho comunitario, derecho nacionales y derecho común europeo, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1989.

BARCENA, Josu de Miguel, "Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Núm. 9, enero junio 2008.

CASCAJO CASTRO, José Luis, "Integración europea y constituciones nacionales", en Revista d'estudis autonòmics federals, Núm. 13, 2005.

DIEZ-MORENO, Fernando, Manual de la Unión Europea, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1996.

DUARTE, María Luisa, "Portugal", en Justicia constitucional y Unión Europea, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, 259-286.

MAYER, F., "The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system", Harvard Jean Monnet Chair Working Papers, n° 9, 2003, <http://www.jeanmonnetprogram.org>

PERNICE, I. y MAYER, F. C., "La costituzione integrata. dell'Europa", Walter Hallstein Institut Paper, 7/03, 2003, <http://www.whi-berlin.de>

PERNICE, I., "Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?", Common Market Law Review, vol. 36, n° 4, 1999.

PIZZOLO Calogero, Derecho e integración regional, Buenos Aires, Ediar, 2010.

PIZZOLO Calogero, Globalización e integración. Ensayo de una Teoría General, Buenos Aires, Ediar, 2002.

POIARES MADURO, M., "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea", en Revista de Estudios Políticos, n° 119, 2003.

RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, "Tribunales constitucionales y derecho comunitario", en Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez De Velasco, Madrid, Tecnos, 1993.

WEILER, J.H.H., "Federalismo y constitucionalismo: el Sonderweg de Europa", en Revista de Occidente, n° 249, 2002.

WEILER, J.H.H., Europa, fin de siglo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995.

Derecho de Minería y Energía

Análisis del sistema argentino de interconexión

POR **CARLOS ABERTO VILULLA** (*)

Sumario: I. Objetivos. — II. Conclusiones. — III. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo analiza la formación y actual base normativa de la originaria Red Nacional de Interconexión (RNI), hoy Sistema Argentino de Interconexión (SADI) haciendo referencia a los textos legales a partir de los cuales se le dio nacimiento, hasta los actuales, modificados en la década del 90 para poder reconvertir su funcionamiento al nuevo esquema económico neoliberal. Se estudian en él, las modificaciones realizadas por la última legislación sobre el manejo técnico y administrativo del mismo, la aparición de nuevas autoridades como el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (E.N.R.E...) y la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (C.A.M.M.E.S.A.). También se examina, aunque en forma somera, las distintas maneras existentes para que sus actores compren y vendan energía eléctrica, como también el procedimiento y los requisitos para determinar que generador va a ingresar su carga en el sistema al detectarse un aumento en la demanda.

Palabras clave: Electricidad - Mercado - Regulación - Organismos

Abstract

This paper analyzes the current training and normative basis of the original National Interconnect Network (RNI), today Argentine Interconnection System (SADI) with reference to legal texts from which gave birth to the current, modified in the 90 to convert its operation to the new economic neoliberal. We study it, the amendments made by the latest legislation on technical and administrative management of it, the emergence of new authorities and the National Regulatory Authority for Electricity (ENRE.) and the Company Wholesale Electricity Market Management Company (CAMMESA). It also examines, albeit brief, the existing ways to make your players buy and sell electricity, as well as the procedure and requirements to determine which generator will be entering its load on the system to detect an increase in demand.

Key words: Electricity - Market - Regulation - Agencies

I. Objetivos

El presente trabajo pretende analizar la formación y actual base normativa de la originaria Red Nacional de Interconexión (RNI), hoy Sistema Argentino de Interconexión (SADI) haciendo referencia a los textos legales a partir de los cuales se le dio nacimiento, hasta los actuales, modificados en la década del 90 para poder reconvertir su funcionamiento al nuevo esquema económico neoliberal.

Este proceso de transformación, no sólo está basado en la privatización de la actividad de los distintos actores del Mercado Eléctrico Mayorista, sino además en un cambio en toda la estructura de dirección, control y programación del Sistema Argentino de Interconexión.

Se desarrollan los cambios efectuados sobre la Ley Nacional 15.336, que plantea la base jurídica del sistema, por medio de la Ley Nacional 24.065, que complementa y modifica a la anterior, junto a su Decreto Reglamentario, el decreto de creación de la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima y su conjunto de normas y funcionamiento establecidos a través de "Los Procedimientos", elaborados por la misma compañía administradora.

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho de Minería y Energía, Cátedras I y II. Secretario del Instituto de Derecho de Minería y Energía. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

También se tendrá en cuenta la participación del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, creado en el artículo 54 de la Ley 24.065 como Ente de regulación y control de la actividad eléctrica.

Estos cambios, a veces muy profundos, obligan a hacer mención a la forma, a veces técnica, que se ha elaborado para que el Sistema Argentino de Interconexión permanezca equilibrado, y toda el área geográfica, que el mismo cubre, se mantenga abastecida de energía eléctrica. También se desarrollarán, aunque someramente, las distintas formas que los actores de este mercado tienen para comprar la energía y el orden en que los generadores ingresan al sistema para abastecer el aumento de la demanda.

Como otros trabajos ya publicados, el presente está dirigido a la formación objetiva de los alumnos de grado, motivo por el cual se ha tratado de evitar la inclusión de opiniones personales vinculadas con esta transformación y con los efectos que la misma ha tenido en sus más de veinte años de existencia.

El Marco Regulatorio de la actividad eléctrica, vigente desde 1991, introdujo algunas innovaciones en el armado del Mercado Eléctrico Mayorista, en lo referido a compraventa de energía en bloque, manteniendo algunas pautas de funcionamiento originadas en los inicios de la creación del Sistema Interconectado Nacional. El objeto de este trabajo es analizar cómo se realiza esta operatoria, quién la lleva adelante y de qué forma se realiza el ingreso al mercado de los generadores con el fin de mantener el equilibrio de la oferta y la demanda de energía eléctrica en forma constante. Para ello es importante hacer referencia a la forma en que este sistema se desarrolla sobre el territorio nacional.

La historia del Sistema Interconectado Nacional nace el 14 de febrero de 1947 cuando se dicta el Decreto N° 3.967 que creó la Dirección General de Agua y Energía Eléctrica, como fusión de la Dirección General de Centrales Eléctricas del Estado y la Dirección General de Irrigación. Con posterioridad a este hecho el Dec. 9932 del 16 de abril de 1947 determinó las funciones de la Dirección de Agua y Energía Eléctrica y en su artículo 2º, inciso c estableció entre sus funciones "(...) el estudio, proyecto, ejecución y explotación de centrales eléctricas, medios de transmisión, estaciones transformadoras y redes de distribución para la venta de energía eléctrica (...)"

Es importante aclarar que nuestro país tuvo una visión integral y unificada de los sistemas eléctricos que lo surcan desde el 22 de septiembre de 1960 cuando se publica en el Boletín Oficial de la Nación la Ley 15.336, "Régimen Jurídico de la Energía Eléctrica".

La norma en cuestión es el primer marco regulatorio eléctrico que considera al país en general, que lo abarca en su totalidad geográfica, ya que las leyes anteriores habían sido sancionadas para resolver problemáticas de carácter local como la Ley 14.772, sólo destinada a resolver el conflicto con la CADE y la CEP, por lo que su ámbito geográfico de aplicación estaba limitado a la ciudad de Buenos Aires y los partidos de la Provincia mencionados en el artículo 1º. (1)

De esta forma la Ley 15.336 establece las bases regulatorias de la incipiente Red Nacional de Interconexión en un conjunto de artículos que pasaremos a detallar a efectos de profundizar este examen.

En este sentido, la ley, en su artículo 35 define los sistemas eléctricos de la siguiente forma:

a) Sistemas Eléctricos Nacionales (SEN), las centrales, líneas y redes de transmisión y distribución y obras e instalaciones complementarias (sin distinción de las personas jurídicas públicas o privadas a quienes pertenezcan), sometidas a la jurisdicción nacional;

(1) El artículo 1º de la ley 14.772 sostiene: "Decláranse de jurisdicción nacional y sujetos a las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo de la Nación, los servicios públicos de electricidad interconectados que se prestan en la Capital Federal y en los siguientes partidos de la Provincia de Buenos Aires: Almirante Brown, Avellaneda, Berisso, Brandsen, Cañuelas, Ensenada, Esteban Echeverría, Florencio Varela, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Magdalena, Quilmes, San Vicente, Vicente López, General Las Heras, San Isidro, La Matanza, Tigre, General San Martín, Merlo, Morón, San Fernando, Moreno, Pilar, General Sarmiento, General Rodríguez y Marcos Paz."

- b) Sistemas Eléctricos Provinciales (SEP), las centrales, líneas y redes de jurisdicción nacional;
- c) Sistemas Eléctricos del Estado (SEE), las centrales, líneas y redes de transmisión y obras e instalaciones complementarias de propiedad del Estado Nacional, o que el administra o explota;
- d) Red Nacional de Interconexión (RNI). Al conjunto de sistemas eléctricos nacionales interconectados.

Es importante destacar en este punto que la Red Nacional de Interconexión se integraría con el conjunto de Sistemas Eléctricos Nacionales Interconectados. Éstos, a su vez, podrían estar formados por anteriores Sistemas Eléctricos del Estado o Sistemas Eléctricos Provinciales, ya que sólo su interconexión los convertiría en un Sistema Eléctrico Nacional, como se establece en el artículo 6 de la Ley 15.336 de la siguiente forma: “Declarase de jurisdicción nacional la generación de energía eléctrica, cualquiera sea su fuente, su transformación y transmisión, cuando:

- e) En cualquier punto del país integren la Red Nacional de Interconexión.”

Esto habilitó la posibilidad de poder aprovechar algunos sistemas eléctricos originariamente hechos por las provincias para hacerlos participar de la formación de la Red Nacional de Interconexión y de esa forma extender la misma y someterla en su totalidad a la jurisdicción nacional, es decir al control por parte del Estado Nacional.

Luego el régimen jurídico eléctrico establece quiénes tendrán a cargo la planificación y el armado de la red de interconexión Nacional al sostener en su artículo 36 que:

“La Secretaría de Energía y Combustibles, con intervención del Consejo Federal de la Energía Eléctrica, tendrá a su cargo la planificación y coordinación de las obras y servicios integrantes de la Red Nacional de Interconexión y la determinación de las centrales, líneas, redes de transmisión y distribución y obras e instalaciones complementarias que integran necesaria y racionalmente la misma, cuya aprobación será efectuada por el Poder Ejecutivo (...)”

La Secretaría de Energía y Combustibles, junto al Consejo Federal de la Energía Eléctrica determinarán el armado, la forma y los integrantes del Sistema nacional interconectado, estructura que requería la aprobación del Poder Ejecutivo Nacional. La ley 15.336, crea en su artículo 24 (2) el Consejo Federal de la Energía Eléctrica, al que hace depender de la Secretaría de Energía y Combustibles y al que le otorga, entre otros fines, el de “(...) Considerar y coordinar los planes de desarrollo de los sistemas eléctricos del país y someterlos a la aprobación de los respectivos poderes jurisdiccionales.” Respecto de la importancia del Consejo Federal es necesario destacar su integración, ya que por aplicación del artículo 25 contará con representantes de todas las jurisdicciones para poder interpretar las necesidades planteadas en cada lugar del país con relación a la creación, modificación o interconexión de los sistemas eléctricos. Para asegurar esta interpretación, el artículo 25 establece:

“El Consejo Federal de la Energía Eléctrica estará constituido por:

- a) El Secretario de Energía y Combustibles, que lo presidirá, o él subsecretario en su reemplazo;
- b) Un representante de la Secretaría de Energía y Combustibles que será designado por él Poder Ejecutivo;

(2) “Art. 24.- Créase el Consejo Federal de la Energía Eléctrica, dependiente de la Secretaría de Energía y Combustibles, la que reglamentará su funcionamiento. El Consejo Federal de la Energía Eléctrica cumplirá los siguientes fines: a) Considerar y coordinar los planes de desarrollo de los sistemas eléctricos del país y someterlos a la aprobación de los respectivos poderes jurisdiccionales; b) Actuar como consejo asesor y consultor del Poder Ejecutivo nacional y de los gobiernos de las provincias que lo requieran, en todo lo concerniente a la industria eléctrica y a los servicios públicos de electricidad; las prioridades en la ejecución de estudios y obras; a las concesiones y autorizaciones; y a los precios y tarifas para la industria eléctrica y los servicios públicos de electricidad; c) Aconsejar las modificaciones que requiera la legislación en materia de industria eléctrica; d) Proponer las disposiciones que considere necesarias para la mejor aplicación de la presente ley y de su reglamentación.”

c) El presidente del directorio de Agua y Energía Eléctrica, empresa del Estado;

d) Un representante y un suplente por cada provincia designado por el Poder Ejecutivo, a propuesta de los respectivos gobiernos locales;

e) Un representante de la Capital Federal y Territorio de Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur, que nombrará el Poder Ejecutivo.

El Poder Legislativo nacional podrá designar de entre sus miembros tres por la Cámara de Senadores y tres por la Cámara de Diputados, que podrán participar en las reuniones del consejo.”

Así se dejaba asegurado que el estado nacional, por medio de la Secretaría de Energía, no iba a armar solo, según el criterio imperante en la metrópolis, el mapa del Sistema de Interconexión, sino que el mismo sería diseñado teniendo en cuenta la opinión y las necesidades de cada una de todas nuestras provincias. Se trataría así de una decisión de real carácter federal.

Llegada la década de los noventa, se profundiza en nuestro país el modelo económico liberal impuesto en la última dictadura. Esta situación tendrá como efecto principal la más devastadora reforma del anterior estado de bienestar para transformarlo en un “estado desertor”, que en muy poco tiempo se irá desprendiendo de todas sus funciones y actividades, en especial de las de control y policía, para permitir el ingreso de la actividad privada en áreas recientemente desreguladas por aplicación de las políticas neoliberales. Para poder pasar a manos privadas todo lo que el estado había construido durante décadas, se sancionó la ley 23.696 o ley de “Reforma del Estado” que permitió la desintegración horizontal y vertical de las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica generando la necesidad de la sanción de un nuevo marco regulatorio. El resultado final fue la Ley 24.065 que modifica y complementa a la Ley 15.336, La nueva norma regula del artículo 1 al 53, inclusive, el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) y del artículo 54 en adelante se ocupa de la actividad del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (E.N.R.E.), básicamente.

En función de estas ideas, el artículo 3º establece para el transporte y la distribución, luego de categorizar ambas etapas como servicio público de electricidad en el artículo 1º, lo siguiente:

“El transporte y la distribución de electricidad deberán prioritariamente ser realizados por personas jurídicas privadas a la que el Poder Ejecutivo les haya otorgado las correspondientes concesiones de conformidad con las disposiciones de las leyes 15.336, 23.696 y de la presente ley.

El Estado por sí, o a través de cualquiera de sus entes o empresas dependientes, y a efectos de garantizar la continuidad del servicio, deberá proveer servicios de transporte o distribución en el caso en que, cumplido los procedimientos de selección referidos en la presente ley, no existieron oferentes, a los que puedan adjudicarse las prestaciones de los mismos”.

Resulta claro que, a pesar de que el primer párrafo dice “prioritariamente”, el servicio de transporte y distribución debe ser ejercido por personas privadas y por el estado sólo en los supuestos en que la licitación sea declarada desierta, sin importar, para el caso de único oferente, sus capacidades técnicas y financieras como se desprende del texto del segundo párrafo.

En el Capítulo IX, artículo 35 la ley 24.065 hace referencia al Mercado Eléctrico Mayorista de la siguiente manera:

“El despacho técnico del Sistema Argentino de Interconexión (SADI), estará a cargo del Despacho Nacional de Cargas (DNDC), órgano que se constituirá bajo la forma de una sociedad anónima cuyo capital deberá estar representado por acciones nominativas no endosables y cuya mayoría accionaria estará, inicialmente, en la cabeza de la Secretaría de Energía, y en el que podrán tener participación accionaria los distintos actores del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM). La participación estatal, inicialmente mayoritaria, podrá ser reducida por el Poder Ejecutivo hasta el diez por ciento (10%) del capital social, no obstante este porcentaje deberá asegurarle la participación y poder de veto en el directorio.

La Secretaría de Energía determinará las normas a las que se ajustará el DNDC para el cumplimiento de sus funciones, las que deberán garantizar transparencia y equidad de las decisiones, atendiendo a los siguientes principios:

a) Permitir la ejecución de los contratos libremente pactados entre las partes, entendiendo por tales a los generadores (con excepción de aquellos comprendidos en el artículo 1º de la ley 23.696 y la parte argentina de los entes binacionales), grandes usuarios y distribuidores (mercado a término);

b) Despachar la demanda requerida, en base al reconocimiento de precios de energía y potencia que se establecen en el artículo siguiente, que deberán comprometerse explícitamente a aceptar lo actores del mercado, para tener derecho a suministrar o recibir electricidad no pactada libremente entre las partes.”

Dentro del Sistema Argentino de Interconexión es donde va a tener lugar el nuevo Mercado Eléctrico Mayorista que desde la sanción de la Ley 24.065 estará dividido en tres partes:

1) Mercado a Término o Mercado a Futuro: Este mercado prevé la celebración de contratos de suministro de energía a mediano y largo plazo entre los generadores y los distribuidores o grandes usuarios. De esta manera a través de instrumentos de naturaleza jurídico financiera los actores del MEM pueden pactar en forma libre las condiciones de calidad, cantidad, tiempo y precio del suministro. Así, los distribuidores o grandes usuarios pueden mantener esas condiciones durante un período de tiempo, haciendo estables sus economías y el generador se asegura que una de sus máquinas producirá ganancias durante el mismo período de tiempo. También pueden celebrarse contratos de reserva fría en donde lo que se contrata es la disponibilidad de una máquina que se mantiene parada, sin funcionar, de ahí su nombre de contrato de reserva fría, para abastecer al gran usuario ante la ocurrencia de un hecho aleatorio.

Por último están los contratos de potencia firme vinculados al intercambio energético con países extranjeros.

2) Mercado spot: Este mercado funciona generalmente ante la insuficiencia del abastecimiento efectuado por medio del mercado a término, en cual se contratan cantidades de suministro teniendo en cuenta promedios de consumo que pueden ser alterados por distintas situaciones, por ejemplo, cambios climáticos o aumentos no calculados en la demanda de un producto. Ante estas situaciones el consumo aumenta imprevistamente y la energía contratada no alcanza a cubrir las necesidades del mercado. Para que no falte el suministro se ha ideado el sistema basado en un pool de oferentes, generadores y de demandantes, distribuidores y grandes usuarios administrado por CAMMESA que ejerce las funciones de despacho central de energía. También se encuentran en este mercado todos los actores de la ley que puedan comprar y vender energía que no formen parte del mercado a término

3) Un Sistema Estabilizador Trimestral: dedicado a las compras que realizan los distribuidores en el ámbito del Mercado Spot, para salvar las diferencias de precios cuando el monto, basado en el precio estacional que pagan los distribuidores es inferior al precio spot.

Según se explica en “Los Procedimientos” elaborados anualmente por CAMMESA estas diferencias serán absorbidas por un sistema de estabilización de precios basado en la existencia de un fondo de depósito transitorio denominado FONDO de ESTABILIZACIÓN. En este fondo se depositarán los montos que se produzcan aquellos meses en los cuales los resultados derivados de aplicar el sistema de precios estacionales arrojen un saldo positivo respecto de los del Mercado Spot. A su vez, aquellos meses en los cuales los resultados se den a la inversa, este fondo proveerá los recursos financieros necesarios para completar el monto acreedor de los vendedores. (Barreiro, 202:601)

En los temas que nos ocupan la ley 24.065 derogó desde el inciso “e” hasta el “h” del artículo 37 y todo el artículo 38 aplicando las doctrinas económicas imperantes en la actividad eléctrica como a continuación detallaremos.

El artículo 37 de la Ley 15.336 hacía referencia al ejercicio del control de la actividad eléctrica en todas sus etapas y a las funciones a cargo de la Secretaría de Energía de la siguiente forma:

“Todas las funciones y atribuciones de gobierno, inspección y policía, en materia de generación, transformación, transmisión y distribución de la energía eléctrica de jurisdicción nacional, serán ejercidas por la Secretaría de Energía y Combustibles, la que tendrá a su cargo:

a) Promover el desarrollo integral y racional funcionamiento de los Sistemas Eléctricos Nacionales (SEN), mediante la interconexión de las centrales y redes de jurisdicción nacional;

b) Asegurar la libre circulación y distribución de la energía eléctrica en todo el territorio de la Nación;

c) Mantener actualizado el inventario de las fuentes de energía, el catastro de las utilidades y la estadística de la industria eléctrica en todos sus aspectos;

d) Asesorar al Poder Ejecutivo con relación al otorgamiento de las concesiones y autorizaciones para la utilización de las fuentes de energía eléctrica y para la instalación de centrales y redes de jurisdicción nacional;

e) Ejercer las funciones de policía de seguridad técnica de los sistemas a los que se refieren los incisos a), b), c), y d) del artículo 35 y de inspección técnica contable sobre las instalaciones, funcionamiento y régimen tarifario de ellas.

f) Impartir las normas técnicas y disposiciones necesarias para el funcionamiento y operación de los servicios de jurisdicción nacional, de acuerdo con los principios de la presente ley y de los reglamentos que se dicten para su aplicación;

g) Someter a aprobación del Poder Ejecutivo, las tarifas y precios de compra y venta de la energía a los productores y a los distribuidores de la Red Nacional de Interconexión (RNI) y servicios públicos de jurisdicción nacional;

h) Reglamentar el funcionamiento de los Sistemas Eléctricos nacionales (SEN), incluida la Red Nacional de Interconexión (RNI), con aprobación del Poder Ejecutivo.”

Hasta el inciso “d”, inclusive la actividad encargada a la Secretaría de Energía persiste casi en su totalidad, sin considerar el encabezado, pero las que continuaban en el resto de los incisos han sido modificadas por la ley posterior. El sistema actual, otorga las funciones de control al Ente Nacional Regulador de la Electricidad, tal lo que se establece en el artículo 56, inciso “b” y “d” que expresan lo siguiente:

“b.- Dictar reglamentos a los cuales deberán ajustarse los productores, transportistas, distribuidores y usuarios de electricidad en materia de seguridad, normas y procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores, de interrupción y reconexión de los suministros, de acceso a inmuebles de terceros y de calidad de los servicios prestados (...);”

“d Establecer las bases para el cálculo de las tarifas de los contratos que otorguen concesiones a transportistas y distribuidores y controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes concesiones y con las disposiciones de esta ley.”

La función más importante del ENRE, entonces, es la regulatoria. A partir de ella el ente dicta los reglamentos para determinar de que forma cada integrante del Mercado Eléctrico Mayorista debe prestar su servicio, es decir, realizar su tarea.

A nuestro juicio esta función de regulación es la que le otorga la de control del cumplimiento de la misma, mencionada en la ley modificada como “policía de seguridad técnica “. Por ese motivo hoy le competen las antiguas funciones de control que el inciso “e” del artículo 37 de la Ley 15.336 le asignaba a la Secretaría de Energía y Combustibles de la Nación.

Continuando el estudio de la ley originaria es de suma importancia lo preceptuado por el artículo 38 respecto a la actividad de Agua y Energía Eléctrica y el despacho de cargas que fuera también derogado por Ley 24.065. El texto decía:

“El despacho de cargas en la Red Nacional de Interconexión y el manejo y funcionamiento de los Sistemas Eléctricos del Estado estarán a cargo de Agua y Energía Eléctrica, Empresa del Estado, la que a dichos efectos, sin perjuicio de las facultades que le confiere su estatuto orgánico, tendrá las siguientes atribuciones:

a) Comprar la energía eléctrica a las centrales integrantes de la Red Nacional de Interconexión y atender a su comercialización mediante la venta a las empresas u organismos prestatarios de servicios públicos de electricidad, y a las grandes industrias;

b) Establecer anualmente el régimen de funcionamiento de cada central integrante de la Red Nacional de Interconexión;

c) Impartir las órdenes necesarias para el despacho de cargas, de acuerdo con las normas preparadas por la Secretaría de Energía y Combustibles.

Los Sistemas Eléctricos Provinciales a que se refiere el artículo 35, inciso b), podrán conectarse a la Red Nacional de Interconexión si desean recibir o entregar energía por dicha red. A tal efecto la autoridad provincial respectiva y Agua y Energía Eléctrica, Empresas del estado, acordarán las condiciones de la operación y régimen del mutuo servicio, a los efectos del despacho de carga.”

El resto de la normativa en análisis hace mención a cuestiones de índole patrimonial y financiera, cuyo tratamiento excede el marco del presente estudio.

Por su parte el artículo 35 de la ley complementaria establece algo de suma importancia y que explica la derogación de los incisos “f” y “g” del artículo 37 de la Ley 15.336 a saber:

“El despacho técnico del Sistema Argentino de Interconexión (SADI), estará a cargo del Despacho Nacional de Cargas (DNDC), órgano que se constituirá bajo la forma de una sociedad anónima cuyo capital deberá estar representado por acciones nominativas no endosables y cuya mayoría accionaria estará, inicialmente, en la cabeza de la Secretaría de Energía, y en el que podrán tener participación accionaria los distintos actores del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM). La participación estatal, inicialmente mayoritaria, podrá ser reducida por el Poder Ejecutivo hasta el diez por ciento (10%) del capital social, no obstante este porcentaje deberá asegurarle la participación y poder de veto en el directorio.

La Secretaría de Energía determinará las normas a las que se ajustará el DNDC para el cumplimiento de sus funciones, las que deberán garantizar transparencia y equidad de las decisiones, atendiendo a los siguientes principios:

a) Permitir la ejecución de los contratos libremente pactados entre las partes, entendiendo por tales a los generadores (con excepción de aquellos comprendidos en el artículo 1º de la ley 23.696 y la parte argentina de los entes binacionales), grandes usuarios y distribuidores (mercado a término);

b) Despachar la demanda requerida, en base al reconocimiento de precios de energía y potencia que se establecen en el artículo siguiente, que deberán comprometerse explícitamente a aceptar lo actores del mercado, para tener derecho a suministrar o recibir electricidad no pactada libremente entre las partes”

Continuando con este criterio el Decreto Nacional 1192 del año 1992 crea la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CMMESA), de esta manera:

“Dispónese la constitución de la Sociedad Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CMMESA) a los fines de cumplimentar lo dispuesto por el artículo 35 de

la ley 24.065". Además, el artículo 9 postula: "Determinase que el ORGANISMO ENCARGADO DEL DESPACHO a que se refiere el Artículo 9º de la Resolución ex-S. S. E. E. N° 38 del 19 de julio de 1991, perteneciente a AGUA Y ENERGÍA ELÉCTRICA SOCIEDAD DEL ESTADO, constituye una unidad de negocio independiente y que por lo tanto dicha empresa debe transferir tal unidad de negocio al ESTADO NACIONAL (MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS – SECRETARÍA DE ENERGÍA ELÉCTRICA) sin cargo alguno, sin perjuicio de adoptar las medidas que estatutariamente corresponden para acreditar y registrar la baja patrimonial que se dispone.

Facúltase a la SECRETARÍA DE ENERGÍA ELÉCTRICA a determinar los bienes correspondientes a la unidad de negocio referida en el párrafo precedente y a disponer su transferencia a COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELÉCTRICO SOCIEDAD ANÓNIMA (CAMMESA), bienes que se autoriza a dar en uso y goce como prestación accesoria de las acciones Clase A propiedad del ESTADO NACIONAL en los términos del Artículo 50 de la Ley N° 19.550 (t.o. Decreto N° 841/84) mediando el pago de una remuneración anual equivalente al valor de las amortizaciones que contablemente se establezcan en función de los valores asignados a los bienes integrantes de la prestación accesoria antedicha, según tasación realizada por el BANCO NACIONAL DE DESARROLLO con fecha 24 de diciembre de 1991, cuyo valor se tomará como valor de incorporación al patrimonio del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS – SECRETARÍA DE ENERGÍA ELÉCTRICA."

El Decreto en análisis posee un anexo en cuyo artículo 3º se establecen las funciones de la Sociedad Anónima:

"La Sociedad tiene por objeto:

I) El despacho técnico del Sistema Argentino de Interconexión (SADI) de acuerdo a lo previsto por la Ley 24.065 y sus normas complementarias y reglamentarias. A estos fines, tendrá a su cargo: (a) determinar el despacho técnico y económico del SADI, (Sistema Argentino de Interconexión) propendiendo a maximizar la seguridad del sistema y la calidad de los suministros y a minimizar los precios mayoristas en el mercado horario de energía (Mercado Spot) ; (b) planificar las necesidades de potencia y optimizar su aplicación conforme reglas que fije de tiempo en tiempo la Secretaría de Energía Eléctrica; supervisar el funcionamiento del mercado a término y administrar el despacho técnico de los contratos que se celebren en dicho mercado.

II) Representaciones, Mandatos y Comisiones: Podrá actuar como mandatario de los diversos actores del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) y/o cumplir las comisiones que aquellos le encomienden en lo relativo a la colocación de la potencia y la energía; satisfacción de las curvas de cargas a los distribuidores y organización y conducción del uso de las instalaciones de transporte del Mercado Spot; las gestiones de cobro y/o pago y/o acreditaciones de las transacciones que se celebren entre los diversos actores del MEM, incluyendo aquellas operaciones en las que la Sociedad actúe en nombre propio. A esos fines, la Sociedad podrá actuar como agente de comercialización de la energía y potencia proveniente de importaciones y de emprendimientos binacionales, realizará el cálculo de las transacciones económicas y producirá la información necesaria para la facturación respectiva de los actos y operaciones que se realicen en el Mercado Spot del MEM.

III) Compra y Venta de Energía: La compra y venta de energía eléctrica desde o al exterior, realizando las operaciones de importación/exportación consecuentes, así como la generada por entes binacionales.

IV) Servicios y Consultoría: La prestación de servicios relacionados con las actividades aludidas en los Párrafos I, II y III y en particular, sin que ello implique limitación, proveer servicios de consultoría en las áreas antedichas. Para el cumplimiento de su objeto social (el cual no perseguirá fines de lucro sino el objetivo de lograr el máximo abaratamiento del precio de la energía eléctrica y el cumplimiento de las funciones que le corresponden conforme el Artículo 35 de la Ley N° 24.065 sus normas reglamentarias, complementarias y/o substitutivas que se dicten), la Sociedad podrá realizar todos los actos y celebrar todos los contratos que sean correspondientes cuidando en todo momento

de propender a garantizar la transparencia y equidad en las decisiones que afecten al MEM, permitiendo y facilitando la ejecución de los contratos libremente pactados entre las partes en el Mercado a término y despachando la demanda de potencia y energía requerida en base al reconocimiento de precios de energía y potencia que se establecerán conforme las pautas de las disposiciones legales y reglamentarias que afecten la actividad de generación, distribución y transporte de energía eléctrica. A todos los fines antedichos, la Sociedad tiene plena capacidad legal para adquirir derechos, contraer obligaciones y llevar a cabo todos los actos no prohibidos por las leyes o por estos estatutos”.

El anexo del Decreto en estudio concede al Mercado Eléctrico mayorista su forma actual. Al referirse a que CAMMESA hará el Despacho Técnico, en el primer inciso del artículo 3, atribuye a la sociedad la función que antiguamente tenía Agua y Energía Eléctrica cuando manejaba el Despacho de Cargas.

Cuando se habla de Despacho de Cargas, entonces, se está haciendo referencia al sistema físico por el cual la electricidad ofrecida llega a sus demandantes a través de la red de transporte, alcanzándose de esta manera la igualdad en tiempo real de oferta y demanda a precios económicos (Barreiro, 2002:589).

El Despacho es el organismo que al determinar el aumento de la demanda decide a qué generador le va a comprar su carga, permitiendo el ingreso de la misma al sistema a efectos de lograr el equilibrio. A su vez este despacho técnico está en relación directa con el despacho económico ya que el segundo se hará en base a un orden de mérito que la misma sociedad confecciona en forma horaria con los precios denunciados por cada generador.

El primero en la lista será el generador que ofrezca menor precio por su energía y así se irán ubicando en orden de mérito hasta llegar al último que será el de precio menos económico. De esta forma se minimizan los precios en el Mercado Mayorista.

Mediante este procedimiento se determina el costo marginal del sistema que es el equivalente al de la máquina generadora más ineficiente o costosa en operación. Así, cuando CAMMESA detecta la falta de energía o desequilibrio dentro del sistema debe despachar o dar ingreso al mismo a un generador para cubrir el aumento de la demanda. Este generador será el de menor costo del orden de mérito, pero el más caro de todos los que se encuentran cubriendo el aumento de la demanda en ese momento. Como el sistema tiene como base los costos marginales, el último generador que ingrese, o sea despachado en una banda horaria, será el que determinará el precio de la energía de todos los generadores que abastecían el mercado en ese período de tiempo. Así el generador más eficiente obtendrá la ganancia que él había calculado en su precio con más la diferencia entre su precio y el del último generador en entrar al mercado.

En el mercado spot el precio de la energía producida se establece según el precio marginal del sistema. Es decir, se considera el precio de la última máquina que ingresa para equilibrar la oferta y la demanda, que por aplicación de la Teoría Marginalista es la que determina el precio de las demás.

Por su parte el art. 36 de la ley 24.065 sostiene claramente que para la determinación del costo económico del sistema deberá tenerse en cuenta el costo que representa para la comunidad la energía no suministrada.

También, y vinculado al despacho económico, CAMMESA se encargará de la gestión de facturación, cobranza, pagos y operación financiera de los fondos del mercado.

En lo referente a la administración del MEM, le corresponde a la sociedad anónima en estudio, supervisar el funcionamiento del mercado a término, que implica velar por el cumplimiento de los contratos y su habilitación en base a la capacidad de transporte de las redes entre el generador y el gran usuario o distribuidor, planificar las necesidades de potencia y optimizar su aplicación de acuerdo a las reglas fijadas por la Secretaría de Energía de la Nación.

En lo que hace a los contenidos del segundo apartado CAMMESA actúa como mandatario de los diversos actores del Mercado Eléctrico Mayorista en lo vinculado a la colocación de potencia y ener-

gía, organizar y conducir el uso de las instalaciones de transporte en el mercado spot, como agente de comercialización de la energía y potencia proveniente de importaciones, es de recordar que el Sistema Argentino de Interconexión se encuentra físicamente unido a los países limítrofes, y de emprendimientos binacionales, y también gestiona cobros, pagos o acreditaciones de las transacciones que se celebren entre los actores del MEM.

CAMMESA es una sociedad anónima sin fines de lucro, se trata de una empresa de gestión privada con propósito público. Sus actividades son de interés nacional, indispensables para la libre circulación de la energía eléctrica y se encuentran comprendidas en los términos del art. 12 de la Ley 15336, por lo que las provincias no pueden aplicar tributos o incidencias algunas que afecten la constitución y el cumplimiento del objeto social de la empresa, tal como lo expresa el mencionado artículo de la ley originaria:

“Las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión de la energía eléctrica de jurisdicción nacional, y la energía generada o transportada en las mismas, no pueden ser gravadas con impuestos y contribuciones, o sujetas a medidas de legislación local que restrinjan o dificulten su libre producción y circulación. No se comprende en esta exención las tasas retributivas por servicios y mejoras de orden local.”

Podemos decir que en relación a la función de prever y programar eficientemente el funcionamiento del MEM y del SADI es una tarea que se desarrolla sobre el mismo espacio físico, en virtud de que el mercado mayorista puede ser definido como el punto de encuentro entre la oferta y la demanda de energía eléctrica en tiempo real (Bastos y Abdala, 1993:189). Ese punto de encuentro se verifica sobre la red de transporte, pues es allí donde se va a manifestar el aumento o disminución de la demanda y donde se van a incorporar, despachar o quitar las cargas de los generadores. Para cerrar el tema de las autoridades del mercado Mayorista Eléctrico tendríamos que referirnos a la Secretaría de Energía de la Nación cuyas principales funciones son: definir políticas para el sector, y supervisar su cumplimiento, otorgar el reconocimiento de agentes del MEM, resolver los recursos que se interpongan en contra de actuaciones del ENRE y autorizar ampliaciones de la red, por aplicación del Artículo 31, de la Ley N° 24.065. Además el Ente Nacional Regulador de la Electricidad cuenta con atribuciones sobre el Mercado Mayorista, a saber:

- * Velar por el cumplimiento de la legislación vigente.
- * Dictar reglamentos en: normas y procedimientos técnicos, medición y facturación, control y uso de medidores, calidad de servicio, seguridad. interconexión y desconexión, etc.
- * Establecer las bases para el cálculo de tarifas.
- * Aplicar penalizaciones.
- * Realizar audiencias públicas.
- * Propiciar ante la Secretaría de .Energía modificaciones a la normativa y
- * Velar por la defensa de los usuarios, medio ambiente, propiedad privada y seguridad pública.

CAMMESA fue constituida inicialmente por los siguientes cinco actores del Mercado Eléctrico Mayorista:

- * Asociación de Generadores: AGUEERA,
- * Asociación de Transportistas: ATEERA,
- * Asociación de Distribuidores: ADEERA,
- * Asociación de Grandes Usuarios: AGUEERA,
- * Asociación de Distribuidores: ADEERA,

* El Estado Nacional, por medio de la Secretaría de Energía

A partir de 2006 se incorporaron dos actores nuevos, la Asociación de Autogeneradores y la Asociación de Comercializadores

II. Conclusiones

La Red Nacional de Interconexión comienza a gestarse durante los inicios de la Empresa del estado Agua y Energía Eléctrica, recibe su primer marco jurídico con la Ley 15.336 en el año 1960 y antes de la década del 90 termina su desarrollo originario.

La aplicación de las políticas neoliberales en nuestro país planteó la necesidad de la reforma del sistema existente de la forma en la que fue tratada en este trabajo. Se crearon nuevos entes administrativos para aumentar el control de la actividad, se constituyó la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima para regular paso por paso el funcionamiento del mismo y se dividió para su privatización en forma vertical y horizontal a las anteriores Empresas del Estado que prestaban el servicio eléctrico.

La calificación de conveniente o no para esta transformación debe surgir de la respuesta a las siguientes preguntas:

* ¿Mejóro la calidad de la prestación del servicio eléctrico con las nuevas empresas en relación a las anteriores?

* ¿Se abarataron los precios del servicio?

* ¿Predomina el criterio de la utilización racional o económica del recurso necesario para la generación?

* ¿El Estado Nacional cedió paso a la inversión privada la ampliación de los servicios o todavía destina fondos para esos fines?

* ¿Los sistemas de regulación y control establecidos en la nueva legislación se ponen en práctica en forma eficaz?

Si las respuestas a estos interrogantes comunes en la gente son de carácter positivo estaremos en condiciones de decir que semejante cambio fue positivo. Para el caso contrario nos enfrentaríamos a la hora de buscar soluciones de fondo que permitan a nuestro país desarrollarse, teniendo en consideración las posibilidades y necesidades de su población.

III. Bibliografía

BARREIRO, Rubén A. Derecho de la energía eléctrica. Buenos Aires: Ábaco, 2002.

BASTOS, Carlos O y ABDALA, Manuel. Transformación del sector eléctrico argentino. Santiago de Chile: Antártica, 1993.

Derecho Informático y Nuevas Tecnologías

De libros, librerías y bibliotecas digitales en la Academia

POR **NOEMÍ L. OLIVERA** (*)

Sumario: Introducción. — 1. Las lecturas. — 2. Los entes involucrados. — 3. Los agentes y sus relaciones. — 4. El acceso a los libros electrónicos. — 5. Algunos de los problemas jurídicos.

Resumen

El trabajo analiza, desde la perspectiva de la academia, el impacto del desarrollo de las TICs en lo referido al libro y su contexto, determinados desde la invención de la imprenta resultan por una técnica que la revolución digital pone en crisis. Luego de explicitar a qué lectura se refiere el análisis, se realiza una presentación descriptiva de cada uno de los entes y agentes involucrados. En este marco se plantean las problemáticas jurídicas involucradas en cada uno. Luego se las organiza sistemáticamente, buscando en ellas una razón común. Se concluye que el actual sistema de propiedad intelectual no satisface las necesidades del presente.

Palabras clave: Lectura/s - Derechos intelectuales - Propiedad intelectual.

Abstract

This paper analyzes, from the academy's viewpoint, the impact of ICT on the books and their environment, determined since the invention of the printing press books by a technique that the digital revolution calls in crisis. After specifying the reading analyzed here, the entities and agents involved are introduced and described, considering the legal problems involved in each of them. The different problems are then organized, looking for a ratio. The conclusion is that the actual intellectual property system does not suit the demands of the present time.

Keywords: Reading/s - Intellectual rights - Intellectual property.

Introducción

Si desde los albores de la escritura hasta nuestros días bastaba con saber leer y escribir para poder acceder al texto -conocimiento- fijado -inscrito o escrito (Velázquez, s.f.)- en un soporte -de las tablillas al libro, pasando por papiros, pergaminos y códices-, la Sociedad de la Información plantea una situación inédita. El sistema social mundial depende, para su normal funcionamiento, de un sistema tecnológico -la Internet-. ¡Hasta el acceso a la lectura depende cada vez más de un medio tecnológico!

Para e-leer -¿por qué no crear un neologismo más?- se necesita contar con un aparato que habilite la lectura, uno de los que aquí se describen o los que en el futuro se desarrollen. Entonces, disponer o no de estos artefactos -y saber usarlos- pondrá al pretendido lector -aún siendo académico- a un lado u otro de la Brecha Digital, cuestión que debe ser tratada en el campo de las políticas de desarrollo e inclusión social, pero debe ser enunciada aquí.

Claro está que lo que se pretende e-leer tiene, a su vez, formato digital. Se trata, entonces de un libro digital -e book-. Éste, a su vez, puede consistir en un texto que fue escrito y/o impreso en soporte papel y posteriormente digitalizado -en formato pdf o similar-, por la vía de un simple escaneo, que funciona al modo de una fotocopia que leemos en la pantalla; pero también puede

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Comercial I, Cátedra III. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

consistir en contenido originalmente expresado en formato digital, aprovechando la multiplicidad de recursos que el soporte ofrece, que no se agotan en la palabra escrita. Este problema deberá, a su vez, ser considerado por los estudiosos de la comunicación ¿Qué es la lectura? ¿Se ‘leen’ los soportes multimedia?

Si lo que se escribe y se lee es conocimiento, cabe entonces preguntarse en estas primeras líneas qué es el conocimiento, a la vez insumo y producto de la actividad en la academia. La pregunta se formula ya no en términos de saberes sino en cuanto a la naturaleza del conocimiento en tanto bien -ente susceptible de tener valor económico-, porque de ella resultará el tratamiento que se le da desde el plano normativo. En este sentido se impone señalar que en el debate predominan las posiciones de quienes, más allá de las discusiones en torno a su pertenencia al ‘dominio público’ (Dusollier, 2010:6), lo consideran sea ‘bien público’ (Stiglitz, 1999) o ‘bien común’ (Véase: Vercelli, 2009:29). Desde una perspectiva jurídica, la diferencia entre ambos conceptos no es menor y deberá ser tenida en cuenta a lo largo del presente. En el caso de los ‘bienes públicos’ se acepta la apropiación individual mientras no se excluya a otros del acceso a ellos. Los ‘bienes comunes’ en tanto no podrían ser apropiados por una entidad individual. Lawrence Lessig, destacado pionero en el campo de la intersección entre el derecho y la informática, también asigna el carácter de ‘bien público’ a la propiedad intelectual, toda vez que “dado que existe, uno puede obtener tanto como quiera sin agotar su suministro a otros”; si bien afirma que “la falta de restricciones -la posibilidad de copiar sin pagar- hace que lo pierda” (Lessig, 1996:32-33). Cabe preguntarse si Lessig considera que la propiedad intelectual perdería el carácter de ‘bien público’ o, lisa y llanamente, el de ‘bien’.

En este contexto, en el presente trabajo se analiza, desde la perspectiva de la academia, el impacto del desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones en lo referido al libro (1), texto escrito que, al decir de Chartier, desde los primeros siglos de la era cristiana con la aparición del códice “se distribuye en un objeto organizado por cuadernos, hojas, páginas, una portada, índices” (González y otros, 2007), libro que desde la invención de la imprenta se viene reproduciendo y transmitiendo con una técnica que la revolución digital pone en crisis. Para ello se impone realizar dos aclaraciones, la primera en lo que hace al uso del idioma; la segunda de orden, si se quiere, metodológico.

Mal que nos pese, el mundo digital se expresa en una especie de lengua franca electrónica que mezcla el inglés, simplificado y abreviado, con terminología técnica (Chartier, 2001). Por ello, todo intento de utilizar exclusivamente términos en español resultaría en un texto de estilo afectado, sin ganar en precisión. En consecuencia, luego de explicitar el significado y alcance de cada concepto, así como su designación en español y en inglés -incluyendo, en este caso, las diversas grafías-, se utilizarán indistintamente las distintas designaciones.

En lo que hace al criterio de exposición, primero se determina el campo de análisis, esto es, a qué lectura se refiere este trabajo, teniendo en cuenta las características y complejidades de la temática abordada. Luego, se realiza una presentación descriptiva de cada uno de los entes -ya que no cosas- y agentes involucrados. En el marco de tal presentación irán apareciendo las problemáticas jurídicas involucradas en cada uno, las que luego se intentará organizar sistemáticamente y para las que se buscará una razón común.

1. Las lecturas

Según expresa Roger Chartier, fuente imprescindible cuando de libros y lectura se trata, existe una tendencia a considerar la lectura como un proceso universal, sin variaciones históricas. Pero los textos, dice, no se han depositado en los libros como en simples receptáculos,

“¿qué hacían los lectores con los libros que compraban, leían y manipulaban? Cada lector cada comunidad de lectura tiene sus propios modos de leer sus usos del libro, sus maneras de interpretar y de

(1) “Obra científica, literaria o de cualquier otra índole con extensión suficiente para formar volumen, que puede aparecer impresa o en otro soporte” (Diccionario de la Lengua Española, 22a. ed., 2a. acepción)

apropiarse de los textos. ¿Cómo reconstruirlos? A partir de este interrogante, la historia del libro se fue convirtiendo, también, en la historia de la o, más bien, de las lecturas. La historia del libro, mudada en historia de la lectura, se esforzó por restituir las formas contrastadas con que lectores diferentes aprendían, manejaban y se apropiaban de los textos contenidos en el libro” (Goldman y Terán, 1995)

Más allá de las diferencias que se derivan de la forma en la que se presenta el texto escrito -no se lee en la misma posición un códice que un libro; sólo los libros se hojean-, existen diferencias vinculadas a la motivación de la lectura. Entre los variados matices que estas diferencias ofrecen, se distinguen aquí dos categorías.

1. 1 Lectura placentera. La lectura placentera está íntimamente ligada al ‘objeto libro’. Sobre el cual el poeta experimental contemporáneo Antonio Gómez ha dicho

“al margen de contenidos, un libro, un continente de lenguajes, es un objeto con un peso y unas medidas que nos dan un volumen en el espacio. Sería una torpeza pretender aplicar el mismo baremo, utilizar una misma escala a la hora de valorar los méritos de un libro y los méritos del texto que ese ejemplar contiene, pero sería una torpeza también ignorar que los libros como objetos que son, con su propia realidad exterior, están sujetos a unas condiciones de percepción que proporcionan nuevas maneras de comunicar” (Gómez, s.f.).

Recordemos ‘El libro de arena’; con un libro basta. En este campo difícilmente se abrirá camino el libro electrónico, a menos que el soporte impreso resulte inaccesible. Y hablando de Borges, ¿será el lector de libros electrónicos ‘La Biblioteca de Babel’?

1.2 Lectura de consulta. Distinto es el escenario cuando se trata de leer fragmentos de texto para satisfacer alguna necesidad del momento, desde consultar un recetario de cocina o un diccionario hasta preparar un examen o hacer investigación científica, pasando por la búsqueda de jurisprudencia o una fuente histórica. En estos casos, “obras de naturaleza enciclopédica, que nunca fueron leídas desde la primera hasta la última página” pueden ser leídas con la “lectura discontinua, segmentada, fragmentada” propia de la navegación en la red (Chartier 2001). Se aprovechará, de este modo y al decir del autor citado, esa “textualidad blanda, móvil e infinita” que lleva al conocimiento y alienta la creatividad.

En estos casos nada es mejor que tener al alcance de la mano los libros que contienen todo el conocimiento. Hasta hace poco más de diez años ese anhelo sólo se podía satisfacer al interior de una obra literaria -desde ‘La Biblioteca de Babel’, donde está a disposición del que lo busque, hasta ‘El nombre de la rosa’, donde se lo pretende ocultar-. Hoy la función la cumple, más que eficazmente, un lector de libros electrónicos cargado con los e books que se consideran necesarios o que tiene acceso a ellos on line.

No hace mucho se podía hacer una tesis con las fuentes disponibles en un dado país, luego fue necesario desplazarse al sitio donde la temática había alcanzado mayor desarrollo, para acceder a los conocimientos que lo habían hecho posible. En nuestros días las tecnologías disponibles permiten sortear las vallas físicas de la realidad material. La construcción de conocimiento en nuestros días, entonces, resulta inconcebible desvinculada del acceso directo a las fuentes dispersas por el mundo globalizado. Y ello resulta imposible si se pretende disponer materialmente del soporte físico en el que la obra de que se trate fue puesta inicialmente a disposición de los lectores.

1.3 Delimitación del campo de análisis. La digitalización de las obras intelectuales constituye un eficiente incentivo para el avance del conocimiento, pero plantea problemas de diversa índole en un contexto regido por un marco jurídico formulado para la expresión del conocimiento en soportes materiales, en el caso de los libros, el papel. Estos problemas no se limitan al caso de la lectura de consulta, pero serán analizados en este trabajo sólo desde esta perspectiva. La lectura placentera es una actividad demasiado personal como para poder predicar sobre sus caracteres y condicionantes sin haber realizado un exhaustivo trabajo de campo. Por otra parte, no es la que frecuentan los estudiosos en tanto tales.

2. Los entes involucrados

La pretensión de abordar algunas de las problemáticas jurídicas involucradas en la cuestión de los libros electrónicos impone hacer un planteo del estado de la cuestión en materia de tecnologías -artefactos y programas- y de las estrategias para su distribución -entendiendo por tal los mecanismos de diversa índole direccionados a acercar las obras a sus potenciales lectores-. Tal planteo, al menos en lo que se refiere al primer aspecto, resultará necesariamente superficial, en razón de las limitaciones en materia tecnológica de quien escribe, de profesión jurídica e inmigrante digital (Prensky, 2001); en el segundo, el condicionante está referido a los modelos -públicos y privados; onerosos y gratuitos- que se ha llegado a observar, que no es posible afirmar sean los únicos.

2.1 De libros electrónicos -e books- y dispositivos para su lectura -e readers-. Como cabría esperar en este territorio dominado por la tecnología, un concepto que tiene una designación única e indubitable en inglés -en este caso 'e book', da lugar a debates, no pocas veces arduos (2), para decidir cómo se lo designará en español. En este caso, nos encontramos con que "[l]a Fundación del Español Urgente propone traducir al español el anglicismo *e-book* como *libro electrónico, libro digital o ciberlibro*" (3). Ninguna de estas voces se encuentra en el Diccionario de la Lengua Española. Pero hay más. La fuente citada destaca la tremenda ambigüedad del término en español

"... en español se ha impuesto la forma *libro electrónico* para aludir tanto al soporte como al texto que se lee en él, aunque existen formas específicas para diferenciar ambos: para referirse al texto, además de *libro electrónico* se utilizan *libro electrónico, libro digital o ciberlibro*, mientras para aludir al aparato que permite leerlo se usan *lector de libros electrónicos, lector de libros digitales o lector de ciberlibros*".

Algunos sectores utilizan otra designación, 'ecolibro'. Con ella se alude al efecto de la reducción del uso del papel en el medio ambiente que se derivaría de la utilización de soportes digitales para los contenidos a publicar. Sin embargo, otros ecologistas, postulan que cuando

"el papel procede de bosques y plantaciones bien gestionados (con el certificado FSC), es un recurso renovable, un almacén de carbono y es reciclable" en tanto el e book "es otra nueva herramienta electrónica... que en un corto espacio de tiempo serán desechos electrónicos que terminarán en vertederos o serán incinerados como emisiones dañinas para el medioambiente y la salud" (4).

2.1.1 Aproximación al concepto de libro electrónico. Absysnet, Centro de recursos y servicios para bibliotecas y bibliotecarios (5) propone una conceptualización del libro electrónico clara y precisa.

"Los e books o libros electrónicos son textos electrónicos que contienen características de formato especiales, las cuales permiten su lectura mediante software especializado. Los libros electrónicos tienen el aspecto de una pantalla, una pantalla que imita al libro o un libro que imita a la pantalla" (Absysnet).

De hecho un e-book es meramente un fichero legible por un procesador de textos, o sea un fichero con extensión .DOC, .PDF, .TXT, .RTE, .XHTML, e incluso feeds RSS" (idem).

2.1.2 Libros digitalizados y libros digitales. En materia de libros electrónicos existen, al menos, dos categorías: los libros que una vez tuvieron tapas y hojas de papel impreso y luego fueron digitalizados, scanner mediante y los libros originalmente digitales, que no necesariamente tienen que estar expresados en texto plano, al estilo de los libros impresos, sino que pueden aprovechar la enorme variedad de recursos multimedia disponibles.

(2) Véase, por ejemplo, la multiplicidad de designaciones dadas al Derecho que se ocupa de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en: Olivera, Noemí (2010, 507-517).

(3) <http://www.fundeu.es/recomendaciones-E-e-book-es-libro-electronico-483.html>

(4) <http://www.greenpeace.org/espana/es/Blog/libro-de-papel-o-electrnico/blog/32722/>

(5) <http://www.absysnet.com/>

Más allá de las diferencias en materia de aspecto y funcionalidad, de esta primera distinción surge otra, altamente significativa, cual es la referida a los derechos de autor y su licenciamiento -autorización de copia y/o modificación-. La generalidad de los libros impresos están protegidos por Copyright; unos pocos por licencias Creative Commons, una de las nuevas posibilidades. Hasta el año 2002 otra diferencia crucial entre ambas categorías radicaba en la registrabilidad en el ISBN (6), limitada al libro impreso. Ese año el 'libro electrónico' fue reconocido como sujeto de código ISBN. Desde entonces, es una opción para los autores que buscan o necesitan la formalización de su publicación -académicos, por ejemplo-.

2.1.3 Para leer un libro digital. El acceso al contenido de un e book impone, al igual que cualquier otra actividad en el mundo digital, contar con el hardware y el software que lo hacen posible. La función puede, sin embargo, ser cumplida tanto con elementos desarrollados al efecto como por otros, de aplicación más general. La descripción que se hará a continuación está necesariamente referida sólo a algunos de los medios disponibles. Como lo demuestra el anuncio efectuado en el día en que este párrafo se escribe, toda pretensión de agotar la nómina valdría sólo para el momento en que se la realiza (7).

2.1.3.1 Los aparatos -hardware-. Para leer un libro digital se necesita, obviamente, un dispositivo electrónico, sea uno diseñado al efecto o uno más general que incluya pantalla y memoria, desde computadoras personales -de escritorio o portátiles- hasta tablets (8).

A fines de la primera década de este siglo comenzaron a aparecer dispositivos cuya función es servir exclusivamente como lector de e books, con un diseño que permite emular la versatilidad del libro de papel tradicional. Para ello se buscó movilidad y autonomía (dispositivos móviles con bajo consumo de energía para permitir lecturas prolongadas sin necesidad de recargas), pantallas con dimensiones suficientes para mostrar documentos tradicionales (A4 o A5) y alto nivel de contraste incluso a plena luz del día. En este contexto aparece la tinta electrónica que, debido a la ausencia de iluminación propia y alto contraste obtenido, tiene un 'efecto papel' y bajo consumo, dado que esta tecnología no necesita alimentación más que en los cambios de pantalla (9). Entre ellos, deben citarse Kindle, comercializado por Amazon desde 2007 (10), Kobo Touch, Nook Touch y Cybook Opus.

El Kindle es un dispositivo portátil que permite comprar, almacenar y leer libros digitalizados. Cada nueva generación del Kindle (van por la cuarta) soporta más formatos de texto pero no el e pub (11).

En el año 2010 Apple (12) presentó el iPad, que no tiene e-ink. El iPad tiene capacidades multimedia, lo que permite diversificar la presentación de e books. Ello, sin duda constituirá un paso más en la redefinición del concepto 'lectura'. Como señalara Roger Chartier,

(6) International Standard Book Number System for Books, Software, Mixed Media etc. in Publishing, Distribution and Library Practices. <http://www.isbn-international.org/>

(7) Apple presentó la versión renovada de sus iBooks. http://www.clarin.com/internet/Apple-presento-version-renovada-iBooks_0_630537160.html Publicado el 20/01/2012

(8) Una tablet es un tipo de computadora portátil, de mayor tamaño que un smartphone, integrado en una pantalla táctil con la que se interactúa primariamente con los dedos o una pluma stylus, sin necesidad de teclado físico ni mouse, los que son reemplazados por un teclado virtual. Durante la primera década del siglo, Microsoft lanzó el Microsoft Tablet PC que tuvo relativamente poco éxito. Finalmente en 2010 Apple Inc. presentó el iPad, basado en su iPhone, alcanzando el éxito comercial por contar, al fin con la interfaz adecuada. Hoy las tabletas utilizan mayoritariamente sistemas operativos diseñados con la movilidad en mente (iOS o Android, por ejemplo). <http://es.wikipedia.org/wiki/Tableta>.

(9) http://es.wikipedia.org/wiki/Libro_electr%C3%B3nico

(10) Creada en 1994, Amazon es una de las primeras compañías de comercio electrónico por Internet, que desde 1995 opera la primera y más importante librería on line de libros nuevos y usados. En 2010 Amazon desató una guerra de precios al lanzar su Kindle 3 por 139 U\$. <http://es.wikipedia.org/wiki/Amazon.com>

(11) <http://es.wikipedia.org/wiki/Kindle>

(12) Apple Inc. es una empresa creada en 1976 por Steve Jobs y Steve Wozniak, que diseña y produce equipos electrónicos -hardware- y programas de computación -software-. Entre los productos de hardware más conocidos de la empresa se cuentan los equipos Macintosh, el iPod -reproductor de audio digital-, el iPhone - una convergencia de Internet habilitado para el iPod y smartphone- y el iPad.

“la pantalla no es una página, sino un espacio de tres dimensiones, que tiene profundidad y en el que los textos brotan sucesivamente desde el fondo de la pantalla para alcanzar la superficie iluminada” ... “La lectura del texto electrónico debe pensarse, entonces, como desplegando el texto electrónico o, mejor dicho, una textualidad blanda, móvil e infinita. Semejante lectura compone en la pantalla ajustes textuales singulares y efímeros” (Chartier, 2001).

2.1.3.2 Los programas -software-. Los programas desarrollados para la lectura de e books están asociados, en general, a un equipo en particular. Así, por ejemplo, el iPad cuenta con una interfaz de usuario rediseñada para aprovechar el tamaño mayor del dispositivo y la capacidad de utilizar el servicio iBookstore de Apple con la aplicación iBooks (software para lectura de libros electrónicos). En la presentación de Kindle, en tanto, Amazon dice que “es fácil de usar desde el primer día, no tienes que instalar ningún software ni sincronizarlo” (13). De ello se debe inferir que cuenta con programas incorporados al hardware -embedded software-, difícilmente manipulables. Tal es el caso del DRM (Digital Rights Management), gestor de derechos digitales al que, jugando con las iniciales en inglés, los defensores del software libre denominan ‘gestor de restricciones digitales’.

Un problema que deben afrontar a menudo los lectores es cómo leer en los lectores los e books que ya tienen en sus computadoras, usualmente en formato pdf. En definitiva, cómo ‘crear’ libros electrónicos. Amazon ofrece el servicio, se le envía el texto y devuelve el texto en formato legible en Kindle. Quienes prefieran ‘hacer’ sus propios libros deberán acudir a programas del estilo de Calibre (14), un gestor gratuito de e books que se conecta a un dispositivo de lectura y permite buscar y convertir los archivos entre varios formatos e incluso rellenar sus datos automáticamente (15). Con estos programas se posibilita la lectura de libros producidos por una empresa en equipos producidos por otra. Sin embargo, no siempre se logra tal compatibilización, como muestran las opiniones de los usuarios (16).

2.1.3.2.1 ePub. El EPUB o ePub, en tanto, es un formato redimensionable de código abierto (y gratuito) para archivos de e book creado por International Digital Publishing Forum (IDPF), que se convirtió en un estándar oficial del IDPF en septiembre de 2007 (17). Entre sus ventajas se cuenta que en el formato de libro digital ePub se marca el contenido, pero no se delimita su formato, que se adapta a los diferentes tamaños de las pantallas de los múltiples e readers del mercado. Tanto las empresas como los particulares pueden crear gratuitamente archivos para estos dispositivos sin limitaciones como las impuestas, por ejemplo, por el DRM de Amazon. Una de las críticas a EPUB es que, siendo bueno para libros centrados en el texto, no es adecuado para publicaciones que requieren de una presentación distinta.

3. Los agentes y sus relaciones

Cabe ahora ocuparse de los agentes cuya actividad habitual se ve incidida por el desarrollo de e books y de e readers. En el punto de partida se puede afirmar que, salvo en el caso de algunos autores noveles, estamos observando un segmento social que se configuró teniendo en vista que -jugando con la definición del diccionario- las obras “científicas, literarias o de cualquier otra índole con extensión suficiente para formar volumen” DEBEN “aparecer impresas” antes que “en otro soporte”. Esta situación los lleva, en general, a mostrar más resistencias que las que resulta natural prever en escenarios de cambio. Como se verá, esta situación se profundiza en el caso de los actores que tienen intereses exclusivamente económicos. Para ellos la cuestión no es sólo de cambio actitudinal, se trata de una situación disruptiva que les impone un cambio organizacional.

(13) <http://www.amazon.es/Kindle-dispositivo-inal%C3%A1mbrico-integrado-electr%C3%B3nica/dp/B0051QVF7A>

(14) <http://calibre-ebook.com/>

(15) <http://calibre.softonic.com/>

(16) Véase: Mi Experiencia Kindle. Un blog sobre Kindle y otros eReaders, Calibre: Tutorial lunes 6 de diciembre de 2010. <http://miexperienciakindle.blogspot.com/2010/12/calibre-tutorial.html>

(17) <http://idpf.org/>

3.1 *Autores.* ‘Autor’ es quien ha escrito una obra, pero para ser considerado verdaderamente tal no basta con haberla escrito, debe estar publicada. Dejando a un lado los casos en los que el autor financia la publicación de su obra, hasta ayer no más ese resultado sólo se alcanzaba celebrando un contrato de edición. En él, el editor se obliga a ‘editar’ la obra producida por el autor y en algunos casos a ‘distribuir’ el libro resultante, y a pagar al autor un porcentaje del precio de tapa de cada unidad, que suele alcanzar un diez por ciento (18). Claro está, para ello el editor exigirá la cesión del Copyright -derecho de copia- en exclusividad. Desde ese momento, entonces, y hasta la finalización del contrato, el autor sólo conserva para sí el Derecho Moral de Autor -derecho a ser reconocido como tal, a proteger la integridad de la obra y hasta a sacarla del mercado-, dato importante a la hora de redactar un curriculum vitae.

Las nuevas tecnologías disponibles hacen posible que el autor ‘publique’ su obra en la red. Para ello puede acudir a una ‘editorial digital’ replicando la estrategia tradicionalmente utilizada para publicar en soporte papel -sería un curioso caso de ‘equivalencia funcional’ (Olivera, 2011 a) en el campo de los negocios-. Pero también puede hacerlo él mismo en su propia página o en un sitio institucional al que tenga acceso. Los nuevos modos de licenciamiento que se han desarrollado -Creative Commons, Copyleft, Color Iuris son los más difundidos (Olivera, 2011b)- permiten que tal publicación se haga conservando en plenitud sus derechos, el moral y el económico (19). Ciertamente es que hasta ahora no hay un modo unívoco para la gestión de los derechos económicos derivables de estas licencias.

3.2 *Lectores.* El lector de la academia tiene diferentes perfiles según que su rol sea el de estudiante, docente o investigador. Lo que todos tienen en común es el fin explícito de utilizar el conocimiento al que acceden mediante la lectura en actividades direccionadas al desarrollo del conocimiento, propio o ajeno -rendir un examen, dar una clase, escribir un trabajo científico-. Interesa en el marco de este trabajo la posición del investigador, el lector que más notoriamente realiza esa operación de aplicación del conocimiento alcanzado con la lectura de una obra en la creación de nuevo conocimiento. ¿Es razonable pretender que el investigador compre impresas todas las publicaciones que debe leer? ¿Es razonable exigir a las bibliotecas de las instituciones a las que pertenezca que cuenten con esas obras en sus anaqueles?

Se impone aquí señalar que incluso entre estos lectores hay situaciones diferenciadas. Algunos necesitan, en razón de su objeto de estudio, ver y tocar el ‘objeto libro’ de su interés. A la mayoría le alcanza con acceder a su contenido mediante la lectura, sea del libro impreso -con tapas y hojas-, en fotocopia o en una pantalla. Si la obra les genera interés suficiente y la consideran perdurable, probablemente decidan, si pueden, comprar el libro impreso.

3.3 *Editores y distribuidores.* Para llegar a ver editada su obra, desde la invención de la imprenta hasta estos días, los autores debieron acudir a los editores. Estos empresarios asumen ante el autor la realización -por sí o por terceros- de las múltiples actividades necesarias para la conversión de un original inédito en un libro editado, formalidades de registro incluidas. La contraprestación de los autores es la cesión del Copyright.

Personajes necesarios en el mundo del libro impreso en soporte papel, los editores y distribuidores enfrentan la digitalización de los contenidos con la actitud de quien asiste a la extinción de su especie. Asumido el impacto causado por la difusión de las fotocopias, que los afectó imponiéndoles la disminución de la cantidad de ejemplares de cada edición, deben ahora enfrentar la digitalización, que los ataca desde dos flancos: la digitalización de los libros impresos y la publicación de libros originalmente electrónicos hecha por los propios autores o por editores digitales, actividad que requiere otros saberes. La subsecuente distribución se hará por los diversos mecanismos disponibles en la red

(18) En relación al significado real de este porcentaje para los autores, cabe indicar que un colega, autor editado por una de las editoriales de más renombre, manifestó que la venta de la edición completa de su obra, en la que trabajó varios años, le permitiría percibir una retribución equivalente al salario de un mes como profesor titular con dedicación exclusiva.

(19) A modo de ejemplo, véanse en la bibliografía las referencias a las obras de Ariel Vercelli.

-lectura on line o descarga del libro; gratis o por un precio; en el propio sitio del autor/editor o en el de un intermediario, etc.-

Este estado de cosas evidentemente genera preocupación en el sector. Ella se expresa tanto en resistencias al cambio como en evaluaciones direccionadas a incorporarse a él, tal el caso del estudio encargado por la Cámara Argentina del Libro (Igarza, 2010).

3.4 Bibliotecarios. Si la función del bibliotecario es adquirir, procesar, conservar y poner a disposición de los usuarios libros y documentos, entonces el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información tiene para ellos enorme trascendencia. Por una parte, la digitalización de libros y documentos permite al lector común la lectura de los contenidos sin necesidad de acceder materialmente al original, lo que facilita su conservación. Probablemente ésta sea una de las razones por las que el 'archiving' (archivo seguro de documentos), disciplina a la que el derecho se esfuerza por ignorar, se ha desarrollado tan fuertemente en el ámbito de la bibliotecología. Por otra parte, pueden ofrecer a sus usuarios el acceso a libros y documentos que no están físicamente en los anaqueles de su biblioteca

No es necesario citar fuentes estadísticas para afirmar que las TICs han funcionado como facilitadoras de la creación intelectual y dinamizadoras de la publicación de esas creaciones. No hay presupuesto ni espacio que alcance en una biblioteca para contener todas las publicaciones que pueden resultar de interés para algún investigador. Ahora bien, teniendo en cuenta lo señalado más arriba en relación a los e readers y los programas para la protección de e books, cabe preguntarse si lo que aparece como una ventaja -poder contar con versiones digitalizadas de los documentos propios o ajenos-, no termina siendo un problema comparable, teniendo en cuenta que hasta el presente no se ha desarrollado, ni parece que se esté intentando hacerlo, tecnología neutra -que permita leer cualquier formato-.

3.5 Libreros. He aquí uno de los actores que, estimo, están llamados a sufrir en mayor medida el proceso de digitalización de las fuentes bibliográficas utilizadas en ámbitos académicos. Del librero que recomendaba obras con fundamentos ciertos hasta el despachante de libros de nuestros días, mucho ha cambiado el medio. En este tiempo todo lo que se puede llegar a saber de un libro antes de comprarlo se encuentra en la red. En suma, el negocio de vender libros para este sector tiene pocas chances de mantenerse como viene siendo hasta ahora (20). Pero están surgiendo nuevos actores, las librerías digitales.

3.6 Sociedades de gestión. Si las relaciones económicas entre autores y editores se manejan en el terreno contractual, cuando los intereses de ambos se ven afectados, entran en escena organizaciones creadas para protegerse del 'enemigo' común. En este caso, el enemigo inicial fue la fotocopia y hoy la temible entente formada por scanner e Internet, que afectan muy especialmente el segmento de los textos "que se utilizan en establecimientos educativos" (21).

En protección de los 'derechos de autor', modo políticamente correcto de aludir a los intereses de las editoriales, se han ido creando sociedades de gestión de derechos colectivos -de autores y editores-, tales como CEDRO (22) -Centro Español de Derechos Reprográficos-, CDR (23) -Centro Colombiano de Derechos Reprográficos -, CADRA (24) -Centro de Administración de Derechos Reprográficos -, y

(20) Hoy, 19 de marzo, recibí un mail en el que Martín Casanello, un vendedor de libros jurídicos que ha trabajado para varias de las más conocidas editoriales, me ofrece "un sistema on line que le permitirá contar con la Jurisprudencia más novedosa, la Doctrina más autorizada, la Normativa más actualizada y toda la Práctica que necesita para el óptimo ejercicio de la profesión", a la que se agrega un servicio de acceso on line a versiones digitalizadas de muchas de las revistas jurídicas que se publican en el país en formato impreso, así como de otras originalmente digitales. Se trata, sin duda, de una manifestación de adaptación flexible de parte de uno de estos actores.

(21) http://www.cadra.org.ar/index.cgi?wid_seccion=3&wid_item=2

(22) www.cedro.org/

(23) <http://cdr.com.co/>

(24) www.cadra.org.ar/

hasta GEDRI (25), un Grupo de Entidades de gestión de Derechos Reprográficos de Iberoamérica. Su objetivo es la administración de los derechos de autor frente al daño producido por la fotocopia y

“reproducciones ilegales realizadas sin ninguna autorización ni compensación, [que] tuvieron un crecimiento exponencial en los últimos años, producto de las innovaciones tecnológicas y, actualmente, no sólo perjudican a autores y editores, sino que desalientan la publicación de nuevos libros, afectando el desarrollo cultural de la comunidad y la divulgación de nuevas investigaciones” (26), conductas que no dudan en calificar como ‘piratería’ -delito considerado de lesa humanidad desde 1856-, aunque otros las consideren ‘uso compartido’ (Sorkin, 2002). Si fuera necesario ahondar en la identificación de los intereses protegidos, las autoridades de CADRA -la versión argentina de estas organizaciones- dan cuenta de una más que amplia representación de las editoriales e incluso un autor comprometido con la temática (27).

3.7 *A modo de conclusión.* El rápido recorrido efectuado entre los diversos actores involucrados da cuenta de que la mayoría se configuró en el tiempo y con los parámetros de la producción y lectura de libros en soporte papel. Si las relaciones entre ellos nunca fueron lineales y, mucho menos, unívocas, el desafío que propone un cambio estructural como es el libro electrónico, los afecta de modos diversos y hasta reconfigura alianzas. Los autores de la academia pueden publicar libros electrónicos, obteniendo el mismo rédito curricular y comparable, si no mayor, beneficio económico que con la edición en soporte papel. ¿Por qué deberían aliarse a los editores, prisioneros de un modo de producción que se agota? ¿Deberían los bibliotecarios unirse a los editores en su batalla?

4. El acceso a los libros electrónicos

La oferta de libros electrónicos es inmensa y, por diversas razones, muchas veces gratuita. De hecho, un e book es meramente un fichero legible por un procesador de textos, o sea un fichero con extensión .DOC, .PDF, .TXT, .RTF, .XHTML, e incluso feeds RSS (Absysnet). Autores y editores, algunas bibliotecas (28) y no pocos lectores ‘hacen’ libros electrónicos, digitalizando textos inéditos o publicados en soporte papel. Pero también se ‘crean’ e books, contenidos concebidos para ser publicados en formato digital, que no pocas veces utilizan recursos multimediales. El acceso a unos y otros es inmediato, sea que se decida descargar uno libremente disponible en la red o que se ‘compre’ (29) un e book en el mercado electrónico.

En este punto se hace necesario explicitar el significado y alcance de algunos conceptos como ‘librería digital’ y ‘biblioteca digital’. No pocas veces estos términos son usados por los organizadores de cada iniciativa de modo que nos resulta ambiguo. Probablemente se trate de una cuestión idiomática; partamos de que el vocablo inglés ‘library’ significa biblioteca y librería se dice ‘bookstore’. Pero también es cierto que no pocas veces se ofrece, a modo de ‘biblioteca’, el servicio de búsqueda de un libro, el que luego se venderá en una ‘librería’ digital. Existen también bibliotecas digitales en las que sólo los miembros activos de una dada institución pueden acceder al texto completo de las

(25) <http://www.gedri.net/secciones/gedri/gedri.htm>

(26) http://www.cadra.org.ar/index.cgi?wid_seccion=3&wid_item=2

(27) http://www.cadra.org.ar/index.cgi?wid_seccion=3&wid_item=5

(28) Tal el caso de la Biblioteca Jurídica Virtual, creada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, cuya justificación puede encontrarse en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/presenta.htm>

(29) Obviamente, teniendo en cuenta que el libro electrónico no es cosa (CC, 2311 y 1323; CCom 450), con el vocablo ‘compra’, de uso corriente en el lenguaje vulgar para esta clase de operaciones, se alude aquí a ‘adquisición’. No es éste el ámbito donde se debe discutir si ello se debe a que la sociedad no asigna mayor alcance a la corporeidad al tiempo de conceptualizar una cosa o si la influencia del derecho anglosajón ha calado muy hondo en este campo. En él la transferencia de la propiedad se denomina ‘sale’, independientemente de las características físicas del ente transmitido. Sale: The transfer of property or title for a Price. (Conf. Black’s Law Dictionary, Eighth Edition, 2004, Thomson West

publicaciones indizadas (30)(30). También hay una cuestión idiosincrática, que incide en la interpretación que demos no sólo a los términos, sino a la funcionalidad del ente. Para nosotros los conceptos ‘público’ y ‘gratuito’ están fuertemente asociados, particularmente cuando de acceso a la cultura se trata. La cuestión no se plantea de igual modo en sociedades eminentemente capitalistas, como las angloparlantes.

4.1 Reservóeos de documentos digitales. Lo cierto es que las ‘bibliotecas digitales’ en sentido estricto contienen materiales originalmente digitales, que no siempre son libros. Ejemplo de ello es el servicio para la preservación de documentos digitales (31) de la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos de América, autorizado en el año 2000 (32).

Existen, también, emprendimientos tendientes a la digitalización de documentos considerados valiosos en términos de patrimonio cultural. Entre ellos, la Biblioteca Digital Mundial, lanzada en abril de 2009 (AFP, 2009), “desarrollada por un equipo de la Biblioteca del Congreso de los EE.UU., con colaboraciones de instituciones asociadas de muchos países; el apoyo de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, las Ciencias y la Cultura (UNESCO); y el apoyo financiero de varias empresas y fundaciones privadas” (33).

4.2 Colecciones de libros digitalizados. En lo que se refiere a colecciones de libros puestas a disposición del público en formato digital, y sólo para mostrar en trazo grueso algunas de las alternativas ofrecidas en la red, se impone dedicar aquí unas líneas a los proyectos Gutenberg, Google y Gallica, pero también a library.nu, emprendimiento muy conocido luego de su reciente cierre y en relación al cual se está produciendo un interesante debate.

4.2.1 El Proyecto Gutenberg. Este proyecto fue iniciado por Michael Hart en 1971 con el fin de crear una biblioteca de libros electrónicos gratuitos partiendo de libros que ya existían físicamente (34). Desde la aparición de la web en los ‘90, estos e books se encuentran disponibles en Internet. A partir del año 2000, con la iniciativa Distributed Proofreaders, cuya meta es compartir la revisión de los libros entre centenares de voluntarios (35), el proyecto no sólo se dinamizó sino que asumió definitivamente características de trabajo colaborativo. En 2010 contaba con más de 33.000 e books y decenas de miles de descargas al día. Los textos pertenecen principalmente al dominio público, sea porque nunca tuvieron derechos de autor, o porque ellos expiraron. También hay algunos textos protegidos para cuya publicación el Proyecto Gutenberg ha obtenido el permiso de sus autores.

4.2.2 Google Books. En un tiempo en el que la publicación de ‘libros’ originalmente digitales va dejando de ser noticia, somos testigos del desarrollo de Google Books, un gigantesco proyecto que pretende la digitalización de todos los libros existentes. El proyecto utiliza los algoritmos de búsqueda desarrollados por la empresa dentro de las obras literarias impresas como libro en soporte papel y distribuidas en las diferentes bibliotecas del mundo y pertenece a Google Inc., sin duda la mayor empresa de Internet. Hacia 2010, en el marco de una compleja arquitectura jurídico-tecnológica diseñada al efecto, Google gestionaba cerca de 12 millones de obras intelectuales en forma de libro, en más de 480 lenguajes (Vercelli, 2010:4).

Sin embargo, ello se realiza en medio de confrontaciones con los actores interesados tanto en las cuestiones relativas al derecho de autor y derecho de copia -autores, editores- como en la defensa de

(30) Por ejemplo: Biblioteca Digital de IADIS -International Association for Development of the Information Society-, <http://www.iadis.net/dl/>

(31) La voz ‘documento digital’ se utiliza aquí con el alcance que le otorga el art.6 de la ley 25506: Documento digital. Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo.

(32) <http://www.loc.gov/library/digitalpreservation.html>

(33) <http://www.wdl.org/es/site/>

(34) <http://www.gutenberg.org/wiki/Gutenberg>About>

(35) <http://www.gutenbergnews.org/about/historia-del-proyecto-gutenberg/>

la competencia -Departamento de Justicia de EE. UU.- y aún en materia de privacidad. Las negociaciones iniciadas en 2006 en el marco de un juicio de acción colectiva (The Authors Guild et al., Plaintiffs, -against Google Inc., Defendant), permitieron en 2008 alcanzar un acuerdo (Amended Settlement Agreement -ASA-) el que, objetado por varias de las partes interesadas, fue finalmente rechazado el 22 de marzo de 2011 (36). Aún cuando los abogados de las partes informan que siguen negociando, el juez actuante dispuso que el próximo 15 de julio se realizará el juicio (PW, 2011). Sin duda será difícil alcanzar acuerdos que satisfagan a tantas partes con intereses contrapuestos. Mientras tanto, Google sigue digitalizando obras intelectuales a partir de la presunción del consentimiento de los autores que no han solicitado expresamente ser excluidos -opt out-, en medio de alegaciones sobre la imposibilidad técnica de implementar mecanismos tendientes a obtener el permiso -opt in-.

4.2.3 Gallica. Revisado que ha sido el proyecto corporativo de Google, pasamos entonces a considerar el proyecto Gallica (37), desarrollado en Francia por la Biblioteca Nacional, a partir de una ambiciosa idea formulada por Francois Mitterrand en 1988 (Jeanneney, 2007, 18) que inicialmente, hacia 1997, digitalizó libros no alcanzados por el derecho de autor. Después de un arduo debate, promovido por el entonces director de la BnF, Jean-Nöel Jeanneney, a raíz de la puesta en marcha de Google Books -Jeanneney veía en ese proyecto una amenaza para la cultura europea, y en especial la francesa-, desde 2008 Gallica también ofrece acceso legal a libros protegidos (38). A tales fines, se han reglamentado muy detalladamente las 'condiciones de uso' tanto en Francia como en terceros países de las obras comprendidas (39).

Sin embargo, los resultados alcanzados por Google Books llevaron a las autoridades francesas a revisar su proyecto, de lo que da cuenta el Reporte sobre la digitalización del patrimonio escrito (Tessier, 2010), cuyas conclusiones pueden resumirse en el adagio que reza 'si no puedes vencerlos, únete a ellos'. El debate no está saldado, toda vez que muchas de las cláusulas que Google impone a las bibliotecas con las que celebra convenios no resultan aceptables para las autoridades francesas.

4.2.4 Library.nu. En la última semana de febrero un juez de Munich ordenó, haciendo lugar a la pretensión formulada por un conjunto de editoriales universitarias y asociaciones de editores, que el sitio library.nu, que tenía enlaces a no menos de 400.000 libros digitales, científicos y de texto, fuera dado de baja. El argumento invocado es que muchas de esas obras están protegidas por copyright, del que son titulares. Si bien el acceso a tales enlaces desde el sitio era gratuito, había publicidad (Torres, 2012). Los usuarios, estudiantes e investigadores de diversos lugares del mundo que no pueden acceder a obras agotadas o pagar el precio de las que están en el mercado, han perdido una fuente de conocimiento valiosa (Kelty, 2012).

"Esta vez, la coalición de editoriales ganó la contienda en el marco de la oleada de cierres de sitios de intercambio de archivos que ya bajó Megaupload y apretó a The Pirate Bay, entre otros. Sin embargo, ante la ausencia de un reemplazo considerable en relación con la oferta que había logrado Library.nu, instituciones y organizaciones que bregan por los derechos de los usuarios, profesores e intelectuales se preguntan si el daño sobre el acceso a la cultura no es mayor que el daño al 'derecho de autor'. Es decir, Library.nu era un problema y también una gran solución" (Blejman, 2012)

Como se dijo más arriba, donde unos encuentran piratería otros ven uso compartido.

4.3 Bibliotecas universitarias digitales. En no pocas bibliotecas universitarias están en marcha proyectos de digitalización de las obras propias y de vinculación con otras, para ampliar el catálogo y facilitar el acceso a los estudiantes, profesores e investigadores de la universidad de que se trate, tanto al contenido mismo de esas obras, como a la ubicación del ejemplar impreso, sea en los anaqueles de la propia biblioteca como en otras. Entre ellos, cabe destacar, en América Latina la Biblioteca Virtual

(36) <http://amlawdaily.typepad.com/googlebooksopinion.pdf>

(37) <http://gallica.bnf.fr/>

(38) <http://gallica.bnf.fr/html/editorial/e-distributeurs>

(39) <http://gallica.bnf.fr/html/editorial/condicion-es-de-uso-de-los-contenidos-de-gallica>

UJED (40), en México y en Argentina la Biblioteca Electrónica de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de San Juan (41). En relación a esta última cabe destacar que “[E]ste servicio está disponible para investigadores, profesores y auxiliares docentes con dedicación a la investigación, permanentes, temporarios y visitantes, becarios y personal de apoyo a la investigación, estudiantes de grado y de posgrado y funcionarios autorizados de las Universidades Nacionales del sector público y de diversos organismos de Ciencia y Tecnología, comprendiendo en todos los casos a la totalidad de los centros y delegaciones de los mismos en el país”.

4.4 Las librerías digitales. En los párrafos anteriores se han hecho varias referencias a los mega-proyectos de librerías digitales., de los cuales Amazon es el primus inter pares. Pero el fenómeno no se agota allí, sino que, en línea con las posibilidades que brinda el medio, asistimos al desarrollo de múltiples emprendimientos en el sector que son, sin duda, pequeñas o medianas empresas -pyme-. A los fines de considerar la cuestión en relación a este segmento se reproducen aquí manifestaciones del Dr. Guillermo Zamora, uno de los creadores de la librería digital ‘El Derecho Informático’ recientemente inaugurada, entrevistado para este trabajo. Nacido como una red de abogados con un boletín on line, el emprendimiento de Zamora y Marcelo Temperini poco después evolucionó hacia una revista digital, que ya lleva publicados once números, y desde hace dos años sostiene un posgrado on line, avalado por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. En este contexto, expresa:

“¿Sirve que te cuente de los ebook y la librería? La idea surge después varios números de la revista un tanto extensos como para ser incluidos en una revista y de leer un artículo en el cual comentaban que Amazon había llegado al punto de vender más e-books que libros en soporte papel, de unir esta noticia con los trabajos presentados por los alumnos en el posgrado, más los extensos artículos mencionados, fácil se decanta la idea. Está el material, hay dónde ponerlo, no es algo en extremo complicado el tema del ISBN, así que era cuestión de poner en marcha el proyecto.

Creo que el lanzamiento de la librería es una cuestión lógica así como el de la editora. Si vamos a lanzar libros propios, ¡lo normal es que tengamos dónde venderlos! Por ahora tenemos los libros [sin copyright] porque queremos que, aparte de librería, se vaya convirtiendo con el tiempo en una biblioteca, así que seguiremos sumando volúmenes. Con eso estamos convencidos que generaremos el movimiento que deseamos.

No hay mucha más ciencia en la idea, fue ir viendo qué teníamos y de ahí surgía el resto de las cosas. Para los libros pagos, vamos a estar usando un sistema de pago con tarjeta de crédito que se administra desde el banco emisor, o una plataforma de pago de eventos siendo la diferencia entre uno y otro el trato y las comisiones nada más”

La claridad y elocuencia de estas palabras exime de mayores consideraciones. En tres breves párrafos se describe en su integralidad un proyecto innovador, exponiendo, no sólo parte sustancial de la problemática -el respeto a los derechos de autor-, sino también la enorme flexibilidad que el medio permite -editorial, librería y biblioteca- en un mismo sitio.

4.5 ¿Biblioteca? ¿Librería? Lo expuesto muestra que, en entornos digitales, los términos ‘biblioteca’ y ‘librería’ adquieren vaguedad extrema, hasta aparecer, a veces, como intercambiables. Cabe a los bibliotecólogos hilar tan fino como su deslinde demande. Seguramente si se desentrañaran los fines últimos perseguidos con cada proyecto, tarea ciclópea si las hay, se podría establecer si en ellos predomina el factor económico o la preservación de libros y documentos.

5. Algunos de los problemas jurídicos

Hasta aquí, bien que sin explicitarlo expresamente, se ha dado cuenta de varias de las problemáticas jurídicas involucradas en esta cuestión. Resta ahora abordarlas puntualmente, a fin de esbozar respuestas para algunas de ellas.

(40) <http://www.bibvirtual.ujed.mx/>

(41) <http://www.unsj.edu.ar/bibliotecas.php>

5.1 *Derechos intelectuales.* Dado un e book, entran en escena los derechos intelectuales. Estarán el autor y su derecho; en algunos casos podrá no encontrarse al autor -obras huérfanas (42)-, pero no por ello dejarán de ser cobrados por las sociedades de gestión. Pero veremos también al editor, invocando su derecho, el copyright que junto a los derechos conexos, es figura estelar de la propiedad intelectual en nuestros días. ¿Son aplicables en el mundo digital las reglas de la propiedad intelectual tal como la conocemos? Una primera aproximación al tema da cuenta de que, al decir de Chartier “[h]ay un esfuerzo del mundo editorial por introducir en el mundo electrónico los criterios estéticos y jurídicos que se dan en los libros impresos” (Rolandi, 2010).

“¿Cómo mantener el concepto de propiedad literaria, definido desde el siglo XVIII a partir de una identidad perpetuada de las obras, reconocible más allá de cuál fuera la forma de su publicación, en un mundo donde los textos son móviles, maleables, abiertos, y donde cada uno puede -como lo desearía Michel Foucault en el momento de empezar su lección inaugural aquí [se refiere al College de France] - ‘encadenar, proseguir la frase, alojarse sin ser advertido, en sus intersticios?’” (Chartier, 2008)

La cuestión ya se ha planteado judicialmente -el caso Google Books (43), por ejemplo- y alcanza nivel normativo en la Unión Europea (44) (UE).

Existen, por otra parte, los autores y los lectores, que no son todos iguales. Ya a fines del siglo XIX se reconocían diferencias entre la creación del escritor y la del investigador “El derecho de autor protege las obras literarias y artísticas, pero protege su forma; no sus ideas. Así un escritor puede apropiarse del raciocinio científico contenido en una obra y, aprovechándose hábilmente de ésta, obtener un éxito del que no habrá gozado el verdadero autor” (Weiss, 1940?: 6).

¿No es hora de reconocer que el uso que se da en la academia a las obras publicadas no es idéntico a de quienes practican la lectura placentera? Hacerlo significaría un gran paso hacia la facilitación del acceso al conocimiento y a su desarrollo.

5.2 *Diversidad tecnológica.* Los fabricantes de dispositivos tecnológicos de lectura y algunas empresas ‘editoriales’, por su parte, desarrollan y comercializan dispositivos que funcionan a partir de software desarrollado al efecto, los que no siempre resultan compatibles. ¿Puede pensarse que el acceso a la lectura se resuelve en el ámbito del mercado? ¿Será exigible en este campo la ‘neutralidad tecnológica’? Si el primer cuestionamiento tiene implicancias político-económicas, el segundo es clara y definidamente jurídico. Se trata de establecer si se aplica a las relaciones entre particulares uno de los principios del Derecho Informático, que no se puede obligar al uso de una dada tecnología para que un programa ‘corra’. Piénsese en el caso de las bibliotecas ¿Deberán contar con lectores de cada especie? ¿Y las librerías?

5.3 *¿Cambia el libro o la lectura?* Por fin, ante la convergencia de las dos cuestiones anteriores cabe plantearse si, más allá de la diferencia entre el objeto libro y el objeto e book, estos dos soportes están llamados a seguir caminos paralelos, recorridos convergentes o, simplemente, uno reemplazará al otro. Lo cierto es que, más allá de las pretensiones de ciertos grupos ecologistas, uno y otro muestran ventajas significativas en relación a ciertos usos.

El cambio no está en el soporte, el verdadero cambio está, como señala Chartier, en la lectura.

(42) Una obra huérfana es una obra protegida por los derechos de autor en la que un usuario no es capaz de identificar, localizar o ponerse en contacto con el legítimo poseedor de los derechos (titular de derechos) con el fin de obtener autorización para utilizarla. Declaración de IFRRO sobre las obras huérfanas, emitida el 15 de marzo de 2007. Traducción al español realizada por CEDRO. <http://www.cedro.org/Files/obrasherfanas.pdf>

(43) The Authors Guild et al., Plaintiffs, - against Google Inc., Defendant, United States District Court Southern District of New York, Case No. 05 CV 8136-JES, Case No. 05 CV 8136-JES

(44) Recomendación de la Comisión de 27.10.2011 sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital COMISIÓN EUROPEA, Bruselas, 27.10.2011, C(2011) 7579 final

“¿Cómo preservar maneras de leer que construyan la significación a partir de la coexistencia de textos en un mismo objeto (un libro, una revista, un periódico) mientras que el nuevo modo de conservación y transmisión de los escritos impone a la lectura una lógica analítica y enciclopédica donde cada texto no tiene otro contexto más que el proveniente de su pertenencia a una misma temática?” (Roger Chartier, 2008)

5.4 Régimen jurídico de la lectura. Por último, un problema que haría las delicias de los iuspositivistas más exacerbados ¿Será necesario pensar en el establecimiento de regímenes diferenciados para libros, librerías y bibliotecas en razón del soporte? De mantenerse la distinción entre bienes y cosas, como los avances del Proyecto de Código Civil -Art. 16- parecen indicar, la intangibilidad de los textos digitales, que no son energía ni fuerzas naturales, la impondrá más temprano que tarde.

Conclusiones

El desarrollo tecnológico avanza sobre nuestras vidas. Ha llegado hasta a poner en crisis, en su complejidad, desde cuestiones tan naturalizadas como que en el proceso de la lectura se hojean los libros y que no sólo se puede marcar sus páginas sino también, evocando los glosadores, comentar los contenidos en los márgenes. Pero también ha alcanzado el marco jurídico, mostrando sus límites, afirmación que puede ser rebatida en relación al sistema jurídico en general. Resulta innegable, y se ha demostrado aquí, sin embargo, que el régimen jurídico aplicable a los objetos y sujetos involucrados y sus relaciones en lo referido a la lectura de e books no resulta justo ni equitativo.

Por ello, la pretensión de analizar la problemática jurídica del uso de textos digitales en la academia ha impuesto hacer un recorrido, casi abrumador, por piezas que, al ubicarse en su sitio, al modo de un rompecabezas, van cobrando sentido en su interacción con las vecinas.

La tarea no concluye aquí; no podría hacerlo puesto que las tecnologías y el uso que de ellas hacen las personas están en constante evolución. Sólo cabe esperar que entre quienes definen el marco jurídico no prevalezcan quienes pretenden conservarlo en el siglo XIX y que, por fin, se reconozca que si se pretende fomentar el desarrollo del conocimiento, no son sólo las reglas del mercado las que deben regir su creación y difusión; particularmente en entornos digitales, tanto en lo que se refiere a los contenidos como a los dispositivos tecnológicos que hacen posible su creación y difusión.

Para cumplir su función, los investigadores, profesores y estudiantes deben tener acceso legal al conocimiento, que hoy se presenta en formato digital. Eso sólo se logrará reconociendo que hay bienes socialmente más valiosos que el beneficio económico de quienes sólo participan en la producción de copias en soportes materiales que requieren instalaciones industriales.

Bibliografía

AFP. (Apr 19, 2009). World Digital Library to launch at UNESCO. Disponible en: <http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5iat-c9Vu7m8Me8PqwSp5FYNiv7sQ>

BLEJMAN, Mariano. “Leer será tener una copia ilegal en el cerebro”, EN: Página 12, 06/03/2012, Cultura Digital.

Calibre: Tutorial. (06 dic 2010). Mi Experiencia Kindle: Un blog sobre Kindle y otros eReaders. Disponible en: <http://miexperienciakindle.blogspot.com/2010/12/calibre-tutorial.html>

CHARTIER, Roger. Discurso de investidura como Profesor Honoris Causa. Universidad Carlos III de Madrid, 2001. Disponible en: http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/conocenos/honoris_causa/discurso_roger_chartier

— Escuchar a los muertos con los ojos. Traducción de Laura Fólica. Buenos Aires: Katz, 2008.

DUSOLLIER, Séverine. Estudio exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público. OMPI, 2010, Disponible en: http://www.wipo.int/ip-development/es/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf

GOLDMAN, Noemí y TERÁN, Oscar. "Entrevista a Roger Chartier"; EN: Ciencia Hoy. Revista de divulgación científica y tecnológica de la Asociación Ciencia Hoy, Buenos Aires, sep/oct 1995 6 31). Disponible en: <http://www.cienciahoy.org.ar/hoy31/RogerChartier.htm>

GÓMEZ, Antonio. Del lenguaje visual al libro-objeto. [s.f.]. Disponible en: http://www.art-website.com/modules/art/data/fernandoserrano/antoniogomez01/textos/antonio_gomez.pdf

GONZÁLEZ, Horacio y otros. "Roger Chartier: 'Hay una tendencia en transformar todos los textos en bancos de datos'"; EN: La Biblioteca, Buenos Aires, 2007-6, 10-18

IGARZA, Roberto. E-books, hacia una estrategia digital del sector editorial. Análisis preliminar para el desarrollo de una estrategia de distribución de contenidos digitales. Buenos Aires: Cámara Argentina del Libro, 2010

JEANNENEY, Jean-Nöel. Google and the myth of universal knowledge. Traducido al inglés por Teresa Lavender Fagan. University of Chicago Press, 2007. Algunas páginas disponibles en: http://books.google.es/books?id=rc19MRhlUEgC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

KELTY, Christopher. (01 Mar 2012). The disappearing virtual library. The shutdown of library.nu is creating a virtual showdown between would-be learners and the publishing industry. Disponible en: <http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/02/2012227143813304790.html>

OLIVERA, Noemí. "El sistema jurídico de la Sociedad de la Información. Procesos y tendencias en América Latina"; EN: Wilma Arellano Toledo (coord.). La sociedad de la información en Iberoamérica. Estudio multidisciplinar. México: Porrúa, 2011a (en prensa) OLIVERA, Noemí. "La propiedad intelectual en entornos digitales"; EN: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2011b-41, 507-517

PRENSKY, Marc. "Digital Natives, Digital Immigrants"; EN: On the Horizon. MCB University Press, Oct 2001 9 5). Disponible en: <http://www.marcprensky.com/writing/prensky%20-%20digital%20natives,%20digital%20immigrants%20-%20part1.pdf>

PW -Publishers Weekly-. Judge Adopts Trial Schedule At Google Status Conference, but Settlement Talks Continue, (Sep 15, 2011). Disponible en <http://www.publishersweekly.com/pw/by-topic/digital/copyright/article/48709-judge-adopts-pre-trial-schedule-at-google-status-conference-but-settlement-talks-continue.html>

ROLANDI, Mariana. "Hoy los chicos entran al mundo de los libros a través de lo digital". Entrevista a Roger Chartier, EN: Diario Clarín, 1/7/2010, Ñ Revista de Cultura.

SORKIN, David. "Internet governance models: an international perspective"; EN: Internet Law Bulletin, LexisNexis Butterworths, 2002 5-1-

STIGLITZ, Joseph E. 1999. "Knowledge as a Global Public Good". En Inge Kaul, Isabelle Grunberg y Marc A. Stern, eds., Global Public Goods: International Cooperation in the

21st Century, 308-25. Nueva York: Oxford University Press.

TESSIER, Marc. Rapport sur la numérisation du patrimoine écrit. Remis le 12 janvier 2010. Disponible en http://www.dgmic.culture.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_sur_la_numerisation_du_patrimoine_ecrit.pdf

TORRES, Gregorio. (feb 2012). Cerraron el "Megaupload" de los libros "Library.nu". Disponible en: <http://tedoylu.blogspot.com.ar/2012/02/cerraron-el-megaupload-de-los-libros.html>

VELÁZQUEZ, Isabel. Breve historia de la escritura: soportes, materiales, técnicas (s.f.). Disponible en: http://www.ucm.es/info/archiepi/aevh/guia/escritura_tecnicas.html

VERCELLI, Ariel. Google Books y los cambios en las industrias editoriales, EN: Encuentro Iberoamericano de Editores Científicos (2º: 11-12 de noviembre de 2010: Buenos Aires). Disponible en: <http://www.arielvercelli.org/gbylcelie.pdf>

— Repensando los bienes intelectuales comunes. Análisis sociotécnico sobre el proceso de co-construcción entre las regulaciones de derecho de autor y derecho de copia y las tecnologías digitales para su gestión. Buenos Aires: Edición de autor, 2009. Disponible en: www.arielvercelli.org/rbic.odt

WEISS, Raymond. Hacia una carta mundial de los derechos intelectuales. Documento LXXII, Ministerio de Información de la República Francesa. Oficina central para América del Sur, [1940?]

NOTA: Todas las fuentes electrónicas citadas estaban disponibles el 24 de marzo de 2012.

Construcciones en un espacio fluvial compartido: islas artificiales en el lecho del Río de La Plata

POR HORACIO DANIEL PIOMBO (*)

Sumario: Preliminar. — 1. Introducción. — 2. Régimen jurídico emergente del carácter internacional del recurso natural compartido. — 3. Régimen jurídico emergente del carácter interjurisdiccional del recurso hídrico: el dominio provincial. — 4. La limitada jurisdicción nacional sobre el Río de La Plata. — 5. Ausencia de potestad del gobierno nacional para disponer “per se” la construcción de una isla artificial. — 6. Conclusiones. — 7. Bibliografía. — 8. Jurisprudencia.

Resumen

La publicación comprende lo sustancial de un informe elaborado por el autor para conocimiento del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires. Se trataba, por entonces, de saber qué actitud debían tomar las autoridades locales ante la anunciada construcción de una aeroisla en una porción del Río de la Plata. Y si bien el proyecto fue a la postre abandonado por el gobierno nacional, el progresivo embancamiento de esa vía fluvial, que constantemente agrega territorios a su margen izquierda, torna hartamente verosímil la posibilidad de que en pocos años se reexamine la idea, ante la cercanía y conveniencia económica que ameritaría tal construcción en el espacio fluvial vecino a la CABA. De ahí la continuada y acrecida actualidad del planteo efectuado en este artículo, máxime cuando el texto patentiza la gravitación decisiva de la Provincia de Buenos Aires en la utilización del espacio físico ocupado por el Río de la Plata, incluyendo proyectos de ingeniería que en lo contemporáneo abarcan -más allá de una posible aeroisla- un puente vehicular entre nuestro país y la República Oriental del Uruguay.

Palabras clave: Provincia de Buenos Aires - Río de La Plata - Islas artificiales -aeroisla

Buildings on a shared river area: artificial islands in the bed of the Río de La Plata

Abstract

The publication includes the “main” of a report prepared by the author for the Governor of the Province of Buenos Aires. It was considered the attitude of local authorities about the announcement of the construction of an “aeroisla” (airport) in the “Río de la Plata” by the National Government. And while the project was ultimately abandoned, the gradual adds of silt on the left bank of the river, becomes plausible the idea of the project in a few years, considering the proximity with the capital city of the Argentine Republic and its economic advantage. The paper remarks the sustained and increasing importance of the matter for the Province of Buenos Aires, including today the possibility of engineering projects such as a vehicular bridge between our country and the Republic of Uruguay.

Key words: Province of Buenos Aires - Río de La Plata - Artificial islands - Airport

Preliminar

Pertenece a la memoria colectiva el proyecto, lanzado durante la presidencia de Carlos Saúl Menem, de ampliar las instalaciones aeroportuarias en territorio de la Capital Federal mediante la creación de una isla artificial en el lecho del Río de La Plata, a la altura del actual Aeroparque. Si bien el proyecto,

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

vigorosamente resistido por organizaciones tendientes a la defensa ambiental, *no alcanzó plasmación práctica alguna, el creciente embancamiento del Río de La Plata así como el avance de la formación deltaica del Paraná inferior* –dinámica proveniente del gran aporte sedimentario de cursos fluviales tributarios como el Bermejo– *preanuncia que en un futuro no lejano, el tema de elevar construcciones en el lecho del “Mar dulce” de Solís, adquirirá la categoría de solución probable a algunos problemas del área abarcada por la Capital y el conurbano ribereño. Incluso, el siempre postergado proyecto del puente binacional Argentina-Uruguay* (hoy más que nunca lejano atento la controversia ambiental y las diferencias en materia económica que tensan las relaciones de ambos ribereños) *supone la fijación en el lecho no sólo de las instalaciones correspondientes a los carriles de circulación sino también de eventuales obras de apoyo como, por ejemplo, plataformas destinadas a vehículos de auxilio o estacionamiento de rodados siniestrados. De ahí que la perspectiva jurídica que ofrece el aprovechamiento del suelo o lecho revista un interés especial con miras al futuro.*

Así las cosas, la circunstancia de haber sido consultado en aquel entonces (agosto de 1995) por el Poder Ejecutivo de la Provincia –entre otros docentes de la Universidad Nacional de La Plata pertenecientes a distintas especialidades– acerca del enfoque jurídico de la cuestión y haber emitido en la ocasión un modesto parecer fundado me conduce hoy a hacerlo conocer; esto, sin otra pretensión de reavivar la conciencia sobre futuros desafíos en un punto donde confluyen Derecho internacional público, Derecho constitucional y Derecho administrativo.

1. Introducción

1.1. Ámbito geográfico

El Río de La Plata es un espacio compartido entre las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, que oficia de término final o colector de una cuenca hídrica que abarca aproximadamente tres millones doscientos veinticinco mil kilómetros cuadrados, pertenecientes a cinco Estados sudamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay). Su longitud alcanza a trescientos diecisiete kilómetros, oscilando la anchura desde poco menos de dos kilómetros en su nacimiento, hasta los doscientos veintiuno de su boca, ubicada en el cabo San Antonio, cubriendo el espejo acuático alrededor de treinta mil doscientos doce kilómetros cuadrados.

1.2. Categorización jurídica del espacio

La doctrina y las declaraciones gubernamentales de política internacional han categorizado al Río de La Plata, con fulcro en distintas características hidrológicas, sea como bahía, estuario o curso fluvial, lo que determina distintas interpretaciones en orden a la jurisdicción de los Estados ribereños y al derecho que a su navegación poseen terceros países. Empero, tanto del ordenamiento jurídico argentino como del uruguayo surge incontestable su categorización como río, normativamente consagrada a partir de la entrada en vigencia del Tratado del Río de La Plata y su frente marítimo de fecha 19/11/1973. Sentado esto, cabe señalar que la esencia fluvial del mencionado espacio hídrico importa:

1ro.) *descartar*, en principio, las pautas atributivas de jurisdicción propias del Derecho del mar, que asignan al Estado costanero fajas de suelo sumergido adyacentes según parámetros fijos, por ejemplo: tres, doce o doscientas millas marinas;

2do.) *utilizar* criterios jurisdiccionales adecuados a la particular morfología de los ríos, donde el atributo de la navegabilidad alzaprima la importancia de los canales más profundos y disminuye la gravitación de los accidentes de las contracostas (vgr.: criterio delimitativo del thalweg o vaguada), amén de que la no navegabilidad lleva a conclusiones basadas en temperamentos de “costa seca” o de partición por la línea media.

1.3. Consecuencias

El carácter internacional del ámbito hidrográfico “sub-examine” lleva consigo una doble regulación:

a) la proveniente de instancias suprainternas, cosificadas en tratados y convenios internacionales que operativamente tienen la jerarquía que les atribuyen los arts. 31 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, como también en la costumbre internacional con fundamento en el consenso de los Estados;

b) la que se objetiva en las regulaciones federales y provinciales relacionadas con los ríos interjurisdiccionales.

2. Régimen jurídico emergente del carácter internacional del recurso natural compartido

2.1. Disposiciones del Tratado de 1973 concernientes a obras

La fuente internacional convencional tiene su arraigo en el acuerdo bilateral arriba citado, cuyas normas no prevén específicamente el caso de las islas artificiales pero si estatuyen en orden a la realización de obras en el lecho del curso fluvial, expresando que éstas deberán ser comunicadas a la Comisión Administradora “la cual determinará sumariamente ... si el proyecto *puede producir perjuicio sensible al interés de la navegación de la otra Parte o al régimen del Río*”. La decisión contraria de la Comisión Administradora o la ausencia de acuerdo en su seno determina la necesidad de notificar el proyecto a la otra Parte, acompañando la documentación técnica respectiva (arts. 17, 18 y 19); previéndose para el caso de que la otra parte -en este caso la República Oriental del Uruguay- negare su consentimiento por considerar que la obra puede “producir perjuicio sensible a la navegación o al régimen del Río”, recurrir al procedimiento de solución de conflictos que, en último término, permite llegar a la Corte Internacional de Justicia (arts. 21, 87 y concs.). Cabe observar que en tal caso se destacaría el interés de la República Oriental del Uruguay en razón de que se propone construir la isla artificial en un lugar que, por su distancia con la ribera externa del Río de La Plata, se ubica fuera de la jurisdicción exclusiva argentina, asentándose así en zona de aguas comunes, vale decir, de aprovechamiento y utilización conjunta del elemento líquido del cauce (art. 2, Trat. cit.). A las prenotadas previsiones se adunan para la enmarcación definitiva de la temática:

a) las reglas concernientes a la exploración y explotación del lecho y subsuelo -también gravitantes en la medida que una isla artificial significará remover más de diez metros de limo hasta llegar a suelos relativamente compactos- trabajos éstos que no deberán interferir en los pasajes y canales de uso normal (art. 42);

b) la imputación de responsabilidad respecto de la Contraparte por los daños y perjuicios “inferidos (por el Estado) como consecuencia de la contaminación causada por sus propias actividades o por la de personas físicas o jurídicas domiciliadas en su territorio” (art. 51); contaminación que una obra de la amplitud de la proyectada producirá en la extensión y sentido que a esta palabra otorga el art. 47 del Tratado del Río de la Plata, esto es, “*la introducción directa o indirecta, por el hombre, en el medio acuático, de sustancias (...) de las que resulten efectos nocivos*”.

2.2. Las islas como tema en el Derecho consuetudinario

En el ámbito del Derecho internacional consuetudinario la problemática de las islas ha recibido distinto tratamiento según que el emplazamiento geográfico de éstas sea marítimo o fluvial. El tratamiento en derecho de las islas rodeadas por el hidroespacio marino se vincula con los temas referidos a los modos de adquisición de la soberanía, a la fijación de límites internacionales y al aprovechamiento de la plataforma submarina; en tanto que las particularidades jurídicas de las islas rodeadas de agua no salobre se conecta con el incremento territorial por aluvión y acesión. A su vez, respecto de las construcciones fijadas con permanencia al lecho o subsuelo de los espacios acuáticos, sólo el Derecho del mar contemporáneo regula lo concerniente a las islas artificiales, *cuya erección es permisible únicamente al país que ejerza jurisdicción en el espacio respectivo*, -id est: zona económica exclusiva y plataforma continental-, el cual puede establecer a su alrededor zonas de seguridad aunque no ampliaciones de su mar jurisdiccional (arts. 60 y 80 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 10/12/1982; art. 5 de la Convención de Ginebra del 29/14/1958 concerniente a la plataforma continental). En cambio, las islas artificiales -se destinen o no a la actividad aérea-

prácticamente carecen de regulación en el ámbito del Derecho internacional fluvial o de aguas, en atención a que su singularidad aparece encapsulada dentro de la problemática más genérica de los aprovechamientos hídricos y obstáculos a la navegación.

2.3. Las islas en el Derecho internacional

En punto pues a ríos internacionales, sin perjuicio de lo acordado en el Tratado bilateral celebrado con la República Oriental del Uruguay, se han establecido, por vía de pronunciamientos de organismos y conferencias internacionales, reglas de conducta para los Estados ribereños -*aplicables también por analogía para los ríos interiores en el derecho federal argentino por lo que se dirá "ut infra"* - que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas traduce en los siguientes deberes:

- a) *de cooperar* con los demás países ribereños para lograr una utilización óptima y protección adecuada del curso de agua;
- b) *de no realizar* trabajos que pudieran afectar gravemente las posibilidades de uso de las aguas por otros Estados;
- c) *de evitar* cualquiera nueva forma de contaminación del agua o de aumentar el grado de contaminación existente que pudiera causar un "perjuicio notable" o "importante" en el territorio de alguno de los ribereños;
- d) *de reducir y controlar* individual o conjuntamente, la contaminación de un curso de agua internacional que pueda causar daños apreciables a otros Estados del curso de agua o a su medio ambiente -incluidos los daños a la salud o a la seguridad humanas-, a la utilización de las aguas con cualquier fin útil o a sus recursos vivos.

La declaración de Estocolmo de 1972 y las Resoluciones 2995 y 2996 (XXVII), 3129 (XXVIII) y 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas -especialmente la tercera que establece el principio de información y consulta previa-, así como las resoluciones de la Conferencia Internacional del Agua (Mar del Plata, 1977) y, dentro del ámbito continental, la declaración formulada en la VII Conferencia Internacional Americana (Montevideo, 1933), sancionan principios esencialmente similares a los recogidos por el órgano de estudio y codificación del Derecho internacional de la O.N.U. Dentro de la doctrina jusinternacional publicística, las "Reglas de Helsinki" de 1966 y la Resolución de Montreal de 1982, aprobadas por la International Law Association, y las Resoluciones de Salzburgo (1961) y Atenas (1979) del Instituto de Derecho Internacional, reiteran con mayor acopio de directivas los lineamientos preceptivos enunciados y gozan, además, del consenso unánime de los tratadistas patrios. Por último, en lo que a este acápite concierne, en el plano bilateral argentina ha suscripto el Acta de Santiago, reafirmativa de los principios fundamentales que deben regir la explotación de los cursos de agua internacionales, proclamando que:

"1. La utilización de las aguas fluviales (...) se hará en forma equitativa y razonable.

2. Las Partes evitarán cualquier forma de contaminación de sus sistemas fluviales (...) y, asimismo, preservarán los recursos ecológicos de sus cuencas comunes en las zonas de sus respectivas jurisdicciones.

3. En los tramos contiguos de los ríos internacionales, cualquier aprovechamiento de las aguas deberá ser precedido de un acuerdo bilateral entre los ribereños.

4. Las Partes se reconocen mutuamente el derecho de utilizar dentro de sus respectivos territorios las aguas de sus (...) ríos internacionales de curso sucesivo, en razón de sus necesidades y siempre que no cause perjuicio sensible a la otra.

5. Cuando un Estado se proponga realizar un aprovechamiento de un (...) río sucesivo, facilitará previamente al otro el proyecto de la obra, el programa de operación y los demás datos que permitan determinar los efectos que dicha obra producirá en el territorio del Estado vecino.

6. La Parte requerida deberá comunicar, dentro de un plazo razonable que en todo caso no excederá de cinco meses, *si hay aspectos del proyecto o del programa de operación que pueden causarle perjuicio sensible*. En tal caso, indicará las razones técnicas y cálculos en que se funde y las sugerencias de modificación del proyecto o programa de operación notificados, destinados a evitar aquel perjuicio.

7. (En) los diferendos que (...) se suscitaren (...) (los) Gobiernos tratarán de encontrar una solución (...) *procurando siempre llegar a una solución amistosa y equitativa.*"

En síntesis: a través de una serie de instrumentos internacionales elaborados con el concurso de representaciones gubernativas de la República Argentina o a los cuales ésta ha adherido, puede sostenerse que el Derecho patrio enarbola como principios del Derecho internacional hídrico los de información, consulta previa, aprovechamiento coordinado, no causación de perjuicios sensibles y resguardo del medio contra la contaminación.

2.4. Aplicación del Derecho internacional a los conflictos interjurisdiccionales en materia hídrica

Lo hasta ahora expuesto es trasvasable al ámbito interno argentino, toda vez que la naturaleza jurídica propia del Estado federal (integración de varios Estados en otro Estado) significa que ciertos conflictos, como los concernientes al aprovechamiento de los recursos naturales compartidos entre provincias -vgr.: cuencas hidrográficas-, guardan estrecha semejanza con las situaciones ocurrientes en el plano internacional y, por tanto, puedan resolverse, en ausencia de normas internas aplicables, acudiendo a las preceptivas generadas por la comunidad internacional. Desde mucho tiempo atrás, el temperamento enunciado fue motivo de adopción por los tribunales supremos de las principales federaciones del mundo. Así, la Corte Suprema norteamericana ha decidido que al fallar en las controversias entre Estados federados, debe actuar como un verdadero tribunal internacional, utilizando criterios de solución similares a los empleados para tratar casos suscitados en el ámbito de los Estados soberanos (confrontar los casos, entre otros, "Indiana vs. Kentucky, 136 US 510; "Kansas vs. Colorado", 206 US 46; "Connecticut vs. Massachusetts", 282 US 670, referidos todos a controversias suscitadas por el uso de cursos fluviales interestatales). Este punto de partida también fue hecho suyo por la Alta Corte del Reich Alemán al resolver que "un precepto vigente de Derecho internacional público puede ser aplicado en las relaciones entre los länder, en los límites de sus jurisdicciones respectivas". Además lo proclamaron los tribunales suizos, explicitando que la validez de las normas de Derecho internacional público aplicables por analogía, "reposa directamente sobre el Derecho constitucional federal y no sobre el Derecho de gentes". Y en esta posición también se ubica nuestra Corte Suprema de Justicia, la cual tiene sentado que los principios del Derecho internacional público en materia hídrica "son aplicables por directa analogía a los cursos de aguas interprovinciales", señalando con relación al caso planteado que para resolver lo referente a la utilización de las aguas del río Atuel por las provincias de La Pampa y Mendoza,

"...es menester tomar en consideración las normas que pueden ser asumidas como costumbre en el Derecho internacional, y los principios vertidos en diversas convenciones, resoluciones y declaraciones internacionales que traducen un consenso generalizado de la comunidad internacional y los propios criterios de nuestro país -reflejados normativamente-en cuanto presuponen el carácter de recurso natural compartido de los cursos de agua internacionales y afirman el concepto de una participación equitativa y razonable." (sentencia del 3/12/1987, dictada en los autos "Provincia de La Pampa c/Provincia de Mendoza")

3. Régimen jurídico emergente del carácter interjurisdiccional del recurso hídrico: el dominio provincial

3.1. Hitos en la elaboración de la doctrina interpretativa de las disposiciones constitucionales

Siendo ribereños del espacio "sub-examine" las Provincias de Buenos Aires y Entre Ríos y el distrito federal, el carácter de curso fluvial interjurisdiccional del Río de La Plata aparece como indudable, esto sin contar que es prolongación de otros cursos interjurisdiccionales como el Paraná. Esta categorización trae consigo la problemática concerniente al dominio y jurisdicción de las aguas, lecho y

subsuelo, perfilándose al respecto tres hitos en el desarrollo de la doctrina que, definitivamente consolidada a principios de este siglo, rige hoy incuestionada e incuestionable. Son ellos:

a) *en el orden legislativo*, el “debate parlamentario histórico” de setiembre y octubre de 1869 en la Cámara de Senadores del Congreso Nacional;

b) *en el ámbito gubernativo*, los dictámenes de los Consejeros legales del Poder Ejecutivo Nacional, plasmados desde 1889 en adelante;

c) *en el seno del poder judicial*, el fallo dictado el 8/5/1909 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos caratulados “Gobierno Nacional y Sociedad Puerto de Rosario c/ Pcia. de Santa Fe” .

3.2. Polémica Mitre - Vélez Sarsfield acerca de los poderes de la Nación sobre los ríos navegables

El primer hito se colocó al tratarse la construcción de obras portuarias en la ciudad de Buenos Aires que el Gobierno nacional había decidido llevar a cabo mediante el régimen de concesión a particulares, en momentos en que la Provincia de Buenos Aires expresaba su voluntad de ejecutarlas con fondos del tesoro provincial. Por entonces el gobierno central, para disponer de las riberas y terrenos adyacentes sin acudir a los mecanismos de la cesión o de la expropiación y a la vez negar la potestad provincial de erigir puertos, acudió a dos argumentos:

1.ro.) *que la facultad reglamentaria deferida a la autoridad nacional* -arts. 26 y 67, inc. 9, de la Constitución (hoy 26 y 75, inc. 10)-, implica también la potestad de disponer de los ríos navegables, sus riberas y cauces;

2.do.) *que la percepción de la renta aduanera por el Estado nacional, sólo puede quedar asegurada únicamente si su gobierno tiene la potestad de habilitar puertos.*

Llegado el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados a conocimiento de la Cámara Alta, el senador Bartolomé Mitre, polemizando con el Ministro del Interior Dalmacio Vélez Sarsfield, sostuvo que las tierras cubiertas por las aguas dentro de la línea de alta y baja marea y consecuentemente las playas de los ríos navegables, “son propiedad del pueblo de los Estados en un gobierno federal, no obstante cualquiera otra jurisdicción que pueda ejercer incidentalmente el gobierno nacional por el hecho de ser navegables las aguas”. En apoyo de su postura -que desarrolló en cinco largas sesiones, determinando a la postre el rechazo del proyecto de ley girado por el P. E. N.-, Mitre hizo valer no sólo los argumentos emergentes de los dispositivos aplicables de la Constitución de 1853/1860 (arts. 104, 107 y 108), sino también los antecedentes judiciales norteamericanos y los factores que condicionaron el advenimiento del federalismo argentino. Además, cabe significar que la sanción del proyecto por la Cámara Baja del Congreso Nacional había provocado que la Provincia hiciera formal reserva de su derecho para ejecutar “per se” obras en el Río de La Plata, mediante las comunicaciones que su gobernador, Emilio Castro, dirigió al Ministerio del Interior en 12 y 21 de julio de 1869.

3.3. Opinión de los asesores legales del Poder Ejecutivo Nacional

El segundo hito fue erigido por el Procurador General de la Nación Dr. Eduardo Costa, al pronunciarse administrativamente contra lo que había sido el criterio hasta entonces imperante en ese organismo -por aquel entonces, anótase, con competencia similar a la que hoy tiene la Procuración del Tesoro de la Nación-, atribuyendo asertivamente la titularidad del dominio público de los cursos de agua fluviales -lecho y cauce- a los Estados provinciales. De ahí que para realizar puertos y obras en los ríos navegables no sólo era necesaria la intervención del Estado nacional para su habilitación, sino de la provincia en que se construye, para la cesión del suelo, de las riberas y del lecho del río.

3.4. Dirección jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El tercer y último hito queda objetivado con el considerando 16 de la especie judicial individualizada en 3.1.c), donde se declara que “el poder de reglamentar la libre navegación puede ejercerse con igual amplitud y eficacia, cualquiera que sea el propietario del lecho de esos ríos; (como así también) (...) el de reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre

si". Asimismo se señala que bajo el imperio de una disposición concordante (el art. 1ro., sección 8va., cláusula 3ra., de la Constitución de los Estados Unidos)

"...los tribunales federales (estadounidenses) han reconocido en numerosos fallos que los estados existentes en la época de la adopción de la Constitución y los admitidos posteriormente en la Unión, tienen el dominio de los ríos que corren por sus territorios y, en parte, de los que sirven de límites, reconociendo a la vez que la Nación no está sujeta a pagar indemnizaciones por la tierra bajo el agua que ocupe para mejorar la navegación y que no haya sido antes utilizada en muelles, etc., por concesionarios o adquirentes de los Estados particulares (179 US 141)".

En el considerando 19, el más alto tribunal de la Nación declaró que:

"...en los pactos preexistentes a que alude el preámbulo de la Constitución Nacional, se encuentra también explícitamente consignada la propiedad provincial sobre los ríos (...)" y en el considerando 23 dice "la propiedad provincial sobre canales navegables y ríos explícitamente consignada en esta constitución, habilita a las Provincias para ejercer sobre las playas de los que atraviesan sus respectivos territorios, todos los derechos comprendidos en el dominio público (...)" ; todo ello sin perjuicio de los poderes de la Nación para dejar sin efecto los actos de las mismas provincias o de sus causahabientes contrarios a la libertad de navegación o a las medidas que el Congreso haya sancionado en uso de sus atribuciones constitucionales (...)"

Los fallos posteriores han ratificado la doctrina de tal fundamental pronunciamiento líder (vgr.: sentencia citada en 2.4 "in fine"), dejando firmemente aclarado, por ejemplo;

a) que los ríos y sus cauces son bienes del dominio público, correspondiendo su titularidad a las provincias en las cuales se encuentran ubicados, cualidad que las habilita para disponer lo concerniente a su uso (CS, 7/5/1981, Dirección Nacional de Vialidad c Municipalidad de Lules);

b) que el art. 8 de la ley 20.094 de navegación, no excluye la participación de los Estados provinciales en todo lo concerniente a la delimitación y uso de los bienes públicos destinados a esa actividad, habida cuenta el derecho de dominio que les compete (CS, 29/3/1977, Provincia Buenos Aires c Gobierno Nacional);

c) que las islas formadas en los cauces de los ríos navegables son, en principio, del dominio provincial (CS, 18/8/1917, Empresa del Puerto de Rosario c los propietarios de la "Isla del Espinillo").

3.5. Posición de la doctrina

La doctrina, por su parte, usualmente acoge la postura que dimana de los antecedentes precitados señalando en su discurso que en la distribución de poderes hecha por la Constitución Nacional cabe distinguir la jurisdicción del dominio tratándose de ríos navegables, perteneciendo este último "a las Provincias". La jurisdicción nacional se ejercita exclusiva y excluyentemente sobre los mismos, en todo cuanto puede referirse a la navegación interior o comercio interprovincial. El Poder que el gobierno federal tiene para reglamentar exclusivamente el uso y ejercer la policía de los puertos, sean naturales o artificiales, con tal que sean puertos legales, en su poder de reglamentar el comercio, se deriva de la facultad de ejercer vigilancia en las costas, sean marítimas o fluviales; entendiéndose sin embargo, que esa facultad está limitada a asegurar la observancia de los reglamentos de comercio y que de ninguna manera perjudica al dominio territorial de las provincias y de su jurisdicción, en todo lo que no se relacione con el comercio y la navegación. Superada toda controversia acerca del dominio provincial, la discusión se ha desplazado hacia dos tópicos, a saber:

a) *la forma que asume el dominio provincial*, sosteniendo una parte de la doctrina que el río es de propiedad de la provincia por donde corre, *mientras que otra parte se inclina por el condominio en razón de el agua no puede dividirse materialmente*, operación que, en cambio, si puede hacerse respecto del cauce, el cual pertenecerá a la provincia en cuyo territorio se encuentra.

b) *tratándose de la potestad de regular el uso compartido de las aguas en ausencia de acuerdo entre las provincias interesadas*, se disiente si corresponde a la Corte Suprema de Justicia determinarlo, en

ejercicio de la competencia que le otorga el art. 127 de la Ley Fundamental (tesis localista o provincialista), o si es atribución del Congreso Nacional (tesis centralista sostenida por quienes le reconocen a este órgano legislativo el poder de gestionar los intereses federales).

Al no existir sobre el aprovechamiento compartido del Río de La Plata normas de carácter interjurisdiccional o preceptiva federales que excluyan la aplicación de los principios sentados por el Tratado del Río de La Plata, cualquier controversia deberá seguir, a tenor del pensamiento doctrinario, la sustanciación que marca el texto constitucional antes citado, como también lo indicó el fallo citado “ut supra” en 2.4., en cuyo “obiter dicta” se instó a las partes a suscribir acuerdos con sujeción a los principios allí sentados y a los que fluyan del Derecho internacional hídrico.

Por último, es opinión recibida que “las islas que (...) se formen -en este último caso, natural o artificialmente- tienen la misma naturaleza jurídica del álveo al cual acceden”, o sea que se incorporan al dominio provincial si el curso fluvial pertenece a la jurisdicción local, tal como es la regla en el territorio de la República Argentina (art. 2340, inc. 6to., del Código Civil).

4. La limitada jurisdicción nacional sobre el Río de La Plata

4.1. Error conceptual manifiesto en alguna doctrina

Al señalarse en doctrina el alcance del dominio público fluvial, una corriente expresa un pensamiento similar que puedo condensar de la siguiente manera: No hay en el país otras aguas dulces de dominio federal que aquellas a las que es ribereña la ciudad de Buenos Aires, todas las demás son del dominio provincial. La Nación ejerce jurisdicción exclusiva y excluyente de las Provincias en ciertas limitadas materias, a saber: primero respecto de la navegación fluvial interprovincial, segundo respecto de ciertas grandes obras hidroeléctricas que la legislación vigente permite declarar de jurisdicción nacional; tercero respecto de la política fluvial y lacustre internacional, esto es, de las relaciones con los otros países copartícipes de cuencas internacionales. En todos esos ríos navegables o no, todas las demás materias de competencia gubernamental son de jurisdicción provincial. Entre otras: los usos industriales, mineros, pecuarios y recreativos, abastecimientos domésticos y municipales, irrigación, control de las inundaciones, de la sedimentación y de la erosión.

Adviértase que subyace en el primer aserto un error como lo es la verdad de sus restantes enunciados, tal como se evidencia a continuación.

4.2. Mantenimiento de la soberanía provincial en la etapa anterior a la federalización de Buenos Aires

Desde el cabildo cerrado del 12 de febrero de 1820 que marca el surgimiento autónomo de la Provincia, ésta ejerció su jurisdicción en todo el territorio terrestre y fluvial que se atribuía mediante la explotación económica y la defensa militar y naval de toda su superficie. Separada de la Confederación, uno de sus primeros actos fue protestar con motivo de la celebración por aquélla de sendos tratados de libre navegación de los ríos con Inglaterra y Francia el 10 de julio de 1853 y con EE. UU. el 27 del mismo mes y año, porque entendía que afectaban sus derechos sobre el Río de La Plata y la Isla de Martín García. *Con la sanción de la Constitución de 1854 Buenos Aires, que no había concurrido al Congreso Constituyente de 1853, asumió el pleno ejercicio de su soberanía interior y exterior. Al mismo tiempo reafirmó nuevamente su jurisdicción sobre el Río de La Plata, al disponer en el art. 2 de su Carta Fundamental que el territorio de la provincia comprendía “la isla de Martín García y las adyacentes a sus costas fluviales y marítimas”. Integrada después de la batalla de Cepeda a la Nación por el Pacto de San José de Flores, y definitivamente incorporada con la aprobación de la reforma constitucional de 1860, todas las enmiendas producidas tuvieron por objeto afianzar el federalismo y su soberanía en cuanto ésta no fuese expresamente delegada.* De ahí la inclusión, sobre la base de sus proposiciones, del art. 104 (hoy 121) en el texto de la Ley Suprema. Luego, con el receso de las autoridades nacionales después de Pavón, reasume nuevamente su soberanía, potestad que inmediatamente utiliza no aceptando la imposición de la ley 12 que federalizaba todo su territorio. “A posteriori” si bien mediante la ley 1029 le fue negada esa soberanía federalizando su ciudad capital sin el necesario consentimiento

previo de la legislatura (art. 3 de la Constitución bonaerense de 1873), tal cercenamiento se produjo acudiéndose al empleo de las armas, al avasallamiento de su gobierno mediante la intervención federal y a la amenaza de reunir una convención constituyente para reformar los arts. 3 y 104 de la Constitución Nacional, temperamento este último que adoptó la ley 1030. *Vale decir que desde su nacimiento como Estado, que es anterior a la Nación, sea a través de una norma constitucional, sea mediante formales reservas formuladas ante la autoridad federal (ver retro, parágrafo 3.2.), la Provincia jurídicamente mantuvo, hasta llegar a su conformación territorial definitiva, una soberanía espacial comprensiva del Río de La Plata.*

4.3. Las restricciones que fluyen de la normativa dictada con motivo de la federalización de la ciudad de Buenos Aires

Empero, lo fundamental es que la segregación de su ciudad capital no llevó consigo porción alguna del cauce del Río de La Plata que no fueran las riberas afectadas al puerto de Buenos Aires. Esto fluye con meridiana claridad del propio texto de la ley de federalización n° 1029, el cual contiene las siguientes dispositivos:

Art. 1ro.- Declárase Capital de la República al municipio de la ciudad de Buenos Aires bajo sus límites actuales y después que se haya cumplido el requisito constitucional de que habla el art. 8vo. de esta ley.

Art. 2do.- Todos los establecimientos y edificios públicos situados en el municipio quedarán bajo la jurisdicción de la Nación, sin que los municipales pierdan por esto su carácter.

Art. 3ro.- El Banco de la Provincia, el Hipotecario y el Montepío permanecerán bajo la dirección y propiedad de la Provincia, sin alteración en los derechos que a esta correspondan.

Art. 4to.- La Provincia mantendrá igualmente la administración y propiedad de sus ferrocarriles y telégrafos aunque empiece su arranque en el municipio de la ciudad, conservando asimismo la propiedad de los demás bienes que tuviese en él.

Art. 5to.- La Nación tomará sobre si la deuda exterior de la Provincia de Buenos Aires, previo los arreglos necesarios.

Art. 6to.- El Gobierno de la Provincia podrá seguir funcionando sin jurisdicción en la ciudad de Buenos Aires, con ocupación de los edificios necesarios para su servicio, hasta que se traslade al lugar que sus leyes le designen.

Art. 7mo.- Mientras el Congreso no organice en la Capital la Administración de Justicia, continuarán desempeñándola los Juzgados y Tribunales provinciales con su régimen presente.

Art. 8vo.- Esta ley sólo regirá una vez que la Legislatura de Buenos Aires haya hecho la cesión competente prestando conformidad a sus cláusulas, con arreglo a lo dispuesto en el art. 3ro. de la Constitución Nacional.

La normativa dictada en consecuencia por la Provincia adhiriendo a la ley nacional prenotada (ley local 1355), tampoco otorgaba el asentimiento legislativo para algo más que el limitado ejido del Municipio de la ciudad de Buenos Aires, conforme se desprende de su texto expreso:

“Art. 1ro. A los efectos del art. 3ro. de la Constitución de la Nación, la Legislatura de la Pcia., cede el territorio del Municipio de la ciudad de Buenos Aires, que ha sido declarado capital de la República por la ley nacional de setiembre 21 de 1880.

Art. 2do. Queda facultado el P. E. para celebrar con el Gobierno Nacional los arreglos necesarios al cumplimiento de esta ley, debiendo someterlos a la aprobación de la Legislatura.”

A su vez, el decreto dictado como consecuencia de la sanción de la ley provincial 1355, expresa que:

“De conformidad con lo dispuesto en la ley de 8 de diciembre, aceptando la del Congreso (Nacional) de fecha 21 de setiembre último, que ha designado este municipio como Capital de la República, el Poder Ejecutivo ha acordado y decreta: *Art. 1ro. Entréguese al Exmo. Gobierno Nacional la jurisdicción que con arreglo a las leyes citadas le corresponde en este Municipio.*”

Por último, los acuerdos complementarios de fechas 9/12/, 15/12/, 17/12 y 28/12/1880, nada agregan sobre el particular, pues se refieren a entrega de bienes y coordinación impositiva.

En su consecuencia, entonces, el Estado Nacional entendió incorporar y la Provincia ceder sólo el territorio y la jurisdicción municipal que correspondía a la ciudad de Buenos Aires, nunca jamás el dominio sobre el Río de La Plata que la Constitución le atribuía. Las obras que el gobierno nacional realizó luego en el puerto de Buenos Aires no necesitaban autorización provincial porque se realizaron en jurisdicción del municipio; menos aún la de los canales exteriores, que claramente se fundamenta en las disposiciones constitucionales que hacen a la construcción de vías fluviales navegables, promoción de la navegación interior y apertura de los ríos a los buques de todas las banderas (arts. 16, 75, incs. 10 y 18, y 125 de la Ley Suprema).

4.4. La afirmación de los derechos de la Provincia en el comportamiento posterior del Estado Nacional

La conducta posterior de la Provincia de Buenos Aires no da lugar a equívoco: dictó leyes y decretos articulando y reglamentando su jurisdicción sobre el litoral fluvial (por ejemplo: leyes 4739, 5838, 7580 y 10.513, y decreto 102/66) y reivindicó enérgicamente la Isla Martín García al Estado Nacional a través de continuas reclamaciones que tuvieron su cenit en el dictado del decreto del 24/2/1943. A su vez, la conducta activa como omisiva de la Nación tampoco dio lugar a equívocos: Nunca planteó a la Provincia cuestiones de límites fluviales, pese a que ésta no sólo posee indiscutiblemente las costas adyacentes a la Capital y el lecho, sino también la contracosta representada por la Isla Martín García. Además, sin salvedad o reserva alguna sobre lecho o subsuelo del Río de La Plata, reconoció los derechos de la Provincia de Buenos Aires a la Isla Martín García, restituyéndola a la jurisdicción local mediante la sanción y promulgación de la ley 14.411.

5. Ausencia de potestad del gobierno nacional para disponer “per se” la construcción de una isla artificial

5.1. La garantía constitucional de razonabilidad

La Constitución Nacional consagra la garantía de razonabilidad, normativamente arraigada en sus artículos 1, 5 y 33, cuyo contenido “*exige que la aplicación concreta de la ley no resulte fruto de una voluntad no gobernada por la razón.*” Todo acto que quebrante esa garantía adolecerá “de invalidez constitucional congénita”, lo cual se traduce en su nulidad “absoluta (y) manifiesta”. Este vicio, conforme se explicará, afecta el acto administrativo que pudiera disponer la construcción de la supramentada isla artificial.

5.2. Circunstancias fácticas que determinan la irrazonabilidad

El Río de La Plata es hoy es un reservorio contaminado por sus afluentes y nocivos vertimientos que operan comprometiendo el suministro de agua potable a populosos sectores del conurbano bonaerense, incluso a la propia ciudad capital de nuestra Provincia y sus aledaños. La propuesta de una aeroisla por levantarse en el lecho del Río frente a las tierras que ocupa el Aeroparque de la ciudad de Bs. As., importa, en líneas generales, un obstáculo kilométrico para el natural drenaje de materias suspensas, desechos, desperdicios y otros elementos contaminantes que limitará aún más, en directo perjuicio de la Provincia, la purificación y el aprovechamiento útil de sus aguas. Al respecto, el ingeniero Ricardo Schwarz, profesor titular de las cátedra de Puertos y Vías Navegables en las Universidades de Buenos Aires y Católica Argentina, después de referirse a “las enormes incertidumbres técnicas que envuelve la construcción de una isla artificial de más de trescientas hectáreas, en un subsuelo muy blando lo que originará “compresiones y asentamientos de gran magnitud en un período

de hasta veinte años, con progresiva muestra en las construcciones de descensos diferenciales, fisuras y roturas-, destaca que una isla como la prevista modificará notoriamente el comportamiento hidrosedimentario del río, transformará la calidad urbana de la zona y enervará las actividades deportivas. Otras opiniones técnicas coinciden en que la obra propuesta aumentará la fuerte sedimentación del Río de La Plata, apurando considerablemente el proceso deltaico que avanza desde el Río Paraná, con la correlativa disminución de la profundidad del cauce fluvial, creación de embancamientos y estancamiento de aguas que originarán focos contaminantes para la salud humana y particularmente agresivos de la flora y fauna. Y resulta omnipresente que la reforma constitucional de 1994 consagró el auténtico derecho - deber de preservar el medio ambiente; categorizado, respecto de las provincias federadas que legislan complementariamente sobre el particular, como un poder no delegado al gobierno central (arts. 41 y 121 de la Carta Magna patria).

5.3. Consecuencias

Así las cosas, emerge con claridad que el “factum” expuesto debe confrontarse con la teoría de los elementos del acto administrativo.

a) En primer lugar, el objeto del acto debe ser cierto, o sea conocido como verdadero, seguro e indubitable, así como claro, preciso y posible física y jurídicamente. El orden normativo indica una serie de formalidades y procedimientos que cumple observar antes de emitir la voluntad administrativa. Tales la licitación pública, el concurso, el debate institucional que en el caso convoca a las autoridades nacionales, provinciales y municipales -dado que estas últimas se hallan en aptitud de fijar el destino de las tierras que ocupa actualmente el Aeroparque-, autorizaciones, aprobaciones, etc. son los actos necesariamente preparatorios que legitiman la voluntad razonable que debe exteriorizar el acto administrativo.

b) La razonabilidad, prenda primaria de validez del acto administrativo, impone valorar de un modo no arbitrario las circunstancias de hecho y el derecho aplicable para la adopción de medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden público. El acto administrativo resulta entonces irrazonable

“(…) si el administrador prescinde de su sujeción a la ley, o a la prueba o razona falsamente, con lo cual el acto se fundamentaría en su sola voluntad, en su capricho o veleidad personal”. También “si el funcionario al dictar el acto, no se atiende a los hechos acreditados en las actuaciones, se funda en prueba inexistente, desconoce las existentes, prescinde de toda fundamentación normativa seria o comete un total e inexcusable error de derecho, etc., actúa arbitrariamente y el acto está viciado” (conf.: ley 19.549. art. 7, inc., b), y 14, inc. a); Procuración del Tesoro de la Nación, “Dictámenes” t. 81, p. 228; t. 86, p. 337; CS, “Fallos”, 235, p. 654; t. 224. p. 523).

También, en los supuestos en que el orden normativo exija la autorización de otro órgano para el dictado de un acto, la misma, bajo pena de nulidad, debe ser previa, y no puede otorgarse luego de emitido el acto de que se trate. Además, vicia el acto administrativo, la transgresión de reglas unívocas de la ciencia o de la técnica o principios elementales de la lógica. A este respecto no parece acertada la omisión de evaluar otras alternativas y el haber requerido asesoramiento de profesionales holandeses, “id est” pertenecientes a un pueblo que supervive temeroso de la cercana eclosión del efecto invernadero en su insuficiente territorio (alrededor de sólo treinta mil kilómetros cuadrados) en parte provisoriamente ganado al mar, mientras que la Argentina posee una gigantesca superficie continental de casi dos millones de kilómetros cuadrados (la octava del mundo en orden de importancia) y muchos miles de kilómetros sin urbanizar en las cercanías de la ciudad de Buenos Aires, incluso aeródromos poco utilizados con importante equipamiento como Morón, o grandes espacios firmes de fácil acceso por autopistas y ferrocarril y otros medios como las tierras del Partido de Quilmes. El traslado del aeroparque a estos sitios, como es de toda obviedad, será más inmediato y mucho menos complicado y costoso, evitando, además, el agravamiento sedimentario y contaminante, hasta de última su cegamiento, del río que sirve de manera insustituible a la preservación de la calidad de vida del habitante bonaerense.

6. Conclusiones

En síntesis, de lo expuesto se desprende que:

1º) El Río de La Plata es un espacio internacional e interjurisdiccional donde:

- a) el lecho es parte del dominio público de la Provincia de Buenos Aires;
- b) la jurisdicción sobre sus aguas navegables pertenece a la Nación Argentina y
- c) el gobierno incumbe a la Comisión Administradora del Río de La Plata.

2º) En los cursos fluviales -y el Río de La Plata lo es por su caracterización jurídica- la posesión de costas no atribuye automáticamente fajas jurisdiccionales. Se trata, en definitiva, de aguas interiores cuyo estatuto corresponde dictar soberanamente al ribereño.

3º) La organización constitucional federal garantiza a las provincias el dominio de todos los ríos que pasan por sus respectivos territorios, en tanto que a la Nación se le atribuye la jurisdicción respecto de la navegación fluvial interprovincial y de la política fluvial y lacustre internacional.

4º) Con independencia de su apuntada jurisdicción sobre el Río de La Plata, cualquier obra que la Nación resuelva hacer en su lecho se halla condicionada por los principios de información, consulta previa, minimización del daño al ecosistema y conservación de la calidad de vida de los habitantes alcanzados por el emprendimiento.

5º) La Provincia de Buenos Aires, que en todo momento ha defendido y reivindicado su dominio público sobre el Río de La Plata, no cedió a la Nación más que la jurisdicción de que era titular el municipio de la ciudad de Buenos Aires, nunca sus derechos sobre las aguas y el cauce de esa vía fluvial, por lo que la construcción de una isla artificial no destinada a mejorar las condiciones de navegación del Río de La Plata, exige la previa cesión al Estado federal de lo que es titular la Provincia, como en oportunidad lo hizo territorialmente respecto de los pueblos de Flores y Belgrano (leyes 2089 de la Nación y 1899 de la legislatura bonaerense).

6º) Obras del tipo de la llamada "aeroisla" producirán impacto sensible en aguas y suelo del Río de La Plata, así como en su atmósfera, con agravamiento de la contaminación y del proceso sedimentario, tornando más difícil, costosa e insegura la potabilización de las aguas que se destinan al consumo del conurbano y de la propia ciudad capital de la Provincia.

7º) Todo acto unilateral del gobierno federal que autorice una obra semejante será manifiestamente nulo por omisión de consultas y conformidades previas, así como por su irrazonabilidad constitucional, teniendo la Provincia de Buenos Aires las vías jurisdiccionales necesarias ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para impedir su realización.

7. Bibliografía

ALLENDE, Guillermo. Derecho de aguas. Buenos Aires: EUDEBA, 1971, 185 y ss.

ARGENTINA. Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados. Buenos Aires: Congreso de la Nación, 1955, 608.

ARGENTINA. Diario de sesiones de la Honorable Cámara de Senadores. Buenos Aires: Congreso de la Nación, 1955, 254-255.

ARMAS BAREA, Calixto. "El tratado del Río de La Plata y su frente marítimo", EN: Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, 1973/1976, 43-45, 7 y ss.

BARBERIS, Julio y PIGRETTI, Eduardo. Régimen jurídico del Río de La Plata. Buenos Aires: Abeledo Perrot, [1969?].

BAS, Arturo M. El derecho federal argentino. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1927, t. 2, 49 y ss.

- BOWETT, D. W. "Islands", EN: Encyclopedia of Public International Law. North Holland, 1989, t. 11, 165.
- BUENO RUÍZ, Antonio. "La línea de ribera", EN: Revista notarial, 1970-793, 1903.
- CANO, Guillermo J. Estudios de derecho de aguas. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1943, 121 y ss.
- Recursos hídricos internacionales. Buenos Aires: Zavalía, 1979, 75 y ss.
- "Las reglas de Helsinski y los intereses fluviales internacionales en la Argentina", EN: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1979-A, 801.
- CARRANZA, Arturo B. La cuestión capital de la República: 1826 a 1887. Antecedentes, debates parlamentarios, iniciativas, proyectos y leyes. Buenos Aires: Rosso, 1926-1928.
- CASTELLO, Manuel. Legislación de aguas. Tesis presentada para optar al título de doctor. Buenos Aires: UBA, 1921.
- DIEZ DE VELAZCO, Manuel. Derecho internacional público. Madrid: Tecnos, 1991, t. 1, 439 y ss.
- DROMI, José. El acto administrativo. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, 48-67.
- FENWICK, Charles. Derecho internacional. Buenos Aires: Omeba, 1963, 423-424.
- FRENKEL, Leopoldo. "La aplicación del derecho internacional público en los conflictos de límites interprovinciales", EN: Jurisprudencia argentina. Serie Contemporánea. Doctrina, Buenos Aires, 1970, 436.
- FRÍAS, Pedro J. El federalismo argentino: Introducción al derecho público provincial. Buenos Aires: Depalma, 1980, 182 y ss.
- GOLDENBERG, Isidoro. "El régimen jurídico de las aguas como bienes públicos", EN: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1990-D, 875.
- GONZÁLEZ LAPEYRE, Edison. El estatuto del Plata. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1978.
- GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires: Macchi, 1979, t. 3, cap. IX, 26 y ss.
- LINARES, Juan F. La razonabilidad de las leyes, "el debido proceso" como garantía innominada de la Constitución Nacional. 2a. ed. actualizada. Buenos Aires: Astrea, 1970, 108.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. "Los conflictos entre las provincias", EN: Jurisprudencia argentina, Buenos Aires, 1985-III, 737
- LLAMBÍ, Armando H. La isla de Martín García. Buenos Aires: Ministerio de Bienestar Social. Subsecretaría de Cultura, 1973.
- MARIENHOFF, Miguel S. Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas. Buenos Aires: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1972, 297 y ss., 516 y ss.
- "El régimen de las aguas en nuestro sistema federal", EN: El Derecho, Buenos Aires, 1984-106, 791-802.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis y LÓPEZ, Joaquín. "Derecho de aguas. Régimen transitorio y normas de conflicto", EN: Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1978-1979, 42-43, 335
- PASTOR RIDRUEJO, José A. Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales. Madrid: Tecnos, 1994, 477 y ss.
- PIGRETTI, Eduardo A. "Evaluación de las declaraciones de Asunción y Santiago relativas a las cuencas hidrográficas", EN: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1971-143, 1130.

—”Planificación de la Cuenca del Plata por el Brasil y el acuerdo sobre recursos naturales de Nueva York, EN: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1972-148, 1077.

PIOMBO, Horacio D. Teoría general y derecho de los tratados interjurisdiccionales internos. Buenos Aires: Depalma, 1994, 28-29

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Derecho constitucional. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, 650.

REY CARO, Ernesto. “La protección y preservación del medio ambiente de los cursos de agua internacionales”, EN: Estudios en honor de Pedro J. Frías. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1994, t. II, 685 y ss.

ROSATTI, Horacio y otros. La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión de Redacción. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1994.

SABATÉ LICHTSCHEIN, Domingo. “Islas en derecho internacional público”, EN: Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1967, t. XVI, 901.

SAGÜÉS, Pedro Néstor. Recurso extraordinario. Buenos Aires: Depalma, 1984, t. 2, 613 y ss.

SPOTA, Alberto G. Tratado de derecho de aguas. Buenos Aires: Jesús Menéndez, 1941, t. 2, 32 y ss. y 326 y ss.

VARELA, Luis V. Historia constitucional de la República Argentina. La Plata: Taller de Impresiones Oficiales, 1910, t 3, 315.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. Un debate parlamentario histórico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.

8. Jurisprudencia

CSJN, 8/5/1909, Gobierno Nacional y Sociedad Puerto del Rosario c/ la Provincia de Santa Fe, EN: Fallos, Buenos Aires, 1909-111, 179.

CSJN, 18/8/1917, Empresa del Puerto de Rosario c los propietarios de la “Isla del Espinillo”, EN: Fallos, Buenos Aires, 1917-126, 82.

CSJN, 17/10/1938, García, Ramón R. c Provincia de Buenos Aires, EN: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1938-12, 489.

CSJN, 24/9/1949, Servicios Aéreos Cruzeiro do Sul Ltda., EN: Jurisprudencia argentina, Buenos Aires, 1950-I, 454.

CSJN, 29/3/1977, Provincia Buenos Aires c Gobierno Nacional, EN: El Derecho, Buenos Aires, 1977-73, 307.

CSJN, 7/5/1981, Dirección Nacional de Vialidad c Municipalidad de Lules, EN: Jurisprudencia argentina, Buenos Aires, 1982-III, 37.

CSJN, 3/12/1987, Provincia de La Pampa c Provincia de Mendoza, EN: Jurisprudencia argentina, Buenos Aires, 1988-I, 681 (párrafos 127 a 135 del voto de la mayoría).

9. Otros elementos de consulta

* Información periodística inserta en los diarios de la Capital Federal y La Plata los días 11, 12, 13, 14 y 15 de agosto de 1995.

* Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, expediente 445/88 caratulado “Mapa Judicial. Reincorporación a la Provincia de la ciudad de Buenos Aires.”

La empresa y el arbitraje “on line” en el comercio internacional

POR LILIANA ETEL RAPALLINI (*)

Sumario: I. Tendencias actuales del Arbitraje Internacional. — II. El mercado electrónico o “e-commerce”. — III. El empleo de la “videoconferencia arbitral”. — IV. Propuesta y consistencia del Arbitraje Virtual. — V. Perspectiva. — VI. Bibliografía.

Resumen

El arbitraje de Derecho Privado Comercial Internacional tanto como el Regional ha cobrado hoy día inusitada difusión. Su pertenencia al Derecho Internacional Privado obedece al objeto o especie de relación jurídica que ha de ocupar al procedimiento de arbitraje que se ha de caracterizar por contener elementos de derecho nacional y extranjero. Su implementación facilita la contratación internacional conformando un medio alternativo de resolución de controversias de mayor celeridad e inmediatez que el proceso judicial estatal. El comercio internacional ocupa merecido espacio dentro del mundo virtual. La propuesta de la presente entrega tiende a exponer modelos de arbitraje “on line” lo cual redundará en beneficio de la materia mercantil que constituye, indudablemente, el ámbito más idóneo y frecuente del arbitraje internacional.

Palabras clave: arbitraje internacional- arbitraje on line - comercio virtual

Abstract

Arbitration in the International Commercial Private Law as well as the Regional Commercial Arbitration today has taken unusual diffusion. Its membership to the Private International Law obeys to the object or kind of legal relationship that will occupy to the arbitration procedure which will be characterized by containing elements of national and foreign Law. Its implementation facilitates the international contracting and constitutes an alternative medium of disputes resolution more quickly and immediacy than the state judicial process. International commerce occupies a deserved space in the virtual world. The proposal of the present work tends to expose models of arbitration “on line” on benefit to the commercial matter that is without doubt the most suitable and frequent international arbitration field.

Key words: international arbitration – on line commerce – virtual commerce

I. Tendencias actuales del Arbitraje Internacional

La proyección verdaderamente internacional del arbitraje supone que haya de adoptarse una fórmula válida para todos los ordenamientos jurídicos y sistemas nacionales, y capaz de englobar jurídicamente las posibles diferencias de concepto sobre qué se entiende por internacional. Pero puede consensuarse que dos circunstancias lo internacionalizan; por una, la naturaleza internacional de la acción que se lleva a arbitraje y que resulta de la diversa etiología jurídica de los elementos que la componen y por otra, la extraterritorialidad del laudo arbitral cuando es necesario reconocerlo y ejecutarlo en un país diferente de aquel del que emanó incorporándose a tal fin los mecanismos derivados de la cooperación jurídica internacional destinada precisamente, a otorgar efectividad más allá de las fronteras a los decisorios nacionales en el extranjero.

(*) Profesor Ordinario Titular de la Cátedra I de Derecho Internacional Privado. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

A su vez, el carácter consensual del arbitraje responde sustancialmente a dos expectativas; por una, marcar diferencias con la jurisdicción convencional o estatal y por la otra, su esencia naturalmente basada en el sometimiento libre y voluntario al procedimiento alternativo de resolución de disputas que junto a la conciliación y a la mediación forman parte de los conocidos como ADR (“alternative disputes resolution”).

Acuerdo de arbitraje o convenio arbitral tal como lo indica el Convenio de Nueva York (1) constituye en suma, la antesala y paso previo desencadenante del arbitraje siendo éste, el procedimiento institucional captado en numerosas fuentes nacionales y por excelencia, en las internacionales. (2)

Pese a ello, el arbitraje y los árbitros no llegan a autoabastecerse pues hasta el presente permanecen zonas de inexorable recurrencia al activismo judicial por cuanto goza de total aceptación que los árbitros carecen de potestad ejecutiva en orden a la adopción de medidas cautelares, a recursos mayores como el de nulidad y a la ejecución del laudo incumplido.

Puntualmente, tópicos propios de cooperación de los órganos jurisdiccionales estatales y los árbitros en el arbitraje comercial internacional que, reiterando, pueden reseñarse en:

-en la etapa pre arbitral los jueces pueden formalizar el nombramiento de árbitros cuestión que no resulta imprescindible;

-en la adopción de medidas cautelares;

-en la fase pos arbitral la intervención judicial será ineludible frente a interposición de recursos de revisión, nulidad y en lo atinente a reconocimiento y ejecución del laudo arbitral; consideremos que el laudo arbitral reúne las mismas condiciones y efectos que la sentencia emanada de jurisdicción estatal.

Al inicio evoqué la internacionalidad del arbitraje como tema para acceder a una definición o delimitación de su objeto. Sucede, que el arbitraje de Derecho Privado Internacional se sitúa en coordenadas diferentes de las del interno; se aborda desde un punto de vista negativo pues contempla litigios sobrevenidos por elementos que no se vinculan en su totalidad a un único derecho nacional. Teniendo en cuenta la complejidad de la operación arbitral y la distinta composición de elementos que en él concurren, será necesario determinar cuáles de todos ellos han de considerarse preferentes sobre los demás; todo ello a fin de considerar si el arbitraje debe calificarse de internacional. El tamiz, opera en función de la relación jurídica mercantil que se lleve a procedimiento arbitral pero, estimando la opción de comercio virtual se incrementa numéricamente por el empleo de un medio que facilita las contrataciones internacionales y en su consecuencia los arbitrajes internacionales.

Se habla entonces, de un Derecho del Arbitraje Internacional, como conjunto de normas establecidas a raíz de la caracterización internacional del arbitraje en función de los elementos que en él concurren y del objeto sobre el que versa, sumado al reconocimiento y efectos extrafronterizos de un laudo arbitral.

Se conforma así el estatuto jurídico del arbitraje como un “jus specialis”.

Pueden enunciarse tendencias actuales del arbitraje internacional. Cito, entre otras peculiaridades, a la *singularización* por tratarse de un régimen especial respecto del interno; a la *unificación* por su copiosa codificación y la gran adhesión de los países; a la desnacionalización a través de la propen-

(1) Numerosas son las fuentes convencionales internacionales en materia de arbitraje mercantil internacional. Pueden citarse a título de ejemplo al Protocolo de Ginebra de 1923, a la Convención de Ginebra de 1927, a la de Nueva York, a la de Washington de 1965.

(2) El convenio arbitral responde a pautas precisas pero es notorio que en el tema ahora planteado nos encontremos con un convenio arbitral “adhesivo” que es aquel detectado en un contrato de adhesión en cuyo caso su validez e interpretación se condiciona por las normas aplicables al tipo de contrato del que se trate. Su presencia es típica de los arbitrajes de consumo donde la relación arbitral surge de una oferta pública de sumisión a arbitraje convalidada por el consumidor.

sión a eliminar la técnica conflictual y su reemplazo por la material (3); la progresiva *jurisdiccionalización* que va creciendo desde que el arbitraje se institucionaliza como modo habitual de solución de controversias configurando un procedimiento y finalmente, a la *autonomía* vista como un ejercicio que permite a los ciudadanos su desvinculación de la justicia estatal en la búsqueda del remedio a la situación de conflicto que atraviesa.

Sólo basta añadir que el arbitraje internacional viene a cubrir el vacío creado por la inexistencia de un sistema judicial internacional que sea capaz de dirimir con imparcialidad y eficiencia las contiendas entre empresarios situados en diferentes países.

Con él se propende a una mayor apertura al comercio internacional y a la inversión extranjera, mayor aceptación y fiel aplicación de los Tratados en que se fundamenta su eficacia.

II. El mercado electrónico o “e-commerce”

En el campo de la internacionalidad una obligación contractual responde a la autonomía de la voluntad como regla constitucional con límites que obedecen sobre todo a razones de previsibilidad y razonabilidad tanto en la elección de jurisdicción como en la del derecho aplicable.

Las bases para una nueva modalidad de comercio exterior, están plasmadas en la práctica misma de la contratación mercantil fuertemente imbuida por la “*lex mercatoria*”.

Pero la realidad de un mundo globalizado por diversas circunstancias entre ellas los avances tecnológicos, hacen que toda empresa con vocación internacional centre su energía en el aporte digitalizado desde un doble sentido: en la búsqueda de información como en su propia promoción.

En el Derecho Comercial Internacional existen hoy día dos grandes categorías o sectores de estrecha comunicación jurídica y que han sufrido profundas modificaciones; la noción de empresa como unidad económica de producción es una de ellas y la otra es la técnica jurídica del contrato que recibe nuevos tipos contractuales y nuevos mecanismos para su concertación.

La caracterización de un contrato como internacional recurre a criterios tales como la prestación más característica que sobresale de entre otras propias de su objeto o bien, la localización o “*situs*” contractual por la que se pretende radicar en un ordenamiento jurídico los diversos elementos de la relación; será entonces cuando aparece el lugar de celebración y el de ejecución o la presencia de establecimientos comerciales en diferentes Estados. Pero la internacionalidad puede surgir con posterioridad frente a la necesidad de ejecutar una sentencia nacional ante una jurisdicción foránea.

Todas éstas circunstancias han favorecido a su vuelco hacia el comercio electrónico o “e-commerce” que abarca, se trate de un bien o de un servicio, a todo lo relacionado a la publicidad, a la información comercial, negociación, venta, facturación y pago y por supuesto, la atención al cliente y los servicios posteriores a la venta como puede serlo la entrega de un bien. En su trayecto se encuentra el episodio contractual como eje del sistema.

Sin embargo, no podemos perder de vista que el comercio electrónico también comporta ciertos riesgos atinentes a la seguridad de las transacciones, la carencia de estándares o protocolos de actuación uniforme, el control técnico y legal de todos sus aspectos y la utilización abusiva de los datos personales. Cada uno de estos rubros entre otros, merece especial consideración y se encuentran en permanente desarrollo a fin de perfeccionar sobre todo, las aristas jurídicas.

Reparemos no más, lo tedioso que resultó detectar el derecho aplicable como la jurisdicción internacionalmente competente a la contratación electrónica, concluyendo que se trata de una generación de obligación entre personas situadas en lugares diferentes (4) en donde la internacionalidad

(3) La mutación obedece al empleo de normas uniformes o autónomas encomendadas a la creación de calificaciones únicas sobre los elementos fundamentales del instrumento del que se trate.

(4) Convencionalmente identificada como contrato entre ausentes.

está dada por la especie de obligación que subyace, y que lo importante es rodearla de la mayor cantidad de recaudos que redunden en su probanza fidedigna.

Vale decir, es menester diferenciar la ley aplicable al procedimiento de arbitraje se lleve éste bajo modalidad presencial o virtual, del derecho aplicable al contrato que se lleva a arbitraje. La ley que regula al fondo del contrato se haya celebrado por vía electrónica o entre presentes, afectará su existencia y validez, su interpretación, el cumplimiento de derechos y obligaciones, el incumplimiento, la extinción y la nulidad del mismo.

En éste contexto, si las pymes como pequeña- gran célula que ofrece la economía actual incorpora a la transacción comercial una cláusula arbitral que remite vía correo electrónico o a lo sumo a través de un fax, su mayor ambición sería contar con un proceso arbitral también virtual.

La bondad de la propuesta se expone en lograr una mayor inmediatez de las comunicaciones convirtiéndose en un factor clave para el cierre de cualquier acuerdo comercial reduciendo las barreras de acceso a los más lejanos mercados y el abaratamiento de los costos.

La solución de controversias en línea u ODR (“on line” dispute resolution; resolución de disputas en línea) ofrecida a través de los métodos de negociación, mediación y arbitraje ha tenido notorio incremento debido a los puntos favorables que brinda. Podemos entre otras virtudes destacar a la facilidad para acceder, a su espíritu flexible y amigable, a su rapidez, al acopio de documentación y de información y a su bajo costo.

III. El empleo de la “videoconferencia arbitral”

El empleo de la video conferencia en la instrucción del procedimiento arbitral ha dejado de ser cuestión novedosa pero constituye sin duda, el atisbo del arbitraje “on line” cuyo alcance es considerablemente mayor.

Entendido el arbitraje como un medio alternativo de resolución de controversias, propicio para dirimir aquellas inherentes al derecho privado en el área comercial, su implementación debe responder al espíritu mismo del instituto basado en la inmediatez, la confidencialidad y la celeridad.

El ámbito internacional y el regional, se han visto enriquecidos con el empleo del arbitraje.

El Mercado Común del Sur no ha quedado fuera de la impronta creando los Acuerdos de Arbitraje del Mercosur comprendiendo a los Estados socios y a los asociados, acopiando luego el Reglamento Modelo de Arbitraje Comercial Internacional para las Instituciones Arbitrales propias abarcando nuevamente a los socios fundadores y a sus asociados.

Pero lo cierto es que si el ámbito internacional lo requiere, un bloque integrado requiere aún más para el comercio interregional de un medio jurídico confiable y expeditivo al punto que su existencia redunde en el incremento de la contratación.

Los derechos disponibles y la autonomía de la voluntad, cobran especial relevancia; los primeros son manifestación de las materias cedidas o transferidas en el caso, al procedimiento arbitral. La segunda, se expresa al tiempo de elegir como opción o alternativa, al arbitraje como un medio de solución de eventuales controversias.

Al decir de Bernardo Cremades “La práctica del arbitraje internacional en las últimas décadas ha ido subrayando cada vez más el valor normativo de la autonomía de las partes, lo que supone un reconocimiento del valor de la libertad económica y en particular de la contratación”.

La tendencia actual es flexibilizar el procedimiento arbitral a fin de facilitar el acceso al mismo tanto de los justiciables como de los profesionales intervinientes.

En apoyatura a este contexto, el convenio arbitral no es un contrato por lo tanto no se le puede aplicar un criterio civilista estricto; se lo considera un negocio jurídico bilateral justificado en el principio de autonomía de la voluntad que, alejado de lo puramente contractual permite la resolución procesal

de la cuestión litigiosa; si abordamos normas supranacionales la Convención de Ginebra, y en igual tenor otras fuentes, admiten la transmisión de la cláusula arbitral por fax o teleimpresor.

De igual forma, facilitar la comunicación en el procedimiento arbitral es una regla que tiende a extenderse a través de los aportes de la tecnología.

Las leyes de arbitraje nacionales y la fuente convencional internacional adoptan un criterio estático y tradicional en relación con el lugar en que ha de desarrollarse el arbitraje; la exigencia hace a la determinación de un lugar físico determinado y concreto y a la intervención del árbitro bajo modalidad personal.

Sin embargo, la convergencia física ha cedido progresivamente un considerable espacio a favor de las nuevas tecnologías que repercuten en la reducción de tiempo, espacio y dinero.

Empero, la falta de expresión normativa no indica negativa pues nada obsta al empleo de la videoconferencia dado que no surge de ningún convenio internacional que ésta práctica se encuentre prohibida, incluso el Reglamento de la CCI- Cámara de Comercio Internacional- no excluye su utilización lo cual no es poco considerando el valor superior que ésta institución merece.

Considerando que la autonomía de la voluntad volcada al negocio internacional es relevante, si las partes optan por el uso de la videoconferencia en transmisión simultánea ésta resulta muy útil en la celebración de audiencias por ejemplo, o en el ofrecimiento y producción de prueba testimonial en donde la dificultad no deviene sólo en el incremento del factor tiempo sino también en los costos del proceso.

Lógicamente, el sistema requiere de una infraestructura previa como sería el acuerdo a firmar entre los Estados socios y asociados sobre las redes satelitales que se pondrían a disposición para el empleo de videoconferencia en los arbitrajes internacionales como en los regionales, lo cual hace suponer el "traslado" de la institución arbitral elegida al espacio físico desde donde se transmite.

Dadas las medidas de seguridad y de manejo técnico que el empleo de video conferencia requiere, el mecanismo es sugerente de ser empleado y por lo menos en sus primeros tiempos de práctica, en los arbitrajes institucionalizados.

También supone medidas de precaución que deberán tomarse con antelación suficiente, a la fecha asignada para la audiencia como identificación de las personas, incluso precisión personalizada de los técnicos que han de participar en cada terminal, tiempo disponible de transmisión, efectuar una transmisión breve como testeo o ensayo de fidelidad, entre otros extremos.

Como síntesis, es imperativo y necesario reconocer que en una comunidad integrada se continúe trabajando sobre las ventajas, históricamente demostradas, del arbitraje tales como la flexibilidad del procedimiento.

De manera tal que si el uso de video conferencia no afecta el orden público nacional ni el comunitario, desestimar su empleo no estando prohibido en norma alguna, redundaría en desnaturalizar características y finalidad del arbitraje en sí mismo.

En paralelo, la realidad del mercado actual expone el desarrollo acelerado de la sociedad de la información y del conocimiento lo que redundará en el forzoso lanzamiento de las empresas hacia un nuevo escenario de actuación. Hoy día podemos hablar de un verdadero mercado virtual.

El enlace es sencillo; si deseamos incrementar el comercio y la contratación es menester contar con medios acordes para resolver posibles conflictos. Aparece la vía arbitral que a su vez requiere de una permanente actualización de su dinámica y en eso consiste su implementación virtual.

IV. Propuesta y consistencia del Arbitraje Virtual

Considero que el tema reconoce bases o principios que le dan sustento y justifican su implementación.

Por un lado, la confianza mutua puesta de manifiesto en la voluntad de acatamiento y en la limpieza del medio empleado por parte de los actores partícipes del arbitraje virtual.

Por otro lado, el sistema debe responder a los axiomas básicos relativos a protección de datos personales. Dado que se requiere para la instrumentación de un arbitraje “on line” de un marco normativo que luego veremos, dicho marco debe apoyarse en el derecho de la persona a la privacidad. Éste derecho a la privacidad varía región por región, diría que varía de país a país. (5)

Pero universalmente lo que se protege es el derecho de los particulares a la privacidad de manera que los Estados propenden a establecer un nivel tuitivo de estándar mínimo. Su aplicación extraterritorial permite la transferencia de datos personales sólo a países que garanticen un nivel de protección de datos suficiente.

Relacionando a la protección de datos con el arbitraje “on line”, la transferencia que se procese debe reunir la condición obvia de especificidad, razonabilidad y consentimiento de las partes comprendidas de modo tal que se extienda a la libre disposición y control de los propios datos.

Obviamente a la licitud, legalidad, seguridad, confidencialidad se le suma el contralor administrativo que ha de ejercer sobre todo, la institución arbitral

En síntesis, un arbitraje virtual debe ante todo sustentarse en factores tales como el aseguramiento sobre la naturaleza de los datos a transferir, el país de origen, el país receptor, la razón por la cual se procesan los datos y las medidas de seguridad vigentes para la transferencia y el procesamiento de los datos personales en juego.

Superado esto, se identifica a la resolución en línea de controversias como ODR (Online Dispute Resolution) pese a ello la American Bar Association compromete en la sigla a diversos mecanismos alternativos de resolución de disputas o conflictos, tales como el empleo de páginas web, las comunicaciones por correo electrónico, streaming o buscadores de media entre otras tecnologías.

La empresa pionera en difundir el mecanismo fue eRoom siendo países de prueba Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y Australia.

Visto así, se entiende por arbitraje comercial o mercantil –como se prefiera identificar– internacional o regional en línea a aquel que se realiza entre dos o más partes con domicilio, residencia o establecimiento en diferentes Estados mediante sistemas electrónicos bien de forma total o parcial y en el que convergen redes informáticas, telecomunicaciones y sistemas audiovisuales. La finalidad consiste en solucionar el entuerto definitivamente y en instancia única mediante la intervención de un tercero independiente y experto obligándose las partes a cumplir el laudo que se dicte. Se trata de un arbitraje como cualquier otro, en donde se modifica la forma de las actuaciones dado que se interactúa electrónicamente a través de la plataforma o sala virtual previamente ofrecida por una institución arbitral y elegida por las partes.

Hay dos cuestiones que por más ingenuas que parezcan son medulares. El uso de la firma electrónica es una de ellas pues garantiza la autenticidad de las comunicaciones, la identidad de las partes y sobre todo, la identificación de la institución arbitral que gestione electrónicamente la causa sometida a arbitraje. La otra cuestión es la permanente solicitud de acuse de recibo en todas las comunicaciones electrónicas, como prueba de integridad, atribución y recepción por su destinatario.

Toma entonces relieve el principio de “*equivalencia funcional*” entre el documento con soporte papel y el documento electrónico y entre la firma autógrafa y la firma electrónica; al igual, el principio de “*neutralidad del medio*” estableciéndose un parámetro de igualdad entre el mecanismo presencial y el virtual; y el principio de “*confianza mutua*” y su reflejo el de “*buena fe*” no sólo en el medio sino en

(5) Así el sistema europeo es más estricto quedando a cargo de regulaciones estatales mientras que el sistema estadounidense no deja de ser estricto, con la diferencia de ser las entidades privadas las que proveen de regulación propia.

la veracidad y en la limpieza de las transmisiones. Sumado al “*principio de accesibilidad*” y a los vistos merecen citarse el de “*transparencia*” (6), el de “*independencia*” e “*imparcialidad*”, el de “*equidad y libertad*” y el de “*legalidad*”. La idea concluye evocando el principio “*de mayor eficacia*” respondiendo en breve tiempo a la resolución condicionado el factor tiempo sólo por la naturaleza de la acción.

Ahora bien, como es propio del arbitraje se presenta la típica yuxtaposición normativa pues una institución arbitral por sí cuenta con un Reglamento que hace las veces de su propio Código de Procedimiento, con una Convención o Tratado Internacional por el que se define la institución y con el derecho aplicable a la cuestión de fondo llevada a arbitraje, sumada a la reglamentación creada para implementar el arbitraje virtual.

Pero el interrogante reside en si existe un contexto normativo de mayor grada que otorgue sustento a la propuesta. La respuesta es afirmativa y forma parte del DUCI (Derecho Uniforme del Comercio Internacional) y podemos mencionar a:

- * Ley Modelo de la CNUDMI (7) sobre Transferencias electrónicas Internacionales de Crédito de 1992.
- * Ley Modelo de la CNUDMI de Comercio Electrónico de 1996 con su modificatoria de 1998.
- * Ley modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas de 2001.
- * Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005.

Fuentes a las que deberemos anexar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 remodelada en 2006 y su Reglamento de 1996 remodelado en 2010.

Desde ya, que el arbitraje en línea inviste iguales características y principios que el presencial y por ello, al momento en que una institución arbitral lo adopte, lo reglamente y lo ofrezca deberá ofrecer también un modelo de cláusula arbitral que es el motor de un arbitraje próspero. Así, se encuentra incluso sugerido por la fuente normativa convencional internacional; por ejemplo, el art. 7.4 de la CNUDMI revisada en 2006 dispone que el acuerdo de arbitraje remitido por vía electrónica ha de ser considerado equivalente a la forma escrita convencional y debe permitir el mismo sistema digital, su posterior consulta.

Como corolario, cabe ahora consignar en qué casos es aconsejable someter una contienda a arbitraje en línea y vamos a constatar que revisten identidad con la tradicional presencia de las partes dentro de un hábitat propicio y tangible, modificándose sólo el medio de acceso empleado.

Un breve enunciado clarifica lo dicho e indica:

- * toda contratación celebrada por vía electrónica o presencial en soporte papel podrá ser llevada a arbitraje virtual;
- * cuando aparecida la cuestión litigiosa las partes decidan someterla a arbitraje institucional “on line” vale decir, que al igual que en el arbitraje tradicional la voluntad tiene marco de expresión y contención suficiente;
- * cuando existan comunicaciones previas por medio de correo electrónico referidos a un convenio de arbitraje “on-line” incluido por referencia a una oferta general, situación frecuente que contacta al caso con los derechos de usuarios y consumidores;
- * cuando las partes accedan al acuerdo de arbitraje a través de un sitio o página web siendo las comunicaciones electrónicas, efectuadas a través del software de cada una de las partes; en la actua-

(6) Este principio merece especial consideración pues señala la claridad conceptual de lenguaje que han de revestir tanto las comunicaciones que ofrecen el uso del arbitraje “on line” como las del procedimiento en sí mismo. Lenguaje claro y sencillo es la sugerencia.

(7) Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Comercial Internacional.

alidad es la forma frecuente de encuentro con la opción virtual, pues así como contratamos por vía electrónica éste hábito se traslada a la búsqueda de páginas web pertenecientes a instituciones de arbitraje que formulan la oferta del procedimiento por igual medio.

De esta forma entre las principales instancias arbitrales que se trasladan al ámbito virtual, cabe mencionarse a las notificaciones y citaciones en donde se entenderá por domicilio a la casilla de correo que se designe al efecto lo cual no significa la ausencia de un domicilio constituido.

A ello le sucede el recurso de registrar y conservar virtualmente todos los documentos probatorios presentados y de igual forma el seguimiento de las instancias arbitrales. La grabación en imagen y audio de las audiencias es de suma importancia pues su reproducción permite evaluar el comportamiento y actitud psicológica de todos los intervinientes. La teleconferencia, que reduce distancias y costos con visión directa de intervenciones medulares como la de peritos intervinientes. Por último, la reunión de los árbitros y el conocimiento del laudo que se dicte.

Lo rescatable es que el medio arbitral no altera las instancias de un procedimiento presencial ni tampoco las excepciones o cesiones que el arbitraje como medio de solución de controversias, reconoce a favor de la justicia estatal y que antes mencionara.

Es de resaltar que se trata de un mecanismo de cooperación no sólo jurídica sino también comercial, pues el primer eslabón lo ocupa el comercio electrónico y el segundo la resolución por el mismo medio de las controversias que pudieran suscitarse.

Se reconoce al arbitraje virtual con el atributo o principio de “*accesibilidad*” entendiendo por tal al conjunto de condiciones que permiten al justiciable elegirlo por las bondades que el mismo ofrece, tales como conocer las consecuencias jurídicas de la resolución que decida su causa, controlar el procedimiento, acceder a las actuaciones, recibir y transferir notificaciones y aportar pruebas. Pero sobre todo, se ha de ponderar que la justicia e imparcialidad del proceso radica en la seguridad de las comunicaciones y la seguridad deriva de la confidencialidad.

Por último cabe consignar que el arbitraje virtual asume dos modalidades; el *vinculante* que opera en idéntica forma del presencial en cuanto a sus efectos y el *no vinculante* en el cual el árbitro dicta una suerte de recomendación para resolver el conflicto que en caso de no ser acatada deja expedita la vía judicial tradicional. A su vez el arbitraje no vinculante suele emplearse con carácter unilateral en los casos en que las partes no han acordado previamente la vía del arbitraje, de manera que frente a la situación de distracto una de las partes ingresa al plano virtual, hace su presentación requiriendo el empleo de arbitraje virtual, e invita a la otra a someterse a arbitraje y si ésta lo acepta queda convalidada la vía. Ésta última opción evita ventilar la cuestión de fondo anticipadamente y también la oposición de declinatoria que podría generarse en un procedimiento presencial.

V. Perspectiva

Se observa en el mundo actual una acusada tendencia a favor del arbitraje mercantil internacional. La alternativa que el arbitraje representa invita a meditar sobre su doctrina tradicional y de la cual no debe alejarse.

Sin embargo, la remodelación de la convergencia presencial y del ámbito físico, requiere de su adecuación a los avances tecnológicos. Existe una reciprocidad entre el comercio internacional y el Derecho que lo regula; el comercio en línea es hoy la modalidad impuesta de contratación más aún cuando reside en la internacionalidad.

Por su parte, el arbitraje requiere adaptarse a sus propias características o peculiaridades y entre ellas se citan la flexibilidad y la elasticidad contrarias a los rigorismos formales, la rapidez contraria a las dilaciones, la tendencia a la internacionalidad contraria a los nacionalismos jurídicos y a los conflictos entre ordenamientos nacionales.

Considerando el tenor arbitrable de las disputas basado en un acuerdo de arbitraje voluntario por sobre toda otra connotación, que no será considerado válido si las materias que forman parte

del acuerdo no son arbitrables, esto es, si las partes no disponen del poder de disposición de dichas materias, de igual forma la puesta en marcha de una modalidad no presencial deberá contar con el acuerdo de las partes y sobre ésta expectativa y sumado a la protección de datos que se transfieran, resulta una oferta tentadora de ser captada por las instituciones arbitrales, por los profesionales y por los particulares que reciban su asistencia.

El arbitraje virtual es una modalidad relativamente nueva, pero que está adquiriendo cada vez más adherentes; la problemática no reside en la sospecha que puede merecer el medio electrónico empleado, sino en la carencia de normas nacionales y de fuente convencional internacional que se encarguen de reglamentarlo.

Por el momento sólo se cuenta con reglamentos de instituciones arbitrales que han incorporado la opción "on line".

Argentina se ha demorado en la práctica del arbitraje en cuanto a leyes nacionales que le den cuerpo; pese a ello, el arbitraje internacional es llevado a cabo en reconocidas instituciones arbitrales locales y su ejecución virtual es hoy una posibilidad que debe sumarse. No olvidemos que si la contratación descansa sobre el pilar de la autonomía de la voluntad, la opción de sometimiento a arbitraje reconoce igual base e idéntica, la modalidad virtual.

No obstante, los centros internacionales codificadores del Derecho Internacional e incluso los específicos destinados al Derecho Mercantil podrían a través de la técnica del "soft law" (8), elaborar una ley modelo de mínimos requeridos para llevar a cabo un arbitraje virtual. Si bien, las leyes modelo o las guías prácticas, expresiones usuales del "soft law" no son obligatorias para los Estados Parte sirven de inducción a su adhesión e incluso a futuras reformas que la incorporen.

VI. Bibliografía

BOUTIN, Gilberto. Derecho internacional privado. 2a. ed. Panamá: M. Boutin, 2006.

CHILLÓN MEDINA, José y MERINO MERCHÁN, José. Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Madrid: Civitas, 1978.

CREMADES, Bernardo y CAIRNS, David. "El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores", EN: Diario La Ley, Madrid, 07/05/2002, nº 5538.

ESPLUGLES MOTA, Carlos. "El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional", EN: Cuadernos de derecho judicial. Madrid, 1997-1, 15 a 23 (Número dedicado a Problemas actuales de aplicación del derecho internacional privado por los jueces españoles)

FERNÁNDEZ-ARRESTO, Juan. "El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española", EN: Revista de derecho mercantil, España, julio- setiembre 2005-258, 1470.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. "El empleo de la videoconferencia en los arbitrajes institucionalizados", EN: Diario La Ley, Madrid, 01/09/2003, nº 5839.

-----"Problemas prácticos y teóricos que plantea la adopción de medidas cautelares en el modelo de arbitraje UNCITRAL/CNUDMI", EN: Diario La Ley, Madrid, 22/01/2007, nº 6634.

MERINO MARCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M. Tratado de derecho arbitral. 3a. ed. Madrid: Thomson- Civitas, 2006.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel. "Ensayo sobre una justicia alternativa", EN: Arbitraje mercantil. Escritos jurídicos. Sevilla: Fundación El Monte, 2005, 373-403.

(8) En oposición al "hard law" como expresión rígida volcada en las variables de tratados internacionales.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. La empresa en la red. Seguridad jurídica de los negocios en Internet. Madrid: ICEX, 2011

ROCA AYMAR, José Luis. El arbitraje mercantil internacional on line. Madrid: ICEX, 2011.

ROGEL VIDE, Carlos. "El convenio arbitral y el arbitraje testamentario", EN: Revista general de legislación y jurisprudencia, Madrid, 2006-3, 467-488

SANTOS BELANDRO, Rubén B. Derecho comercial internacional. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2008.

WILSON, John M. Principios y recomendaciones. Protección de datos personales. Organización de Estados Americanos. Departamento de Derecho Internacional. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/acceso_a_la_informacion_sesion_especial_2008_John_Wilson.ppt

[Consulta: febrero 2012).

El problema del fraude y evasión internacional, su relación con la delincuencia organizada y su solución a través de los mecanismos de cooperación en materia fiscal

POR BRUNO M. TONDINI (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Fraude fiscal internacional.- III. Cooperación en materia Fiscal. La integración de aspectos administrativos y penales: su análisis teórico jurídico. — IV. Aspectos empíricos de la Cooperación en materia fiscal, las reglas económicas del costo de la persecución penal de la evasión. — V. Cooperación Fiscal Internacional Administrativa. — VI. Cooperación Internacional Administrativa en particular: Tratados de Cooperación Tributaria Internacional e intercambio de Información. — VII. Los convenios específicos sobre intercambio de informaciones. — VIII. Conclusión. — IX. Bibliografía.

Resumen

El objeto de este trabajo está dirigido a analizar al fraude fiscal internacional, como un fenómeno que posee características similares del denominado “crimen organizado” y su relación con las herramientas de administración tributaria disponibles por los estados. La metodología empleada será presentar el problema, y sus posibles soluciones a partir de la Cooperación Internacional en general y los Acuerdos de Intercambio de información en particular. Los resultados esperados discurren por la búsqueda de los vasos comunicantes entre los fenómenos reseñados que son parte de diferentes ramas del mundo académico jurídico a la sazón, el Derecho Internacional Privado por su extraterritorialidad y del Derecho Internacional Tributario y Penal por el carácter de las ilicitudes estudiadas. Como primera conclusión por mencionar, que tal como se lo ha reconocido en la legislación comparada, el combate a la evasión y al fraude internacional, no es propio de cada país, ni se puede dar con éxito a través de acuerdos bilaterales, sino que requiere de una acción planificada y aunada de diversos países que se encuentren en sintonía con este tipo de remedios.

Palabras clave: Derecho internacional privado - Derecho penal internacional - Derecho internacional fiscal - Fraude fiscal internacional - Cooperación internacional.

Abstract

The object of this work is to analyze the international fiscal fraud, like a phenomenon that owns similar characteristics of the denominated “organized crime” and its relation with the tools of tributary administration available by the states. The used methodology will be to present the problem and its possible solutions from the International Cooperation generally and the Agreements of Exchange of information in particular. The awaited results reason by the search of the communicating vessels between the reviewed phenomena that are part of different branches from the legal academic world at that time, the Private international law by their extraterritoriality and of the Tributary and Penal International law by the character of the studied illegalities. Like first conclusion to mention, that as the combat to the evasion and the international fraud has been clear it in the compared legislation,

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Internacional Privado, Cátedra II y de Derecho Internacional Público, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

he is not own of each country, nor is possible to be given successfully through bilateral agreements, but it requires of an action planned and combined of diverse countries that are in tune with this type of remedies.

Keywords: Private international law - International criminal law - Fiscal International law international Fiscal Fraud - Cooperation the International

I. Introducción

A fines de introducirnos en la temática de la investigación desarrollada sobre los aspectos emergentes del fenómeno de la internacionalización de las transacciones económicas, nos parece oportuno mencionar, como marco de referencia, algunos aspectos que si bien son conocidos, nos permiten interpretar el objetivo del presente trabajo. (Aquino - Carvajal, 2007:2). Para algunos autores (Lamagrande, 1998:627 y ss.), una de las consecuencias de la globalización es el distanciamiento de las esferas económica, política y cultural. Los Estados han perdido en alguna medida la capacidad de gobernar políticamente las esferas de la globalización económica y mundialización del capital. El desafío para los gobiernos es intentar administrar tales esferas, las que si bien se desarrollan en un mismo contexto, actúan autónomamente. Tal como se lo ha reconocido en la legislación comparada, el combate a la evasión y al fraude internacional, no es propio de cada país, ni se puede dar con éxito a través de acuerdos bilaterales, sino que requiere de una acción planificada y aunada de diversos países que se encuentren en sintonía con este tipo de remedios. En este marco, nuestro estudio está dirigido al fraude fiscal internacional, como un fenómeno que posee características similares del denominado "crimen organizado" y su relación con las herramientas de administración tributaria disponibles por los estados (Bertazza, 2003:2).

Existe una clara relación de causa- consecuencia entre las problemáticas de la delincuencia internacional económica y el fraude fiscal transnacional con los acuerdos de cooperación y su aplicación en la práctica a través de los diferentes cuerpos de investigación económica, por ello seguiremos en principio para nuestro análisis, a Vicente O. Díaz, quien señala (Díaz, 2001:1): "(...) Existe una clara vinculación de los delitos impositivos y el lavado de dinero, la misma radica en el hecho que tanto el delito de blanqueo de bienes como el delito tributario utilicen las mismas técnicas de captación de la notitia criminis."

Amplía lo reseñado, Bruce Zagaris, quien aboga por la aplicación de esta clase de legislación al delito de blanqueo, porque entienden que tiene gran relevancia el reciclaje del capital proveniente de actividades ilícitas con relación a la disyunción del sistema impositivo y a la obstrucción del principio de transparencia fiscal (Zagaris, 1999:1026). En las antípodas se encuentra, Miguel Bajo Fernández, quien sostiene que el reciclaje del dinero negro al circuito legal debe ser promocionado desde todos los puntos de vista de los poderes públicos, porque una política criminal en relación con la persecución del delito de lavado de dinero, que trate de obstaculizar al máximo el blanqueo constituiría una política contradictoria.

Este proceso, al que solo nos referiremos como diagnóstico de la situación actual, se observa con la existencia de los grupos de criminalidad organizada, con una estructura compleja, que generalmente cuentan con una estructura cederular que establece ramas de personal que abarcan diferentes actividades: políticas, sociales y económicas. Desarrollaremos el concepto de cooperación, separando con fines expositivos, sus aspectos administrativos de los penales. Sabido es que esta temática, tiene orígenes territoriales y extraterritoriales, es por ello que consideramos acertado desarrollar un capítulo en el cual se analicen, en sus aspectos teóricos. Nos adelantamos en mencionar como falaz incongruencia existente entre la raíz territorial de la cuestión -fijada por un lado por el alcance territorial de los aspectos fiscales y administrativo fundados en el alcance marcadamente territorial de los poderes de imposición de cada uno de los estados como así también por la consecuente represión de los ilícitos tributarios cuyo base de aplicación no excede nunca las frontera de un estado- con una raíz transnacional dada por un lado por la operatoria económica de los diferentes sujetos que genera la existencia de evasores internacionales ya que el accionar de los mismos genera consecuencias para

diferentes estados nacionales, como así también con el reconocimiento de la existencia de ilícitos de tráfico que permitirían reprimir en ámbito transnacional las referidas conductas. Siguiendo lo señalado por el Pita (Pita, 2007:15):

“(...) Cada vez resulta más difícil controlar la evasión tributaria si no se dispone del auxilio de información sobre hechos económicos ocurridos total o parcialmente en el exterior, sobre personas domiciliadas en otros países y sobre bienes ubicados en el extranjero.”

En este sentido señala Ernesto García Sobrino (García Sobrino, 2004:5):

“... El intercambio de información fiscal es, junto a la difusión de las mejores experiencias y prácticas administrativas, uno de los principales instrumentos de la cooperación internacional entre las Administraciones Tributarias. La creciente internacionalización de la economía exige una acción cada vez más coordinada de las Organizaciones encargadas de la gestión de los impuestos y un permanente intercambio de información entre las mismas. Las Autoridades tributarias de los Estados miembros de la Unión Europea están inmersas en esta tendencia, conscientes de los beneficios de la cooperación mutua y de la necesidad de asumir nuevos enfoques e incorporar las mejores prácticas en sus métodos y procedimientos de trabajo...”

II. Fraude fiscal internacional

II.1.- Conceptos y presupuestos que conducen al fraude fiscal

Los antecedentes que conducen al fraude fiscal, siguiendo a Díaz (Díaz, 2006:14), son los siguientes:

a) Sociológicamente, el bajo nivel de confianza en la acción gubernamental para aplicar en forma correcta los fondos recaudados coactivamente contribuye al delito fiscal. Ante ello aparece la representación del llamado “criminal por afán de lucro”, donde la conducta delictual es esencialmente instrumental, cuya finalidad es poseer para sí lo que debía transferir al Estado por la vía impositiva (Maccoby, 1976:197). Por consiguiente, aun conociendo lo prohibido, sus acciones las presenta como nuevas soluciones bajo un manto de legalidad, que no es tal, en pos del logro evasivo. También en nuestro panorama se inserta el “criminal por competitividad”. El criminal por supervivencia, que no es otra cosa que el sujeto que por razones de coyuntura económica resuelve evadir impuestos para sobrevivir en el mercado, y en él se representa para sí una conducta lícita. En este último supuesto aparece una inclinación al fraude conformada por los llamados “imperativos de mercado”, que afectan a la situación económica del sujeto, tanto sea una persona física como un ente social.

b) No es posible conocer a fondo el origen del delito tributario si se ignora la diferencia del producto penal y la interacción de la estrategia puesta al servicio de la decisión evasora. Para arribar a conclusiones sólidas habrá que adentrarse, a título de ejemplo, en el modelo que analiza la decisión de evasión por parte del empresario oligopólico que representa la introducción a la hipótesis de diferenciación horizontal. Bajo esta tesis se debe examinar en conjunto el problema del precio y de la evasión impositiva por parte de empresas localizadas en la extremidad de un segmento, para entender si una empresa con relación a otra hace del precio del producto la variable evasiva o separa dicha variable del precio y la centra en sustitución ardidosa del costo del producto (Becker, 1968:169).

En la metodología de Calderón Carreño, existen tres conceptos fundamentales:

a) El de fraude tributario. En este caso, habiendo nacido la obligación tributaria, el contribuyente oculta la existencia de la deuda o de su exacta cuantía. Se trata de un supuesto en que la conducta del sujeto se adecua a la descripción del tipo penal descripto. Sería el caso, por ejemplo, de los delitos de evasión simple o agravada de la Ley Penal Económica LPE o la infracción prevista por el artículo 46 de la ley 11.683;

b) El de fraude a la ley tributaria que se da cuando el sujeto realiza una actividad artificiosa que no se corresponde con la realidad económica subyacente y que es efectuada con la única finalidad de eludir la norma tributaria. En estos casos existe un abuso de formas jurídicas o una discrepancia entre

la sustancia y la forma del negocio jurídico. En nuestro ordenamiento jurídico nacional se trataría de supuestos comprendidos por los artículos 1 y 2 (evasión) de la ley LPE puesto que quedarían comprendidos en el ardid que requieren dichos tipos penales para configurar el ilícito y

c) El de economía de opción, supuesto éste en el que el contribuyente adopta la forma jurídica más conveniente para sus negocios con el único fin de minimizar la carga fiscal sin infringir la legislación tributaria. Entre nosotros, son los supuestos que la mayoría de la doctrina denomina “elusión” y que considera como actividades lícitas al margen de la punición.

La falta de uniformidad internacional en esta materia ha sido puesta de manifiesto por el Comité Europeo de Expertos sobre Tributación Empresarial en el “Informe Rudding” que puso de relieve las siguientes cuestiones, a saber:

- Regla: Principio de autonomía de la voluntad: resulta unánimemente aceptado que cada contribuyente tiene derecho a organizar o conducir sus asuntos de una forma que minimice su carga fiscal. Ahora bien, el principio de autonomía de la voluntad tiene sus límites: el fraude y la evasión fiscal.

- Falta de uniformidad y claridad del concepto de “fraude fiscal”: las líneas divisorias entre “tax avoidance” (disminución de la carga fiscal empleando medios ilícitos), “tax evasión” y “tax fraud” no sólo difieren sustancialmente entre los Estados miembros de la Unión Europea.

No existe un concepto uniforme a nivel internacional sobre los citados fenómenos. A tal efecto, se propone la siguiente conceptualización:

- Tax Fraud: este término es empleado para referirse a la intención de evadir o evitar impuesto empleando mecanismos ilegales y con intención de vulnerar la legislación fiscal (por ej., utilizando facturas falsas, doble contabilidad, falsedades en las declaraciones tributarias y ante la Inspección de los tributos).

- Tax Evasión: el “Informe Rudding” pone de relieve que este término posee diferentes significados en las distintas lenguas. En Inglés “tax evasion” implica actividades ilegales, pero de menor gravedad que el “tax fraud”. Por ejemplo, dejar de declarar renta vendría a constituir un supuesto de “evasión fiscal”, mientras que falsear declaraciones tributarias constituiría “fraude fiscal”. En francés “evasión” significa lo mismo que “avoidance” (elusión), ya legítima o ilegítima. Por ello, el Comité decidió no emplear el confuso término. Este término no tiene una clara correspondencia técnica en español, pero podría encuadrarse en la figura de “fraude o defraudación tributaria”.

- Illegitimate Tax Avoidance: se refiere a conductas, donde el contribuyente cumple literalmente con la letra de la ley pero se considera que actúa de forma abusiva porque el único propósito de su conducta es evitar o disminuir su carga fiscal

- Legitimate Tax Avoidance: (legítima disminución de la carga fiscal/ economía de opción): es la forma legal que tendrían los contribuyentes de minimizar su carga fiscal. Los Contribuyentes pueden legítimamente reducir sus impuestos eligiendo una determinada estructura de sus negocios y operaciones que les resulte fiscalmente conveniente.

II.2.- La Evasión Internacional

Analizando la particular relación entre la evasión y la tributación directa e indirecta, llegamos a la conclusión, desde una perspectiva económica, alguna corriente de opinión sostiene que, si la propensión marginal a consumir la renta evadida es igual a uno, no existe pérdida de recaudación, dado que, si bien desciende la recaudación de la imposición a la renta, ello se compensa con el consumo que el sujeto hace de ella, es decir, aumenta la imposición indirecta. (Peacock y Shaw, 1982:848) Si ello se remite a un modelo tributario donde coexisten imposición a la renta y al valor agregado, la doctrina antes expresada mantiene su tesis de que la recaudación fiscal se incrementa

con aumentos de la cantidad evadida cuando la propensión marginal a consumir de la base declarada es la unidad; ello en forma independiente de la propensión marginal a consumir del resto de la renta disponible.

Las modalidades evasivas más frecuentes son la utilización de facturas falsas, las operaciones con paraísos fiscales, utilización de personas jurídicas creadas para evadir, testaferros insolventes y el diseño de grupos económicos complejos que son estructurados para facilitar el incumplimiento fiscal. (Castagnola, 2004:1757)

Destacamos la estrategia en Argentina, adoptada para el control de estas maniobras es el análisis de la cadena de valor de un sector económico determinado, desde las primeras etapas productivas hasta sus operaciones de comercialización y/o financiamiento interno o internacional. El análisis previo de modalidades operativas o de arquitectura societaria ha permitido identificar perfiles de riesgo y patrones de conducta habituales, facilitando así el abordaje a las diversas modalidades evasivas. Un caso especialmente útil ha sido la explotación de la información proveniente del sistema bancario, como consecuencia de la crisis y del consiguiente “congelamiento” de depósitos a plazo fijo y de la identificación de giros de divisas al exterior se han detectado patrimonios que jamás habían sido declarados.

III. Cooperación en materia Fiscal. La integración de aspectos administrativos y penales: su análisis teórico jurídico

Las diferencias de fiscalidad pueden generar y ser causales de elusión y evasión tributaria, fenómeno este que con nuevas conformaciones, producto de cambios estructurales, obliga a los diseñadores de la política tributaria y a las administraciones tributarias a implementar nuevas estrategias para su disminución y contrarrestar los efectos perversos que genera, perfeccionando los métodos tradicionales utilizados en su combate y desarrollando otros acordes a la nueva situación, más aún cuando los fenómenos se desarrollan en un contexto internacional. De esta forma, la evasión fiscal adquiere nuevas morfologías. Entre los nuevos retos para tales administraciones presentados por la globalización se pueden citar:

- + la corrección en la determinación de la base imponible a las empresas multinacionales; los refugios tributarios;
- + la capitalización exigua,
- + los convenios para evitar la doble imposición internacional,
- + la asistencia mutua entre administraciones Tributarias, a partir del intercambio de información y las fiscalizaciones simultáneas,
- + la tributación de las rentas de capital ante la adopción por los países del criterio de residencia, la armonización fiscal y la competencia fiscal,
- + la degradación fiscal,
- + el comercio electrónico y el fraude en un mundo computarizado.

Frente a tales desafíos, se deben planificar cambios de fondo en la política tributaria que permitan a las administraciones apoyar las nuevas estrategias que se tracen para enfrentar con eficiencia los problemas aludidos. Para ello, las administraciones tributarias modernas deben mantener una percepción del medio cambiante en el cual funcionan, identificando los fenómenos y los impactos que surgen por esos cambios y diseñar los criterios operativos. Además, las administraciones tributarias constituyen organismos muy sensibles a los cambios que operan en cualquier sociedad. Entre los nuevos desafíos se deberán tener en cuenta otros sucesos que se reflejan en la tributación, tales como las operaciones ilícitas y la corrupción, hechos que dan lugar al fenómeno denominado “circulación del fraude”. En este sentido, las Administraciones Tributarias deberán considerar las tendencias y mutaciones que en la economía en general y en los negocios en particular ocasiona la globalización. Aquí

nos surge la preguntas de si las mismas son medios idóneos para este combatir estas inconductas. Sin embargo y esta es la materia de problema, las Administraciones en su afán persecutorio, de los problemas previamente señalados, han incurrido en la grave afectación de las garantías de los contribuyentes, confundiendo y extralimitándose en su accionar, pretendiendo trasladar el sistema de determinación tributaria a su actividad como poder denunciante en el ámbito penal. Es por ello que en primera medida, señalamos estos problemas para luego avanzar sobre la relación existente entre la cooperación penal y tributaria a los fines de resolverlos.

La pregunta central sería como consecuencia del fenómeno de la internacionalización de la economía, ¿Quiénes deben intervenir, y que tratamiento y mecanismos tributarios se debe aplicar en las complejas operaciones de investigación internaciones en donde intervenga nuestro país como receptor de las conductas ilícitas antedichas?. Si bien el tema no es nuevo (Fernández, 2000:2), coincidimos con Forte quien afirma que “el problema del tratamiento fiscal de las actividades ilícitas constituye un delicado banco de pruebas para la elaboración y aplicación de las premisas científicas y de los principios generales del Derecho Financiero y, especialmente, para la profundización del concepto sustancial de la imposición y de la “causa impositionis” para el desarrollo del principio de la autonomía dogmática del Derecho Financiero” (Forte, 1952:129).

IV. Aspectos empíricos de la Cooperación en materia fiscal, las reglas económicas del costo de la persecución penal de la evasión

IV.1.- Consecuencias económicas de la “criminalización”

En este acápite señalaremos las principales reflexiones del Dr. Vicente Oscar Díaz (Díaz, 2002:39), a los fines de comprender uno de los principales factores empíricos como es la relación económica que se puede tejer entre la persecución penal de la evasión a los fines de vislumbrar la profunda relevancia práctica de implementación de los conceptos teóricos que ya hemos señalado ut-supra en lo relativo a la cooperación penal internacional. La persecución penal no es la panacea que da solución a todos los problemas de conductas tenidas por disvaliosas, como tampoco dicha persecución procede en los casos de escasa significación, llamada en doctrina, delitos de bagatela (Díaz y Díaz Sieiro, 1992:1016).

Existen varias reglas a considerar en la temática del tratamiento de la evasión fiscal, partiendo del principio general: *“Toda persecución debe minimizar el costo que la misma produce.”* A manera de guía podemos entonces compendiar:

a.- Minimizar el costo del error en el criterio evasivo sustentado por la Administración, como por el sector judicial.

b.- Minimizar los procedimientos para evitar tal error. Para ello debe tenerse presente que el sistema penal argentino exige prueba cierta de la conducta perseguida, caso contrario procede la no incriminación por el principio de la duda razonable. En este entendimiento una política razonable de persecución de la evasión debe ponderar cual es el beneficio de la condena con relación del efecto de la presunción de inocencia del imputado.

Cuando el costo social neto de inocencia es mayor que el costo de condena, puede decirse que existen fallas pronunciadas en la política de persecución penal, dado que la sociedad debe soportar costos que son iguales a los errores de instaurar causas penales tributarias sin fundamento válido. La expectativa de triunfar el Estado en una causa penal tributaria depende de tres factores:

* que el juez le de la razón

* la probabilidad de dicha razón y

* el costo de coleccionar en todas sus etapas los elementos del juicio.

Quiere decir que siempre el Estado, a través de sus órganos, actuando racionalmente, deberían fijarse en la siguiente relación:

Prob.Judicial,f. -Costo + Defensa Prob.Judicial contraria +Costos -Defensa

Díaz plantea tal alternativa, apoyándose en especial en el sinnúmero de procesos realizados por el Fisco argentino en la órbita de la ley penal tributaria (ya derogada) 23.771 en especial, cuando la cuantificación de la pretensión fiscal inicial (art. 16 de la ley 23.771) no se correspondía con ninguna realidad fáctica y por la generalidad de los casos, ello generó un dispendio de gastos al poder público, tanto en la sede judicial como en la sede administrativa. Solo ha existido una minimización de costos públicos en el supuesto que el imputado optó, en el proceso penal, por la “fuga del proceso” (Díaz, 1992:05), aceptando la pretensión fiscal de inicio (1).

Tal vez valga recordar que sin un eficiente accionar de la Administración Tributaria, las probabilidades de triunfo en sede judicial decrecen progresivamente. Cada vez que la Administración reduce en la etapa de su actuación los derechos de los contribuyentes en pos de acrecentar la probabilidad de condena de la evasión fiscal, a la postre lo que hace es, aumentar la expectativa del costo de condena y disminuir las posibilidades de triunfo.

Existe una comparación imposible de soslayar. Cada vez que la Administración intenta la reducción del costo que genera la lucha contra el crimen fiscal, lo hace reduciendo las bases de pruebas, creando a su gusto prohibiciones criminales presuntivas. Las consecuencias de tal proceder no hace falta enfatizarlas, porque las mismas se inscriben, no solo en un fracaso, sino en un aumento del costo público en una tarea inútil. La causal primaria de reprimir la evasión no puede desmerecer las premisas macro políticas de un orden jurídico; porque si bien debe ser combatido todo delito tributario, ello no se asimila a que las armas que emplea el Estado sean de calibre prohibido. Si esto último sucede, colapsa en contra del interés general, la lucha contra la evasión fiscal. El “costo de los derechos” es un muro infranqueable de la razón legítima de los contribuyentes que, el Estado no puede modificar o alterar por una criminalización masiva tributaria, dictada a la luz de la arbitrariedad.

IV.2.- Consecuencias sociales de la “des-incriminalización”

La lucha contra la evasión encuentra su justificativo cuando la conducta del Estado es también justificable en el manejo y uso de los bienes recaudados, porque los derechos de los miembros de la colectividad tienen tanta trascendencia para ser protegidos como los del propio Estado en un sistema de gobierno democrático.

El Gobierno no puede hacer uso y abuso de la punición, cuando su comportamiento está fuera de toda ética administrativa en el manejo de los bienes públicos; dado que la ciencia política provee suficiente argumentación para desalentar los riesgos que implica el accionar disvalioso del Estado antes tales ciertas circunstancias. Similar temeridad ocurre cuando apela al fenómeno “asimétrico” como es la “des-incriminación”. Un ejemplo de ello es lo ocurrido en Argentina, que ya que bajo el argumento de las repercusiones de la crisis mundial de los últimos años, cuyas consecuencias como, la fuga de capitales, pérdida de puestos de trabajo, bajas de los mercados de valores, reducción de los precios de las materias primas, que generan la contracción de la economía, impulsó un régimen nuevo y excepcional que viene a realizar un claro quiebre con lo que hemos sostenido en los párrafos anteriores, y al sancionar la ley 26.476, llamada “Régimen de regularización impositiva, promoción y protección del empleo registrado, exteriorización y repatriación de capitales”, conocida vulgarmente como “ley de blanqueo”. El Estado Argentino pretendió incentivar el reingreso de divisas o capitales

(1) Art. 14 de la ley 23.771. Algunos autores, caso de Robert Spill en el derecho comparado, señalan que el instituto de la “probation” acorta los costos del Estado una vez que el imputado admite su accionar y pide dicho beneficio. Empero en la temática garantista, con relación a los tipos de procesos abreviados existen posiciones encontradas dignas de ser consideradas en el marco constitucional, que le dan mayor relevancia al costo de la garantía constitucional a favor del imputado, que al costo en sí del proceso a cargo del Erario público. Revista del Ministerio Público nro. 0, Procuración General de la Nación, Buenos Aires, Argentina, pág. 60 y ss.

que se encuentran en el extranjero, y la exteriorización de dinero o bienes que se encuentran dentro del territorio nacional, pero que no han sido debidamente declarados a los efectos impositivos, concediendo ventajas sustanciales, como condonación de intereses, multas y demás sanciones, tanto a personas como empresas, que decidan acogerse al nuevo régimen. Finalmente, recordamos a título ilustrativo el artículo 42 de la referida ley que dispuso a la Administración Federal de Ingresos Públicos de formular denuncia penal respecto de los delitos previstos en las Leyes 23.771 y sus modificaciones y 24.769, según corresponda, en la medida que los sujetos de que se trate regularicen sus obligaciones tributarias conforme a las disposiciones de los títulos II y III de la presente ley, o en la medida que los sujetos de que se trate regularicen sus obligaciones tributarias omitidas de acuerdo a las disposiciones del título I de la misma norma.

V. Cooperación Fiscal Internacional Administrativa

V.1.- Principio general: Inexigibilidad extraterritorial de obligaciones tributarias

En ejercicio de su soberanía fiscal, todos los países defienden el principio de territorialidad en virtud del cual se gravan los ingresos generados dentro de sus territorios (Figueroa, 2004:2). (2) Es un principio reconocido del Derecho Internacional Tributario, que las entidades jurídicas están exclusivamente sometidas, por los beneficios que obtengan, al impuesto del país o territorio en el que residan, aún cuando dichas entidades pertenezcan a un grupo de carácter multinacional, y, por tanto, dependan de entidades que residen en otro país o territorio (Sanz Gadea, 2001:7).

La aplicación conjunta de los principios de libertad de movimiento de capitales e independencia y libre concurrencia permite a las empresas multinacionales diseñar estrategias de constitución de entidades filiales en los países o territorios más convenientes desde el punto de vista fiscal, y también planificar métodos de imputación de los beneficios entre dichas entidades atendiendo a dicho punto de vista.

V.2.- Excepción fundamental: La Deslocalización de Capitales y su problemática

La desaparición de las limitaciones a la libre circulación de capitales ha posibilitado la transferencia de capitales hacia otros Estados. Los rendimientos producidos por estos capitales deberían tributar en cualquier caso en el Estado donde tenga el receptor su domicilio fiscal, habiéndose establecido en la legislación fiscal española mecanismos para evitar la doble imposición internacional (Segarra Tormo, 2000:155). Actualmente las inversiones realizadas en Estados distintos al de residencia constituye un gran negocio mundial. Inicialmente las transferencias de capitales hacia el exterior eran realizadas por un número limitado de residentes de un determinado Estado. Hoy en día, y especialmente a partir de la liberalización de la circulación de capitales constituye una actividad fácil de realizar. Cualquier ciudadano puede transferir fácilmente fondos al exterior. En 1996 se estimó en el ámbito mundial que las inversiones realizadas en el exterior ascendían al importe de 2.100 miles de millones de dólares. Entre las razones que impulsan a los ahorradores de un Estado a transferir fondos al exterior está evidentemente la de evitar que tributen sus rendimientos en el Estado de residencia, buscando para ello países que garanticen la confidencialidad de la información. Además de esta finalidad, la de evitar que tributen en el Estado de residencia los rendimientos de los ahorros, puede existir la de eliminar el rastro de rentas no declaradas que son las que han generado estos ahorros ocultos que se transfieren al exterior.

(2) El mencionado principio está recogido en el artículo 7 del Modelo de convenio para evitar la doble imposición de la OCDE en los siguientes términos: "...los beneficios de una empresa de un Estado contratante no son gravables más que en ese Estado, excepto si la empresa ejerce su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente...". Estrechamente relacionado con dicho principio se halla el denominado principio de libre concurrencia, cuya finalidad consiste en asegurar que el beneficio gravable por una entidad que pertenece a un grupo de sociedades sea el mismo que hubiera obtenido en condiciones de absoluta independencia. Este principio está recogido en el artículo 9 del Modelo de convenio.

Las fases del procedimiento de ocultación serían, en este supuesto, las siguientes:

1. Obtención de renta oculta en el Estado de residencia.
2. Materialización de esta renta en ahorro.
3. Transferencia del ahorro al exterior.
4. Obtención de rentas en el exterior generadas por los capitales transferidos.
5. Materialización de estas rentas en nuevos ahorros totalmente deslocalizados.

El mecanismo de elusión fiscal puede ser perfeccionado haciendo que el titular de los fondos deslocalizados, ya sea porque se han transferido o se han generado en el exterior, no sea su propietario real sino una sociedad interpuesta. El fundamento de esta conducta es el que las rentas no son obtenidas por el residente en el Estado cuya tributación se elude, sino por una sociedad residente en otro Estado. Se obtiene además mayor protección a la privacidad, ya que es más complicado conocer quién es el propietario real de estos bienes.

Las fases podrían ser en este supuesto:

1. Obtención de renta oculta en el Estado de residencia.
2. Materialización de esta renta en ahorro.
3. Transferencia del ahorro al exterior.
4. Aportación del ahorro transferido a una sociedad.
5. Obtención de rentas formalmente por la sociedad no residente.

6. Materialización de estas rentas por la sociedad en nuevos ahorros de los que puede disponer libremente la sociedad. En ocasiones el residente repatría parte de los ahorros obtenidos por la sociedad no residente hacia el Estado de residencia, consiguiendo con ello además la aplicación de la legislación para no residentes.

7. Inversión de la sociedad no residente en el Estado de residencia del propietario.

VI. Cooperación Internacional Administrativa en particular: Tratados de Cooperación Tributaria Internacional e intercambio de Información

El intercambio de informaciones en el plano internacional puede producirse de manera informal, es decir, sin que medie ningún compromiso convencional, apenas como fruto de una actitud de cortesía o de solidaridad entre países. Esta forma de procesarse el intercambio, no obstante la utilidad que puede ofrecer; adolece de los inconvenientes de no contar con el suficiente respaldo jurídico, de ser esporádica, inarticulada y sujeta a todas las limitaciones legales internas del país informante y a su buena voluntad en cuanto a la oportunidad, extensión y forma en que serán prestadas las informaciones.

En razón de tales circunstancias, hoy en día es pacíficamente reconocida la necesidad de celebrar acuerdos internacionales sobre esta materia, que posibiliten a los estados contratantes el acceso a informaciones que no se podrían obtener utilizando medios y fuentes disponibles internamente, y que garanticen que las informaciones requeridas se reciban en la forma y tiempo que resulten adecuados. Es por ello que el intercambio de información debe estar contenido dentro de ciertos parámetros que constituyen los límites del mismo, a saber:

- a) Principio de confidencialidad, según el cual no se intercambia información que dentro del país tenga el carácter de confidencialidad (por ejemplo: secreto de correspondencia, bancario, etc.);
- b) Principio de subsidiaridad, según el cual no se intercambiará información cuando el estado solicitante no hubiera agotado todos los recursos para obtenerlos por sus propios medios;

- c) Principio de proporcionalidad, según el cual no se intercambiará información cuando por la índole de la misma, su obtención implique un esfuerzo administrativo desproporcionado;
- d) Principio de reciprocidad, según el cual la información requerida sería suministrada por el país que la pide, en idénticas condiciones;
- e) Principio de especialidad, según el cual la información requerida debe ser utilizada con fines exclusivamente fiscales.

El intercambio de información resultará de utilidad en la etapa de estudio e investigación -etapa de inteligencia- o en curso de una fiscalización. Si no hubiese convenio la investigación se torna altamente complicada, en particular para reunir la información que permita verificar la realidad de los precios de las transacciones. No obstante, habrá que utilizar otros recursos para procurarse la información de terceros necesaria a tales efectos.

Los acuerdos de intercambio de informaciones entre administraciones tributarias de diferentes países operan fundamentalmente de dos formas, a través de la inserción de una cláusula sobre la materia en los convenios de doble tributación, mediante la celebración de convenios "ad-hoc" sobre aquel intercambio.

La forma tradicional ha sido la inserción de una cláusula sobre intercambio de informaciones en los convenios sobre doble tributación internacional, la casi totalidad de las cuales se han basado en el art. 26 del Modelo de Convenio de la OCDE, en el cual se observan tres formas principales de intercambio de información: a solicitud, automático y espontáneo.

El intercambio a solicitud se refiere a la situación en la cual un Estado Contratante solicita de otro Estado Contratante información específica para un caso concreto. En el párrafo 9 de los Comentarios se recalca que antes de solicitar información de otro país, la administración tributaria debería utilizar sus facultades para obtener la información de fuentes nacionales. El intercambio automático se refiere al envío sistemático de información referente a ciertos tipos de ingresos, por ejemplo sobre los pagos de dividendos. Las autoridades competentes determinan entre sí la información que se va a proveer automáticamente. El intercambio espontáneo se refiere a la transmisión de información obtenida durante la fiscalización de los asuntos de un contribuyente que pudieran ser de interés para el otro estado. Por ejemplo, información sobre pagos hechos a los residentes del otro país cuando se sospecha que los pagos no se declararon en el otro país podría ser útil en la fiscalización de ese contribuyente. Información relacionada a los ajustes de precios de transferencia también se podría intercambiar espontáneamente.

VII. Los convenios específicos sobre intercambio de informaciones

En este acápite podemos recordar:

- En Europa, la desaparición de las fronteras entre Estados miembros exigió un nuevo sistema de información tributaria: el VIES, que desde su creación fue financiado por los Programas Fiscalis. Sin embargo; precisamente este origen ha condicionado el ámbito fiscal de estos programas de cooperación que hasta el año 2002 se han preocupado exclusivamente por los aspectos relacionados con la imposición indirecta. Asimismo, la ampliación de la Comunidad Europea ha exigido a los Países Candidatos un gran esfuerzo de adaptación a la normativa y a las prácticas administrativas comunitarias, y para asistirles técnicamente en este proceso se creó el Programa PHARE (García Sobrino, 2004:5.). El Programa Fiscalis fue adoptado el 30 de marzo de 1998 (3) con la idea de reunir en un proyecto, todas las actividades de formación, los controles multilaterales y los sistemas de comunicación e intercambio de información hasta entonces existentes en materia de cooperación. La mayoría de ellas fueron puestas en marcha con motivo de la creación del Mercado Único en 1993. El nuevo Programa Fiscalis 2007 es un instrumento que debía permite una potenciación del existente anteriormente por un doble motivo. En primer lugar, ofrecía la infraestructura de información tecnológica para mejorar

(3) Decisión 888/98/EC del Parlamento Europeo y el Consejo de 30 de Marzo de 1998.

el intercambio de información ya existente y propiciar aquél que pudiera derivarse de la aplicación de nuevas propuestas legislativas en el ámbito de la imposición directa. En segundo lugar, contenía la infraestructura necesaria para impulsar la cooperación entre funcionarios y administraciones tributarias, bien compartiendo conocimientos normativos o sobre mejores prácticas administrativas, bien aumentando la realización de controles multilaterales. La mayor novedad del nuevo *Fiscalis 2007* (4) fue la ampliación de su ámbito a la imposición sobre la renta, sobre el patrimonio, y sobre las primas de seguros. Hasta su aprobación la cooperación se limitaba al ámbito de imposición indirecta y aduanera.

-La Directiva de la CEE de 1977 que, luego de sucesivas ampliaciones, abarca el intercambio de información tanto sobre impuestos directos como indirectos y hace referencias específicas a cuestiones de ese intercambio, algunas de las cuales podrían entenderse implícitas en la redacción del artículo 26. La Directiva reconoce que la colaboración entre administraciones tributarias sobre la base de acuerdos bilaterales es incapaz de hacer frente a las nuevas formas de fraude y de evasión fiscal que adoptan cada vez más un carácter multinacional. Por ello, propone intensificar la colaboración entre administraciones fiscales en el interior de la comunidad sobre la base de principios y normas comunes. En tal sentido, se obliga a los miembros a intercambiar informaciones relativas a casos concretos debiendo el estado requerido realizar las averiguaciones para obtener las mismas. Es importante resaltar que la Directiva prevé también la obligatoriedad de suministrar información -en forma espontánea- por parte de los estados miembros que pueda resultar útil para el cálculo correcto de los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, en particular cuando aparezca una transferencia ficticia de beneficios entre empresas situadas en estados miembros diferentes, o, cuando estas transacciones entre empresas situadas en dos estados miembros se realicen por mediación de un tercer país con objeto de gozar de ventajas fiscales o cuando el impuesto haya sido o pueda ser eludido por una u otra razón.

-El Convenio Multilateral para la Asistencia Administrativa Mutua del Consejo de Europa y la Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo (OCDE), concluido en 1988 y ya vigente Este Convenio que contiene 32 artículos, contempla una amplia gama de formas de cooperación administrativa para la determinación y recaudación de impuestos, que van desde el intercambio de información hasta la ejecución de acciones de cobro del extranjero, específicamente con miras a combatir la evasión y la elusión tributarias.

-El Convenio Nórdico de Asistencia Mutua en Asuntos Tributarios, derivado del Tratado firmado en 1972, en el cual se inspiró el Convenio Multilateral del Consejo de Europa y la OCDE. La nueva versión de Convenio Nórdico, que acompaña los términos del citado Convenio Multilateral, se encuentra vigente desde 1991.

-Los Estados Unidos de Norteamérica también han llevado adelante tratados denominados Acuerdos de Intercambio de Información Tributaria (AIITs) con un número de países caribeños y latinoamericanos. A través de los "AIITs" se intenta conformar una efectiva red de programas de intercambio de información. También los Estados Unidos han desarrollado un Código de Buena Práctica relacionado con los intercambios de información el cual ese país y sus contrapartes en los tratados establecen y se comprometen a respetar con normas de calidad en cuanto al modo en que cumplen con sus obligaciones.

- El artículo XXVI del tratado que nuestro país tiene firmado con Brasil (5) a fin de evitar la doble imposición se toca el tema relacionado con el intercambio de información, aunque en forma general y en base a otros tratados.

(4) Ver Propuesta de Decisión del Parlamento y del Consejo por la que se adopta un Programa Comunitario destinado a mejorar el funcionamiento de los sistemas fiscales en el mercado interior (*Programa Fiscalis 2007*). COM (2002)10 final, y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a la conveniencia de la continuación de un programa de acción destinado a mejorar los sistemas fiscales del mercado interior. COM (2002) 10 final.

(5) Ver ley 22.675.

- El tratado modelo sobre intercambio de información tributaria elaborado por el C.I.A.T.

- En el MERCOSUR, en la I REUNIÓN DE ADMINISTRADORES TRIBUTARIOS DE LOS PAÍSES MIEMBROS Y ASOCIADOS DEL MERCOSUR que se celebró en la ciudad de Brasilia, Brasil, en el mes de Junio de 1997, concluyeron que en el proceso de integración económica que se estaba desarrollando en el MERCOSUR había llegado el momento para avanzar en mecanismos de cooperación administrativa en materia fiscal a los efectos de prevenir y combatir la evasión fiscal en este espacio económico (González,1998:2).Se decidió elaborar un Convenio Multilateral para evitar la Doble Imposición en el Impuesto sobre la Renta y el Patrimonio, que contuviera una sección (el artículo 26 del indicado Convenio) dedicada a la asistencia administrativa de los países miembros y asociados, relativa a la colaboración en el intercambio de información, en la realización de auditorías fiscales y en la recaudación de la deuda morosa. En la II REUNIÓN DE ADMINISTRADORES TRIBUTARIOS DE LOS PAÍSES MIEMBROS Y ASOCIADOS DEL MERCOSUR, celebrada en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, en setiembre de 1997, se ratificó la decisión adoptada en la I REUNIÓN, y por lo tanto los administradores presentes decidieron conformar el Grupo de Trabajo Técnico a los efectos de instrumentar en un Convenio las decisiones adoptadas.

VIII. Conclusión

En el marco internacional la denominada globalización de la economía, el crecimiento, liberalización y expansión del comercio, las inversiones transfronterizas, los avances tecnológicos y del transporte, así como el surgimiento de mercados comunes, zonas de libre comercio y uniones aduaneras, han contribuido al desarrollo económico de muchos países, pero a la par, han servido como disparadores para ampliar y agravar el fenómeno del fraude fiscal internacional. Consientes de ello, hemos desarrollado nuestro trabajo, pensando fundamentalmente en un contexto axiológico. Dentro del mismo podemos destacar, las consecuencias funestas que pueden acarrear para la sociedad internacional, la ausencia de cooperación en la investigación de este fenómeno de delincuencia transnacional y con consecuencias económicas fiscales como hilo conductor y la necesidad de su investigación penal tributaria. Tal vez, lo problemático de este diagnóstico, para los hombres de derecho consiste en que de seguir utilizado los conceptos del derecho administrativo y tributario clásico y del derecho penal liberal, sería imposible proceder al reflejo de estas conductas en los viejos principios de investigación tributaria a través de las consabidas fiscalizaciones y expedientes de determinación administrativos y los modelos de autoría y responsabilidad penal, ya que la mayoría de las veces, nos encontramos con la existencia de sociedades utilizadas como fachada, la mayoría con actividad en diferentes estados nacionales, conectadas con otras ubicadas en zonas geográficas distantes pero de importancia financiera superlativa como son los paraísos fiscales, y/o países donde el secreto bancario y comercial es fundamental para la existencia de los mismos. Solamente nos permitimos afirmar, que no habrá éxito en la lucha contra la evasión fiscal, si la Administración, en su función de prevención del fraude, no adecua sus procedimientos dentro de los parámetros del Estado de Derecho y en estricta correspondencia a los postulados del derecho penal liberal. Todo intento de obviar esto último genera a la postre dilapidar esfuerzos administrativos a fines ajenos a la buena fe que debe presidir los actos del Estado. En este sentido, señala García Cozzi bajo el título "Es una cuestión política entre Estados y legal con los particulares" (García Cozzi 1993:5):

"Es un tema que generalmente crea tensiones, no sólo entre estados sino entre éstos y los particulares. En efecto, la carga impositiva, así como la seriedad y eficacia del control y verificación de las obligaciones de los contribuyentes, son, siempre importantes cuestiones a conocer a la hora de decidir inversiones en uno u otro país". Los fiscos son cautos y no brindan fácilmente datos sobre las actividades o bienes de sus propios contribuyentes evitando así que éstos puedan ser gravados también en otros territorios.

IX. Bibliografía

AQUINO - CARVAJAL. 2007. Precios de Transferencia, campus virtual I.E.F.P.A Instituto de Estudios de las Finanzas Públicas Argentinas. Disponible en: http://iefpa.org.ar/criterios_digital/monografias/aquino_carbajal.pdf [Consulta: 10 marzo 2008]

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, PÉREZ MANZANO, Mercedes y SUÁREZ GONZÁLEZ Carlos. Manual de derecho penal. Parte especial: Delitos patrimoniales y económicos. 2a. ed. Madrid: Centro de Estudio Ramón Areces, 1993.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BECKER, Gary S. "Crime and punishment: an economic approach", EN: Journal of Political Economy, 1968-76, 169 y ss.

BERTAZZA, Humberto J. "La evasión fiscal y los acuerdos internacionales de colaboración", EN: XIII Encuentro Internacional de Administradores Tributarios en Argentina, 2003, p.1. Disponible en: www.iefpa.org.ar/seminarios/2003/documentos/bertazza.pdf [Consulta: 12 de abril de 2008]

CALDERÓN CARRERO, José Manuel. "Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal", EN: Temas de derecho penal tributario. Madrid: Marcial Pons, 2000.

CASTAGNOLA, Horacio, "La experiencia de la administración tributaria en la crisis económica: El caso de la República Argentina", EN: Boletín AFIP, 01 de Octubre de 2004-87, 1757-1780.

DÍAZ, Vicente Oscar. La falsedad del hecho tributario en la dogmática penal. Macchi, Buenos Aires, 1992.

— "Exégesis e interpretación del alcance de la legislación de lavado de dinero", EN: Revista Lavado de Dinero, Buenos Aires: Quorum, 13/08/01, 1-32.

— "Reflexiones entre economicidad, proceso, control tributario y corrupción pública en el contexto de la evasión fiscal", EN: Revista de la AAEF, Junio 2002, 39-80.

— Ilícitos tributarios. Buenos Aires: Astrea 2006.

DÍAZ, Vicente Oscar y DÍAZ SIEIRO, Horacio D. "Los delitos de bagatela y la llamada sanción de clausura en la ley 11.683", EN: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1992-A, 1016.

FERNÁNDEZ, Fernanda. "Las actividades ilícitas y su gravabilidad", EN: Suplemento de derecho tributario: Doctrina, 3/7/2000. Disponible en www.eldial.com.

FIGUEROA, Indira. "OCDE y el intercambio de información tributaria", EN: Revista Martes Financiero, Panamá, Mayo 2004, 1-22.

FORTE, F. "Sul trattamento fiscale delle attività illecite", EN: Rivista di Diritto Finanziario, 1952-II, 129. Citado en Soler Roch, María Teresa. "La tributación de las actividades ilícitas", EN: Revista Civitas de Derecho Financiero, 1995-85, 9-32.

GARCÍA COZZI, José María. La delicada cuestión del intercambio de información. IDEA, marzo-abril 1993.

GARCÍA SOBRINO, Ernesto. "La cooperación administrativa en la Unión Europea: el Programa Fiscales 2007", EN: Documentos, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2004-23, 1-25, ISSN: 1578-0244.

GONZÁLEZ, Darío. Esfuerzos multilaterales de cooperación administrativa. Conferencia técnica "La Tributación en un Contexto de Globalización Económica". Centro Interamericano de Administraciones Tributarias-CIAT, Lisboa, Portugal, 1998, 1-15.

LAMAGRANDE, Alfredo Julio. "Globalización, evasión fiscal y fiscalización tributaria", EN: Boletín AFIP, 1 de Abril de 1998-9, 627 y ss.

MACCOBY, Michael. The Gamesman: The New Corporate Leaders. New York: Simon and Schuster, 1976.

PEACOCK, Alan T. y SHAW, Graham Keiyth. "Tare evasión and tax revenue loss", EN: Public Finance, 1982-37, 848-866.

PITA, Claudino. "El intercambio de informaciones tributarias como instrumento de contención de la competencia desleal a nivel internacional", EN: V. Tanzi, A. Barreix y L. Villela (eds.). Taxation and Integration in Latin America. Inter-American Development Bank, 2007, 15-30.

SANZ GADEA, Eduardo. "Medidas antielusión fiscal", EN: Documentos, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2001-22.

SEGARRA TORMO, Santiago. "La adecuación de los sistemas de información, la tributación en un contexto de globalización económica", EN: XXXII Asamblea General del CIAT, 2000, 155-186, ISBN 84-476-0428-4.

ZAGARIS Bruce, "A Brave New World: Recent Developments in Anti-Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters", EN: Vanderbilt Journal of Transnatl Law, 1999, 1026-1116.

¿Existe un sistema judicial internacional? sobre la coexistencia de Cortes y Tribunales

POR MARTÍN CABRERA MIRASSOU (*)

Sumario: I. Introducción. — II. La inevitable expansión y diversificación de la jurisdicción internacional. — III. Coexistencia de cortes y tribunales en el sistema internacional. — IV. Mecanismos de coordinación entre diferentes jurisdicciones. — V. Hacia un sistema judicial internacional. — VI. Bibliografía.

Resumen

En las últimas décadas se ha producido una multiplicación de cortes y tribunales internacionales, generando profundos cambios en el sistema internacional. En el trabajo se argumenta que dicho fenómeno es positivo, y que ha permitido la consolidación de la solución judicial de controversias. Se aborda el tema desde la descripción de la existencia de mecanismos, como lo son el diálogo judicial y la cortesía entre tribunales, que pueden ser útiles para lidiar con posibles consecuencias negativas. La idea que se sostiene es la existencia de un sistema judicial internacional, en el cual los diferentes órganos son conscientes de su papel y buscan mecanismos para evitar conflictos y, a su vez, dar coherencia al derecho internacional.

Palabras clave: jurisdicción internacional – cortes y tribunales – diálogo judicial – jurisprudencia

Abstract

In the last decades the multiplication of courts and tribunals has substantially changed the international system. It is argued in the article that the foresaid phenomenon is a positive one, and that has allowed the consolidation of the judicial settlement of disputes. The topic is approached by describing the existence of mechanisms, mainly judicial dialogue and mutual respect that can be useful to deal with the alleged negative consequences of the phenomenon. The idea that is upheld is the existence of an international judicial system, in which the different bodies are conscious of their role and search for mechanisms to avoid possible conflicts, and to give coherence to international law.

Key words: international jurisdiction – courts and tribunals – judicial dialogue – jurisprudence

I. Introducción

Uno de los datos más notorios de las relaciones internacionales en las últimas décadas es el palpable desarrollo del derecho internacional en dicho período. Su expresión conceptual y normativa en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial era un conjunto de normas jurídicas que regulaban exclusivamente las relaciones entre Estados, cuyo proceso de formación era notoriamente eurocentrista, y con un ámbito material de aplicación restringido a cuestiones que afectaban directamente a la soberanía de los Estados. Era clásica la división de las materias reguladas por el derecho internacional según se aplicara en tiempos de paz o en tiempos de guerra. Las normas consuetudinarias eran escasas, evolucionaban lentamente y su determinación era simple, sus elementos constitutivos debían buscarse en Europa.

A comienzos del siglo XXI, el contexto ha cambiado sustancialmente. Los sujetos en el derecho

(*) Docente de Derecho Internacional Público; Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP. Becario de Investigación. UNLP.

internacional no son ya sólo los Estados soberanos, se les atribuye subjetividad jurídica también a las organizaciones internacionales y al individuo, entre otros. Sumando, a su vez, la participación de actores como empresas transnacionales y organizaciones no gubernamentales (ONG), generando la ampliación del ámbito personal en el sistema legal internacional. Se extiende, también, el campo normativo del orden jurídico internacional, para regular prácticamente todos los procesos que se dan en la esfera internacional, e incluso aquellos con efectos en el orden interno de los Estados. Las otras incontestables fronteras entre lo interno y lo internacional se difuminan dando lugar a procesos transnacionales.

Estas características del sistema legal internacional han sido utilizadas para sostener que se está produciendo una fragmentación del ordenamiento jurídico, esto es, que la existencia de normas específicas para cada área regulada se realiza sin considerar al derecho internacional general, generando conflictos normativos de difícil solución. A este fenómeno, además, se suma la aparición de regímenes autónomos, que cuentan con sus propios principios e instituciones, tal el caso de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o la Unión Europea (UE). Suele sostenerse que estos regímenes y sus normas pueden llegar a colisionar entre sí, generando hipotéticos conflictos como el caso de la aplicación de las normas cuya finalidad es proteger el medio ambiente con aquellas que tienen por objetivo promover el comercio internacional. (1) En realidad, darle prioridad a una sobre otra dependerá del objeto de cada régimen, pero no necesariamente lleva a una incompatibilidad o contradicción. (2)

Fenómeno propio de nuestros tiempos es la diversificación de la jurisdicción internacional. Las razones detrás de la creación de tribunales internacionales se vinculan con el crecimiento del derecho internacional, en donde existen áreas complejas y diversificadas que requieren de fueros altamente especializados. Asimismo, se hace necesario incorporar al ámbito jurisdiccional a los nuevos sujetos en el ámbito internacional y, en definitiva, poder contar con una respuesta eficaz para un cada vez más complejo escenario. Aunque es correcto que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) nunca fue el único fuero para solucionar controversias en el derecho internacional, el siglo XXI nace con una cantidad inédita de órganos judiciales internacionales a disposición de, y aquí lo significativo, los sujetos de la comunidad internacional, superando la concepción estatista del derecho internacional.

Nos proponemos determinar si este fenómeno puede efectivamente producir una ruptura en la unidad del derecho internacional o es solo una preocupación de carácter teórica, sin hasta ahora mayores consecuencias prácticas. De la bibliografía especializada queda claro que la exégesis normativa es insuficiente para comprender estos procesos. Son numerosas las investigaciones de carácter interdisciplinario, en donde están presentes conceptos e ideas que aportan al estudio del tema. Así, el análisis institucional del derecho internacional para explicar su estructura y funciones, el rol de las ideas e intereses en la legitimidad de las instituciones judiciales, como el proceso de globalización y sus efectos. A su vez, dado las numerosas variables presentes, dejaremos planteadas diversos temas que ameritan profundizarse, al proporciona elementos para completar y comprender con mayor precisión el tema.

La utilización del término cortes y tribunales internacionales está basado en una clasificación realizada por el profesor Romano (2011), la cual establece que éstas son organizaciones internacionales que emplean normas internacionales basándose en el derecho internacional como derecho aplicable, donde por lo menos una de las partes en la controversia es un Estado o una organización inter-

(1) Véase a este respecto el informe de la Comisión de Derecho Internacional: "Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional", aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2006.

(2) A nuestro entender, en la OMC el Órgano de Apelación ha sido prudente y actuó con inteligencia al descartar una posible incompatibilidad entre las normas ambientales y las que promueven el comercio. De particular importancia en este sentido es el informe en la diferencia "Estados Unidos - Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón. Ab-1998-4, Informe del Órgano de Apelación (12 de octubre de 1998), WT/DS58/AB/R".

nacional, y cuyas decisiones son vinculantes. Se establecen por un instrumento legal internacional, cuentan con reglas predeterminadas de procedimiento y son miembros independientes, ya sean jueces o árbitros, los que la integran. Se incluye en esta clasificación a las llamadas cortes y tribunales internacionales, los tribunales arbitrales y los órganos internacionales de reclamos y compensaciones.

Es conocido el valor que ha tenido la jurisprudencia en relación a los procesos válidos de creación del derecho internacional. Relegada a principios del siglo pasado, por el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ, a ser un medio auxiliar en la determinación de la existencia de normas internacionales junto con la doctrina, sus funciones han aumentado desde entonces. Aún cuando hay consenso en que no es una fuente autónoma creadora de normas jurídicas, en algunos casos ha contribuido sustancialmente a declarar y cristalizar ciertas normas internacionales. La jurisprudencia no es útil únicamente para solucionar una controversia, es una herramienta de diálogo y desarrollo del derecho internacional. Como es incorrecto estudiar de manera estática la ciencia jurídica, cobran relevancia las sentencias de tribunales internacionales, al exponer el derecho internacional en su contexto, aplicado a hechos y procesos de las relaciones internacionales, e interpretado a la luz de su estado en un período histórico determinado.

Comenzamos presentando la problemática a nivel internacional de lo que denominamos expansión y diversificación de la jurisdicción internacional. Luego describimos el actual escenario en la solución de controversias internacionales y los mecanismos existentes con competencia para resolverlas, mencionando los elementos carentes en el sistema que supuestamente generan consecuencias negativas en el derecho internacional. Esto nos permite abordar la manera en que las cortes y tribunales internacionales han coexistido sin mayores roces, a través del diálogo jurisprudencial y la cortesía mutua. En la última parte sostenemos que estamos frente a la consolidación de un sistema judicial a nivel internacional, con características propias, siendo necesario replantear el enfoque tradicional en el estudio y enseñanza de esta materia.

II. La inevitable expansión y diversificación de la jurisdicción internacional

Cuando un autor se preguntó en 1999 si la proliferación de tribunales internacionales era un problema para el sistema internacional (Kingsbury, 1999: 680), no hizo sino reflejar y transmitir una inquietud sobre un fenómeno escasamente comprendido, y que era percibido como un retroceso en el derecho internacional. Las características de la jurisdicción internacional motivaban este pensamiento, al ser descentralizada, sin una autoridad superior o jerárquica, donde por lo general los órganos judiciales son altamente especializados, y en la cual el sometimiento de las controversias continúa siendo voluntario, a pesar de los avances en las últimas décadas. Además, las cortes y tribunales internacionales no crean el derecho internacional, sólo lo aplican, y las sentencias obligan solo a las partes en la controversia y no se cuenta con mecanismos coercitivos de cumplimiento (Romano, 2009: 764).

Una respuesta más atractiva es que la multiplicación de órganos judiciales es una consecuencia necesaria de la creciente expansión del sistema legal internacional, en el cual se permite a los Estados someter sus controversias al arreglo judicial y estos, a la vez, tienden a aceptar la jurisdicción de tribunales internacionales con mayor confianza. La finalidad no es otra que contar con un sistema judicial apropiado que acompañe el desarrollo de este nuevo y detallado régimen legal, que permite vislumbrar la creciente importancia del "rule of law" en los asuntos internacionales. El Juez Caminos (2002: 140) lo expresa claramente: "Los fines y la razón de ser del derecho internacional son el de contribuir a resolver los problemas de la comunidad internacional mediante la cooperación internacional, fortalecer el imperio del derecho en las relaciones internacionales y promover la solución pacífica de las controversias internacionales. La creación de los nuevos tribunales especializados es un importante paso hacia la realización de estos objetivos fundamentales."

Así como en el pasado eran la excepción a los medios diplomáticos, los órganos judiciales se han convertido en el mecanismo por defecto para solucionar controversias internacionales en la mayoría de las áreas de las relaciones internacionales, asumiendo a la vez nuevas funciones, como lo son el

desarrollo normativo, el mantenimiento de los acuerdos de cooperación, y la administración de los regímenes internacionales (Shany, 2009: 76). La CIJ fue establecida como un órgano de solución de controversias diseñado principalmente para ofrecer a los Estados una alternativa atractiva al uso de la fuerza (Shany, 2009: 80). Comparadas con ella, las nuevas cortes y tribunales internacionales deben entenderse como operando bajo un nuevo paradigma, donde ya no se habla de la excepción sino de la regla al sometimiento de las controversias a medios judiciales. (3)

Entre las razones de esta expansión de la jurisdicción internacional se encuentra que el derecho internacional regula actualmente cuestiones que antes eran propias de los Estados y su derecho interno, léase la justicia criminal, o que no eran objeto de arreglos multilaterales, como el comercio internacional de servicios, o no estaban siquiera regulados, como los recursos naturales del alta mar o el patrimonio común de la humanidad. Hubo también hechos que influyeron sustancialmente en la consolidación de la jurisdicción internacional, como la disolución de la Unión Soviética y el fin del mundo bipolar, el abandono de la doctrina socialista del derecho internacional y la marxista de las relaciones internacionales y tercero, la consolidación del libre mercado y el capitalismo económico, donde las fronteras abiertas iban a “garantizar” el desarrollo de las naciones (Romano, 1999: 729).

La principal preocupación de este fenómeno es que la falta de existencia de un sistema formal pueda generar problemas. Primero, los tribunales pueden llegar a respuestas diferentes ante la misma pregunta, fragmentando así el derecho internacional. La falta de una instancia de apelación o mecanismo similar a un tribunal supremo impide uniformar la jurisprudencia internacional. Segundo, contar con más de un fuero disponible para atender una controversia lleva al *fórum shopping*, o hacia procedimientos paralelos, con más de un fuero entendiendo en la misma controversia. La mayor preocupación es el inminente peligro para la unidad del derecho internacional, que surge de la posibilidad de conflictos de competencia y el riesgo de contradicciones en la interpretación o conclusiones, y que la misma norma reciba diferentes interpretaciones en diferentes casos ante diferentes instituciones judiciales (Oellers - Frahm, 2001: 70).

Una posición sugiere que la supuesta fragmentación puede superarse asumiendo que no necesariamente el mero incremento de órganos judiciales lleve a una incoherencia en el derecho internacional, ya que si estos se enfrentan con normas sustantivas que son armoniosas, complementarias y los miembros de los órganos actúan idóneamente, no deberían surgir dificultades de importancia (Teitel y Howse, 2009: 964). Otra posición sostiene que el derecho internacional es un idioma universal, donde los aspectos sustanciales son comunes y compartidos por todos los órganos judiciales, lo que les permite conversar, interactuar entre ellos e influirse mutuamente, citando su jurisprudencia y construyendo un *corpus iuris* internacional (Teitel y Howse, 2009: 965).

III. Coexistencia de cortes y tribunales en el sistema internacional

Por varias décadas, tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional como su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, fueron los únicos tribunales permanentes a nivel internacional con competencia universal. En la actualidad, además de la CIJ existe el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Europea de Justicia, la Corte Centroamericana de Justicia, la Corte de Justicia de la Comunidad Andina, el Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el sistema de solución de controversias del MERCOSUR como del NAFTA, y el Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos. A estas instituciones permanentes, hay que sumar los tribunales arbitrales que se constituyen y los tribunales administrativos de las organizaciones internacionales.

(3) ‘These courts are not designed to prevent violence and wars, although this may be in some cases an indirect side-effect of their existence.’ (Shany, 2009: 82).

Cualquiera que se encuentre dando los primeros pasos en el estudio de la disciplina podría tener dos reacciones frente a este panorama: verse abrumado por la cantidad de órganos existentes y las materias sobre las cuales tienen competencia, o inferir el grado de avance al cual la solución judicial de controversias a nivel internacional ha llegado. Si someramente observamos la competencia de alguno de estos tribunales, encontramos que efectivamente hay un cierto grado de solapamiento en algunas áreas, pero sus competencias están por lo general restringidas a ciertas materias, y cada uno de ellos responde a una finalidad propia, con objetivos diferentes.

O sea, cada órgano judicial internacional responde a fines, propósitos, objetivos y contextos propios. Está claro que hay descentralización en el sistema, sin funciones de coordinación atribuida a ninguna jurisdicción o jerarquía alguna. Incluso, algunos tribunales se han descripto asimismo como regímenes autónomos, y otros como instituciones judiciales autónomas. Sin embargo, considerando que estamos en presencia de un sistema en vías de consolidación emergente, el hecho es que el presente estado de asuntos no ha llevado aún a la existencia de jurisprudencia contradictoria que sea significativa entre las cortes y tribunales internacionales, si las hay son la excepción, y en gran parte se debe a que los jueces se han esforzado en evitar contradicciones (Simma, 2009: 278).

De acuerdo a Cançado Trindade (2011: 235), la expansión de la jurisdicción internacional a través de los nuevos tribunales internacionales ha promovido el reaseguro al acceso a la justicia internacional a un cada vez mayor número de *justiciables*. Controversias sometidas a adjudicación internacional no tienen hoy una dimensión estrictamente interestatal, al tener la facultad y legitimación otros sujetos para acceder a la misma, léase organizaciones internacionales, personas físicas y jurídicas. Los tribunales cumplen funciones que la CIJ, limitada por su propio Estatuto, no puede atender. En este espíritu, algunos tribunales internacionales especializados están encargados de decidir sobre asuntos altamente especializados o técnicos (Cançado Trindade, 2011: 255).

¿Cuáles son, entonces, las instancias supuestamente conflictivas? Podemos identificar diversas categorías: la llamada jurisprudencia contradictoria – distintos tribunales llegan a diferentes conclusiones sobre la interpretación de la misma norma internacional -, procesos paralelos sobre las mismas controversias – más de un tribunal entendiendo al mismo tiempo sobre una misma disputa- y fórum shopping – posibilidad para las partes en una controversia de elegir a que fuere someterla, de acuerdo a su conveniencia-. Aquí nos concentramos en las primeras dos cuestiones. Respecto a la primera, tenemos tres ejemplos en la práctica internacional sobre su falta de manifestación, o mejor dicho, sobre como los tribunales interpretaron el derecho internacional basándose en su contexto propio. Estos casos son los conocidos como Loizidou, Tadic y el último sobre el derecho humano a la asistencia consular. Para abordar la segunda instancia, mencionamos el caso de la planta de MOX.

a. Los tres casos que dieron notoriedad al fenómeno

En el caso de Loizidou, (4) la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) dejó de lado el criterio de la CIJ en cuanto al efecto de las reservas a las declaraciones de aceptación de jurisdicción. La CEDH se enfrentó a la pregunta de si un Estado Parte a la Convención Europea de Derechos Humanos que depositaba una declaración aceptando la jurisdicción obligatoria de la Comisión Europea de Derecho Humanos podía contener una condición restringiendo el alcance territorial de tal aceptación. La CPJI en el caso de los Fosfatos de Marruecos las había permitido, la CIJ indirectamente dijo, en la Opinión Consultiva sobre las reservas a la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, que un Estado reservante podría considerarse como parte de dicha Convención, siempre que la reserva fuera compatible con el fin y propósito del tratado. Sin embargo, la CEDH, en el contexto de la Convención Europea de Derechos Humanos, dijo que una reserva limitando la aceptación era inadmisibles.

Estableció la CEDH al alejarse del criterio de la CIJ, que la Convención Europea es un tratado para

(4) Corte Europea de Derechos Humanos, 'Case of Loizidou v. Turkey, judgment on preliminary objections', 23 de marzo de 1995.

el cumplimiento colectivo de los derechos y libertades fundamentales, por lo que debe interpretarse de tal manera que sea práctico y efectivo cumplir con su finalidad. (5) Es un instrumento viviente que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales, y no solamente de acuerdo a las intenciones de sus autores, expresadas hace más de 40 años. (6) Teniendo en cuenta el fin y propósito de la Convención, las consecuencias que tendría la facultad de realizar reservas sobre lograr el cumplimiento de la Convención Europea serían tan amplias que la facultad para realizar una reserva debería haber sido prevista expresamente. (7) Reservas de una naturaleza general están prohibidas. (8)

No se discute, expresó la CEDH, que los Estados pueden adjuntar restricciones a la aceptación de la cláusula opcional de competencia de la CIJ. Ni tampoco que la disposición en la Convención Europea está basada en la del Estatuto de la CIJ, pero ello no significa que como se aceptan las reservas al aceptar la competencia de la CIJ, lo mismo deba suceder en el ámbito de la CEDH. (9) Por un lado, el contexto de ambas Cortes es sustancialmente distinto, y son notables sus diferencias en varios aspectos, sumado a una práctica incondicional de aceptación de la competencia de la CEDH, que es una base convincente para distinguir la práctica de ambas Cortes, sostuvieron los jueces del tribunal europeo. (10)

En otro de los casos mencionados, Tadic, (11) el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), debió determinar si el conflicto armado en Bosnia y Herzegovina que comenzó en 1992, debía calificarse como interno o internacional, y si las fuerzas armadas de Bosnios Serbios eran de la República Federal de Yugoslavia o de Bosnia y Herzegovina, a los efectos de la aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949. Dijo la Cámara de Apelaciones del TPIY que las normas internacionales no siempre requieren el mismo grado de control sobre grupos armados o individuos privados para el propósito de determinar si un individuo, que no tiene el estatus de oficial de un Estado bajo su legislación interna, puede ser considerado como un órgano de facto de dicho Estado. La extensión del requisito de control estatal varía, sobre fuerzas armadas, milicias o unidades paramilitares el control puede ser de forma suficiente (*'overall character'*). (12)

Lo establecido por el TPIY cobra relevancia cuando se advierte lo que dijo la CIJ unos años antes en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua. (13) En dicho caso, la CIJ entendió que el control ejercido por un Estado sobre fuerzas armadas en otro Estado, aquí los Contras actuando en Nicaragua, tenía que ser un control efectivo de las operaciones militares o paramilitares durante las cuales las violaciones alegadas habían sido cometidas, para considerar al Estado como responsable a nivel internacional. Tenemos entonces que dos órganos judiciales internacionales establecieron distintos criterios al determinar cuándo fuerzas armadas o paramilitares actúan bajo control estatal.

Esto causó que no pocos afirmaran de manera categórica el comienzo de la fragmentación del derecho internacional, que este tipo de sentencias afectaría su unidad, y además se estaba desafiando

(5) Loizidou, párrafos 70 y 72.

(6) *Ibídem*, párr. 71. Utiliza la CEDH los medios de interpretación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

(7) Loizidou, párr. 75.

(8) *Ibídem*, párr. 76.

(9) Loizidou, párr. 83.

(10) *Ibídem*, párr. 85. Concluye la CEDH: "89. Taking into consideration the character of the Convention, the ordinary meaning of Articles 25 and 46 in their context and in the light of their object and purpose and the practice of Contracting Parties, the Court concludes that the restrictions *ratione loci* attached to Turkey's Article 25 and Article 46 declarations are invalid."

(11) Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Cámara de Apelaciones, 'Prosecutor v. Dusko Tadic, judgment', 15 de julio de 1999.

(12) Tadic, párr. 137.

(13) Corte Internacional de Justicia, 'Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua' (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports, 1986.

el papel de la CIJ como encargada de determinar que es el derecho internacional. Interesante visión plantean Teitel y Howse (2009: 976), al indicar que puede interpretarse el caso *Tadic* como un postulado sobre la separación e igualdad entre los diversos tribunales internacionales. Entonces, cuando el TPIY se refería a sí mismo como un régimen autónomo, era una resistencia a la hegemonía o autoridad vinculante de un tribunal externo (la CIJ en este caso).

Pero según parece, el TPIY tenía otra intención, cual era la de reemplazar el criterio desarrollado por la CIJ en el derecho internacional general, y postular un test con dos criterios para atribuir responsabilidad: uno para los actos realizados por individuos privados, donde se requeriría un 'control efectivo', y uno para actos organizados y estructurados jerárquicamente por grupos, como militares o paramilitares, donde un 'control suficiente' alcanzara. Para la Cámara de Apelaciones del TPIY este doble criterio reflejaba el estado del derecho internacional general como del derecho internacional humanitario y en cuanto a la responsabilidad del Estado (Simma, 2009: 280). No debe tampoco pasar inadvertido que la Cámara de Apelaciones realiza un análisis y fundamentación extensísima y profunda para explicar porque no sigue el razonamiento de la CIJ.

El último caso que mencionamos concierne la caracterización del Artículo 36 1) (b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y por la CIJ. Mientras la Corte IDH dijo en una Opinión Consultiva en 1999, que el derecho a que un detenido extranjero le sea comunicado que puede requerir asistencia consular por parte del Estado del cual es nacional, forma parte del cuerpo de los derechos humanos, la CIJ en el caso *Lagrand* no vio necesidad de resolver este punto y guardó silencio sobre el tema. Y en el caso *Avena*, a pedido expreso de una de las partes (México), la CIJ manifestó que dicha caracterización de derechos humanos no encontraba apoyo en el texto o los trabajos preparatorios de la Convención sobre Relaciones Consulares. (14) México sostuvo que el derecho a la notificación y comunicación consular es un derecho humano que constituye parte del debido proceso. La Corte expresó que no debía decidir sobre el tema, al exceder las pretensiones de las partes, pero igualmente incluyó en la sentencia, que no observaba en el texto, fines, propósitos de la Convención, ni en los trabajos preparatorios fundamentos que indicaran tal conclusión. El silencio a veces es más oportuno que la palabra.

IV. Mecanismos de coordinación entre diferentes jurisdicciones

Jonathan Charney (1999: 699), luego de realizar un estudio pormenorizado de la jurisprudencia de diferentes tribunales internacionales en relación a ciertas áreas del derecho internacional, llega a la conclusión de que estos comparten visiones coherentes y similares sobre el derecho internacional y que en la práctica judicial, los efectos negativos mencionados *ut supra* no se han producido todavía. Esto es producto de que los jueces internacionales, a pesar de integrar diferentes órganos judiciales, comparten y enfrentan similares problemas, aprenden de la experiencia y razonamiento de sus colegas (Slaughter, 2003: 193). (15) Cada vez hay mayor diálogo y menor deferencia. Algunos autores sostienen que a largo plazo surgirá una serie de principios diseñados para guiar a las cortes en su actuación, una comunidad de cortes, en la cual los jueces reconocerán estas relaciones mutuas (Slaughter, 2003: 194). Los jueces se están incorporando a un creciente diálogo y mutua citación de sus decisiones (referencias cruzadas), fomentando el respeto mutuo, y a su vez, organizan y participan de reuniones formales e informales en diferentes ámbitos, que puede permitir una mayor coordinación entre ellos.

Podemos encontrar, entonces, diversas maneras de lidiar con las posibles consecuencias negativas de la multiplicación de cortes y tribunales internacionales. Por un lado, a través del diálogo juris-

(14) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, párr. 141, en particular incisos 2, 7 y 8. Corte Internacional de Justicia, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 'Lagrand Case' (Germany v. United States of America), Judgment of 27 June 2001, párr. 12 y 'Case concerning Avena and Other Mexican Nationals' (Mexico v. United States of America), Judgment of 31 March 2004, párr. 124.

(15) La autora se refiere en su trabajo a la denominada justicia transnacional, y las relaciones entre los jueces con jurisdicción en el ámbito interno de los Estados y los magistrados internacionales.

prudencial, por la cual los tribunales se citan mutuamente, también existe la posibilidad de que un tribunal se abstenga de continuar con un proceso por razones de cortesía y respeto hacia otro órgano judicial. Descartamos cualquier posible función excluyente que pudiera tener la CIJ con respecto al tema. Claramente la imposibilidad de poder reformar su Estatuto ha ocasionado que no pueda afrontar los desafíos propios del siglo XXI, verbigracia, el acceso de sujetos distintos a los Estados a su competencia. Además, se ignoraría la razón de ser de este fenómeno de diversificación de la jurisdicción internacional, que no es otro que responder adecuadamente a las necesidades y características de la comunidad internacional contemporánea.

a. Diálogo entre tribunales a través de la jurisprudencia

¿Qué sucedió, entonces, con el TPIY y la CIJ tras el caso Tadic? Visto desde una perspectiva, es interesante notar cómo dialogaron o se relacionaron los dos tribunales. En lo que Simma llama una tarea de diplomacia judicial, la CIJ parece haber entendido que el TPIY tuvo la intención de limitar su test divergente a la cuestión específica de competencia planteada sobre si el conflicto era interno o internacional, sin intención de modificar otras normas internacionales. La CIJ usó la sentencia en el caso de Genocidio de 2007 para dar respuesta al TPIY. Sostuvo que los argumentos de éste eran poco convincentes y no reflejaban el derecho internacional de la responsabilidad del Estado. El test de control suficiente es demasiado amplio, concluyendo la CIJ que el TPIY se había extralimitado en su competencia. (16)

Por ende, más que afectar la unidad del derecho internacional, las referencias cruzadas entre las cortes internacionales ha contribuido a consolidar y dar mayor coherencia al mismo (Simma, 2009: 283). Se ponen en discusión la existencia y alcance de normas jurídicas, los contextos en el cual se aplican, y se evita una innecesaria e inexistente autoridad de la Corte respecto a otros tribunales. Sostiene nuestra idea la Corte Penal Internacional en el caso Lubanga, (17) donde sostuvo que el control 'suficiente' establecido en Tadic era válido para determinar la naturaleza de los conflictos bajo el Estatuto de Roma. A pesar de lo establecido por la CIJ, la Corte Penal Internacional entiende que sus normas y finalidad se encuentran más estrechamente relacionadas con aquellas del TPIY que con las de un órgano judicial con demasiadas reminiscencias a un estado de las relaciones internacionales que ya no existe.

Para finalizar con esta idea, mencionamos que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (el Tribunal) ha citado profusamente las decisiones de la CIJ, claramente consciente de los aportes del órgano judicial de Naciones Unidas al derecho internacional. Por ejemplo, en el caso Saiga 2, el Tribunal citó a la CPJI en relación al valor del derecho interno como prueba en un proceso internacional, y también se basa en una sentencia de la CIJ para determinar los requisitos que debe tener el estado de necesidad. En el caso Grand Price, lo hace para establecer cuestiones sobre su competencia. En el caso del Estrecho de Johor, por el rol de las negociaciones en la solución de controversias. En el caso Hoshinmaru, por la importancia de las minutas y sus efectos sobre lo asumido por las partes en ellas. En el caso Louisa, cita a la CIJ sobre el requisito de agotamiento de los recursos internos. Y en la Opinión Consultiva, por las reglas de interpretación en los tratados, sobre el carácter consuetudinario de la evaluación de impacto ambiental y a la CPJI por las formas de reparación de daños. (18)

(16) Corte Internacional de Justicia, 'Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide' (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 Feb. 2007, párr. 406.

(17) Corte Penal Internacional, Pre Trial Chamber I, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 29 de enero de 2007, párr. 210 y 211.

(18) Caso M/V "SAIGA" (No. 2) (San Vicente y las Granadinas v. Guinea), medidas provisionales, orden del 11 de marzo de 1998 y sentencia sobre el fondo de la controversia del 1 de julio de 1999, párr. 120 y 133. Caso "Grand Price" (Belice v. Francia), pronta liberación, sentencia del 20 de abril de 2001, párr. 78, Caso concerniente a la recuperación de tierras de Singapur en y alrededor del Estrecho de Johor (Malasia v. Singapur), medidas provisionales, orden del 8 de octubre de 2003, párr. 52, Caso "Hoshinmaru" (Japón v. Federación Rusa), pronta liberación, sentencia del 6 de agosto de 2007, párr. 86, Caso M/V "Louisa" (San Vicente y las Granadinas v. Reino de España), medidas provisionales, orden del 23 de diciembre de 2010, párr. 64, Opinión Consultiva de la Sala de Controversias

Encontramos entonces que la CIJ es percibida como legítima al expresar el contenido del derecho internacional en asuntos estrictamente interestatales. Pero al momento de analizar su razonamiento en cuestiones de protección de los derechos humanos, del desarrollo progresivo de normas medioambientales o al tener que estar al frente de cambios profundos en el derecho internacional, no parece que se le presta la misma atención a su pensamiento. El Tribunal, al realizar citas expresas a sentencias de la Corte, intentó a través de ello legitimar sus decisiones, darle autoridad a sus pronunciamientos y explicitar el amplio consenso existente respecto de la interpretación y aplicación que hacía de las normas. Justamente, cuando el Tribunal entra en funcionamiento con una competencia que en parte se solapa con aquella de la Corte, existía cierta preocupación respecto hasta qué punto el derecho del mar era un régimen autónomo y como iban a coexistir estos dos órganos judiciales.

No es posible determinar hasta qué punto un tribunal se basa en las decisiones y razonamientos de otro para fundar sus decisiones, ni el método que predomina en el proceso. Todavía no es común encontrar citas expresas de sentencias de otras cortes, siendo un método que varía sustancialmente dependiendo del órgano judicial involucrado. La CIJ prácticamente no lo ha hecho, mientras que otros tribunales están más habituados, como es el caso del Órgano de Apelación de la OMC o el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Los jueces internacionales tienen una fuerte preferencia por el desarrollo de un sistema judicial internacional coherente, entonces cuando tienen la oportunidad, por lo general, tratarán de reforzarse mutuamente citándose los unos a los otros (Romano, 2009: 758).

b. Cortesía entre órganos judiciales internacionales

La controversia entre Irlanda y el Reino Unido sobre la construcción de una planta de MOX dio lugar al inicio de cuatro procesos internacionales, todos ellos en diferentes fueros. Adelantando el desenlace de la controversia, ninguno de los alegados efectos negativos de contar con cuatro procesos diferentes sucedieron, y en gran parte esto se debe a lo decidido por el tribunal arbitral. Los procesos en cuestión son: un arbitraje por el acceso a información bajo el Convenio OSPAR, medidas provisionales solicitadas ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el fondo del asunto fue sometido a un tribunal arbitral y ante la Corte Europea de Justicia (CEJ), se cuestionó la competencia del tribunal arbitral para entender en la controversia. (19)

La controversia surge cuando British Nuclear Fuels (BNFL), propietaria y operadora de una empresa nuclear en Sellafield, tenía intenciones de poner en funcionamiento una planta de MOX, que involucraba el manejo de sustancias radioactivas. La actividad de la fábrica MOX consiste en el reciclaje del plutonio procedente de combustibles nucleares, mezclando el dióxido de plutonio con el dióxido de uranio empobrecido. De ello resulta un nuevo combustible denominado MOX, abreviación utilizada para designar el combustible de óxidos mixtos (*'mixed oxide fuel'*), destinado a ser utilizado como fuente de energía en las centrales nucleares. En varias ocasiones, Irlanda interpelló a las autoridades del Reino Unido en relación con la fábrica MOX, cuestionando la decisión relativa a la justificación económica de dicha fábrica. El 4 de octubre de 2001 el Ministro irlandés encargado de la seguridad nuclear indicó que Irlanda tenía previsto presentar una denuncia sobre la base de la Convención, habida cuenta de la falta de evaluación adecuada del impacto medioambiental de la fábrica MOX.

El tribunal arbitral, constituido de conformidad con el Anexo VII de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en la Orden N° 3 del 24 junio de 2003, estableció que la Comisión Europea (la Comisión), ya se encontraba examinando la cuestión de si existía la posibilidad de que la

sobre los Fondos Marinos sobre las responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes de personas y entidades con respecto a las actividades en la Zona Internacional de los Fondos Marinos. 1 de febrero de 2011, párr. 57, 147 y 194.

(19) Casos citar Procedimientos de acuerdo a la Convención OSPAR (Irlanda – Reino Unido), laudo del 2 de julio de 2003, in Reports of International Arbitral Awards (Vol. XXIII, Naciones Unidas, Nueva York, 2006) pp. 59-151. ITLOS Caso de la Planta de MOX (Irlanda v. Reino Unido), medidas provisionales, orden del 3 de diciembre de 2001. Asunto C 459/03 Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda, 30 de mayo de 2006 y Tribunal Arbitral en Caso de la Planta de MOX (Irlanda v. Reino Unido), terminación de procedimientos el 6 de junio de 2008.

CEJ pudiera tener competencia sobre esta controversia. El núcleo del problema era si las disposiciones de la Convención en las cuales se basaba Irlanda eran de materia comunitaria, y por ende, de exclusiva competencia de la CEJ. Aunque el tribunal arbitral pudiera haber concluido por los argumentos de las partes que al menos ciertas disposiciones de la Convención no caían dentro de la competencia exclusiva de la CEJ, no sería apropiado para el tribunal continuar con los procedimientos. No quedaba claro que dichas disposiciones pudieran dar lugar a una controversia distinta y autónoma capaz de ser resuelta por el tribunal. Y la pregunta debía ser decidida en última instancia por la CEJ. (20)

En dichas circunstancias, y teniendo en cuenta el respeto mutuo y cortesía que debe prevalecer entre instituciones judiciales, el tribunal arbitral consideró inapropiado proseguir con las audiencias en la controversia. Es más, sostuvo que un procedimiento que pudiera resultar en dos decisiones contradictorias sobre la misma cuestión, no ayudaría a las partes a resolver la controversia. (21) Por ello, decidió suspender el arbitraje hasta tanto se expidiera la CEJ respecto a su competencia sobre los puntos de la disputa. La Corte Europea encontró que efectivamente era de su competencia exclusiva, por ser materia comunitaria, las pretensiones deducidas por Irlanda.

El tribunal arbitral tuvo una actitud encomiable al reconocer el rol de la CEJ en este asunto. A pesar de ser órganos independientes y autónomos, un correcto reconocimiento de la existencia y competencia de la CEJ permitió evitar posibles consecuencias que hubieran puesto en duda el desenlace de los procesos. Hubiera sido contraproducente que un tribunal arbitral se pronunciara sobre normas comunitarias conociendo la probabilidad de que la CEJ posteriormente entendiera en el asunto. Máxime cuando es *stare decisis* la doctrina de la Corte Europea de Justicia en relación a la supremacía y carácter constitucional de las normas comunitarias. El desarrollo de este asunto demuestra como con mínimos recaudos se pueden evitar posibles conflictos entre tribunales internacionales.

V. Hacía un sistema judicial internacional

El surgimiento de las nuevas cortes y tribunales internacionales ha motivado numerosos cuestionamientos por su supuesta influencia en la fragmentación del derecho internacional. Pero los fundamentos que sostienen este argumento son puramente teóricos, ya que en la práctica todavía no hubo elementos que lo sustenten. Siguiendo el pensamiento de Charney (1999: 699), los diferentes tribunales comparten una visión coherente sobre el derecho internacional, ya que los fundamentos y bases del derecho internacional general no se modifican dependiendo de cuál sea el tribunal que decide un caso. Son varios los estudios empíricos que demuestran la ausencia de conflictos jurisdiccionales entre las cortes internacionales. En lo que respecta a la citación mutua de su jurisprudencia, la CIJ no ha mostrado mucha reciprocidad hasta el momento, habiéndose restringido de referirse a pronunciamientos de otras cortes, punto que cambió recién con el caso del Genocidio de 2007. Pero otros tribunales han expresado mayor consideración por sus pares, consolidando una tendencia francamente positiva.

Hay un cambio en las funciones del arbitraje y el arreglo judicial a nivel internacional, que se convirtieron desde meros instrumentos de cooperación entre Estados soberanos para solucionar sus controversias, a formar parte de un sistema judicial. Un sistema donde los jueces ya no se ven a sí mismos sólo como herramientas para evitar o resolver controversias internacionales, sino efectivamente como integrantes de órganos que dictan justicia y construyen una genuina jurisprudencia, extendiendo su influencia y efectos más allá de las partes en un proceso (Teitel y Howse, 2009: 960). No actúan aislados o sin considerar lo que sus colegas hacen en otros tribunales, tienen en cuenta los efectos globales de sus decisiones, y adoptan criterios y posturas de acuerdo a la finalidad propia del órgano que integran. En suma, un sistema está consolidándose sin la necesidad de acuerdos formales entre Estados, resaltando la importancia de comprender las fuerzas, ideas, jerarquías y principios subyacentes al dialogo jurisprudencial internacional y el resultante proceso creador de normas (Romano, 2009: 765).

(20) Tribunal Arbitral en Caso de la Planta de MOX, Orden N° 3, párr. 26.

(21) *Ibidem*, párr. 28.

Se hace necesario aceptar el hecho de que los medios judiciales de solución de controversias no pueden comprenderse desde la óptica del principio de solución pacífica de controversias. Esto se debe a la autonomía en su estudio, separada de los medios diplomáticos, por su profundidad, complejidad y características propias. Todavía se continúa con la tradición en los libros, manuales y en la enseñanza del derecho internacional, en presentar a las cortes y tribunales internacionales como solamente mecanismos de solución de controversias que usualmente siguen a la negociación. El sistema judicial es una disciplina separada del principio de solución pacífica de las controversias. El hecho de ubicar a la justicia internacional junto a la mediación y conciliación, entre otros medios diplomáticos, ya no es solo incorrecto, sino que ignora las profundas transformaciones del derecho internacional.

VI. Bibliografía

CAMINOS, Hugo. "Algunas consideraciones sobre la creación de tribunales internacionales especializados: el caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar", EN: *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Buenos Aires, 2002 47(40), 122-144.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. "Towards Compulsory Jurisdiction: Contemporary International Tribunals and Developments in the International Rule of Law", EN: XXXVII Curso de Derecho Internacional, Washington D.C., 2011, 233-259.

CHARNEY, Jonathan. "The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals", EN: *New York Journal of International Law and Politics*, Nueva York, 1999 31 (4), 697-708.

KINGSBURY, Benedict. "Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?", EN: *New York Journal of International Law and Politics*, Nueva York, 1999 31 (4), 679-696.

OELLERS - FRAHM, Karin. "Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction - Problems and Possible Solutions", EN: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001 5, 67-104.

ROMANO, Cesare. "The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle", EN: *New York Journal of International Law and Politics*, 1999 31 (4), 709-751.

ROMANO, Cesare. "Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue", EN: *New York Journal of International Law and Politics*, 2009 41 (4), 755-787.

ROMANO, Cesare. "A Taxonomy of International Rule of Law Institutions", EN: *Journal of International Dispute Settlement*, 2011 2 (1), 241-277.

SHANY, Yuval. "No longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary", EN: *European Journal of International Law*, 2009 20 (1), 73-91.

SIMMA, Bruno. "Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner", EN: *European Journal of International Law*, 2009 20 (2), 265-297.

SLAUGHTER, Anne-Marie. "A Global Community of Courts", EN: *Harvard International Law Journal*, 2003 44 (1), 191-219.

TEITEL, Ruti y HOWSE, Robert. "Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order", EN: *New York Journal of International Law and Politics*, 2009 41 (4), 959-990.

Ética, política y escritura de sentencias judiciales

POR ERNESTO DOMENECH (*)

Sumario: 1. Ética y escritura de sentencias. — 2. Reglamentaciones éticas. — 3. Escritura y política en las sentencias. — 4. Bibliografía. — 5. Otros documentos consultados.

“En el imperio del kitsch totalitario las respuestas están dadas de antemano y eliminan la posibilidad de cualquier pregunta. De ello se desprende que el verdadero enemigo del kitsch totalitario es el hombre que pregunta. La pregunta es como un cuchillo que rasga el lienzo de la decoración pintada, para que podamos ver lo que se oculta tras ella (...)” Milan Kundera

Resumen

El trabajo aborda la importancia de la escritura de sentencias en lenguaje accesible como una cuestión ética y política. Repara en las reglas que, desde el punto de vista ético, regulan el tema. Las sintetiza y estudia la importancia política. Concluye con la importancia de su abordaje desde distintas especialidades y actividades académicas.

Palabras clave: Ética - Escritura - Política - Sentencias - Transparencia

Abstract

This paper addresses the importance of writing in accessible language sentences as a matter of ethics and politics. Discusses the rules governing the issue from the ethical point of view. Synthesizes and analyzes the political importance. It concludes with the importance of their approach from different specialties and academic activities.

Keywords: Ethics - Writing - Politics - Sentences - Transparency

1. Ética y escritura de sentencias

¿Existen decisiones éticas en la escritura de sentencias?

He aquí una pregunta de singular relevancia, que distintas reglamentaciones éticas responden.

Sin duda en la escritura de sentencias se ponen en juego decisiones implícitas.

La *selección del lenguaje* empleado es una de ellas.

La *estrategia de escritura* otra.

No son decisiones nimias. Implican actos de poder de los jueces y los modos como lo ejerce. La vocación que tengan para ejercerlo, la participación y el papel que les otorgue a las partes, la importancia que le dé a la comprensión por parte del “justiciable”, y la relevancia que le otorgue al control del poder que ha ejercido. En especial la transparencia de sus decisiones, cuan accesibles y comprensibles sea, permitirán conformarse con ellas o impugnarlas.

De este modo al seleccionar un lenguaje y una forma de escribir no sólo se ponen en juego las reglas gramaticales y ortográficas del lenguaje (en nuestro caso el español), sino reglas éticas que se inscriben en una ética judicial y política (en tanto evidencian un modo de ejercer el poder).

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Penal I, Cátedra II. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

2. Reglamentaciones éticas (1)

Este problema ha sido objeto de reflexiones y se ha tratado en la “*Carta de Derechos de las personas ante la Justicia en el ámbito judicial Iberoamericano*” (2) aprobada en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia. (México, 2002) y en el *Código Iberoamericano Ética Judicial* (San Salvador, 2004).

También se aborda en las *Cien Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad*. (3)

Veamos partes relevantes de estas reglas éticas:

La *Carta de Derechos de las personas ante la Justicia en el ámbito judicial Iberoamericano* prevé una justicia comprensible, a la que asocia las siguientes reglas:

6. Todas las personas tienen derecho a que los actos de comunicación contengan términos sencillos y comprensibles, evitándose el uso de elementos intimidatorios innecesarios.

7. Todas las personas tienen derecho a que en las vistas y comparecencias se utilice un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, resulte comprensible para todos los que no sean especialistas en derecho.

Los Jueces y Magistrados que dirijan los actos procesales velarán por la salvaguardia de este derecho.

8. Todas las personas tienen derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

Se deberá facilitar especialmente el ejercicio de estos derechos en aquellos procedimientos en los que no sea obligatoria la intervención de abogado.

El *Código Iberoamericano Ética Judicial* contiene muy valiosas reglas sobre la escritura de las sentencias. Se las puede encontrar asociadas a la *motivación*, la *transparencia* y la *prudencia*. He aquí reglas relevantes:

Motivación

ART. 18.- La obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales.

ART. 19.- Motivación supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión.

(1) Como se podrá ver en el análisis que se realizará más adelante involucra algo más que problemas éticos. Se relaciona con importantes garantías constitucionales y leyes nacionales y provinciales. La escritura confusa de sentencias puede burlar el *nullum crimen* previsto en el art. 18 de la CN según sean los razonamientos y lecturas que se hicieran. Afecta el acceso a la justicia, previsto en el art. 15 de la Constitución local, y vulnera el sentido de que todas los procedimientos sean públicos reglamentado en el art. 169 de la misma y reconocido en la ley 12.475 de información pública. Se relaciona con el acceso a la información y el contralor de la función pública.

(2) En España existe una proposición de ley no aprobada del pleno de diputados en 2002, con contenidos similares a los que se consignan en el texto de esta Carta de Derechos. La importancia del lenguaje ciudadano ha sido también destacada en relación a los actos administrativos. Sobre el particular ver Alcaraz Berengel, Juan (2009).

(3) Claro que la necesidad de un lenguaje claro fue anticipada por otros actores no institucionales, como los sostenedores del Plain Language y mucho antes por los literatos que se consignan en la nota siguiente.

ART. 20.- Una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, sólo tolerable en la medida en que una expresa disposición jurídica justificada lo permita.

ART. 21.- El deber de motivar adquiere una intensidad máxima en relación con decisiones privadas o restrictivas de derechos, o cuando el juez ejerza un poder discrecional.

ART. 22.- El juez debe motivar sus decisiones tanto en materia de hechos como de Derecho.

ART. 23.- En materia de hechos, el juez debe proceder con rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio. Debe mostrar en concreto lo que aporta cada medio de prueba, para luego efectuar una apreciación en su conjunto.

ART. 24.- La motivación en materia de Derecho no puede limitarse a invocar las normas aplicables, especialmente en las resoluciones sobre el fondo de los asuntos.

ART. 25.- La motivación debe extenderse a todas las alegaciones de las partes, o a las razones producidas por los jueces que hayan conocido antes del asunto, siempre que sean relevantes para la decisión.

ART. 26.- En los tribunales colegiados, la deliberación debe tener lugar y la motivación expresarse en términos respetuosos y dentro de los márgenes de la buena fe. El derecho de cada juez a disentir de la opinión mayoritaria debe ejercerse con moderación.

ART. 27.- Las motivaciones deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas.

Transparencia

ART. 56.- La transparencia de las actuaciones del juez es una garantía de la justicia de sus decisiones.

ART. 57.- El juez ha de procurar ofrecer, sin infringir el Derecho vigente, información útil, pertinente, comprensible y fiable.

ART. 58.- Aunque la ley no lo exija, el juez debe documentar, en la medida de lo posible, todos los actos de su gestión y permitir su publicidad.

ART. 70.- El juez debe mantener una actitud abierta y paciente para escuchar o reconocer nuevos argumentos o críticas en orden a confirmar o rectificar criterios o puntos de vista asumidos.

ART. 71.- Al adoptar una decisión, el juez debe analizar las distintas alternativas que ofrece el Derecho y valorar las diferentes consecuencias que traerán aparejadas cada una de ellas.

Las Cien Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad poseen también reglas relacionadas con la escritura de las decisiones judiciales y con los procesos de comunicación. Veamos algunas de ellas.

(60) En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

(78) En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

* Se deberán celebrar en una sala adecuada.

* Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.

* Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

3. Escritura y política en las sentencias (4)

Una lectura de estas reglas permite advertir que además de muy importantes reglas éticas, la forma de la escritura de sentencias pone en juego una serie de valores de enorme importancia política en democracias republicanas:

1. La **transparencia** de los actos de gobierno, asociada no sólo al conocimiento y publicidad de las sentencias, sino a su legibilidad por sus destinatarios (5) y por el resto de la comunidad política.

2. Forma de *ejercicio del poder de juzgar que reconozca límites y controles*.

3. Registro del *Otro como destinatario de un servicio estatal*, que enmarca el poder de decidir a través de diálogos indispensables, en especial cuando se encuentra en una situación de vulnerabilidad.

¿Cuáles serían las características de una sentencia éticamente bien escrita y políticamente republicana según estas reglas?

(4) Los movimientos relacionados con el lenguaje claro nacieron en la década del 70 en relación a los órganos de gobierno en Estados Unidos, Canadá, Suecia e Inglaterra. Se relacionan con el uso de un lenguaje ciudadano (Plain Language) en los actos administrativos. No obstante observaciones al lenguaje de las sentencias se pueden encontrar muchísimos antes en la literatura anglosajona. Thomas Moro dice en su Utopía publicada en 1516 una República sin territorio: "Tienen escasas leyes; su sistema social las hace casi innecesarias. Una de las críticas más importantes que creen deben hacer a otros países es el que, aunque tienen libros y más libros sobre leyes e interpretación de las leyes, nunca parecen estar del todo conformes. Estiman como algo decididamente injusto el que alguien sea juzgado por un código excesivamente extenso como para ser leído en su totalidad por un hombre común o demasiado difícil como para que lo comprenda. Lo que es más, no tienen abogados de alto ingenio para defender casos individuales y derechos ajenos. Consideran mejor que cada cual lleve su propia causa y le narre al juez la misma historia que de otro modo le contaría a su abogado. Bajo estas circunstancias es menos probable que el punto en cuestión se torne oscuro y es más fácil llegar a la verdad; si nadie dice el tipo de mentiras que se aprenden de los abogados, el juez podrá aplicar toda su perspicacia para sopesar los hechos del caso y proteger a las mentes sencillas de los embates inescrupulosos de las mentes astutas. Este es un procedimiento que no funcionaría muy bien en otros países donde la masa de legislación complicada con la que se debe lidiar es tan grande. Pero en Utopía todos son expertos en leyes por la simple razón de que hay, como ya les comenté, muy pocas y la interpretación más llana es considerada como la más correcta. Dicen que el único objetivo de una ley es recordarle al pueblo lo que debe hacer". El fragmento siguiente data de 1726, es decir más de doscientos años más tarde, pertenece a un irlandés descendiente de ingleses. Jonathan Swift. Lo escribió en uno de Los Viajes de Gulliver poco conocido: el Viaje al País de los houthnhnms que en su lengua significaba tanto caballo como perfección de la naturaleza: "(...) aseguré a su señoría que la ley era una ciencia con la que no había tenido mucho trato, salvo contratar inútilmente a unos abogados, a propósito de algunas injusticias que se habían cometido conmigo... Dije que entre nosotros hay un gremio de hombres adiestrados en el arte de demostrar, mediante palabras grandilocuentes, que lo blanco es negro y lo negro, blanco, según lo que se les pague... debe hacer notar, además, que este gremio se expresa con una jerga muy peculiar, que no puede entenderse por ningún otro mortal. En ella están escritas todas las leyes, que ellos tienen especial cuidado en multiplicar (...)".

(5) La legibilidad por los destinatarios ha sido un tema planteado también en el terreno bioético con los denominados "lenguajes de especialidad" vinculados con la medicina y los laboratorios medicinales. He aquí muy atinadas observaciones de Atienza, en el terreno médico del todo afines, en este aspecto, al ámbito de las sentencias judiciales: "Los problemas (frecuentes) que aquí suelen plantearse tienen que ver no sólo - como sería de prever - con el uso de tecnicismos innecesarios que dificultan la comprensión, sino también con el carácter incompleto de las informaciones y, sobre todo, con un descuidado uso del castellano que, en ocasiones, lleva a la redacción de frases prácticamente ininteligibles. La causa de esto último me parece que se estriba en que, muchas veces, esos textos han sido redactados originariamente en inglés y nadie - incluidos los poderosos laboratorios promotores de los ensayos - parece haber mostrado interés en que la traducción alcance el nivel de corrección exigible a un hablante del castellano medianamente competente." Conf. "Bioética, derecho y argumentación", en el capítulo II, "Juridificar la Bioética. Una propuesta metodológica." En el caso de las sentencias penales las dificultades se suscitan con el uso de traducciones del alemán, cuando se emplean expresiones creadas por los autores en relación a las leyes vigentes que no son las argentinas. El Profesor Hendler ha advertido sobre estos problemas. Sobre la transparencia del lenguaje judicial véase Lenguaje judicial y transparencia, de Catalina Kühne Peimbert (2006).

He aquí algunas que emergen de las reglas citadas:

- a. El uso de términos sencillos y comprensibles.
- b. La ausencia de términos intimidatorios.
- c. Una sintaxis clara.
- d. Una estructura sencilla.
- e. Sin tecnicismos innecesarios.

f. Concisión, que el diccionario de la Real Academia define como “*Brevedad y economía de medios en el modo de expresar un concepto con exactitud*” (6).

El uso de tecnicismos presenta dificultades añadidas:

¿Cuáles son los necesarios y cuáles los innecesarios?

¿Qué se debe hacer cuando se emplean tecnicismos variantes que han sido instituidos en ámbitos teóricos y académicos y no en la legislación (7)?

No son estas preguntas de fácil respuesta, sobre todo para abogados o expertos socializados con lenguajes encriptados, cuyo uso está “naturalizado” a través de las teorías jurídicas con las que los abogados se forman, el proceso educativo mismo (8) y las rutinas institucionales de los tribunales (9).

Sin embargo considero que el adecuado empleo de la *traducción es un muy valioso recurso* (10) cuando, quien deba emplear un término técnico, considere que no tiene otra salida (11). Pero ¿cuándo no hay otra salida? Al menos cuando ciertas palabras adquieren significados especiales dentro del

(6) La ausencia en la sentencias de primer instancia de muchas de estas características, en el fuero penal de la Provincia de Buenos Aires, ha sido informada por la Abog. Alejandra Moretti en reseña preparada para el proyecto de investigación en curso.

(7) La palabra “acción” por ejemplo, tiene un sentido en el Código Penal, y uno muy distinto en el lenguaje dogmático.

(8) Un proceso poco afecto al análisis y la consideración de las prácticas, que piensa en la capacitación del abogado litigante (sobre todo en los modos de abordar los ejercicios profesionales a través de las prácticas indispensables para graduarse) no en otros ejercicios incluyendo las posiciones de terceridad dentro de los procesos.

(9) Es que la concepción del derecho, de la judicatura, de los roles profesionales, de los modos de la enseñanza se encuentran profundamente vinculados entre sí, como lo ha puesto en evidencia John Henry Merryman, con su noción de “tradicón jurídica.” El trabajo de Peimbert (2006) también pone de relieve los modos de escribir las sentencias con los modos de concebir, enseñar y aprender el derecho. Es necesario tener en cuenta que los relatores y secretarios aprenden a hacer sentencias repicando sentencias anteriores que usan como modelos, sin un análisis crítico de las formas como han sido hechas.

(10) La traducción asimismo puede ser mirada como un importante recurso pedagógico en la formación de estudiantes, porque obliga a comprender cabalmente el texto traducido (con sus potencialidades y sus dificultades), y su traducción a lenguaje ciudadano, que obliga al alumno a colocarse en el lugar de las personas que estarían involucradas en sus ejercicios profesionales. Algunos de estos temas hemos tratado con Silvia Naciff en *Cotidianos Lenguaraces*. Ponencia presentada en la IADA. Publicado en Actas del II Coloquio Argentino de la IADA. El diálogo: Estudios e investigaciones. La Plata, Argentina 11, 12 y 13 de mayo de 2005. Compiladora Luisa Granato. ISBN 950-34-0336-7.

(11) Para ver las vicisitudes que la traducción implica ver Ricoeur, Paul (2005). Con prólogo y traducción de Patricia Wilson. Claro que, en el campo jurídico los textos a traducir son muy variados y algunos presentan complicaciones. No es lo mismo traducir una ley (con un emisor difuso y complejo) que un Manual o un Tratado (con un emisor claro e identificable), o que un fallo (con jueces identificables que obran en forma individual o colectiva, pero que sólo “hablan” por sus sentencias). El Profesor Hendler ha atribuido a problemas de traducción de texto teóricos algunas de las dificultades del lenguaje de los penalistas. Y cuando se traduce un “teórico” es necesario considerar que escribe en un contexto determinado, con una legislación determinada, en una “tradicón jurídica” determinada que puede ser significativamente diferente de la de los países en que pueda ser leído.

mismo texto legal. O cuando ciertos casos, por expresas prescripciones legales deban ser resueltos apelando a principios que, en general no son más que tácitos o implícitos y por ende de no conocidos por los “justiciables”. No es razonable que los textos legales sean leídos e interpretados con palabras que procedan de teorías incomprensibles para los destinatarios de las sentencias.

El uso de estos tecnicismos ha sido considerado, por otra parte, como una forma de eludir los procesos argumentales y las decisiones que a través de ellos se adoptan. Son formas de encubrirlos; es decir, de des-responsabilizar al juez a través de las argumentaciones que utiliza (12). Aunque para Rodolfo Moreno, hace ya muchos años, podían indicar procesos más graves aún, a propósito de la incertidumbre en el castigo del prevaricato derivada de las interpretaciones legales desmesuradas, “disfrazadas” de ciencia jurídica, con el halo de prestigio y ausencia de contralor que la “cientificidad” de un discurso otorga (13).

Algo similar tiene lugar con la ausencia de concisión, de síntesis. La proliferación de escritura innecesaria, encubre y hasta desplaza las decisiones, como en relación a las leyes lo indicaron Moro y Swift. La transcripción de páginas enteras de pruebas, no permite “ver” la valoración que de ellas hace el juez. La reiteración minuciosa de las peticiones de las partes, desplaza la forma como se las escucha, se las vincula, analiza y se les responde. La repetición de toda la tramitación realizada hasta llegar a la sentencia, impide tener clara conciencia de su significación en la toma de decisiones. La proliferación de acotaciones, paréntesis, y elucubraciones no decisivas desplazan la visibilidad de la argumentación decisiva, muchas veces salpicada de *obiter dictum* y afirmaciones al margen o generales (14), más dirigidas a otros públicos o a compatibilizar el fallo con otros precedentes del tribunal o imaginar su aplicabilidad con casos futuros, que a las partes intervinientes. Es que el amontonamiento de la escritura y su indiscriminación (15), poseen una clara función encubridora, una estrategia vieja como la mafia en los procesos penales, en los que se hacían crecer las fojas, pero no las pesquisas, según Hans Magnus Enzenberger.

4. Algunos interrogantes

Para concluir es importante formular preguntas. Las preguntas invitan al diálogo y suelen controvertir las certezas, si es que no se limitan a pedir repeticiones. He aquí algunas de ellas.

Involucran distintos actores, distintas instituciones, distintas especialidades del derecho.

(12) Esta forma de encubrir una decisión también tiene lugar en la Dogmática Penal como, con agudeza, lo señaló Carlos Santiago Nino. En especial ciertos procesos de responsabilización ética y política mediante una justificación puramente normativo son analizados, y puestos en tela de juicio por Minor E. Salas (Universidad de Costa Rica) en ¿Qué significa fundamentar una sentencia? O del arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo o a la comunidad jurídica. Especula en torno a la fundamentación normativa como escondite de los jueces. Sostiene que una visión “normativista” en la fundamentación de sentencias se desentiende de las consecuencias y efectos prácticos de las sentencias. “Sobre este aspecto particular- señala Minor E. Salas - se suelen preocupar muy poco la ciencia jurídica y los operadores del derecho, quienes se esconden más bien bajo los tecnicismos, las fórmulas vacías o de los “principios generales” para rehuir, así, la responsabilidad ética y política que inevitablemente implica su accionar”. Como puede observarse ciertas formas de la escritura indicada por tecnicismos (añado no comprensibles para el ciudadano), o por la formulación de principios (de enorme vaguedad y textura abierta), indicarían también un corrimiento de la responsabilidad de juzgar y el de hacerlo dando “buenas” razones de las decisiones. También Garay, Alberto (1997) advierte sobre estas dificultades en los procesos de fundamentación de las sentencias.

(13) Conf. MORENO, Rodolfo (h) (1923, t. IV: 279)

(14) Sobre el particular ver Garay, Alberto (1997:72).

(15) “Pero como todos hemos podido experimentar, en las sentencias se dicen cosas que son directamente aplicables a los hechos del caso o al derecho que los rige, y otras que sólo guardan una relación indirecta y remota ya con los hechos ya con el derecho. Unas veces se las expone ordenadamente y otras de modo enmarañado” (Garay, 1997:67).

Si la escritura de las sentencias implican decisiones éticas ¿Por qué no se las registra, analiza y valora? ¿Por qué este tipo de análisis no pareciera relevante?

Probablemente porque se trata de decisiones implícitas y naturalizadas. Obvias y por ello invisibles. Visibilizarlas implica reconocer un acto de poder del magistrado que puede ser valorado. Permite, por ejemplo, interrogarse por los valores en juego en la escritura y por las virtudes de quien la usa.

Si la escritura de las sentencias implica actos de poder del magistrado entonces la complejidad significativa del poder en las instituciones debe ser tenida en cuenta. Un poder que no parece poder simplificarse en algo que alguien detenta, sino que configura una serie de actuaciones en las que participan distintos actores.

Si los actos de escritura implican decisiones éticas y además políticas ¿Por qué no se valoran por las Instituciones encargadas de la selección de magistrados que, en cambio, en sus programas de estudio (poco vinculados a las habilidades que exigen los cargos que se pretenden ocupar) reiteran una y otra vez tecnicismos incomprensibles para los hablantes de un lenguaje ciudadano?

Si los tecnicismos se consideran una verdadera dificultad, ¿Por qué no se adoptan recaudos en la formación de grado de los abogados (que instala modelos muy difíciles de sustituir luego), para limitar y “traducir” esos tecnicismos?

Si la escritura de sentencias posee la relevancia que se ha considerado ¿Por qué la redacción, en general, y la de sentencias en especial, no forma parte del análisis y la crítica en la formación de base de los abogados?

Las últimas preguntas las dirijo a la comunidad académica de los penalistas. Muchas veces los dogmáticos han considerado indispensable sus conocimientos como garantía de seguridad jurídica. Han llegado a sostener que el uso de sistemas conceptuales aseguraría la previsibilidad de las decisiones de los jueces que, atiborrados de casos, deberían recurrir a este universo de definiciones, elementos, y palabras para resolverlos, sin pensar en la incomodidad de la singularidad irreducible de cada caso, de cada persona, de cada argumento.

Y sin meditar en que cada vez que una ley de la República se interpreta con un concepto desconocido para el pueblo se desvirtúan severamente ciertas garantías elementales.

No creo que pueda sostenerse esta concepción en esta modernidad que licua leyes, teorías y certidumbres. Pero si así no fuera

¿Por qué los teóricos del derecho no escriben Manuales, Tratados y Ponencias pensando en quienes habrán de ver en las sentencias una forma de saciar su hambre y sed de justicia?

4. Bibliografía

ALCARAZ BERENGEL, Juan. “Hacia una modernización del lenguaje administrativo”, EN: Contribuciones a las Ciencias Sociales. Universidad de Málaga: Eumed.net, enero 2009. ISSN 1988-7033. Disponible en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/03/jab.htm> [Consulta: 26-4-2012]

ATIENZA, Manuel. Bioética, derecho y argumentación. Bogotá, Colombia: Temis, 2004.

GARAY, Alberto. “El precedente judicial en la Corte Suprema”, EN: Revista jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, abril 1997 2(1/2). Disponible en: www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02_1y2Juridica05.pdf [Consulta: 26-4-2012].

KÜHNE PEIMBERT, Catalina. Lenguaje judicial y transparencia. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

MORENO, Rodolfo (h). El Código penal y sus antecedentes. Buenos Aires: H. A. Tommasi, 1923, t. IV.

RICOEUR, Paul. Sobre la traducción. Buenos Aires: Paidós, 2005.

SALAS, Minor E. ¿Qué significa fundamentar una sentencia? O del arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo o a la comunidad jurídica. Disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/13/minor.pdf> [Consulta: 26-4-2012]

5. Otros documentos consultados

* Carta de derechos de las personas ante la justicia en el ámbito judicial Iberoamericano, aprobada en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia (Cancún, México, 2002). Disponible en: http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/ver_resultados_cumbre

* Cien Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Brasilia, 2008). Disponible en: http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/ver_resultados_cumbre

* Código iberoamericano de ética judicial (San Salvador, 2004).

Aportes para una dogmática de la determinación de la pena

POR JOSÉ LUIS ENNIS (*)

Sumario: 1. Introducción. — 2. Determinación de la pena. — 3. Individualización judicial de la pena. — 4. Caracteres generales del régimen legal de determinación judicial de la pena. — 5. Las reglas de los arts. 40 y 41 del Código Penal. — 6. Consideraciones finales. — 7. Bibliografía.

Resumen

En el artículo se intenta destacar la importancia de la determinación de la pena como capítulo del derecho penal y la necesidad de profundizar su estudio desde la dogmática penal, trazando un panorama del régimen legal correspondiente, de los principales aportes de la doctrina nacional en la materia y de los criterios trazados por los tribunales locales y regionales al interpretar las disposiciones legales, constitucionales y convencionales pertinentes. En ese recorrido se descarta la imposibilidad de recurrir a la *peligrosidad* como criterio individualizador y se destaca el valor de la magnitud del injusto, reflejada en concreto en la entidad de la lesión causada a un bien jurídico ajeno, y la culpabilidad por el hecho como ejes principales para la individualización de la sanción penal, permitiendo la introducción de consideraciones de tipo preventivo especial como pauta correctora. Finalmente, a modo de conclusión, se señala la necesidad de profundizar las herramientas dogmáticas que legítimamente se pueden elaborar a partir del marco legal específico para desterrar del ámbito de la determinación de la pena la idea de discrecionalidad que lo ha caracterizado tradicionalmente.

Palabras clave: Derecho penal - Pena - Determinación

Abstract

Der vorliegende Aufsatz ist bestrebt, zwei wichtige Anliegen hervorzuheben: Einerseits, die Relevanz der Bestimmung der Strafe als unabsehbarer Kapitel des Strafrechts; andererseits, der Bedarf einer Vertiefung der strafrechtdogmatischen Untersuchung in diesem Bereich, wozu eine Übersicht über die entsprechende Rechtsordnung, sowie über die wesentliche Beiträge der nationalen Doktrin zur Gestaltung dieses Sachgebiets und die von den Bezirks- und Landesgerichte entworfene Kriterien bei der Auslegung der Gesetz-, Verfassungs- und Konventionsanordnungen. In diesem Zusammenhang wird die Unmöglichkeit des Rückgriffs auf der *Gefährlichkeit* als Individualisationskriterium beiseite gelassen, wobei das Ausmass des Unrechts, das sich im Charakter des dem gesetzmässen fremden Besitz angerichteten Schaden widerspiegelt, sowie die Schuldhaftigkeit im Bezug auf dem Untat als Haupttrichtlinien für die Individualisierung der Strafe hervorgehoben werden, was die Einführung von präventive Betrachtungen als Besserungsrichtlinien ermöglicht. Zum Schluss wird es auf das Bedürfnis hingewiesen, eine Vertiefung im Bereich derjenigen dogmatischen Instrumente zu versuchen, die legitim erarbeitet werden können. Der Ausgangspunkt einer solchen Vertiefung soll im spezifischen Rechtsrahmen stattfinden, um die Ermessensidee, die typisch für herkömmliche Vorstellungen der Strafbestimmung ist, endlich aus ihrem Sachgebiet auszuweisen.

Strafrechts - Strafe - Bestimmung

(*) Jefe de Trabajos Prácticos de la Derecho Penal I, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

1. Introducción

La aplicación de una sanción penal determinada a un individuo exige, en nuestro ordenamiento jurídico y en general en los surgidos de la tradición jurídica europeo-continental, la previa constatación judicial de la existencia de una acción típica, antijurídica y culpable, así como la inexistencia de obstáculos formales o materiales para su punibilidad en el caso concreto. Sin embargo, no basta con esta constatación para establecer qué especie y cantidad de pena corresponde aplicar en el caso concreto, sino que ello requiere la realización de un juicio posterior, cuyas particularidades analizaremos sucintamente a continuación.

La relevancia de esta tarea, que importa nada menos que la dosificación del ejercicio del poder punitivo que se administrara en un caso concreto, sobre un individuo en particular, traduciendo en *magnitudes* o *cantidades* de bienes, derechos e inclusive “tiempo de vida”, de los que no podrá aquel individuo disponer libremente, no ha sido siempre percibida por la doctrina.

Las consideraciones que a continuación se formulan no pretenden ser más que un pequeño aporte en el análisis de esta problemática, limitado tanto en lo que al objeto de estudio se refiere, como en ángulo desde el cual se formula el enfoque, concentrado en los aspectos estrictamente jurídicos de una cuestión que admite y exige un análisis integral, convencidos de la utilidad de profundizar en este campo las herramientas dogmáticas necesarias para dotar a esta tarea de mayor razonabilidad y previsibilidad.

2. Determinación de la pena

Tradicionalmente, siguiendo una clasificación ensayada por Saleilles (1914:269) la doctrina nacional y latina en general identifica tres fases o etapas en la determinación de la pena:

a. Determinación legislativa: es la que realizan -ejerciendo la atribución excluyente que en este sentido les confiere la Constitución Nacional (art. 75 inc. 12 CN)- los integrantes del Congreso de la Nación al asignar a cada tipo penal creado en forma general y abstracta, una pena determinada, dentro de ciertos márgenes, pues pueden establecer penas únicas, conjuntas o en alternativa, recurrir a penas fijas o establecer topes máximos y mínimos en las penas cuantificables. De esta manera, se extiende en la práctica la aplicación del *principio de legalidad* afectando concretamente al ámbito de la pena (legalidad de la pena, *nulla poena sine lege*) y se asegura además un mínimo de *igualdad* de los ciudadanos frente a la ley penal.

b. Determinación Judicial: esta segunda etapa, denominada propiamente *individualización judicial de la pena*, consiste en la fijación por el juez de las consecuencias concretas de un delito (Ziffer, 1999:23). El juez releva en esta tarea individualizadora *información referida al caso concreto y a sus protagonistas*, circunstancias que el legislador no puede considerar en la elaboración de una norma general y abstracta que, por otra parte, debe ser -por imperativo constitucional (art. 18 CN)- previa al hecho del proceso. En esta fase las consideraciones de igualdad que motivaran la uniformidad de la determinación legislativa ceden su lugar a consideraciones particulares que permiten apreciar la gravedad del hecho concreto y la culpabilidad del sujeto al que se atribuye el ilícito.

c. Determinación Administrativa: esta tercera etapa de la clásica distinción correspondería a la fase de ejecución de las penas, en particular las privativas de la libertad, donde el órgano ejecutivo contaría con amplias facultades en la disposición de medidas relativas al tratamiento penitenciario (1). En nuestro régimen legal, las autoridades penitenciarias son las encargadas, por ejemplo, de promover

(1) En algunos Estados de los EE.UU. de Norteamérica en los que se aplica el sistema de sentencia indeterminada la autoridad administrativa cuenta con amplias facultades para fijar, dentro de topes establecidos por el juez, el monto concreto de pena que se impone a un individuo. Las recientes reformas legales que, en el ámbito nacional y provincial, asignan particular trascendencia a informes criminológicos y pronósticos de reinserción social para la concesión de ciertos beneficios, entre ellos la libertad condicional, nos acercan a este régimen foráneo y a esa ideología.

a un interno de una a otra etapa en el período de tratamiento (art. 14 ley 24.660, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 16 de julio de 1996).

Sin perjuicio de la utilidad didáctica de la clasificación corresponde señalar que sus límites no son tan claros y tajantes como en el planteo original, registrándose alteraciones que responden al régimen de control recíproco que integra el sistema republicano de división de poderes.

Así, por vía del *control de constitucionalidad* es posible que los jueces analicen la compatibilidad de los límites establecidos por el legislador a las escalas penales con las disposiciones constitucionales, en particular con las que prohíben la imposición de penas inusitadas, crueles, inhumanas y degradantes (Ziffer, 1999:40), pudiendo apartarse en estos casos -previa declaración de inconstitucionalidad- de los márgenes legales. La doctrina tradicional, invocando el expreso abandono del régimen holandés -que no establece mínimos a las escalas penales- en los antecedentes del Código de 1921, señalaba que el juez no podía, en ningún caso, apartarse de las escalas penales (De La Rúa, 1997:699). En una postura intermedia, la CSJN admitió la posibilidad de apartarse de estos límites cuando ellos resultaren manifiestamente desproporcionados respecto de la afectación del bien jurídico relevada en la construcción de los tipos penales (CSJN, 6/06/1989 “Martínez”, Fallos 312:826, postura revisada luego y matizada en CSJN, 14/05/1991 “Pupelis”, Fallos 314:424). Adoptando una postura extrema, Zaffaroni afirma que los mínimos de las escalas penales son meramente *indicativos* y que en forma alguna vinculan al juez a la hora de individualizar la pena en el caso concreto (Zaffaroni y otros, 2002:995).

La “etapa administrativa” a la que aludíramos ha perdido autonomía a punto tal que podría considerársela diluida entre las otras etapas. En efecto, asumiendo que no pueden reputarse iguales dos penas que se ejecutan en forma distinta, el legislador ha ido avanzando en precisión en materia de legislación ejecutiva, dotando a esta última fase o etapa de contornos cada vez más precisos. El margen de acción de la tarea individualizadora del juez se extiende también hacia la faz de la ejecución de la pena, considerada originariamente competencia exclusiva de la administración. En un primer momento, asumiendo un mayor contralor sobre una tarea a la que permanecía ajeno -en este sentido son claros indicadores las disposiciones de los arts. 3 y 4 de la ley 24. 660 y 10 de la 12.256 en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, que establecen un amplio *control judicial en la ejecución de la pena* (2)-, asumiendo luego un rol más activo en la toma de decisiones que conciernen al modo en que se ejecuta la pena. Además, como veremos más adelante, es posible que concretas circunstancias de la ejecución incidan incluso en la cuantificación de la pena.

En cada una de estas etapas, aún con los particulares contornos que adquieren en la actualidad, influyen en forma decisiva los fundamentos y fines que se asignen a la pena (Soler, 1987:496) y que, haciendo una escueta esquematización, podrían clasificarse en fines de retribución, de prevención general y de prevención especial, admitiendo estas dos últimas categorías las variables positivas y negativas en las que han sido formuladas.

En la individualización judicial de la pena el juez adopta, dentro de los márgenes que el legislador le confiere, decisiones de *política criminal*, definiendo qué incidencia asignará en el caso concreto -si es que alguna asignará- a la retribución, a la prevención general y a la prevención especial que se combinan en la pena estatal. Del mismo modo decidirá qué extensión asignará al análisis de la personalidad del condenado, definiéndose por un estricto derecho penal de acto o por una adopción, en esta fase posterior a la determinación de la responsabilidad penal pero de igual trascendencia, de principios propios de un derecho penal de autor.

Formuladas estas consideraciones previas, centraremos nuestro análisis, que pretende ser dogmático, en las características del régimen legal de la individualización o determinación judicial de la

(2) La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la vigencia y amplitud de este control judicial en la ejecución de la pena en CSJN 19/03/2004 “Romero Cacharane, Hugo A. s/ejecución penal”, Fallos CSJN 19/03/2004 “Romero Cacharane, Hugo A. s/ejecución penal”, Fallos 327:388.

pena en el ordenamiento nacional, relevando sus características centrales, las principales posturas doctrinarias al respecto y la influencia de los mencionados fines de la pena en esta particular etapa del régimen de determinación de la pena.

3. Individualización judicial de la pena

La individualización judicial de la pena es el proceso mediante el cual el juez decide qué calidad y qué cantidad de *punición* se va a ejercer sobre una persona que ha cometido uno o más delitos determinados (Zaffaroni y otros, 2002:993). Como adelantara, esta tarea comprende algo más que la mera cuantificación de la sanción, pues el juez decide, dentro de los marcos preestablecidos genéricamente por el legislador sobre:

- a. la clase o especie de pena a imponer,
- b. la gravedad o cuantía en las penas divisibles,
- c. la imposición de más de una pena cuando está prevista la imposición conjunta de más de una de ellas,
- d. la forma de imposición (condicional o efectiva), el régimen de ejecución aplicable o la forma de cumplimiento (multa).

El Código Penal no prevé expresamente regla alguna para la selección de la especie o clase de pena que corresponde imponer cuando estas estuvieran previstas en forma alternativa o conjunta facultativa, limitándose a establecer una regla particular para el caso de concurso real entre penas delitos conminados con penas de distinta especie (art. 56 CP). Soluciona esta regla los casos de concurrencia de penas de prisión y reclusión divisibles (se aplica la más grave teniendo en cuenta los delitos de pena menor), reclusión y prisión perpetua (se aplica la primera) reclusión temporal y prisión perpetua (corresponde aplicar reclusión temporal).

La doctrina ha recurrido, para elaborar un criterio de selección de la especie de pena en los supuestos no reglados, a las pautas de los arts. 40 y 41 del Código Penal, aplicando analógicamente y en beneficio de eventuales imputados la ley expresa (Ouviaña, 2000:5), cubriendo de esa forma la laguna normativa que la falta de regulación expresa genera.

La determinación del monto o cantidad de una pena divisible cuenta con expresa regulación en el Código Penal, que establece reglas especiales para cuantificar las penas divisibles en razón de tiempo o cantidad (arts. 40 y 41), a las que se suma para el caso de la multa la especial consideración de la *situación económica del penado* (art. 21, primer párrafo).

En el mismo sentido, la determinación de la pena que puede imponerse a un menor de edad mayor de 16 años y que hubiera cometido un delito de acción pública reprimido con pena privativa de la libertad superior a dos años -aplicable después de cumplidos los 18 años y mediando un tratamiento tutelar no inferior a un año-, se rige por las pautas que al efecto establece el art. 4 segundo párrafo de la ley 22.278, que impone al juez tomar contacto directo con el menor, estableciendo un *mínimo de intermediación*, considerar sus antecedentes, la modalidad del hecho, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión personal del menor para seleccionar la pena (no se distingue aquí entre especie y cantidad) correspondiente, de la que puede prescindir o reducir aplicando las reglas de la tentativa. Resultan relevantes en este sentido las reglas que establecen, tanto para la determinación como para la ejecución de la pena, los arts. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño. La Corte Suprema de Justicia de la Nación trató el tema de la determinación de la pena que se impone a menores por delitos cometidos antes de los 18 años, señalando el paralelo que existe entre los arts. citados y los arts. 40 y 41 del CP, así como la particular relevancia de la resocialización del menor como fin de la pena y la necesidad de ponderar la inmadurez emocional de los niños como atenuante (CSJN, 07/12/2005, "Maldonado"). En su voto la Dra. Argibay señaló que la Convención de Derechos del Niño no prohíbe la aplicación de *penas perpetuas* a menores, sino que establece una regla de máxima precaución en este sentido. El criterio fue ratificado luego, con expresa remisión a la normativa convencional aplica-

ble (CSJN, 17/03/2009, “Marteau” M. 2477. XLII), con posterior recepción en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA, 13/04/2011, P. 110.252 “Saira”).

Respecto de la modalidad de imposición de las penas privativas de la libertad el Código Penal regula, en los arts. 26 y ss. el régimen de la condena condicional, cuya aplicación es posible en los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, siempre y cuando el juez así lo disponga atendiendo a criterios que, claramente, permiten establecer un paralelo con los arts. 40 y 41 del código de fondo (puede verse en este sentido, CNCP Sala III, 12/6/2002, “Rodríguez”). Por otra parte, es posible para el juez aplicar, reunidos los requisitos, la prisión domiciliaria en los términos de los arts. 10 del Código Penal y 32 y ss. de la ley 24.660. Esta normativa establece, además, las facultades del juez competente respecto de la concesión de las salidas transitorias, la semilibertad, la prisión discontinua y semidetención, la libertad asistida y la libertad condicional.

El art. 21 del Código Penal regula, en sus párrafos tercero y cuarto, el modo de ejecución de la pena de multa, otorgando múltiples alternativas al juez para los supuestos en los que no exista pago voluntario, las que van desde la posibilidad de establecer el pago en cuotas, pasando por la ejecución de los bienes, sueldos u otras entradas del penado y el trabajo libre, hasta prever finalmente la conversión de la multa en prisión.

4. Caracteres generales del régimen legal de determinación judicial de la pena

El régimen legal de la individualización de la pena se estructuraba, en el diseño originario del Código Penal (3), en torno a los siguientes principios rectores, que se inferían de las disposiciones de los arts. 40 y 41 de ese cuerpo normativo:

a. Exclusión de las penas fijas, con preponderancia de las escalas penales que fijan topes máximos y mínimos de *penas divisibles o flexibles* (Ouviaña, 1968:553). Son excepciones a este principio las penas de reclusión, prisión (art. 80 CP) e inhabilitación perpetuas (art. 174 último párrafo CP) y la multa fija.

b. Eliminación de las listas de atenuantes y agravantes preestablecidas como tales. En consonancia con este criterio se eliminaron también las circunstancias que modificaban, en más o en menos, los límites de las escalas penales, la cantidad o la especie de las penas previstas en la parte especial.

c. Enumeración enunciativa de circunstancias computables para individualizar penas divisibles, admitiendo el sistema la inclusión de otras análogas o similares, conforme los criterios que la enumeración permite inferir y que, en una primera aproximación, podríamos clasificar en: gravedad *objetiva* del hecho y circunstancias personales del autor -las que permiten graduar, según el enfoque teórico adoptado, la *culpabilidad* del autor y/o su *peligrosidad*-.

d. No se asigna a las circunstancias expresamente enumeradas valor o signo alguno en forma preestablecida, sino que corresponde al juez asignarles en el caso valor positivo, negativo o neutro.

e. No se establece un punto de ingreso fijo a la escala penal para que el juez pueda recorrerla en cada caso concreto, valorando atenuantes y agravantes que lo alejen de este punto en un sentido o en otro (4).

En el diseño originario del Código ciertas reglas imponían a los jueces formular consideraciones particulares para la determinación de la pena en algunos casos:

(3) Que se apartaba, por su parte, de los sistemas establecidos por los Proyectos y Códigos precedentes, que fueron evolucionando desde la preponderancia de las penas fijas o legales, con atenuantes y agravantes preestablecidas, hacia un sistema regido por principios radicalmente diferentes.

(4) El ingreso por el mínimo o por el punto medio, resultante de la semisuma de los topes máximo y mínimo han sido algunas de las propuestas formuladas desde la doctrina en este sentido. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA, 11/11/2009 P. 105.789; SCBA, 26/10/2011 P. 108.488 y sus citas) y la Corte Nacional (CSJN, 17/03/2009, “Castillo” C.104.XLIII, Fallos 332:494) han optado por remarcar la inexistencia de un punto de ingreso predeterminado, remitiéndose en este aspecto a criterios de razonabilidad poco precisos.

a. En primer lugar, las escalas penales son alteradas en sus topes mínimos y máximos para los supuestos de tentativa y participación secundaria (arts. 44 y 46 CP), modalidades denominadas como la doctrina como formas ampliadas de adecuación típica.

b. En los supuestos de concurso ideal (art. 54 CP) el juez debe aplicar la figura asociada a una pena más grave y dentro de la escala correspondiente aplicar los arts. 40 y 41;

c. En el concurso real o material (art. 55 CP) de delitos penados con la misma especie de sanción se construye una nueva escala dentro de la cual se individualiza la pena; resultando aplicable en los restantes supuestos la regla del art. 56 CP oportunamente reseñada;

d. En los supuestos de *unificación de penas* y condenas, se recurre a las reglas de los arts. 55 y 56 del Código Penal.

Reformas legislativas posteriores, con la manifiesta intención de disminuir en cierto sentido la discrecionalidad de los jueces en el ámbito de la individualización de la pena, establecieron agravantes y atenuantes específicas aplicables a todos los tipos penales, que modifican las escalas correspondientes, las que fueron ubicadas en la parte especial del código, en leyes complementarias y, finalmente, a continuación de los arts. 40 y 41, alterando gravemente su incorporación al régimen el esquema original del Código. Entre ellas, podemos destacar:

a. El art. 227 ter., introducido por la ley 23.077 (B.O. 27/08/1984) que eleva en un medio el máximo de la pena establecida cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional;

b. El art. 2 de la ley 23.592 (B.O. 5/09/1988) que eleva en un tercio los mínimos y en un medio los máximos de las escalas de los delitos cometidos por persecución u odio racial, étnico, nacional o religioso, o para eliminar a un grupo de estas características;

c. El art. 13 de la ley 23.737 (B.O. 11/10/1989) que aumenta en un tercio los topes de las escalas cuando se utilizaren estupefacientes para facilitar o ejecutar otro delito;

d. El art. 29 ter de la misma ley que establece la reducción de las escalas o la eximición de pena (salvo la de inhabilitación) para quien revelare identidades u otra información relacionada con los delitos allí reprimidos;

e. El art. 2 de la ley 24.192 (B.O. 26/3/1993) que aumenta en un tercio los topes de las escalas para los delitos cometidos con motivo u ocasión de un espectáculo deportivo.

Finalmente, alterando manifiestamente el sistema originario del Código de 1921, se incorporaron al cuerpo del código penal los arts. 41 bis, ter, cuater y quinquies:

a. El art. 41 bis dispone que cuando alguno de los delitos previstos en el CP se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda. La agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate (artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.297 B.O. 22/9/2000).

b. Según el art. 41 ter las escalas penales previstas en los artículos 142 bis y 170 de ese Código podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento. En caso de corresponder prisión o reclusión perpetua, podrá aplicarse prisión o reclusión de ocho a quince años. Sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificasen (artículo incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003).

c. El art. 41 quater establece que “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo” (Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.767 B.O. 1/9/2003).

d. El art. 41 quinques, incorporado por la ley 26.734 (B.O. 28/12/2011) prescribe que

“Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo. //Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional”, sumando a las dificultades inherentes a la alteración del régimen original del código las derivadas de la amplitud e imprecisión de los términos de la norma, francamente incompatibles con elementales exigencias de legalidad estricta.

Aún cuando la remisión a los topes de las escalas penales correspondientes permitiría considerar que no estamos ante un régimen de *agravantes y atenuantes específicas* sino ante dispositivos que, incluso desde la parte general del código, amplían las figuras de la parte especial y de las leyes complementarias, la multiplicación exponencial de los tipos penales a la que da lugar la utilización de esta técnica legislativa es suficiente para sostener una postura crítica frente a su reiterada utilización.

5. Las reglas de los arts. 40 y 41 del Código Penal

La relevancia que adquieren en el ámbito de la determinación de la pena las pautas establecidas por los arts. 40 y 41 del Código Penal, en función de la preponderancia que las penas flexibles o divisible tienen en el ordenamiento penal nacional y de las manifiestas relaciones que permiten extender su aplicación al campo de la selección de la especie de pena y modalidad de ejecución de la misma, imponen analizar, en primer lugar, las posturas asumidas en la doctrina nacional para caracterizar al sistema de individualización en términos generales y, luego, las puntuales circunstancias a las que hace referencia el texto legal.

5.1. Análisis de las posturas de la dogmática nacional

Ricardo Núñez (1960:454), siguiendo la propuesta de Juan P. Ramos, señalaba que todas las pautas del art. 41 del Código Penal eran relevantes para elaborar un *juicio de peligrosidad*, consistente en estimar las posibilidades de que el mismo autor cometiera en el futuro nuevos delitos, respetando la línea de los antecedentes y citando al efecto la exposición de motivos que acompañara al Proyecto de código penal de 1891. El autor, siguiendo un esquema similar al propuesto por von Liszt, proponía una teoría del delito basada en la causalidad y la culpabilidad *psicológica* y una teoría positivista de la pena en la que todos los elementos a los que alude la ley tiene como finalidad determinar la peligrosidad del agente y con ella la medida de la pena (en el mismo sentido, Fontán Balestra, 2002:554).

Soler (1987:496), en el escueto análisis que hace de la cuestión, señala que la adaptación de la pena se produce por medio de un doble proceso en el cual se aprecian, primero los aspectos objetivos del hecho mismo, después, las calidades del autor y entre éstas, deben incluirse las circunstancias de las que pueda inducirse un criterio acerca de la probabilidad de que el sujeto vuelva o no a delinquir. Podría observarse aquí que en la teoría del delito que adopta una culpabilidad psicológica, culpabilidad y grado de injusto son dos categorías separadas, que se mensuran también por separado.

Carlos Creus (2004:484) sigue los lineamientos de Soler destacando, sin embargo, la importancia de las consideraciones objetivas para establecer el grado de culpabilidad, tendencia que se acentúa en la obra de Zaffaroni (2002: 986) para quien el grado de reproche formulable, es decir, el grado de culpabilidad -normativa- por la vulnerabilidad, es el único criterio que permite establecer una pena que respete el principio de proporcionalidad y aparece como límite máximo en la individualización de la pena. Destaca en este sentido la importancia de la referencia a los que llevaran al agente a delin-

quir como puntual referencia al ámbito de autodeterminación como criterio de mensuración. Indica además que en la determinación de la pena se analiza la faz dinámica del conflicto (a diferencia del carácter estático del hecho en la teoría del delito), incorporándose reductores propios -relacionados con consideraciones preventivas- que constituyen proyecciones de las categorías filtrantes de la teoría del delito. Una postura similar, destacando la importancia del art. 19 de la CN en la cuestión y sin recurrir al concepto de culpabilidad por la vulnerabilidad, sino a la culpabilidad por el hecho como límite máximo en la cuantificación de la pena, adopta Mario Magariños (1993:87).

Patricia Ziffer (2002:58) comparte este principio, aunque destaca particularmente la importancia que adquieren las consideraciones de prevención general positiva (la necesidad de confirmar la vigencia de la norma) en este punto, reseñando las posturas de Roxin y Jakobs, que incluyen consideraciones preventivas en el propio concepto de culpabilidad. Esta autora destaca que las teorías de la unión combinan en la determinación de la pena consideraciones referidas a al gravedad objetiva del hecho, la culpabilidad del agente, la necesidad de confirmar la vigencia de la norma y la resocialización del penado, criterio que en principio aplica la jurisprudencia nacional mayoritaria (5), pues se ajusta a la estructura de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

El criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia sigue esta línea, aunque no son muchos los casos en los que se ha pronunciado al respecto, ya que la mayoría de los reclamos llevados a esa sede son descartados por tratarse de cuestiones vinculadas con la interpretación y aplicación de la ley de fondo -que compete en exclusiva a los tribunales locales- o invocando la regla que indicaba que la determinación de la pena era una cuestión que concernía en exclusiva a los jueces de la instancia. En concreto y con expresa referencia a la aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal, ha dicho el alto tribunal (CSJN, 15/07/1997, M. 303. XXXII. RHE "Miara, Samuel y Castillo de Miara, Beatriz s/ suposición de estado civil", Fallos 320:1463), que:

"6)...no se trata de un mero cálculo matemático o una estimación dogmática, sino de la apreciación de los aspectos objetivos del hecho mismo y de las calidades del autor, que permitirá arribar a un resultado probable sobre la factibilidad de que el sujeto vuelva o no a cometer un injusto penal. No es una limitación a la facultad del juez para analizar y decidir sobre aquellos aspectos que les han sido sometidos a su conocimiento, sino de ajustar la elaboración judicial a pautas ordenadoras a tener en cuenta al momento de fallar."

Este criterio fue confirmado por la Corte Suprema en pronunciamientos posteriores con expresa remisión al antecedente transcrito, aunque tomando el recaudo de no incluir en la fórmula la expresa referencia a la peligrosidad que se asociaba en un principio a las "calidades del autor". La línea seguida en este sentido puede verse con claridad en los fallos dictados en "Maldonado" (CSJN, 7/12/2005, M. 1022.XXXIX) y en particular en "Gramajo" (CSJN, 5/09/2006, G.560.XL), donde se dejaron asentadas con claridad ciertas pautas elementales en la materia -aún cuando el holding del fallo se vinculara con la constitucionalidad de la accesoria del art. 52 del Código Penal para los multi reincidentes-. En el precedente citado se dijo, en primer lugar y en lo que aquí interesa destacar, que cuando se impone una sanción penal se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto y que, en consecuencia, debe medirse la lesión a un bien jurídico determinado (cons. 17); segundo, que la pena no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del "*contenido injusto del hecho*", precisando que ella debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho (cons. 19); por último y en un aspecto sobre el que volveremos más adelante, que la *peligrosidad* no es un criterio que pueda ser computado para individualizar una sanción de este tipo pues, cuando es considerada como pronóstico de conducta siempre es injusta o irracional en el caso

(5) Puede verse en este sentido, TCPBA, Sala III, 17/04/2001, causa n° 3.814 "Abregú". La Sala II del mismo Tribunal sostuvo que "El principio de culpabilidad por el hecho (arts. 18 y 19 CN) determina que la ponderación de agravantes al momento de mensurar la pena deba ejercerse exclusivamente en relación a la magnitud del injusto y la culpabilidad del imputado. Ése es el máximo de reproche al que se puede aspirar por necesidades preventivo generales o especiales." TCPBA, Sala II, 27/12/2005 causa n° 14.205 "Albornoz".

concreto y cuando no tiene por base una investigación empírica carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor (cons. 24).

Podríamos agregar que la línea indicada en los fallos antes citados se confirma con los dictados por la Corte Nacional en “Ramírez (CSJN, 6/03/2007, R.1913.XLI, con remisión al dictamen del Procurador Fiscal) y “Castillo” (CSJN, 17/03/2009, C.1014.XLIII), oportunidades en las que las pautas antes citadas se invocan a propósito de la necesidad de adecuada motivación de las resoluciones judiciales en punto a la determinación de la sanción seleccionada en un caso concreto.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha fijado algunas pautas básicas sobre dosificación de las sanciones penales que no podemos dejar de mencionar. Concretamente ha dicho el órgano regional que en todos los casos se debe individualizar la pena de conformidad con las características del delito -que permitan fijar su particular gravedad- y la participación y culpabilidad del acusado (Casos “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago” sentencia de 21/06/2002. Serie C No. 94, párr. 106; “Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala” sentencia de 15/09/2005, párr. 68. y “Boyce y otros vs. Barbados” sentencia de 20/11/2007, párr. 50), principios que encuentran adecuado reflejo en las normas locales antes mencionadas.

Un análisis de las normas constitucionales, convencionales y legales que regulan la materia, con las necesarias referencias a la jurisprudencia local y regional sobre el tema, permite concluir que la construcción de la respuesta punitiva concreta debe fundarse en la gravedad del hecho, considerada como afectación concreta a un bien jurídico ajeno, y en la reprochabilidad o culpabilidad del agente por el mismo, asumiendo el primero de estos parámetros el carácter de receptor único y exclusivo de cualquier criterio preventivo general que pueda incidir en esta tarea y el segundo un rol de *criterio rector* y límite para el juez. Como veremos más adelante, las consideraciones de prevención especial han quedado relegadas al rol de criterio corrector en aquellos supuestos en los que la imposición de una sanción individualizada conforme los parámetros antes mencionados pudiera conllevar intolerables efectos desocializantes.

5.2. Análisis particularizado de las pautas enunciadas en el texto legal.

La distinción entre los aspectos objetivos del hecho y las condiciones personales del autor (6), entre ellas la peligrosidad (como factibilidad de que el sujeto vuelva a cometer un injusto penal), es aceptada por la jurisprudencia y conserva, pese a las distintas posturas que hemos visto existen al respecto en la doctrina, su valor didáctico y clasificatorio.

Siguiendo este criterio, podríamos enumerar entre las primeras a “la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados” (art. 41 inc. 1º CP) a las que agrega la doctrina la referencia a “la participación que haya tomado en el hecho” prevista en el segundo inciso del mismo dispositivo.

Las referencias a la naturaleza de la acción y al daño causado permiten establecer el grado del injusto, en función del grado de afectación del bien jurídico correspondiente (7). En este sentido son relevantes los criterios valorativos seguidos por el legislador al crear los tipos penales y asignarles dis-

(6) Previa incluso a la distinción teórica entre injusto y culpabilidad. En efecto, la categorización citada puede encontrarse ya en el Proyecto de Código Penal Para el Reino de Baviera elaborado por Feuerbach en 1813, que establecía como principio general el de la pena legal, reservando la posibilidad de cuantificación de la sanción a los supuestos de penas indeterminadas en su grado (supuestos en los que el legislador ha establecido toques máximos y mínimos para su duración) estableciendo como pautas genéricas a tener en cuenta “el carácter de la acción en sí misma” y por otra parte “la medida de la ilicitud de la voluntad” (Art. 90), especificando en los artículos siguientes los criterios concretos que operan como atenuantes y agravantes. El texto del proyecto puede consultarse, traducido, en Feuerbach, Paul A. J. Ritter von. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania. Trad. Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

(7) La doctrina del desvalor puro de acción asigna relevancia al resultado sólo en este ámbito de la determinación de la pena.

tintas escalas penales, relevando ciertos datos que aparecen como *constantes valorativas* en la asignación de mayor o menor gravedad a determinado injusto (8). Entre las circunstancias que pueden incidir en este sentido podría relevarse la existencia de un concurso de delitos o de un delito continuado -repetición de hechos homogéneos, vinculados subjetivamente y encuadrables en figuras afines-, como pautas válidas para cuantificar un injusto determinado.

La *participación* a la que alude el dispositivo citado debe ser entendida en sentido amplio, como referencia al rol concreto desarrollado en el hecho por el o los autores, partícipes e instigadores. En los arts. 45 y ss. del Código Penal se realiza una primera distinción en este sentido, constituyendo la referencia del art. 41 una precisión sobre el punto, de modo tal que resulte posible distinguir y traducir en la respuesta punitiva concreta las diferencias que pudieran existir, por ejemplo, entre los aportes del autor y un partícipe primario, alcanzados por la misma escala penal.

Las restantes pautas enunciadas corresponderían a la categoría de criterios *subjetivos* o calidades del autor, las que permitirían elaborar, según el enfoque que se adopte, un juicio de peligrosidad y/o estimar el grado de culpabilidad (psicológica o normativa) con que actuó el agente. Estas referencias constituyen, posiciones teóricas a un lado, una base importante para el análisis dogmático de una serie de problemas que se reúnen en torno al concepto de *delincuente*, como aglutinante o problema rector.

La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, comprenden una serie de características personales del autor, relevantes a la hora de estimar su ámbito de autodeterminación y la posibilidad de adecuar su conducta a las exigencias normativas.

La calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, aparece como la consagración legal del reproche por la culpabilidad por el acto a nivel legal (a nivel constitucional se lo infiere del art. 19 CN), imponiendo la necesidad de confrontar el grado de incompatibilidad del motivo con el principio de preservación de los bienes jurídicos que inspira al ordenamiento legal.

La miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, es equiparable a una exigente incompleta, no regulada expresamente en la legislación nacional, y abre la puerta a las consideraciones de condicionamiento socio-económico de las conductas en la determinación de la pena.

Las reincidencias en que hubiera incurrido. Esta circunstancia es particularmente debatida. Por un lado se sostiene que la advertencia que implican las condenas precedentes permite intensificar el reproche que se formula por el hecho y que ello no implica una doble desvaloración prohibida, toda vez que la declaración de reincidencia no altera, en el régimen legal vigente (arts. 14, 50 y ss. del CP), los topes de las escalas penales aplicables ni el modo de ejecución de la pena. Este criterio cuenta con el aval de la doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 06/05/2008, G.704. XLIII "Gago", Fallos 331:1099), seguida en el punto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA, 12/10/2008, P. 100.577 y 30/11/2011 P. 109.206, entre otras).

Desde una postura radicalmente opuesta se sostiene que la reincidencia no puede ser valorada como agravante sin transgredir el principio de *non bis in idem* (pues se asignarían nuevos efectos negativos a un hecho ya juzgado y por el cual se ha cumplido, al menos parcialmente, con una pena) y que ello implicaría cargar al imputado con los defectos del tratamiento penitenciario que ha fracasado. En todo caso, la reducción del ámbito de autodeterminación y la vulnerabilidad frente al sistema se potenciarían en los reincidentes, correspondiendo computar esta circunstancia como atenuante.

Creo que la cuestión no puede ser resuelta en forma abstracta en un plano estrictamente teórico, sino que requiere la consideración de las circunstancias de cada caso particular que se presente al

(8) Pueden citarse en este sentido las consideraciones que se formulan respecto de un particular grado de indefensión del bien jurídico (ganado, automotores, art. 163 CP) o de la víctima (art. 80 inc. 2º CP).

juzgador y que permitan afirmar *en concreto* si existió una advertencia desoída o una potenciación de la vulnerabilidad del agente frente al sistema punitivo, para considerar a la reincidencia como una agravante o una atenuante genérica según el caso, solución manifiestamente compatible con el régimen legal analizado que omite asignar a las pautas enumeradas un contenido o signo - positivo o negativo- legalmente determinado.

Cierra la fórmula legal la referencia a *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*. En este punto, hemos visto, se centran las divergencias doctrinarias más relevantes. Para la postura tradicional esta última expresión, que pondría en evidencia el carácter enunciativo de la enumeración, sintetiza todo el régimen de la determinación de la pena, en el cual la principal tarea del juez es formular un juicio de peligrosidad, entendiendo a esta como un pronóstico de reiteración delictiva.

Zaffaroni (2002:960) destaca que en su esquema dogmático la referencia a la peligrosidad sería inconstitucional, pese a lo cual asigna un nuevo significado al término, interpretándolo como *el esfuerzo por la vulnerabilidad que realiza el agente, el cual constituye un peligro para el Estado de Derecho pues impide contener en el caso mayor cantidad de poder punitivo*.

Entiendo que la controversia no puede ser resuelta prescindiendo del significado técnico que el término *peligrosidad* tiene en el derecho penal, significado que le imprimieran los partidarios del positivismo criminológico al formular este concepto que constituye, cabe destacarlo, uno de los pilares de aquella teoría.

El concepto reconoce su origen en el concepto de temibilidad acuñado por R. Garófalo (1912:63) para aludir a la *"perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente"*. Entre los representantes del positivismo criminológico nacional señalaba Eusebio Gómez (1939:343) que:

"...si en algo coinciden, como lo hace notar Jiménez de Asúa los penalistas de las más opuestas tendencias, es en la aceptación de la idea de que la peligrosidad criminal consiste en la probabilidad de que un hombre pueda llegar a delinquir. El concepto de Garófalo, aclarado y perfeccionado por Grispigni se impone, así, con autoridad incontestable.... el concepto de temibilidad -como impropia-mente la llamaba Garófalo- consiste en la cantidad de mal previsto que se debe temer por parte del delincuente"

Puede afirmarse, entonces, que el término *peligrosidad* cuenta con una definición específica en el derecho penal que, más allá de las variantes que pueden registrar las definiciones ensayadas por distintos autores (Donna, 1978:23), coinciden en lo esencial. Conforme este significado técnico específico, que el legislador de 1921 no desconocía, la peligrosidad de un individuo se determina tras realizar un pronóstico personalizado de reiteración delictiva, estimación que, por fundarse en una predicción de hechos probables, posibles o imaginables, pero en todos los casos futuros y no pretéritos -como el delito concreto que funda la respuesta punitiva- resulta manifiestamente incompatible con los principios de un derecho penal de acto.

Nuestro esquema constitucional sólo admite, en particular a través de las mandas de los arts. 18 y 19 de la Constitución de 1853-60 y del art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la construcción de un derecho penal de acto, exigencia que condiciona tanto la tarea legislativa de construcción de los tipos penales y determinación legal de las penas, como la posterior determinación judicial de la pena aplicable al caso concreto.

No podemos dejar de mencionar aquí la expresa adopción de postura en este punto por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo "Gramajo" antes citado, oportunidad en la que siguió el criterio adoptado en la materia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El organismo regional tuvo oportunidad de señalar (Corte IDH "Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.

Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 20/06/2005) que la invocación de la peligrosidad, como criterio para la individualización de la sanción penal:

“94)constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía”.

En la sentencia de la Corte Interamericana citada se señaló además que la peligrosidad del agente no es más que una apreciación del juzgador acerca de la probabilidad de que el acusado cometa otros delitos en el futuro y que, al recurrir a ese criterio, se sancionaría al individuo por lo que es y no por lo que ha hecho ello resulta absolutamente inaceptable desde la perspectiva de ellos derechos humanos e incompatible con el principio de legalidad criminal expresamente consagrado en el artículo 9 de la CADH (párrs. 95 y 96).

Estimo, concluyendo, que las circunstancias expuestas imponen prescindir -declaración de inconstitucionalidad mediante- de la referencia final del art. 41 del Código Penal a la *peligrosidad* del agente, construyendo la respuesta punitiva concreta siguiendo las mismas coordenadas que rigen la asignación de responsabilidad penal a un individuo (injusto y culpabilidad), incompatibles con la consideración de la *peligrosidad* positivista como criterio de cuantificación de la sanción.

Complementan las pautas expresamente previstas en la ley ciertos *principios*, que adquieren particular relevancia en la materia ya que permiten precisar aún más el criterio individualizador estructurado sobre los criterios básicos de magnitud del injusto y culpabilidad por el hecho a los que aludíamos.

Entre aquellos principios podemos destacar aquel expresamente receptado en el artículo 41 del Código Penal cuando indica que *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*. La norma impone un *mínimo de intermediación* que presenta una función material, estableciendo que el juez debe considerar en forma *dinámica* el conflicto penal a la hora de determinar la pena, teniendo en cuenta, por ejemplo, la reparación del daño o la adopción de procesos compositivos; y una función procesal, garantizando al imputado la intermediación con el juez y la posibilidad de tener la última palabra en el proceso.

Con base en esta referencia final del art. 41 del Código Penal, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha admitido la posibilidad de considerar entre las pautas computables para individualizar la pena ciertas circunstancias posteriores al hecho -en particular la prolongada duración del proceso y el comportamiento del imputado durante su tramitación- sin necesidad de recurrir a la idea de injusto dinámico que, en principio, parece difícil de compaginar con las nociones básicas de un derecho penal de acto.

La Corte provincial recurre a nociones de índole preventivo especial y toma como base el fragmento del artículo mencionado que impone al juez de la carga de “tomar conocimiento directo y de visu del sujeto” y la referencia a “las condiciones personales” del agente del delito, vinculándolos con los dispositivos de los Pactos Internacionales incorporados a la Constitución Nacional que establecen que las penas privativas de la libertad “tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados” (art. 5.6 CADH) y que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (P.I.D.C. y P., art. 10.3) y con el art. 1° de la ley 24.660 que recoge en el derecho interno aquellos propósitos. Completando la idea se remite a lo resuelto por ese mismo tribunal en “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, el 3 de mayo de 2005, para concluir que el claro objetivo de evitar en la medida de lo posible el sometimiento de los procesados o

condenados a las penurias de la cárcel cuando ello no conduce, en el caso concreto, al cumplimiento de las finalidades establecidas por el sistema jurídico impone la necesidad de computar estas circunstancias a la hora de individualizar la sanción aplicable (9).

Por último, aún cuando no aparezca enunciado en la enumeración legal, la doctrina asigna particular relevancia a la *prohibición de doble desvaloración de circunstancias típicas*, las que no pueden ser computadas nuevamente a la hora de determinar el monto de pena que corresponde imponer, salvo que sean circunstancias que admitan grados o intensidades apreciables por el juez dentro de los límites de la descripción legal, razonamiento que se construiría por derivación del principio de *non bis in idem* expresamente reconocido en los arts. 8. de la CADH y 14 del PIDCyP.

6. Consideraciones finales

Hemos intentado reseñar, en los apartados precedentes, las características generales del régimen legal de la individualización de la pena, las que entendemos ponen en evidencia que esta tarea no corresponde, como se entendió en algún momento, al absoluto arbitrio judicial.

La determinación de la pena cuenta en nuestro ordenamiento -como corresponde en un derecho penal regido por el principio de legalidad estricta- con una regulación expresa y pormenorizada, cuyo análisis atento y cuidadoso, acompañado de una interpretación ajustada a los principios que surgen de esa misma regulación, en particular de las pautas constitucionales y convencionales pertinentes, puede aportar una solución adecuada para el universo de casos reales que requiera su aplicación y reducir los márgenes de discrecionalidad y arbitrariedad que han caracterizado históricamente a las decisiones judiciales en este aspecto.

La profundización en el análisis dogmático de esta parcela del ordenamiento es imprescindible para dotar a los jueces de herramientas adecuadas y precisas para realizar esta tarea que reviste tanta importancia como la de determinar la responsabilidad penal de un individuo y que ha sido notablemente relegada por los teóricos del derecho penal.

7. Bibliografía

- CREUS, Carlos. Derecho penal. Parte general. 5a. ed., 1a. reimp. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- DE LA RÚA, Jorge. Código penal argentino. Parte general. 2a. ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- DONNA, Edgardo Alberto. La peligrosidad en el derecho penal. Buenos Aires: Astrea, 1978.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de derecho penal común vigente en Alemania. Traducción de Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeir. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho penal. Introducción y parte general. Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. 17a. ed. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 2002.
- GARÓFALO, Rafael. La criminología. Madrid: Jorro, 1912.
- GÓMEZ, Eusebio. Tratado de derecho penal. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1939.
- MAGARIÑOS, Mario "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena", EN: AA.VV. Determinación judicial de la pena. Buenos Aires: Del Puerto, 1993, 71-88.
- NUÑEZ, Ricardo C. Derecho penal argentino. Parte general. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1960, t. II.
- OUVIÑA, Guillermo. "Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege", EN: Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1954-1968, t. XX, 548-558.

(9) SCBA P. 73.366, sent. de 31/8/2007 -del voto del Juez Hitters-; P. 86.764, sent. de 26/12/2007; P. 74.507, sent. de 18/6/2008 y P. 98.514, sent. de 18/2/2009).

— “Meta legal y función dogmática del artículo 41 del Código Penal”, EN: Garantías. Revista jurídica de la Defensoría del TCPBA, La Plata, 2000-2, 3-7.

SALEILLES, Raymond. La individualización de la pena: un estudio de criminalidad social. 2a. ed. Madrid: REUS, 1914.

SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. 5a. ed. Buenos Aires: TEA, 1987, t. II.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho penal. Parte general. 2a. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZIFFER, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena. 2a. ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

— “Artículos 40/41. Determinación de la pena. Criterios individualizadores”, EN: David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni (dirs.). Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, t. 2, 53-87.

Una aproximación al pensamiento de Rosa Luxemburgo

POR PABLO E. SLAVIN (*)

Resumen

¿Por qué estudiar el pensamiento de Rosa Luxemburgo -1871-1919-, fallecida hace más de noventa años? ¿Qué importancia pueden tener las ideas de alguien que fue objeto de duras críticas entre sus contemporáneos compañeros de partido, e ignorada por los sectores ligados al comunismo a lo largo de todo el siglo XX?

Polemista incansable, fue una de las mentes más brillantes que produjo el socialismo tras la muerte de Marx y Engels. No sólo tenía un gran conocimiento en materia de filosofía y política, sino que su capacidad en el área económica la llevó a dar clases en la escuela del Partido Socialdemócrata de Alemania. Tampoco rehuó la lucha revolucionaria, lo que pagó con la cárcel en forma reiterada.

En el presente artículo se efectúa un análisis de la vida y de algunas ideas centrales en el pensamiento de Rosa Luxemburgo, como claves para ayudar a una mejor comprensión de los problemas que el capitalismo, en su fase actual de desarrollo, nos presenta.

Résumé

Pourquoi étudier la pensée de Rosa Luxemburg -1871-1919- une femme décédée il y a plus de quatre vingt-dix ans? Quelle importance peuvent avoir les idées de quelque'un objet de dures critiques de la part de ses contemporains camarades de parti et ignorée des secteurs liés au communisme, tout au long du XXème siècle?

Polémiste infatigable, elle a été l'une des pensées les plus brillantes produites par le socialisme, après la mort de Marx et d'Engels. Elle possédait non seulement de vastes connaissances en matière de philosophie et de politique, mais aussi sa compétence en économie, lui a permis d'enseigner à l'école du Parti social- démocrate d'Allemagne. Elle n'a pas refusé non plus la lutte révolutionnaire, ce qui lui a valu l'emprisonnement à plusieurs reprises.

Dans cet article, on fait une analyse de la vie et de quelques idées centrales de la pensée de Rosa Luxemburg, en tant que clés pour aider à mieux comprendre les problèmes présentés par le capitalisme dans sa phase actuelle de développement.

Introducción

¿Por qué Rosa? ¿Por qué hoy?

“Pocos sistemas de pensamiento han sido tan desvirtuados, convirtiéndose a veces en su opuesto, como el de Karl Marx. Joseph Schumpeter -el gran teórico conservador de la economía política- expresó en cierta ocasión este desvirtuamiento mediante una analogía hipotética: si alguien hubiera descubierto Europa en tiempos de la Inquisición y conjeturara por ello que en tal organización se reflejaba el espíritu de los Evangelios, se estaría comportando como aquellos que ven cristalizadas las ideas de Marx en el comunismo soviético.

(*) Doctor en Derecho (UNMDP); Magister en Ciencia y Filosofía Política (UNMDP); Profesor Titular Ordinario de Derecho Político y Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho (UNMDP); Director del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales; Director del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos 'Alicia Moreau', Facultad de Derecho (UNMDP); Investigador categoría II; Director del Grupo de Investigación 'Pensamiento Crítico' Resumen.

Si semejante deformación sólo aflorara entre los detractores del marxismo, difícilmente sorprendería. Lo insólito es que surja entre sus “propugnadores”, quienes convencen al resto del mundo de que su ideología expresa las ideas de Marx. Esto ha llegado a un grado tal en Norteamérica y Europa, merced a lo eficaz de la propaganda soviética, que no sólo se cree hallar en el sistema ruso el cumplimiento del socialismo, sino que se piensa estar frente a un régimen revolucionario que se propone la subversión mundial, en lugar de ante una forma reaccionaria y burocrática de capitalismo de estado.”

Erich Fromm (1973)

“...Rosa Luxemburg es la única discípula de Marx que ha desarrollado ulteriormente la obra de la vida de éste tanto en el sentido económico-material cuanto en el económico-metódico, con lo que ha podido enlazar concretamente, desde ese punto de vista, con la situación actual de la evolución de la sociedad.”

György Lukács (1922) en *Historia y Conciencia de Clase* (1)

¿Por qué estudiar el pensamiento de Rosa Luxemburgo, fallecida hace más de noventa años? ¿Qué importancia pueden tener las ideas de alguien que fue objeto de duras críticas entre sus contemporáneos compañeros de partido, e ignorada por los sectores ligados al comunismo a lo largo de todo el siglo XX?

Polemista incansable, fue una de las mentes más brillantes que produjo el socialismo tras la muerte de Marx y Engels. No sólo tenía un gran conocimiento en materia de filosofía y política, sino que su capacidad en el área económica la llevó a dar clases en la escuela del Partido Socialdemócrata de Alemania. Tampoco rehuía la lucha revolucionaria, lo que pagó con la cárcel en forma reiterada.

¿Cómo explicar entonces qué, aún hoy, sus *Obras Completas* (exigidas por Lenin en 1922!!!) sólo hayan sido publicadas en idioma alemán, y el acceso a sus trabajos siga siendo difícil y fraccionado? Con la excepción de Alemania, donde la *Fundación Rosa Luxemburg* (*Rosa Luxemburg Stiftung*) realiza una fecunda labor, y del Japón, donde reside el Director de la *Internationale Rosa-Luxemburg-Gesellschaft*, hoy son pocos los foros en los cuales sus ideas son rescatadas. Su obra, estamos convencidos, no es objeto del estudio que se merece.

En un interesante estudio, Darío Renzi, en forma crítica, se pregunta:

“¿Fue Rosa Luxemburgo efectivamente una solitaria? ¿A su manera, una marginada? ¿Una incomprendida por sus propios compañeros? ¿Una voz solitaria en las multitudinarias encrucijadas de la modernidad en las que participó? En cierto sentido, si asumimos los esquemas clásicos del criterio político, sí. Sus batallas no alcanzaron resultados apreciables ni duraderos, su pensamiento no incidió con profundidad, no reunió y no formó suficientemente en torno a su personalidad, sus razones no fueron reconocidas clara y coherentemente. Es justo, pues, radicalizar el criterio: el idealismo, las concepciones, la filosofía de esta dirigente no dieron lugar a una corriente dentro del marxismo revolucionario ni durante su vida ni, con mayor motivo, posteriormente. Ni siquiera tuvieron influencia significativa en otras corrientes. Es más, fueron rápidamente liquidadas, sistemáticamente menospreciadas o teñidamente ignoradas. Según los cánones vigentes de la real politik no cabe ninguna duda, el veredicto inapelable ya se ha dictado: Rosa Luxemburgo ha sido excluida del devenir vivo del movimiento obrero y vaga sin pena ni gloria por la galería de los personajes del pasado.” (2)

Creemos que en su espíritu indomable de *librepensadora* está la respuesta a esa ignorancia a la que fue sometida su obra y su figura desde su desaparición física. Y es que Rosa Luxemburgo jamás se sometió a la disciplina partidaria. Supo enfrentarse y criticar duramente a sus compañeros de la *segunda Internacional* cuando consideró que ellos defecionaban en la defensa de los principios del socialismo. Principios que ella defendió con su vida, pero que jamás los consideró como *dogmas* sino pasibles de un permanente análisis crítico.

(1) Lukács, György (1922). *Historia y Conciencia de Clase*. 1era. ed. Madrid: Editora Nacional, 2002. pág. 41. Vol. Biblioteca de Filosofía.

(2) Renzi, Darío y Bisceglie, Anna (1997). *Rosa Luxemburgo*. Madrid: Editorial Prospettiva; págs. 107-108.

En esta línea es que Michael Lowy, luego de interrogarse si Rosa Luxemburgo puede ser realmente considerada 'marxista' y repasar algunas de sus disidencias con Marx, sostiene que

"...para ella, precisamente, el marxismo no era una Summa Teológica, un conjunto petrificado de dogmas, un sistema de verdades eternas establecidas de una vez para siempre, una serie de proclamas pontificales marcadas con el sello de la infalibilidad; pero sí, contrariamente, un método vivo que debe ser constantemente desarrollado para aprehender el proceso histórico concreto." (3)

Polemizó con Bernstein y los revisionistas sobre la importancia del método dialéctico, la validez de la teoría del *derrumbe*, y la vigencia del principio revolucionario, entre otras cuestiones. Se enfrentó a su amigo Kautsky cuando éste, como líder del partido, asumió en la práctica la postura *reformista* que ella tanto le había criticado a Bernstein; cuestionó duramente el silencio cómplice del Partido ante la invasión imperialista de Alemania en Marruecos (1910), conducta que anticipaba el comportamiento de la *Segunda Internacional* en 1914, cuando sus diputados (4) terminarían votando en favor de los créditos de guerra. Debatió con Lenin sobre temas tan diferentes como el problema de las nacionalidades, el papel del Partido y los problemas de la organización, o la importancia asignada a la huelga de masas en la lucha revolucionaria. Y pese a que saludó con alegría y defendió la revolución de 1917, no dudó en lanzar duras críticas a Lenin y Trotsky por la falta de libertad y los peligros que ello implicaba para el triunfo de la revolución socialista.

Rosa Luxemburgo señalaba con certeza, que

"...el pesado mecanismo de las instituciones democráticas' posee un potente correctivo, precisamente en el movimiento vivo de las masas, en su expresión ininterrumpida. Y cuanto más democráticas las instituciones, cuanto más vitales y potentes se presentan las pulsaciones de la vida política de masas, tanto más directa y total resulta su eficacia, a despecho de las insignias anquilosadas del partido, listas electorales perimidas, etc. Es cierto que toda institución democrática tiene sus límites y sus ausencias, hecho que la mancomuna a la totalidad de las instituciones humanas. Pero el remedio inventado por Trotsky y Lenin, la supresión de la democracia en general, es aún peor que el mal que se quiere evitar: sofoca, en efecto, la fuente viva de la que únicamente pueden surgir las correcciones de las insuficiencias congénitas a las instituciones sociales, una vida política activa, libre y enérgica de las más amplias masas." (5)

Y agregaba:

"Es un hecho notorio e incontestable que sin una ilimitada libertad de prensa, sin una vida libre de asociación y de reunión, es totalmente imposible concebir el dominio de las grandes masas populares." (6)

(...) *"Sin elecciones generales, libertad de prensa y de reunión ilimitada, lucha libre de opinión y en toda institución pública, la vida se extingue, se torna aparente y lo único activo que queda es la burocracia."* (7)

Es por ello que las constantes intervenciones críticas de Rosa Luxemburgo, tanto en los periódicos como en las asambleas partidarias, generaban los odios de quienes debían ser sus compañeros de ruta.

(3) Lowy, Michael (1973). *Dialéctica y Revolución*. México: Siglo XXI Editores, 1983. pág. 77.

(4) Con la solitaria y honrosa excepción de Karl Liebknecht.

(5) Luxemburgo, Rosa (1918). *Crítica de la Revolución Rusa*. [trad.] José Aricó. Buenos Aires: La Rosa Blindada, 1969. pág. 113. Estudio preliminar de Georgy Lukács.

(6) Luxemburgo, Rosa (1918). *Ob. Cit.* pág. 118.

(7) Luxemburgo, Rosa (1918). *Ob. Cit.* pág. 119.

Para los bolcheviques, sus críticas a los desvíos que estaba tomando la revolución en Rusia hicieron que sus escritos, una vez muerto Lenin (8), fuesen intencionadamente ocultados. Rosa Luxemburgo se transformó en un sinónimo de *traición a la revolución*, y su palabra tergiversada.

La llegada del stalinismo al poder tuvo un efecto devastador sobre la memoria de Rosa Luxemburgo. Es así como Ruth Fisher, discípula de Zinoviev en Alemania, pronunció una sentencia que se volvería tristemente célebre entre los detractores de Rosa Luxemburgo: ella era responsable de haber '*inoculado el virus del sífilis en el KPD (Partido Comunista Alemán)*'.

En la misma línea, el teórico del stalinismo Dimitri Manuilskij declaraba, en 1924, que

"La superación de los errores de Rosa Luxemburgo será el mejor camino para la bolchevización del partido (...). Y esto debe llevarse a cabo, con mayor razón, ya que muchos errores de Rosa Luxemburgo recuerdan los que, en su tiempo, ha cometido el compañero Trotsky." (9)

Con el objetivo de atacarla, Rosa Luxemburgo fue asociada ideológicamente con Trotsky, proscrito bajo el stalinismo. Es así como, en 1931, el propio Stalin escribiría una carta a la redacción de la Revista *Proletárskaia Revolutsia*, titulada Sobre algunas cuestiones de la historia del bolchevismo, en la que asimilaba el pensamiento de Rosa Luxemburgo con el de Trotsky y los mencheviques:

"En 1905 se desarrollaron las discrepancias entre bolcheviques y mencheviques en Rusia sobre el carácter de la revolución rusa. Los bolcheviques defendían la idea de la alianza de la clase obrera con los campesinos bajo la hegemonía del proletariado. Los bolcheviques afirmaban que se debía ir hacia la dictadura democrática revolucionaria del proletariado y de los campesinos, con el fin de pasar inmediatamente de la revolución democrático-burguesa a la revolución socialista, asegurándose el apoyo de los campesinos pobres. Los mencheviques en Rusia rechazaban la idea de la hegemonía del proletariado en la revolución democrático-burguesa. A la política de alianza de la clase obrera con los campesinos, preferían la política de componendas con la burguesía-liberal, y tildaron a la dictadura democrática revolucionaria del proletariado y de los campesinos de esquema reaccionario blanquista, en pugna con el desarrollo de la revolución burguesa. ¿Qué actitud adoptaron respecto a estas discusiones los izquierdistas de la socialdemocracia alemana, Parvus y Rosa Luxemburgo? Inventaron un esquema utópico y semi-menchevique de revolución permanente (imagen deformada del esquema marxista de la revolución) penetrado hasta la médula por la negación menchevique de la alianza entre la clase obrera y los campesinos, y lo contrapusieron al esquema bolchevique de la dictadura democrática revolucionaria del proletariado y de los campesinos. Más tarde, este esquema semi-menchevique de la revolución permanente fue adoptado por Trotsky (y en parte por Mártov) y convertido en arma de lucha contra el leninismo." (10)

Por otro lado, en el seno de la socialdemocracia las obras de Rosa Luxemburgo resultaban *demasiado revolucionarias*. Para todos aquellos dirigentes que abrazaron el *socialismo de mercado*, y a los cuales la lectura hecha por Bernstein del marxismo les parecía adecuada y además muy '*cómoda*', carecía de todo interés el análisis de la obra de Rosa Luxemburgo con sus críticas a la burocracia del Partido y de los Sindicatos, su defensa de la *espontaneidad de las masas*, y menos aún con sus interpretaciones sobre el *derrumbe* del sistema capitalista y los duros cuestionamientos de la política imperialista seguida por los países centrales.

(8) Lenin, pese a las profundas discrepancias que mantuvo con Rosa Luxemburgo sobre distintos temas, siempre reconoció que ella y sus obras debían ser objeto de estudio y respeto por parte de todo el movimiento obrero. No sucedió lo mismo a partir del ascenso de Stalin al poder en la URSS.

(9) Citado por Darío Renzi, en Renzi, Darío y Bisceglie, Anna. (1997). Rosa Luxemburgo. Madrid: Editorial Prospettiva, 2000. pág. 116.

(10) Stalin, José (1931). Sobre algunas cuestiones de la historia del bolchevismo. Marxists Internet Archive. [En línea] 2002. www.marxists.org. El resaltado es nuestro.

¿Quién quedaba para defenderla?

Los sectores de la derecha, como era de esperar, sólo tomaron frases aisladas de sus críticas a los bolcheviques, *olvidando* todo el resto de su obra.

Tan sólo durante las revueltas en Hungría y Polonia en 1956, y luego en la primavera de Praga y en el '*mayo francés*' de 1968, la obra de Rosa Luxemburgo volvió a ser objeto de estudio y análisis, y su figura reivindicada.

Aunque, lamentablemente, sólo fueron episodios aislados.

En Argentina, su *olvido* es más notorio aún que en otros países latinoamericanos. El centenario Partido Socialista, que supo tener una destacada influencia en la primera mitad del siglo XX, y que actuó como un verdadero ámbito de formación de cuadros, debate y discusión, hoy cuenta con pocos seguidores.

Consideramos que mucho influyó en ello la terrible dictadura militar (1976-1983) que asoló a nuestro país. La identificación de *marxismo* con *subversión* y *terrorismo*, ocupó un espacio central en el discurso y práctica oficiales por esos años. La persecución y eliminación física de intelectuales, trabajadores y activistas políticos, así como la desaparición de todo lo que estuviera relacionado con el *marxismo* de los planes de estudio académico, calaron muy hondo en la sociedad toda.

Y el miedo no es fácil de erradicar.

Estamos convencidos que el pensamiento de Rosa Luxemburgo sigue vivo, y que su estudio, esclarecimiento y comprensión, pero por sobre todo su análisis crítico, puede resultar vital para construir un marco teórico que nos ayude a resolver los problemas que nos presenta la sociedad del siglo XXI.

Una semblanza de Rosa Luxemburgo

(Sobre Rosa Luxemburgo) "*El más admirable cerebro entre los sucesores científicos de Marx y Engels*"

Franz Mehring

Entendemos que es imprescindible conocer, aunque sea brevemente, su vida y trayectoria, y tomar en cuenta el contexto en que desarrolló su producción. Esto nos permitirá empezar a entender por qué su figura provocó tanta polémica en su época, y sigue resultando tan atractiva en la actualidad.

Rosa Luxemburgo (1871-1919) nació en Polonia, en el seno de una próspera familia burguesa judía. A temprana edad aprendió el idioma ruso, agregándolo al alemán y polaco que se hablaban en su hogar.

Desde muy joven se mostró como una mujer de avanzada, habiéndose afiliado al grupo socialista clandestino *Proletariat*, en Varsovia, cuando sólo contaba con dieciséis años.

En 1888, y amenazada de arresto por las autoridades polacas, debió huir a Zúrich, lugar habitual de residencia de la mayor parte de los emigrados políticos de Europa central. Allí continuó con su activa participación en las reuniones políticas llevadas a cabo por emigrados socialistas polacos y rusos, entre los que se destacaban Axelrod, Plejánov, Vera Zasúlích, Parvus, y quien sería su pareja durante gran parte de su vida: Leo Jogiches. Rosa Luxemburgo pronto se fue convirtiendo en una brillante oradora.

Aprovechó la forzada estancia en Zúrich para comenzar sus estudios en la Universidad local, la única de Europa que permitía matricularse a las mujeres. En Polonia las mujeres sólo podían asistir al 'gimnasio'. Rosa Luxemburgo inició sus estudios en la Facultad de Filosofía, con clases de matemática y ciencias naturales, para luego de unos años pasarse a la Facultad de Derecho, donde se especializó en economía política, historia y ciencias políticas. En 1897 terminó su tesis sobre el desarrollo industrial en Polonia, y obtuvo al año siguiente el *doctorado en Derecho Público y Ciencias Políticas*, siendo una de las primeras mujeres en alcanzar tal distinción.

En 1894, y con tan sólo 22 años de edad, fue nombrada Directora del periódico *La Causa de los Trabajadores*, editado en París. Allí, y junto a Leo Jogiches, participó como cofundadora del *Partido Socialdemócrata del Reino de Polonia* (SDKPL). Once años después volvería a su tierra natal para participar activamente de la revolución de 1905 que intentaba derrocar al régimen zarista polaco.

Fijando su residencia en Alemania, no tardó en establecer fluidos contactos con personajes de la talla de Kautsky, Bernstein, Bebel, Bauer y Lenin. Con todos ellos polemizó, no sólo en las asambleas y reuniones del Partido Socialdemócrata Alemán, sino a través del periódico *Die Neue Zeit*. Fue Kautsky, con quien trabaría una gran amistad, el que la invitó en el año 1893 a escribir en el órgano oficial del Partido Socialdemócrata (*Die Neue Zeit*). Sus publicaciones en el periódico fueron permanentes.

El Partido Socialdemócrata de Alemania (SPD) era, a fines del siglo XIX, el más importante partido socialista del mundo, y contaba con más de 100.000 afiliados; siendo sus presidentes, por entonces, August Bebel y Paul Singer.

Si bien en el Partido le ofrecieron encargarse de la organización de la sección *femenina*, ella se negó a cumplir un rol que entendía la *limitaba y encasillaba*. Eso no impidió que mantuviese una gran amistad con Clara Zetkin, destacada dirigente feminista del SPD; y aunque sus escritos sobre el problema de la *liberación de la mujer* son escasos, es considerada una figura de relevancia para el movimiento feminista.

Las palabras de Robert Seidl en el periódico *'Zürcher Volksrecht'*, comentando su *Tesis Doctoral*, son por demás elocuentes respecto a la consideración de la mujer en esa época:

"¿Qué interesante, que significativo! Ha tenido que ser una mujer la que se encargue de escribir el primer trabajo profuso sobre el desarrollo industrial, tanto de la Polonia rusa como de Rusia, mostrando en qué medida están vinculados ambos países económicamente, y por tanto dependen el uno del otro políticamente. ¡Felicitamos al universo femenino por esta nueva victoria moral!"

El trabajo sirve como nuevo argumento del derecho de la mujer a la igualdad con el hombre, si es que hacen falta nuevos argumentos. Aunque felicitamos a nuestra camarada por su trabajo sustancioso, claro y cautivador." (11)

Son muy interesantes los estudios realizados en los últimos años por Raya Dunayevskaya, Paul Le Blanc, Andrea Nye y Frigga Haug, los que rescatan el importante papel que Rosa Luxemburgo y sus trabajos tienen para el desarrollo del movimiento de liberación femenina.

Sobre este aspecto, Raya Dunayevskaya pone de resalto la carta a Leo Jogiches del 11 de febrero de 1902, en la que Rosa Luxemburgo informa sobre su gira de organización. Ella dice:

"Fui formalmente interpelada sobre la cuestión femenina y el matrimonio. Un espléndido joven tejedor, Hoffman, está estudiando celosamente la cuestión. Ha leído a Bebel, Lili Braun y Gleichheit, y está sosteniendo una enconada discusión con los camaradas más viejos del pueblo, que siguen sosteniendo que 'el lugar de la mujer está en el hogar'..." (12)

Dunayevskaya completa la historia señalando que *"...Naturalmente, Rosa Luxemburgo se puso al lado de Hoffman y le complació que fuera aceptado su consejo como 'la voz de la autoridad'"*

Entre 1898 y 1900 Luxemburgo mantuvo, principalmente a través del periódico del partido, una dura polémica con Bernstein. Sus escritos en forma de libro fueron reunidos en la obra *Reforma o Revolución* (1900). Allí representó el papel de *intérprete del marxismo ortodoxo*, y combatió el *revisionismo* que el albacea de Engels y a la vez dirigente central del SPD, Bernstein, introducía. Se trataba

(11) Extracto tomado del documento preparado por la Fundación Rosa Luxemburgo (RLS) como Material Didáctico sobre Rosa Luxemburgo, para el 'Seminario Rosa Vermelha', celebrado del 9 al 13 de noviembre de 2009. El resaltado es nuestro. Pág. 6.

(12) Dunayevskaya, Raya (1981). Rosa Luxemburgo, la liberación femenina y la filosofía marxista de la revolución. México: Fondo de Cultura Económica, 1985. págs. 23-24.

del primer gran cisma del marxismo tras la muerte de sus padres fundadores. Con esa intervención, Rosa Luxemburgo se ganaría un espacio propio entre las figuras más destacadas del SPD.

Pero las polémicas para nuestra autora, lejos de terminar, serían una constante a lo largo de su corta vida. Tanto el problema de la *cuestión nacional* como el de la *organización del Partido y la huelga de masas* ocuparon un lugar central en sus escritos. Sus posiciones sin concesiones la llevaron a enfrentarse con Lenin, Trotsky, Kautsky y los principales dirigentes del SPD.

En cuanto Congreso del socialismo se celebraba en Europa, la figura y el discurso de Rosa Luxemburgo no pasaban desapercibidos. Así lo destacaba Max Adler, quien no dudaba en afirmar que

“Una indomable fuerza revolucionaria bullía de aquella pequeña y delicada mujer, que a pesar de los muchos que la odiaban y se burlaban de ella, terminaba siempre subyugando a la audiencia de los congresos bajo el hechizo de su fogoso temperamento, y arrastrando a sus detractores a auténticos recitales de aplausos. Pero lo característico de ella era que el intelecto nunca entregaba las riendas a su temperamento.” (13)

El 26 de agosto de 1904 comenzó a cumplir su primera condena, a tres meses de prisión por ‘*crimen de lesa humanidad*’, en la cárcel de Zwickau. Rosa Luxemburgo había sido acusada de ‘*insultar al Emperador*’ Guillermo II, durante la campaña electoral del año 1903.

Al no recibir noticias de Leo Jogiches sobre los sucesos en Polonia, el 30 de diciembre de 1905 regresó a Varsovia para participar de la revolución que allí se estaba produciendo. Como consecuencia directa de su acción, fue nuevamente encarcelada y sometida a proceso. Escribió varios folletos durante su forzada estancia en prisión, la que duró algunos meses. Liberada merced a su adquirida nacionalidad alemana y a su pésimo estado de salud, se trasladó a Finlandia, donde publicó uno de sus más polémicos trabajos: *La Huelga de masas, el Partido y los sindicatos*.

En septiembre de 1906 regresó a Berlín, y participó en el Congreso del SPD en Manheim, celebrado ese mismo mes. En octubre del año siguiente se hizo cargo del dictado de los cursos de *Historia Económica* y de *Economía Nacional* en la Escuela Obrera Superior del Partido Social Demócrata, los que hasta entonces habían estado bajo la responsabilidad de Rudolf Hilferding. Algunas de esas clases verían parcialmente la luz, años más tarde, con la publicación de su obra *Introducción a la Economía Política*. Eran profesores en la escuela, junto a Rosa Luxemburgo, August Bebel -su fundador-, Heinrich Cunow, Emanuel Wurm, Kurt Rosenfeld y Franz Mehring, entre otros.

La capacidad didáctica de nuestra autora, queda patentizada en las palabras vertidas en su conferencia inaugural como docente, dictada el 20 de octubre de 1907:

“¿Por qué tenemos que estudiar la Economía Nacional como una ciencia aparte? Mientras las relaciones económicas entre las personas se regulaban sin dificultades, estas relaciones no requerían de ningún estudio científico.

Todo cambió con el inicio de la forma económica capitalista. Uno de los fenómenos concomitantes a esta forma económica es la existencia de la crisis. El desempleo es también una realidad permanente en la sociedad actual, lo mismo que las oscilaciones diarias, e incluso por horas, de los precios, gracias a las cuales uno se convierte en millonario en muy poco tiempo sin mover un dedo, mientras que el otro cae en la mendacidad. Estos efectos no vienen dados por Naturaleza, no son realidades inalterables. Han sido creados por las instituciones humanas, son obra del hombre, ante los que la sociedad burguesa permanece desconcertada, como si se tratara de fuerzas elementales indómitas. Nos enfrentamos a las consecuencias de una forma económica anarquista, ante la cual permanece impotente la sociedad actual. Esta es la razón por la que nos vemos obligados a investigar las relaciones de la vida económica.

(13) Fundación Rosa Luxemburgo (2009); Ob. Cit. pág. 14. Extracto.

(...) *La Economía Nacional es la ciencia de las ciencias; prepara el terreno sobre el que queremos caminar en el país del futuro...*" (14)

Afiliada al partido socialdemócrata ruso, Luxemburgo participó junto a Lenin y Mártoov como miembro de la delegación rusa que intervino en el congreso de la *Segunda Internacional* de Stuttgart de 1907. Allí logró imponer su opinión pacifista, la que se transformó, en palabras del historiador Edward Carr (15), en la *doctrina oficial de la Internacional*. Según la misma, los socialdemócratas estaban obligados a emplear todos los métodos a su alcance para evitar la guerra; pero en el caso que esta finalmente tuviese lugar, como se temía, debían aprovechar la crisis económica y política que ella traería consigo para, mediante la *guerra civil*, ayudar al hundimiento final del sistema capitalista.

"...En caso de que amenace el estallido de una guerra, los trabajadores de los países implicados y sus representantes parlamentarios están obligados a emplear todas sus fuerzas para evitar el estallido de la guerra empleando los medios correspondientes. Éstos variarán y se intensificarán conforme lo hagan la agudización de la lucha de clases y la situación política. Pero en caso de que la guerra hubiera de estallar, se verán obligadas a luchar por el rápido fin de la contienda, y a aprovechar la crisis económica y política provocada por la misma para agitar políticamente a las masas populares y acelerar la caída del dominio de la clase capitalista." (16)

En 1910 se produjo la ruptura y el enfrentamiento con su amigo Kautsky, a quien acusaba de asumir posturas cada vez más cercanas a los sectores centristas del Partido. Esto no impidió que, hasta el final de sus días, siguiese manteniendo una gran amistad con Luise Kautsky, esposa del máximo dirigente del SPD.

Durante ese mismo año, Rosa Luxemburgo deja por un tiempo de lado la enseñanza en la escuela del SPD, para dedicarse a recorrer Alemania haciendo campaña y movilizandoo a las masas a favor del *sufragio universal* y la república. En aras de alcanzar tal objetivo, no duda en promover la huelga de masas como herramienta de lucha contra el Estado prusiano. En el SPD se produce una división entre el Comité Ejecutivo del Partido, que quiere evitar que se profundicen las discusiones internas y desea *frenar toda agitación*, con el objetivo de no poner en peligro las alianzas celebradas con otros partidos y el probable 'éxito' en las futuras elecciones al Reichstag; y quienes como Rosa Luxemburgo, consideran que toda cuestión debe ser objeto de profundo debate y esclarecimiento. Es así como el *Vorwärts*, diario oficial del SPD, se niega a publicarle un polémico artículo que llevaba por título '*Was Weiter?* -¿Y después qué?- sobre la huelga de masas; su amigo Kautsky, desde el *Neue Zeit*, acepta publicarlo pero solicitándole que efectúe algunas modificaciones. Esta sugerencia de Kautsky enardece a Rosa Luxemburgo, pues la considera una falta de respeto y un '*acto de censura*', y es lo que finalmente desencadena la citada ruptura entre ambos. Sólo el *Dortmunder Arbeiterzeitung* prestará sus páginas para los artículos de Luxemburgo, considerados *demasiado revolucionarios* por el ala dirigente del SPD.

Vale la pena resaltar, para que podamos tener una cabal dimensión del espíritu de la época, que la socialdemocracia contaba, por entonces, con más de noventa (90) publicaciones partidarias.

En su artículo *Was Weiter?*, del 14 de marzo de 1910, Rosa Luxemburgo defiende una cuestión que es esencial dentro de su pensamiento: la importancia que deben tener las masas frente a los dirigentes y la burocracia del Partido.

"Aún dentro del Partido de la clase proletaria todo movimiento grande y decisivo debe arrancar, no de la iniciativa de un puñado de dirigentes sino de la determinación y convicción de la masa de los miembros del Partido. La decisión de ganar la victoria en nuestra actual campaña pro sufragio en Prusia ...a

(14) Fundación Rosa Luxemburgo (2009). Ob. Cit. pág. 12.

(15) Ver el interesante estudio llevado a cabo por Edward Carr (1969) en su obra 1917 Antes y después; Barcelona, 1970.

(16) Fundación Rosa Luxemburgo (2009). Ob. Cit. pág. 14

como dé lugar' -incluso mediante la huelga de masas- sólo pueden tomarla las más grandes secciones del Partido." (17)

Análisis como éste nos permiten comprender cómo y por qué, Rosa Luxemburgo fue sufriendo un *aislamiento* cada vez más pronunciado dentro del SPD. Kautsky, pero también August Bebel y Víctor Adler, máximos dirigentes, fueron tomando distancia de nuestra autora.

Entre diciembre de 1913 y mayo de 1915 ella publica, junto a Franz Mehring y Julián Marchlewski, el primer periódico independiente de la izquierda del SPD, titulado *Correspondencia Socialdemócrata*, que tenía tres ediciones por semana.

En el año 1913 ve la luz su obra *La Acumulación del Capital*, donde realiza un profundo análisis de la teoría económica de *El Capital de Marx*, de las crisis, del imperialismo, y de la evolución del sistema de producción capitalista, adhiriendo a la denominada *teoría del derrumbe*, sobre cuyas polémicas y controvertidas interpretaciones habremos de referirnos especialmente. Las reacciones dentro del Partido no se hicieron esperar, y no faltaron voces, desde los más distintos sectores, para atacarla.

En una carta dirigida a Hans Diefenbach, Luxemburgo recuerda la gestación de su obra cumbre:

"...La época en la que escribí 'La Acumulación' es una de las más felices de mi vida. Vivía como embridada, día y noche no veía ni escuchaba otra cosa que no fuera este problema que se iba desarrollando con tanta belleza ante mis ojos. No sé qué es lo que me producía mayor alegría: el proceso del pensamiento, cuando una cuestión enmarañada no dejaba de dar vueltas por la habitación, o la redacción, el momento de darle, pluma en mano, forma literaria. (...) ¿Sabe que en aquel entonces escribí treinta pliegos de un tirón, en 4 meses -cosa inaudita- y que lo entregué a la imprenta sin siquiera repasar el manuscrito una sola vez?" (18)

Condenada en Alemania -a comienzos de 1914- a un año de cárcel por su activa participación política, le tocó ver desde la prisión como el *nacionalismo* prevalecía sobre el *internacionalismo*, y como los miembros del Partido Socialdemócrata alemán votaban a favor de los créditos de guerra solicitados por el gobierno imperial.

En diciembre de 1914, su compañero Karl Liebknecht emitió el primer y único voto socialdemócrata oponiéndose en el Parlamento a los gastos de guerra. Junto a él, y con un pequeño grupo de intelectuales de izquierda entre los que se destacaban Franz Mehring (el biógrafo de Marx) y Clara Zetkin, Rosa Luxemburgo llevó adelante una fuerte lucha panfletaria en contra de la guerra, lo que le valió nuevamente la cárcel. Los escritos publicados por ella y su grupo fueron conocidos como "*las cartas de Espartaco*", y sus autores denominados, desde entonces, espartaquistas (*Spartakusbund*) o la *Liga Espartaco*.

El partido socialdemócrata alemán no tardó en escindirse, y los espartaquistas se integraron al nuevo *Partido socialdemócrata independiente* (USPD), fundado en abril de 1917, donde Rosa se reencontró con viejos camaradas como Bernstein y Kautsky. Si bien existía un acuerdo general en la lucha por el fin de la conflagración mundial, los espartaquistas confiaban en la posibilidad de aprovechar las circunstancias para realizar la tan ansiada revolución social. Ese mismo año aparece su escrito *El folleto Junius*: La crisis de la Socialdemocracia. Redactado en la prisión, fue objeto de numerosas críticas.

Con anterioridad, a comienzos de febrero de 1915, Rosa Luxemburgo publica con Karl Liebknecht y Franz Mehring el primer y único número de *Die Internationale*, inmediatamente prohibido por la Fiscalía de Estado.

Sus entradas y salidas de la cárcel fueron una constante durante toda la guerra. Detenida el 18 de febrero de 1915 y liberada un año después, volvió a prisión en julio de ese año, donde permaneció

(17) Artículo de Rosa Luxemburgo titulado Was Weiter?, aparecido en el periódico Dortmunder Arbeiterzeitung, del 14 de marzo de 1910. Citado por Peter Netti (1966) en Rosa Luxemburgo, Ediciones Era, México, 1974; pág. 345.

(18) Carta de Rosa Luxemburgo a Hans Diefenbach. Escrita en la cárcel de Wronke, y fechada el 12 de mayo de 1917. Fundación Rosa Luxemburgo (2009). Ob. Cit. pág. 13.

hasta noviembre de 1918. La cárcel de mujeres de *Barnimstrasse*, la fortaleza de *Wronke*, y finalmente la cárcel de Breslavia, fueron testigos de su forzada residencia. Durante todo ese tiempo se mantuvo en plena actividad, escribiendo numerosos artículos, cartas, y recibiendo noticias del exterior, esto último gracias a la ayuda de sus amigas Sonia Liebknecht y Mathilde Jacob.

En su trabajo *La Revolución Rusa*, escrito también estando en la cárcel, efectuó duras críticas contra la política adoptada por Lenin y Trotsky, señalando sobre todo la falta de libertades y la creación en Rusia de una *dictadura contra las masas*, y no la *dictadura del proletariado*. Con notable anticipación les señaló a los bolcheviques los peligros de *burocratización* a los que conduciría esa falta de libertad. Sin embargo, eso no impidió que ella diese la bienvenida y apoyase firmemente a la experiencia llevada a cabo en Rusia.

La revolución desatada en Alemania en noviembre de 1918 la liberó de prisión; y a fines de ese año, junto a sus compañeros espartaquistas, fundó el *Partido Comunista Alemán*. Con Karl Liebknecht editó el periódico comunista *Die Rote Fahne*, desde el que abogó por la participación en las elecciones para la Asamblea Nacional alemana que se realizarían en enero de 1919. A su entender, el Parlamento sería la plataforma indicada para continuar la lucha revolucionaria. Fiel a sus principios, cuando en el Congreso del Partido Comunista las propuestas de Rosa Luxemburgo y Karl Liebknecht fueron rechazadas, y las masas escogieron lanzarse a una revolución que ellos consideraban *prematura* y con muy pocas posibilidades de éxito, lejos de abandonarlas, se pusieron al frente.

En una carta a su amiga Clara Zetkin, Rosa Luxemburgo comenta como transcurrían los que, a la sazón, serían sus últimos días:

“..Estoy atada a la redacción y cada día permanezco en la imprenta hasta medianoche, entre otras cosas para supervisar el ajuste; además, en estos tiempos convulsos no llegan hasta las 10 u 11 de la noche las noticias y consignas, ante las que hay que reaccionar de inmediato. A ello se suman casi todos los días desde la mañana temprano las reuniones y conferencias; entretanto otras asambleas y para variar, cada varios días, la urgente advertencia desde ‘centros oficiales’ de que Karl (Liebknecht) y yo somos perseguidos por sicarios, de modo que no debemos dormir en casa, sino que tenemos que buscar cada noche refugio en un lugar diferente...” (19)

En la noche del 15 de enero de 1919, Rosa Luxemburgo y Karl Liebknecht fueron asesinados en la ciudad de Berlín y el cuerpo de la líder polaca fue arrojado a un canal. Su cadáver fue hallado cinco meses más tarde. En marzo del mismo año, Leo Jogiches, por entonces uno de los más importantes dirigentes del ala revolucionaria de la socialdemocracia (y compañero de Rosa Luxemburgo por más de quince años), perdería su vida de forma similar.

La cúpula del socialismo revolucionario polaco había sido eliminada.

Era el fin de una de las más brillantes ideólogas y luchadoras marxistas.

Sería injusto terminar esta semblanza sin poner de resalto la que consideramos su más preciada cualidad: haber sido un ser humano en el sentido integral del término.

Para ello, las palabras que Rosa Luxemburgo le dedica a su amiga Mathilde Wurm, en unas cartas escritas desde la prisión de *Wronke*, nos eximen de mayores comentarios.

En la primera de ellas le dice:

“..Tu carta me ha puesto hecha una furia...Ese tono lacrimoso, esas quejas sobre las ‘decepciones’, que ustedes han vivido -al parecer a causa de otros- en lugar de mirarse ustedes mismos al espejo, para retratar oportunamente todo el pesar de la Humanidad! Nunca como ahora encontré la esencia de ustedes tan avinagrada, quejica, cobarde y a medias tintas, tan ajena y odiosa. (...) Te digo, en cuanto pueda sacar de nuevo la nariz voy a perseguir su sociedad de ranas al son de las trompetas, al chasquido del látigo y con perros sanguinarios (...)

(19) Carta de Rosa Luxemburgo a Clara Zetkin, del 25 de diciembre de 1918. Fundación Rosa Luxemburgo (2009). Ob. Cit., pág. 23. El resaltado es nuestro.

¿Tienes suficiente como saludo de Año Nuevo?

Entonces procura seguir siendo persona. Permanecer persona es lo más importante. Y ello significa ser firmes y claros y alegres, sí alegres a pesar de todos los pesares, ya que el lloriqueo es cosa de los débiles. Ser persona significa arrojarse toda la vida, si es necesario, 'a la gran balanza del destino', pero al mismo tiempo alegrarse por cada día claro y por cada nube hermosa. En fin, yo no sabría escribir recetas de cómo hay que ser persona, sólo se cómo se es, y tu siempre lo sabías, cuando paseábamos juntas durante horas por los campos de Südende, y el crepúsculo rojizo iluminaba los cereales. El mundo es tan bello, a pesar de todo lo gris, y aún sería más hermoso si no hubiera en él débiles ni cobardes. Anda, aún te daré un beso, ya que a pesar de todo eres una buena muchacha. ¡Feliz Año Nuevo!" (20)

Y menos de dos meses después, vuelve a escribirle Rosa Luxemburgo a su amiga

"Mi querida Tilde:

(...) El hecho que tú no tengas ahora tiempo nada más que para 'un solo punto', esto es, las miserias del Partido, es fatal, ya que una estrechez de miras semejante enturbia también el juicio político. Lo fundamental en todo momento es vivir como persona completa. (...) ¿Que quieres conseguir con un dolor específico de los judíos? Para mí son igual de cercanos tanto las pobres víctimas de las plantaciones de goma del Putumayo, como los negros de África, con cuyos cuerpos practican el juego de pelota los europeos. Recuerda las palabras del alto Estado Mayor sobre la campaña de Von Trotha en el Kalahari: 'El estertor de los moribundos, el grito enloquecido de los sedientos resonaban en la sublime calma de la inmensidad.' (...) En la que tantos gritos resuenan sin ser oídos, resuena en mí, con tanta fuerza, que no me queda ningún rincón en el corazón para el ghetto. Me siento en casa en todo el mundo, donde haya nubes, pájaros y lágrimas humanas..." (21)

A modo de conclusión:

"La única finalidad justa debe ser la reconstrucción de la sociedad sobre unos cimientos tales que la pobreza resulte imposible"

Oscar Wilde ('El Alma del Hombre bajo el Socialismo')

El método del materialismo dialéctico; las teorías del *valor* trabajo, de la *crisis* y del *derrumbe* del sistema capitalista; el modelo democrático y sus límites estructurales; el papel de los partidos políticos y de los sindicatos; la tendencia a la burocratización de las organizaciones; la importancia de la libertad en todas sus formas de expresión; la interrelación dialéctica entre la *lucha diaria* y el *objetivo final* -el *socialismo*-; el problema del *militarismo* y la *guerra*; el *imperialismo*; el futuro del capitalismo, son temas esenciales que cobran una importancia clave a la hora de enfrentar los desafíos que nos presenta el capitalismo en su fase actual.

Sobre todos ellos nuestra autora nos ha dejado su original *visión*. Una visión que, desde su desaparición física, quedó en el *olvido*.

En un trabajo titulado Problemas de Táctica, Rosa Luxemburgo afirma que si bien los '*fallos políticos*' son muy difíciles de impedir, para minimizarlos "*...estamos obligados a extraer cada día las lecciones de la historia*." Es en este sentido que el gran historiador británico Edward H. Carr, cuyas palabras hacemos nuestras, explica que

"...es suposición previa en la historia el que el hombre es capaz de sacar provecho -no que siempre lo haga- de la experiencia de sus predecesores, y que el progreso descansa, en la historia y frente a lo que ocurre con la evolución en la naturaleza, sobre la transmisión del acervo así adquirido." (22)

(20) Carta de Rosa Luxemburgo a Mathilde Wurm, del 28 de diciembre de 1916, desde la fortaleza de Wronke. Fundación Rosa Luxemburgo. (2009) Ob. Cit. Pág. 30. El resaltado es nuestro.

(21) Carta de Rosa Luxemburgo a Mathilde Wurm, del 16 de febrero de 1917, desde la fortaleza de Wronke. Fundación Rosa Luxemburgo (2009); Ob. Cit. pág. 30. El resaltado es nuestro.

(22) Carr, Edward H. (1961); *¿Qué es la Historia?*; España, 1993. Pág. 159.

Ella siempre puso de resalto la importancia del conocimiento teórico, de la educación como base y fundamento para la liberación. ‘*Volvamos a Marx*’ repetía; ‘*Volvamos a Rosa Luxemburgo*’, parafraseamos nosotros.

Pero así como la educación fue un aspecto que ella cultivó de manera muy especial, y que se encargó de transmitir a través de sus discursos, sus escritos, y los años que dictó clases en la escuela del SPD en Berlín; de igual modo, estaba convencida que la *teoría* no puede ser escindida de la praxis, que la *experiencia histórica*, aún en las derrotas, constituye ‘*la mejor escuela*’.

Por ello su comprensión de la realidad como un *proceso*, como una totalidad compleja, es una herramienta que debemos saber recuperar para el análisis crítico.

Rosa Luxemburgo constituye una genuina representante de la más pura tradición humanista, revolucionaria y democrática del socialismo. Y así lo patentizan las palabras vertidas en uno de sus últimos escritos, titulado *¿Qué quiere la Liga Espartaco?* Allí afirma:

“La concreción de la organización socialista de la sociedad es el deber más importante que haya concernido a una clase y a una revolución en toda la historia mundial. Este deber requiere la transformación total del Estado y una completa subversión de los fundamentos económicos y sociales de la sociedad.

Una transformación y una subversión tales no pueden ser decretadas a través de ninguna autoridad, comisión o Parlamento; sólo el pueblo mismo puede hacerse cargo de ellas y llevarlas a cabo.

En las revoluciones que se llevaron adelante hasta el día de hoy, sólo una pequeña minoría del pueblo condujo la lucha revolucionaria, le dio objetivo y dirección y utilizó a las masas solamente como herramientas para asegurarse el triunfo de sus propios intereses, es decir, los de la minoría. La revolución socialista es la primera que se concibe a favor de la mayoría y que sólo triunfará si es llevada a cabo por la gran mayoría de los trabajadores.

(...) La esencia de la sociedad socialista radica en que la mayoría trabajadora deje de ser una multitud dominada para vivir una vida económicamente plena y conducirse por sí misma en los términos de una consciente y libre autodeterminación.

(...) La transformación económica sólo es posible si se trata de un proceso llevado adelante por la acción de masas del proletariado.

(...) De máquinas muertas que el capitalista coloca en el proceso de producción, las masas proletarias deben aprender a convertirse en dirigentes pensantes, libres y autodeterminados en ese proceso. Deben adquirir el sentimiento de responsabilidad propio de miembros activos de la comunidad, única propietaria de la riqueza social.

(...) En las revoluciones burguesas las armas imprescindibles que estuvieron en manos de la clase ascendente fueron el derramamiento de sangre, el terror y el asesinato político.

La revolución proletaria no necesita para sus objetivos del terror; odia y aborrece la matanza de hombres. No necesita de estos medios de lucha puesto que no va contra individuos sino contra instituciones...” (23).

Frente a una sociedad dividida como la actual, que atraviesa una de las más profundas crisis económicas de las que la historia del capitalismo guarde memoria; en un mundo en el que las *guerras* van en aumento, y el *terrorismo* se ha transformado en un flagelo que llegó para quedarse; cuando cientos de millones de personas se hallan sumidos en la *pobreza* y la *desocupación*, la pregunta que lanzara Rosa Luxemburgo en 1918 se transforma hoy en un grito desesperado:

¿Socialismo o BARBARIE?

En nuestras manos queda encontrar la respuesta.

(23) Luxemburgo, Rosa (1918). *¿Qué quiere la Liga Espartaco?* Buenos Aires: La Minga, 2009. págs. 67/70. El resaltado es nuestro.

La crisis de la Unión Europea o de la persistencia del mito del Estado - Nación

POR MARTÍN LEONARDO CABRERA (*)

Sumario: I. Antecedentes históricos de la vocación integradora en Europa. — II. ¿Qué tipo de integración? Del Estado Federal a la actual entidad sui generis. — III. En los hechos: ¿Qué es Europa? Sus logros. — IV. Los déficits. Las causas de la crisis. — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo pretende describir el estado actual de incertidumbre, respecto al proceso de integración de la Unión Europea (en adelante UE). Partiendo de los antecedentes históricos más remotos, se hace un recorrido hasta llegar al Tratado de Lisboa. Se analizan las distintas concepciones respecto a lo que debería ser la UE, tomando en cuenta la opinión de autores tales como Ulrich Beck, Jürgen Habermas y Garton Ash, entre otros. Se procura identificar los bloqueos institucionales en el esquema europeo, y los desafíos presentes para destrabarlos.

Palabras clave: Unión Europea - Crisis - Soberanía - Integración.

Abstract

This paper aims to describe the current state of uncertainty regarding the process of integration of the European Union (hereinafter EU). From the earliest historical background, this journey goes through time to reach the Lisbon Treaty. Different conceptions about what the EU should be, taking into account the view of authors such as Ulrich Beck, Jürgen Habermas and Garton Ash, and others, are analyzed. institutional blockages under the European scheme, as well as the present challenges are tried to identify so as to unlock them.

Keywords: European Union - Crisis - Sovereignty - Integration

I. Antecedentes históricos de la vocación integradora en Europa

Para remontarse a experiencias históricas de integración de los pueblos de Europa, podemos analizar la Edad Media, remitiéndonos específicamente al Sacro Imperio Romano.

De la institución imperial encontramos un ejemplo de esa vocación institucional integradora en la figura del emperador Federico II Hohenstaufen de Sicilia.

Uno de los autores contemporáneos quien más lo estudiara fue Ernst Kantorowicz (1927) en su *Kaiser Friedrich* (Kaiser Federico).

Las referencias de Kantorowicz a una *Welthaltigkeit* (mundialización) alemana, reflejan un verdadero espacio europeo situando la concepción universal de Federico y su Reich. (1) Hay una serie de pasajes en *Kaiser Friedrich* que parecen, a primera vista, apoyar esta afirmación. Por ejemplo, Kantorowicz señala que en el Imperio de Federico, no hubo sometimiento ("*Unterjochung*") de otras naciones por una nación, sino una alianza de todos los monarcas y todo el pueblo de la cristiandad en torno al emperador. (2) En otro punto, incluso se describe la Europa medieval como una "*comunidad*

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Político, Cátedra I; Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP. Profesor Adjunto Regular de Teoría del Estado; Facultad de Derecho. UBA.

(1) Cfr. Kantorowicz (1927:187-242), citado por RUEHL (2000:218). La traducción es nuestra.

(2) Cfr. Kantorowicz (1927:353), citado por RUEHL (2000:218).

igualitaria de los pueblos ("gleichberechtigte Volkergemeinschaft") (3). Mientras que, en su *De monarchia*, Dante concebía un gobierno universal, que era algo más que un "primus inter pares": un monarca ideal que reinaría sobre las otras naciones europeas como sujetos, no como iguales soberanos, Federico II, por el contrario, se consideraba como puesto por Dios antes los otros reyes europeos: "*prae orbis terrarum regibus sublime regibus prae constituit*", no *super reges*. (4) En este mismo sentido: "(...), académicos recientes han hecho hincapié en que Federico II se consideraba menos como un gobernante mundial que como el 'sindicus' de un principum saecularium corpus, en el que los otros monarcas en forma independiente seguían sus propias políticas: véase, por ejemplo Kamp N., 'Federico II. im europäischen Zeithorizont', en Friedrich II, ed. Esch y Kamp." (Ruehl, 2000:219) (5).

En "*Tragedy & Hope*" del historiador Carrol Quigley, de la década del '60, se sugería que el futuro podía parecerse en algo al Sacro Imperio Romano de la época medieval. (Quigley, 1966:1287) (6). El principio fundante del mismo era el de una jerarquía de autoridades federales, pero ese basamento era apenas visible en la maraña de las repúblicas, reinos, y obispados que lo componían. La Dieta Imperial era una entidad multicameral, mientras que el ejecutivo sólo funcionaba en las raras ocasiones en que el Emperador, un funcionario electo, lograba persuadir a los potentados del Imperio que lo que quería hacer era de interés para ellos.

Hedley Bull proporciona la hipótesis de estar frente a "*una nueva Edad Media*" basada en un "*sistema de acumulación de autoridad y lealtad múltiples*", pero no fue preciso respecto a que pasaría con los estados soberanos. En el nuevo medievalismo de Bull los estados soberanos "*podrían desaparecer*". (Bull, 2002:245) (7).

Y va a conceptualizar una intrigante "fase intermedia": "*Es posible que el proceso de integración podría llegar a una etapa en la que, si bien no se puede hablar de un Estado europeo, habría una real duda, tanto en teoría como en la práctica si la soberanía recae en los gobiernos nacionales o en los órganos de la "comunidad"*". (Bull, 2002:256) (8).

Aún analizando el presente se encuentran referencias medievales a la hora de explicar el surgimiento de la UE: "La integración podría comenzar de un número relativamente pequeño de las democracias burguesas en niveles económicos más o menos similares y con importantes elementos de historia común. Como se ha observado a menudo, las fronteras de la inicial Comunidad Económica Europea (la "Europa de los Seis") fueron más o menos coincidentes con las del Sacro Imperio Romano de Carlomagno." (Garton-Ash, 1994:70) (9).

Saliendo de la Edad Media y yendo al siglo XIX, se constata el desarrollo vigoroso de un proceso de unificación que llevaría a la construcción de estados nacionales tales como Italia y Alemania.

En relación a este último, podemos ver un ejemplo del irresistible poder de atracción de los procesos de integración sobre los países vecinos cuando se analiza el proceso de unificación aduanera en la Alemania del siglo XIX. En este sentido Hendrik Spruyt escribe que:

(...) "los estados soberanos demostraron ser mejores (que las ciudades de la Liga Hanseática) a la hora de movilizar a sus sociedades y mejorar sus economías internas. La unidad territorial invadió gradualmente la independencia de las ciudades Los príncipes alemanes comenzaron a imitar los

(3) Cfr. Kantorowicz (1927: 522), citado por Ruehl (2000:218). La traducción es nuestra.

(4) Citado por Ruehl (2000:219). La traducción y el subrayado son nuestros.

(5) La traducción es nuestra.

(6) La traducción es nuestra.

(7) Ídem.

(8) Ídem.

(9) Ídem.

procesos administrativos y el marco legal de los estados territoriales (...). Cuando las elites políticas advirtieron las consecuencias del localismo y de la falta de integración económica en sus ciudades-estado, se volcaron hacia las normas territoriales de Federico y Catalina la Grande como modelos dignos de emulación. ... (Ellos) tenían razones para imitar esas instituciones y emular lo que percibían como un éxito completo en lo relativo a reducir la incertidumbre y ganar legitimidad." (Spruyt, 1994:546,550) (10).

Europa fue la primera región en crear una "conciencia de sí", es decir una comprensión de los parámetros de su competencia mediante la creación de identidades negativas, y la apropiación de las diferencias para sus propios fines. Tal conciencia surgió en el siglo XIV y XV, en respuesta a una cristiandad debilitada por contradicciones internas y la presión externa. (11)

El crear una Europa con la que sus habitantes se puedan identificar, requirió la construcción de instituciones similares en el espacio europeo. Tales europeos podían imaginarse como parecidos entre sí. En términos de organización política, esto ha significado el uso del modelo del estado-nación, un modelo que vincula una forma territorial de organización política (estados) con un pueblo en particular (las naciones). Aunque los pueblos y las religiones no estaban, territorialmente hablando, estrictamente delimitados los estados lo asumían como si así fuera debido a su dependencia teórica con el mandato de la soberanía territorial. Por ende, los Estados han tenido fuertes intereses en la generación, agravamiento e institucionalización de las diferencias con sus vecinos. (12) Especialmente en los últimos siglos, la identidad de los Estados europeos ha estado estrechamente vinculada a los ejércitos permanentes y al despliegue de las máquinas militares, con frecuencia con fines económicos. (13)

Con la sustitución gradual del gobierno monárquico por el democrático, los líderes han necesitado justificaciones constantes por el enorme presupuesto de los ejércitos permanentes. De ahí la institucionalización de los diferentes tipos de pretextos (por ejemplo, la integridad y el honor nacionales, el poder económico, la seguridad nacional, etc.) para apoyar la intervención militar o la guerra. La territorialidad, que inicialmente era sólo una solución estratégica de arriba hacia abajo para controlar los efectos nocivos del odio religioso, se convirtió en una forma de abajo hacia arriba de autoidentificación y principio de orden nacional e internacional, apoyado por un conglomerado de partes interesadas. El concepto de *estado* sigue siendo el principio en el que se basa gran parte del derecho internacional. (14).

El concepto *nación* tiene otra historia paralela, pero separada. (15).

Inicialmente tomado como un programa político por la Revolución Francesa y, posteriormente, escrito en la Carta de las Naciones Unidas, la forma nación surgió de los imperios y las tribus transformados durante la creación de los estados europeos. (16).

Esta transformación de los diversos pueblos en naciones unificadas, generalmente se llevó a cabo con periódicas purgas, limpiezas, u otros tipos de violentos procesos de homogenización. Desde finales de los XV hasta principios del siglo XVII, casi todos los estados modernos de Europa occidental se han involucrado en variantes de este proceso de victimización "*del otro*". España fue el primera, con la expulsión de los judíos no convertidos en 1492, con la persecución permanente y finalmente destierro de los residentes de origen musulmán en 1609, y, entre 1577 y 1630, expulsando a los protestantes

(10) La traducción es nuestra.

(11) Cfr. Borneman y Fowler (1997:487-514). La traducción es nuestra.

(12) Cfr. Eriksen (1993).

(13) Cfr. Tilly(1993).

(14) Cfr. Borneman & Fowler (1997:490).

(15) Ver Johnson (1993:159-217).

(16) Cfr. Kantorowicz (1957).

que en ese momento eran 14% de la población en general. Para los “*purificadores*”, las consecuencias económicas de estas “*limpiezas*” fueron desastrosas. (17)

Mario Rainer Lepsius (18) sostuvo que a pesar de las guerras, revoluciones y represiones masivas que el estado-nación ha creado, ofreció ventajas especiales a los pueblos de Europa Occidental, tales como la institucionalización de la solución pacífica de los conflictos a través del imperio de la ley, garantizar las libertades individuales, la organización de intereses a través de democracias parlamentarias, y la integración del desarrollo económico nacional en la economía mundial. Por el contrario, en cada una de estas medidas, el carácter multiétnico, y autocrático de los estados europeos centro-orientales funcionó como una desventaja vis-’a-vis con sus homólogos de Europa Occidental. La fragmentación religiosa y territorial, y la incapacidad de centralizar la toma de decisiones y de organizar el poder democráticamente, contribuyeron a un relativo atraso político y económico. Por otra parte, mientras que un modelo proto-estado-nación se extendió por toda Europa Occidental entre los siglos XVII y XVIII, Europa Central fue gobernada por la monarquía de los Habsburgos hasta la Primera Guerra Mundial, y Europa del Este se liberó de la dominación soviética sólo después de 1989. De ahí que la mayoría de los europeos del Este, incluyendo a los pueblos de la ex Yugoslavia, han tratado de unirse a Europa mediante la construcción de los estados-nación alineándose con lo que ellos entienden como el modelo occidental europeo. (19)

II. ¿Qué tipo de integración? Del Estado Federal a la actual entidad *sui generis*

Desde sus orígenes el proyecto europeo pretende que los estereotipos nacionales sean sistematizados bajo el rótulo de “*la unidad en la diversidad*”, es decir la idea de un continente europeo cuya principal característica sea su diversidad, su “*familia de naciones*”. En la medida en que las naciones de Europa sean vistas como gestalts culturales, representaran un modelo mítico-histórico, útil para esencializar y eliminar las ambigüedades, tanto para el auto-entendimiento como para la percepción de la otredad.

Para algunos autores europeos, tal como Pierre Bourdieu, la soberanía a defender no se define en términos de una defensa nacional tradicional, sino como la protección del legado cívico europeo: los sindicatos y los derechos laborales, prestaciones de desempleo general, y el acceso libre y universal a una educación humanista. (20)

Habermas reconoce que “*más de una lección*” se puede extraer de la evolución de la Unión Europea. (21) Por ejemplo, uno podría interpretar a la Unión Europea como un hecho que en realidad agrava los problemas de la globalización, especialmente por la falta de rendición de cuentas o la “*autonomización de las burocracias en las organizaciones internacionales*”. (22) Mientras investiga la situación política de la Unión, Habermas señala que una “*una gruesa red horizontal se extiende sobre los mercados por relativamente débiles regulaciones políticas, incrementadas por autoridades más débilmente legitimadas*.” (23) En este sentido, reconoce las “*peligrosas deficiencias de legitimación*” de la burocracia de Bruselas que tal vez está demasiado lejana de su base política. (24) Desde este punto de vista, la Unión Europea podría considerarse una de las “*administraciones auto-programadas y redes sistémicas*” diferente a los “*procesos democráticos*”. (25)

(17) Cfr. Zolberg (1983:31-32, 35).

(18) Lepsius, pp. 256-269, citado por Borneman (1997:491).

(19) Cfr. Gal (1991:440-458) y Hayden (1996:783-801).

(20) Cfr. Bourdieu (1999:I, 12-13).

(21) Habermas (1998:123). La traducción es nuestra.

(22) *Ibíd.* La traducción es nuestra.

(23) Habermas (2001:98). La traducción es nuestra.

(24) Habermas (1998:151). La traducción es nuestra.

(25) *Ibíd.* p.151. La traducción es nuestra.

Pero aún cuando los regímenes continentales pudieran fracasar en la tarea de democratizar plenamente los mercados, Habermas presume que su autoridad territorial y mayor coordinación con otras entidades supranacionales podrían llevar a cabo el tipo de regulación anteriormente ejercida por el Sozialstaat (estado social o de bienestar). (26) Habermas confía en que tanto la Unión Europea como los estados naciones puedan llevar a cabo la tarea de “corregir los mercados, como de establecer mecanismos regulatorios redistributivos” sin dejar ese trabajo a los “mercados por sí solos” (27).

Habermas da cuenta de las deficiencias de la UE: fue establecida por un Tratado, no por una Constitución. No posee el monopolio de la violencia, y no cuenta con soberanía que pueda ser reconocida con arreglo a standards nacionales o internacionales. (28)

Sin embargo el autor no alienta a que la UE sea descalificada lisa y llanamente como ilegítima. En lugar de eso sostiene que las instituciones de la Unión son indirectamente legítimas: la legitimidad de la Unión Europea fluye de los ciudadanos a través de los estados miembros, y la ley es crucial en este proceso. (29)

Habermas da cuenta de cuatro perspectivas sobre la integración a saber: la cosmopolita, la UE como un mercado, la eurofederalista y la euro escéptica. (30) La cosmopolita implica concebir a la UE como una etapa hacia un gobierno mundial; un mundo sin demarcaciones políticas.

Los pro-mercados entienden a la Unión Europea no más que como una zona de libre comercio, un ámbito para el intercambio comercial sin restricciones. Habermas da un ejemplo de este punto de vista en la figura de un portavoz del *Deutsche Bank*, quien manifestara que sólo se podía considerar como “académico” el debate sobre la alternativa de “alianza de Estados” o “Estado federal” (31) Los euromercadistas se conforman con las normas establecidas por los Tratados internacionales destinados a la promoción de funciones integradoras “negativas”, tales como dismantelar las barreras al comercio y la construcción de instituciones de mercado. (32)

Pero Habermas señala que no pueden surgir funciones integradoras positivas de los Tratados, salvo algunas de tipo ecológico, y que para evitar las consecuencias indeseables (económicas, sociales y políticas) de una “Europa de los mercados”, o una “Europa de los empresarios”, se requiere una Constitución. (33) En este sentido, afirma: la Unión Europea requiere “una forma de solidaridad abstracta” que no se pueden generar por “el frío cálculo de la ventaja individual”, sino por “una conciencia de pertenencia colectiva”. (34) La Unión Europea exige “una orientación de valores comunes” en lugar de meras “expectativas económicas.” (35)

El origen de esta postura euromercadista radica en las distintas concepciones históricas del papel del estado. Francia, Alemania e Italia tienen un compromiso histórico mayor con los servicios sociales patrocinados por el Estado que Gran Bretaña, por lo que en esta ecuación la última parece estar optando por limitar el papel del estado, y posicionándose a favor del libre mercado, mientras que los demás países aparecen como relativos estados de bienestar. Como Tony Judt lo explicara, el contraste

(26) Habermas (2001:77). La traducción es nuestra.

(27) Habermas. (1999:56). La traducción es nuestra.

(28) *Ibíd.* p. 56. La traducción es nuestra.

(29) Habermas (1998:155-156). La traducción es nuestra.

(30) Habermas (1999:56). La traducción es nuestra.

(31) *Ibíd.* p. 56.

(32) Habermas, (2001:79). La traducción es nuestra.

(33) *Ibíd.* p. 79. La traducción es nuestra.

(34) *Ibíd.* p. 18.

(35) Habermas, Jürgen. So, Why Does Europe Need a Constitution? Disponible en: http://www.uned.es/dcpa/old_doctorado_20042005/cursos/subprograma_ue_2005/lecturas_closa/52closa_Habermas%202001.pdf. La traducción es nuestra.

entre Gran Bretaña por un lado y los grandes países del continente por el otro, se centra sobre el papel del Estado:

“El Estado británico nunca ha jugado un papel muy importante en la vida de la gente, al menos tal como lo perciben; es la sociedad la que une a los británicos en conjunto, o al menos así lo han creído ellos por mucho tiempo (...) Thatcher demolió la teoría y mucho de la práctica del Estado providencial, y por esto él mismo es impensable más allá del canal. (En cambio) en Europa continental, el estado seguirá desempeñando el papel principal en la vida pública.” (Judt, 1998:55) (36).

En Francia y Alemania, la gente espera que el estado desempeñe un papel activo en las prácticas de empleo, regulación del comercio y en el servicio de la salud y la educación. ¿Pero qué sucede, por ejemplo, cuando las tasas hipotecarias británicas son más altas que las promedio en el continente? ¿O las semanas de trabajo son más largas? Los hombres de negocios británicos se preocupan respecto a la adopción de los códigos y prácticas europeas. ¿Qué hay de Alemania y los países escandinavos ricos cuando contemplan sus vecinos más pobres del este y del sur? Como Timothy Garton-Ash señalara: “*Las importaciones más baratas de Europa centro-oriental también podrían socavar los productos alemanes más caros. A corto plazo, el mantenimiento de puestos de trabajo industriales en la República Checa podría significar la pérdida de ellas en Baviera.*” (Garton-Ash, 1998:149) (37).

Los alemanes, en particular, son sensibles a la idea de subvencionar a los miembros en problemas (ejemplo Grecia) quienes en los hechos no serán contribuyentes netos al presupuesto de la UE sino solo beneficiarios del mismo. En cuanto a los países del Este, el resentimiento de la UE es sustancial entre los pueblos de los países que esperan la adhesión. Los programas obligatorios de austeridad de sus gobiernos con el fin de cumplir con los criterios de convergencia de la UE les parecen a los ciudadanos comunes demasiado duros e injustos.

Estas asimetrías a la hora de evaluar el papel del estado en la economía nacional y comunitaria son las que sustentan los distintos puntos de vista respecto al alcance del proyecto europeo.

En su propuesta de un sistema continental federal que sirva a una sociedad civil a escala europea, Habermas se revela a sí mismo como teniendo algo de eurofederalista. Este euro federalismo: “(...) *debe diseñar un futuro de Europa, en contraste con el statu quo que los euromercadistas desearían mantener, uno que pueda estimular la imaginación y ayudar a iniciar un amplio debate público sobre los problemas comunes para los diferentes escenarios nacionales.*” (Habermas, 2001:98) (38).

En respuesta a los euro-escépticos señala que la ley europea es, obviamente, mucho menos erosiva de la soberanía estatal que la dinámica de actual del capitalismo. Haciéndose eco de argumentos de mediados del siglo XX a favor de la regulación estatal de mercados, Habermas sostiene que la Unión Europea salvaría al estado de sí mismo, tanto como el *Sozialstaat* salvó al capitalismo de sí mismo. (Habermas 1998:158).

Fritz Scharpf sostiene que en los hechos este keynesianismo supranacional que sustenta Habermas tiene poco campo propicio atento las estrictas pautas regulatorias del Banco Central Europeo, quien privilegia más la estabilidad de la moneda que el pleno empleo. (Scharpf 1999:115)

En sus críticas a la postura de Habermas, John McCormick sostiene que a la hora de lograr una UE con mayor legitimidad democrática hay una alternativa respecto al planteo del filósofo alemán: entender el accionar de la misma como una “*gobernanza microsectorial*” (Mc. Cormick, 2006:415). (39) Ésta se caracteriza por una compleja superposición de aparatos reguladores en lugar de un sistema basado en una legislatura centralizadora. Joseph Weiler, lo define como un “*nivel medio*” (“*meso-level*”) de creación de normas y gobernanza, en el que funcionarios nacionales y europeos de rango medio

(36) La traducción es nuestra.

(37) La traducción es nuestra.

(38) La traducción es nuestra.

(39) La traducción es nuestra.

interactúan con los diversos actores privados y semipúblicos (por ejemplo, las administraciones, departamentos, asociaciones públicas y privadas, y ciertos grupos de interés -principalmente empresarios-) en los comités europeos, a través del proceso que se ha dado en llamar la “comitología”. (Weiler, 1999:273) (40). En este marco el interés nacional es mucho menos importante que la experiencia técnica, en cuestiones tales como fijar los standards en salud y seguridad, la armonización de la política de telecomunicaciones y fijación de normas comerciales internacionales. (Weiler, 1999:272) (41).

En palabras de John McCormick:

“Muchos consideran a esto como una nueva forma de tecnocracia iluminista, educada y persuasiva, en la cual las autoridades europeas regionales, locales y las del OMC (Open Method of Coordination- Método Abierto de Coordinación) requieren expertos para “reconsiderar suposiciones” y para consultar a una amplia gama de partes afectadas a fin de formular las políticas más eficaces que beneficien a los intereses de los más involucrados.” “El objetivo de esta tecnocracia ilustrada es la corrección mutua de las políticas, por parte de los responsables de formularlas y los destinatarios de las mismas, pero deliberadamente excluye al resto de la opinión pública europea.” (Mc. Cormick, 2006:418) (42).

Esto implica que en la práctica se abandona la participación o sanción por el sistema político nacional, ya sea a través el derecho constitucional o legal, de un importante rango de decisiones. Por estas razones, el modelo *Sektoralstaat* emergente en Europa plantea la cuestión de la disonancia entre, por un lado, el funcionamiento de la política a partir de múltiples sub-grupos y, por el otro, los derechos e intereses de la generalidad del público. Discordancia está que tal vez nunca antes se viera en la teoría y prácticas democráticas europeas. (Mc. Cormick, 2006:423).

Así es que:

“La evidencia empírica sugiere que la política europea emergente será muy diferente del Estado constitucional supranacional (*Rechtsstaat*) o del Estado de bienestar (*Sozialstaat*) que Habermas describe, sino más bien se parecerá a un *Sektoralstaat*: un sistema de gobierno en el que las diferentes esferas de política son regidas por la mayoría de los más directamente afectados o interesados, desarrollo este con consecuencias poco halagüeñas para el gobierno democrático, la autoridad legal y la igualdad material en la futura Europa - ramificaciones estas no abordadas por Habermas”. (Mc. Cormick, 2006:399) (43).

O, desde otro punto de vista, como lo señalara Jeffrey Lewis: decisiones basadas en el consenso alcanzadas por formas aisladas de deliberación. (44) En sus palabras:

“Tanto el aislamiento como la deliberación son condiciones clave de fondo para que los estados europeos puedan ‘domesticar’ los intereses nacionales. Gran parte de este entorno puede ser captado dentro de un marco de acción racional: la necesidad de moderar las demandas, conforme a reglas y normas informales, exhibir una simpatía mutua y capacidad de respuesta a otros que se encuentran en necesidad de una especial consideración, y así sucesivamente.” (Lewis, 2009:19) (45).

En la visión de Joseph Weiler se trata de “*conciliar los reflejos y el ethos de la “soberanía” del estado nacional con los nuevos modos de discurso y una nueva disciplina de solidaridad.*” (Weiler, 1991:2480) (46).

(40) La traducción es nuestra.

(41) La traducción es nuestra

(42) La traducción es nuestra

(43) La traducción es nuestra.

(44) Cfr. Lewis (2009:2).

(45) La traducción es nuestra.

(46) La traducción es nuestra.

La concepción tradicional de la soberanía, lo que Stephen Krasner denomina “*la soberanía westfaliana*” con el doble atributo de “*territorialidad y exclusión de los actores externos de las estructuras de autoridad nacional*” ya no se ve como una realidad tan clara. Europa por elección propia ha roto lo que Krasner llama a la “*norma fundamental*” de la soberanía a la Westfalia, es decir, “*que los estados existen en territorios específicos, dentro de los cuales las autoridades nacionales políticas son los únicos árbitros de un comportamiento legítimo.*” (Krasner, 1999:20) (47). Un montón de áreas tales como las que caen bajo la regulación del Consejo de Europa, la seguridad, el comercio internacional, la emisión de moneda, los derechos humanos y las libertades fundamentales están fuera del modelo westfaliano. Tal vez la ya famosa frase “*soberanía compartida*” (*‘pooled sovereignty’*) sea una de las más apropiadas para describir esta nueva realidad. (48) Así Brigid Laffan manifestó que bajo este nuevo enfoque la UE, “*ha integrado lo nacional en lo Europeo y lo Europeo en lo nacional.*” (49) O podríamos también caracterizar a esta nueva situación como una “*soberanía desacralizada*” (50).

En relación a la concepción cosmopolita de la UE, uno de los principales defensores de la misma es el sociólogo Ulrich Beck.

Beck dice que es equivocado concebir a la UE tanto como lo hace el federalismo -dando lugar a un superestado federal- o como lo hace el planteo intergubernamental- conduciendo a una federación de estados. Ambos modelos son empíricamente inadecuados. Tanto la federación de estados y el superestado federal plantean el mismo juego de suma cero, a saber: o hay un solo Estado de Europa (federalismo), en cuyo caso no hay ningún estado miembro nacional, o bien los estados miembros nacionales siguen siendo los gobernantes de Europa, en cuyo caso no hay Europa alguna (concepción intergubernamental).

El enfoque de Beck implica la negación de cualquier relación jerárquica, la disolución de las diferencias, y la existencia de normas universales que faciliten la justificación e institucionalización de la igualdad de trato. El enfoque universalista sustituye a la multitud de diferentes normas, clases, identidades étnicas y religiones, con una norma unificada. Hacia el interior, el nacionalismo aspira a disolver las diferencias y promover normas uniformes sin embargo, debido a su ámbito de aplicación territorial limitada, la disolución de las diferencias siempre resulta ser incompleta y la diferencia se acentúa hacia el exterior.

Por el contrario la visión cosmopolita implica que la UE no tiene que ser ni un estado unificado ni una nación. Es más, la misma no debe ser pensada en términos del estado-nación. El camino a la unificación de Europa no pasa por la uniformidad, sino más bien mediante el reconocimiento de sus diferencias nacionales. La diversidad es la fuente misma de la identidad europea y la creatividad. El cosmopolitismo combina reconocimiento de la diferencia y la alteridad, con los esfuerzos para concebir nuevas formas democráticas de gobierno político más allá del estado nación. Se pretende superar la dualidad de lo global y lo local, lo nacional y lo internacional. El principio de cosmopolitismo puede ser localizado y aplicado en todas partes, y por tanto también a entidades como la UE.

Se pregunta Beck: “*¿Qué va a hacer a Europa más europea?*” Y la respuesta la encuentra en una UE cosmopolita, donde las identidades nacionales cada vez se vuelvan menos y menos excluyentes, y más y más inclusivas. Así como la Paz de Westfalia puso fin a las guerras religiosas por la separación del estado de la religión, se debe considerar que el objetivo final del proyecto europeo es construir un estado independiente de la nacionalidad. El cosmopolitismo no significa la abolición de la nación, de la misma manera que Westfalia no significó la abolición de la religión. Más bien, implica la coexistencia de distintas nacionalidades bajo el principio constitucional de la tolerancia. El “*Estado cosmopolita*” se basa en el principio de neutralidad del mismo respecto a la nacionalidad y la identidad nacio-

(47) La traducción es nuestra.

(48) Conforme Keohane (2002:743-765). La traducción es nuestra.

(49) Laffan (1998:250). La traducción es nuestra.

(50) Cfr. Philpott (2001:297-324). La traducción es nuestra.

nal, permitiendo la coexistencia codo a codo de personas de distintos orígenes. El reconocimiento de derechos y garantías ya no estará limitado por la nacionalidad de origen de los sujetos.

Un orden constitucional transnacional, seguirá siendo inestable internamente en tanto no se sustente en una conciencia común, una identidad transnacional. La UE solo triunfara si logra construir un orden posnacional, plurinacional que sea neutral y tolerante hacia las distintas nacionalidades que lo compongan. En suma ser cosmopolitas significa reconocer la igualdad y la diferencia al mismo tiempo, a la vez que se ve al planeta como un todo intercomunicado.

“Imaginar Europa como una confederación de estados cosmopolitas que trabajan juntos para frenar los excesos de la globalización económica y a la vez exhiben respeto por las diferencias - en especial las diferencias de sus vecinos de las naciones europeas - en lugar de negarlo o impedirlo burocráticamente: esto podría llegar a resultar una utopía muy realista. La teoría y la concepción del Estado cosmopolita se distinguen de tres posiciones: la peligrosa ilusión de un estado nación que se defiende por sí mismo, la idea neoliberal de un Estado mínimo, des-regulado, dirigido por el empresariado, y la tentación irreal de un Estado mundial unificado.” Beck (2009) (51).

III. En los hechos: ¿Qué es Europa? Sus logros

Por todo lo expuesto podemos decir que Europa no es un estado ni está en camino de serlo. No tiene policía propia, no posee manejo directo de las escuelas, no tiene ejército, ni siquiera un ejército de burócratas - los 22.000 que lo hacen en las oficinas de la UE en Bruselas se acercan en número a una autoridad municipal en una ciudad de tamaño mediano.

Lo que la Unión si puede hacer son normas (52) -que es también lo que hacen los Estados- y es cierto que en el caso de conflicto las mismas tendrán primacía sobre la legislación nacional, lo cual es inevitable en el caso del derecho internacional. El proceso de elaboración de sus normas es complicado, pero el papel fundamental corresponde a los gobiernos nacionales, que en muchos casos, tienen una formal o informal capacidad de veto sobre el resultado.

Las cosas que más preocupan a la ciudadanía -la salud, la educación, la ley y el orden- son administradas por los gobiernos nacionales, y así seguirá siendo. Incluso las economías son gestionadas por los gobiernos nacionales. Esto surge claramente de la enorme variedad de políticas económicas en Europa. Los niveles y los sistemas de impuestos varían, las políticas en materia de pensiones, la propiedad estatal y el desempleo son hartos diferentes. Es cierto que el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (1997) acordó que sus miembros establecieran algunos límites a los déficits presupuestarios para los que están en la zona del euro, límites que de hecho han sido ignorados por países como Grecia (53). La libertad de acción nacional, en lugar de las restricciones europeas, es la característica más evidente de las economías europeas.

En los hechos el propósito central de la Unión Europea fue permitir a sus estados miembros funcionar con mayor eficacia. Esto se hizo a través de cuatro variantes principales. La primera fue mediante la creación de un gran mercado. Los mercados, y la división del trabajo que ellos permitieron, fueron los que hicieron a los ciudadanos de los modernos estados europeos más ricos que cualquier otro pueblo en la historia, y un mercado más grande proporcionó una división más amplia del trabajo. La Unión Europea ayudó a las empresas nacionales exitosas a escapar de los estrechos límites del mercado nacional, y así poder proyectarse hacia uno mucho más grande.

(51) La traducción es nuestra.

(52) Llamadas Reglamentos, Directivas y Decisiones.

(53) A raíz de lo cual surge el acuerdo de marzo del 2012, firmado por 25 países y con la excepción de Gran Bretaña y la República Checa, fijando un límite al déficit del 0,5 % del PBI y las correspondientes sanciones por incumplimiento a ser impuestas por el Tribunal de Justicia de la UE. No obstante lo cual recientemente (02/03/12) el gobierno español manifestó que no podrá cumplir con esa exigencia, limitándose a reducir el déficit al 5,8%.

La creación de un mercado único europeo que permitiera la libre circulación de bienes, servicios, inversiones y personas es el origen de la mayor parte de la legislación europea. Los mercados deben ser regulados. La mayoría de los mercados nacionales comenzaron a hacer esto en las monarquías al establecer pesos y medidas homogéneos, más tarde la regulación se introdujo para proteger a los trabajadores.

Hay diferencias de opinión acerca de hasta qué punto la regulación tiene que extenderse, pero un mercado único requiere un cierto nivel de normas comunes.

La segunda cosa que la UE proporcionó a sus estados miembros es más influencia en el mundo. Esto es más visible en las negociaciones comerciales que la UE realiza en un nivel de paridad con los Estados Unidos. Si los países europeos quieren tratar en igualdad de condiciones con los EE.UU., China o la India tienen que permanecer juntos. Ningún país europeo por sí solo jamás conseguiría tal influencia.

La Unión Europea también ha tratado de aplicar esta lógica en la política exterior y de seguridad, prueba de esto es que sin la UE no habría Protocolo de Kyoto, ni Corte Penal Internacional.

La tercera cosa que la UE proporcionó a sus estados miembros puede parecer más abstracta, pero no es menos importante. Proporcionó un marco legal y de cooperación común entre sus miembros. La ley es necesaria en muchas áreas del mercado único, tales como regular la gestión de las fronteras, y proteger el medio ambiente. La cooperación es necesaria en áreas tales como la lucha contra el terrorismo y la política exterior y de seguridad. Para realizar esta función con un cierto sentido de emprendimiento común, la solidaridad mutua es necesaria.

El logro más importante de todo esto ha sido la paz. Esta era y es la causa fundamental de la UE, y el resultado es también un objetivo estratégico. La paz no es el estado natural de Europa. Recuérdense las dos guerras mundiales. Los más de sesenta años de paz desde 1945 han sido un período sin precedentes históricos. La Unión Europea, que ha creado intereses comunes y un marco legal y de negociación común, también ha ayudado a crear y mantener la más larga era de paz en nuestra historia.

El cuarto logro de la Unión Europea, es que haya logrado ampliar su comunidad de estado de derecho y democracia hacia el centro de Europa. La transformación de los países de la Europa centro-oriental en democracias estables y economías de mercado no ha tenido precedentes. Que esto ocurriera en el centro-este de Europa en parte es debido al apoyo de la UE a los procesos democráticos, y a la perspectiva de la adhesión que la UE ofrece.

IV. Los déficits. Las causas de la crisis

Las dificultades que enfrentan los defensores de una nueva Europa comienzan con la tensión entre los intereses nacionales y supranacionales. También implican la dificultad de lograr consenso sobre las cuestiones políticas y sociales, además de las económicas, entre una membresía en expansión, que se compone de muy diversas tradiciones de gobierno, capacidad económica, bienestar y problemas sociales. Si Gran Bretaña no quiere abandonar la libra ni regular su sistema financiero, tampoco un país pequeño quiere ser dominado (de nuevo) por sus vecinos más grandes. Otro obstáculo importante es el déficit de legitimación al que se enfrenta la UE. Este concepto, ampliamente debatido en los estudios de política internacional, y que por lo general es atribuido a Habermas (54), significa que existe una brecha entre la legitimación (o la percepción pública de la legitimidad), necesaria para que una institución prospere y la realidad actual. La legitimación puede venir de un buen desempeño de las instituciones comunitarias (un buen historial en la entrega de bienes o servicios), de los procedimientos democráticos (consentimiento de los gobernados a través de una representación adecuada), y del apoyo reconocido de los miembros (como cuando los ciudadanos votan en elecciones europeas). La Unión Europea sufre de problemas en las tres áreas. Este problema de legitimación está unido a otro déficit: un déficit de identidad. Un par de investigadores ingleses a pesar de su simpatía

(54) Cfr. Habermas (1976).

con el proyecto de la UE, han escrito: “la identidad y lealtad europeas son, en el mejor de los casos, embrionarias entre el electorado europeo. El mismo no posee un lenguaje común; la única cultura compartida desde hace mucho tiempo es la alta cultura, y no la popular (...)” (Bentham y Lord, 1988:29) (55).

Pueden puntualizarse otros enigmas respecto a la legitimación, la incertidumbre sobre quién realmente cuenta como europeo (¿Turquía?), la falta de una fuerte democracia participativa en el sistema, las preocupaciones ideológicas y materiales sobre si Europa será un estado de bienestar o una mera economía de libre mercado. Sin duda, todas estas son cuestiones ideológicas, es decir, cuestiones que deben decidirse a través de una lucha en torno a una definición de cómo la UE debería estar formada y teniendo en cuenta ambas interpretaciones (progresistas y conservadoras).

En los hechos las elecciones para el Parlamento europeo tienen el carácter de “segundo orden”, en el que la asistencia a la misma es baja, y los resultados están determinados por las respectivas posturas y agendas nacionales de los partidos en competencia, en lugar de las europeas.

Del optimismo inicial se ha pasado al desencanto.

Este cambio de actitud ha ido acompañado de una insatisfacción con la UE que efectivamente se implementara, con el argumento de que es demasiado lejana y burocrática, y muy difícil de identificar con los pueblos que gobierna.

Otra de las sospechas que recayeron sobre el proyecto europeo es que el mismo podía erosionar las soberanías de los estados miembros. En los hechos esto es así, porque es exactamente lo que la integración debe hacer, diluir la soberanía del Estado con el objetivo de dar mayor seguridad. Pero es sólo una dilución, no una eliminación.

La realidad sociológica es que la Europa comunitaria siempre ha sido una actividad de una élite y esto ha contribuido al desencanto, ya para la opinión pública “*Europa*” siempre tendió a ser vista como un pasatiempo de los estratos más altos de la clase política, mientras que el estado-nación ha mantenido su vigencia a nivel popular. A ese desprestigio se suma que las clases dirigentes de los estados miembros con frecuencia han utilizado la UE como el chivo expiatorio de alguna situación impopular. (56)

Las implicancias del Tratado de Lisboa de 2009 son que Europa avanza hacia más inter gubernamentalismo y a la vez, aunque parezca contradictorio, hacia una integración más funcional. No hay duda de que esto también contribuye a generar tensión, precisamente porque las dos posiciones se dirigen a direcciones opuestas. Inter gubernamentalismo implica pensar en un Estado que delega poderes y atribuciones, y en cualquier momento los puede recuperar, sujetando a un mandato directo a quienes integren los órganos comunitarios. Por el contrario la integración funcional tiende a pensar en la creación de entidades supra-estatales con poderes no sujetos a instrucciones de los gobiernos, y con un funcionariado que tiene en cuenta el interés comunitario y no el nacional.

Esta tensión y dispersión se refleja en la estructura institucional. En palabras de un académico especialista en la UE:

“Así tendremos: el Presidente del Consejo Europeo, la Presidencia del Consejo de rotación (57), el Alto Representante para la Política Exterior también vice-presidente de la Comisión (la cual cuenta con su presidente), junto, por supuesto, al presidente del Parlamento Europeo. En virtud de esta nueva disposición no queda claro quienes representarán a la UE. Tal vez esto es normal en el desarrollo

(55) La traducción es nuestra.

(56) Cfr. Schöpflin (2007).

(57) Se refiere al anteriormente denominado “Consejo de Ministros” en donde salvo en política exterior, en el resto de las áreas (agricultura, economía y energía) seguirá siendo presidido por rotación.

de una unión multi-centrada, pero sería agradable si tal multi-centrismo pudiera expresarse con mayor claridad.” (58).

Felipe González, en su carácter de presidente del Grupo de Reflexión sobre el futuro de Europa, fue terminante respecto al funcionamiento de la UE: “(...) *el proceso de toma de decisiones en la Unión Europea es diabólicamente ineficiente. Por lo tanto, no hay más remedio que emitir informes y dar opiniones como si fuéramos Naciones Unidas o un instituto de estudios estratégicos. Es la manera de refugiarse en esa falta de eficacia en el proceso de toma de decisiones.*” (59)

El costado regido por el inter gubernamentalismo tiene una consecuencia adicional: sigue manteniendo a los ciudadanos de la UE en una inactividad política, solo suspendida por las elecciones cada 5 años del Parlamento europeo, e impide que se conviertan en un demos con una conciencia política a nivel europeo. (60)

Y no es solo eso, en los hechos la integración de un órgano estratégico como es la Comisión (“*guardiana de los tratados*”, independiente de los gobiernos y encargada de velar por el interés comunitario) ha sido conformada pura y exclusivamente bajo el criterio de asignación inter-estatal. Así Carlos Yáñez luego de dar cuenta las designaciones efectuadas en la misma a partir del segundo semestre del 2009 escribió que:

“Se da la paradoja de que en este reparto impuesto por los grandes han influido poderosamente los pequeños. El pecado original en esta ocasión reside en que, en contra de lo previsto en los proyectos iniciales, el Tratado de Lisboa impone que cada país seguirá teniendo un comisario, “su” comisario, en Bruselas. Y eso es así por imposición de Irlanda. Asistimos, por tanto, a una Comisión con un exagerado número de carteras y con guardianes de los intereses de los Gobiernos en cada sillón. Todo lo contrario a lo previsto: un Ejecutivo reducido, ágil, con menos comisarios que países, capaz de tomar decisiones en beneficio de los ciudadanos por encima de los intereses de los Estados.” (61)

Tal vez producto de la percepción de estos déficits es que en diciembre del 2007, el Consejo Europeo encomendó a una docena de personalidades un diagnóstico sobre los desafíos de Europa. El llamado Grupo de Reflexión, presidido por Felipe González, dio a conocer sus conclusiones en mayo del 2010.

Las propuestas de ese informe son las siguientes:

A fin de acrecentar el sentimiento de pertenencia al proyecto europeo se propone el desarrollo de los derechos políticos. El informe insinúa que los Estados miembros deberían conceder derechos de voto en sus procesos electorales a los nacionales de otros estados miembros, después de un periodo de residencia y del cumplimiento de las obligaciones fiscales. Siguiendo esa concepción propone introducir listas transfronterizas en las elecciones del parlamento de la UE.

El informe admite que hasta ahora las elecciones europeas, que registran altos niveles de abstención, no han logrado captar el interés de la ciudadanía. Y manifiesta que “*los ciudadanos deben tener un conocimiento mayor de las políticas europeas y sobre todo poder identificarse con los políticos europeos*” (62). A tal fin, solicita que para las futuras elecciones “*los partidos políticos europeos deberían*

(58) Bunse y Kalypso (2007). La traducción es nuestra.

(59) Reportaje: Qué hacer con Europa. Felipe González: “La toma de decisiones en la UE es diabólicamente ineficaz”, en El País, Madrid, 22/11/09, Sección Sociedad. Disponible en: http://elpais.com/diario/2009/11/22/domingo/1258865553_850215.html [Consulta: 13/08/2012].

(60) Cfr. Schöpflin (2007). La traducción es nuestra.

(61) Yáñez, (2009).

(62) “El futuro de la Unión Europea. El Grupo de Reflexión presenta sus conclusiones. Felipe González llama a refundar Europa”, en: El País, Madrid, 8/05/10, Sección Internacional.

presentar verdaderos programas europeos y elegir a los candidatos para el puesto del presidente de la Comisión". (63)

Con el mismo propósito de reforzar la conciencia de pertenencia de los ciudadanos a la UE, se predica la necesidad de aumentar la "*publicidad y transparencia*" (64) del trabajo de las instituciones y de las decisiones políticas importantes, como fueron los nombramientos del presidente permanente del Consejo Europeo y de la Alta Representante. Concretamente se hace una convocatoria al uso "*sistemático de los recursos digitales (e-governance)*." (65)

También se sugiere "*reforzar los servicios de información proporcionados por las autoridades locales para aumentar la conciencia pública de los derechos y beneficios que comporta la ciudadanía europea*". (66) Igualmente, se propone "*un instrumento administrativo*" (67), como un documento o carné de identidad, que "*podría ser prueba de la ciudadanía europea y ser usado de manera voluntaria para acceder a los derechos de residencia, empleo y Seguridad Social*". (68)

En materia de nuevos miembros se sostiene la necesidad de permitir la entrada de Turquía a la UE.

La primera generación de fundadores de la Unión Europea, como Schuman, Adenauer y De Gasperi, no tenían problemas de hablar de un eventual *Estados Unidos de Europa*. Más recientemente Valéry Giscard D'Estaing, ex presidente francés y promotor de la frustrada Constitución Europea decía: "*Facilitemos el paso de una Europa de los Estados a una Europa de los ciudadanos*" (69). Sin embargo, en la actualidad la élite europea de hoy, ya sea debido a un "*sano realismo*", evita usar estos términos pues incluso considera a la palabra "*federalismo*" como ofensiva.

De hecho la lógica de la democracia es concordante con la integración funcional o supra-estatal, si se acepta que la UE exista como un campo de poder político autónomo, legitimado por la participación popular.

La reciente crisis financiera de Grecia y sus pedidos de salvataje económico dirigidos principalmente al gobierno alemán, motivaron la reflexión de un periodista de ese país. Él mismo, luego de constatar los sacrificios y buena disposición de Alemania para el proyecto europeo que la llevaron incluso a abandonar su moneda nacional, señala que:

"Así y todo, renunciamos al marco por un sueño: los "Estados Unidos de Europa". (...) Pero era nuestro sueño y el de nadie más. La mayoría de los gobiernos europeos quería seguir siendo naciones-Estado en lo político, esperando solidaridad en lo económico. Ahora los alemanes son acusados de egoísmo y nacionalismo, porque dudan a la hora de rescatar a otros países." (Buhrow, 2010) (70).

V. Conclusiones

Desde la pura razón formal podría sustentarse que a la UE le falta dar un paso más a los efectos de salir de la crisis, profundizando su vínculo ya sea a través del estado federal, o del cosmopolitismo, o de una vía mixta que en los hechos lleve a reducir drásticamente el peso de los gobiernos nacionales en las decisiones estratégicas de la misma. Ahora bien: la vida política de las sociedades no está exclusivamente en manos de la razón. Los sentimientos, prejuicios y mitos también son elementos decisivos de

(63) *Ibíd.*

(64) *Ibíd.*

(65) *Ibíd.*

(66) *Ibíd.*

(67) *Ibíd.*

(68) *Ibíd.*

(69) Citado en Yáñez (2009).

(70) Menos de una semana después se anunció un acuerdo para financiar a Grecia, en el que Alemania finalmente aceptó colaborar. El cual resultara insuficiente, teniendo que aportar nuevos fondos a Grecia.

la misma. Y en relación a estos últimos es necesario dar cuenta del que está impidiendo el progreso de la integración: “*el mito del estado*”, del cual escribiera in extenso el filósofo neokantiano Ernst Cassirer.

Según Cassirer el siglo XX revela en el campo político el poder del pensamiento mítico por sobre el pensamiento racional (Cassirer, 1946:2). (71). Todas las grandes culturas del pasado han estado dominadas por mitos (Cassirer, 1946:5) (72) Y aún en el siglo XIX, en pleno desarrollo de la civilización occidental, el romanticismo también adoptó una visión mítica (Cassirer, 1946:5). (73)

Estos mitos constituyen poderosas sugerencias de la que a los hombres le cuesta liberarse pues entienden que el orden mismo del universo depende de ellas: “*Los mitos políticos actúan de la misma forma en que una serpiente intenta paralizar a su víctimas antes de atacarlas. El hombre cae víctima de ellos sin ofrecer ningún intento serio de resistencia*” (Cassirer, 1946:286). (74)

En el desarrollo de la historia occidental (bajo el dominio de otro mito “*el progreso*”) la paz de Westfalia implicó el abandono del viejo orden medieval (Imperio como estructura política y religión como elemento esencial de un orden político universal) y la apertura hacia lo que en ese momento fue visto como un factor de avance: el pleno reconocimiento de la soberanía de los estados nacionales, con un territorio acotado y reconocido, y con el compromiso de tolerancia hacia las minorías religiosas que estuvieran dentro de sus límites. Podría decirse que en virtud de la influencia de cierto humanismo los hombres dejaron de matar por la religión y el Imperio, y en todo caso debían matar y morir por una patria con un poder institucionalizado bajo la forma del estado moderno (soberano).

Ahora bien: este mito del Estado soberano, una construcción racional con propósitos utilitarios ha sido deificado no solo por una “razón” ilustrada sustentada por intelectuales de diversos campos ideológicos, sino también por la opinión pública en general. Harto difícil es hacerles entender no solo a la clase dirigente sino a la ciudadanía en general que eso que concibe como país soberano podría ser en el futuro la provincia de un estado federal, sin que aparezca una respuesta similar a la del Presidente francés Chirac: “*Francia jamás aceptará ser la Arkansas de la UE*”. Posición esta que mantuvo aún cuando algunos interlocutores le manifestaran que más que Arkansas podía ser la California de un nuevo estado federal europeo.

Este nuevo ídolo se presenta como la última forma política de una civilización, y a una sustancial mayoría se le hace inaceptable pensar en otro orden de cosas.

Resumiendo: el Estado-Nación de ser un mito con connotaciones progresistas (o progresivas) en el desarrollo histórico de Occidente, se ha convertido en un factor de anclaje político- ideológico de tipo conservador.

Quienes quieran ver avanzar los esquemas de integración se encuentran frente a un desafío intelectual similar al de los pensadores del Renacimiento o la Ilustración respecto a las concepciones tradicionalistas: la denuncia radical de un viejo orden político e ideológico deificado no solo por las aristocracias sino también por las masas, y la presentación de nuevas formas políticas y jurídicas posnacionales que favorezcan el desarrollo, la libertad y la justicia. En tanto y en cuanto no se tome el guante para afrontar estos desafíos, las “cumbres” de jefes de estados, o aún las reuniones plenarias de los órganos comunitarios, solo arrojarán mediocres e insuficientes soluciones de compromiso, entre un orden que lejos está de morir o jubilarse (la primacía fáctica de lo estadual - nacional) y otro que no acaba de consolidarse (lo comunitario).

En “*este tiempo sin emperadores*” (Kantorowicz dixit) es una tarea a realizar por la intelectualidad y los sectores de la clase política que estén dispuestos a ver un poco más allá de sus narices.

Ahí está el desafío.

(71) La traducción es nuestra.

(72) La traducción es nuestra.

(73) La traducción es nuestra.

(74) La traducción es nuestra.

VI. Bibliografía

BECK, Ulrich. "Understanding the Real Europe: A Cosmopolitan Vision," EN: *The SAGE Handbook of European Studies*. 2009. Disponible en: http://www.sage-ereference.com/hdbk_eurostudies/Article_n33.html [Consulta: 9 de marzo 2012]

BENTHAM, David y LORD Christopher. *Legitimacy and the European Union*. Londres: Longman, 1988.

BORNEMAN, John y FOWLER, Nick. "Europeanization," EN: *Annual Review of Anthropology*, 1997-26, 487-514.

BOURDIEU, Pierre. "Dotar de sentido social a la U.E.," EN: *Le Monde diplomatique en español*, Junio de 1999 4 (44), 1, 12-13.

BUHROW, Tom. "Hemos esperado demasiado tiempo a Europa," EN: *La Nación*, Buenos Aires, 29 de abril de 2010, Sección Opinión.

BULL, Hedley. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. 3rd ed. New York: Columbia University Press, 2002.

BUNSE, Simone y KALYPSO, Nicolaidis. *The European Union presidency: a practical compromise*. 10 de octubre de 2007. Disponible en: http://www.opendemocracy.net/article/democracy_power/future_of_europe/eu_presidency [Consulta: 9 de marzo de 2012].

CASSIRER, Ernst. *The Myth of the State*. New Haven: Yale University Press, 1946.

ERIKSEN, Thomas. *Ethnicity and Nationalism. Anthropological Perspectives*. Londres: Pluto 1993.

GAL, Susan. "Bartok's funeral: representations of Europe in Hungarian political rhetoric," EN: *American Ethnology*, 1991 18 (3), 440-458.

GARTON-ASH, Timothy. "Germany's choice," EN: *Foreign Affairs*, New York, Council on Foreign Relations, 1994 73 (4), 65-81

— "Europe's Endangered Liberal Order," EN: *Foreign Affairs*, New York, Council on Foreign Relations, 1998 77 (2), 51-65

HABERMAS, Jurgen. So, Why does Europe need a Constitution? Disponible en: http://www.uned.es/dcpa/old_doctorado_20042005/cursos/subprograma_ue_2005/lecturas_closa/52closa_Habermas%202001.pdf [Consulta: 9 de marzo de 2012].

— *Legitimation Crisis*. Traducido por Thomas McCarthy. Londres: Heinemann, 1976.

— *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*. C. Cronin & P. de Grieff (eds.). Cambridge: Polity Press, 1998.

— "The European Nation-State and the Pressures of Globalization," EN: *New Left Review*, May-June 1999-235, 46-59.

— *The Postnational Constellation: Political Essays*. M. Pensky (ed.). Cambridge: Polity Press, 2001.

HAYDEN, Robert. "Imagined communities and real victims: self-determination and ethnic cleansing in Yugoslavia," EN: *American Ethnology*, 1996 23 (4), 783-801.

JOHNSON, Richard. "Towards a cultural theory of the nation. A British-Dutch dialogue," EN: Anemieke Galema, Barbara Henkes y H. te Velde (eds.). *Images of the Nation. Different Meanings of Dutchness, 1870-1940*. Amsterdam: Rodopi, 1993, 159-217.

JUDT, Tony. "The Social Question Redivivus," EN: *Foreign Affairs*, New York, Council on Foreign Relations, 1997 76 (5), 95-117.

KANTOROWICZ, Ernst. *Kaiser Friedrich der Zweite*. Berlin: G. Bondi, 1927.

— *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1957.

KEOHANE, Robert. "Ironies of sovereignty: the European Union and the United States" *Journal of Common Market Studies*. 2002 40 (4), 743-765.

KRASNER, Stephen. *Sovereignty: Organized Hypocrisy*. Princeton, NJ: University Press, 1999.

LAFFAN, Brigid. "The European Union: a distinctive model of internationalization", EN: *Journal of European Public Policy*, 1998 5 (2), 235-253.

LEWIS, Jeffrey. "National Interests", EN: *The SAGE Handbook of European Studies*. 2009. Disponible en: http://www.sage-ereference.com/hdbk_eurostudies/Article_n7.html [Consulta: 9 de marzo 2012]

MC. CORMICK, John. "Habermas, Supranational Democracy and the European Constitution", EN: *European Constitutional Law Review*, 2006-2, 398-423

PHILPOTT, Daniel. "Usurping the sovereignty of sovereignty?", EN: *World Politics*, Cambridge, 2001 53 2), 297-324.

QUIGLEY, Carroll. *Tragedy and hope: A history of the world in our time*. New York: Macmillan, 1966.

RUEHL, Martin A. "In this time without Emperors': The Politics of Ernst Kantorowicz's *Kaiser Friedrich der Zweite* Reconsidered", EN: *Journal of the Warburg and Courtauld Institutes*, 2000-63, 187-242.

SCHARPF, Fritz. *Governing in Europe: Effective and Democratic?* Oxford: University Press, 1999.

SCHÖPFLIN, George. *European Union: after the reform treaty*. 10 de julio del 2007. Disponible en: http://www.opendemocracy.net/democracy_power/future_europe/after_reform. [Consulta: 9 de marzo de 2012].

SPRUYT, Hendrik. "Institutional Selection in International Relations: State Anarchy as Order", EN: *International Organization*, Autumn 1994-48, 527-557.

TILLY, Charles. *European Revolutions, 1492-1992*. Oxford: Blackwell, 1993.

WEILER, J. H. H (Joseph). *The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes Have an Emperor?' and other seáis*. Cambridge: University Press, 1999.

WEILER, Joseph. "The transformation of Europe", EN: *Yale Law Journal*, 1991 100 (2), 2403-2483.

YÁRNOZ, Carlos. "Ganan los países, pierde Europa", EN: *El País*, Madrid, 27/11/2009, Sección Opinión.

ZOLBERG, Aristide. "The formation of new states as a refugee-generating process", EN: *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1983-467, 24-38.

Nuevos principios procesales y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (influencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos)

POR ROBERTO O. BERIZONCE (*)

Sumario: I. Los principios procesales y sus fuentes normativas. — II. La distinción entre principios y reglas. Virtualidad de la apertura “principlológica”. — III. El fenómeno de la “constitucionalización” de las garantías y la incidencia de las convenciones humanitarias en los países iberoamericanos. — IV. Las tradiciones jurídicas y las grandes líneas tendenciales de la reforma del proceso civil en la región. — V. Principios fundantes y características típicas de los ordenamientos procesales iberoamericanos. — VI. Tradiciones nacionales específicas y su incidencia en los principios procesales. — VII. Reformas estructurales más recientes. — VIII. Misión y papel de la jurisprudencia como receptora de los principios de las convenciones humanitarias. — IX. Algunas consideraciones conclusivas. — X. Abreviaturas. — XI. Bibliografía.

Resumen

A partir del estudio comparativo de los ordenamientos procesales civiles iberoamericanos y sus transformaciones en curso, se analiza la incidencia de los principios fundamentales de la jurisdicción y del proceso en las tradiciones jurídicas del civil law que nutren los distintos ordenamientos, al igual que las tentativas de armonización y sus desafíos. Se resalta un creciente fenómeno de armonización consecuencia de la globalización jurídica e impulsado principalmente por el protagonismo activista de los tribunales, que asienta en la “constitucionalización” de los nuevos derechos y garantías y la operatividad de las convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Palabras clave: Tradiciones jurídicas iberoamericanas - Armonización ordenamientos procesales - Principios procesales fundamentales - “Constitucionalización” de los derechos. Activismo judicial.

Abstract

From the comparative study of Latin American civil procedural rules and its transformations in course, this article analyzes the incidence of the fundamental principles of the jurisdiction and the process in the juridical traditions of the civil law that nourish the different systems as well as the attempts of harmonization and its challenges. It highlights a growing phenomenon of harmonization because of the juridical globalization mainly driven by the activist role of the courts which sits on the constitutionalization of the new rights and guarantees and the operational of the international conventions on human rights.

Key words: Iberoamerican juridical traditions - Procedural systems harmonization - Fundamental legal principles - Constitutionalization of the rights - Judicial activism

I. Los principios procesales y sus fuentes normativas

El estudio de los distintos ordenamientos jurídicos procesales se ilumina, en una primera aproximación, a partir del análisis de las grandes directivas u orientaciones en que estructuralmente se

(*) Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

sustentan. Tal la misión decisiva que les corresponde a los *principios procesales*. Precisamente como líneas maestras que son, generalmente en mayor o menor amplitud, están consagrados expresa o implícitamente en las cartas constitucionales, siguiendo una tradición que asienta en el modelo liberal individualista de las postrimerías del siglo XVIII y que se perfeccionara a partir de las constituciones de la última posguerra europea. De ahí descienden a las leyes procesales y nutren e inspiran a la jurisprudencia constitucional. Hay, todavía, otra fuente jurígena cuanto menos de jerarquía equivalente, cual es la que proviene de las convenciones y tratados que conforman el genéricamente denominado derecho internacional de los derechos humanos, con decisiva influencia en la configuración de aquellos principios del proceso.

Es ese conglomerado armonizado de las grandes coordenadas que provienen de la Constitución, de las convenciones internacionales, la ley procesal y la interpretación judicial, la materia o “insumo” crítico que -inescindiblemente unido a la experiencia práctica, el derecho “vivo” que ilumina la visión sociológica-, posibilita el examen comparativo de las distintas instituciones, procedimientos y técnicas que integran los ordenamientos formales.

Será bajo esas premisas que hemos de analizar aquí, primero, la distinción teórica entre principios y reglas, y a continuación, el fenómeno de la “*constitucionalización*” o “*convencionalización*” de las *garantías*, como fuente nutriente de aquellos principios. Al cabo se intentará una aproximación en clave comparatística a las tradiciones jurídicas que sustentan y, al mismo tiempo, condicionan el proceso civil en los países de Iberoamérica.

En una segunda parte, hemos de tematizar las características típicas –es decir, los grandes principios y reglas- de los ordenamientos procesales de la región, incluyendo específicamente ciertas instituciones arraigadas en tradiciones nacionales. El cuadro se ha de completar, en este cuadrante, con el análisis de las reformas estructurales más recientes y, conectado con ello, la virtualidad actual de la clásica distinción entre *common law* y *civil law*. Por último, se destacará el papel y misión de la jurisprudencia en la aplicación de las convenciones y tratados sobre derecho humanitario, donde afloran precisamente los valores y principios fundamentales que gobiernan los ordenamientos jurídicos.

II. La distinción entre principios y reglas. Virtualidad de la apertura “*principiológica*”

No es el objeto de estas líneas adentrarse en el análisis de las tan complejas cuestiones, largamente debatidas dentro de la teoría general del derecho donde han estado instalados cuanto menos en las últimas seis décadas, ni siquiera intentar una aproximación pormenorizada a las numerosísimas posturas, criterios y doctrinas que se han alineado en esos debates. Basta señalar las dificultades semánticas que se derivan de la ambigüedad e imprecisión de la expresión “principios”, sus diversos sentidos (Dworkin, 1999:72,190; Carrió 1994:2009-10; Arruda Alvim Wambier, 2008:68-78), su relación con los valores e incluso su asimilación (Alexy, 1998:145), o con las denominadas “directrices políticas” (Dworkin, 1999:190). Lo que está claro, nos parece, es que los principios son “normas fundantes”, criterios o reglas genéricamente formuladas, que están en la base de los ordenamientos jurídicos positivos; verdaderas reglas “inspiradoras” de una estructura, que le imprimen cierta dosis de cohesión y tendencia a la armonía, entre otras de sus funciones (Arruda Alvim Wambier, 2008:68-69). Mientras los principios son constitutivos del orden jurídico, en cambio las reglas, aún cuando puedan estar insertas en los textos fundamentales, son puramente instrumentales, se agotan en sí mismas y no tienen ninguna fuerza más allá de lo que ellas significan; a los principios se les presta adhesión, a las reglas se las obedece (Zagrebelsky, 2005:110).

Al margen de tan arduas disquisiciones, en una síntesis apretada y por ello no exenta de arbitrariedad, parece claro que el reconocimiento de los principios jurídicos ha tenido profunda incidencia sobre la concepción clásica de las fuentes del derecho y, correlativamente, sobre la misión de los jueces. Los principios son esencialmente pautas o criterios de interpretación, orientaciones generales, guías o fórmulas que permiten elaborar una lectura armónica al conjunto de reglas contenidas en un determinado ordenamiento, y que se sustentan en exigencias básicas de justicia y moral apoyadas en la que puede ser considerada la “conciencia jurídica popular” (Oteiza, 2011:10-11). La apertura “prin-

ciplológica” provoca, de algún modo, la ruptura con el modelo subsuntivo derivado de un derecho basado en simples reglas; y, en ese contexto, el juez pasa a ser observado como quien identifica los consensos básicos de la sociedad, el *ethos* jurídico dominante, para erigirlos en sustento de sus decisiones. De ahí que el nuevo paradigma del Estado Democrático de Derecho presupone la superación del derecho como sistema de reglas, incorporando democráticamente a los principios en el discurso constitucional; y, con ello, la posibilidad, por conducto de los principios, de conectar la política con el derecho (Streck, 2009:48; Arruda Alvim Wambier, 2008:32-57; Guzmán, 2011:6-7). A salvo, claro está, de todas las reservas y condicionamientos que provienen de las teorías del discurso, la argumentación para el apoyo de las decisiones y los límites de la razonabilidad que igualmente integran las garantías fundamentales. Lo cual conduce también a la cuestión no menos difícil del conflicto, interferencia o choque entre principios y valores, el “peso relativo” de cada uno (Dworkin, 1984:77), que lleva a la aplicación de la “ley de ponderación” (Alexy, 2008:349).

III. El fenómeno de la “constitucionalización” de las garantías y la incidencia de las convenciones humanitarias en los países iberoamericanos

Si los principios que informan el proceso han de ser leídos, entonces, en clave constitucional, hemos de subrayar que a partir de las dos últimas décadas del siglo XX la mayoría de los países latinoamericanos, aunque tardíamente, ingresa en lo que se ha considerado la “fase madura” de uno de los fenómenos más importantes que ha sellado la evolución de la justicia en general, la “constitucionalización de las garantías” o, si se prefiere, la “procesalización del derecho constitucional” (Bejarano Guzmán, 2008:173). No ha sido casual que como consecuencia del creciente proceso de democratización y retorno a la institucionalidad democrática que en la región opera por ese entonces, se hayan dictado las nuevas o reformadas Constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), México (1994 y ulteriores) y Venezuela (1999). Paralelamente, se tornan operativos los pactos y convenciones americanas sobre derechos humanos, particularmente la CADH de 1969, a los que en general se adjudica jerarquía constitucional en los propios Estados, sea de modo expreso (Colombia, art. 93 CP; Brasil, art. 5º § 3 incorporado por EC 45/04; Argentina, art. 75 inc. 23, CN; Venezuela, art. 23; Paraguay art. 141), o tácito.

La CADH, siguiendo el modelo de la CEDH, consagra un “núcleo duro” o “esencial” de *principios* para gobernar la administración de justicia civil, que vincula y obliga a todos los Estados miembros, y que resultan atingentes a la *condición del juez*, como imparcial e independiente; a las *partes*, a quienes se les ha de asegurar un acceso irrestricto a la jurisdicción y el derecho de defensa; y al *procedimiento*, el “*fair trial*” o debido proceso que ha de ser simple, claro y rápido, para ser oído “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, lo que conlleva el dictado de un pronunciamiento debidamente fundado y justo. Se trata de las “garantías judiciales” que se derivan del art. 8º y que se integran con el derecho a “un recurso sencillo y rápido” o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces que brinde amparo contra actos que violen los derechos fundamentales (art. 25). Las propias Constituciones, además, reconocen como garantía fundamental el derecho a la *tutela judicial efectiva*, bajo distintos enunciados (“eficaz prestación de los servicios de justicia” –CN arg., art. 114, tercer párrafo, inc. 6 *in fine*; “derecho a la tutela jurisdiccional”, Const. Perú, art. 139 inc. 3; art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, C.Br) (Oteiza, 2009).

Claro que semejante fenómeno plural de la constitucionalización y la recepción de las garantías judiciales en los pactos, ha venido a influir no solo en las legislaciones y la jurisprudencia sino, aún, aunque todavía tenuemente, sobre las propias tradiciones jurídicas. De ahí la utilidad de un remozado análisis de éstas a la luz de las grandes tendencias que nutren las reformas procesales.

IV. Las tradiciones jurídicas y las grandes líneas tendenciales de la reforma del proceso civil en la región

1. En la primera década del nuevo milenio el derecho procesal iberoamericano se encuentra inmerso en un proceso, en general, de profundas transformaciones que avanza en diversos frentes y a distintas “velocidades” en cada uno de los sistemas nacionales. Tratando de superar sus tradicionales

disfuncionalidades, se encamina a recoger y acompañar, de uno u otro modo, las grandes tendencias que se vislumbran en el derecho comparado: 1) el afianzamiento de la concepción de la justicia civil como manifestación de una de las *funciones públicas* esenciales del Estado democrático de derecho, o Estado “de justicia”, con sus correlatos del aseguramiento de las *garantías fundamentales del proceso* y su *efectividad* en concreto (la “edad” de las garantías), en consonancia con su “constitucionalización” y consagración en los pactos y convenciones internacionales a los que adhirieran los países de la región. 2) Como consecuencia de ello, la emergencia de novedosas *tutelas procesales diferenciadas*, que introducen jurisdicciones y técnicas procesales especiales para brindar protección a sujetos y situaciones particularmente “sensibles”, que las propias Constituciones o los pactos enuncian con particular énfasis en el catálogo de los derechos fundamentales –derecho a la vida, a la dignidad, a la salud, a la educación y, en general, derechos económicos, sociales y culturales–, incluyendo los derechos de incidencia colectiva –tutela del ambiente, de consumidores y usuarios, de la institucionalidad democrática en general–; situaciones particulares de niños, mujeres, ancianos, personas con discapacidad; 3) la *armonización transnacional* de la justicia civil, primeramente en la región en torno de los Códigos Modelo Iberoamericanos, de Proceso Civil y de Procesos Colectivos, y sobremanera a partir de una vigorosa tendencia que comienza a vislumbrarse en varios países, aunque con diversa intensidad, y que sustentándose promiscuamente provienen de los principios y valores de las Constituciones y de los tratados y convenciones sobre derechos humanos –especialmente la CADH–, a través de una interpretación judicial creativa y progresista, comienza a perfilar diversas líneas maestras, coincidentes, propias de una novedosa justicia de “acompañamiento” para la tutela efectiva de los derechos fundamentales. 4) El tránsito hacia la consolidación de los *métodos alternativos de solución de conflictos* y la superación de las contradicciones que plantean frente a la concepción publicística del proceso. 5) la emergencia, cada vez más notoria, de *nuevas misiones de los jueces*, como activistas gestores, ejecutores y garantes de la efectividad de las garantías fundamentales y, como consecuencia, el papel de la jurisprudencia como *fuerza del derecho*. De todo lo cual ha derivado una inédita tendencia hacia la construcción de un “constitucionalismo global” para la tutela de los derechos fundamentales.

2. Semejantes transformaciones se insertan, conviene subrayarlo, en sistemas de enjuiciamiento que se asientan en comunes y antiguas tradiciones jurídicas que aún perviven, no obstante los singulares avances que han venido operando especialmente durante el último medio siglo.

Las distintas legislaciones de los países del subcontinente sudamericano nacieron y se desarrollaron en la tradición del *civil law* continental europeo, cuyas variables estructurales fundamentales aún perduran en aquellas: a) la *naturaleza del órgano jurisdiccional*, confiado a jueces profesionales dotados de específica competencia técnica jurídica, que solo excepcionalmente cuentan con gabinetes técnicos multidisciplinarios de apoyo (tribunales de familia o de menores, etc.); lo cual ha condicionado la propia evolución de los ordenamientos procesales, que en general han pasado tíbiamente del originario esquema escriturario hacia un sistema mixto de escritura y oralidad; b) la *independencia jurisdiccional*, que está condicionada principalmente por el *método de selección* burocrática de los jueces, su ingreso y permanencia dentro de una carrera jerárquica progresiva hasta su jubilación, idealmente al margen de las influencias políticas a partir de confiar el “gobierno” del Poder Judicial a un órgano independiente conformado por los distintos estamentos involucrados (Consejos Generales o Superiores de la Magistratura); c) la *formación jurídica de jueces y abogados*, a través de las Escuelas o Facultades de Derecho universitarias, mediante estudios predominantemente teóricos y abstractos, en base a clases “magistrales” con escaso entrenamiento práctico para la resolución de los casos concretos. Situación atenuada, solo en parte, por la organización del “tirocinio profesional” para los abogados y la creación de Escuelas de la Magistratura; d) la *misión de los jueces*, influida por lo anterior y especialmente por desenvolverse por sujeción al esquema “piramidal” jerárquico y al principio de legalidad, que acota fuertemente el poder de creación del derecho a través de la interpretación pretoriana; e) el *funcionamiento del proceso civil* deviene acorde con la naturaleza del órgano y la misión asignada a los jueces. Sin embargo, resulta notoria una tendencia, que en paralelo con los más recientes avances operados en los modelos continental-europeos, se encamina a superar la tradicional concepción “privatista” del proceso, sustituyéndola por una visión “publicista”, en la que el juez pasa a instalarse en el epicentro mismo del proceso, como actor principal para gestionar su

desarrollo ordenado, y aún, con poderes instructorios suficientes para esclarecer la verdad de los hechos en disputa y, de ese modo, asegurar el resultado justo y útil de la jurisdicción. Y como proyección se vislumbra un creciente “activismo” judicial sustantivo y procesal, que se convierte en el eje central que alienta una incipiente y rica creación pretoriana, especialmente encaminada al aseguramiento de los derechos fundamentales.

3. Ahora bien, en la mayor parte de los ordenamientos del subcontinente americano viene operando el fenómeno, que de algún modo puede considerarse universal, de una fuerte fragmentación del modelo procesal del *civil law*, de predominante raíz franco-italiana, al que se adscribieran, al menos parcialmente, a partir de la segunda mitad del siglo anterior. Al presente se exhiben diversas experiencias de reformas, todavía *in itinere*, que pretenden adaptar y articular instituciones, técnicas y procedimientos originarios del sistema del *common law*, sea en la vertiente del derecho inglés o ya la del norteamericano, que vienen de tal modo a infiltrar el modelo tradicional. O bien, otras típicas del derecho continental europeo.

3.a. Así ocurre en el propio plano constitucional, al receptarse instituciones como el Tribunal Constitucional (Colombia, Perú, Chile, entre otros), o el Consejo de la Magistratura (Argentina, Brasil). En el ámbito legislativo, el ordenamiento brasileño constituye un ejemplo paradigmático del fenómeno de la “permeabilidad”, que permite la inserción de elementos “extraños” y su adaptación, para ser reconvertidos útilmente en el propio sistema nacional. Así, entre otras, se modelaron como instituciones propias, bajo inspiración principalmente en el derecho norteamericano, los *Juizados Especiais de Pequenas Causas* (ley federal 7244, de 1984), siguiendo el modelo de las *small claim courts*. También, en la creación de un microsistema de procesos colectivos, el ordenamiento brasileño, que ha sido pionero en la región, adoptó técnicas básicas de la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericanas de 1966, que fueran la matriz de la ley 7347 de 1985 y, ulteriormente, del Código de Defensa del Consumidor de 1990, si bien se incorporaron conforme a una visión enriquecedora que le ha conferido identidad propia; v. gr., en punto al requisito de la representación adecuada fijado mediante criterios objetivos, los efectos expansivos de la cosa juzgada, y el régimen especial de la conexidad y de la continencia entre acciones colectivas, entre otros. La técnica de la *injunctions* norteamericana, además de los clásicos *writs* anglosajones, influenciaron directamente en el régimen genérico de cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer (art. 461, CPC) y que más adelante se extendió a las obligaciones de entrega de cosa cierta (art. 461-A). Surgieron de ese modo las sentencias condenatorias mandamentales, influidas también por la acción inhibitoria italiana y el régimen francés de las astreintes, lo que denota la originalidad de la solución brasileña. No menos significativo, el *contempt of Court* anglosajón inspiró la reforma del art. 14 CPC Br. (2001), si bien la regulación exhibe contornos propios diferenciadores (Pellegrini Grinover, 2007:651-664). Sin embargo, el proceso brasileño ha permanecido hostil e “impermeable” al sistema de oralidad en el proceso por audiencias.

3.b. En cambio, otras instituciones se modelaron bajo influencia de técnicas y procedimientos desarrollados dentro de la propia familia del *civil law* continental europeo. Tal el caso de la tutela anticipatoria y satisfactiva (en Brasil, ley 8952, de 1994 y complementarias y con anterioridad en Uruguay, como medidas “provisionales y anticipadas” CGP, art. 317), estructuradas en base al *référé* francés y la doctrina italiana. O la acción monitoria documental –regulada no solo en Brasil, sino además y aún con anterioridad, en Uruguay-, como adaptación del derecho italiano.

3.c. En este punto, conviene reparar en otro fenómeno singular: algunas de las instituciones y técnicas procesales “modeladas” en el derecho procesal nacional, están “migrando” hacia otros ordenamientos de la región, donde se las recibe por implante parcial en las legislaciones; por caso, el régimen de los *Juizados Especiais de Pequenas Causas*, o las tutelas anticipatorias y satisfactivas brasileñas. O bien por vía de la creación jurisprudencial –las referidas tutelas en Argentina y otros países-. Y lo propio cabe decir de la “migración” de las instituciones del CGP Uruguayo, en tanto réplica del CMPCI.

4. En definitiva, con variantes y singularidades en los diversos ordenamientos de la región, parece claro que se constata en la mayoría de ellos un notorio retroceso en la distinción clásica entre *com-*

mon law y *civil law*, que se manifiesta en un número creciente de instituciones (1); si bien siguen prevaleciendo en lo sustancial, en todos ellos, sin excepción, las estructuras fundamentales de la tradición del *civil law* continental europeo.

5. Por otro lado, se denotan ingentes esfuerzos de “modelización” del proceso civil, fenómeno singular oriundo precisamente en nuestra región, por impulso como es sabido del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en cuyo seno alumbraron, primeramente el Código Modelo Procesal Civil y Comercial (CMPCI), en 1988, y después Código Modelo de Procesos Colectivos (CMPCol.I), en 2006. Se resalta en ellos el propósito compartido de transformar los vetustos ordenamientos vigentes y sustituirlos por nuevos paradigmas que permitan superar el estado general de insatisfacción de la justicia.

Interesa memorar, por su directa relación con el propósito de nuestro análisis, que la exposición de motivos del primero, se explaya sobre los *principios rectores*, dedicando atención a la oralidad y proceso por audiencias; organización de la magistratura; poderes, deberes y responsabilidades del juez y de las partes. Entre las principales instituciones transformadoras que recoge el código se destacan aquellas propias de la creciente publicización del proceso civil y el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción; la adopción del proceso por audiencias orales; la regulación de una audiencia preliminar, con finalidades múltiples (arts. 301, 302); el reconocimiento al juez de verdaderos poderes-deberes de observancia inexcusable (arts. 33 a 35) para la dirección e instrucción de las causas, potestades que se acentúan en los denominados procesos sociales (art. 310); doble instancia con un juez monocrático; la organización independiente del ministerio público (art. 36 a 42); la regulación de la tutela de los intereses colectivos o difusos (art. 53, 194); la prevención de los procesos fraudulentos o colusorios (art. 64); la protección cautelar genérica (art. 280); la instauración de procesos de estructura monitoria (art. 311 a 316); la admisión de medidas conminatorias para asegurar el cumplimiento de las decisiones; la consagración, en fin, de principios y directivas generales para guiar la interpretación finalista de los preceptos procesales (art. 1 a 3). Se trataba, en definitiva, de las grandes líneas tendenciales que por entonces se avizoraban en el derecho procesal iberoamericano (Vescovi, 1997a:110).

Una ilustrada doctrina procesal (Barbosa Moreira, 2001:191 y ss.) ha explicado con detenimiento los principios fundantes, la génesis del CMPCI y su proyección posterior, principalmente a partir de su íntegra recepción en el CGP Uruguayo de 1989 (Vescovi, 1992) y parcialmente en el CPC Peruano de 1993 (Monroy Gálvez, 2004: 81-89; 153-165; 289-314; 315-349; 351-355; 357-377; 433-447; id., 2009: 125; Simons Pino, 2008: 19 y ss.).

El debate a nivel doctrinario del CMPCI de 1988 se mantiene vivo en la actualidad con el objetivo de proceder a su actualización, al cabo de las diversas circunstancias que han sobrevenido en la región, especialmente la constitucionalización en varios países de nuevos derechos y garantías, la evolución de los sistemas de gestión, la irrupción de los medios alternativos, entre otras. Los necesarios ajustes de diseño del modelo e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos, comprende la regulación del régimen específico de las tutelas procesales diferenciadas; la instrucción preliminar (procedimientos de *pre-action*); los poderes de dirección e instrucción de las causas; flexibilización del sistema de preclusiones rígidas; las medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia; los tipos procesales sumarios, de cognición plena y trámite simplificado; el régimen de los procesos repetitivos; el cumplimiento y ejecución de la sentencia, entre otros (Berizonce, 2010c: 1306-1324). El actual debate quedó inaugurado en las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Santiago de Chile, 2010) (2).

(1) Como sostiene Taruffo (2006:65), las diferencias y contrastes se han venido diluyendo, entre otras razones, porque el legislador asume orientaciones de reforma más pragmáticas y menos inclinadas ideológicamente.

(2) Ilustran ampliamente sobre dicho debate las ponencias y comunicaciones recogidas en Derecho Procesal contemporáneo, coord. por R. Tavolari Oliveros, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2010.

V. Principios fundantes y características típicas de los ordenamientos procesales iberoamericanos

Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas, las legislaciones procesales de los países del subcontinente americano pueden encasillarse, en general, entre aquellas que provienen del *civil law* continental europeo, si bien han sufrido “infiltraciones” diversas por la recepción de ciertas y determinadas instituciones que son originarias de la tradición del *common law* inglés y norteamericano.

Los *principios esenciales* y notas típicas que tipifican los ordenamientos de la región son las siguientes:

Para el análisis que sigue nos hemos valido de diversas comunicaciones elaboradas con destino al XIV World Congress on Procedural Justice, Heidelberg, 25-30 de julio de 2011, publicadas bajo el título South America’s Reports to the XIV IAPL World Congress en Civil Procedure Review, v. 2, Special Edition: 3-62, June 2011, www.civilprocedurereview.com. En el texto y las notas las mencionamos con el nombre de sus autores y la data 2011.

1. Principio dispositivo atenuado

En todos los códigos se confía a las partes tanto el estímulo de la función judicial, a través del planteamiento de la acción, como la aportación de los hechos sobre los cuales ha de recaer la decisión del juez. La vigencia del principio se manifiesta en la iniciativa del proceso civil (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*), y la disponibilidad por las partes del derecho material, a través del desistimiento de la acción o del derecho, el allanamiento del demandado, la transacción o conciliación (salvo en los procesos en que existe un interés general comprometido). En cambio, corresponde al juez la dirección del proceso, que incluye el impulso material oficioso, sin perjuicio de la carga de las partes de hacer lo propio.

Las partes son las que mediante sus postulaciones, proceden a aportar los hechos y determinan el *thema decidendum*, debiendo el juez limitarse a decidir en los términos de dichas alegaciones (principio de congruencia), sin perjuicio de la aplicación del derecho que correspondiere (*iuria novit curia*). Al juez se le reconoce, en la mayoría de los ordenamientos, potestades más o menos amplias para completar o integrar, *ex officio*, el material probatorio aportado por las partes. Así, el CPCN Arg. le impone como deber ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (art. 36, inc. 2°); puede, asimismo, disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimientos de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa (art. 452). Estos preceptos y otros complementarios contribuyen a atenuar considerablemente el principio dispositivo y le adjudican al juez un rol relevante como director y gestor del proceso. Lo propio ocurre en el CPC Br. (3), CPC Col. (4), CPC Ven. (5), CGP

(3) Pellegrini Grinover A., Watanabe K., informe 2011, quienes afirman que el sistema brasileño puede ser considerado un sistema mixto de civil law y common law. El principio dispositivo es observado para el enjuiciamiento de la demanda, pero el proceso se desenvuelve por impulso oficial, con poderes instructorios conferidos al juez. Civil Procedure Review, v. 2, Special Edition, June 2011, pp. 63-97.

(4) Bejarano Guzmán R., Toscano F., Valenzuela C., informe 2011, señalan que las características más relevantes del sistema procesal colombiano se encuentran en el “Título Preliminar” del CPC: i) gratuidad; ii) sistema mixto de procedimiento, en el cual tienen cabida el dispositivo y el inquisitivo; iii) la prevalencia del derecho sustancial, que comporta la garantía del debido proceso. Civil Procedure Review, v. 2, Special Edition, June 2011, pp. 125-202.

(5) Molina Galicia R., Yrureta Ortiz Y., informe 2011, destacan que el CPC Ven. de 1986 introdujo la figura del juez como director del proceso y le ordena su impulso aún de oficio hasta su conclusión, atribuyéndole facultades probatorias que en general no ejerce. Civil Procedure Review, v. 2, Special Edition, June 2011, pp. 289-301.

Ur. (6) y CPC Pe (7). Las técnicas del *case management* si bien no están explicitadas, son a menudo utilizadas, en sus diversas variables con la finalidad de acelerar el trámite del proceso. El CPC Ch., de su lado, continúa imbuido de los principios tradicionales que acotan considerablemente la misión judicial (8).

2. Principio de contradicción

La garantía de contradicción o bilateralidad deriva, en la mayoría de los ordenamientos, de cláusulas constitucionales que consagran la inviolabilidad de la defensa en juicio. Supone que las leyes procesales acuerden a las partes una suficiente y razonable oportunidad de ser oídas y participar en la actividad probatoria, mediante el ofrecimiento, producción y control de las pruebas de parte y de las dispuestas *ex officio* por el juez.

Excepcionalmente, se admite que las medidas cautelares y de urgencia en general, puedan ser decretadas *inaudita parte*; o, en los juicios de ejecución, se excluye la posibilidad de deducir ciertas defensas vinculadas con la relación sustancial o fundadas en circunstancias anteriores a la creación del título que se ejecuta. Se trata de supuestos de aplazamiento o postergación del contradictorio, que puede ser ejercido en un momento posterior.

En varios ordenamientos se regulan procesos de estructura monitoria, generalmente siguiendo el tradicional modelo italiano documental, aunque con variantes no significativas. Así, en Uruguay (arts. 354, ss. CGP Ur.) (Landoni Sosa y Pereira Campos, 2011), Brasil (arts. 1102-a, b y c, CPC) (Pellegrini Grinover y Watanabe, 2011) y Venezuela (Molina Galicia e Yrureta Ortiz, 2011).

3. Sistemas mixtos de escritura-oralidad

La pervivencia casi inalterada de las variables estructurales de la tradición del *civil law* en las legislaciones hispano-luso americanas ha sido una de las razones de mayor peso que ha impedido, en la mayoría de ellos, la adopción de sistemas de enjuiciamiento orales, o al menos, predominantemente orales. El tan denostado esquema escriturario estructurado en estrictas fases preclusivas, con todas sus carencias por falta de intermediación, la desconcentración de los actos, muy escasa publicidad y sus inevitables secuelas del retardo en la decisión del litigio, no ha podido ser sustituido a pesar de los denodados esfuerzos de la doctrina y las innumerables proyectos que, basados más recientemente en el CMPCI, a lo largo y ancho del subcontinente en el último medio siglo han intentado instalar la oralidad. No es ésta la ocasión para analizar las causas múltiples y profundas de esa defección (9), ni las iniciativas o legislaciones fracasadas, sino tan solo dejar constancia de un fenómeno que se reitera en la mayoría de los países. Así, en Argentina donde el CPC Arg. de 1967 descartó la oralidad, contentándose con el mantenimiento con escasas variantes de un procedimiento que asentaba en las viejas LEC españolas del siglo anterior. Las reformas posteriores se limitaron, en este aspecto, tan solo a la introducción de una audiencia preliminar, injerto que fracasara rotundamente en la práctica (Oteiza,

(6) Landoni Sosa A., Pereira Campos S., informe 2011, subrayan que en el CGP vigente el juez se constituye el verdadero director del proceso, abandonando su anterior rol pasivo, en el marco de un sistema predominantemente dispositivo, donde subsiste la disponibilidad material del derecho en cabeza de las partes y las consecuentes limitaciones del juez por los hechos y pruebas restringidas a los hechos alegados y controvertidos. *Civil Procedure Review*, v. 2, Special Edition, June 2011, pp. 225-288.

(7) Monroy Galvez J., Cairo O., informe 2011, quienes enfatizan que el CPC Per. vigente se elaboró en base a los principios o garantías constitucionales del proceso, reconociendo los derechos de las partes (principios de la demanda, de igualdad sustancial, del contradictorio, de la defensa, etc.), en equilibrio con aquellos que permiten al juez el dictado de una resolución justa, como director del proceso y titular de poderes instructorios a ese fin. *Civil Procedure Review*, v. 2, Special Edition, June 2011, pp. 203-224.

(8) Pérez Ragone A., Núñez Ojeda R., informe 2011, destacan la actitud pasiva del juez chileno no sólo en la génesis del proceso sino también en cuanto al desenvolvimiento de los trámites y la instrucción probatoria, ámbito en el que las atribuciones del órgano están restringidas a la sola adopción de las tradicionales medidas "para mejor proveer" de la antigua legislación española. *Civil Procedure Review*, v. 2, Special Edition, June 2011, pp. 98-124.

(9) Al respecto puede verse: Oteiza, Eduardo (2008: 413-426)

2008: 413). Una experiencia similar ha sido la del derecho brasileño, donde no obstante que el CPC Br. de 1939 había proclamado solemnemente la adopción del procedimiento oral, fracasó en su implementación, por lo que el legislador del CPC Br. de 1973 lo atenuó considerablemente (arts. 132, 330, 522). La oralidad quedó confinada a las audiencias de recepción de prueba, pero la intermediación se desdibuja por el sistema de impugnaciones y la concentración no es observada por la sobrecarga de trabajo (Pellegrini Grinover y Watanabe, 2011). Las experiencias de Colombia (10), Venezuela (11) y Perú (12) replican obstáculos, falencias y fracasos similares. En Chile se proyecta implantar la oralidad conforme al paradigma del CMPCI de 1988, mientras sigue vigente el CPC de 1902, tributarios de las viejas LEC españolas del siglo XIX (Pérez Ragone y Núñez Ojeda, 2011).

La excepción, prácticamente la única, está constituida por CGP Ur. de 1989, que siguiera a pie juntillas el esquema del proceso por audiencias en doble instancia, del aludido Código Modelo, con resultados altamente satisfactorios: reducción considerable de los tiempos de duración del proceso, mayor calidad de las decisiones judiciales (13).

4. Publicidad

Desde que la publicidad de los actos del proceso solo se verifica en los sistemas de oralidad, consecuentemente con lo anterior, puede sostenerse que resulta muy limitada en los ordenamientos del subcontinente. Las previsiones legales sobre el carácter público de las audiencias carecen de toda significación. A salvo, claro, la legislación uruguaya, donde el proceso por audiencias posibilita la presencia del público en esos actos centrales, con las ventajas consiguientes.

5. Administración de la prueba

Como ha sido señalado, en los ordenamientos de la región prevalece el criterio de la distribución de la tarea probatoria, que es confiada por un lado y principalmente a las partes a título de carga procesal, sin perjuicio de los recíprocos deberes de colaboración; y, por otro, al juez como deber de integración del material aportado por aquellas, en cuanto su ejercicio resulte necesario para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (principio de primacía de la realidad). Solo se prevén potestades judiciales genéricas de dirección y ordenación de las causas -concentrar en lo posible los actos, señalar anticipadamente sus defectos u omisiones y sanearlos, prevenir y sancionar los que resulten contrarios a la buena fe, procurar la mayor economía procesal, etc.-, incluyendo la denominada audiencia preliminar, pero no se regulan específicas técnicas de gestión, propias del *case management*, que resultan particularmente útiles para la administración de las pruebas (conferencias preliminares, contratos de procedimiento, etc.).

6. Sistema de las impugnaciones y su incidencia en la excesiva duración de los tiempos procesales

El régimen de la época colonial dejó profundas huellas en los ordenamientos procesales ibero-luso americanos, con sus intrincados procedimientos impugnatorios (Oteiza, 2009). Aún en el presente, muchos de estos ordenamientos padecen disfuncionalidades, que se manifiestan tanto en los recursos ordinarios como en los extraordinarios, y que conspiran para generar una de las principales causas incidentes en la excesiva duración de los procesos.

(10) Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela (2011) señalan que no obstante el principio de oralidad establecido recientemente en la reforma a la administración de justicia de 2009, solo parcialmente se lo recepta en la audiencia preliminar consagrada en 1989.

(11) No obstante que la Constitución Bolivariana de 1999 consagró un modelo procesal de avanzada, superior del actual modelo escrito largo, costoso y lleno de complejidades, aún está pendiente su implementación legislativa (Molina Galicia e Yrureta Ortiz, 2011).

(12) Mientras el CPC de 1993 prevé el desarrollo del proceso en audiencias sucesivas, de saneamiento, conciliación y de recepción de pruebas, reformas ulteriores suprimieron la audiencia de saneamiento y la de conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio, con lo que se ha convertido el proceso de conocimiento pleno en una vía procedimental puramente escrita (Monroy Galvez y Cairo, 2011).

(13) Landoni Sosa y Pereira Campos (2011) con remisión a Pereira Campos (2008).

6.1. Recursos ordinarios

En el marco de la doble instancia de grado, los recursos típicos son el de apelación y el de nulidad que, en algunos ordenamientos queda subsumido en aquel. Tienden a reparar errores de juicio (*in iudicando*) o irregularidades del procedimiento (*in procedendo*) y se conceden con amplitud para atacar tanto las sentencias finales de mérito como las interlocutorias o aún simples, dictadas durante el curso del trámite. No significan una revisión de la primera instancia (*ius novarum*), ya que el tribunal de alzada se limita a examinar el pronunciamiento impugnado en base al material reunido en aquella; solo excepcionalmente se admite la aportación de nuevos elementos de juicio o la producción de pruebas rechazadas por el a quo. Si bien por principio la apelación procede contra todo tipo de resoluciones, quedan excluidas aquellas que no produzcan gravamen irreparable, o que recaigan en procesos en que el valor cuestionado no exceda de un monto determinado. En los procesos extraordinarios o plenarios abreviados, generalmente la regla es inversa: solo se admiten en los casos de excepción que la ley determina. La apelación puede concederse en el modo “libre”, que posibilita la alegación y prueba de hechos nuevos, o de modo restringido (algunos ordenamientos de raíz hispana aún aluden a la apelación “en relación” –así, el CPCN Arg., arts. 243, 246-, terminología propia de la antigua legislación española), en cuyo caso el tribunal *ad quem* resuelve derechamente en base a lo actuado en la instancia de origen. La interposición del recurso, en la mayoría de los ordenamientos, suspende como regla la ejecución de la sentencia hasta tanto sea decidido. En cambio, en el CGP Ur. se admite la ejecución provisional de la sentencia de condena, prestando el requirente garantía suficiente para responder, en su caso, por todos los gastos judiciales y los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse. A su vez, la contraria podrá solicitar la suspensión de la ejecución por causarle perjuicio grave, de difícil reparación, lo que apreciará discrecionalmente el tribunal, exigiéndose en su caso al condenado que preste garantía bastante para asegurar lo que ha de ser objeto de la ejecución. Por lo demás, en lugar de la ejecución provisional, podrán adoptarse en cualquier momento medidas cautelares (art. 260) (Landoni Sosa y Pereira Campos, 2011). Un régimen similar se contiene en el CPC Br., que al cabo de su evolución terminó por admitir la ejecución provisoria, que conduce a la alienación de los bienes, mediante caución que, excepcionalmente, puede ser dispensada (ley 10.444, de 2002) (Pellegrini Grinover y Watanabe, 2011).

Son diversas y complejas las cuestiones que plantea el régimen recursivo ordinario, que no cabe aquí considerar. Sin embargo, puede formularse una apreciación general para resaltar que el intrincado sistema de impugnaciones que en general, con variantes no significativas, se articula en las legislaciones hispano-luso americanas, es tributario, entre otras, de aquella variable estructural propia del órgano jurisdiccional, ya aludida, el sistema de selección de los jueces y su adscripción a una carrera burocrática. De ello principalmente, y sin dejar de lado otros aspectos concurrentes, se ha derivado una visceral desconfianza hacia la magistratura, el desprestigio de su quehacer y la falta de credibilidad de sus decisiones, que *ab origine* no son percibidas como sustancialmente justas (Berizonce, 1999: 15-58).

6.2. Recursos extraordinarios y régimen de la casación

El derecho público de los países iberolusoamericanos exhibe, en la mayoría de las legislaciones, la singularidad de hacer receptado para la organización del Poder Judicial federal el paradigma de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, con una Suprema Corte en el vértice de un verdadero y propio poder de Estado, que se concretó con el seguimiento sustancial del esquema de la *Judiciary Act* de 1787. Simultáneamente, la casación común se encomendaba, o de hecho la asumía, el mismo tribunal u otro también superior, que en los países de organización federativa se radicaba en cada una de las jurisdicciones locales. Así, en Argentina se estatuyó el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema Nacional, en 1863, y ésta prontamente adoptó para sí la doctrina de *Marbury vs. Madison*, erigiéndose en guardiana de la Constitución para asegurar su supremacía a través del control último de constitucionalidad, como una verdadera casación constitucional y sin perjuicio del control difuso en manos de todos los jueces de la Nación. La casación común sobre la interpretación de las leyes de fondo y procesales, entretanto, quedaba disgregada entre los superiores tribunales de provin-

cia, a falta de una casación nacional, y organizada en base al modelo francés en versión española del siglo XIX, con características típicas del *civil law* continental europeo (Oteiza, 2009).

Los sistemas difusos en América Latina pasaron a convivir con formas de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, convirtiéndose en sistemas mixtos de justicia constitucional. Esa transformación provino de la creación de Tribunales Constitucionales al estilo europeo en Perú (Monroy Gálvez y Cairo, 2011), Colombia (Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela, 2011), Ecuador, Chile, entre otros; o por la atribución a la Corte Suprema (México, Brasil) o a una de sus Salas (Venezuela) de la competencia para juzgar la constitucionalidad de las leyes por vía directa.

En su evolución más que centenaria los tribunales supremos de la región, casi sin excepción, muestran trayectorias signadas por similares escollos –que, podría sostenerse, resultan universalmente consustanciales a todos los órganos superiores- y que, especialmente en las últimas décadas, han derivado en una permanente e insuperable sobrecarga de tareas, por el número ingobernable de las causas a decisión. Semejante situación de colapso ha perturbado gravemente el ejercicio de las funciones político-institucionales primarias, como verdadero poder de Estado, que corresponde a las Cortes Superiores, al quedar de hecho absorbidas por el control de legitimidad, la nomofilaquia de los casos concretos (Berizonce, 1999: 15-58). Si bien el punto excede los objetivos del presente, no podemos dejar de señalar al menos, que algunos de los ordenamientos de la región están en tránsito hacia la modificación paulatina de los esquemas tradicionales, especialmente a partir de la adopción de sistemas de selección de las causas, con el objetivo de reducir sustancialmente la cantidad de asuntos a resolver. Los modelos son diversos. Así, el *writ of certiorary* norteamericano influyó en la reforma argentina de 1990, que instituyó un *certiorary* “criollo” con particularidades propias: posibilita a la Corte, “según su sana discreción”, rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (art. 280, CPCN) (14). A su vez, con las mismas finalidades, la Enmienda Constitucional brasileña n° 45/2004 (art. 102 § 3) incorporó el requisito de la *repercussao geral* para la admisibilidad del recurso extraordinario ante el STF, ulteriormente reglamentado por la ley 11.418, de 2006 (art. 543-A, CPC Br.) (Pellegrini Grinover y Watanabe, 2011). La decisión denegatoria debe adoptarse por mayoría calificada de dos tercios de sus integrantes, a cuyo efecto “será considerada la existencia o no de cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico, que exceda los intereses subjetivos de la causa”. Habrá repercusión general siempre que el recurso impugnare decisión contraria a *súmula* o jurisprudencia dominante del tribunal (inc. 3, art. cit.). El mecanismo adoptado, más allá de sus particularidades, reconoce diversas fuentes, entre ellas el derecho alemán.

En suma, existe una tendencia a restringir, bien que mediante técnicas diversas, la competencia de los tribunales superiores para conocer tan solo, en principio, de las cuestiones constitucionales trascendentes, ejercitando amplios poderes discrecionales, no solo para cerrar las compuertas sino, también, para abrirlas –el *certiorari* “positivo” argentino-. Todo ello incide notablemente en la misión de las Cortes, ahora reconvertida para poder concentrarse en la función de gobernar la legalidad del sistema jurídico en su conjunto, atendiendo preferente antes que al *litigatoris*, al interés público que resulta propio del ordenamiento en su conjunto, el *jus constitutionis*, siguiendo las comunes matrices del derecho norteamericano y de ciertas legislaciones del *civil law* continental, especialmente la alemana (Taruffo, 2010: 665-667).

En punto a la naturaleza y efectos de las sentencias constitucionales, los regímenes nacionales exhiben diferencias notorias en cuanto al efecto vinculante del pronunciamiento, en conexión con las respectivas normas constitucionales que estatuyen sobre el Poder Judicial dentro de esquemas de división y equilibrio de poderes. Buena parte de los países siguen adscriptos al modelo de la Constitución norteamericana de 1787 y la *Judiciary Act* de 1789 (Argentina, Brasil). Otros han adoptado el paradigma de los Tribunales Constitucionales al estilo europeo.

(14) En la doctrina argentina, por todos: Morello (1997).

En lo que aquí interesa nos centraremos en el primero de esos grupos, dentro del cual pueden identificarse, a su vez, al menos tres modelos diferentes: en primer lugar, algunos ordenamientos siguen el principio que los jueces les corresponde tan solo la aplicación en concreto de la ley en los casos planteados, de lo que se derivan que sus sentencias constitucionales solo tienen virtualidad *inter partes*; y no para terceros, pues ello –los efectos *erga omnes*– implicaría conceder a las decisiones alcances generales y abstractos, invadiendo atribuciones propias y excluyentes del legislador. Por excepción, se admite la extensión subjetiva u horizontal de los efectos de la sentencia constitucional que recae sobre derechos o intereses colectivos o difusos, y en general sobre los derechos de incidencia colectiva, entre los cuales se incluyen los denominados derechos individuales homogéneos. Un problema diverso se plantea en torno de la vinculatoriedad vertical u orgánica interna de los efectos de las sentencias de los tribunales superiores, en relación a los jueces inferiores, prevaleciendo el criterio en cuya virtud los tribunales inferiores, sean federales o provinciales, deben ajustar sus decisiones sobre puntos regidos por la Constitución, a los pronunciamientos de aquella; sin perjuicio de quedar a salvo la posibilidad de apartamiento que se reconoce a los magistrados inferiores, siempre que hubiera sido fundado en razones novedosas y tendiere a la modificación del criterio del superior. En definitiva, la vinculatoriedad de los efectos de los pronunciamientos de la Corte se sustenta en razones de igualdad y seguridad jurídica, por la necesidad de asegurar la uniformación de la interpretación jurídica. Es el régimen, entre otros, del derecho argentino (Oteiza, 2010: 669 y ss.).

En segundo lugar, en otros ordenamientos, como el de Colombia a partir de la Carta Política de 1991, se observa un giro hacia el establecimiento de la *doctrina de precedentes* (Parra Quijano, 2002), que progresivamente se ha ido expandiendo, en especial a partir de 1995, al asumir la Corte atribuciones para fijar la doctrina constitucional como regla de obligatoria observancia por parte de los jueces inferiores, cuando está en juego la interpretación de los derechos fundamentales. Las sentencias constitucionales producen efectos *erga omnes* y vinculan frente a casos futuros. Podría encasillarse en este grupo a la legislación mexicana (15), donde la ley de amparo impone a la Suprema Corte en pleno o a sus Salas, la resolución de contradicciones entre las tesis sustentadas por los tribunales colegiados en los juicios de amparo, aprobar el texto y numerar de manera progresiva sus tesis jurisprudenciales (Ovalle Favela, 2006: 445 y ss.). Con las reformas constitucionales de 1995 y 1996, la SC se convirtió en un tribunal especializado de naturaleza constitucional, advirtiéndose la tendencia a expandir los efectos subjetivos de la cosa juzgada sobre materia constitucional (Fix-Zamudio, 2005: 274 y ss.). También en Venezuela, la Sala Constitucional del TSJ, al pronunciarse sobre el recurso de revisión constitucional dicta sentencias vinculantes que ordena publicar en la Gaceta Oficial, siendo de observancia obligatoria para las demás Salas del tribunal y para los órganos inferiores (Molina Galicia e Yrureta Ortiz, 2011). En Perú, el Tribunal Constitucional utiliza igualmente la técnica del precedente que, aunque con resultados dispares, recogen los órganos administrativos y los jueces laborales, con la finalidad de uniformar los criterios jurisprudenciales, especialmente en las cuestiones de mayor relevancia social (Monroy Galvez y Cairo, 2011).

Por último, en tercer lugar, en Brasil, el STF instituyó la *súmula de la jurisprudencia predominante* por enmienda de 1963 a su régimen interno, con la finalidad de compendiar y publicar las tesis jurídicas y acordarles efectos vinculantes respecto de los tribunales inferiores. Ulteriormente, la enmienda constitucional N° 45/2004, insertó el art. 103-A de la Constitución Federal (CF) disponiendo que el STF podrá, de oficio o por provocación, después de reiteradas decisiones sobre materia constitucional, aprobar *súmula* por el voto de los dos tercios de sus integrantes que, a partir de su publicación oficial, tendrá efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estadual y municipal, como también proceder a su revisión o cancelación, en la forma establecida en la ley (§ 1°). La *súmula* tendrá por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas determinadas, acerca de las cuales haya controversia actual entre órganos judiciales o entre ellos y la administración pública, que acarree grave inseguridad jurídica y relevante multiplicación de procesos sobre cuestión idéntica (§ 1). Sin perjuicio de lo

(15) Véase Ovalle Favela (2005:454-458); Fix-Zamudio (2005:274); Ferrer Mac-Gregor (2004:48 y ss.)

que establezca la ley, la aprobación, revisión o cancelación de *súmula* podrá ser provocada por aquellos que pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad (§ 2). Del acto administrativo o decisión judicial que contrarie la *súmula* o que la aplicare indebidamente, cabrá reclamación al STF, que, juzgándola procedente, anulará el acto administrativo o casará la decisión judicial reclamada, y determinará que otra sea dictada con o sin aplicación de *súmula*, conforme al caso (§ 3). Como se ha señalado, la creación de la *súmula* vinculante en el derecho brasileño tuvo la virtualidad de transformar la jurisprudencia del STF, aún fuera de los casos de control de constitucionalidad, de mera modalidad de interpretación, en fuente de derecho. Sin embargo, a diferencia del sistema de *stare decisis* del *common law*, la jurisprudencia del STF, en el caso de la *súmula* vinculante, no obliga al tribunal a regirse por el precedente, pero impide nuevos juzgamientos (Pellegrini Grinover, 2006: 3-4; Barbosa Moreira, 2006: 555 y ss.).

7. El principio fundamental de la tutela judicial eficiente y el sistema de garantías

El fenómeno de la “constitucionalización” de las garantías, ya aludido (*supra* III), se manifiesta en general a través de diversas instituciones, procedimientos y técnicas, algunos de ellos típicos de las legislaciones iberoamericanas, y en particular por las acciones y remedios constitucionales, que genéricamente componen los denominados *procesos constitucionales*, tendientes a asegurar la supremacía de la Carta Fundamental.

7.1. Sea en los ordenamientos que se mantienen fieles al sistema de control difuso de constitucionalidad, ya en aquellos otros que organizan un control concentrado en manos de un Tribunal Constitucional, el recurso extraordinario o la acción declarativa o demanda pública de inconstitucionalidad son los carriles propios para la tutela de los derechos fundamentales.

El sistema de justicia constitucional se integra, asimismo, por las garantías del *amparo* (México, Argentina), la *acción de tutela* (Colombia) (16), la acción de protección chilena (Tavolari Oliveros, 2000: 459-530) o el *mandado de segurança* brasileño, el *habeas data* y otras instituciones similares. El juicio de amparo tendiente a asegurar la tutela directa e inmediata de las garantías constitucionales cuando han sido flagrantemente violadas, se originó en el derecho mexicano, del cual pasó a la legislación de la mayor parte de los países del área, para finalmente quedar incorporado a la CADH (art. 25). El amparo latinoamericano presenta la particularidad, a diferencia de las regulaciones europeas continentales en general, de consagrar una forma de tutela expedita que no se gradúa en relación con la naturaleza de los derechos o su clasificación, por manera que todos los derechos positivizados en las cartas constitucionales -incluyendo los colectivos-, se consideran igualmente garantizados y susceptibles de ser tutelados por la vía directa del amparo. Lo que no excluye que, por vía de interpretación pretoriana, se enfatice la tutela de los derechos especialmente “sensibles”.

Otra institución típica de la justicia constitucional latinoamericana es la *acción de inconstitucionalidad por omisión*, que permite a los jueces asegurar la virtualidad de los derechos fundamentales cuando mediere inercia u omisión, total o parcial, del legislador. La experiencia más notable es la de Brasil, donde la Constitución de 1988 establece que verificada la existencia de una omisión por parte de un poder de Estado, que torna ineficaz una norma constitucional, el STF procede a reparar la omisión (art. 103 § 2). En caso que la omisión tenga por objeto de un derecho fundamental, procede el *mandado de injunção* (Pellegrini Grinover y Watanabe, 2011). En otros países, por caso Argentina, la inconstitucionalidad por omisión se admite por creación pretoriana. Es igualmente típica la *acción de cumplimiento* consagrada por el art. 87 de la CP Col., que se otorga para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo (17).

(16) La CP de 1991 estableció tres acciones trascendentes: la acción de tutela (recurso de amparo), las acciones populares y de grupo para la tutela de los derechos colectivos e individuales homogéneos, y la acción de cumplimiento (Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela, 2011).

(17) El Consejo de Estado la ha admitido especialmente respecto de personas afectadas gravemente por la violencia y desplazadas de sus tierras de origen (Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela, 2011).

7.2. Asimismo, se ha desarrollado paulatinamente en diversos ordenamientos, generalmente por creación pretoriana, ciertas tutelas de excepción, reforzadas, que se agrupan bajo la denominación de *tutelas procesales diferenciadas* de los derechos fundamentales (18). Existen ciertas situaciones exaltadas en las constituciones como merecedoras de un trato procesal preferente, por excepción a la regla de la universalidad del proceso común, que pueden identificarse a partir de valores y principios subrayados como “sensibles” en las normas fundamentales. Las Cartas modernas conceden semejante rango, es sabido, al derecho a la vida y a la dignidad de la persona, a la educación, a la vivienda digna, a los derechos sociales en general, de la seguridad social, de la salud, de la familia y menores, personalísimos, de consumidores y usuarios, de tutela del ambiente, de comunidades originarias, grupos desplazados (Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela, 2011), de la institucionalidad republicana, entre los más prominentes. Complementariamente, las constituciones establecen el deber de aseguramiento positivo para tutelar el goce y ejercicio de tales derechos fundamentales, imponiendo a los poderes públicos, incluyendo al Poder Judicial, las acciones pertinentes (así, por ej., el art. 75 inc. 23, CN Arg.).

Los autores del CMPCI de 1988 no fueron ajenos a estas preocupaciones, e incorporaron como precepto de avanzada el art. 310, que estatuye pautas especiales para ciertas pretensiones; así para las propias de la materia laboral, agrarias y demás de carácter social, las relativas a menores o incapaces. Como regla general, en tales procesos el tribunal dispondrá de todos los poderes de instrucción que la ley acuerda a los tribunales del orden penal en la instrucción de las causas, sin perjuicio del principio de contradicción y del debido proceso (apart. 4º). Prevé, complementariamente, que en tales procesos se podrá modificar la pretensión en una audiencia preliminar, con intervención de la contraria, cuando resulte, manifiestamente, que carencias de información o asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asisten a la parte (apart. 2º).

Al presente, diversas son las técnicas orgánico-funcionales y procesales que se utilizan a esos fines (Berizonce, 2009:29-69). Se advierte una tendencia general a implementar reformas orgánico-funcionales que se complementan con procesos especiales, para atender la tutela de derechos y situaciones merecedoras de tutelas diferenciadas, en los que se recogen y experimentan instituciones y procedimientos novedosos que tienden a superar los moldes tradicionales. Esas innovaciones son, a menudo, el germen para la transformación evolutiva del proceso común.

Pueden mencionarse, entre otros: 1) los Juzados Especiais de Pequenas Causas brasileños (Pellegrini Grinover y Watanabe, 2011) y la Justicia de paz colombiana (Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela, 2011); 2) las recientes reformas al proceso laboral en Chile (19), Venezuela (20); 3) los tribunales y procesos especiales familiares en Chile (21); 4) la jurisdicción especial indígena creada por la CP Col de 1991 (Bejarano Guzmán, Toscano, Valenzuela, 2011).

(18) Sobre las tutelas diferenciadas, en general véase: Proto Pisani (1996:5 y ss.); Marinoni (2006:378 y ss.) y (2007:202 y ss., 295 y ss.); Theodoro Junior (2005:2528 y ss.). Asimismo: Monroy Gálvez y Monroy Palacios (109: 196 y ss.). Nos permitimos remitir a nuestra obra, *Tutelas procesales diferenciadas*, 2009, *passim*, donde se analizan los aspectos aquí solo enunciados.

(19) Se destaca el modelo de tribunales laborales estructurados en “Jueces de letras” para la aplicación de un proceso oral y concentrado, con jueces de cobranzas para la ejecución a través de un proceso monitorio, al igual que el establecimiento de procedimientos especiales, como el de “vulneración de derechos” para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores (Pérez Ragone, Núñez Ojeda, 2011)

(20) Se ha señalado la importante reforma traída por la ley de 2002, que estructuró un proceso oral concentrado, precedido por una etapa de mediación y conciliación obligatoria que inicialmente permitía concluir los juicios en un tiempo máximo de cuatro meses que, sin embargo, se fue desnaturalizando incrementándose notablemente la duración del proceso, lo que viene alentando intentos de nuevas reformas (Molina Galicia e Yrureta Ortiz, 2011).

(21) Mediante las leyes 19.968 y 20.286 se estructuró un proceso por audiencias ante tribunales de familia que concentran la competencia en todas sus materias, regulando procedimientos adecuados a la búsqueda de soluciones cooperativas, pacíficas y consensuadas. El tribunal cuenta con el soporte de Consejos Técnicos que lo apoyan en la toma de las decisiones (Pérez Ragone y Núñez Ojeda, 2011). Adicionalmente, cabe señalar que un sistema

Las técnicas procesales incluyen, entre otras: a) ampliación de los poderes del juez para la dirección, ordenación e instrucción de las causas, mediante el dictado oficioso de medidas cautelares o de urgencia; b) acceso irrestricto –sin costos ni cargas económicas- a la jurisdicción; c) auspicio de las soluciones autocompuestas; d) acentuación del deber de colaboración y cargas procesales dinámicas; e) preclusión elástica de las deducciones; f) flexibilización del principio de congruencia; g) técnicas de sumarización, en general; h) tutelas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general; i) mandatos preventivos e imposición de acciones positivas; j) legitimaciones extraordinarias, alcances extendidos de la cosa juzgada y régimen específico de ejecución en los procesos colectivos.

En el trasfondo del reconocimiento de las tutelas procesales preferentes, queda sin embargo, la preocupación por su desborde, con menoscabo del ámbito natural del proceso común que constituye la regla universal. Aquí no cabe sino la apuesta al prudente equilibrio que se espera de los jueces.

VI. Tradiciones nacionales específicas y su incidencia sobre los principios procesales

Si las tradiciones, en su acepción clásica, aluden a un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca del papel del derecho en una sociedad, podría afirmarse que en el área ibero-luso americana son muy escasas las tradiciones culturales referidas al proceso civil; y difícilmente puedan considerarse originarias de un país determinado (Bejarano Guzmán, Toscano, Valenzuela, 2011). Es que los ordenamientos procesales en vigor han implicado, por lo general y salvo muy limitadas excepciones, una ruptura abrupta con la cultura del proceso heredada de la época colonial, como ya fuera señalado. Si se analizan las normativas vigentes puede arribarse a la conclusión que sus fuentes inspiradoras ya no son aquellas legislaciones tradicionales, sino otras diversas: principalmente la doctrina clásica italiana y, a través de ella, la doctrina austro-alemana, el CPC italiano de 1942. Los principios fundantes y las instituciones de los códigos, en su mayoría sancionados en el último medio siglo, difícilmente pueden ser considerados conformando una auténtica tradición. Habrá que espigar, en todo caso, en aquellas otras que han perdurado desde los lejanos tiempos coloniales y el derecho patrio desarrollado en el ochocientos hasta la primera mitad del novecientos.

Con esa imprescindible aclaración, podría sostenerse que algunas de las tradiciones nacionales específicas, además de los ya aludidos procesos y acciones constitucionales, son las siguientes.

1. Tradición y principio de la escritura

Como es sabido, el sistema escriturario, estructurado en estrictas fases preclusivas, desconcentrado, con instancias múltiples, falto de intermediación, sin publicidad, constituye una tradición que proviene de la herencia colonial española y lusitana, que se han mantenido incólume como principio fundante en la mayoría de las legislaciones y, no menos principalmente, en los usos –*usus fori*- siempre desnaturalizadores. Constituye excepción la legislación uruguaya a partir del CGP de 1989.

En cambio, puede afirmarse que el modelo del juez imparable y neutral, pasivo e inerte, consustancial al sistema escriturario, quedó superado en la mayoría de las legislaciones vigentes, donde se lo concibe como verdadero director del proceso (Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela, 2011); (Landoni Sosa y Pereira Campos, 2011).

2. Tradición y principio de la resolución de disputas por medios alternativos

Desde principio de los años '90 la región asistió a una verdadera explosión de los diversos medios alternativos de solución de conflictos, que se instalaran paulatina aunque dificultosamente en los usos colectivos, desarrollándose y creciendo sin cesar. Claro que en los diversos ordenamientos distintas han sido las experiencias, con relación a cada una de las modalidades y solo en algunos países

similar se había instituido con anterioridad en algunas provincias argentinas, como las de Buenos Aires, Córdoba y Mendoza (Berizonce, Bermejo y Amendolara, 2001).

se los considera integrando “tradiciones típicas”(22). Podría sostenerse que, en general, se han desarrollado diferentes métodos de negociación, incluyendo la mediación, la conciliación judicial (23) y el arbitraje (24), bajo singulares formas organizativas –judicial, administrativo, institucional o “administrado”-.

En un balance provisional de todas esas experiencias, aún en curso en la mayoría de nuestros países, quizás se exhiban todavía más dudas y claroscuros que certezas. Parece cierto, como uno de los datos más relevantes, que se trata de métodos particulares para dirimir los conflictos, superadores en general de la confrontación entre las partes y en los que se emplaza al órgano –conciliador, mediador, componedor, árbitro- en una dimensión singular, como verdadero “acompañante” de aquellas, como guía, gestor o impulsor en la búsqueda de soluciones autocompuestas –conciliación, mediación-, o ya para resolver el entuerto heterónomamente pero según reglas libradas a su leal saber y entender –amigable composición-. Siempre tras el logro del desenlace más justo y razonable. También está clarificado que solo cierta categoría de conflictos son los que toleran ser canalizados por tales medios alternativos, precisamente aquellos típicos que se derivan de las relaciones de “coexistencialidad” (25) –cuestiones familiares y de menores, de vecindad, de menor cuantía, relaciones de trabajo, inquilinarias y de duración, en general-. De modo similar, los conflictos derivados de las tan extendidas relaciones de consumo son propicios para ser encausados en instancias administrativas especializadas, sin excluir la vía judicial. Igualmente, el arbitraje institucional o “administrado” se ha abierto camino para la solución de conflictos especiales.

No se avizoran, en cambio, claras líneas de tendencia en punto a tópicos no menos sustanciales, cuales son, entre otros, los referidos a la judicialización o desjudicialización de ciertas cuestiones –por caso, las relativas a las relaciones de consumo (26)-; o si las formas de justicia alternativa deben o no buscarse fuera de la maquinaria judicial. Sigue abierto el debate sobre el estatus de los operadores conciliadores-mediadores (adscriptos al Poder Judicial (27), independientes, organización mixta); carácter facultativo u obligatorio del sometimiento (28); confidencialidad y sus alcances; selección de los casos; idoneidad y selección de los operadores; costo y financiamiento.

(22) Así, en Colombia: Bejarano Guzmán, Toscano, Valenzuela (2011), señalan que la conciliación y el arbitraje se vieron reforzados por mandato constitucional. En dicho informe nacional se analizan las diversas vicisitudes atravesadas por la conciliación a partir de 1998 y hasta la actualidad. Asimismo, en Uruguay, donde existe una instancia de conciliación previa ante la Justicia de Paz, de larga tradición pues proviene del mandato de la Constitución de 1830, mantenida en la Carta vigente de 1967 (Landoni Sosa y Pereira Campos, 2011). También en Brasil la Constitución Imperial de 1824 disponía que ninguna demanda pudiera ser enjuiciada sin demostrarse que se intentó previamente la conciliación (Pellegri Grinover y Watanabe, 2011).

(23) En el CGP Ur. el intento conciliatorio tiene lugar en la audiencia preliminar directamente ante el juez, con singulares ventajas y rendimiento, sin perjuicio de la potestad de las partes de conciliar o transigir la litis en cualquier estado del proceso (art. 223, CGP) (Landoni Sosa y Pereira Campos, 2011).

(24) Remitimos a las muy valiosas ponencias presentadas en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Relatorías y ponencias sobre Derecho Procesal, San José, Costa Rica, 2000, v. I, p. 9 y ss.

(25) Véase Cappelletti (1981:49 y ss.) y (1982:165 y ss.)

(26) Afirman Monroy Gálvez, y Cairo (2011) que en Perú se asiste a un desmesurado auge de las jurisdicciones administrativas particularmente en áreas vinculadas a los derechos colectivos o difusos, donde se atribuye la legitimación para promover acciones administrativas o judiciales al denominado Instituto de Defensa de la Competencia.

(27) En Uruguay la SC ha creado Centros de Mediación, que aún cuando funcionan parcialmente exhiben altos porcentajes de acuerdos. En cambio, el arbitraje ha tenido escaso desarrollo, lo que se atribuye al correcto funcionamiento del sistema judicial (Landoni Sosa y Pereira Campos, 2011). Asimismo, en Brasil la ley 9307/96 instituyó los Centro de Arbitraje, que contribuyeron a la difusión de los ADR. Sin embargo no se ha legislado sobre la mediación a nivel federal (Pellegri Grinover y Watanabe, 2011).

(28) En Argentina, la ley 26.589 de 2010, reafirmó el modelo de la anterior ley “piloto” 24.573, estatuyendo con carácter previo la mediación obligatoria, que es objeto de importantes críticas. La experiencia peruana resalta el fracaso del régimen de conciliación extrajudicial obligatoria establecido a mediados de los noventa. Paralelamente se ha desarrollado el auge del arbitraje, cuyos resultados iniciales fueron satisfactorias aunque luego se fueron opa-

En definitiva, si bien no existen tradiciones nacionales asentadas (29), por razones diversas, los ADR vienen ganando en Iberoamérica una plaza significativa en el espectro del sistema de justicia, cuyas misiones, configuración y fronteras aún no están definitivamente establecidas. Forman parte, o de uno u otro modo inciden e interfieren, en el modelo procesal, que no puede articularse con prescindencia de ellos.

La ponderación de los antecedentes y razones múltiples y complejas que sustentan la actual explosión de los ADR, conduce a esbozar algunas conclusiones y, al mismo tiempo, apuntar lo que parecerían ser sus proyecciones, al menos en cuanto a ciertas modalidades de la “justicia conciliatoria,” que cabe resumir así:

a) Las múltiples instituciones desarrolladas en las últimas décadas y ahora de hecho expandidas universalmente, en el marco de una verdadera cultura alternativa contrapuesta a la cultura judicial del litigio, enraízan en la mayoría de las legislaciones (Uruguay, Colombia, Argentina, entre otras) en el viejo modelo de la *justicia de paz lega* de las fuentes revolucionarias francesas de 1789, que en su desenvolvimiento, y en coincidencia con su ocaso a partir de la segunda mitad del siglo anterior, terminó por enlazarse con las ideas renovadoras que brindan ahora sustento a la denominada *justicia vecinal o de pequeñas causas*, que en la región se difundiera desde Brasil a partir de mediados de los años 80 del siglo pasado.

b) Sin embargo, mientras el ideario de la originaria justicia de paz y la renovadora justicia vecinal tronca con la cultura judicial de “los derechos”, en el sentido que aún desde la idea central de procedimientos sustancialmente informales y la instrucción simplificada y superficial de las causas, la decisión siempre se reserva en última instancia a un juez, aún lego, que se pronuncia con sustento en las reglas jurídicas y la equidad; en cambio, en ciertos métodos de la justicia “coexistencial” –en especial, en la mediación instalada en la región desde los años 90- la solución del conflicto se persigue en “fuga de la justicia”, en el sentido que mientras el derecho queda “de espaldas, tras la puerta”, el método se agota en una función puramente “facilitadora”, que a menudo conduce a acuerdos solutorios injustos o inequitativos.

c) Frente a la alternativa de un método de mediación “facilitadora”, como el que se recoge en la mayoría de las legislaciones de la región, se alza ahora la idea superadora de articular una suerte de *mediación-conciliación “valorativa”* (30), sustentada sobre los principios básicos de la publicidad del procedimiento informal, la instrucción superficial y la decisión justa y equitativa, que subyace en la concepción anticipatoria de la legislación brasileña.

VII. Reformas estructurales más recientes

1. Interesa pasar revista a las modificaciones normativas más recientes pues en varios de los países de la región se adoptaron reformas estructurales en las últimas dos décadas que, por su actualidad en función de los principios en que se sustentan, merecen particular consideración.

1.1. La más notoria ha sido la sanción del *Código General del Proceso* (CGP) *uruguayo* en vigor desde 1989, que siguió casi íntegramente el CMPCI de 1988. Entre las principales rasgos del CGP se destacan: a) su generalidad por abarcar todas las materias no penales; b) simplificación de estructuras procesales; c) proceso público por audiencias, mixto, de escritura en los actos de proposición y decisión, oralidad en la conciliación y recepción de las pruebas; d) predominantemente dispositivo con el juez como director del proceso; e) inmediatez; f) doble instancia; g) valoración probatoria

cando; no obstante, el Estado impuso arbitrajes obligatorios en áreas disímiles como en materia de conflictos colectivos del trabajo o vinculados a los servicios públicos y actividades concesionadas (Monroy Gálvez y Cairo, 2011).

(29) En Venezuela los ADR carecen de tradición y arraigo. La ley de arbitraje comercial de 1998 no ha tenido suceso, por la falta de una cultura favorable, sus altos costos y la doctrina judicial restrictiva de la ejecutabilidad de los laudos (Molina Galicia y Yrureta Ortiz, 2011).

(30) Entre la amplia bibliografía sobre el tema, puede verse: Fiss (2007:140 y ss.); Taruffo (2009:114 y ss.); Berizonce (2010a:241 y ss.).

conforme a las reglas de la sana crítica, salvo excepcionalmente algunas pruebas tasadas. Se articula un logrado equilibrio entre el principio dispositivo, que sigue siendo predominante y el rol del juez como director del proceso, bajo el irrestricto respeto del contradictorio. El trámite no obstante sigue sujeto estrictamente al principio preclusivo, que opera en las distintas etapas de constitución del proceso, de pruebas y decisoria.

Se destaca, asimismo, la regulación especial de ciertos procesos, como los relativos a menores o incapaces, aquellos de la materia laboral, agraria y demás de “interés social”, en los cuales se otorga al tribunal las potestades de instrucción propias de los jueces en el sumario del proceso penal; sin que, por ello, el proceso se convierta en inquisitivo, en tanto se mantiene el poder de postulación exclusivamente en manos de la parte, al igual que la aportación de los hechos y de las pruebas, tanto como el principio de congruencia.

En su aplicación práctica el CGP uruguayo implicó un cambio trascendente del paradigma tradicional, con resultados francamente positivos reflejados en la notoria reducción de los tiempos procesales y la mayor calidad de las decisiones en términos de justicia intrínseca, por las bondades de la oralidad, con todos sus consecutarios. Resultó decisiva la adecuada implementación del nuevo ordenamiento, acompañado de las correlativas reformas orgánico-funcionales, el incremento sustancial (ciento por ciento) de los tribunales entonces existentes, la dotación edilicia y la especial formación de los nuevos magistrados (Landoni Sosa y Pereira Campos, 2011).

1.2. También en *Perú* se consagraron importantes reformas estructurales a partir del CPC de 1992, en vigencia desde 1993, estructurado en buena medida siguiendo los lineamientos del CMPCI de 1988 (Monroy Gálvez y Cairo, 2011). Se sustenta en los principios rectores del contradictorio, dispositivo atenuado, con amplios poderes del juez como director del proceso –instructorios, disciplinarios, de ejecución de las decisiones- para tornar efectiva la inmediatez, que se concreta en la técnica de la oralidad, con sus consecutarios de concentración y celeridad a través del proceso por audiencias en la etapa probatoria. El ordenamiento peruano afirmó las garantías constitucionales del contradictorio y consagró un modelo procesal eficaz, encaminado al logro de una decisión justa. En la misma línea, la ulterior sanción del Código Procesal Constitucional, vigente desde fines de 2004, profundizó las garantías constitucionales del debido proceso.

Sin embargo, la justicia civil según se afirma exhibe notorios déficits que se evidencian en la labor judicial y, en general, en el desempeño del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Mientras el sistema formal puede considerarse de avanzada, desfallece en su aplicación cotidiana por factores diversos, entre ellos, la organización de la judicatura, capacitación deficiente de sus miembros, retribuciones insuficientes, irrelevancia de los controles disciplinarios, falencias de la infraestructura, manipulación por los gobiernos de turno. Han incidido negativamente también, con no menor intensidad, ulteriores modificaciones al CPC que suprimieran la audiencia de saneamiento (ley 29.057) y la audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos, con lo que el proceso de conocimiento pleno se ha convertido en una vía predominantemente escrita (Monroy Gálvez y Cairo, 2011).

1.3. En la región resaltan igualmente las profundas reformas operadas en el *CPC brasileño*, de 1973, configuradas paulatinamente hasta el presente en cuatro etapas (Pellegrini Grinover y Watanabe, 2011).

a) En una primera instancia, la Ley 8.952, de 1994, modificó el texto del art. 273 del CPC, agregándole varios párrafos (que a su vez vinieron a sufrir adiciones de la Ley 10.444, de 2002), con lo que se implantó la *anticipación de tutela*(31)(31), bajo la influencia del *refèré* francés y la doctrina italiana. Con ello se fracturó el sistema dualístico que, hasta entonces, separaba el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución, y confinaba a cada uno de ellos en compartimentos estancos. En los términos

(31) Destacamos tan solo algunas de las obras más significantes: MARINONI (1992), (1996a), (1996b:75y ss.); Dinamarca (1995:138-148, 270-272); Nery Junior (1995:45-59, 122-123); Arruda Alvim (2008:389 y ss.); Barbosa Moreira (2004:77 y ss.); Bedaque (2006, *passim*); CARNEIRO (2004, *passim*). Una síntesis de las distintas posturas doctrinarias en torno a la interpretación del art. 273, puede verse en Fidélis Dos Santos y Fidélis Silveira (2008:300 y ss.).

del art. 273, se torna posible para evitar el peligro de daño irreparable y cohibir la defensa temeraria, la obtención inmediata de medidas ejecutivas (satisfactivas del derecho material del actor) dentro del proceso de cognición y antes de ser pronunciada la sentencia definitiva de mérito. La anticipación, no obstante ser provisoria, y susceptible de revocación, compone la litis posibilitando la virtualidad de los efectos ejecutivos y mandamentales de la decisión. Los proveimientos anticipatorios son sustancialmente monitorios; de ahí que se prevea la estabilización de la tutela anticipatoria, independientemente del proceso de conocimiento, siguiendo las recientes reformas italianas.

b) Un segundo momento de modernización del procedimiento de ejecución de sentencia ocurrió con la reforma del art. 461 del CPC. Por la redacción que le confiriera la Ley 8.952, de 1994 (complementada por la Ley 10.444, de 2002), la sentencia en torno del cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer debe conceder a la parte la “tutela específica”, de modo que siendo procedente el pedido, el juez “determinará providencias (liminares o sentencia) que aseguren el resultado práctico *-in natura-* equivalente al de implementación”. Para alcanzar ese objetivo se deberá, conforme al caso, adoptar resolución de anticipación de tutela y se podrá disponer –aún de oficio– medidas de coerción y apoyo, como multas diarias (*astreintes*), búsqueda y aprehensión, remoción de personas y cosas, demolición de obras e impedimento de actividad nociva. Se reconoce al acreedor el acceso a los actos de satisfacción de su derecho, sin depender del procedimiento de ejecución de sentencia. En otras palabras, las sentencias relativas a obligación de hacer o no hacer ya no se cumplen según las pautas de la *actio iudicati* autónoma, sino de acuerdo con las aludidas reglas del art. 461.

c) En una tercera e importante etapa de la secuencia de innovaciones, se introdujo en el CPC el art. 461-A, por virtud de la aludida Ley 10.444, de 2002, que extendió el criterio antes referido al ámbito de las acciones de conocimiento cuyo objeto fuere la entrega de cosa. También en relación a las obligaciones de dar o restituir, la tutela jurisdiccional deberá ser específica, de modo que el no cumplimiento voluntario de la condena acarreará, en las propias actuaciones en que se pronunció la sentencia, la pronta expedición de mandato de búsqueda y aprehensión o de inhibición en la posesión (art. 461-A, §2°).

d) Toda esa evolución remata con las reformas de la ejecución por cuantía cierta, traída por la Ley 11.232, de 2005. También la condena a pago de cantidades ciertas se simplifica notablemente, pues en el propio pronunciamiento de condena el juez asignará el plazo en que el deudor habrá de realizar la prestación debida. Transcurrido dicho término sin el pago voluntario opera, en la misma relación procesal en que la sentencia fue pronunciada, la expedición del mandato de embargo y valuación para preparar la expropiación de los bienes necesarios para la satisfacción del derecho del acreedor (nuevo art. 475-J).

e) Por último, resulta no menos fundamental la ley 10.358, de 2001, que introdujo modificaciones en las normas que regulan los deberes de las partes y sus procuradores, con el explícito objetivo de asegurar la efectividad de las decisiones judiciales, incorporando –aunque con ciertas particularidades– el denominado *contempt of court*, medida de coacción originaria de los sistemas del *common law*. De acuerdo al párrafo único del art. 14 del CPC, todo aquel que de algún modo actúe en el proceso podrá ser declarado responsable por la frustración integral o parcial del resultado de la prestación jurisdiccional, vale decir, por el desacato a la decisión judicial (o, si preferimos, por el *contempt of court*).

En la actualidad (2011), se gesta un nuevo Código de Proceso Civil con la finalidad de sistematizar y actualizar el ordenamiento vigente, para hacer efectivas las garantías constitucionales.

1.4. No ha habido, en cambio, modificaciones de fondo en *Colombia*. El CPC vigente de 1970 sufrió diversas reformas que han sido consideradas como simples esfuerzos coyunturales encaminados a solucionar la morosidad judicial y la pérdida de confianza en la justicia (Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela, 2011). A esa limitada finalidad responden las modificaciones introducidas como consecuencia de la ley de 1987 que se propuso una reforma integral del sistema judicial y por las cuales se substituyó sucesivamente más del cincuenta y cinco por ciento del texto original del CPC. Entre las

alteraciones más relevantes, se introdujo una audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio (1989), siguiendo la regulación de la audiencia preliminar en el CMI de 1988; varias reformas parciales, incluyendo medidas tendientes a la flexibilización del recurso extraordinario de casación (ley 446, de 1998); normas orgánicas sobre el sistema de mediación (ley 640, de 2001); desformalización de algunos requisitos de la demanda y modificaciones al régimen de notificaciones (ley 794, de 2003); desistimiento tácito que revive la perención procesal (ley 1194, de 2008). Importa consignar, a su vez, que la ley 270, de 1996, estatutaria de la administración de justicia, consagró diversos principios orientadores como el derecho fundamental de acceso a la justicia y otros no menos esenciales; complementariamente, la ley 1285, de 2009 ya aludida, creó los jueces de pequeñas causas con competencia municipal y local. Por último, se destaca la relevancia de la Constitución Política de 1991, que puede sintetizarse en tres aspectos: la constitucionalización de las garantías procesales; la constitucionalización del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales y la creación de la Corte Constitucional, que ya han sido referidos.

En su aplicación práctica, resalta la inoperancia de las sucesivas reformas al CPC que se patentiza en la necesidad actual de afrontar el siempre acuciante problema de la descongestión judicial que, hacia junio de 2010, ocupaba la preocupación del legislador (32). La supresión de los procesos de trámite escriturario y su reemplazo por los verbales, como un primer paso para introducir definitivamente la oralidad en los procesos civiles, seguía pendiente (Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela, 2011).

1.5. En *Venezuela* rige el CPC promulgado en 1986, que mantuvo la tradición del proceso escrito de doble instancia con publicidad limitada, apegada al principio dispositivo aunque restringido, por la figura del juez como director del proceso y la atribución de facultades de instrucción probatoria. En la práctica, sin embargo, se verifica la declinación en el ejercicio de tales facultades. Dicho ordenamiento pervive desde entonces, no obstante que la Constitución Bolivariana de 1999 configuró un modelo procesal totalmente distinto, al establecer el derecho fundamental de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, con la correlativa obligación del Estado de garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. Tan solemnes declaraciones, como aquella que afirma que la ley procesal adoptará un procedimiento breve, oral y público en la que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalismos no esenciales, esperan aún su concreción (Molina Galicia e Yrureta Ortiz, 2011).

1.6. El *ordenamiento procesal civil argentino* que está contenido en el CPCN de 1968, sufrió desde entonces diversas reformas que no innovaron en sus principios fundantes, tributarios del esquema escriturario y de doble instancia, desconcentrado y ajeno a la intermediación. La ley 22.434, de 1981, introdujo simples ajustes adoptando interpretaciones de la jurisprudencia. Posteriormente, la ley 24.573, de 1995, incorporó la audiencia preliminar que, sin embargo, fracasó en la práctica por motivos diversos, especialmente por tratarse de un mecanismo ajeno a los usos judiciales apegados al procedimiento escrito. El camino hacia un proceso por audiencias se cerró aún más al cabo de la sanción de la ley 25.488, de 2001, al suprimirse el tipo procesal sumario, verdadero plenario abreviado, uno de los mayores logros del ordenamiento de 1968. Se fragmentó en definitiva el sistema procesal, sin avanzar en las necesarias transformaciones estructurales. No es mejor el panorama en las legislaciones provinciales, excepto en cuanto a algunos avances en los procesos familiares. Así, entre otras en la Provincia de Buenos Aires donde rige la ley 11.453, de 1993, incorporada al CPC, que instituyó los tribunales de familia para entender en esos conflictos típicos mediante un proceso moderno, por audiencias, mixto, concentrado bajo la dirección e intermediación del juez. Se inicia a partir de una etapa previa a cargo del Consejero de Familia, un funcionario letrado que integra el órgano colegiado,

(32) La mayoría de las reformas introducidas en la legislación colombiana, se sostiene, han sido concebidas dentro de los esfuerzos por paliar los principales problemas de la justicia en general, principalmente la morosidad judicial, la corrupción y la litigiosidad (Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela, 2011).

en la cual se persigue la solución autocompuesta del conflicto bajo impulso y activa participación de aquel (Berizonce, Bermejo y Amendolara, 2001:23-26). Las indiscutidas bondades del sistema no han compensado, sin embargo, la excesiva duración de los procesos, lo que ha conducido a la sanción de modificaciones mediante la ley 13.634, de 2006, que no han alterado su estructura procedimental básica, aunque sí la orgánica al instituirse un órgano unipersonal cuyas decisiones son revisadas por la alzada.

1.7. Ha sido especialmente significativa la actitud del legislador *chileno*, que a partir de 1998 ha estado concentrado en una sucesión de modificaciones estructurales de las preceptivas procesales, comenzando por la reforma procesal penal. Incursionó ulteriormente en el régimen de los tribunales de familia (leyes 19.968 y 20.286) y de los procesos del trabajo (ley 20.087 y modif.), ya mencionados, siguiendo fuentes españolas; como también en la preceptiva regulatoria del arbitraje comercial internacional (ley 19.971). Al presente se encuentran en marcha los trabajos tendientes a la íntegra sustitución, en materia de proceso civil, del vetusto CPC de 1903, inspirado principalmente en las LEC españolas de 1855 y 1881. Básicamente se trata de un proceso escrito en instancia plural, estructurado en estrictas fases preclusivas, en el que el juez ejerce poderes limitados por la falta de intermediación en la instrucción probatoria, costumbre nociva que, junto con la proliferación de las impugnaciones, ha redundado en una marcada dilación del proceso y la desnaturalización de las garantías, por la ineficacia general que aqueja a todo el sistema (Pérez Ragone, Núñez Ojeda, 2011). De ahí que la doctrina autoral más prestigiosa auspice su pronta sustitución por un esquema más adecuado a los tiempos que corren (Tavolari Oliveros, 2000:311 y ss.; 2007:35 y ss.).

2. Del análisis de las reformas que se adoptaron en las últimas dos décadas en los ordenamientos de la región se desprende, en definitiva, que han afectado solo excepcionalmente las estructuras y los principios fundantes que son tradicionales. Únicamente en Uruguay ha sobrevenido la adopción plena del sistema de la oralidad mediante procesos por audiencias. Merece igualmente resaltarse el CPC peruano de 1993, si bien el sistema quedó rápidamente desnaturalizado. De su lado, las múltiples reformas introducidas al CPC brasileño de 1973 han tentado la transformación paulatina, en etapas sucesivas, con objetivos diversos. En los restantes ordenamientos los avances han sido escasos, sin operar transformaciones de esencia, motivados generalmente por la sola pretensión de agilizar los procedimientos tradicionales, todavía tributarios del sistema escriturario, desconcentrado y dividido en etapas marcadamente preclusivas. En general, tales reformas han contribuido escasamente a “modelar” el proceso; de hecho, el CMPCI de 1988 solo incidió decisivamente en Uruguay y parcialmente en Perú, como se señalara. Las transformaciones legislativas están aún pendientes.

VIII. Misión y papel de la jurisprudencia como receptora de los principios de las convenciones y tratados sobre derechos humanos

La influencia de los principios fundamentales que conforman el denominado genéricamente *derecho internacional de los derechos humanos*, el *bill of rights* universalmente reconocido en las convenciones y tratados internacionales –principalmente la CEDH replicada en la CADH–, repercutió con singular intensidad en los diversos ordenamientos latinoamericanos. Los Estados adherentes, que lo son la inmensa mayoría, asumieron compromisos internacionales a cuyo cumplimiento se obligan los distintos poderes estatales y, entre ellos, muy especialmente, la rama judicial (33). De ahí el creciente protagonismo de los jueces en la afirmación del *sistema de garantías* que, además y paralelamente, fue constitucionalizado en diversos países, en el lapso de las dos últimas décadas (*supra* § III).

En realidad, el fenómeno de la “globalización” del sistema de derecho y de enjuiciamiento, que tiene su base en el derecho internacional de los derechos humanos y los sistemas de protección

(33) Así, en Argentina: CSN, Fallos, 329:549, 553 y 2759. Es que el parámetro de la intervención judicial proviene de la Constitución que asegura los derechos fundamentales y su efectividad (Pellegri Grinover y Watanabe, 2011).

transnacionales, constituye una de las múltiples causas concurrentes (juntamente, entre otras, con la explosión de nuevas conflictividades, el mayor acceso a la justicia y el creciente protagonismo de la sociedad y sus entidades representativas en el proceso judicial, revalorizado como instancia privilegiada para el ejercicio de la democracia “deliberativa” etc.), que han generado, al menos tres fenómenos paralelos, complejos y recíprocamente influidos: la creciente *judicialización* de los conflictos, el *activismo judicial* y la, cuanto menos tangencial, participación de los jueces en el diseño de las políticas públicas.

1. En ese escenario, la jurisprudencia acoge, desarrolla y aplica los principios de las convenciones y tratados, tanto respecto de los derechos y situaciones sustantivas –*bill of rights* sustantivo–, cuanto a las garantías fundamentales del proceso civil. En punto a lo primero, se destaca la tutela preferente que habitualmente se concede a los derechos que integran el “núcleo duro”: derecho a la vida, a la salud, al medio ambiente sano, personalísimos, a la dignidad, a la educación, a la vivienda y a las condiciones dignas de vida y, en general, a los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC) (34); como también, a las situaciones objetivas que comprenden a determinadas categorías de personas –menores (35), incapaces (36), ancianos, mujeres, consumidores, usuarios de servicios, aborígenes (37), inmigrantes, desplazados (38), etc., sujetos considerados genéricamente en situación de vulnerabilidad (39). En algunos países, los pronunciamientos judiciales se sustentan en los derechos fundamentales que emanan de la Constitución y su interpretación y, concurrentemente, en los que derivan de los pactos –control de convencionalidad– y aún en la interpretación de los tribunales transnacionales america-

(34) En Colombia la tutela de los DESC fue evolucionando en la jurisprudencia a través de la interpretación extensiva del art. 4 de la ley 472/78, de acciones populares o de grupo para la tutela de los derechos colectivos. Así el Consejo de Estado ha protegido, entre otros, el derecho a la salud y el derecho a la educación, como prerrogativas de la prestación de un servicio público. Igualmente, en numerosos casos, se admitió la acción de cumplimiento del art. 87 CP Col. para tutelar a personas gravemente afectadas por la violencia y desplazadas de sus tierras. A su vez, la CC Col. tuteló en diversos casos el derecho al medio ambiente sano, aplicando el principio de progresividad con sustento en doctrina y normativa internacional; el derecho a la información y la libertad de expresión, con cita de precedentes de la CIDH; el derecho a la educación, asegurando esa prerrogativa a las minorías indígenas y a las comunidades afrodescendientes e imponiendo acciones positivas al Estado; el derecho a la salud en el caso de cobertura del plan obligatorio de salud a las parejas del mismo sexo o acogiendo la acción de tutela para la protección inmediata y total del derecho vulnerado; el derecho a la seguridad social, por conducto de la acción de tutela para asegurar el mínimo vital, o el derecho a la pensión del sobreviviente de la pareja homosexual; o el derecho a una vivienda digna, en vía de acción de tutela, dado el carácter de derecho fundamental y no obstante tratarse de un derecho prestacional; el derecho al mínimo vital para garantizar el subsidio de empleo temporal (Bejarano Guzmán, Toscano, Valenzuela, 2011). En Venezuela, la Sala Constitucional del TSJ, en vía del recurso de revisión constitucional, declaró el derecho de inamovilidad laboral del padre del recién nacido, extendiendo la garantía que cubre a la madre (sent. 547/6/2010). (Molina Galicia e Yrureta Ortiz, 2011).

(35) La SCJUr. resolvió un caso vinculado a los derechos del niño con apoyo en la CADH (Landoni Sosa y Pereira Campos, 2011)

(36) La CCCol. tuteló el derecho de los sujetos discapacitados, entre otros casos, en vinculación con el derecho a la no discriminación, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra la norma que prohíbe acceder al concurso de un cargo notarial a los sordos y mudos; o en vinculación con el derecho a la salud (Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela, 2011).

(37) La CCCol. se pronunció reiteradamente sobre la tutela de los derechos de los pueblos indígenas y el contenido del derecho a la diversidad étnica y cultural y a la autodeterminación, con sus proyecciones en la salud, la seguridad social y otros derechos (Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela, 2011).

(38) CCCol., sent. T 025 de 2004 y autos de cumplimiento de marzo de 2009, que se analizarán infra.

(39) Se mencionan diversas decisiones sobre derecho a un trato adecuado para las personas en condiciones de vulnerabilidad (Landoni Sosa y Pereira Campos, 2011).

nos); es el caso de Argentina (40); Colombia (41), Uruguay (42). En cambio, en Brasil generalmente las decisiones se apoyan de modo exclusivo en la Constitución (43).

2. Respecto de las *garantías fundamentales del proceso civil*, ya consideradas *supra* § III, en diversos países la jurisprudencia ha aplicado los preceptos de los art. 8º y 25 de la Convención Americana, como sustento concurrente de las propias garantías procesales contempladas en las constituciones –juez “natural”, debido proceso legal, juzgamiento en contradictorio, sentencia debidamente fundada dictada en tiempo razonable-. Así, en Argentina (44), Colombia (45), Perú (46), Uruguay (47).

Igualmente, las sentencias de los jueces han enfatizado el derecho a “un recurso sencillo y rápido”, consagrado por el art. 25 de la Convención, reforzando la operatividad de las vías legisladas –amparo, acción de tutela, acción, de protección, *mandado de segurança*-, para asegurar la tutela de los derechos fundamentales. Por caso, en Argentina (48), Perú (49), Uruguay (50), Colombia (51), Chile (Tavolari Oliveros, 2000:515-530), donde se ha remarcado la efectividad en concreto de los pronunciamientos (52).

(40) Véase Berizonce (2009:117 y ss.) y jurisprudencia que allí se cita.

(41) Se ha afirmado que la evolución progresiva de la jurisprudencia de la CCCol., resultado del activismo judicial a partir de interpretaciones amplias y flexibles de los textos normativos relativos a los derechos de incidencia colectiva y los DESC, no hubiera sido posible sin la referencia constante en los pronunciamientos a los diferentes instrumentos internacionales (Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela, 2011).

(42) En la jurisprudencia de los tribunales uruguayos en forma gradual y progresiva se han recogido principios de las convenciones internacionales, particularmente en materias del derecho a la vida y a la salud, derecho a la identidad, restitución internacional de menores, garantía del debido proceso, motivación de las decisiones judiciales, entre otras (Landoni Sosa y Pereira Campos, 2011).

(43) Todos los principios y reglas convencionales integran la C. Br., de modo que raramente la jurisprudencia remonta a los instrumentos internacionales (Pellegrini Grinover y Watanabe, 2011).

(44) Así, con sustento en los preceptos constitucionales y las convenciones sobre derechos humanos, la CSN Arg. declaró que la vida no es solo un derecho individual, sino también un bien social público y colectivo, que el Estado debe proteger (Fallos 223:3229); o el aseguramiento de las condiciones dignas de subsistencia (Fallos, 329:549); o las prestaciones educativas para una niña discapacitada (CSN, 30-9-08).

(45) Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela (2011) se exhiben especialmente sobre pronunciamientos de la CCCol. que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y la descalificación de la prueba ilícita. Sin embargo, la alusión a los principios convencionales y a la doctrina de los tribunales internacionales ha sido excepcional en el juzgamiento de las acciones colectivas; en cambio, sí se apoyan en aquellos principios, sea en la forma de *ratio decidendi*, sea como *obiter dicta* para justificar sus decisiones en vía de las acciones de tutela (ob. cit.).

(46) Monroy Gálvez y Cairo (2011), refieren sentencias del TC Per. sobre el debido proceso, con apoyo en pronunciamiento de la CIDH, y su operatividad en el procedimiento administrativo (ob. cit.).

(47) Landoni Sosa y Pereira Campos (2011), aluden a diversos pronunciamientos vinculados con el acceso al conocimiento de actuaciones administrativas (SCJ Ur.).

(48) La CSN Arg. declaró que los recursos de amparo no pueden resultar tardíos o inefectivos, especialmente en aquellos ámbitos vinculados a la vida o a la preservación de bienes culturales de una comunidad indígena (Fallos, 331:2119).

(49) Monroy Gálvez y Cairo (2011), quienes ejemplifican con casos relativos al derecho de reunión en que el TC Per. sigue precedentes del TEDH, y al debido proceso donde se sustenta en doctrina sentada por la CIDH.

(50) Landoni Sosa y Pereira Campos (2011), refieren diversas decisiones vinculadas al derecho a la salud, derecho de menores que pretendían condiciones adecuadas de reclusión, entre otras.

(51) Por caso, respecto del derecho a la seguridad social, la CCCol. declaró que si bien en principio la acción de tutela no es viable para garantizar la justiciabilidad de tal derecho, procede en ciertos supuestos concretos: transmutación del derecho; conexidad con un derecho fundamental o afectación del mínimo vital. O en relación al derecho a una vivienda digna, cuando se lo considere un derecho fundamental o por transmutación ante la falta de pago de un subsidio ya acordado, o ya en el caso de las personas desplazadas. O, también, en el caso de las personas con discapacidad. O tratándose de derechos de los pueblos indígenas (Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela, 2011).

(52) Las decisiones de la CCCol. que acogen la acción de la tutela, resultan particulares, no solo en cuanto a la celeridad con que se prescribe el cumplimiento, sino porque las medidas revisten un altísimo grado de concreción, en la forma de mecanismos procesales (principalmente de ejecución) preferentes (Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela, 2011).

3. Resaltan por su interés las construcciones de la jurisprudencia y la creación pretoriana que, en algunos países, se manifiesta como expresión de un creciente *activismo judicial* (53) en cierta categoría de conflictos que versan sobre derechos fundamentales, individuales y colectivos, a los que se confiere una *tutela procesal diferenciada*. Se tiende al aseguramiento en concreto de tales derechos mediante lo que se configura como una “justicia de acompañamiento” o protección, o “de resultados”, cuyas notas características son la accesibilidad para todos, aceleración del reconocimiento del derecho, simplificación de los trámites, prevalencia de la verdad objetiva (principio de la realidad litigiosa) y supremacía del derecho sustantivo por sobre los recaudos formales que resulten frustratorios. Las técnicas procesales que utilizan los jueces, generalmente por vía de interpretación creativa de normas legales y aún por creación pretoriana, son diversas y han sido enunciadas supra § V.7. Un ejemplo de su utilización se ofrece en la experiencia argentina (54).

4. En la proyección de las tutelas diferenciadas, resulta particularmente significativo el tratamiento que los jueces confieren, en algunos países, a los denominados *conflictos de interés públicos o estratégicos*, que atañen a los derechos colectivos sociales en general, incluyendo los derechos de la institucionalidad democrática.

4.1. A semejanza –y salvando las distancias– de la conocida experiencia norteamericana que tuviera su origen en la era de la Corte Warren en los años cincuenta y sesenta (FISS O., 2007: 21 y ss.), el denominado modelo de reforma estructural se ha utilizado recientemente en Argentina, por creación pretoriana de la CSN (55) y también en Colombia por la CCCol. (56). Se destacan como características típicas (i) el pronunciado *activismo procedimental de los jueces* (57) (i.i.), el método *dialogal* impulsado por el tribunal en un marco de mayor publicidad y transparencia del procedimiento –diálogo público entre las partes, con la participación abierta de organismos administrativos, grandes corporaciones públicas o privadas (58), enriquecido por la intervención de *amicus curiae*, como forma de

(53) Bejarano Guzmán, Toscano y Valenzuela (2011), aludiendo a la CCCol.

(54) Corresponde atemperar el rigor formal en beneficio de derechos de contenido alimentario, o en materia previsional (CSN Arg., Fallos, 315:1314; 306:1839, entre otros).

(55) Entre otros casos, cuando estaba en debate la defensa de los derechos de todas las personas detenidas en comisarías o establecimientos carcelarios de una provincia, ante la situación de colapso del sistema penitenciario (3-5-05, “Verbitsky H., s/ habeas corpus”, Fallos, 328:114, 6-9-06, “Lavado D. y otros”). O cuando se trataba de la tutela del medio ambiente, que por constituir bienes que pertenecen a la esfera social y transindividual, comprometen a los jueces, quienes deben actuar con particular energía para tornar efectivos los mandatos constitucionales, haciendo uso oficioso de sus facultades ordenatorias e instructorias a fin de proteger el interés general (CSN Arg., 20-6-06, “Mendoza B. y otros c. Estado Nacional y otros”, Fallos, 329:316, consid. 18). Igualmente, en casos de demandas para reclamar sobre deficiencias de las prestaciones de salud en los hospitales públicos (CSN Arg., 31-10-06, “Ministerio de Salud s/acción de amparo”, Fallos, 329:4741, y más explícitamente: Cám. Cont. Adm. y Trib. CABA, Sala I, 25-6-07, 23-12-08, La Ley Supl. Administrativo, Bs. As., febrero 2010, pp. 16 y ss..

(56) Se trata de una “megacausa” radicada ante la CCCol. relacionada con la situación en que se encuentran diversas comunidades que han quedado desplazadas territorialmente, a consecuencia del conflicto armado que aflige al país desde hace muchos años. La Sala Plena del tribunal asumió el seguimiento a la ejecución de las órdenes impartidas en la Sentencia T-025 de 2004 y autos de cumplimiento en marzo de 2009, para lo cual creó una Sala Especial de Seguimiento -SES- integrada por tres magistrados, que mantendrá su competencia hasta la superación del estado de cosas inconstitucional declarado por la CC.. La SES ha asumido tres líneas de trabajo: 1) seguimiento a la reformulación e implementación eficaz de cada uno de los componentes de políticas públicas en atención integral a la población desplazada; 2) el fortalecimiento de la coordinación interinstitucional y la corresponsabilidad entre la Nación y las entidades territoriales; y 3) el enfoque diferencial en materia de atención a mujeres, niños, personas y comunidades indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad y de la tercera edad (Vargas Silva, 2010:20-21).

(57) CSN Arg., 20-6-06, cit.

(58) CSN Arg., 3-5-05, cit., 20-6-06, cit., consid. 19; 24-2-2009, “Halabi E. c. PEN”. El régimen de audiencias públicas fue establecido por Acordada del tribunal N° 30/2007.

alentar la participación social en salvaguarda del interés general (59)-; (i.i.i.) la *función remedial* que asume el tribunal, cuyas decisiones están encaminadas hacia la búsqueda de “remedios” para una compleja situación planteada, de cara al futuro, ponderando los principios y valores en disputa (60); (i.i.i.i.) la pervivencia del “diálogo” interinstitucional durante la ejecución continuada de la sentencia, que facilita el cumplimiento de lo acordado, con el “acompañamiento” del tribunal (61) que, a menudo, queda involucrado en la reorganización de la institución o servicio en cuestión (62). De ese modo, los altos tribunales, y también los jueces inferiores (63), tienen la posibilidad de participar, siquiera tangencialmente, en la configuración de las *políticas públicas*, a través del ejercicio de un poder de “suplencia” de las omisiones legislativas y con la finalidad de tutelar los derechos fundamentales (64). Claro que cuidando celosamente de no invadir esferas de atribuciones propias de los poderes políticos, y a condición de sustentar sus decisiones en fundamentos racionales y motivaciones persuasivas que acotan el ámbito de la discrecionalidad y excluyen todo subjetivismo voluntarista. Se expresa de ese modo la dimensión discursiva de la democracia a través del quehacer judicial, que lo ejerce mediante la “representación argumentativa”, que coadyuva a complementar armoniosamente la representación política concretada mediante la ley.

4.2. A conclusiones similares ha arribado recientemente el STF Br., que ha sostenido que si bien es cierto que, de ordinario, no se incluye en el ámbito de las funciones institucionales del Poder Judicial la atribución de formular o implementar políticas públicas, excepcionalmente le corresponde toda vez que el incumplimiento de los encargos propios de los otros poderes, viniera a comprometer la eficacia o integridad de los derechos de jerarquía constitucional, aunque derivados de cláusulas de contenido programático. De ahí que el aseguramiento de la dignidad del hombre incluye las condiciones materiales mínimas de existencia (el “mínimo existencial”) y si los poderes de gobierno actúan de modo irrazonable, afectando aquel núcleo intangible, se justificaría la intervención del Poder Judicial (65). A partir de la C Br. de 1988, la tendencia generalizada de los tribunales, siguiendo al STF, es favorable al control de constitucionalidad de mérito (conveniencia y oportunidad) de los actos administrativos, cuando se trata de implementar políticas públicas, a consecuencia de la inercia o de corregirlas cuando resultan equivocadas. Las políticas públicas son construidas, así, por leyes, actuaciones administrativas y decisiones judiciales, envolviendo a todas las funciones del Estado (Pellegrini Grinover y Watanabe, 2011).

(59) CSN Arg., 24-2-2009, “Halabi E. c. PEN”. El régimen de los *amicus curiae* fue reglamentado por Acordada del tribunal N° 28/2004.

(60) CSN Arg., 3-5-05, 26-6-06, cit..

(61) CSN Arg., 3-5-05, 26-6-06, cit..

(62) En la “megacausa” del desplazamiento forzado en Colombia, la ejecución de la sentencia de inconstitucionalidad quedó a cargo de SES, ante la persistencia de la situación de vulneración de las garantías fundamentales por el estancamiento sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de las víctimas. La SES se centró en el estudio de todos los antecedentes, la evolución y las posibles fórmulas de solución a los problemas detectados en la reformulación de los componentes de la política pública de atención y prevención al desplazamiento forzado, entre ellos: prevención y protección, ayuda humanitaria de emergencia, salud, educación, vivienda, generación de ingresos, reubicación, reparación, etc.. A esos fines, entre 2009 y 2010 convocó siete audiencias públicas con distintas autoridades territoriales y del gobierno nacional, diversas organizaciones de la sociedad civil, observadores nacionales e internacionales, representantes de los pueblos indígenas y de comunidades afrocolombianas. En el mismo lapso, la SES dictó numerosas resoluciones, especialmente medidas cautelares urgentes y de protección inmediata para la salvaguarda de derechos fundamentales de comunidades indígenas y afrocolombianas (Vargas Silva, 2010).

(63) Así, en Argentina, en casos de deficiencias en las prestaciones de hospitales públicos: Cám.Cont.Adm. y Trib. CABA, Sala I, 25-06-07, 23-12-08, cit.

(64) La SES de la CCCol. tienen como una de sus principales y más ambiciosas misiones, el seguimiento a la reformulación e implementación eficaz de las políticas públicas de atención y prevención del desplazamiento forzado. Como se ha afirmado, se trata de proteger el calamitoso estado en que se encuentran los millones de víctimas, una tragedia que no cesará mientras se sigan produciendo desplazamientos por el conflicto armado (Vargas Silva, 2010).

(65) STF Br., ADPF 45-9, Mtro. Celso de Mello. (Pellegrini Grinover, 2008:9 y ss., especialmente 13-15).

5. En un balance y valoración crítica, puede afirmarse que el creciente protagonismo de los jueces en el Estado democrático de derecho, que en buena medida deriva de la defección de los restantes poderes en la atención y satisfacción puntual de los derechos fundamentales, resalta un fenómeno que se considera universal y que tiene particular incidencia en la región iberoamericana. Si bien deviene de importancia para sustentar la legitimación democrática de la judicatura, es lo cierto que el desempeño cabal de los nuevos roles enfatiza más que nunca la necesidad de su independencia funcional frente a los restantes poderes, requisito que –por la fragilidad institucional y una creciente “desconstitucionalización”–, lamentablemente, no se observa en algunos países. En esos contextos, es justificado aseverar que, en general, la jurisprudencia de los países de la región acoge los principios de los tratados y convenciones internacionales y, aún, en la mayoría de ellos, la propia jurisprudencia de los tribunales americanos. Por último, el creciente protagonismo de los jueces que deriva de algún modo en la *judicialización de la política*, contiene –como se ha alertado (66)– notorios riesgos, especialmente el de quedar atrapados en el dilema de tener toda la potencialidad para actuar, pero un muy menguado poder para imponer a los poderes políticos que se cumplan sus decisiones.

IX. Algunas consideraciones conclusivas

Los análisis que han sido desarrollados permiten arribar, desde la perspectiva del autor, a algunas consideraciones conclusivas de cierre, por cierto genéricas y sujetas a debate.

1. El estudio de los diversos ordenamientos procesales nacionales y el análisis fructífero de las instituciones, técnicas y procedimientos que los distinguen, en el contexto de sus transformaciones evolutivas, remite necesariamente a las grandes líneas directrices que alojan en el marco de los valores y principios fundamentales que los gobiernan. Se impone entonces bucear en profundidad para adentrarse en las propias Constituciones y en las genéricamente denominadas convenciones sobre derecho humanitario que los contienen. Es bajo esa visión, que los principios procesales adquieren renovadas tonalidades en su necesaria y estrecha sintonía con aquellos valores fundamentales, desde que, precisamente, su función y utilidad es la de concretizarlos en las legislaciones, y sobremanera guiar la interpretación judicial de las reglas, técnicas y procedimientos que se articulan.

2. El análisis en clave comparativa de las distintas legislaciones, sus instituciones y reglas particulares, ha de realizarse útilmente a partir de la contrastación prioritaria de aquellos bloques de principios, a la luz de su virtualidad práctica que traduce la visión sociológica, y en el marco de las respectivas tradiciones jurídicas.

3. Bajo esa visión metodológica, cabe aseverar que en los ordenamientos procesales civiles de los países de América Latina han pervivido, en general, las instituciones típicas de la tradición jurídica del *civil law* continental europeo de que se nutrieran en sus orígenes. En cierto modo, la mayoría de las legislaciones nacionales continúan “armonizadas” bajo el signo común de la sobrevivencia y “atadura” a sus raíces, y a las variables estructurales de aquella tradición.

4. Sin embargo, en su evolución, los distintos ordenamientos procesales han sido “infiltrados”, en mayor o menor medida, por instituciones típicas originarias o transmutadas del *common law* o aún del *civil law* europeo, en algunas de sus vertientes. En definitiva, los ordenamientos singulares de la región hispano-luso americana, han sufrido, bien que en intensidades diferentes, transmutaciones similares a las que han infiltrado a numerosos ordenamientos europeos (sean de las familias del *civil law* como del *common law*).

5. Ejemplos paradigmáticos de ese fenómeno universal, en América Latina lo constituye el ordenamiento procesal civil brasileño, por los múltiples y tan diversos “trasplantes” operados en su ordenamiento, particularmente en las últimas dos décadas, a través de un proceso receptivo y de adaptación que sigue en curso y que ha permitido, sin abandonar sus raíces histórico-culturales, “modelar” a

(66) Véase de Sousa Santos (2009:422 y ss.).

través de un ensamblaje singular, instituciones propias, algunas de las cuales, a su vez, así configuradas han “migrado” a otros ordenamientos del área. De ese modo, se ha replicado un fenómeno similar acaecido anteriormente con la experiencia del CGP uruguayo, que adoptara el CMPCI de 1988.

6. Las diversas y muy valiosas tentativas de armonización sistemática, por iniciativas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en cuyo seno se gestaron los CMPCI de 1988 y el CMPr.Col.I de 2004, todavía en curso, aún no han brindado los frutos esperados, más allá de su recepción en Uruguay y limitadamente en Perú y otros países, sin bien existen fuertes consensos favorables en el nivel doctrinario y aún en menor medida, recepción jurisprudencial. De hecho, se debate actualmente la actualización del CMPCI.

7. Se destacan, en general, por un lado, fuertes resistencias culturales producto del apego a tradiciones seculares y, quizás aún con mayor incidencia negativa, un persistente desinterés de los legisladores nacionales, en línea con la falta, en la mayor parte de los países, de consensos sobre políticas públicas de la justicia, coherentes y con vocación de permanencia. Carencias notorias que se inscriben en una situación que, en algunos de los países de la región, puede caracterizarse actualmente como de “desconstitucionalización” de las instituciones del Estado democrático de Derecho.

8. No obstante lo anterior, y precisamente por ello, se puede vislumbrar en buena parte de los ordenamientos, un naciente e inédito fenómeno que constituye básicamente una consecuencia de la globalización y de la tendencia general a la universalización cultural y jurídica. Dicho fenómeno se manifiesta por el acentuado protagonismo que paulatinamente van asumiendo los jueces, llamados a llenar el “vacío” producto de las omisiones de los poderes políticos, y que ante el impulso de una *participación social* cada vez más creciente, ejercen su misión a través de un *rol activo* para la tutela efectiva de los derechos fundamentales. En la región, el fenómeno asienta sus raíces en el notable movimiento de “constitucionalización” de los nuevos derechos –derechos sociales en general, derechos colectivos de consumidores y usuarios, ambientales, de la institucionalidad democrática-, promovidos en coincidencia con el retorno de la normalidad institucionalidad y democrática en buena parte de la región, a partir de los años 80, y en la operatividad de las convenciones internacionales sobre derechos humanos –especialmente la CADH-.

9. Producto de ese movimiento, se denota una cierta tendencia, particularmente notable en algunos ordenamientos, conducente a la afirmación del *sistema de garantías procesales*, que incluye novedosas instituciones, técnicas y procedimientos, desarrolladas en la legislación y especialmente en la jurisprudencia, y que constituyen verdaderas y propias *tutelas procesales diferenciadas*. En su proyección, dicha tendencia ha conducido, particularmente por impulso de los jueces de los tribunales superiores, a crear procedimientos y técnicas típicas para atender los denominados *conflictos de interés público*.

10. La tendencia señalada, si bien todavía en sus inicios y limitada tan solo a algunos ordenamientos, puede ser considerada como un novedoso (en la región) *modelo supranacional*, si no estructural al menos funcional, como punto de referencia para una suerte de “*armonización*” de hecho, que no proviene de modelos diseñados sistemáticamente sino que se va articulando de modo paulatino y dinámicamente a partir de la jurisprudencia de los tribunales. Paradigma que bien podría inscribirse como una concreción singular de aquella más abarcadora y universal idea que Mauro Cappelletti describiera magistralmente como la *tendencia transnacional del derecho y la justicia*, que puede considerarse insufla y domina en estos tiempos el más avanzado pensamiento de los juristas iberoamericanos.

X. Abreviaturas

CEDH Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950).

CADH Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969).

Com. IDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
 Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos.
 C.Br. Constitución de la República Federativa de Brasil.
 CN Arg. Constitución de la Nación Argentina.
 CP Col. Constitución Política de la República de Colombia.
 CP Per. Constitución Política del Perú.
 C. Ven. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
 C. Mex. Constitución de la República Mexicana.
 C. Ur. Constitución del Uruguay.
 STF Br. Supremo Tribunal Federal de Brasil.
 STJ Br. Superior Tribunal de Justicia de Brasil.
 CSN Arg. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.
 SCJ Ur. Suprema Corte de Justicia de Uruguay.
 TC Per. Tribunal Constitucional del Perú.
 CC Col. Corte Constitucional de Colombia.
 CSJ Col. Suprema Corte de Justicia de Colombia.
 CSJ Ven. Corte Suprema de Justicia de Venezuela.
 CPCN Arg. Código Procesal Civil de la Nación Argentina.
 CPC Br. Código de Proceso Civil de Brasil.
 CPC Col. Código de Procedimiento Civil de Colombia.
 CPC Per. Código Procesal Civil del Perú.
 CGP Ur. Código General del Proceso del Uruguay.
 LEC Esp. Ley de Enjuiciamiento Civil Española.
 CMPCI Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica.
 CMPr.Col.I Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

XI. Bibliografía

ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos. Traducido por L. Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

— “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, EN: Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho. Alicante, 1998-5, 139-151.

— Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Traducido por C. Bernal Pulidó. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

— Teoría de la argumentación jurídica. Traducido por M. Atienza e I. Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ARRUDA ALVIM. Manual de Direito Processual Civil. 12a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Le code-modele de procedure civile pour l’Amerique latine”, EN: Temas de Direito Processual, Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001, 191-200.

— “Antecipação da tutela”, EN: Temas de Direito Processual, Oitava Serie. São Paulo: Saraiva, 2004, 77 y ss.

— “A recente reforma da Constituição brasileira e o Supremo Tribunal Federal”, EN: Roberto O. Berizonce, Juan Carlos Hitters y Eduardo Oteiza (coords.). El papel de los Tribunales Superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello. Santa Fe: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, 2006, 555-569.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela anticipada. 4a. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. “La procesalización del derecho constitucional en Colombia”, EN: E. Ferrer Mac-Gregor y A. Z. Lelo de Larrea (coords.). La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho. México: UNAM, 2008, v. VI, 173-182.

BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, TOSCANO, Fredy, y VALENZUELA, Camilo. Models Laws and National Traditions. XVI International Congress of Procedural Law (Heidelberg, 25-30 julio 2011).

BERIZONCE, Roberto Omar. Derecho procesal civil actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot/LEP, 1999.

— Tutelas procesales diferenciadas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

— “La mediación en transformación”, EN: Revista de derecho procesal. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010a-2, 241-260.

— “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”, EN: Revista de derecho procesal: El derecho procesal en vísperas del Bicentenario. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010b, Número extraordinario conmemorativo del Bicentenario, 169-203.

— “Bases para actualizar el Código modelo procesal civil para Iberoamérica”, EN: Raúl Tavolari Oliveros (coord.). Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010c, v. I, 1306-1324.

BERIZONCE, Roberto Omar, BERMEJO, Patricia y AMENDOLARA, Zulma. Tribunales y proceso de familia. La Plata: LEP, 2001.

BONET NAVARRO, José. “La introducción del material fáctico en el proceso civil. Delimitación y forma de las alegaciones”, EN: Raúl Tavolari Oliveros (coord.). Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, 198-235.

CAPPELLETTI, Mauro. “Acceso a la justicia (como programa de reformas y como método de pensamiento)”, EN: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 1982-41, 165-184.

— “Appunti su conciliatore e conciliazione”, EN: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, 1981, 49-65.

CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant. El acceso a la justicia. Traducido por S. Amaral. La Plata: Colegio de Abogados, 1983.

CARNEIRO, Athos Gusmao. Da antecipação da tutela. 5a. ed. Río de Janeiro: Forense, 2004.

CARRIÓ, Genaro R. Principios jurídicos y positivismo jurídico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

DE HEGEDUS, Margarita y ROMERO, Alejandro. "La ejecución civil", EN: Raúl Tavolari Oliveros (coord.). Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, 516-549.

DE LOS SANTOS, Mabel y CALMON, Petrônio. "Informe general sobre tutelas urgentes y cautela judicial", EN: Raúl Tavolari Oliveros (coord.). Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, 365-396.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Sociología jurídica crítica. Bogotá: ILSA, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1995.

DOS SANTOS BEDAQUE, Roberto. Tutela cautelar e tutela anticipada. São Paulo: Malheiros, 2006.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. 4a. ed. Traducido por M. Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. "Democrazia costituzionale e diritti fondamentali", EN: E. Ferrer Mac Gregor y A. Z. Lelo de Larrea (coords.). La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho. México: UNAM, 2008, v. 1, 505-527.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Ensayos sobre derecho procesal constitucional. México: Porrúa, 2004, 48 y ss.

FERRER MAC GREGOR, Eduardo y SIMONS PINO, Adrián. "Los recursos en el proceso civil. Una mirada desde Iberoamérica", EN: Raúl Tavolari Oliveros (coord.). Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, 365-396.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane y FIDÉLIS SILVEIRA, Ivana. "Antecipação da tutela", EN: RePro, 2008-166, 300 y ss.

FISS, Owen. "Contra la conciliación", EN: El derecho como razón pública. Traducido por Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano. México: Porrúa-UNAM, 2005.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana. México: UNAM, 2002.

GILLES, Peter. "Civil justice systems and civil procedures in conversion. Main problems and fundamental reform movements in Europe: a comparative view", EN: RePro, 2009-173, 329-356.

GUZMÁN, Néstor Leandro. "Legalismo y constitucionalismo: como límites conceptuales en la interpretación de los principios procesales en un estado democrático de derecho", EN: Roberto Omar Berzonce (coord.). Principios procesales. La Plata: LEP, 2011.

LANDONI SOSA, Ángel y PEREIRA CAMPOS, Santiago. *Models Laws and National Traditions. XVI International Congress of Procedural Law* (Heidelberg, 25-30 julio 2011).

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela anticipatoria*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1992.

— *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2a. ed. São Paulo: Malheiros, 1996a.

— *Novas linhas do processo civil*. 2a. ed. São Paulo: Maleiros, 1996b.

— *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

— *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*. Traducido por A. Zela Villegas. Lima: Palestra, 2007.

MOLINA GALICIA, René e YRURETA ORTIZ, Yajaira. *Models Laws and National Traditions. XVI International Congress of Procedural Law* (Heidelberg, 25-30 julio 2011).

MONROY GÁLVEZ, Juan. *La formación del proceso civil peruano*. Escritos reunidos. 2a ed. aumentada. Lima: Palestra, 2004.

— “La reforma del proceso civil peruano quince años después”, EN: Eduardo Oteiza (coord.). *Reforma procesal civil*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2009, 125-195.

MONROY GÁLVEZ, Juan y CAIRO, Omar. *Models Laws and National Traditions. XVI International Congress of Procedural Law* (Heidelberg, 25-30 julio 2011).

MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan José. “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada”, EN: RePro, São Paulo, n° 109, 196 y ss.

MORELLO, Augusto Mario. *La Corte Suprema en acción*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot/LEP, 1989.

— *Admisibilidad del recurso extraordinario (el certiorari según la jurisprudencia)*. La Plata: LEP, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 45-59, 122-123.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl. “Crónica sobre la reforma del proceso civil chileno (fundamentos, historia y principios)”, EN: *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

OTEIZA, Eduardo. “El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino”, EN: F. Carpi y M. Ortells (eds.). *Oralidad y escritura en el proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad de Valencia, 2008, 413-426.

— “Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina”, EN: III Congreso Internacional de Derecho Procesal. *Garantismo y crisis de la justicia*. Cartagena de Indias, 2-4 setiembre de 2009.

— “La función de las Cortes Supremas en América Latina”, EN: Eduardo Oteiza (coord.). *Reforma procesal civil*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010.

— “Principios procesales: aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad”, EN: Roberto O. Berizonce (coord.). *Principios procesales*. La Plata: LEP, 2011.

OVALLE FAVELA, José. “Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia”, EN: J. Adame Godar (coord.). *Derecho privado*. México: UNAM, 2005.

PALOMO VÉLEZ, Diego. “Modelo procesal civil chileno. Conveniencia de articular una nueva regulación sostenida en oralidad como eje formal facilitador”, EN: A. de la Oliva Santos y D. I. Palomo Vélez (coords). *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, 159-175.

PARRA QUIJANO, Jairo. El rol actual de la jurisprudencia y los métodos de uniformación. Informe colombiano al VII Seminario Internazionale, Roma, 2002.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “Mudanças estruturais para o novo processo civil”, EN: A. Gusmao Carneiro y P. Calmon (org.). Bases científicas para um renovado Direito Processual, Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual 50 anos, 2006, v. 1, 3-8.

— “O Supremo Tribunal e a súmula vinculante”, EN: Roberto O. Berizonce, Juan Carlos Hitters, Eduardo Oteiza (coords). El papel de los Tribunales Superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006, 281-293.

— “Cambios estructurales en el proceso civil brasileño”, EN: A. de la Oliva Santos y D. I. Palomo Vélez (coords.). Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil. Traducido por J. J. Monroy Palacios. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, 651-673.

— “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”, EN: RePro, São Paulo, 2008-164, 9 y ss., 13-15.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada y WATANABE, Kazuo. Models Laws and National Traditions. XVI International Congress of Procedural Law (Heidelberg, 25-30 julio 2011).

PEREIRA CAMPOS, Santiago. El proceso civil ordinario por audiencias. La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil. Montevideo: Fernández y Cejas, 2008.

PÉREZ RAGONE, Álvaro. “Principios de la ejecución civil singular”, EN: Raúl Tavolari Oliveros (coord.). Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, 1112-1130.

— “En torno al proceso monitorio”, EN: A. de la Oliva Santos y D. I. Palomo Vélez (coords.) Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, 455-485.

PÉREZ RAGONE, Álvaro y NÚÑEZ OJEDA, Raúl. Models Laws and National Traditions. XVI International Congress of Procedural Law (Heidelberg, 25-30 julio 2011).

PROTO PISANI, Andrea. “Per un nuovo Codice di Procura Civile - Libro Primo”, EN: RePro, 2010-188, 205-251.

— Lezioni di Diritto Processuale Civile. 2a. ed. Nápoli: Jovene, 1996.

SIMON, Luis María. La aplicación del Código Procesal Civil modelo en Iberoamérica. Relato general, VII Seminario Internazionale Formazione e caratteri del sistema giuridico latinoamericano e problemi del processo civile, Roma, 2002.

SIMONS PINO, Adrián. “La evolución del proceso civil en Perú”, EN: Derecho procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas. Lima, Universidad de Lima, 2008, 19 y ss.

— “Poderes jurisdiccionales. El dilema entre el juez activo y el juez autoritario”, EN: A. de la Oliva Santos y D. I. Palomo Vélez (coords.). Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, 205-226.

STRECK, Lenio. Verdad y consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas. Traducido por A. Álvarez Aranda. Lima: Ara, 2009.

TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Traducido por B. H. Quintero. Bogotá: Temis, 2006.

— “Una alternativa a las alternativas”, EN: Páginas sobre justicia civil. Traducido por M. Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

— “Las funciones de las Cortes Supremas”, EN: Reforma procesal civil. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2010, 649 y ss.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *El proceso en acción*. Santiago: Libromar, 2000.

— “Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno”, EN: A. de la Oliva Santos y D. I. Palomo Vélez (coords.). *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, 35-52.

TEXEIRA, Salvio de Figueiredo. “O aprimoramento do Processo Civil como garantia de cidadania”, EN: S. de F. Teixeira (coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, 79-92.

THEODORO JUNIOR, Humberto. “Tutela diferenciada”, EN: *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia*. Milano: Giuffrè, 2005, v. III, 2528 y ss.

VARGAS SILVA, Luis Ernesto. “El papel de la Corte Constitucional. La tragedia del desplazamiento forzado”, EN: *Revista judicial, Consejo de la Magistratura, Bogotá*, junio 2010, 20-21.

VERDUGO MARINKOVIC; Mario. “Trascendencia política e institucional de los fallos dictados del Tribunal Constitucional”, EN: *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*. Santiago: Lexis Nexis, Instituto Chileno de Derecho Procesal, 2007, 479-495.

VESCOVI, Enrique (dir.). *Código general del proceso*. Montevideo: Ábaco, v. I, 1992.

— *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*. Bogotá: Temis, 1996.

— “Confrontación entre el Código Procesal Civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código Europeo”, EN: *Unificazione del diritto e rimedi alternativi per la risoluzione delle controversie civili nel sistema giuridico latinoamericano, estrato da Roma e America. Diritto Romano comune*. Roma: Mucchi, 1997a, 99-110.

— “Los códigos modelos. El código modelo para Iberoamérica”, EN: *El derecho procesal en el MERCOSUR*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1997b, 491-503.0

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Traducido por M. Gascón. Madrid: Trotta, 2005.

¿Temor objetivo de falta de objetividad?

POR NATALIA ARGENTI (*)

Sumario: 1. Palabras preliminares. — 2. Desarrollo del tema. — 3. Conclusión. — 4. Bibliografía.

Resumen

El tema que he seleccionado gira en torno a la caracterización de la actuación objetiva del fiscal en la instancia de debate, sobre el análisis de un caso concreto en el que el Titular de la Fiscalía General N° 1 de La Plata se inhibió para intervenir en un juicio invocando las palabras del título, esto es: "temor objetivo de falta de objetividad". Puedo resumir el objeto de esta empresa diciendo que intentaré defender el contenido del acto mencionado y poner al descubierto los beneficios que reporta la adopción del criterio allí esgrimido. El trabajo se despliega a lo largo de tres bloques que representan los beneficios que a mi modo de ver, reporta el temperamento inhibitorio sustentado en el dictamen que antecede, a saber: 2.1) Brinda cobertura a la objetividad del órgano acusador, 2.2) Custodia al "juicio de verdad" y 2.3) Mantiene al imputado en el eje central del proceso. Bloques en los que se conjugará información teórica y práctica especialmente agrupada a los fines de una exposición ordenada; en cuyo trayecto iré mostrando mi opinión personal, hasta cerrar el esquema por medio de una Conclusión.

Palabras clave: Objetividad - Acusación - Imputado

Abstract

The theme I selected focuses on the characterization of the performance objective of the Prosecutor at the instance of debate, on the analysis of a case in which the owner of the Prosecutor General N° 1 La Plata was inhibited to intervene in a lawsuit by invoking the words of the title, this is: "objective fear of lack of objectivity". I can summarise the object of this company saying that I will try to defend the content of the mentioned act and uncover the benefits that reports the adoption of the approach employed. The article unfolds along three blocks that represent the benefits that report, under my point of view, the inhibitory temperament based on the opinion above, namely: 2.1) provides coverage to the objectivity of the accusing body, 2.2) custody of the "trial of truth" and 2.3) keeps the accused on the central axis of the process. Blocks in which move theoretical and practical information especially grouped for the purposes of an orderly exhibition; in whose journey I'll be showing my personal opinion, to close the scheme through a conclusion.

Keywords: Objectivity - Indictment - Charged

1. Palabras preliminares

El tema que he seleccionado gira en torno a la caracterización de la actuación objetiva del fiscal en la instancia de debate, sobre el análisis de un caso concreto en el que el Titular de la Fiscalía General n° 1 de La Plata se inhibió para intervenir en un juicio invocando las palabras del título, esto es: "temor objetivo de falta de objetividad".

Puedo resumir el objeto de esta empresa diciendo que intentaré defender el contenido del acto mencionado y poner al descubierto los beneficios que reporta la adopción del criterio allí esgrimido.

(*) Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Procesal Penal, Cátedra II. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP

Dictamen

“Excmo. Tribunal Oral: Carlos A. Dulau Dumm, Fiscal General ante vuestro Tribunal Oral, me presento en la causa caratulada: “C. M. A. y otros s/ Inf. arts. 166, 167 y 164 del C.P.” (expediente n° 2721/08 con causa acumulada n° 2868/08) a fin de poner en vuestro conocimiento la imposibilidad de seguir entendiendo en el trámite de la presente causa por las razones que a continuación expondré y hacen a mi necesaria inhibición:

Para iniciar este dictamen creo conveniente hacer referencia a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en el Fallo “Lamas Fernando Pablo” L.117 XLII del 8/4/2008, en el marco del cual la defensa de los imputados dedujo recurso extraordinario contra la decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal que convalidó el rechazo de la recusación oportunamente articulada. Se invocó la violación a la garantía de imparcialidad objetiva por cuanto el Tribunal que pretendía juzgar a Lamas había dictado sentencia condenatoria respecto de su coimputado y al momento de fundar la sentencia condenatoria había valorado una declaración testimonial cuyos efectos incriminatorios también alcanzaban al imputado no juzgado (Lamas). La Corte hizo lugar al recurso de la defensa y de la mano del criterio sustentado en “Llerena” (Fallos 328:1491) entendió que existía un temor objetivo de parcialidad que imponía la inhibición del Tribunal.

Sobre el tema, la Corte ha enseñado también que las cuestiones vinculadas a la garantía de imparcialidad no dependen de la invocación del agravio por la defensa, sino que en salvaguarda del debido proceso (con el plexo de garantías que ello implica) han de ser tratadas de oficio, castigando el incumplimiento de la garantía del juez imparcial con la máxima sanción prevista en el código de rito: nulidad absoluta. Fallo Pranzetti Aldo s/ contrabando causa n° 8090 SC 1304 L. XLII del 1° de julio de 2008.

Si bien el temor objetivo de parcialidad como el mismo nombre lo indica protege el debido proceso en aras de la búsqueda del juez natural e imparcial para conocer en el caso concreto, no es menos cierto que el fiscal por imperio del art. 120 de la Constitución Nacional “tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad” y en tal dirección no puede actuar sino de un modo objetivo velando por un proceso justo, digno y respetuoso de las mandas de la Carta Magna.

Esa y no otra es la función que debe proyectar el Fiscal ante los ojos del imputado para que este no vea enervado su sentido de justicia. No podemos interpretar justicia como sinónimo de castigo, sino que justicia implica un proceso acorde a los estándares mínimos que hacen al debido proceso y como tal al más amplio despliegue del derecho de defensa.

El estadio procesal que prosigue a esta etapa intermedia, impone valoraciones objetivas y subjetivas sobre las cuestiones de hecho y prueba, y la intervención que he tenido en el debate oral y público que se realizó en la causa n° 1989/05 caratulada “G. J. P. y otros s/ infracción art. 170 del C.P. en concurso real con el art. 80 incisos 2, 6 y 7 del C.P.”; amerita mi desplazamiento en lo que hace al juicio a sustanciarse por la sustracción del automotor Volkswagen modelo senda Dominio SHF-540 que tendrá lugar contra los procesados M., J., R., L., E., D. y C., sumándose respecto del último de los nombrados el secuestro y muerte de Diego Peralta.

No cabe otra reflexión para interpretar el caso en estudio que de seguir interviniendo esta parte en la etapa del plenario, la necesaria transparencia que debe guiar el desarrollo del debate, corporizada como una real y efectiva intermediación, contradicción y posibilidad de despliegue de las estrategias de la defensa en su máxima expresión, se vería coartada.

Con las particularidades que acompañan el caso en estudio (misma víctima, mismos testigos, mismo escenario de los hechos, hecho conexo con vinculación probatoria al ya juzgado, existencia de una confesión comprensiva de los hechos a debatir que fue valorada al momento de concretar la hipótesis acusatoria y el pedido de pena, prueba atacada por la defensa que habrá de reeditarse indefectiblemente) sería lógico pensar que la permanencia del fiscal sería acompañada, valga la redundancia, de un temor objetivo de falta de objetividad.

La Cámara Nacional de Casación Penal ha valorado el conjunto de los factores antes apuntados para hacer lugar al pedido de recusación impetrado por la defensa en el incidente 2721/3/09 (fs. 150/153) para que los jueces que actuaron en el juicio oral de la causa 1989/05 resulten impedidos de conocer en el juicio a señalarse en estos actuados.

Debiendo aclarar que la inhibición postulada no pone en tela de juicio la capacidad jurídica de este Ministerio, ni la entereza moral o la imposibilidad de sobreponerse a decisiones ya tomadas, sino la impronta que imprime lo ya actuado por el titular de la acción sobre el derecho de defensa. En tal dirección y con el objeto de que el sentido de justicia no se vea perjudicado por las especiales condiciones que han de confluir en el presente expediente, soy de la opinión que el temperamento de apartamiento que propicio es el que más se adecua al respeto de las garantías constitucionales.”- La Plata, 10 de julio de 2010.

2. Desarrollo del tema

El trabajo se despliega a lo largo de tres bloques que representan los beneficios, que a mi modo de ver, reporta el temperamento inhibitorio sustentado en el dictamen que antecede, a saber. 2.1) Brinda cobertura a la objetividad del órgano acusador, 2.2) Custodia al “juicio de verdad” y 2.3) Mantiene al imputado en el eje central del proceso.

Bloques en los que se conjuga información teórica y práctica agrupada a los fines de una exposición ordenada; en cuyo trayecto iré mostrando mi opinión personal, hasta cerrar el esquema por medio de una Conclusión.

2.1) Brinda cobertura a la objetividad del órgano acusador (Beneficio 1)

El tema de la objetividad del fiscal, problemático e indefinido en rigor de verdad, no produce a diferencia de otros temas abordados por la doctrina, una actividad de cosmética jurídica que oculte sus dificultades.

La entidad de los conflictos en el camino de la ansiada “objetividad”, acompañada de una falta de respuesta legal y doctrinaria, que se agudiza en lo que a la etapa de debate oral se refiere.

En tal dirección Binder (2009) señala que:

“Como funcionario público el fiscal no puede actuar sino en base a la competencia que le ha dado la ley y a la finalidad de su función. Como se trata de un funcionario del Estado, no puede con su actividad lesionar las condiciones de legitimidad del propio Estado, al contrario, debe procurar fortalecerlas y ya hemos visto que dentro de esas condiciones de legitimidad se encuentra el respeto a principios de protección del imputado que están garantizados por las formas procesales. No queda muy claro en la doctrina en que consiste el principio de objetividad que debe guiar la actividad del fiscal. Pero ello no es más que otra manifestación de las muchas confusiones que existen alrededor de la figura del Ministerio Público (...) De lo que debemos dejar constancia es que el principio de objetividad no es algo asimilable a la imparcialidad judicial, ni nace de una defensa “abstracta” de la ley, ni constituye a los fiscales en “cuasi” defensores públicos de los imputados. Se trata de una construcción compleja que será difícil dilucidar mientras no se clarifiquen todas las funciones del Ministerio Público y se establezca su papel institucional.” (Binder, 2009:131-132)

Problema que también apunta Guzmán (2008) diciendo:

“Fácilmente se advierte que son muchas las cuestiones problemáticas que se plantean en este segundo ámbito de operatividad (vale decir, el requirente) del principio de objetividad fiscal, que no hallará respuesta en este trabajo pero que, sin embargo, obligan a la reflexión. De todas maneras, con lo visto hasta aquí respecto de las importantes repercusiones que dicho principio tiene en el ámbito del que sí me he ocupado con mayor detenimiento (esto es, el ámbito investigativo), parece innegable el valor fundamental del principio estudiado, pues de él depende, en gran medida, una mejor y más adecuada realización de otros pilares del sistema procesal penal: la defensa en juicio del imputado, la paridad de armas entre acusación y defensa, la carga acusatoria de la prueba, la lealtad procesal y,

por último, el mejor conocimiento de la verdad de lo ocurrido como presupuesto de la imposición de sanciones (castigos) contra el imputado (...)" (Guzmán, 2008:247)

Del mismo modo que se infieren rispideces de la letra del artículo de Bertolino (2008):

"Gramaticalmente analizado, el término "objetivo", tomado en sus dos primeras acepciones, nos dice, en un sentido, lo "perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o sentir", y en otro, aquel que es "desinteresado o desapasionado" (...) juzgar o discernir "objetivamente" implica recorrer un camino trazado por el enjuiciamiento penal para acceder a la "verdad procesal" en tanto se tiene por "objetivizado" dicho acceso, en definitiva: un modo de actuar para conocer la verdad". En la pág. 53 dice "Puede advertirse que corrientemente se piensa en el "criterio objetivo" del fiscal como deber a observar más que nada en la fase investigativa del proceso penal; sin embargo, dicho deber se extiende a la totalidad del procedimiento. En la etapa preparatoria, el "criterio objetivo" deberá desplazar una averiguación "acrítica", es decir, una indagación efectuada sin "discernimiento" -tomado aquí este término como sinónimo de "criterio" - respecto a una hipótesis delictual, hacia donde se dirigirá primordialmente -en esta fase- la actividad del Ministerio Público Fiscal. Pero como anticipamos, el deber de objetividad igualmente se impone en las restantes etapas del procedimiento." (Bertolino, 2008:47-48).

Revelada sucintamente la problemática existente, me adentraré de la mano de la doctrina, en la caracterización de los rasgos más notorios de la aludida "objetividad".

Binder (2000) al desarrollar su teoría sobre la triple fundamentación de las formas procesales expone:

"1) El sistema de garantías, que sólo protege al imputado (y sólo él) de la violación de los principios pensados para salvaguardar su persona del uso abusivo de poder penal. Según este sistema, las formas procesales son mecanismos de protección. Las formas son la garantía misma que permite detectar la violación de uno de esos principios (en realidad todos derivados de la idea final de juicio previo por lo que todos pueden ser explicados como una teoría del juicio penal). 2) El principio de institucionalización del conflicto, según el cual las formas procesales regulan el derecho de la víctima a la repartición de su ofensa en base a su derecho a la tutela judicial efectiva, pero siempre institucionalizado (prohibición de autodefensa). Dando una forma a una protección condicionada, que nace de la idea misma de las limitaciones a la autodefensa. 3) El principio de objetividad que rige la actividad del Ministerio Público a la correcta defensa de los intereses a su cargo, que son siempre los de una víctima, particular o colectiva (...)" (Binder, 2000: 49-50)

En las páginas 51-52 enumera las consecuencias que extrae de dicha triple fundamentación:

"...rige un principio de protección del imputado, que obliga a resolver esos conflictos siempre a favor suyo (favor rei), dejando a salvo los casos en los que el imputado no tiene un real perjuicio o pretende que el Estado se comporte por fuera de las condiciones de legitimidad de su accionar. El imputado debe gozar de la máxima protección, pero no es dueño del proceso ni puede obligar a un actuar irrazonable del Estado. Asimismo el Estado no puede tener un actuar razonable y legítimo si con ello lesiona un principio de protección del imputado. Por eso si bien el imputado está protegido por las formas que garantizan los principios, no es el dueño exclusivo de ellas. Cuando esas formas son también manifestación de la protección de otros intereses o de las condiciones de legitimidad del Estado que complementan la prevención general o constituyen una forma de ella (prevención general inversa) se generan conflictos que no son fáciles de resolver. Así como el Estado no puede usar argumentos de protección del imputado para construir soluciones que lo perjudiquen en concreto (falso paternalismo del proceso, tan común en la jurisprudencia de nulidades) tampoco el imputado puede pretender ser juzgado por fuera de las condiciones que le otorgan legitimidad a la actuación de los funcionarios estatales y que constituyen una de las manifestaciones más claras del Estado de derecho. Por ejemplo, no podría pretender que se lo torture para probar su inocencia o que se lo castigue sin un mínimo de formalidades (éste es el problema de la constitucionalidad del procedimiento abreviado). Cuando el Estado no acepta estas soluciones no lo hace por paternalismo, para

proteger al imputado más allá de su voluntad sino para salvar sus propias condiciones de legitimidad. Sin embargo, si existe conflicto entre esas condiciones y los principios de protección del imputado, siempre prevalecerán estos últimos". (Binder, 2000:51-52)

Los artículos doctrinarios de Alfaro (2008), Bertolino (2008) y Guzmán (2008) se avocan casi con exclusividad a describir las particularidades del principio de objetividad del fiscal en la etapa de investigación: reglas positivas que impelen al fiscal a realizar medidas de prueba que incluso favorezcan al imputado, peticiones desinteresadas en defensa de la legalidad, elaboración de la hipótesis acusatoria en forma plausible y no arbitraria, relativa a un supuesto de hecho encuadrable en una norma, con autocrítica, apertura a la corroboración empírica y a la refutación amplia; y sólo poseen escasas referencias sobre la actividad del fiscal en la etapa del debate. Así Guzmán (2008:247) se ocupa de la actividad requeriente, en el juicio, limitándola al juego de la duda en favor del enjuiciado.

En mi opinión las caracterizaciones que realizaron los autores aludidos, si bien como dije, se refieren al principio de objetividad en la etapa de colección probatoria, deben extenderse a la etapa de juicio -y hasta proyectarse con mayor vigor-. Ya que de lo contrario no tendría sentido poblar de buenas prácticas a la investigación, si las mismas pierden intensidad al cursar la asignatura del debate. Guzmán (2008) explica:

"El principio de objetividad del fiscal, entonces, en su dimensión epistemológica, no puede significar más que esto: una actitud -que debe verse reflejada en la actividad procesal del fiscal- de permanente autocrítica ante sus propias hipótesis, y de apertura respecto de las vías (léase hipótesis) alternativas que eventualmente proponga el imputado y de las pruebas que, en confirmación de aquéllas, aquél sugiera. Por lo tanto, este principio exige del órgano de persecución penal un verdadero esfuerzo, pues conlleva la duda como método y una disposición a admitir eventuales errores, que le serán marcados por su "contraparte" en el proceso (el imputado), cada vez que le sugiera que indague nuevas hipótesis y que produzca determinadas pruebas pues sabido es que difícilmente un investigador decida emprender otros caminos distintos a los trazados en el inicio de su investigación", a lo que debo sumar que más difícil será reconocer un yerro, una interpretación incorrecta, cuando en un juicio anterior a través de dichas actividades obtuvo nada más ni nada menos que una condena privativa de la libertad -y de la máxima magnitud posible- (...) una actuación fiscal que soslaye el sometimiento de las pruebas por él obtenidas en su investigación a toda refutación y contrapueba razonablemente posibles conlleva tanto una censura ética en el proceder del acusador, como una invalidación epistemológica de sus conclusiones (y, por lo tanto, una invalidación también jurídica, pues tales conclusiones serán arbitrarias, por derivarse de una investigación conducida arbitrariamente -en el sentido de unidireccional, dogmática y acrítica-) y en la 234 dice que "...este principio adopta la forma de una garantía del imputado, en la medida en que es una prolongación de su derecho de defensa en juicio (que conlleva el derecho a ser oído y a que se produzcan las pruebas que lo favorecen), pues se trata, antes que de una obligación derivada de una (mal entendida) finalidad de averiguar la "verdad", de una obligación para el fiscal de atender a la crítica, único modo en que el imputado puede ejercer eficazmente aquel derecho fundamental. Además, sólo una investigación sometida rigurosamente a posibles refutaciones podrá proporcionar los elementos sobre cuya base sea factible afirmar, en términos serios y aceptables (vale decir, motivadamente), que se halló la verdad en tomo a cómo ocurrieron los hechos (...) regla de garantía del imputado con un doble alcance: garantía de libertad (en cuanto permite una mejor y más eficaz defensa enjuicio) y garantía de verdad (en cuanto la apertura a la crítica y el espíritu de autocrítica sólo pueden coadyuvar a la obtención de una verdad de "mejor calidad"). (Guzmán, 2008: 224 y 226)

En su obra Cafferata Nores (1998) expone que:

"Los integrantes del Ministerio Público deben ser objetivos en su actuación persecutoria debiendo procurar la verdad sobre la acusación que preparan o sostienen, y ajustarse a las pruebas sobre ella en sus requerimientos o conclusiones (resulten contrarias o a favor del imputado). No pueden ocultar, por cierto, los elementos de convicción favorables a la defensa (...) Este deber de objetividad tiene su reflejo en los códigos que autorizan al Ministerio Público Fiscal a pedir el sobreseimiento o requerir la

absolución del imputado e, incluso, a interponer recursos en su favor. El Ministerio Público Fiscal, entonces, no es un acusador a outrance: sus requerimientos estarán orientados por lo que “en derecho constitucional, penal y procesal, corresponda”, pues sólo así cumplirá bien su función de promover la acción de la justicia ‘en defensa de la legalidad (art. 120, CN). Esta idea se refuerza con aquellas disposiciones procesales que establecen su imposibilidad de actuar en algún caso concreto, si lo comprendiera respecto de cualquiera de los interesados una causa de inhibición o recusación (que son casi las mismas que se prevén respecto de los jueces) (...) El imperativo de objetividad también exige que los funcionarios del Ministerio Público Fiscal se responsabilicen de que todos los instrumentos procesales que tienden a vincular a una persona con el ejercicio del poder penal del Estado por atribuírsele participación en un delito, sean ejercitados no sólo sin arbitrariedad, sino también sin automatismo, con racionalidad. Cuando estudia la legalidad dice que, pág. 74: “...el apego a la “legalidad” exigirá a los fiscales respetar los derechos del ciudadano implicado por ellas, lo que configura (...) un límite a la independencia de criterio de aquellos y un cauce para su actuación”. (Cafferata Nores, 1998: 72).

Una cuestión no menor es aquella que deriva de la relación entre el principio de objetividad y los principios de unidad y indivisibilidad propios de un sistema de organización jerárquica del Ministerio Público Fiscal.

En la Resolución PGN 130/04 el Procurador explicó la estructura del Ministerio Público Fiscal, sus relaciones internas y el comportamiento funcional esperado:

“Es un principio entendido que la independencia de los órganos jurisdiccionales es una condición esencial para garantizar su imparcialidad, lo que requiere que los jueces tengan independencia funcional no sólo respecto de los otros poderes del Estado, sino también de los demás magistrados que componen el Poder Judicial. No sucede lo mismo en el caso del Ministerio Fiscal, pues su independencia respecto de los demás poderes estatales no se proyecta internamente en las relaciones entre sus integrantes, y ello por las simple razón de que la imparcialidad, a cuyo servicio se halla concebida la independencia funcional absoluta que caracteriza al magistrado judicial, es una cualidad que es ajena, por definición, al rol del Fiscal. Es que si bien en la tradición europeo continental en la que se inscribe la legislación nacional, el fiscal no es un persecutor a ultranza, sino un órgano estatal que debe orientar su actuación en criterios de verdad y justicia (principio de objetividad); lo cierto es tampoco es un tercero imparcial, pues su función consiste precisamente en ser el contradictor del imputado, una posición completamente contraria a la neutralidad que caracteriza al magistrado judicial. Así el Ministerio Público tiene una estructura jerárquica, lo cual por definición supone relaciones de subordinación, estando su funcionamiento regido por los principios de unidad y coherencia de actuación (art. 1 de la ley 24.946). Tales principios de jerarquía, coherencia y unidad constituyen principios generales de organización del Ministerio Fiscal de validez universal en el derecho de cuño europeo-continental (...) y han estado presentes desde siempre en nuestro ordenamiento legal. (...) La necesidad de establecer para el Ministerio Fiscal una actuación con características de unidad y coherencia resulta de la pretensión de asegurar la igualdad ante la ley que proclama nuestra Constitución Nacional, valor que en el caso de los jueces se ve sacrificado, como se ha expuesto, por la necesidad de preservar su imparcialidad, pero que recobra toda su virtualidad en el ejercicio de la función requirente del Ministerio Fiscal. Además, resulta de toda evidencia que en las cuestiones jurídicas controvertidas, una actuación heterogénea por parte de los fiscales, conforme a sus propias concepciones individuales, quizás hasta contradictorias, no sólo conspiraría contra la igualdad jurídica, sino también contra el objetivo de delinear de un modo coherente y racional la política criminal y de persecución penal del Ministerio Fiscal, tarea encomendada por la Ley Orgánica al Procurador General art. 33, inciso “e” de la ley 24.946). Es en esta inteligencia que la ley otorga al Procurador General de la Nación la facultad de dictar instrucciones generales, como manifestación de esa estructura jerárquica, y con el fin de lograr la unidad y coherencia de actuación del Ministerio Fiscal (arts. 31 y 33 inc. d), de la Ley 24.946). (...) De lo expuesto se colige entonces que la autonomía que posee cada funcionario para interpretar el derecho cede cuando el Procuración General de la Nación, como máxima autoridad del Ministerio Fiscal, ejerce la facultad de unificar criterios de actuación en la persecución penal por medio de una instrucción general. Y es precisamente en atención a dicha obligatoriedad que la

ley prevé la posibilidad de que cada fiscal pueda dejar a salvo su opinión personal cuando actúa en cumplimiento de una instrucción emanada del Procurador General (art. 31 de la Ley Orgánica)."

Diseñado entonces el Ministerio Público Fiscal a la luz de las palabras indicadas, indagaremos ahora sobre los modelos teóricos y sus consecuencias.

Maier (2003) enuncia:

"(...) cuando esta organización jerárquica y las reglas que son su consecuencia (facultad de instruir, de sustituir y de devolución) quieren compatibilizarse con los principios que caracterizan la función de la fiscalía en el Derecho europeo-continental y, por recepción, entre nosotros, básicamente, con el principio de legalidad, que incluye el deber de ajustarse a la verdad histórica que revela el caso, los problemas emergen por doquier. Existe cierta resistencia natural en el par conceptual legalidad-organización jerárquica (que implica la facultad de dar instrucciones), de la misma manera que existe cierta afinidad en el par conceptual legalidad-organización horizontal (con independencia funcional para quien es titular del poder en el caso) (...)" (Maier, 2003: 330).

La obra de Ferrajoli (1997) reclama de los órganos requirentes las garantías de independencia y de sujeción a la ley, diciendo

"(...) es necesario romper con un lugar común: la idea de que los órganos de la acusación deban ser estructurados jerárquicamente, e incluso depender de alguna articulación del poder ejecutivo o legislativo, sólo por el hecho de que se encuentran situados fuera del orden judicial. Al contrario, lo que se precisa, en garantía de la obligatoriedad de la acción penal y por tanto de sujeción sólo a la ley, es también la total autonomía del órgano, encargado de su ejercicio, frente a cualquier poder o condicionamiento (...)" (Ferrajoli, 1997: 570).

Como solución intermedia surgen atinadas las palabras de Binder (2000:331), que expresan: "(...) limitar el contenido material de las instrucciones, que no pueden lesionar el mandato legal de aplicar la ley penal sobre la base de la averiguación de la verdad histórica, como parámetro básico de justicia (...)"

2.2) Custodia al "juicio de verdad" (Beneficio 2).

"En un Estado de derecho el juzgamiento de una persona, a resultas de la cual puede perder su libertad, a veces por el resto de su vida, está regulada por un conjunto de principios conformados históricamente y que tienen la finalidad de proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades cometidas a lo largo de la historia por ese poder de encarcelar a los conciudadanos que se le reconoce al Estado, por lo menos por ahora. (...) A partir del proceso de constitucionalización que se desarrolla desde el siglo XIX esos principios se consideran como el núcleo central de un Estado de derecho y por ello han sido consagrados en todos los pactos internacionales de derechos humanos. Pero esos principios no sólo están reconocidos sino que están garantizados. (...) Por tal razón, el nivel de adecuación de un sistema procesal a los principios del Estado de derecho no se mide solamente por la incorporación de esos principios al orden normativo, sino por el grado en que ellos estén *garantizados* (pág. 57) (...) Las formas reaparecen modificados de la mano de la "indagación", modo específico de organización de la persecución penal. En los siglos XVIII y XIX, a la par del desarrollo del pensamiento liberal (Beccaria, Montesquieu, Filangieri, Pagano, luego Carrara, etc.) con los materiales a gestarse una nueva ingeniería institucional del proceso penal, orientada a la contención de la violencia y la arbitrariedad del poder penal, de la cual deriva lo que hoy, desde Ferrajoli, llamamos *sistema de garantías*. Por eso ese sistema de garantías tiene vínculos muy profundos con la idea de indagación (en términos actuales de *proceso cognitivo*) y el papel de la verdad dentro del proceso penal (pág. 58). (...) De allí el vínculo estrecho entre idea de verdad y el sistema de garantías, pero también el modo como se relaciona esa verdad con ese sistema: vínculo que no se explica por la idea de "meta del proceso" o por la simple afirmación de la necesidad de construir la verdad". En la pág. 71 explica que "El sistema de garantías funciona sobre la base del binomio "verificable - verificación". Por eso, por un lado se fijan condiciones rigurosas acerca de los verificable, es decir, de aquello "sobre lo que es insoslayable

decir verdad”, aumentando los requisitos que se deben verificar (por ejemplo, que lo punible sea una acción legalmente prevista, descripta exhaustivamente, atribuible a un apersona responsable de ella, lesiva de terceros, etc.) y por el otro estableciendo requisitos que generen condiciones rigurosas para la verificación. El momento central de la verificación es el juicio, con sus características provenientes no sólo de las exigencias legales o principios políticos, sino de su anclaje en la estructura del conflicto. De allí que nacen las líneas troncales de las garantías procesales” (Binder, 2000: 55-56).

Sentado lo expuesto, llegó el momento de reseñar los caracteres que puede asumir el órgano acusador del procedimiento.

En su libro Maier (2003) efectúa una descripción teórica de dicho sujeto procesal, denotando los avances del sistema acusatorio sobre el inquisitivo:

“Abandonada la idea de la Inquisición histórica, en el sentido de un proceso penal gobernado sólo por la representación de una encuesta de un órgano estatal, y por tanto sin las garantías que proporciona en él un Estado de derecho, resta todavía una elección: o bien nos pronunciamos por un procedimiento acusatorio en sentido propio, esto es, en sentido material, por un *proceso acusatorio privado*, dominado por la actividad de los particulares, el ofendido (*acusación privada*) o los ciudadanos en general (*acusación popular*), con eliminación del acusador o actor estatal de la base de nuestras preocupaciones, según sucede, en principio, en Inglaterra, dónde, básicamente, se conserva el sistema de acusación popular y privada, o bien nos pronunciamos, básicamente, por un *procedimiento oficial*, conservador de la máxima inquisitiva fundamental, la persecución penal en manos del Estado, y, por ende, dominado por la idea de *acusador público o estatal*, representado por la organización del ministerio público penal, la fiscalía, que asume, frente a los jueces -también funcionarios estatales, el papel formal de *actor penal*. Esta idea que consiste en separar funciones estatales para posibilitar una resistencia eficiente a la imputación penal por parte del imputado -tornar posible la defensa del imputado de frente a una acusación formal de un acusador visible, también representante del Estado, como los jueces, pero distinto de quienes lo juzgarán-, tiene por fin, por lo demás, preservar la nota de *imparcialidad* de los jueces del caso en ese tipo de procedimiento oficial, quienes de este modo no necesitan juzgar como cierta o incierta.” En la pág. 322 expone que el *principio de legalidad* implica que “la tarea de los órganos estatales que intervienen en el procedimiento esté presidida por las mismas reglas y que, cuando se separa formalmente a aquellos funcionarios públicos cuya tarea fundamental es perseguir penalmente (*los fiscales*), de aquellos cuya tarea básica es decidir (*los jueces*), la persecución penal (*acción penal*) (...) se exprese gobernada por la necesidad (obligatoriedad) de su ejercicio frente a hipótesis de comisión de un delito de acción pública, que no puede hacerse cesar por la voluntad del funcionario persecutor (*irretractabilidad*) hasta conseguir la decisión judicial” del mismo modo que conduce “a la necesidad de fundar sus dictámenes y la actividad de la fiscalía en criterios objetivos respecto de la construcción de la verdad acerca del objeto procesal proceso” e ilustra al principio de objetividad como aquel “que rige no sólo la actividad de los jueces, sino, también, la tarea del ministerio público, entre nosotros. Tal afirmación implica, necesariamente, el rechazo a todo a idea relativa al desarrollo de un interés subjetivo o de utilidad política -no contenido en la ley- como meta de la actividad desarrollada por la fiscalía en el cumplimiento de su misión; y tal implicación desemboca, precisamente, en la advertencia de que la construcción de la verdad por los jueces, para fundar sus decisiones, es gobernada por las mismas reglas que rigen para la fiscalía. De allí a sostener, por esta misma razón, que la fiscalía no cumple la función material de una parte del procedimiento, sino que antes bien, sólo formalmente está puesto en esa condición, para facilitar la defensa del imputado, que, por ello, el proceso penal no es un proceso de partes, a semejanza de otros procedimientos judiciales, y, por fin, que la fiscalía no cumple el papel material de un acusador, no hay ni siquiera un trecho: tales afirmaciones representan sólo un desarrollo del principio (Maier, 2003: 317-318 y 322-323).

Al ocuparse de los modelos teóricos de proceso Ferrajoli (1997: 604-605 y 610-611), bajo el título “*El juicio. Cuándo y Cómo Juzgar*” critica, desde la forma de construcción de la verdad, los elementos que componen un sistema inquisitivo y enaltece las bondades del acusatorio. El primero secreto, escrito, con ausencia de contradicción y de defensa, con un carácter monista y monologante de la actividad

procesal, gesta una verdad única, absoluta o sustancial sin admisión de puntos de vista contrastantes (*dictum* de un solo sujeto/relación vertical inquisidor-inquirido). El segundo, trazado por una investigación empírica a través del método de ensayo y error que admite el libre desarrollo del conflicto entre las partes del proceso, con amplio desarrollo de las garantías procesales en materia de prueba y de defensa que hacen posible la verificación y refutación, con la carga probatoria a cargo del acusador para desvirtuar la presunción de inocencia (contienda entre varios sujetos/ relación triangular entre dos partes y un tercero *super partes*). En la pág. 604 expone en punto al segundo sistema que: “concibe la verdad como el resultado de una controversia entre partes contrapuestas en cuanto respectivamente portadores del interés en el castigo del culpable y del de la tutela del acusado presunto inocente hasta prueba en contrario”. Con absoluta claridad explica en la pág. 613, bajo el rótulo “*El derecho de defensa y el contradictorio*”:

“(…) el desplazamiento de la carga de la prueba sobre la acusación comporta, lógicamente, el *derecho de defensa* para el imputado (…): Sostiene que la condición epistemológica de la prueba descansa sobre tal garantía:

“(…) la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas. La *defensa*, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el *contradictorio* entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes. La epistemología falsacionista que está en la base de todo método no permite juicios potestativos sino que requiere, como tutela de la presunción de inocencia, un procedimiento de investigación basado en el conflicto, aunque sea regulado y ritualizado, entre partes contrapuestas. Esta concepción del proceso como contienda o controversia se remonta (...) al paradigma de la *disputatio*, elaborado, por la tradición retórica clásica y recibido, a través de la experiencia inglesa, en el proceso acusatorio moderno. Y expresa los valores democráticos del respeto a la persona del imputado, la igualdad entre las partes contendientes y la necesidad práctica -además de la fecundidad lógica- de la refutación de la pretensión punitiva y de su exposición al control por parte del acusado. Continúa diciendo en la pág. 614 que “Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa está dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos. La primera de estas dos condiciones exige que el imputado esté asistido por un defensor en situación de competir con el ministerio público (...) ‘en el reinado de una legislación oscura y complicada, de un modo de enjuiciar lleno de fórmulas y cargado de nulidades’, es necesaria la defensa técnica de un abogado de profesión para restablecer la igualdad entre las partes, respecto a la capacidad y para compensar la desventaja inherente a la inferioridad de condición del imputado” (Ferrajoli, 1997:613)

Asimismo y para proteger las garantías que llama primarias entiende necesarias un segundo grupo de garantías -instrumentales o secundarias “garantías de garantías”: la publicidad y la oralidad del juicio, la legalidad o ritualidad de los procedimientos y la motivación de las decisiones.

También Guzmán (2008) reclama un fiscal con autocrítica:

“El principio de objetividad del fiscal, entonces, en su dimensión epistemológica, no puede significar más que esto: una actitud -que debe verse reflejada en la actividad procesal del fiscal- de permanente autocrítica ante sus propias hipótesis, y de apertura respecto de las vías (léase hipótesis) alternativas que eventualmente proponga el imputado y de las pruebas que, en confirmación de aquéllas, aquél sugiera. Por lo tanto, este principio exige del órgano de persecución penal un verdadero esfuerzo, pues conlleva la duda como método y una disposición a admitir eventuales errores, que le serán marcados por su “contraparte” en el proceso (el imputado), cada vez que le sugiera que

indague nuevas hipótesis y que produzca determinadas pruebas pues sabido es que difícilmente un investigador decida emprender otros caminos distintos a los trazados en el inicio de su investigación”, a lo que debo sumar que más difícil será reconocer un yerro, una interpretación incorrecta, cuando en un juicio anterior a través de dichas actividades obtuvo nada más ni nada menos que una condena privativa de la libertad -y de la máxima magnitud posible-. (Guzmán, 2008:224).

En la pág. 226 efectúa una cita muy ilustrativa invocando la frase de Francesco Carnelutti (1) que dice: “Cuando más fuertemente se agita la duda, mayor es la probabilidad de poder conseguir la verdad. A este fin ayuda, y hasta es necesario, que la duda se concrete en un duelo.” (Guzmán, 2008:226)

A su vez Bertolino (2008) postula un fiscal permeable a la igualdad de armas, para ello recurre a la obra de Kai Ambos (2):

“Sobre este particular ha señalado Kai Ambos que, según la concepción moderna, la igualdad de armas exige que las partes puedan presentar el caso bajo condiciones que no impliquen ninguna posición desventajosa respecto de la contraparte. Pues bien, ante la existencia, en la fase preparatoria, de una cierta desigualdad motivada por la “discrecionalidad” del Ministerio Público Fiscal, concomitante a la llamada “investigación integral”, nos parece que el criterio “objetividad” vendrá a contribuir -si no derechamente a configurar- una suerte de necesaria compensación respecto a aquella innegable desigualdad en las situaciones y posiciones jurídicas del acusador y del acusado. En cuanto a la fase de juicio se refiere, habrá también que vincular “objetividad” con “hechos”, y en esta relación ver, aunque sólo lo decimos a título de ejemplo, cómo funciona en la realidad de esta etapa el derecho del imputado al control de la prueba” y una actuación leal (págs. 49/50) “También se puede verificar la existencia de un “deber” para el fiscal de obrar con “lealtad” (...) confrontados “lealtad” y “objetividad”, se impone, sin más, una clara *complementariedad* entre ellos. En efecto, existe entre ambos un terreno común, el de los hechos: el fiscal deberá tratar los hechos “de la causa” de manera objetiva, es decir, deberá atenerse al objeto y dejar a un lado su manera subjetiva de pensar; en definitiva se le está exigiendo una actuación leal, siempre en dirección al “objeto de la controversia”. Justamente en el terreno genérico de la “lealtad” corresponde, a nuestro juicio, situar la cuestión específica referida al ocultamiento de prueba a la defensa por parte del fiscal, tal como lo contemplan expresamente algunos ordenamientos procesales penales argentinos.” (Bertolino, 2008: 50-51).

De incalculable valor son las palabras vertidas por Ferrajoli (1997) sobre el juicio de verdad:

“A diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la jurisdiccional, en el estado de derecho, es una actividad no sólo práctica o prescriptiva, sino además teórica; o mejor aún, es una actividad prescriptiva que tienen por necesaria justificación una motivación total o parcialmente cognoscitiva” (...) Verificabilidad y verificación de las motivaciones (...) son por otro lado, las condiciones constitutivas de la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad de las decisiones judiciales. Y valen como tales para garantizar ese específico derecho fundamental que interesa al derecho penal que es la inmunidad del ciudadano inocente frente a puniciones arbitrarias (...). Una actividad cognoscitiva, aunque incluya inevitablemente opciones, convenciones y momentos de decisión, no puede, por principio, someterse a otros imperativos que no sean los inherentes a la investigación de la verdad. (...) El principio de autoridad, aunque la autoridad sea “democrática” y expresión de la mayoría o incluso la unanimidad de los asociados, no puede ser nunca criterio de verdad (...) el ejercicio del poder judicial, tanto en sus funciones de enjuiciamiento como en las de acusación, incide sobre las libertades del ciudadano como individuo. Y para el individuo el hecho de que tal poder sea ejercido por la mayoría no representa en sí mismo ninguna garantía: “cuando siento que la mano del poder pesa en mi frente”, escribe Tocqueville, “me importa poco saber quien me oprime y no estoy más dispuesto a poner mi cabeza bajo el yugo porque un millón de brazos me lo presenten” (...) la verdad del juicio y la libertad

(1) Carnelutti, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Buenos Aires, 1999, p. 100.

(2) Véase Kai Ambos. *Principios del proceso penal europeo*, Bogotá, 2005, p. 55.

del inocente, que constituyen las dos fuentes de legitimidad de la jurisdicción penal, requieren órganos terceros e independientes de cualquier interés o poder; la *verdad*, por el carácter necesariamente libre y desinteresado de la investigación de lo verdadero (...)” (Ferrajoli, 1997: 542-546).

A renglón seguido de recalcar la necesidad de un juicio regular, expone:

“(...) el principio de jurisdiccionalidad -al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio (axioma A7), y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y refutación (tesis T63)- postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena. (...) Este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable. (...) Es ésta la opción sobre la que Montesquieu fundó el nexo entre *libertad* y *seguridad* de los ciudadanos: “la libertad política consiste en la seguridad o al menos en la convicción que se tiene de la propia seguridad” y “dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas”, de modo que “cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad”. En consecuencia -si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias -la presunción de inocencia no es sólo una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de *defensa social*; es esa “seguridad” específica que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.” (Ferrajoli, 1997: 549).

Sentado el marco teórico aludido, y todas sus derivaciones ideales, es necesario traer a colación el costado práctico del tema exhibido por Maier (2003: 373-376) cuando reconstruye las facciones reales de la etapa de debate en el proceso argentino, al que denomina “procedimiento inquisitivo reformado” con la asistencia perfecta de tintes inquisitivos: jueces que incorporan prueba de oficio, que ejercen el poder de dirección y disciplina en la audiencia, que interrogan al imputado y a los órganos de prueba.

Observaciones que también formula Ferrajoli (1997) cuando critica a los procesos inquisitivos y a los mixtos, diciendo de éste último que dada la yuxtaposición de una instrucción inquisitiva y un juicio acusatorio se trata de un “monstruo”, señalando a su vez que no es menos monstruo el proceso anglosajón fruto de:

“(...) una unión híbrida entre el carácter público de la acusación y de los órganos a los que está asignada, de derivación inquisitiva, y la discrecionalidad de su ejercicio, que es de ascendencia acusatoria. Porque en efecto es completamente absurda la figura de un acusador público -poco importa que sea electivo- no sujeto a la ley y dotado del poder de elegir arbitrariamente que infracciones penales sean merecedoras de persecución (...) siendo perfectamente compatibles con el modelo teórico acusatorio formas autónomas, libres y subsidiarias de acción popular, dirigidas a integrar la acción del ministerio público en defensa de los derechos e intereses, individuales o colectivos, ofendidos por el delito (...)” Ferrajoli (1997: 569-570).

Por la misma senda Cafferata Nores (1998) escribe:

“El paradigma “mixto” o “inquisitivo mitigado” de enjuiciamiento penal, preponderantemente en argentina, no es respetuoso de la Constitución Nacional, sobre todos después de la incorporación a ella, y a su mismo nivel, de los más importantes tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22, CN) que han dejado fuera del campo de la interpretación jurídica muchos aspectos del proceso penal (v.gr., la oralidad y publicidad del juicio) para transformarlos en texto expreso e *indiscutible*. Este nuevo (y viejo) modelo diseña al proceso como un instrumento imprescindible e insustituible para la aplicación, exenta de arbitrariedad, de una sanción penal (...) Y también establece que la función de perseguir y acusar sea diferente e independiente de la de juzgar y punir y pone a cada una a cargo de órganos públicos diferenciados y autónomos entre sí; entiende que la función de juzgar no puede, sin grave riesgo para su imparcialidad ni para la igualdad de partes, asumir atribu-

ciones de persecución; e impone que la verdad procesal debe procurarse a través de la contradicción entre los intereses opuestos que se enfrentan en el proceso (...)” (Cafferata Nores, 1998: 13).

Teniendo en cuenta aquellas observaciones prácticas, el cometido de mi trabajo parece tambalear, ya que la pregunta que no tarda en llegar es la siguiente: Si el fiscal en el debate es un espectador igual que el imputado y el protagonismo lo tiene el tribunal ¿que sentido tiene tratar de dotar de transparencia la actuación del fiscal si ésta no resulta decisiva para el resultado del juicio?

En defensa de mi empresa tengo dos argumentos, el primero, de impacto liminar, relativo a que una deformación práctica no puede resultar hábil para justificar una trasgresión al debido proceso, y el otro, que se entronca en la forma de trabajo de los Tribunales Orales 1 y 2 del departamento judicial de La Plata, orientado en la idea de erradicar las prácticas de estilo inquisitivo (por ejemplo: imposibilidad de incorporación por lectura de testimonios no judicializados, imposibilidad de incorporación por lectura de testimonios judicializados sin notificación a la defensa, abstención del tribunal de suplir o mejorar la prueba ofrecida por la defensa y la fiscalía, imposibilidad de producción en el curso del debate de prueba ya conocida en la instrucción pero no ofrecida como prueba -388-, imposibilidad de ampliación de la pretensión fiscal por hechos conocidos en la etapa instructoria que integren el delito continuado o representen circunstancias agravantes -art. 381-, limitación de la capacidad de pregunta del órgano judicial restringida a la formulación de preguntas aclaratorias -art. 384 y 389-, pedido fiscal como límite a la actividad sancionatoria del juez -calificación, hechos y pena-.

Dicho lo anterior, pienso que la posición que intento desarrollar debería ser transitada con naturalidad y sin mayor grado de complejidad que el que implica el “apartarse” del camino del proceso en aras a un juicio justo. El fiscal voraz de la literatura jurídica norteamericana, cuyo perfil luce nítidamente retratado en la nota 55 del trabajo de Guzmán (2008) no puede tener lugar en nuestro proceso:

“Se sostiene que, generalmente, “la ‘tasa de condenas’ constituirá la unidad de medida de la eficacia de una oficina fiscal, y aquellos que contribuyan al incremento de esa tasa serán quienes progresarán” (cfr. BANDES, ob. cit., p. 484; también MEDWED, Daniel, *The Zeal Deal: Prosecutorial Resistance to Post-Conviction Claims of Innocence*, en *Boston University Law Review*, vol. 84, 2004, p. 138). El hecho de que el “prestigio” o la “eficacia” del fiscal suela ser medido en estos términos no es para nada un problema menor en este asunto. Es que, pensado en términos psicológicos, dicha circunstancia seguramente estará siempre, y en todos los casos, en la mente del fiscal cuando desarrolla su investigación y expone sus conclusiones. Cómo no recordar, en este punto, las palabras con que William de Baskerville le explica a su discípulo Adso la incidencia de ese factor en el modo de proceder del inquisidor Bernardo Gui: “...a Bernardo no le interesa descubrir a los culpables, sino quemar a los acusados” (ECO, Umberto, *El Nombre de la Rosa*, Buenos Aires, 2006, p. 459) (...)” (Guzmán 2008: 222).

Explica Maier (2003:348-349) que el fiscal estadounidense sólo esta obligado a observar reglas de lealtad y buena fe para con el adversario en el litigio (fair play).

Así deviene ideal la cita que realiza Alfaro (2008:372) de Carnelutti diciendo “el proceso no se hace para penar, sino para saber si se debe penar”.

2.3) *Mantiene al imputado en el eje central del proceso (Beneficio 3)*

En las líneas siguientes, invito a la imaginación a adentrarse en una parodia dividida en dos tramos o partes.

Primera parte: Representada por un procesado, detenido, que tiene fecha próxima de debate, y conoce las herramientas que dentro del maletín jurídico llevará a la cita junto a su abogado defensor.

Posee precedentes de importancia:

a-Conoce las conquistas del Fallo Llerena L.486 XXXVI 2005.

(conquista 1): reconocimiento como una grave restricción al debido proceso a la falta de neutralidad del juzgador -C.5º y 6º-, (conquista 2): protección ante un vicio objetivo de del procedimiento

ajeno a las cualidades subjetivas o personales del juez - C.10º y 12º-, (conquista 3): justificación del apartamiento por actos con tendencia de avance del proceso contra el imputado -C. 12º y C. 23-, (conquista 4): preservación de la confianza de los ciudadanos y sobre todo del imputado en la administración de justicia como pilar del sistema democrático, alejando la figura de un juez enemigo -C. 13º y 24º - C. 18º Dr. Petracchi- y (conquista 6): reconocimiento objetivo de la dificultad de dejar al descubierto el error propio, sin perjuicio de la efectiva capacidad moral del juez de reponerse a sus propios yerros -C. 39º del voto indicado-.

b- También conoce la doctrina del caso de la CSJN, 8/4/2008, Lamas Pablo Fernando s/ Homicidio agravado -recusación- causa 2370”, L. 117.XLIII 2008: “La sentencia condenatoria dictada en un juicio respecto de los computados de un procesado rebelde (o habido con posterioridad) implica tener por válidas y probadas una serie de afirmaciones fácticas, y puede invocarse como violación al debido proceso y como una condición adversa para el correcto ejercicio del derecho de defensa”.- Considerandos 3º y 6º-.

c- Del mismo modo, sabe los lineamientos fijados por la sentencia de la CIDH, 2/7/2004, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas, Serie C n° 107 “En relación al proceso penal, es menester señalar que la Corte, al referirse a las garantías judiciales, también conocidas como garantías procesales, ha establecido que para que en un proceso existan verdaderamente dichas garantías, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” -Consideración n° 147-.

d- Posee el Fallo de la CNCP, Sala I, 20-12-2005, Cho Joon Hee s/rec. de casación (c.6449), reg. 8408

“(…) la ley fundamental al igual que lo hacen la ley orgánica del Ministerio Público y el Código Procesal Penal de la Nación ha encomendado a los representantes del Ministerio Público Fiscal como función esencial, no sólo la de excitar la actuación del órgano jurisdiccional del Estado sino también la de velar ya que ello necesariamente incumbe a los ‘intereses generales de la sociedad’ para que el proceso penal por él instado se desarrolle en un marco de respeto a las normas que lo regulan. De ello se sigue que más allá de su posición de parte en sentido formal, por cierto en el expediente judicial, en escalón más elevado aún, se encuentra la de garante de la legalidad del proceso (...) En realidad, si bien es cierto que el fiscal resulta la contraparte formal del imputado, esa posición que adquiere en el marco del proceso no lo releva sobre todo cuando el acto cuya validez constitucional se discute en autos se emparenta más con la defensa que con la misión acusatoria de una actuación conforme a la ley, circunstancia que, a nuestro modo de ver, implica, en cuanto a esa actuación se refiere, la de conducirse con imparcialidad. (...) los elementos característicos de la previsión de imparcialidad (“falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas... o (el) proceder con rectitud” conf. Manuel Ossorio, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Ed. Heliasta, Brasil, 2001, p. 491)”, se encuentran indemnes al tiempo de haberse tomado la declaración indagatoria de los imputados (...) ello no puede ser de otra manera, toda vez que como se apuntó si bien al tribunal no se le escapa que el fiscal en virtud del desdoblamiento de las funciones estatales de acusar y juzgar enfrenta los intereses del acusado, lo cierto es que la puja existente entre ambos sujetos procesales siempre deberá llevarse a cabo, pues así lo ordena la Constitución Nacional, en el ámbito de la legalidad y teniendo como norte el hallazgo de la verdad material. Muestra de esto último son los derechos que le asisten y la obligación en que se halla el fiscal de solicitar, cuando corresponda, la desestimación de la denuncia, el sobreseimiento o la absolución del imputado, y hasta de recurrir en su favor.”

e- Sabe que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que la garantía constitucional de la igualdad importa: 1) que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones y, 2) que las distinciones establecidas por el legislador entre supuestos que

estime distintos no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de diferenciación aunque el fundamento sea opinable (CSJN Fallos 270: 374; 274:334; 277:358; 3012:1094 y 1186).

Lleva respaldo normativo:

a-. Artículos 18 y 120 de la Constitución Nacional; 8.1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 inc. g) y h) de la Ley n° 24.946, Ley Orgánica del Ministerio Público. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 23 de marzo de 1998.

b- Directrices sobre la Función de los Fiscales Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba 27/8 a 7/9/1990), dictadas sobre las siguientes consideraciones: "Considerando que los pueblos del mundo afirman en la Carta de las Naciones Unidas, entre otras cosas, su resolución de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia, y proclaman como uno de sus propósitos la realización de la cooperación internacional en el desarrollo y el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra los principios de la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia y el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial. Considerando que en muchos casos la realidad todavía no corresponde a los ideales en que se fundan esos principios, Considerando que la organización y la administración de la justicia en cada país debe inspirarse en esos principios y que han de adoptarse medidas para hacerlos plenamente realidad". El 11 reza: "Los fiscales desempeñarán un papel activo en el procedimiento penal, incluida la iniciación del procedimiento y, cuando así lo autorice la ley o se ajuste a la práctica local, en la investigación de delitos, la supervisión de la legalidad de esas investigaciones, la supervisión de la ejecución de fallos judiciales y el ejercicio de otras funciones como representantes del interés público", el 12 "Los fiscales, de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal" y el 13 "En cumplimiento de sus obligaciones, los fiscales: (...) inc) b) Protegerán el interés público, actuarán con objetividad, tendrán debidamente en cuenta la situación del sospechoso y de la víctima, y prestarán atención a todas las circunstancias pertinentes, prescindiendo de que sean ventajosas o desventajosas para el sospechoso".

Cuenta con apoyo doctrinario de importancia:

Que le ha enseñado que en el modelo de enjuiciamiento de corte continental la presencia de la figura del fiscal en el proceso, se justifica ante la necesidad de imponer un legítimo contradictor al imputado para que este pueda ejercer su derecho de defensa en juicio; colocando al órgano judicial en un lugar neutral. Entonces sabe que conforme a la génesis del acusador público, el derecho de defensa en juicio sería la vertiente del principio de objetividad y que el fiscal será un digno oponente: no le ocultará prueba, le permitirá un contradictorio serio, no será una máquina programada para acusar.

Se ha interiorizado sobre el sistema argentino y cree que la intervención del fiscal, a diferencia del acusador norteamericano, no va a medirse en términos de eficacia (tasa de condenas) o a través de la vara del prestigio profesional del que ocupa el rol, sino en torno a la producción de un juicio justo.

Por todo ello está convencido, que va a poder refutar en el juicio. A dicha capacidad de refutación, de lucha por colocarse en una situación que le resulte más favorable, no la equipara a la necesidad de que su contradictor sea neutral, ya que ello resultaría una falacia, ello porque sabe que arribó al debate como consecuencia de una hipótesis de trabajo fiscal claramente descripta (conforme lo manda el art. 347 del C.P.N.) y también conoce que el fiscal de juicio intentará mantenerla. Pero sin perjuicio de ello, conserva incólume, en su haber, todas las herramientas de defensa, y de la más alta tecnología acorde con las exigencias internacionales. Hablando en sentido corriente, pretende tener

la posibilidad de ofrecer pelea, y sabe que podrá recibir uno o mil golpes, pero todos ellos tienen el límite inherente a la buena práctica -sin golpes sucios, ni trampas-.

Segunda parte: Este tramo final transcurre el mismo día del juicio oral. En el estrado están sentados 3 jueces imparciales (en un todo de acuerdo a lo que posee en su haber identificado como punto 1); pero frente a él está ubicado como su “legítimo contradictor” el mismo fiscal de juicio que actuó en el debate de sus coimputados en el que contestó en forma negativa el bagaje de nulidades planteadas antes de la apertura del debate (sobre temas delicados que poseen controversias judiciales y doctrinarias: testigos de identidad reservada, declaraciones excluidas por el vínculo, indagatoria sin defensa técnica del coimputado que confesó el hecho y aportó en forma minuciosa las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el hecho e individualizó a quienes participaron en su ejecución ilustrando los roles efectivos desarrollados por cada uno de los 6 coimputados), en el que miró la prueba con los ojos de la inmediación (espontaneidad), en el que movió dicha prueba al ritmo del contradictorio (preguntó y repreguntó), en el que valoró el plexo probatorio de acuerdo a la sana crítica y con el grado de certeza propio del debate -certeza absoluta- y consignó su “verdad” llevando adelante una hipótesis acusatoria que resistió todos los embates de las defensas (sometió su hipótesis de trabajo a la máxima refutación posible, que no puede ser otra que la que auspicia el marco del juicio oral) y en el que pidió para todos los coimputados la máxima sanción

Entonces con esa hipótesis acusatoria testeada, defendida, refutada sin éxito y que derivó en la máxima condena posible (reclusión perpetua) todas las bondades que pensaba que lo acompañaban al debate comienzan a evaporarse y siente que ha recibido un golpe mortal:

a) Piensa que está indefenso, no porque no tenga defensor de confianza (imaginemos que cuenta con el mejor defensor oficial o con el abogado de la matrícula más costoso en orden a su sapiencia) sino porque no duda en que habrán de fracasar todos sus intentos defensivos. Entiende que su juicio se hace para penar no para saber si se debe penar.

b) Vaticina una imposibilidad de cambio de tesitura o ejercicio de autocrítica, ya que de variar su opinión, estaría dejando al descubierto un error en el juicio de los coimputados ya “presos con prisión perpetua”.

c) Ve como se cierran en forma hermética las fisuras del edificio acusatorio que podrían dar paso a la duda. No hay duelo posible en términos de Francesco Carnelutti. Siente que el principio de inocencia fue fusilado por la espalda, sin siquiera haber podido empuñar el arma de la duda; y que la igualdad de armas era tan sólo una utopía.

d) Toma como letra muerta al inc. b) del art. 13 de las Directrices sobre la Función de los Fiscales, en el entendimiento de que la intervención del fiscal le reportará una desventaja.

e) Da por perdida toda posibilidad de construcción, como resultado del juicio, de una hipótesis de verdad distinta a la del juicio anterior, relegando a un nivel simbólico toda posibilidad de refutación.

f) Desde el prisma de la igualdad le cuesta encontrar razones concretas -no argumentaciones dogmáticas abstractas- para afirmar que puede afrontar su juicio en un pie de igualdad con los otros 6 coimputados.

No cree bajo ningún concepto que el cambio de composición del órgano encargado de juzgarlo -para garantizarle un Tribunal Imparcial- le asegure un juicio digno en lo que hace a sus posibilidades de defensa -reniega de los arts. 18 y 120 de la C.N.-.

Y yo me pregunto ¿Con tamaña actuación sobre sus espaldas, acaso puede sostenerse, sensatamente, que dicho fiscal de juicio se encuentra en posición de ser “objetivo” (olvidándonos incluso, por un momento, de las limitaciones naturales que existen para ello)?

3. Conclusión

En consonancia con la problemática que fue abordada entiendo que el alcance de la “objetividad” debe modelarse a la luz de un desempeño fiscal que preserve los logros del sistema acusatorio.

Y es en tal camino que sostengo que las formas procesales, regladas en normas o elaboradas sobre la base de las mejores prácticas, no sólo dotan de organización al proceso sino que hacen visible aquel caso que, por no encastrar perfectamente en el formato premoldeado, amerita una solución diferencial acorde a principios de orden superior.

Cada trámite del juicio, además de respetar la forma estipulada en el código de rito debería hallarse encaminado a proveer justicia: planteos de parte intermedia, planteos de juicio, producción de la prueba, refutación, apertura a la revisión, ataque de la hipótesis acusatoria anunciada en el requerimiento fiscal de elevación a juicio, posibilidad de la defensa de amplio despliegue de estrategias (sobre la materialidad ilícita, la responsabilidad de su defendido y la determinación del monto de pena dentro de la escala penal).

En tal dirección el fiscal debe asegurar la mejor y más eficaz actuación de la defensa en juicio en pos de la verificabilidad de lo verificable en un juicio oral que permita un cuestionamiento serio y real de la hipótesis acusatoria.

Asimismo agrego que la participación en el juicio de sus intervinientes, además de permitir una lectura teórica del sistema al que adscribe, debe dejarnos ver algo más y no es otra cosa que el “caso concreto”.

Así resultan sabias las palabras de Jiménez de Asúa (1972), cuando afirma:

“(…) es obvio que el penalista tiene que reconocer la realidad social de la que el derecho nace, y que los penalistas tienen forzosamente que construir una sólida pasarela entre el mundo abstracto del *delito como concepto* y el mundo natural y dinámico del *delito como fenómeno*. Esto es lo que hoy es valedero en el pensamiento de Von Liszt y lo que en nuestros días se reconoce en Alemania por Wurttemberg, en Italia por Nuvolone y Vassalli, y en Francia por Jacques Bernard Herzog....El juez penal tiene ante sí al “hombre vivo y efectivo”, como dijo Carlos David Augusto Roeder cuando escribió en 1867 sus *Teorías fundamentales reinantes sobre el delito y la pena*. El que juzga deberá comprobar ante todo el tipo delictivo perpetrado (derecho procesal penal); desentrañarlo en cuidadosa investigación dogmática, e imponer una pena adecuada (derecho penal). Para todo ello deberá referirse al *hombre* que realizó la acción típicamente antijurídica y culpable; es a él a quien ha de imponerse la sanción comprobada su culpabilidad; a un hombre de carne y sangre es a quien ha de adecuarse la pena, rebajarla o agravarla según su “caracterología”, e incluso eximirle de ella si fue inimputable por enfermedad o inconsciencia o bien si su conducta estuvo justificada...”; del mismo modo que lo son las de Bertolino (2008:45/46) cuando de la mano de Wemer Goldschmidt realiza una “materialización personal del fiscal “...Dentro de su rica y omnicompreensiva visión del mundo jurídico, Wemer Goldschmidt pudo mostrar que las normas del Derecho producen materializaciones, entendidas estas últimas como “las cosas y personas que pueblan el mundo jurídico en específica configuración normativa”. Pues bien, haciendo nuestro tal marco de referencia, resulta dable ver que las normas en juego de las que nos hemos ocupado antes, en el campo de las materializaciones personales, en definitiva producen, en nuestro caso, básicamente, *un determinado tipo de funcionario*; pero no ya el genérico y abstracto Ministerio Público Fiscal -éste es el lenguaje más corriente de las normas legales- sino alguien más específico y concreto: el *fiscal*, tomado como persona de carne y hueso. Justamente, a este preciso y real sujeto procesal encarnado va dirigida la exigencia de actuar con “objetividad”, respecto a algo o a alguien y más allá de las textualizaciones normativas corrientes aludidas, tanto las vigentes como las proyectadas.” (Jiménez de Asúa, 1972: 15-16).

De acuerdo a todo lo expuesto creo que la letra del dictamen se asienta en el ejercicio de un rol dentro de un marco teórico, pero pensando en las limitaciones inherentes a una buena administración

de justicia que el “hombre” real puede percibir en el caso concreto (tanto de quien se ubica del lado de la acusación como de quien la resiste), y de acuerdo al primer párrafo de este acápite, “modela la figura de un fiscal que preserva los logros del sistema acusatorio.”

4. Bibliografía

ALFARO, Vanesa S. “El criterio de objetividad como exigencia a la actuación del Ministerio Público Fiscal”, EN: Revista de derecho procesal penal. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal-III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2008-2, 361-385.

ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, 1993.

BERTOLINO, Pedro J. “Un bosquejo del ‘criterio objetivo’ en la actividad del Ministerio Público Fiscal”, EN: Revista de derecho procesal penal. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal-II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2008-1, 43-57.

BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad. Hoc, 2000.

CAFFERATA NORES, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

COPI, Irving M. *Introducción a la lógica*. Buenos Aires: EUDEBA, 1962.

GUZMÁN, Nicolás. “La objetividad del fiscal (o el espíritu de autocrítica). Con la mirada puesta en una futura reforma”, EN: Revista de derecho procesal penal. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal – III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2008-2, 203-247.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “Nuevo pensamiento penal”, EN: *Revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires: Astrea, 1972.

MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, t. II.

Derecho Público Provincial y Municipal

Una reflexión sobre el patrimonio cultural tangible. A propósito de la acción de inconstitucionalidad contra la ordenanza 10703 de la Municipalidad de La Plata

POR RICARDO PABLO RECA (*)

Sumario: 1. Introducción. — 2. La voluntad constituyente sobre el tema. — 3. La categoría del agravio. — 4. La participación ciudadana. — 5. La debilitada vigencia del Decreto Ley 8912. — 6. El municipio como sujeto de poder. — 7. El insólito régimen local bonaerense. — 8. El sentido de la protección patrimonial. — 9. Una irrazonable consolidación. — 10. La dimensión cultural de la identidad colectiva. — 11. Una consideración sobre la plusvalía urbana. — 12. Reflexión final.

Resumen: Un código urbano-ambiental debe reflejar la significación de su patrimonio cultural y los múltiples y complejos factores que intervienen en su formulación; en definitiva, se trata de asumir una sustentabilidad como una inversión en el tiempo y en los otros. Nuestra ciudad no debe escapar a estos criterios vinculados al uso racional del suelo, a las condiciones para su ocupación y a la necesidad de un plan que legitime sus normas de edificación que atienda a las características sustanciales de su traza. Se trata de la calidad de vida como axioma constitucional y de los rasgos simbólicos y connotativos que la traducen. Una tarea que requiere instituciones sólidas, un decidido nivel de participación que legitime su obrar y una visión multidisciplinaria que se manifieste en un haz de derechos y obligaciones.

Palabras claves: el patrimonio cultural - el uso racional del suelo urbano - las normas de edificación - la participación ciudadana - el municipio como actor - la sustentabilidad como principio rector.

1. Introducción

Por distintas circunstancias, algunas de orden temático, de identidad ciudadana, de reconocimiento y tantos otros aspectos que promueven las coincidencias; me encuentro con la oportunidad de comentar una presentación realizada por tres prestigiosas ONG de nuestra ciudad (patrocinio letrado de la dra. Ana María Boscolo) incoando una acción de inconstitucionalidad, contra la ordenanza que consagra el nuevo Código Urbano (COU) del partido de La Plata.

La demanda de impecable factura jurídica, merece leerse por los interesados y estudiosos en la página web (www.iaa.fadu.uba.ar), pues constituye una pieza precisa, clara y definida en el campo de los derechos públicos subjetivos, que se materializan en la lesión continua e irrazonable dirigida contra el derecho constitucional del medio ambiente, la calidad de vida, y el patrimonio cultural de los habitantes de La Plata.

No es motivo de estas palabras detenernos en los muchos aspectos abordados por el escrito, que como hemos dicho, pueden consultarse en la página virtual respectiva; pero si señalar, algunos de los puntos fundamentales comprometidos en el tema y sus inevitables consecuencias fácticas y jurídicas.

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Público, Provincial y Municipal, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP

2. La voluntad constituyente sobre el tema

Como sabemos, pocas actividades pueden producir un perjuicio tan irreversible y severo como la consolidación de una construcción mal planificada, sin las elementales previsiones sobre su implementación.

Nuestra constitución tanto en el orden nacional como provincial ha consagrado en forma inequívoca el derecho a un ambiente sano y equilibrado y el deber de preservarlo, y de un modo concordante otros preceptos que aluden a la significación del patrimonio cultural, y a los ámbitos de participación ciudadana.

Esta voluntad constituyente no es una mera actualización de tendencias públicas predominantes, ni la escenografía preceptiva de una intención; es la más alta traducción con que debe concebirse el concepto urbano ambiental y los múltiples y complejos factores que intervienen en su formulación.

Supone en consecuencia el ejercicio de una disposición cultural, una manera de forjar y preservar la identidad de una ciudad, una conducta que impida la especulación coyuntural y cortoplacista; es decir, *asumir la sustentabilidad como una inversión en el tiempo y en los otros*.

Como bien expresa la demanda, esta modalidad no puede convertirse en un garantismo puramente formal, inocuo y en definitiva frustrante; pues sus consecuencias, retroalimentarán un proceso vicioso que despoja de alcance y contenido, las aspiraciones constitucionales aludidas.

3. La categoría del agravio

Desde este orden de ideas, no resulta menor que La Suprema Corte haya reconocido la legitimación activa de estas organizaciones no gubernamentales, en ejercicio de un derecho de incidencia colectiva que, como señalamos tutela tanto nuestra Constitución Nacional (Art. 41) como nuestra Carta bonaerense (Art. 28, 38, 44 y ccs.). Ello refleja un avance muy significativo en el marco restrictivo con que suele acreditarse esta personalidad.

Ahora bien, una vez habilitado este remedio excepcional de inconstitucionalidad, debemos detenernos en las diversas y variadas razones que lo fundamentan. A título ilustrativo señalamos: el incumplimiento previsto en la Ley 11.723 respecto al impacto ambiental; la falta de un diagnóstico urbano territorial que presuma la integralidad que exige su análisis; la carencia de estudios previos de planificación que precedan a la propuesta; la ausencia de participación ciudadana, al extremo de señalar que la ordenanza en cuestión fue sancionada en una sesión en la que no tuvo acceso ni los interesados, ni la prensa, violando flagrantemente las disposiciones previstas en la Ordenanza 9231.

Atendiendo a las irregularidades detalladas, realizaremos algunas reflexiones que intenten reflejar la categoría del agravio.

4. La participación ciudadana

No hay ninguna duda, que la norma urbanística es el resultado de un quehacer colectivo que se materializa en la ciudad y en una concepción amplia del derecho de propiedad privada, que toma su histórica raíz en el alcance y nota del artículo 2611 del Código Civil y en las finalidades públicas que reactualizan el sentido de las restricciones que caen sobre el dominio.

No es la ciudad un lote a urbanizar o un baldío cuya edificación suponga alguna forma de colonización espacial. Se trata de una obra en el tiempo, del signo más definido de nuestra civilización, de una identidad asociada a las características y condiciones que le dieron origen; todo ello justifica por sí solo el "*derecho a la ciudad*" prerrogativa fundamental del ciudadano, como expresara Turgot en sus memorias.

Desde esta premisa, la participación ciudadana es la atribución más inalienable en atención al destino común que infiere la ciudad. Nada puede justificar su omisión, pues la legitimación pública, resulta un canal sustancial que exige su institucionalización y cumplimiento.

Hace muchos años tuve oportunidad de abordar este tema en las primeras jornadas de derecho municipal y urbanismo, que organizadas por la Universidad Notarial Argentina, se realizaron en Ne-cochea en noviembre de 1980.

Decíamos en ese momento: “La Ley de Suelo española prevé la participación de la comunidad en la formulación de los planes:

- Se abre un período de un mes, cuando el Plan está en una etapa de simple proyecto técnico, pudiendo el particular en ese *período de información* hacer las observaciones o descargos convenientes...

- También dicha ley estipula que los *Planes* y las *actividades urbanísticas* que en su defecto se realicen (estudios de detalle, programas de actuación, etc.) serán públicos y cualquier persona podrá informarse o consultarlos en todo momento en el Ayuntamiento...

- Hay dos canales de participación, a través del *período de Información*, y a través de la regla general que especifica que los Planes y demás actividades urbanas que reconozcan su origen en los primeros serán públicos. Principio éste que encuentra su complementación en el artículo 235 que establece la “Acción Pública” para exigir ante los órganos administrativos la observación de la legislación urbanística, tanto de los Planes, Proyectos, normas u ordenanzas.

El ciudadano se entera del proceso de urbanización, hace las observaciones necesarias (todo lo cual requiere su organización y representatividad) o de lo contrario simplemente lo consulta y se informa para tutelar su fiel cumplimiento, en resguardo de su Legalidad.”

5. La debilitada vigencia del Decreto Ley 8912

No hace falta recordar, que cuando participamos en estas jornadas, a finales de los años 80, todo faltaba, y que el cercano estertor del proceso de facto impuso aspectos más apremiantes y vitales que el trazado de una ciudad, los impactos de la obra pública o la plusvalía generada sobre el suelo urbano.

No nos demoraremos en el ignominioso saldo y en las complejas y múltiples consecuencias de esa etapa, pero circunscribiéndonos al tema en análisis, no puede pasar desapercibido que fue en esos años -1977- que se dictó el Decreto ley 8912 de ordenamiento territorial y uso del suelo de la Provincia de Buenos Aires.

Cabe preguntarse entonces, porque estos casi 30 años de democracia no dieron un nuevo marco regulatorio, acorde a las necesidades y exigencias actuales y a los parámetros que el Derecho Público Territorial consagra.

En definitiva, los derechos de incidencia colectiva (el medio ambiente, la protección patrimonial, etc.) son atribuciones que infieren – explícita o tácitamente- el ensanchamiento de los derechos humanos; principios plasmados en las nuevas constituciones estatales que iniciaron su ciclo en el año 1987.

Son estas provincias las que en su mayoría desarrollaron Leyes Programáticas, establecieron nuevos organismos y adecuaron el ordenamiento jurídico incorporando tipificaciones hasta ese entonces desconocidas.

No se puede obviar que más allá de los valores técnicos y racionalistas que implementó el Decreto Ley 8912, el mismo se articuló bajo el criterio predominante del “*Principio de subsidiariedad*”, que traducía una forma de escalonamiento de los planes y directrices, que tenían su natural marco en la tesis administrativa que desde entonces homologaba su función.

Con el inicio democrático, esta ley ingresó en la práctica en un inevitable desuetudo, cuando el orden de necesidades la desplazó justificadamente de su centro de atención.

Todo se presentaba como una rémora conceptual de la etapa precedente (jerarquía, ordenamiento, autorización, delimitación) y una permanente desatención fue vaciando sus contenidos y alcances.

No es esta la oportunidad para insistir sobre la tesis planteada, pero permítasenos observar que este plexo regulatorio no ha podido cumplir sus propósitos y en gran parte solo ha servido para actuar como sustento de nuevas figuras, como los *barrios cerrados* que tomaron su fuente de los *clubes de campo* contemplados en su articulado (Art. 64 y sts).

Pero que tiene que ver una figura y otra? Absolutamente nada; solo una forzada remisión, para resolver por un decreto del Poder Ejecutivo, una modalidad de asentamiento, de enorme y definitiva reconversión del territorio bonaerense.

Aún más, si uno analiza el texto ordenado, observa que la mayoría de las modificaciones tienen un carácter eminentemente asistencial (vgr: Art. 52 bis que refiere a los emprendimientos de vivienda promovidas por el Instituto homónimo) y que la reforma más sustancial se llevó a cabo por el Decreto Ley 10128 del año 1983.

Esta situación nos describe por sí, la aplicación del texto y el alcance de su afectivo acatamiento. Pareciera que solo la justicia puede remediar los desajustes entre lo normado y lo fáctico, entre la debilidad legal y el cumplimiento que exige su también debilitada vigencia.

No estamos desconsiderando los principios, institutos e indicadores que consagrara la ley, pero convengamos que la misma se formuló -dejando de lado las circunstancias ya aludidas- imbuida de los criterios rectores del racionalismo urbano, que poco se adecuan, a las nuevas concepciones descentralizadoras y participativas que exige hoy el comportamiento público.

6. El municipio como sujeto de poder

Pero la descentralización comentada, no se plasma únicamente en una tendencia funcional; se expresa, fundamentalmente, en el municipio como un nuevo sujeto del poder federal.

Efectivamente, el Art. 123 de la C.N, reconoce atribuciones autonómicas decisivas al gobierno local, comenzando por el ejercicio de su poder constituyente y de sus plenas potestades políticas, administrativas, jurisdiccionales y económicas.

Desde este definitivo sitio, el derecho público provincial ha consagrado en su totalidad (con la excepción de las Pcias. De Santa Fe y Mendoza, que no modificaron sus constituciones) decisivos postulados en los términos que nos ocupan, y en esta misma línea, se manifiestan las leyes que rigen el quehacer local y naturalmente las cartas orgánicas sancionadas.

Veamos, para ilustrar lo comentado, que prevee sobre el tema la Carta de Río Cuarto, en la Provincia de Córdoba.

ARTÍCULO 30.- Las riquezas antropológicas, históricas, documentales, bibliográficas y edilicias y los valores artísticos y científicos, así como el paisaje natural, cualesquiera fueran sus titulares, forman parte del patrimonio cultural de la comunidad y están bajo tutela del Municipio que, conforme con las normas respectivas, puede disponer las acciones que sean necesarias para su defensa y prohibir su traslado o enajenación. *El Municipio organiza un registro de su patrimonio cultural, a la vez que asegura su custodia y atiende a su preservación. Puede establecer relaciones con otros municipios para la protección de la cultura regional.*

ARTÍCULO 31.- *El Municipio garantiza el derecho de todo vecino a gozar de un ambiente sano y equilibrado que favorezca su desarrollo humano y comunitario y no comprometa a generaciones futuras...*

El Municipio tiene el deber de procurar para los vecinos las mejores condiciones que hacen a su calidad de vida. Sobre la base de este principio intima a los propietarios de terrenos baldíos o viviendas a restaurar las condiciones de higiene y salubridad cuya disminución o ausencia afecten a la vecindad. En caso de omisión de los responsables, el Municipio obra en sustitución con cargo a los mismos.

ARTÍCULO 36.- El Municipio realiza planes urbanísticos que tienden al desarrollo armónico de la Ciudad. Propende al uso racional del suelo y a la preservación del patrimonio histórico y cultural. Integra a la Ciudad y respeta el ambiente sobre el cual se asienta. Establece prioridades y condiciones para la ocupación del suelo. Elabora un plan de ordenamiento urbano y un código de edificación que deben atender a las características arquitectónicas y culturales. Debe instrumentar políticas tributarias tendientes a desalentar la especulación en el uso de la tierra. Es obligatorio el estudio de impacto ambiental previo a la realización de cualquier emprendimiento que pueda afectar a la comunidad.

El Municipio instrumenta mecanismos de participación y consulta mediante concursos abiertos para la elaboración de ideas y proyectos en obras municipales y acciones de significación urbana, lo que no excluye que puedan ser proyectadas por personal técnico de las dependencias municipales.

Promueve el incremento de las áreas forestales de la Ciudad.

ARTÍCULO 37.- El Municipio reconoce a la vivienda como bien social básico. Promueve las condiciones para el acceso a la vivienda de sus habitantes. Puede planificar una política de vivienda en concertación con entidades intermedias y organizaciones de vecinos y contar con el aporte de los interesados para su organización y ejecución.

La política de vivienda se rige por los siguientes principios:

1. El uso racional del suelo y la preservación de la calidad de vida, de acuerdo con el interés general y las pautas culturales de la comunidad.

2. El mejor aprovechamiento de la infraestructura de servicios con el fin de alcanzar economías en su prestación.

3. La asistencia a las familias sin recursos para facilitar su acceso a la vivienda.

Como hemos podido observar, no se requiere de dispensas o benevolencias, sino del acatamiento del espíritu y letra de lo plasmado por los constituyentes locales, que regulan el destino de la ciudad, en su desarrollo y crecimiento, como un patrimonio insustituible y común.

7. El insólito régimen local bonaerense

Pero no es el caso de los municipios de la Provincia de Bs. As, que producto de uno de los episodios mas enigmáticos de nuestros antecedentes constitucionales, no reformó (como lo definía la Ley 11488/94) el Capítulo VI de nuestro régimen municipal.

De tal forma –como lo hemos advertido en numerosas oportunidades- nos encontramos ante una organización local, que no posee ninguna herramienta de actuación en este campo, y se manifiesta con un atraso institucional apabullante.

En este páramo se expresan y retroalimentan los problemas; se politizan, se judicializan, se fragmentan, se vuelven provisorios y todas las decisiones, posiciones y pleitos parecen una retórica viciosa e insoluble.

Se tiene con urgencia que reivindicar la cuestión local, cuyo pecado principal es la ausencia de institucionalización; es decir, pautas de conducta que legitimen su obrar en el tiempo.

No ha existido en todos estos años - o quizás no se ha querido- un replanteo serio en esta materia, un diagnóstico que muestre esta flagrante omisión constitucional y el pavoroso atraso cívico-cultural, que se aboque, entre otras prioridades, a los temas urbano-ambientales y patrimoniales.

Esta orfandad promueve un permanente cambio de orientaciones, en algunos casos de una desconcertante imprevisibilidad.

8. El sentido de la protección patrimonial

Qué otra cosa podemos decir del Decreto Municipal n° 1579, que en el año 2006 afectó más de 1500 inmuebles del casco urbano de La Plata, bajo una apresurada protección patrimonial, y que apenas unos años después fue derogado.

Dónde está el patrimonio?

Cuál es el sentido de su catalogación?

Qué efectos produjo su declaración y cuáles su desafectación?

En este simple caso –que forma parte del agravio presentado– se inscribe la política como excluyente actor, diseñando un orden de prioridades que alimenta, sus intenciones en el ritmo de su pulso electoral.

Este tipo de erráticas iniciativas, genera incertidumbre en los destinatarios, descreimiento en los criterios adoptados, aspectos que se acentúan cuando el titular de un inmueble protegido, ve liberada su venta poco tiempo después, ante una irresistible oferta, bajo el único móvil de potenciar el lote para lograr el máximo de su edificación en altura.

Cuál era el sentido anterior del Decreto Municipal; acaso una febril carrera en pos de un reconocimiento internacional, que aparentaba cumplir una serie de requisitos y deberes frente a la mirada de una Comisión de la UNESCO.

En esta permanente insinuación, agotado el período del mandato, un nuevo criterio deja al desnudo la escenografía del anterior.

Los dos objetivos se pierden, el primero porque un reconocimiento de esta naturaleza – Patrimonio Mundial de la humanidad– exige una legitimación en ejercicio, un hábito, un celo, una identidad, que sobrepase ampliamente el conjunto de carpetas, documentos e informes que prolifa y minuciosamente se convierten en un simple catálogo de intenciones.

El segundo porque expone una voracidad mal entendida en el “Ius edificandi” que fulmina el valor reconocido a la vivienda, desconoce el contexto donde se erige la construcción, y en muchos casos inician y consolidan sus obras con permisos provisorios o inexistentes.

9. Una irrazonable consolidación

Sin reglas claras, el poder de policía municipal queda vacío frente a estos emprendimientos, una impotencia demoledora se presenta entre la posibilidad de la sanción y el hecho consumado, que en su gran mayoría resulta irreversible.

Abundan los ejemplos en este aspecto en la ciudad de La Plata, testimonios mudos de la desfiguración.

Al día de hoy se siguen haciendo planes para intentar “refuncionalizar” la grotesca edificación sobre los jardines del Rectorado de la Universidad Nacional La Plata, que sin ninguna consideración (pero con intenciones manifiestas) se erigió hace más de 40 años, para albergar las facultades más concurridas de su oferta académica.

No se trata solo de los factores funcionales, los inconvenientes de tránsito, transporte o la obsolescencia del propio edificio en sus más elementales parámetros de higiene o seguridad; se trata de tajar los más profundos significados de una ciudad universitaria, que atesora una de las tres universidades más antiguas del país y el proyecto más moderno de instrucción pública.

Ayer, los motivos estuvieron en las estrechas y dogmáticas concepciones de la oscuridad autocrática; hoy en una febril liberación cortoplacista, que no tiene otra perspectiva que su materialización.

Unos y otros conmueven, por distintos vectores, nuestra identidad.

10. La dimensión cultural de la identidad colectiva

Si convenimos entonces que lo que se plantea es el valor inédito y republicano del trazado del casco urbano de La Plata, es indudable que el interés cultural recae sobre las características únicas de su proyecto fundacional. Esta singularización no se agota en lo cuantitativo (concentración, densificación e intensificación de los usos y actividades sobre su cuadrícula) trasciende más bien a lo cualitativo, generando una nueva forma de vida social.

Para ello, el primer dato a considerar, es que un Código de ordenamiento territorial y uso del suelo, exige una perspectiva integral en su propuesta, pues no solo se trata de establecer los parámetros y factores urbanísticos que operan sobre el territorio (vgr: mayor altura, fos, fot, densidad, etc.) sino también las inevitables relaciones vinculadas a su ocupación, como el tránsito, el espacio público, el transporte, el paisaje, y sus consecuentes variables socio-político-económico. Una concepción que desconozca este alcance, afecta irremediamente principios rectores de nuestra calidad de vida.

Nos encontramos ante una tarea que requiere instituciones sólidas, un decidido nivel de participación que legitime su obrar y una visión multidisciplinaria, que se traduzca en un haz de derechos y obligaciones, definiendo el contenido del “ius edificandi”, garantía sustancial de legalidad y equidad.

En definitiva, debemos una vez más afirmar, que la organización espacial de la vida social es expresión de la organización política, cultural y económica.

11. Una consideración sobre la plusvalía urbana

Pero el tema que estamos comentando también tiene una honda repercusión económica, nos referimos a los costos y beneficios de una decisión económica de desarrollo y el equitativo respeto de las plusvalías urbanas, evitando la especulación del suelo, que se le otorga a unos en perjuicio de otros particulares o de la comunidad.

No es esta la oportunidad, para desarrollar institutos comparados o la importancia que el tema ofrece en la organización administrativa del urbanismo en otros países, valga señalar que al inveterado instituto de la expropiación, se suma el sistema de compensación y de cooperación, como modalidades de distribución del costo público incorporado al valor del suelo.

Sin perjuicio de otro tipo de técnicos de gestión urbanística, como:

- El patrimonio Público del Suelo
- La carga de edificación forzosa
- La licencia urbanística, como técnica de intervención administrativa en la actividad de edificación y de uso del suelo y las construcciones.

Nada de esto parece tenerse en cuenta, pues se pierde de vista que la organización espacial ha de tener necesariamente una traducción jurídica en términos de orden regulador del destino, uso, tráfico, transformación y aprovechamiento del suelo, los recursos naturales y las construcciones.

12. Reflexión final

Pareciera que cuando uno alude al patrimonio cultural, se apela a una sensibilidad especial o a una formación, desde cuyo atril se señalan inconvenientes y obstáculos.

Como si el autor ignorara las constante demandas que exige una sociedad esencialmente urbana, el vértigo de una vida tecnológica o los naturales cambios epocales que se van produciendo.

De tal manera que, por ahora, podemos corroborar que las preocupaciones en este campo, constituyen un valioso marco teórico para las ofertas de posgrados, las cláusulas constitucionales o la actualización de programas de estudios.

Pero es mucho más, es una visión sistémica y preservacionista sobre el territorio, es la puesta en valor del espacio público, es la diligente tutela del crecimiento de una ciudad, de sus sitios y ambientes connotativos, de su traza y proyección.

No se trata de un nicho cultural para privilegiados, ni el detalle que enaltece una expresión estética.

Es una búsqueda racional, equilibrada y global, que no desconoce tensiones, contratiempos, cambios o exigencias, sino que simplemente, pondera las mismas en el marco de los significantes que traduce la ciudad como la más fantástica obra colectiva en el tiempo.

No es sólo el progreso el que está en juego cuando se plantea un emprendimiento en gran escala, el emplazamiento de un edificio, la reconversión de su trama circulatoria, la afectación de su paisaje o sus espacios verdes; son los efectos que ello produce en el conjunto, la alteración inconsulta de su diseño y los irreversibles costos para su comunidad.

Sobran los ejemplos en nuestra ciudad sobre iniciativas apresuradas o interesadas, que han comprometido la vocación convivencial de varias generaciones.

Esta concepción, no puede estar en manos de quienes sólo expresan un sector (se trate de políticos, inversores, empresarios, cuentapropistas, etc.), pues naturalmente su energía y argumentación militarán en el campo de sus intereses o deseos.

Por eso reafirmamos que la primera manifestación del patrimonio cultural tangible, es la propia ciudad, su personalidad, su tiempo, su origen, el espíritu de quienes la habitaron, su morfología, su estilo y proyección.

En nuestro caso el sueño capital no debe absorber nuestra identidad ciudadana, la singularidad de sus rasgos distintivos.

En esta dirección, debemos asumir que la responsabilidad primaria en estos temas recae en el municipio, que exige inaplazablemente su autonomía y criterios de descentralización que reconozcan la histórica singularidad de sus distintas delegaciones.

Para ello, resulta necesario contar con una legislación clara, ágil y actualizada que se asiente como una referencia despersonalizada y rectora en este campo. Un conjunto de normas, institutos y principios que doten de previsibilidad la relación administración-administrado, favoreciendo la participación y el control.

No pueden ser estas delicadas competencias el reino de las normas de excepción y de leyes puntuales que parecieran desconocer la hermeneútica del plexo que integran facilitando prerrogativas, cuya inevitable consecuencia es inaugurar su permanente emulación.

Para ello debemos reformar el decreto-ley 8912 con urgencia; concebir el código urbano-ambiental como una genuina política de estado; dar cabida a especialistas con una definida vocación pública y capacitar a los agentes municipales para fortalecer la responsabilidad de su decisiva tarea y por su puesto, actualizar los instrumentos jurídicos en la tutela cultural ambiental para favorecer la efectiva operatividad de nuestros derechos colectivos.

Como nos recuerda Risieri Frondizi, la cultura no está formada sólo por conocimiento; incluye también creencias, valoraciones, actitudes y demás reacciones no intelectuales. Se puede ser erudito sin ser culto; el conocimiento es condición necesaria pero no suficiente. La incultura se puede poner de manifiesto en una decisión, preferencia o actitud ante un hecho.

Parece ocioso señalar la importancia de la cultura en la vida de un individuo o de un pueblo. Ella constituye la base de nuestra personalidad, modo de vida, creencias y principios en que nos apoyamos para decidir y preferir.

En definitiva, debemos evitar que la calidad de vida sea un concepto evanescente.

Conflicto de poderes municipal en la Provincia de Buenos Aires

POR CLAUDIA MC CORMACK (*)

Sumario: 1. Conflicto. Generalidades. — 2. Tipos de conflicto. — 3. Normativa aplicable. Etapas. — 4. Particularidades de los conflictos municipales. Naturaleza política. — 5. Configuración del conflicto de poderes dentro del ámbito municipal. — 6. Legitimación. — 7. Competencia para su resolución. — 8. Algunas cuestiones procesales. — 9. Comentario final. — 10. Bibliografía. — 11. Jurisprudencia consultada.

Resumen

El presente comentario tiene por objetivo primordial reflexionar sobre los conflictos municipales, recorriendo sucintamente doctrina y jurisprudencia dominante en la materia y procurando acercar al lector algunas apostillas que le permitan plantear con éxito una contienda judicial relativa al tema.

Palabras clave: Municipio - Conflicto de poderes - Provincia de Buenos Aires

Abstract

This commentary aims primarily to reflect on local conflicts, traveling briefly dominant doctrine and jurisprudence on the matter and trying to bring the reader some endnotes to enable it to successfully raise a legal battle on this topic.

Keywords: Municipal government - Powers conflict - Province of Buenos Aires

1. Conflicto. Generalidades

La palabra conflicto nos acerca la idea de contienda, intereses contrapuestos, y voluntades en pugna. Según el diccionario de la real academia estamos ante una “situación de difícil solución”.

En cuanto al conflicto de poderes y como su denominación lo indica, está relacionado con las cuestiones suscitadas entre dos o más actores del estado federal o entre dos poderes del gobierno republicano, y generalmente tienen por objeto el ejercicio de determinadas atribuciones.

El poder, de naturaleza a veces demoníaca (Lowenstein, 1983:28), suele hacer de sus temporales titulares, individuos que buscan lo absoluto o lo eterno- “*El demócrata olvida su tirano y éste al con-verso que avaló su autocracia*” (1).

En los conflictos objeto del presente trabajo, cada uno de los participantes pretende asumir la función cuestionada, reclamando como propia la competencia en cuestión, o, por el contrario, rechaza determinadas atribuciones, negando su “aptitud para obrar” en la materia.

2. Tipos de conflicto

Así y en términos generales, los conflictos serán externos o internos, positivos o negativos.

Como esbozáramos antes, resulta de la dinámica propia de un estado federal, que los distintos actores presenten intereses contrapuestos y ello origine diversas contiendas.

(*) Profesor Interino Adjunto de Derecho Administrativo I, Cátedra II. Docente regular con funciones de Profesor Interino Adjunto de Derecho Público Provincial y Municipal, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

(1) Reca, Ricardo Pablo, “La Eternidad”.

En el caso del estado argentino, los conflictos externos (en las que las distintas jurisdicciones actúan como tales) pueden plantearse entre: el estado nacional y las provincias, el estado nacional y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el estado nacional y los municipios, las provincias entre sí, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las provincias y sus municipios, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios entre sí.

El ordenamiento jurídico debe brindar herramientas para su solución pacífica de las diferencias entre las partes (2).

El papel de los superiores tribunales resulta decisiva a la hora de interpretar y aplicar entonces la Constitución y la ley (Sagüés, 1998:22).

Desde luego, toda interpretación de normas está teñida de politicidad, (3) y más aún cuando se trata de provisiones vinculadas al ejercicio del poder.

En virtud de lo normado por el artículo 116 de la Constitución Nacional, y en el punto que a los fines del presente trabajo resulta de interés, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resulta competente para resolver en forma originaria y exclusiva, aquellos conflictos entre la Nación y un Municipio.

Por otra parte, también corresponde al máximo órgano jurisdiccional de la Nación entender en aquellas contiendas suscitadas entre un Municipio y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o entre un Municipio de una provincia y otro estado provincial, o entre Municipios de diversas provincias.

En el caso de disputas externas entre una Comuna (o sus autoridades) y la Provincia (o las suyas), aunque se trata de un conflicto externo, corresponde su resolución por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia.

En tal sentido, el Supremo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que:

“Los artículos 161 inciso 2° y 196 de la Constitución Provincial establecen, al igual que antes lo hacían los artículos 149 inciso 2° y 187, que esta Suprema Corte tienen la atribución de resolver, originaria y exclusivamente, las causas de competencia entre los Poderes Públicos de la Provincia (art. 161 inciso 2°) y los conflictos de las distintas municipalidades entre sí o con otras autoridades de la Provincia (art. 196)”. SCBA, B 62826 I 12-9-2001 Municipalidades de Rivadavia y Carlos Tejedor c/ Municipalidad de General Villegas y otro s/ Conflicto municipal (art. 196 Const. prov.)”

Y:

Si en la litis se busca dirimir una contienda de competencia entre un órgano de la Provincia de Buenos Aires y una municipalidad acerca de sus respectivas atribuciones, la divergencia constituye una de las materias que esta Corte está llamada a decidir en instancia originaria y exclusiva por expreso mandato constitucional (arts. 161 y 196, Const. pcial.). SCBA, B 64293 S 18-3-2009. “Provincia de Buenos Aires c/ Municipalidad de Ensenada s/ Conflicto de poderes (art. 196, Const. prov.)”

También:

Si el conflicto queda entablado entre un órgano administrativo de una municipalidad -Juzgado de Faltas- y otro judicial de la Provincia -Juzgado de Paz Letrado-, el supuesto subsume con claridad en los denominados conflictos externos municipales que, por imperio constitucional, cabe dirimir a esta Corte (art. 196 Const. prov.). -SCBA, B 61230 I 18-4-2000 “Juzgado Mun. de Faltas de Coronel Suárez-Juz. Paz Letrado de Coronel Suárez s/ Conflicto art. 196 Const. prov.”-

En otro plano, y en un Estado organizado bajo un modelo federal, denominamos conflictos internos a los desacuerdos que pueden verificarse en el ámbito de cada nivel organizacional (Nación, Pro-

(2) Puede ampliarse el tema en Bidart Campos (1994, t. 3:461 y Quiroga Lavié, Humberto (1996:675 y ss.), entre otros.

(3) Véase Ferrajoli, Luigi (1978:206).

vincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios), entre sus respectivos poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

En particular, las Municipalidades, pueden plantearse divergencias internas entre los Departamentos Ejecutivo, Deliberativo y Justicia Municipal de Faltas en relación a las competencias propias de cada uno. En tal caso estamos antes el denominado conflicto institucional (4).

Además, las pugnas pueden verificarse “en el seno del Concejo Deliberante”(5).

A nivel jurisprudencial, el actual criterio es que los conflictos municipales son aquellos en los que existe una efectiva contienda acerca de las atribuciones de los departamentos que componen la Municipalidad (Ejecutivo, Deliberativo, según la Ley Orgánica de Municipalidades) y con la Justicia Municipal de Faltas (conforme el alcance dado por el Máximo Tribunal Provincial) (6)- supuesto solo estos Poderes, en cuanto tales, están legitimados para promoverlo- o el que se produce cuando se configura alguna de las situaciones que la Ley Orgánica prevé como constitutivas de un conflicto interno municipal verificadas “en el seno” del Concejo Deliberante (7), de acuerdo a lo que exponemos.

En punto a los conflictos internos, otra de las cuestiones reiteradamente apuntadas por la Suprema Corte es la imposibilidad de su resolución en el ámbito local.

En tal sentido:

Para la existencia de un conflicto municipal de los previstos en el artículo 261 del decreto 6769/58, es menester que éste no tenga solución en el ámbito de la comuna en la que se ha suscitado por haberse agotado los medios de los que disponen ambas ramas del poder comunal para superar sus divergencias. SCBA, B 70300 I 21-10-2009. Concejo Deliberante de la Municipalidad de Castelli c/ Poder Ejecutivo de Castelli s/ Conflicto art. 196 Const. prov.º.

3- Normativa aplicable. Etapas

Teniendo en cuenta tanto la Constitución Provincial como la Ley Orgánica de Municipalidades y sin perjuicio de las múltiples y no siempre acertadas modificaciones efectuadas al Decreto Ley 6769/58, a los fines didácticos podemos reconocer tres grandes etapas en el desarrollo del instituto comentado.

-En un primer período la norma fundamental de la Provincia no preveía un texto como el actual artículo 196.

- A partir de 1889 la Constitución Provincial prevé el conflicto en su artículo 210. En este período, la Suprema Corte interpretó que “*el término conflicto empleado en el artículo 210 de la Constitución es*

(4) SCJBA Acuerdos y Sentencias, serie 9ª, t. 85, p. 429; t. 186, p. 542; 1974-III-623; causas B. 51.873, res. del 26-IV-1988; B. 53.253, res. del 4-IX-1990; B. 54.089, res. del 26-XI-1991; B. 58.988, “Ríos”, res. del 21-IV-1998; B. 62.928, res. del 7-XI-2001; B. 63.420, res. del 24-IV-2002; B. 68.363, “Intendente Municipal de General San Martín”, sent. del 6-IX-2006.

(5) SCBA. B 63599.16/2/02. Autos “Agugliardo Víctor R. y otro c/ Concejo Deliberante de Brandsen s/Conflicto de Poderes. Art. 196 de la Constitución Provincial y 262 de la L.O.M.”

(6) SCJBA, B 57912 6/5/1997 Concejo Deliberante de Coronel Suárez c/ Municip. de Coronel Suárez s/ Conflicto art. 196 Const. Prov.” En dicho fallo el Supremo Tribunal señaló que “Sea cual fuera la naturaleza de la Justicia de Faltas desde el punto de vista de la organización institucional de los municipios de la Provincia de Buenos Aires, del análisis de los arts. 19, 21/26 del decreto 8751/77 -posteriormente enmendado por la ley 10.269- se permite inferir que el legislador bonaerense -ya en período de iure- ha querido instaurar un órgano dotado de alguna autonomía funcional y de cierta independencia en relación a los dos departamentos que componen la Municipalidad”

(7) SCBA. B- 68.261-22/6/05 Autos “Villordo, Sergio O. c/ Municipalidad de Quilmas s/ Amparo. Conflicto de Competencia (art. 196 Constitución Provincial)”

una contienda entre dos autoridades a propósito de sus facultades respectivas” (8)- La norma es reiterada en la Constitución de 1934 (artículo 187).

- Hoy la institución se encuentra regulada por el artículo 196 de la Constitución Provincial y en los artículos 261 a 264 del Decreto Ley 6769/58 modificada por leyes 11.024 y 11.866.

En tal sentido, la Cara Magna Provincial que:

“Los conflictos internos de las municipalidades, sea que se produzcan entre los departamentos ejecutivo y deliberativo, sea que ocurran en el seno de este último, los de las distintas municipalidades entre sí o con otras autoridades de la Provincia, serán dirimidos por la Suprema Corte de Justicia”.

Por su parte, la Ley Orgánica de Municipalidades en su Capítulo XI: de los conflictos, establece:

Art. 261 (Texto según ley 11.866, art. 10) Los conflictos a que se refiere el art. 196 de la Constitución deben ser comunicados a la Suprema Corte, la cual dispondrá que se suspenda la ejecución de las disposiciones controvertidas y la sustanciación del juicio.

Art. 262. Oídas las partes y acumuladas las pruebas, la Suprema Corte dictará sentencia dentro de los 30 días contados a partir de su intervención. Los miembros de la Corte responderán personalmente cuando excedan el plazo establecido.

Art. 263. En caso de conflictos con la Nación u otras provincias, serán comunicados al Poder Ejecutivo.

Art. 263 bis. (Incorporado por ley 11024, art. 8) Contra las decisiones del Honorable Concejo Deliberante adoptadas con arreglo al procedimiento normado en los arts. 247 a 256, con excepción de los supuestos previstos en los arts. 248 y 255 párr. 1, por la que se disponga la suspensión preventiva o destitución del intendente municipal o de cualquier concejal, así como en el caso del art. 254 para estos últimos, procederá la revisión judicial por vía del conflicto que prevé el art. 261 de la presente ley.

La promoción del conflicto suspenderá la ejecución de la medida adoptada, la que no hará ejecutoria hasta la resolución definitiva del mismo, o el transcurso del plazo para su interposición, el que será de cinco días.

Art. 264. (Texto según ley 11024, art. 9) Promovida la acción judicial, la causa, que tramitará en instancia única y originaria ante la Suprema Corte de Justicia, deberá ser resuelta en el plazo del art. 262.

Sin perjuicio de ello, el procedimiento, a juicio del tribunal por resolución fundada, admitirá sustanciación, en cuyo caso se le imprimirá el trámite del procedimiento sumarísimo.

La revisión judicial, alcanzará a la legitimidad de la sanción, y a su razonabilidad, debiendo la Suprema Corte expedirse siempre sobre ellas.

En todos los casos la Corte deberá resolver el conflicto en el plazo improrrogable de sesenta días; transcurrido el mismo sin sentencia, la resolución del concejo hará ejecutoria y los miembros de la Corte quedarán incurso en el art. 262 de la presente.

Probada y declarada la violación de la Constitución o de la ley, en su caso, el acto impugnado y todos aquellos que de él deriven, serán declarados nulos y sin ningún valor.

(8) SCBA B 68.261-22/6/05 Autos “Villordo, Sergio O. c/ Municipalidad de Quilmes s/ Amparo. Conflicto de Competencia (Art. 196 Constitución Provincial”).

Cuando las causas de nulidad deriven de la constitución del concejo, su declaración por la Suprema Corte hará procedente la intervención del Poder Ejecutivo prevista en los arts. 265 y siguientes.

4. Particularidades de los conflictos municipales. Naturaleza política

En la esfera comunal los conflictos de poderes están íntimamente vinculados a reparto del poder, que suele dirimirse a través de contiendas respecto a la competencia.

La doctrina ha definido este principio de organización de un estado de derecho como “la aptitud legal de las personas públicas y sus órganos” (Sayagues Laso, 1959:23) o como “el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer” (Gordillo, 1999:7, t. 1).

La competencia se determina en razón del grado, materia, territorio y tiempo.

Asimismo, recordemos que la competencia es legal, improrrogable (salvo las excepciones de avocación y delegación en los supuestos que procedan-, irrevocable y obligatoria.

Destaca al respecto Antonio María Hernández (1997:432) entre los elementos que determinan la competencia a los “poderes jurídicos” (los que antes llamáramos competencia material) que corresponden a las personas jurídicas y a sus órganos, para actuar en la materia y límites fijados y que son potestades de legislación, de administración o jurisdiccionales y aún potestad constituyente. (9)

Como ya apuntáramos, no puede soslayarse además, el carácter eminentemente político del tema que nos ocupa. En este sentido, cuando la controversia no puede resolverse en el ámbito de la propia comuna, y se torna imposible el normal desenvolvimiento de las instituciones del gobierno local, (10) la ley otorga una salida que se visualiza como la única posible en un estado de derecho.

Históricamente desde el surgimiento de los Estado constitucionales y el sometimiento del Estado a la ley, los jueces han actuado como árbitros entre los poderes del Estado, interpretes últimos de la constitucionalidad de las normas y custodios del sistema, exigiendo no obstante el cumplimiento de ciertos requisitos esenciales para la procedencia de dicha actuación (11).

Sin perjuicio de ello, la doctrina ha señalado que:

“(…) la arena de la disputa es muy diferente y por mas ropajes con que se la quiera vestir, el conflicto es netamente político. El conflicto se desarrolla ahora nítidamente entre el Gobierno y la oposición y el juez deja de ser tal para convertirse en una suerte de árbitro de esa disputa, aún cuando en su esfera íntima no lo sienta así.” (Bianchi, 1998:1244).

En recordado voto de Aída Kemelmajer de Carlucci en autos “Intendente Municipal de Las Heras” (12) el supremo tribunal mendocino ha dicho que cuando “se avoca al conocimiento de conflictos internos entre autoridades municipales obra como tribunal político, por cuanto el proceso no se traba entre particulares ni versa sobre derechos relativos a las personas o bienes, sino por el contrario las partes son autoridades públicas”.

Por otra parte:

“(…) el juez tiene en estos casos la sensación de estar actuando fuera de su órbita es decir éste (en su fuero íntimo) debe entender que la justicia no debe intervenir en conflictos que deban ser solucionados por medio del libre juego de las instituciones democráticas. Ello lleva a que si existe un atajo

(9) Ver también Sayagues (1959:193 y ss); Marienhoff (1965, t.1:545-546).

(10) Así ha entendido el conflicto de poderes municipales la jurisprudencia de otras provincias, vg. TSJ Córdoba. “Balmaceda, Joaquín A.” 26/9/96; SCJ Mendoza “Intendente Municipal de Las Heras” 4/9/85; STJ Formosa “Tabeada Antonio y Otros Cc/ H.C.D. de la Municipalidad de Formosa” 11/12/97, CJ Catamarca “Guerrero c/C. Deliberante de la Municipalidad de Tinogasta” 24/3/97, entre otros.

(11) Ver Bianchi (2002, t. 1:37 y ss.); Tawil (1993, t. 2:1 y ss.).

(12) En tal sentido SCBA 55600 15/2/94 “López c/Municipalidad de Moreno s/Conflicto, entre muchos otros.

que le otorgue la posibilidad legal de no expedirse sobre el fondo de la cuestión, lo hará” (Di Capua, 1998:321).

Consecuentemente, no puede desvincularse “lo político”, de las contiendas en las que participen autoridades locales, teniendo en cuenta además del carácter de “comunidad políticamente organizada” de los municipios.

5. Configuración del conflicto de poderes dentro del ámbito municipal

Al respecto podemos considerar dos teorías a la hora de admitir la existencia de un conflicto de poderes interno -en adelante conflicto de poderes- en la órbita local.

La primera tesis- de carácter estricto o restrictivo, sostiene que el conflicto se configura cuando existe una “efectiva contienda” acerca de las respectivas competencias de los departamentos que componen el municipio (ejecutivo y deliberativo) o cuando el intendente o los concejales se encuentran en alguna de las situaciones descriptas por las leyes orgánicas como constitutivas del instituto. Por otra parte desde la sanción de la ley 11.024, este último supuesto se ha limitado a los casos de suspensión o destitución de los funcionarios mencionados. (13)

Al respecto, Ricardo Miguel Ortiz (RAP 215;139) ha considerado que no se trata de rever lo decidido en sede Municipal, cual si fuese una simple instancia de apelación, sino de ejercer un contralor extraordinario y excepcional, estando habilitada la materia justiciable solo cuando la divergencia no tenga solución legal dentro de las atribuciones propias de las autoridades municipales.

En esta corriente, reiteradamente el Máximo Tribunal de la Provincia ha rechazado el planteo de conflicto de poderes, vg.: en el caso en que la pretensión reviste el carácter de consulta sobre la interpretación de una norma (14); cuando un concejal manifiesta su desacuerdo con lo resuelto por el Cuerpo (15); ante la pretensión de los concejales en relación a la determinación de responsabilidad penal de intendente (16); cuestionamiento de una decisión del concejo deliberante que no es ni la suspensión preventiva ni la destitución del interesado (17); normas-cuya invalidez se proclama-, que no han recibido sanción definitiva (18); entre otras.

Otra concepción -a la que denominaremos amplia- propicia ampliar la admisión del instituto a cualquier situación conflictiva que impida el adecuado desarrollo de la actividad propia de cada institución democrática local. (Di Capua, 1998:237)

Según esta concepción el tribunal abrirá su competencia para zanjar cualquier situación sometida a su conocimiento en la medida que “sobre una base argumental sólida se denuncie y acredite prima facie la existencia de graves irregularidades que impidan u obstruyan el regular funcionamiento del órgano comunal (19).

En este sentido podemos mencionar cierta jurisprudencia más o menos reciente que ha admitido el conflicto de poderes suscitado entre el Intendente Municipal y la Asamblea de Mayores Contribu-

(13) Idem nota anterior.

(14) SCBA.B53623.15-2-91 “Occhipinti, Jorge A. c/ Concejo Deliberante de Esteban Echeverría s/ Conflicto de Poderes art. 187 Constitución provincial”

(15) SCBA B54089.26/11/91 “López, Juan C. c/ Concejo Deliberante de Tres de Febrero”

(16) SCBA, B59049, 9/6/98 “Libonati, Antonio C.c/ Concejo Deliberante de San Martín s/conflicto art. 196 Constitución Provincial”

(17) SCBA B55170, 11/5/93 “Alsinet, Luis M. c/Concejo Deliberante de Necochea s/conflicto art. 187 Constitución Provincial”.

(18) SCBA B57998 15-4-97 “Ostoich, Oscar d.c/Concejo Deliberante de Capitán Sarmiento s/conflicto arts.161 y 196 Constitución provincial y 261 y 264 L.O.M.”

(19) SCBA, B68300, 10/8/05 “Fernández José (presidente del Concejo Deliberante de Gral. San Martín) s/Conflicto art. 196 Constitución Provincial”.

yentes, bajo el argumento de que la misma- de origen constitucional- está compuesta por los miembros del Concejo Deliberante y tiene asignada una función deliberativa.

Resulta interesante que la Suprema Corte de Justicia bonaerense en el fallo “Intendente Municipal de Lobos y otros c/ Asamblea de Mayores Contribuyentes de Lobos” (20) expresa que dada la importancia de las atribuciones de la Asamblea y la posibilidad que su ejercicio produzca la alteración de la vida y el gobierno municipal *debe acudirse a un método de integración analógica del derecho* y consecuentemente admitir la acción en atención a la identidad existente entre las situaciones previstas por la norma para abrir la competencia del Tribunal y la situación -no prevista- como la examinada en dichos obrados.

Si bien se reputa innegable la necesaria intervención judicial en conflictos insolubles en el ámbito local, -en el marco del normal desarrollo institucional de la comuna- debemos prevenir en contra de situaciones que no encuadran en tal circunstancia y que intentan ocultar so pretexto de conflicto de poderes- el mero desacuerdo con las decisiones adoptadas y la impotencia para dar un giro diferente a las mismas. (21)

No obstante ello, y con la debida precaución en relación a la invasión del poder judicial en la esfera de atribuciones de los poderes comunales, consideramos de sana práctica el abandono la doctrina de las llamadas “cuestiones políticas no justiciables” (22) sea cual fuere la denominación que se le de.

6. Legitimación

Reiterada jurisprudencia es rigurosa en cuanto a la habilitación para promover el conflicto, en lo que resulta un aspecto más de lo que antes denominamos tesis restrictiva.

En tal sentido, para plantear el conflicto de poderes interno de carácter institucional, solamente se encuentran legitimados los departamentos ejecutivo (intendente municipal) y deliberativo (concejo deliberante), (23) y el órgano jurisdiccional local (jueces de faltas) (24).

Por otra parte el intendente o cualquier concejal que hubiesen sido suspendidos preventivamente o destituidos (25) o se le impida su asunción (26), estarán legitimados para pedir la revisión de la medida por medio del instituto en comentario (27).

También debería admitirse la legitimación del Juez de Faltas, pedir la revisión de su destitución (Atela:1224).

(20) SCBA. B62761 del 11/7/01.

(21) SCBA. B57971.11/3/97.”Burgo M. y otros c/Concejo Deliberante de Guaminí S/Conflicto art. 196 Const. Prov.”; y -aunque en relación a conflicto del que hemos llamado externo-Tenque Lauquen y Dirección Provincial de Saneamiento y Obras Hidráulicas del MOSP, de la Provincia de Buenos Aires S/Conflicto Municipal:

(22) Doctrina de la SCJ Fallo Cullen c/Llerena, siguiendo similar doctrina de la Corte de Estados Unidos de Norteamérica.

(23) SCBA 58.735, 11/3/97.”Burgo Marta y otros c/Concejo Deliberante de Guaminí s/Conflicto art. 196 Const Provincial”, SCBA 58988, 21/4/98,”Ríos Héctor G y otro c/ Depto Ejecutivo de la Municipalidad de Brandsen s/ Conflicto art. 196 Const.Prov.”; SCBA, B62569, 23/5/01” Darhampe, Alberto s/Amparo S/Cuestión de competencia art. 6 CCA”

(24) Ello como derivación del criterio sustentado por la Suprema Corte en la Causa B 57912/97 (Ver nota N° 6).

(25) La anterior redacción de la L.O.M. también preveía el “impedimento para entrar”, supuesto que ha sido eliminado por la reforma introducida por ley 11.024.

(26) SCJBA B-70696 “Porretti, Roberto Martín c/ Concejo Deliberante de Pinamar s/ Conflicto Interno Municipal. Arts. 196 Constitución de la Provincia y 263 bis LOM” 14/7/2010.

(27) SCBA B57901, 30/1/97 “Hernández, Manuel c/Concejo Deliberante de San Miguel s/Amparo-cuestión de competencia art. 6 CCA”

Sin embargo, el Alto Tribunal provincial no ha admitido la legitimación de bloques de partidos políticos y vecinos para plantear el conflicto (28).

7. Competencia para su resolución

En ausencia de un tribunal político que resuelva la cuestión, los órganos judiciales tienen la atribución de dirimir los conflictos de poderes.

En la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia resulta competente para dirimir los conflictos internos de las municipalidades como así también los externos que se susciten entre diferentes municipios o entre municipios y con autoridades de la provincia (29).

El supremo tribunal reiteradamente ha señalado en este sentido que le corresponde en forma originaria y exclusiva el conocimiento y decisión de los conflictos internos municipales, sea que se produzcan entre los departamentos ejecutivo y deliberativo o en el seno de este último (30).

Así:

“El art. 196 de la Constitución de la Provincia atribuye a esta Suprema Corte el ejercicio de la jurisdicción originaria en el trámite y resolución de los conflictos internos de las municipalidades, sea que se produzcan entre los departamentos ejecutivo y deliberativo -sea que ocurran en el seno de este último-, los de las distintas municipalidades entre sí o con otras autoridades de la Provincia.” SCBA, B 68421 I 23-11-2005. Scarpato, Cecilia c/ Municipalidad de Florencio Varela s/ Amparo. Cuestión de competencia”.

8. Algunas cuestiones procesales

Cabe señalar en este punto, algunos aspectos de tipo procesal que resultan relevantes en el planteamiento y abordaje del tema que nos ocupa, sin que los apuntes que siguen agoten de manera alguna las múltiples aristas a considerar en el marco del proceso.

-El planteo no reviste el carácter de una demanda. Consecuentemente se considera suficiente la denuncia del conflicto y la clara exposición de los hechos que lo fundamentan. En virtud de su trascendencia institucional se busca un trámite rápido y sencillo.

No obstante ello, el Alto Tribunal de la provincia de Buenos Aires, ha dicho que:

“No es posible que los conflictos de competencia entre los poderes públicos de la Provincia que este Tribunal está llamado a resolver por mandato constitucional (art. 161 inc. 2º, Constitución de la Provincia) se planteen en forma potencial, eventual o hipotética. SCBA, B 70737 I 10-2-2010. “Asociación Hoja de Tilo y otros c/ Municipalidad de La Plata s/ Amparo -cuestión de competencia-”

Por otra parte, se ha sostenido que no constituye estrictamente un “juicio” con partes antagónicas que exponen sus pretensiones ante un “juez” a través de una “demanda” y “contestación”. (31)

(28) SCBA 58.735, 11/3/97, “Burgo Marta y otros c/Concejo Deliberante de Guaminí s/Conflicto art. 196 Const Provincial”, SCBA 63599, 6/2/02 Agugliardo Víctor y otros C/Concejo Deliberante de Brandsen s/Conflicto de Poderes. Art. 196 Const.Prov”.

(29) SCBA B55900, 7/7/94 “Convención Reformadora”; SCBA B 58030, 1/4/97 “Municipalidad de Florencio Varela s/Recurso de Amparo, cuestión de competencia, art. 6 CCA”, SCBA 58000, 8/4/97 “Mitre Rubén c/Concejo Deliberante de Saliqueló, S/Conflicto arts. 161 inc. 2, 194 y 196 de la Const.Pcial”; SCBA B63612, 24/4/02 “Mazzieri, Carlos s/ Amparo”.

(30) SCBA, B 55182 I 11-5-1993 Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Necochea c/ Concejo Deliberante s/ Conflicto art. 187 Const. Prov., entre otros.

(31) SCBA, B57914, 25/3/97 “Hernández, Manuel c/Concejo Deliberante de San Miguel” s/ Conflicto art. 261 L.O.M.”

La Suprema Corte provincial ha dicho que:

La intervención de la Suprema Corte en los conflictos municipales presenta tres notas concurrentes: a) el planteamiento -a efectos de la admisibilidad extrínseca de la acción- de la efectiva existencia de la materia justiciable que enmarca la competencia de la Corte, es decir “la contienda interna municipal”; b) el análisis de lo que se ha dado en denominar “legalidad del procedimiento”, esto es, la verificación del cumplimiento de las normas rituales que rigen la cuestión y la sujeción a las garantías y principios constitucionales; y c) resueltos afirmativamente los puntos anteriores, el juzgamiento sobre la razonabilidad o absurdo de la decisión motivante del conflicto, teniendo en cuenta que no se trata de rever lo decidido en sede municipal, cual si fuese simple instancia apelativa, sino de ejercer una suerte de contralor extraordinario y excepcional.” SCBA, B 68800 S 26-12-2007. “Trama, Ricardo Alberto c/ Concejo Deliberante de la Municipalidad de General Lavalle s/ Conflicto artículo 196, Constitución provincial”.

-El artículo 263 bis de la Ley Orgánica de Municipalidades, trae un plazo de caducidad para solicitar la revisión judicial por vía de conflicto de la suspensión o destitución. (32)

-Además, dadas las características especiales del proceso, no rigen los principios generales en materia de costas.

-Resultan aplicables al supuesto, además de las normas de la L.O.M. de referencia, los artículos 689 y 690 del C.P.C.C. En virtud de ello, corresponde el dictamen previo del Procurador General. Sin perjuicio de lo anterior, cuando la Corte estime que no se encuentran reunidos los requisitos para configurar el instituto del Conflicto, no procederá tal intervención. (33)

- En cuanto al procedimiento en el Conflicto de Poderes del Tipo Sancionador (suspensivo o destitutivo):

Efectuada una destitución en el ámbito comunal por parte del Concejo Deliberante, en los términos previstos por la Ley Orgánica de Municipalidades, su revisión solo puede plantearse en el marco de un Conflicto de Poderes. (Atela: 1220)

- Medida cautelar:

La ley en su artículo 263 bis, prevé una medida cautelar que opera de pleno derecho.

La promoción del conflicto de poderes por parte del intendente o de cualquier concejal -en virtud de lo estatuido por la norma que comentamos- suspende la ejecución de la resolución impugnada “la que no hará ejecutoria hasta la resolución definitiva del mismo” (34).

La Corte provincial, también ha fijado un criterio restrictivo en cuanto al punto, entendiendo que dicha medida cautelar solo procede ipso iure, ante la promoción de conflicto por destitución, no así por suspensión preventiva, ya que esta última es una providencia cautelar, no definitiva que no corresponde invalidar por otra medida de la misma naturaleza. (35)

Sin perjuicio de ello, el tradicional criterio limitando la aludida medida cautelar en virtud de la presunción de legitimidad (y ejecutoriedad) de los actos administrativos, ha sido revisado en recientes pronunciamientos (36).

(32) SCBA B 5800,8/4/97 “Mitre, Ruben c/ Concejo Deliberante de Saliqueló s/conflicto art. 161 inc. 2 y 196 Const. Prov”.

(33) SCBA 10/9/74, “Gavino, Norberto c/Concejo Deliberante de San Isidro s/Conflicto de Poderes”.

(34) SCBA, B 59049 I 31-3-1998. “Libonatti, Antonio César c/ Concejo Deliberante de la Municipalidad de General San Martín s/ Conflicto art. 196 Const. prov.”

(35) SCBA B59460, 22/9/98 “Libonatti, Antonio C.C/ Concejo Deliberante de Gral San Martín s/Conflicto art. 196 Const. Prov.” y SCBA B63973, 2/5/02 “Intendente Municipal de Carlos Casares c/Concejo Deliberante de Carlos Casares s/Conflicto Poderes art. 196 CP”, entre otros.

(36) SCBA B 66457 del 10/9/03; B 70903 del 9/6/10 y B 71018 7/7/2010 entre otros.

- Particularidades en torno a de la Destitución de los Jueces de Faltas:

Resultan de aplicación al supuesto las disposiciones del Decreto Ley 8751. Presentada una denuncia contra un juez de faltas ante el Concejo Deliberante, esta será remitida a la Cámara de Apelaciones en lo Penal competente en la jurisdicción (quien también podrá recibir la denuncia). Dicho Órgano evaluará la presentación y si la considera viable, se enviará al Concejo ara la constitución de un jurado (compuesto por un juez de la Cámara, tres Concejales y tres abogados del Departamento Judicial respectivo). Si el Juez de Faltas resulta destituido, el interesado podrá intentar la promoción de un Conflicto de Poderes en el marco de lo normado por los artículos 261 y 263 bis de la LOM.

- Recurso extraordinario:

Tratándose de una cuestión eminentemente local, rige el principio general en materia de intervención del máximo Tribunal Nacional.

Así, solamente procede la intervención excepcional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía de Recurso Extraordinario. (37)

9. Comentario final

Resultaría de sana práctica republicana, y ejercicio pleno de la ciudadanía a nivel comunal, la creación de verdaderos entes jurisdiccionales locales, que, entre otras atribuciones tengan (en cabeza de su órgano máximo) la competencia para dirimir los conflictos internos de las municipalidades, dejando para el ámbito provincial o nacional -según sea el caso- los de tipo externo.

Claro está, que para ello debería modificarse la Constitución de la provincia de Buenos Aires, reconociendo autonomía plena a sus municipios, de manera de plasmar así un cambio que ponga a las comunas del mayor estado de la Nación, en un pie de igualdad con los gobiernos locales, no solamente del país, sino de la mayoría del mundo.

Reconocido, entre otros aspectos, la faceta institucional de la autonomía, las Municipalidades podrían dictar sus cartas orgánicas, creando los órganos pertinentes dentro de su jurisdicción, a los que correspondería resolver los conflictos internos.

Mientras tanto, y como consecuencia de lo antes expuesto, debe tenerse en cuenta, en términos generales, que hay una tendencia sostenida a reconocer discrecionalidad en el actuar del Supremo Tribunal Provincial, quien tiende además a autolimitarse en algunas de sus atribuciones y actuar solamente como "definidor" de cuestiones de competencia (Morello, Augusto Mario: 1998:150).

En particular, quienes deseen plantear exitosamente un conflicto de poderes en los términos de los artículos 261 y 263 bis de la L.O.M., ante el tribunal supremo provincial (38) deberán acreditar claramente la efectiva existencia de la materia justiciable el conflicto en los términos admitidos por la ley y con el alcance dado por la jurisprudencia (39), la razonabilidad de la cuestión sometida a examen y su imposibilidad de resolución en el ámbito comunal.

(37) CSJN, 27/12/90. ED 142.688.

(38) Quien por su parte hará una verificación de la admisibilidad extrínseca de la acción, controlará la legalidad del procedimiento y sujeción a principios y garantías constitucionales y por último se adentrará en el análisis de la razonabilidad de la cuestión. (SCBA 6/11/74 "Morilla Carlos C/Concejo Deliberante de Coronel Rosales, entre muchos otros).

(39) En este sentido "Si los hechos descriptos en el escrito de inicio no constituyen estrictamente ninguna de las situaciones de conflicto que esta Suprema Corte está llamada a resolver corresponde desestimar in límine la presentación efectuada por el Concejo Deliberante (arts. 196 Const. Prov.; 261, 263 bis y conc. Dec.ley 6769/58). SCBA. B-58064.8/4/1997 .Autos "Concejo Deliberante de San Antonio de Areco s/Conflicto art. 196. Const. Prov.". "Corresponde rechazar el conflicto si no surgen acreditadas ni se advierten configuradas la ilegitimidad ni la irrazonabilidad de la decisión controvertida (art. 264 de la L.O.M.)". SCBA B-57823.15/4/97. Autos "Ferro, S. c/ Concejo Deliberante de Gral Rodríguez s/Conflicto art. 196 Const. Prov".

De no ser así, no tenga duda el lector que su pretensión no será zanjada en el ámbito del máximo tribunal de la provincia de Buenos Aires.

10. Bibliografía

ATELA, Vicente S. "La responsabilidad política en el ámbito municipal". EN Abeledo Perrot Buenos Aires, Noviembre 2011. Pág. 1209 y ss..

BIANCHI, Alberto. "¿Pueden los tribunales federales intervenir en conflictos de poderes?", EN: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1998-D, 1244.

— Control de constitucionalidad. 2a. ed. Buenos Aires: Ábaco, 2002.

BIDART CAMPOS, Germán. Manual de la Constitución reformada. Buenos Aires: Adiar, 1994.

DI CAPUA, Sebastián. "Los conflictos de poderes en las municipalidades de la provincia de Buenos Aires", EN: Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, 1998-F, 321.

FERRAJOLI, Luigi. "Magistratura democrática y ejercicio de la función judicial", EN: Andrés Ibañez (edit.). Política y justicia en el estado capitalista. Barcelona: Fontanella, 1978, 206.

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. 4a. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999. t. 1, cap.XII, 7.

HERNÁNDEZ, Antonio María. Derecho municipal. Buenos Aires: Depalma, 1997, v. 1.

LOWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1983.

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965.

MORELLO, Augusto Mario. Constitución y proceso. La Plata: Platense, 1998.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Constitución de la Nación Argentina comentada. Buenos Aires: Zavala, 1996.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Interpretación judicial de la Constitución. Buenos Aires: Depalma, 1998.

SAYAGUES Laso, Enrique. Tratado de derecho administrativo. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1959.

TAWIL, Guido. Administración y justicia. Buenos Aires: Depalma, 1993.

11. Jurisprudencia consultada

CSJN, 27/12/1990. Rousselot, Juan Carlos c/Concejo Deliberante de Morón, EN: El Derecho, Buenos Aires, 142, 688.

SCBA, 6/11/1974. Morilla, Carlos c/Concejo Deliberante de Coronel Rosales.

SCBA, B53623, 15/2/1991. Ochipinti, Jorge Anunciado c/ Concejo Deliberante de Esteban Echeverría. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B54089, 26/11/1991. López, Juan Carlos c/ Concejo Deliberante de Tres de Febrero. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B55170, 11/5/1993. Alsinet, Luis M. c/Concejo Deliberante de Necochea. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B 55182, 11-5-1993. Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Necochea c/ Concejo Deliberante. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B55600, 15/2/1994. López, Jorge y otros c/Concejo Deliberante de Moreno. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B 55900, 7/7/1994. Convención Reformadora.

SCBA, B57901, 30/1/1997 "Hernández, Manuel c/Concejo Deliberante de San Miguel. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B57971, 11/3/1997. Burgo, Marta y otros c/Concejo Deliberante de Guaminí. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B 58030, 1/4/1997. Municipalidad de Florencio Varela. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B58000, 8/4/1997. Mitre Rubén c/Concejo Deliberante de Salliqueló. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B58064, 8/4/1997. Concejo Deliberante de San Antonio de Areco. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B57823, 15/4/1997. Ferro, Santiago Manuel c/ Concejo Deliberante de Gral Rodríguez. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B57998, 15/4/1997. Ostoich, Oscar Darío c/Concejo Deliberante del Municipio de Capitán Sarmiento. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B58988, 21/4/1998. Ríos, Héctor Gustavo y otro c/ Depto. Ejecutivo de la Municipalidad de Brandsen. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B59049, 9/6/1998. Libonati, Antonio C. c/ Concejo Deliberante de San Martín. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B62569, 23/5/2001. Darhampe, Alberto. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B62761, 11/7/2001. Intendente municipal de Lobos y otros c/Asamblea de Concejales y Mayores Contribuyentes de Lobos. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B62928, 7/11/2001. Intendente Municipal de Florencio Varela c/ Concejo Deliberante de Florencio Varela. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B63599, 6/2/2002. Agugliardo Víctor R. y otro c/ Concejo Deliberante de Brandsen. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B63420, 24/4/2002. Municipalidad de Rivadavia c/ Municipalidad de Trenque Lauquen y Dirección Provincial de Saneamiento y Obras Hidráulicas del M.O.S.P. de la Prov. de Bs. As. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B63612, 24/4/2002. Mazzieri, Carlos. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B68261, 22/06/2005. Villordo Sergio O. c/ Municipalidad de Quilmes. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B68300, 10/8/2005. Fernández, José (Presidente del Concejo Deliberante de Gral. San Martín). Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B68363, 6/9/2006. Intendente Municipal de General San Martín c/ Concejo Deliberante de General San Martín. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

SCBA, B70696, 14/7/2010. Porretti, Roberto Martín c/ Concejo Deliberante de Pinamar. Disponible en: www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is

CJ Catamarca, 24/3/1997. Guerrero c/Concejo Deliberante de la Municipalidad de Tinogasta.

SCJ Mendoza, 4/9/1985. Intendente Municipal de Las Heras.

STJ Formosa, 11/12/1997. Tabeada Antonio y Otros c/ H.C.D. de la Municipalidad de Formosa.

TSJ Córdoba, 26/9/1996. Balmaceda, Joaquín A.

Análisis de la evolución de la reparación del daño moral en la injuria romana

POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU (*)

Sumario: Introducción. I. El delito de injurias en Roma. 1. Clases. 2. El animus injuriandi. 3. Protección jurídica. 4. La responsabilidad extracontractual ¿La pena era reparatoria, retributiva o indemnizatoria? 5. ¿Cómo piensa el romano la posibilidad de establecer conductas y asignarles una pena? 6. Modificación pretoriana con relación a las injurias. 7. Responsabilidad por el delito. a) Sujetos activos del delito. b) Sujetos pasivos. — II. El delito de injurias en el Derecho Colonial Argentino. 1) Las Injurias en las Partidas. 2) Aplicación de las normas en el Virreynato. 3) Qué sucedía mientras tanto en nuestro Derecho Patrio. — III. Conclusión. — IV. Bibliografía.

Resumen

Aquí se hará un análisis de cómo se aplicó la reparación del daño moral infringido a la víctima de lo que en la actualidad denominamos delitos contra el honor. Aspectos que fueron legislados como delitos por los romanos contemplando diversas figuras, además cuál era el sentido de la aplicación de la pena y si realmente ésta era reparatoria, retributiva o indemnizatoria. Finalmente su recepción en las Partidas de Alfonso X El Sabio y el derecho colonial argentino.

Palabras claves: Injurias- Daño moral- Reparación - Derecho colonial

Abstract

Here we will analyze how to apply the moral reparations inflicted on the victim of what today we call crimes against honor. Aspects that were legislated as criminal by the Romans contemplating various figures, plus what was the meaning of the penalty and whether or not this was reparation, remuneration or compensation. Finally it is received under items of Alfonso X the Wise and the Argentine colonial law.

Keywords: Injuries-Pecuniary damage-Repair - Colonial law

Introducción

En este trabajo se busca mostrar la evolución de la materia de daños en el delito de injurias, a través del cual se lo analiza en un contexto socio histórico para tratar de entender la razones de la misma, no se trata pues de una construcción moderna ya que los pueblos de la antigüedad han legislado a su modo sobre la materia. Se analiza la evolución de las penas en materia de injurias para también comprender porque el daño moral estuvo relegado en los orígenes. De allí se muestra como fue recepcionado por Las Siete partidas de Alfonso El Sabio y su aplicación en base a ejemplos brindados como se aplicaba y sus sanciones.

I. El delito de injurias en Roma

Para este derecho la injuria definida en D.47.10.1 tuvo un sentido muy amplio, en principio era todo aquello contrario al derecho, difiere del concepto actual de injuria, en el que el bien jurídico protegido es la honra, la reputación y la protección del honor objetivo y subjetivo que tenemos todas las personas.

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Romano, Cátedra III. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP

El concepto comprende una serie de acciones que a continuación se expondrán, ya que no recaía exclusivamente el ataque en la reputación pero sí tomamos éste aspecto en Roma se conocía la “*existimatio*” era la dignidad que se le reconocía al ciudadano romano, se pretendía evitar así el ataque o menoscabo a su honor individual y a la reputación social de la que goza todo ser humano.

1. *Clases*: Comprendía diversas clases de acciones caracterizadas por el dolo que se traducían en las siguientes:

a) Insultar, difamar, ofender de manera verbal a los filii y a la uxor.

b) A un hombre libre.

c) No ocurría cuando se dirigía a un esclavo, de parte de quién pretendía indirectamente el insultar a su amo.

d) Las acciones descriptas que se realizaban por escrito.

e) Las acciones traducidas en agresiones físicas a algunos de los mencionados anteriormente (excepto el esclavo), reflejado en la Lex de las XII Tablas: Si con la mano o con el bastón rompió un hueso es un hombre libre, sufra la pena de trescientos ases; si se trata de un esclavo, ciento cincuenta *Iniuriarum actio aut legitima est*-. Legitima ex lege XII Tab.: “*qui iniuriam alteri facit, V et XX sestertiorum poenam subito, quae lex generalis fuit: fuerunt et speciales, velut illa: ‘manu fustive si os fregit libero, CCC, (si) servo, CL poenam subit sestertiorum’*” (Gaius, 3, 223; Iust., Inst., 4, 4, 7 ; Gaius, 3, 220 ; Gai., D., 50, 16, 41).

f) La Tabla VII decía: que castigaban pocas cosas con la pena capital, consideraron que ésta se debía aplicar también en aquellos casos en los que alguien ultrajara o compusiera canciones que producen infamia o deshonor a otra persona, “*nostrae XII tab. cum perpauca res capite sanxissent, in his hanc quoque sancendam putaverunt: si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri*”. (Paul., Sent., 5, 4, 6).

g) La Contumelia: del verbo (contemnere) era el desprecio, era una figura genérica que se caracterizaba por el ultraje (D.47.10.1).

h) El Convicioum: Al principio comprendía las conductas ultrajantes, luego se abre a otras acciones como los golpes y las insolencias, la ofensa dirigida al pater agravando a su amo (Aul. Gel.; 20, 1, 12); se podía ejercitar la acción noxal en contra de quién había injuriado y se encontraba bajo la potestas del pater; el convicioum fueron algunas de las tantas figuras creadas por los edictos posteriores a la Lex Aebutia.

i) La Canción difamatoria: Consistía en las recitaciones de poemas o versos, canciones, que tuvieron contenido difamatorio, traía consecuencias más perjudiciales que la injuria común dado que las mismas se hacían con el objeto de que tuvieran trascendencia pública menoscabando el honor del atacado y producir la alteración de la paz pública, se lo reprimía con la pena capital, la difamación y su publicidad estaba regulada en el Digesto 47.10.15.16 y 47.1.15.18.

j) El Libelo difamatorio: Son escritos de carácter injurioso, agravante, difamatorio de la reputación de las personas, también se castigaba al que compraba o vendía escritos de ésta naturaleza, tampoco se permitía que una persona los tuviera en su poder porque era un peligro potencial de que su conocimiento en poder de terceros perjudicara a terceros. No solo se castigaba al autor del hecho sino también a todos aquellos que cooperaran con ésta clase de acciones, sino hubiese sido muy injusto que salga solo perjudicado el que lo escribió. Cuando tenían el carácter de injurias por índole política, a través de ellos se veían afectados los intereses del Estado, se constituía un delito de lesa majestad, aspecto que fue receptado por nuestro derecho colonial argentino, como me explayaré más adelante en el que los libelos difamatorios en contra de las autoridades de la metrópolis o las coloniales eran delitos de lesa majestad castigados con severas penas.

2. El animus injuriandi

De acuerdo a lo establecido por Ulpiano en D.47.10.15.15, para que queden consumadas éstas figuras se exigía el animus injuriandi, o sea la intención o voluntad de querer injuriar, dirigida a herir, golpear, pegar, insultar, manifestar de manera verbal o escribir el agravio para afectar a la persona en su honor y reputación.

Luego de la Ley Cornelia de Iniuriis los Prudentes crean la figura de que un mismo hecho de los ya descriptos podía recaer sobre un conjunto de personas al mismo tiempo, además de recaer sobre la persona a la que se ofendía directamente, aparece la noción de delitos múltiples con una misma acción desarrollada (Gaius, 3; 222), se castigaba golpear, azotar y violar el domicilio (D.47.10.5), se podía optar entre una pena por ser un delito privado o la persecución pública por parte de un tribunal.

3. Protección jurídica

a) *La Actio Iniuriarum*: Era una acción de carácter penal, recayendo para el condenado la tacha de infamia, podía ser dejada si efecto con la dissimulatio o perdón (D.47.10.11.1) del agraviado por la ofensa. Los hechos que comprendían una injuria podían ser leves o graves en éste último caso la sanción era establecida por el Pretor, la gravedad o no del hecho estaba en la forma en que el mismo se configuraba, el contexto y las circunstancias personales.

4. La Responsabilidad Extracontractual ¿La pena era reparatoria, retributiva o indemnizatoria?

Si bien son términos modernos, lo “reparatorio” se aproxima a las concepciones del derecho penal, ya que entre los fines de la pena está la reparación del daño causado por el delito a la víctima, se trata de equiparar proporcionalmente el daño causado con la pena a cumplir.

Cuando se hace referencia a la “retribución”, la pena es vista como el mal que se causa al delincuente, como castigo al delito que cometió, ya que con él se ha hecho un mal a la víctima, por lo tanto un “mal” se retribuye con otro “mal”, pero no impuesto por una comunidad primitiva sino por creación legislativa del Estado que tipifica los delitos y crea un código de procedimientos para proceder al juzgamiento de las personas imputadas por un delito hasta dictarles o no una sentencia condenatoria.

En cambio la “indemnización” es un término civilista, por el cual se ofrece una suma dineraria a la persona afectada por el delito que ha sufrido con el fin de que el delincuente vea afectado su patrimonio en beneficio de ésta, a los efectos de tratar de volver las cosas al estado anterior a la comisión del delito.

Para entender en el Derecho Romano a cual de éstas concepciones adhiere, debemos tener en cuenta que, en los primeros tiempos el derecho penal se hallaba fuertemente influenciado por el fas o elemento religioso, el delito era una ofensa a los dioses y la pena se trataba de una expiación, en esos casos había que buscar la forma de apaciguarlo a los efectos de que las consecuencias no fueran sufridas por la comunidad, al principio la regulación de las penas estuvo a cargo de los pontífices, “con los delitos se consideraba que se había violado el orden temporal y el espiritual y que la pena debía vengar a ambos en la persona del culpable” (D’Ors Pérez Peix, 1966:111), por lo tanto la importancia del castigo estaba en esa dualidad o doble violación hecha por el delincuente.

No se puede dejar de mencionar que en la evolución que ha tenido éste delito, el daño moral al principio estaba relegado primando el ataque corporal o verbal como ataque en sí mismo más que el daño al espíritu, sin importar si hubo culpa, luego con el paso del tiempo éste último factor se convierte en determinante para establecer sanciones y su graduación.

5. ¿Cómo piensa el romano la posibilidad de establecer conductas y asignarles una pena?

En realidad en los tiempos pre-históricos, existió la pena como venganza entre clanes, la justicia o venganza privada; así existió la ley del Talión, en la que, por imposición de la fuerza los particulares hacen justicia por sí mismos, y no solo el ofendido, sino también hay un sentimiento del grupo al que pertenece de que se debe castigar al culpable, porque ese delito ha atravesado la moral que los rige.

Además se plantea otra cuestión el salvajismo propio del romano se fue traduciendo en las penas y castigos, en una primera fase no se diferenciaba si el daño se había realizado dolosa o culposamente, para así graduar las penas aplicables a cada caso, la mentalidad primitiva se centralizaba en el daño causado y la necesidad de "atacar" a quién lo hizo, que, a lo mejor lo había hecho sin querer, pero eso no importaba. Ello responde al uso de la fuerza para imponerse unos a otros muy propio de las sociedades originarias, que sirvió a su vez para la Fundación de Roma y la creación del Estado romano como tal y el fundamento de su posterior constitucionalismo; pero con el paso del tiempo y cuando las sociedades primitivas se van organizando y van evolucionado aparece la necesidad de dictar normas jurídicas que tengan por objeto regular de manera expresa lo que por la razón y la moral las comunidades primitivas venían haciendo desde mucho tiempo.

Así se deja de lado la venganza privada y de a poco, se va reemplazando la pena del talión por el pago de una suma dineraria, ésta última era preferida por los delincuentes a la rotura de un miembro por ejemplo; más allá que era la propia ley de las XII Tablas la que regulaba el pago de sumas dinerarias para ciertos delitos entre ellos la injuria, pero en otros casos las sumas eran fijadas por los usos sociales o costumbres, ya que no estaban establecidas en las leyes, se refiere que *"el importe de la indemnización variaba según la fortuna de las partes, la sed de venganza, la intervención de personas amigas, entre otras circunstancias. El perjudicado podía exagerar sus pretensiones...la costumbre había establecido el cuádruplo o el doble del daño, ciertos números de bueyes o carneros...se usaba el arreglo con la expresión pacere y para el acuerdo pactum que significa pax o apaciguamiento, fin de la discordia"* (D'Ors Pérez Peix, 1966:67), parece que éste hubiera sido el origen de las penas de multas.

Luego con la acción del Pretor se fue abriendo la gama de delitos y se incluyeron determinadas cuestiones como el fraude, la violencia y el miedo impuesto en la realización de los actos jurídicos a los cuales se les asigna una pena, y después se separan de las acciones penales; si no había restitución subsidiariamente se aplicaba la *actio quod metus causa*; algo parecido con la acción de dolo malo cuando no se encontraba otra forma de reparar el daño; la acción de fraude creditorio era arbitraria (D. 4, 2; 14-1).

Cuando se hacía la restitución o reparación se evitaba la acción y la condena penal, que ya era rechazada de plano por la *actio quod metus causa*.

En tiempos del Bajo Imperio y dentro del año se podía ejercer una acción en contra de los herederos del delincuente acusado de enriquecimiento (D. 4,2,16-2,20), de a poco la elaboración pretoriana se empieza a separar de la idea de venganza en la aplicación de la pena; para darle lugar a la reparación del daño causado y que tenga repercusión patrimonial.

Se pasa por la etapa en la que se hacen las restituciones, ya que se anulaba por edicto del Pretor el acto por el cual una persona había obrado como consecuencia del dolo, la violencia o el fraude, se trataba de volver las cosas al estado anterior por la que se pretendía reparar el perjuicio ocasionado; a fines de la República la acción reipersecutoria en materia de furtum estaba dada por la reivindicación de la cosa al propietario de la misma, la *condictio furtiva* prosperaba después de fracasar la *reivindicatio* si no podía prosperar por ausencia de alguno de sus requisitos (Gaius; 4,4), también se indemnizaba por el valor más alto después de cometido el furtum en caso de que la cosa en cuestión se haya perdido por caso fortuito (D.13,1-1; 20, 31-2), todas prosperaban por separado. La *actio furti*; la *condictio furtiva*, la *reivindicatio* y sus accesorios (la *actio ad exhibendum*, el *interdicto utrobi*).

Al principio del imperium se priorizaba la reparación del daño; En los siglos VII y VIII casi todas las acciones penales y los edictos mismos habían sancionado el respeto a las convenciones, eran reemplazadas por las acciones *in ius conceptae* o *in factum* que no tenían carácter penal, como las acciones de fiducia, de mandato y de tutela consideradas de buena fe.

Esa actividad legislativa tenía que responder a las necesidades de los hombres que, en realidad no fue pensada como tal, sino que empezaron a regularse determinadas cuestiones y después se convirtió en una actividad estadual; así se reflejan *"las ideas morales estaban envueltas en la santidad del culto religioso...éstas ideas estaban ligadas al deber, impuesto a la casa y al Estado, de adorar a los*

dioses...no discutía acerca de lo que era honorable y justo; sus ideas eran tradicionales e instintivas y las sostenía con una tenacidad casi religiosa”, (Barrow, 1971: 21), las necesidades de los hombres provienen de tiempos muy antiguos en la que la fuente del derecho era la costumbre; así de a poco, se regulan los delitos diferenciándose entre públicos y privados, para determinar la mayor o menor gravedad de éstos se hallaba bajo la influencia de la mentalidad de esa época y de lo religioso, por eso había delitos que afectaba a los hombres y delitos que perjudicaban a los dioses siendo en éste último caso las penas más graves que en el primero.

Los dioses permitían suavizar la rudeza de los castigos “durante las saturnales se permitía a los delincuentes tomar parte en la alegría general. Cuando un condenado a la flagelación encontraba al sacerdote de Júpiter y caía a sus pies, la ejecución debía suspenderse” (D’Ors Pérez Peix, A.; 1966: 113).

6. Modificación pretoriana (1) con relación a las injurias

La normativa penal nace primero con la costumbre de los antepasados y luego con la Ley de las Tablas, con el paso del tiempo se vislumbra la tarea del Pretor en materia de delitos, como se verá a continuación.

Toda la obra que se fue elaborando en materia de delitos fue sistematizada en el Edicto de Juliano:

* La generalización de las penas pecuniarias, que en algunos casos se graduaban y permitía aplicar un abanico más amplio en lo que respecta a las acciones noxales; contra cualquier injuria, una acción infamante, in aequum et bonum concepta, solo la podía ejercer el ofendido (Gaius; 3,224).

* La multa era estimatoria para el demandante quedando su regulación a criterio del juez, con excepción de la injuria, que dependía según el lugar donde se profiriese, la persona contra la que iba dirigida o si fuera una imputación grave se la considerara atrox (Gaius; 3, 225).

* La aestimatio era aplicada por el pretor peregrino antes de la Lex Aebutia con respecto a las injurias que provenían de la violencia física reguladas por la Ley de las XII Tablas (Justiniano; XLIII).

* El convicium también forma parte de la compilación que se hizo a posteriori.

* Procedimiento: Se realizaba una especie de procedimiento por difamación, de acuerdo a disposiciones del Edicto que prosperaba en contra de los demandantes por injurias cuando no estuvieran fundadas para perseguirlas en juicio.

7. Responsabilidad por el delito

a) Sujetos activos del delito

No tenían responsabilidad por éste y otros delitos legislados desde tiempos antiguos: el demente (D. 47, 10, 3.), el infans, el hombre víctima de influencias malignas, el que incurre en error (D. 47, 2; 46-6; 48, 19, 15), de a poco se separaba el derecho privado del derecho penal, en tiempos del Bajo imperio todavía se conservaba una serie de delitos privados pero tiempos de la República la separación se ve más clara, la Lex Cornelia de Iniuriis (año 673 a.c.) a través de una quaestio perpetua castigando con penas públicas los delitos de violencia corporal (pulsatio, verberatio) y la violación del domicilio dividiendo los delitos privados que fueron unificados por Caracalla. El robo, el bandolerismo, la difamación y otras injurias fueron objeto de iudicia publica, al menos por vía de persecutio extraordinaria; de igual manera la muerte del esclavo (D. 47, 10; 7-1-6.).

(1) El furtum se hizo extensivo al lucro que se tenía con la venta de la cosa de otro, el abuso de confianza; los inmuebles son protegidos por edictos que hacían referencia a la rapiña y al bandolerismo (678 a.c.), también abarcaba delitos que se cometían en el curso de motines o siniestros, castigados con multas por el cuádruplo y por el doble ver en Gaius 4, 182. Luego el Pretor empieza a abarcar figuras como: la violencia que produce miedo-metus-, el dolo -dolus malus- y el fraude -fraus- que, unidas a los actos jurídicos se les asignaba una pena.

b) Sujetos pasivos

Recordando que el esclavo no tenía capacidad jurídica y era considerado res por ende, no podía ser lesionado por éste delito, salvo que recibiera un ataque indirecto para hacerlo directo a su amo (D.47.10.18.1); algo parecido ocurría con la mujer (D.47.10.2), si lo eran los dementes y los impúberes, a diferencia de nuestro derecho actual en el que se establece que si el sujeto no comprende lo que se le dice no puede ser sujeto pasivo de éste delito, ya que no se hiere su espíritu hiriendo su honra, sin dejar de perder la mirada sobre la extensión de las injurias a otras acciones corporales.

II. El delito de injurias en el Derecho Colonial Argentino

1) Las Injurias en las Partidas

La materia de injurias fue recepcionada por Las Partidas de Alfonso IX el Sabio, respetando la esencia romana, dejándose de lado los ataques corporales, que luego pasa como normativa a nuestro derecho colonial. La Partida 7ª, Título 9, Ley 1ª toma el término injuria como deshonras de dichos o hechos y libelos famosos, era el escarnio en contra de otro, infamar, denostar, se diferenciaban las deshonras crueles y graves (2) de las otras que son leves. Se establece la forma de reparación en la Ley nº 21: se puede demandar al que injurió y queda la sanción a criterio de la autoridad judicial o se puede ofrecer como enmienda el pago de dinero a quién está afectado por el delito, quedando en claro que las sanciones deben ser diferentes según el acto llevado a cabo.

2) Aplicación de las normas en el Virreynato

Para dar algunos ejemplos de cómo en la época colonial manuscritos anónimos fueron utilizados como forma de manifestación del descontento popular o de grupos de intereses en contra de quienes ejercían la autoridad en esos tiempos se hacían pasquines, versos, coplas, prosas, se redactaban en hojas sueltas que se hacían circular en la ciudad de casa en casa o se fijaban en las esquinas, esto ocurrió antes y después de la introducción de la imprenta.

Durante el gobierno de Don Felipe Cáceres, en el año 1570 en la Asunción del Paraguay fue promulgado un bando en que se disponía castigar con arreglo a la Ley de Partidas a los que incurrieran en tan grave delito, ya que era público y notorio que algunas personas tenían por costumbre fijar carteles o libelos difamatorios en los parajes públicos o distribuirlos por calles y plazas. Ésta es la referencia más antigua que encontramos, pero que tiempo más adelante se siguió realizando por obra de los pasquinos colocaban sus escritos en iglesias o cabildos sin importar como amanecían muchas veces con carteles pegados, que los alcaldes mandaban arrancar.

3) Qué sucedía mientras tanto en nuestro Derecho Patrio

Por lo que respecta a Buenos Aires; diremos que en 1768 y 1769 se tramitó un expediente para probar si Don Miguel de Rocha había escrito en ésta ciudad un folleto contrario a la potestad y dominio de Su Majestad en los Pueblos de Indios del Uruguay. En 1776 se un escrito anónimo se denunciaban

(2) Partida 7ª, Título 9ª, Ley nº 20 dice "Y las que son graves pueden ser conocidas en cuatro maneras: la primera es cuando la deshonra es mala y fuerte en sí por razón del hecho tan solamente, así como cuando aquel que recibió la deshonra, es herido con un cuchillo o con otra arma de cualquier manera que de la herida salga sangre o quede lisiado de algún miembro; o si es apaleado o herido con la mano o con el pie en su cuerpo de manera deshonrosa. La segunda manera por la que puede ser conocida la deshonra por grave, es por razón del lugar del cuerpo, así como si lo hiriesen en el ojo o en la cara, o por razón del lugar donde es hecha la deshonra, así como cuando alguno deshonra de palabra o de hecho a otro antes el rey o ante alguno de aquellos que tienen poder de juzgar por él o en concejo o en iglesia o en otro lugar públicamente ante muchos. La tercera manera es por razón de la persona que recibe la deshonra, así como si el padre recibe deshonra de su hijo, o el abuelo de su nieto, o el señor de su vasallo o de su rapaz o de aquel que libertó o crío, o el juez de alguno de aquellos que él tiene poder de apremiar porque son de su jurisdicción. La cuarta es por cantigas o por rima o por famoso libelo que alguien hace por deshonra del otro. Y todas las otras deshonras que los hombres hacen unos a otros de hecho o de palabra, que no son tan graves por razón de hecho tan solamente como antes dijimos, o por razón del lugar o por razón de aquellos que las reciben, son contadas por livianas".

los excesos del Gobernador Don Pedro de Cevallos ocultando su nombre con un seudónimo, y se referían a los abusos de los Padres de la Compañía de Jesús en las misiones de los indios guaraníes. Don Manuel José Ordoñez lo mandó desde Montevideo al Conde de Florida Blanca el 31 de octubre de 1791, diciendo que lo encontró oculto llegando casualmente a su poder.

Se trataban de anónimos que afectaba a la autoridad pública del Rey y que se producían reiteradas veces; pero los más frecuentes dirigidos a las personas destacadas algunas veces eran ofensivos, pero otras veces no pasaron de bromas, con el fin de ridiculizar a los destinatarios igual sabían los calumniadores que la Ley 3, Título 9, Partida 7 los castigaría con la pena del talión, es decir que incurrirían en la misma pena que merecería el injuriado, si se le probasen en juicio los delitos que en el libelo o anónimo se le atribuyeran, aún cuando éstas penas fueran las de muerte o destierro.

En 1777 un abogado Promotor Fiscal de un litigio, presentó un escrito que se consideraba “violento” para la época, por el cual tilda de “mandones” a los virreyes y otras expresiones semejantes, se le dictó una sentencia por la cual disponía que debía cumplir el arresto en su casa y se lo suspendía por siete años en el ejercicio de la abogacía, con apercibimiento de no volver a usar más esos términos indecorosos.

En 1779 se publicaron unos pasquines en los que hacían alusión al intendente de Buenos Aires y al contador que lo asistía para el recaudo de los impuestos en los que se los habían dibujado caminando en burros camino a la horca, con inscripciones alusivas al mal desempeño de sus cargos, acompañadas de amenazas y maldiciones. Después de investigaciones nunca se supo quiénes habían sido los autores de éstos, y no se pudo arribar a ningún resultado, sin embargo la autoridad pública establecía severas penas para los que injuriaban por medio de pasquines a los empleados públicos -surge de un expediente que se conserva en el Archivo General de la Nación (1779, sobre averiguar los autores de unos papeles anónimos por el Superior Gobierno. Criminal. Legajo 15).

En el período colonial del Río de la Plata las disputas eran por diferentes motivos:

“(…) por cuestiones de dinero y negocios, venta de estancias y ganado, injurias al Alcalde, de otros hombres a sus mujeres o por cuestiones vecinales...la injuria difiere según sea la calidad social de los litigantes...así como entre pulperos y panaderos o arrendatarios el insulto es explícito y provoca choques personales con testigos, en pulperías o en la calle. Cuando se trata de grandes operaciones comerciales la injuria es más sutil y por escrito a terceras personas” (Mallo, 1993: 14)

En mayo de 1807 aparecieron pasquines pegados en las esquinas en que se pedía la separación del Virrey Sobremonte (3) y se proclamaba a Santiago de Liniers, fue fijado el 21 en la puerta de Santo Domingo pero se conservan copias de otros dos en que Sobremonte es tratado de gallego con todo desprecio, tratado de traidor.

La asonada del 1 de enero de 1809 dio asimismo motivo para anónimos, se conoció uno dirigido a Santiago de Liniers (4), en que se trata duramente a Martín de Álzaga, sindicándolo como “ladrón”

(3) Rafael de Sobremonte y Núñez del Castillo, Angulo Bullón y Ramírez de Arellano Nació en Sevilla, 27 de noviembre de 1745 y falleció en Cádiz, 1827), III marqués de Sobremonte, caballero de la Orden de San Hermenegildo, fue un noble, militar y administrador colonial español. Fue gobernador intendente de Córdoba del Tucumán, tras lo cual llegó a ser nombrado virrey del Río de la Plata. En 1806 abandonó la ciudad de Buenos Aires con rumbo a Córdoba, en un intento de poner a salvo el tesoro del virreinato debido al ataque que la capital sufrió durante la primera de las Invasiones Inglesas. Durante la ocupación británica de Buenos Aires ejerció el cargo desde Córdoba, que pasó a ser provisionalmente la capital del virreinato. El descontento popular en Buenos Aires con la acción de Sobremonte, vista como un acto de cobardía, motivó que tuviera que delegar el comando de las fuerzas de la capital en Santiago de Liniers, héroe de la reconquista, quien luego lo reemplazó como virrey.

(4) Estando en la Ensenada de Barragán se produjo en 1806 la primera invasión inglesa, comandada por el comodoro Home Popham. Liniers vio pasar los buques y dio aviso al virrey Sobremonte, pero no recibió orden de atacar, sino de regresar a Buenos Aires. Frente al hecho consumado de la toma de Buenos Aires por parte de los británicos y la huida a Córdoba del virrey, consiguió permiso del gobernador británico para visitar la capital. Allí se puso en contacto con los grupos que organizaba Martín de Álzaga para intentar la expulsión de los ingleses.

y en julio del mismo año las paredes se poblaron de libelos y pasquines contra el Virrey Cisneros, de que se hace referencia en el acuerdo de cabildo celebrado el día 9.

La utilización de los refranes y de los apodos en contra de cualquiera era algo común que aconteciera, en algunos casos era difícil descubrir quién o quienes eran sus verdaderos autores, iba dirigido no solo en contra de la clase alta sino también en contra de cualquier miembro de la sociedad sin importar su rango, nadie escapaba al escarnio público (5). La práctica era que del papel pasaba a ser comentario de las tertulias hasta que intervenía la autoridad prohibiéndolo.

III. Conclusión

El cuidado del honor, la reputación, y buscar la forma de evitar ataques fueron preocupaciones de los hombres a lo largo de la historia, incluso desde los orígenes del hombre mismo, se trata de un derecho inherente a su naturaleza humana, es un derecho irrenunciable como otros valores jurídicos como la vida, la libertad, la libertad de pensamiento y otros más reconocidos no solo por las Cartas Magnas de las distintas naciones sino también por los Tratados Internacionales con rango Constitucional incorporados en Argentina a la Constitución Nacional a partir del año 1994.

Como decía la protección al honor, su lesión y posterior reparación a través de una sanción penal y civil existió siempre sin importar su condición social; aunque esto implicara que algunos salieran mas perjudicados que otros como resultado de la difamación. Nos tenemos que preguntar hasta que punto es válida una retractación, según nuestro derecho Penal Argentino cuando se hace sinceramente, sin embargo el elemento anímico es difícil de demostrar, pero cuando la misma es aceptada por el ofendido el querellado se evitará la condena penal pero es pasible de tener una condena en el fuero civil por daños y perjuicios.

Las injurias una vez probadas deben ser condenadas en el ámbito penal y resarcidas económicamente en el ámbito del derecho civil, prospera por las dos vías porque así los códigos de fondo lo establecen; la graduación en el último caso quedará a criterio de juez civil quién determinará el importe según lo que quede acreditado en el expediente además de tener en cuenta la importancia de la injuria vertida.

Si bien éste delito que ya viene desde los pueblos de la antigüedad como fueron los romanos, se ubican en el contexto en el que se vierten de acuerdo a su época histórica, las injurias han sido herramientas que se han usado por diferentes motivos, pudo haber sido el resultado de un enojo que después fue pasajero, por disputas de intereses económicos, políticos, sociales, pero que desde siempre son mal vistos por los restantes miembros de la sociedad y que el derecho ha regulado a favor de la víctima; que es necesario castigar de acuerdo a los parámetros establecidos por las leyes.

IV. Bibliografía

ALFONSO X EL SABIO. Las Leyes de Partidas. Disponible en: <http://www.librodot.com> [Consultado el 10 de marzo de 2012].

AULO GELIO. Noches áticas. Edición de Francisco García Jurado. Madrid: Alianza, 2007.

BARROW, R. H. Los romanos. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

D'ORS PÉREZ PÉIX, Álvaro. Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano. Salamanca: Colegio Trilingüe de la Universidad. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1943.

Éste lo envié a Montevideo, donde su gobernador, Pascual Ruiz Huidobro, lo proveyó de hombres, armas y municiones, además de una escuadrilla de botes. Estas eran las fuerzas que Sobremonte había enviado a fines del año anterior a Montevideo, debido a la creencia de que los británicos atacarían primero esa ciudad. Liniers y Martín de Álzaga expulsaron a los ingleses cuando realizaron la Primer invasión al Río de La Plata en 1806, obligando a rendirse al Capitán Beresford.

(5) Por ejemplo al Gobernador José de Garro le apellidaron El Santo; al Virrey Cisneros: El Sordo; al escribano Don Efrasio Boiso: Siete Pelos; a Doña Francisca Alzaibar de Viana: La Mariscalá y a la Sra. O´Gorman: La Periconá.

GAIUS. Instituciones. Comentada por Alfredo, Di Pietro. La Plata: Librería Jurídica, 1967.

JUSTINIANO. Instituciones de Justiniano. Edición bilingüe, con nota previa sobre Justiniano y las Institutas por M. Ortolán. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1960.

— Digesto de Justiniano. Versión castellana por Álvaro D'Ors Pérez Peix. Pamplona: Aranzadi, 1969, t. 1 y 2.

MALLO, Silvia. "Hombres, mujeres y honor. Injurias, calumnias y difamación en Buenos Aires (1770-1840). Un aspecto de la mentalidad vigente", EN: Estudios de historia colonial, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, UNLP, 1993-13, 14.

— PONENCIA realizada en el Congreso Internacional de Derecho Romano en Lima, Perú, 18, 19 y 20 de julio de 2011, sobre el tema: "La Evolución del Daño Moral en el delito de Injurias en Roma".

Cautio damni infecti y la prevención del daño: de sus orígenes romanos a la reforma del Código Civil argentino. Proyección en el derecho ambiental

POR PAOLA ELISA ZINI HARAMBOURE (*)

Sumario: I. Noción romana de cautio damni infecti. — II. Recepción en las VII Partidas. — III. Recepción en el derecho civil europeo. — IV. Recepción en los códigos civiles latinoamericanos. — V. Legislación argentina: el criterio de Vélez Sarsfield y la reforma del código civil de 1968. — VI. Proyección en el derecho ambiental. — VII. Conclusión. — VIII. Bibliografía. — IX. Legislación consultada.

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo tratar el tema de la cautio damni infecti y la prevención del daño, desde sus orígenes en el derecho romano hasta su inclusión en la reforma del Código Civil argentino, explorando su proyección en el derecho ambiental. En principio se desarrolla la noción romana de daño temido, tal como fue expuesta en las fuentes y descrita por los romanistas, entre ellos Bonfante, Iglesias y Arangio Ruiz. A continuación, se analiza la recepción de la medida en las VII Partidas, así como también en el derecho civil europeo y latinoamericano, presentando las variantes que tomó en la legislación de cada país.

Por último, se examina la exclusión de la *cautio damni infecti* en el Código Civil a través de la nota del codificador al art. 1132 y su posterior recepción en la Reforma de dicho Código en el art 2499 in fine. Se detalla asimismo las propuestas surgidas en las XXIII Jornadas de Derecho Civil (Tucumán, 2011) en relación a esta institución. A modo de conclusión, se explora la proyección de esta institución en el derecho ambiental, evaluando la riqueza jurídica del derecho romano para dar solución a problemas actuales.

Palabras clave: Daño temido - Prevención del daño - Derecho romano - Reforma del código civil - Derecho ambiental

Resumé

Cet article a l'objectif de présenter le sujet de la cautio damni infecti et la prévention du dommage, depuis ses origines au droit romain jusqu'au son inclusion dans la réforme du Code Civil argentin, en explorant sa projection dans le droit de l'environnement. Au début on développe la notion romaine du dommage futur, telle qu'on la trouve dans les fontes romaines et décrite par les auteurs, parmi eux Bonfante, Iglesias et Arangio Ruiz. A continuation, on analyse la réception de cette caution dans les VII Partidas, aussi comme dans le droit civil européen et latin américain, en présentant les différences qui s'observent dans la législation de chaque pays. Pour finir, on examine l'exclusion de la cautio damni infecti dans le Code Civil à travers de la note du codificateur à l'article 1132 CC et sa postérieure réception dans la réforme du Code du 1968 dans l'article 2499 in fine. Aussi on détaille les propositions nées aux XXIII Journées Nationales du Droit Civil (Tucumán, 2011) en relation à cette institution.

Comme conclusion, on explore l'influence de cette institution dans le droit de l'environnement, en évaluant la richesse juridique du droit romain pour donner des solutions aux problèmes juridiques de l'actualité.

(*) Docente de Derecho Romano, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

Mots-clés: Dommage futur - Prévention du dommage - Droit romain - Réforme du code civil - Droit de l'environnement

I. Noción romana de *cautio damni infecti*

La *cautio damni infecti* era una medida pretoriana destinada a la defensa contra los daños temidos en las relaciones de vecindad.

El Digesto le dedica un título a este tema, en el Libro XXXIX, Título II “Del daño que amenaza”. Allí encontramos una definición de daño temido expuesta por Gayo - D.39.2.2 -(García del Corral, 1895:152, t. 3) Comentarios al Edicto Provincial Libro XXVIII - Daño que amenaza es daño aún no hecho, que tememos que sobrevendrá.

García Garrido (2000:94) define el daño temido -*damnum infectum*- como el “*Daño que todavía no se ha causado pero se prevé por el mal estado de una propiedad vecina*”. Este daño temido podía provenir de la ruina de un edificio vecino, o por alguna obra que se realizara en el fundo vecino.

Debido a esto Iglesias (1965:286) define a la *cautio damni infecti* como “*la promesa estipulatoria de resarcir los daños que amenazan a una finca, sea por el mal estado de la finca contigua, sea por obras que el vecino haga en su suelo, o legítimamente -u.gr. como titular de una servidumbre- en el suelo ajeno*”.

Bonfante (1929:309) por su lado nos dice que esta institución consiste en “una estipulación en que se promete reparar eventualmente el daño no acaecido -*infectum* - pero que se teme pueda producirse, o por la ruina de un edificio contiguo -*vitio aedium* - que es el caso típico y más conocido, o por obras que el vecino haga en su fundo, o legítimamente, en el mío -*vitio operis*- que es el caso más importante en las relaciones de vecindad”.

Arangio Ruiz (1945:106) la describe claramente como “*una estipulación que habría de hacerse entre los vecinos y por la cual uno prometía al otro indemnizarle si el derrumbamiento de su edificio le causaba algún daño*”.

A su vez Arias Ramos (1958) afirma que esta caución “*ampara al propietario contra un daño que no se ha verificado aún, pero que es de temer que se produzca; una construcción inmediata que amenaza ruina, una excavación en el fundo vecino hace peligrar la estabilidad de un edificio, etc.*”.

Estas definiciones de distinguidos romanistas coinciden claramente en dos aspectos: el carácter de daño futuro y la causa ligada a relaciones de vecindad.

En esto debemos hacer hincapié en el concepto innovador de “daño temido” lo que origina una medida de contenido netamente preventivo.

Este carácter de daño futuro es reforzado por Ulpiano - D.39.2.7.1 -en otro fragmento del Digesto (García del Corral, 1895:154, t. 3): Comentarios al Edicto, libro LIII - Este Edicto mira al daño aún no causado, en tanto que las demás acciones, como la acción de la ley Aquilia y otras, se refieren al resarcimiento de los daños que sobrevinieron.

En cuanto al origen de esta medida, Bonfante nos indica que habría un antiguo remedio civil, pero que se desconoce como era regulado.

En Gayo - encontramos una referencia a este remedio civil, que nos confirma que haya existido, pero no nos brinda detalles sobre su aplicación (Traducción de Di Pietro, 1967:224)

Solamente en dos casos se ha permitido proceder por una *legis actio*: en caso de *damnum infectum* (daño eventual) y en caso de que el juicio deba ser decidido ante los centunviro. Resulta razonable que antes de ir a los centunviro se realice la *legis actio per sacramentum* ante el pretor urbano o el peregrino; en cambio en lo que se refiere al caso de *damnum infectum*, nadie quiere accionar por una *legis actio*, se prefiere obligar a su adversario por la *stipulatio* propuesta en el edicto, el cual es un procedimiento más práctico y más completo.

Este fragmento nos permitiría inferir que se conocía una *legis actio damni infecti*, aún vigente en época clásica, que luego fue reemplazada por la estipulación pretoriana, por ser esta última más práctica y conveniente.

La caución de daño temido fue luego concebida como una medida de protección pretoriana, ya que como expresaba Mojer (siguiendo a su maestro Ambrosioni) “*en el deseo de no dejar desamparado ningún interés digno de protección, el pretor recurrió a su imperium para compeler a estipular en los casos en que no había posibilidad de proteger una situación por otra vía*” (Mojer, 2004:5)

Históricamente desarrollada a la par del procedimiento formulario, la caución de daño temido consistía en una serie de pasos detalladamente descriptos en las fuentes, pasos que también guardan relación con las innovaciones del pretor, como ser las llamadas estipulaciones pretorianas o la *missio in possessionem*.

En principio, aquel que temía el daño de un fundo o edificio vecino, acudía ante el pretor para que el mismo le ordenara al propietario del fundo en cuestión que prestara caución por el daño temido.

Esta caución se prestaba a través de una *stipulatio* pretoriana, en la cual el propietario del bien que amenazaba ruina prometía indemnizar con una suma de dinero el daño eventual, en caso de que efectivamente se produjera.

Aquel que demandaba la caución tenía que jurar que no lo hacía por causa de calumnia, es decir, con la intención de perjudicar o difamar a su vecino, tal cual se expresa en este fragmento de Ulpiano - D.39.2.13.3 (García del Corral, 1895:156, t. 3): Comentarios al Edicto, Libro LIII - “El que pide que se de caución por daño que amenaza, debe jurar antes de calumnia. Así, pues, el que hubiera jurado de calumnia es admitido a la estipulación; y no se investigará si tiene o no interés, si tiene o no casa vecina; pero todo esto, respecto a quien se le haya de dar caución, y a quien no, se ha de sujetar a la jurisdicción del Pretor.”

La estipulación debía fijar un plazo dentro del cual el estipulante se haría cargo del resarcimiento si sobreviniera algún daño, porque tampoco correspondía que quedara obligado a perpetuidad. Una vez que se cumplía este plazo, si todavía existía amenaza de daño, se debía dar nuevamente caución a arbitrio del Pretor (García del Corral, 1895:158 t. 3)

D.39.2.13.15 ULPIANO, Comentarios al Edicto, Libro LIII - En esta estipulación debe estar incluido el término dentro del cual tiene lugar la caución, si sobreviniere algún daño; porque no debe estar obligado a perpetuidad por esta caución. Así, pues, el Pretor dará término para esta estipulación, hecha estimación de la causa y del daño que se espera que sobrevenga. - D.39.2.15.pr ULPIANO, Comentarios al Edicto, Libro LIII - Si hubiera transcurrido el término fijado en la caución, se habrá de dar caución de nuevo a arbitrio del Pretor.

Una vez realizada esta promesa ante el pretor, se convertía en una verdadera *stipulatio*, por lo cual si el daño se llegaba a producir dentro del plazo establecido en la caución, el afectado podía solicitar el pago de la indemnización a través de la *actio ex stipulatu*.

Si el propietario se negaba a prestar esta caución, el pretor le otorgaba al interesado la puesta en posesión del fundo o edificio (*missio in possessionem ex primo decreto*)

Esto se refleja en el Digesto en el siguiente fragmento de Ulpiano - D.39.2.4.1 (García del Corral, 1895:152, t. 3) Comentarios al Edicto, Libro I - Si no se diera la caución dentro del término establecido por el Pretor, ha de ser uno puesto en posesión de la cosa.

La mayoría de los autores (Bonfante, Iglesias, Volterra, Petit) sostienen que esta *missio* implicaba en realidad una tenencia del fundo o edificio, a fines de inspeccionarlo y de coaccionar al propietario para que preste caución.

Si luego de un año, el obligado a prestar caución persistía en su negativa, el pretor concedía al interesado la posesión definitiva del fundo a través de una *missio in possessionem ex secundo decreto* (García del Corral, 1895:152-159, t. 3).

D 39.2.4.4 ULPIANO, Comentarios al Edicto, Libro I - Si acaso se persistiese en no dar caución, habrán de permitir no los duunviro sino el Pretor, que sea lícito poseer; lo que se suele hacer con conocimiento de causa.

D 39.2.15.16 ULPIANO, Comentarios al Edicto, Libro LIII - Escribe Juliano, que el que es puesto en posesión a título de daño que amenaza, no comienza a adquirir el dominio por el transcurso de largo tiempo antes que con segundo decreto sea constituido dueño por el Pretor.

De acuerdo a Iglesias (1965: 287) “*el missus es ahora possessor*” y tendrá justa causa para adquirir la propiedad del bien por *usucapio*, pudiendo protegerla en ese lapso mediante la acción Publiciana.

Según este mismo autor, en un principio sólo el propietario de la cosa amenazada podía pedir la caución, pero luego esta facultad se extendió a todos aquellos que tuvieran un derecho real sobre la misma o incluso un derecho personal.

La fórmula de esta caución de daño temido se expone también en el Digesto D.39.2.7.pr Ulpiano (García del Corral, 1895:154, t. 3):

Comentarios al Edicto, libro LIII - Dice el Pretor : “En el día en que yo determinare con conocimiento de causa, mandaré que se prometa en propio nombre por el daño que amenaza, y que en nombre de otro se de fianza, al que hubiere jurado que esto no lo pide por causa de calumnia, o que no lo habría de haber pedido aquel en cuyo nombre ejercita la acción. Si hubiere controversia sobre si es o no dueño el que diere la caución, mandaré que se de fianza bajo excepción. Por la obra que se hiciera en río público o en su ribera, mandaré que se de fianza por 10 años. Mandaré que aquel a quien no se le diere de este modo caución entre en posesión de la cosa por razón de la que se pidiere que se de caución y cuando pareciera que hay justa causa, mandaré también que se posea.

Por último, resulta interesante mencionar un fragmento de Gayo (D 39.2.19) donde se destaca el sello pretoriano de esta institución preventiva, ya que se debe apreciar “*conforme a lo bueno y equitativo*” (García del Corral, 1895:164, t. 3)

Comentarios al Edicto del Pretor Urbano, título del daño que amenaza - En la estipulación del daño que amenaza no se menoscaba al derecho de los que están ausentes de buena fe, si a los que volvieron se les da facultad para prestar caución, conforme a lo bueno y equitativo, ya sean dueños, ya tengan algún derecho sobre aquella cosa, como sería el acreedor, el usufructuario y el superficiario

En el mismo fragmento, párrafo siguiente este mismo jurista subraya la finalidad y la amplitud de casos en los que resulta aplicable la caución de daño temido (García del Corral, 1895:164, t.3): D 39.2.19.1 Gayo Comentarios al Edicto del Pretor Urbano, título del daño que amenaza - Ya si por vicio de la casa, ya si por el de la obra que se hiciera en la casa, o en lugar urbano o rústico, privado o público, hubiera de sobrevenir algún daño, el Pretor cuida de que se le de caución al que tiene el daño

A mi criterio, este fragmento resume el espíritu de la *cautio damni infecti* en el derecho romano, es decir, la finalidad tuitiva del pretor ante el daño futuro.

II. Recepción en las VII partidas

Las Partidas contemplan esta caución de daño temido en la Partida Tercera Título XXXII Ley 10, en el título destinado a las obras nuevas y viejas, manifestando que:

Cómo las labores nuevas et antiguas quando se quieren a caer, las deben reparar ó derribar.

“Abrense á las veces las labores nuevas, porque se fienden los cimientos, ó porque fueron fechos falsamente ó por flaqueza de la labor; et otrosi los edificios antiguos et quièrense derribar por vejez; et los vecinos que estan acerca dellos rémense de rescebir ende daño.

Sobre tal razon como esta decimos quel judgador del logar puede et debe mandar á los señores de aquellos edificios que los enderecen ó que los derriben. Et porque mejor se pueda facer esto debe él mesmo tomar buenos maestros et sabidores deste menester et ir al logar do estan aquellos edificios

de que se temen los vecinos; et si él viere et entendiere por lo quel dixieren los maestros que estan tan mal parados que non se pueden adobar, ó non lo quieren facer aquellos cuyos son, et que ligeramente pueden caer et facer daño, entonces debe luego mandarlos derribar; et si por aventura no estudiesen tan mal parados, débelos apremiar que los enderecen ó que den buenos fiadores á los vecinos que no les venga ende daño; e si tal fiadura como esta non quisiere facer, o fuesse rebelle non los queriendo reparar, deben los vecinos que se querellaban ser metido en tenencia de aquellos edificios que se quieren caer et dârgelos por suyos si el dueño del edificio durare en su rebellia fasta aquel tiempo que ellos los hayan à adobar ò a derribar por mandado del judgador”.

Como se observa, esta ley de las Partidas tiene varios elementos en común con la solución romana: el daño temido (*los vecinos que estan acerca dellos rémense de reseibir ende daño*) la ruina del edificio vecino (*et otrosi los edificios antiguos et quièrense derribar por vejez*) la caución preventiva (*que den buenos fiadores á los vecinos que no les venga ende daño*) e incluso la puesta en posesión del bien que amenaza ruina por parte del vecino ante la falta de caución del dueño del edificio (*deben los vecinos que se querellaban ser metido en tenencia de aquellos edificios que se quieren caer*).

Esta recepción en las Partidas resulta de relevancia ya que luego se aplicó como legislación en las Indias, transmitiéndose inclusive a la legislación nacional.

En el caso argentino, por ejemplo, se reflejó en el interdicto de obra vieja de la Ley 50 (1863), de procedimiento civil ante la justicia federal. El contenido de esta ley resultó aplicable hasta la entrada en vigencia del Código Civil en 1871, en razón de la prohibición dispuesta en el art. 1132 CC.

En el caso chileno, la recepción se evidencia tanto en el proyecto de Bello como en el Código Civil, al punto de tomar la expresión “*querella por ruina de edificio vecino*”.

III. Recepción en el derecho civil europeo

Para evaluar la recepción de esta medida en el derecho civil europeo, tomamos los casos del código civil francés, italiano, español y alemán.

En el antiguo derecho francés, de acuerdo a Domat (1703:193), se conocía una acción preventiva similar a la *cautio damni infecti* del derecho romano, aplicable al daño que podía provenir de la ruina de un edificio. Esta acción se encuentra detallada en la conocida obra de este autor “*Las Leyes Civiles en su orden natural*” en el Libro I, Título VIII, Sección III “*Del daño que puede derivar de la ruina de un edificio o de alguna obra nueva*”.

Como explica Domat, si un edificio estuviese en peligro de ruina, el propietario del edificio vecino podía intimar al propietario del edificio ruinoso para que proceda a la demolición o lo repare, de manera que haga cesar el peligro.

Si realizada la intimación o demanda judicial, el propietario del edificio ruinoso no brindaba ninguna solución, aquel que se encontraba en peligro por la ruina podía solicitar que le sea permitido hacer él mismo lo que los expertos estimaran necesario para prevenir la caída del edificio, sea apoyarlo o demolerlo, y podía reclamar al propietario del edificio ruinoso por los gastos realizados.

Como observamos, a diferencia del derecho romano, no se practicaba la puesta en posesión del edificio ante la negativa del propietario a repararlo, si bien se le daba al propietario vecino un “permiso” para repararlo por él mismo.

Sin embargo, esta institución preventiva fue excluida del Código Napoleón, donde sólo se menciona en el art. 1386 el caso de ruina de edificio con un daño ya constatado: “El dueño de un edificio es responsable del daño que cause su ruina, cuando ha tenido lugar como consecuencia de falta de cuidado o por vicio en su construcción.” (1)

(1) CCF, 1804 - Article 1386 - Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite de défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

Las razones de esta exclusión las encontramos en los trabajos preparatorios del Código Napoleón, en el informe presentado por Bertrand De Greuille el 6 de febrero de 1803, citado en la obra de Locré (1828: 32-44)

Luego de describir la medida romana, De Greuille expresa:

“Así la sola percepción del mal generaba la acción y podía aplicarse la desposesión: el proyecto, al contrario, quiere ante todo que el mal sea constatado. Es así sólo el hecho del derrumbe que puede legitimar la queja y la demanda del afectado, y determinar una condena a su favor. Es luego del derrumbe que está permitido examinar el daño y establecer su importancia, y es entonces finalmente cuando el juez pronuncia la reparación” (2).

De acuerdo a esta explicación, se evalúa la situación una vez que se ha producido el daño y es recién en ese momento que se le da intervención al juez, priorizando sin duda el carácter absoluto del derecho de propiedad frente a la necesidad de prevenir un daño.

Analizaremos a continuación la recepción de la *cautio damni infecti* en el derecho civil italiano.

Esta medida preventiva se reflejó en el Código Civil Italiano de 1865, en el art. 699: “Quien tenga razonablemente motivo para temer que, de cualquier edificio, árbol, o de otro objeto amenace un peligro de daño grave y próximo a un fundo que él posee, tiene derecho a denunciar el hecho al juez, y a obtener, según las circunstancias, que se provea para obviar el peligro o se ordene al vecino a dar caución por los daños posibles”. (3)

Este artículo tomó como fuente el Libro XXXIX del Digesto, tanto el Título I dedicado a la denuncia de obra nueva como el Título II referente al daño temido.

De acuerdo a Cattaneo (1865:516), de este título II se menciona expresamente como fuentes los fragmentos 6, 7, 24, 40. También se indica como fuente el Código Civil Sardo.

En la reforma del Código Civil Italiano de 1942 se contempla la denuncia de daño temido en el art. 1172:

El propietario, el titular de otro derecho real de goce o el poseedor que tenga razón para temer que de cualquier edificio, árbol o de otra cosa se produzca un peligro de daño grave y próximo a la cosa que constituye el objeto de su derecho o de su posesión, puede denunciar el hecho a la autoridad judicial y obtener, según las circunstancias, que se provea para obviar el peligro. La autoridad judicial, cuando sea el caso, ordenará garantías idóneas para los daños eventuales (4).

De la comparación de los textos, se observa que el daño temido es definido de igual manera en ambos: “*peligro de daño grave y próximo*” y que ambos coinciden en la conducta del interesado que debe “*denunciar*” este daño al juez.

(2) DE GREUILLE, citado por LOCRÉ, op. cit., págs. 43-44, n°16: Ainsi la seule appréhension du mal donnait ouverture à l'action, et pouvait opérer la dépossession: le projet, au contraire, veut avant tout que le mal soit constant. C'est donc le fait seul de l'écroulement qui peut légitimer la plainte et la demande du lésé, et déterminer une condamnation à son profit. C'est après cet écroulement qu'il est permis d'examiner le dommage, de fixer son importance; et c'est alors enfin que le juge en prononce la réparation.

(3) CCI, 1865 - Articolo 699 - Chi ha ragionevole motivo di temere che da qualsivoglia edificio, da un albero o da altro oggetto sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo ad un fondo od oggetto da mi posseduto, ha diritto di denunciare il fatto al giudice, e di ottenere, secondo le circostanze che si provveda al pericolo, o s'ingiunge al vicino l'obbligo di dare cauzione pei dan possibili.

(4) CCI, 1942 - Art. 1172 Denuncia di danno temuto - Il proprietario, il titolare di altro diritto reale di godimento o il possessore, il quale ha ragione di temere che da qualsiasi edificio, albero o altra cosa sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo alla cosa che forma l'oggetto del suo diritto o del suo possesso, può denunciare il fatto all'autorità giudiziaria e ottenere, secondo le circostanze, che si provveda per ovviare al pericolo. L'autorità giudiziaria, qualora ne sia il caso, dispone idonea garanzia per i danni eventuali

Sin embargo, se podría decir que el art. 1172 mejora dos aspectos, relativos al objeto que puede sufrir el daño y a las medidas que está facultado a tomar el juez.

En relación al primer aspecto, en el CC de 1865 se habla de “*fundo*” mientras que en el de 1942 se habla de “*objeto de su derecho o de su posesión*” lo cual obviamente amplía el campo de aplicación.

En referencia al segundo, ya no se plantea en forma disyuntiva que “*se provea para obviar el peligro*” o se “*ordene dar caución*” sino que el juez puede dictar ambas medidas en un mismo caso cuando lo considere pertinente.

En relación al derecho civil español, analizaremos para comenzar la recepción de esta medida romana en el proyecto de García Goyena de 1851 (García Goyena, 1862:460-461).

Artículo 535 - De la obligación de prevenir un daño que amenaza.

Si un edificio o pared amenazare ruina, podrá el propietario ser obligado a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar que se arruine.

Si no cumpliere el propietario, la Autoridad podrá hacerla demoler a costa de aquel.

Lo mismo se observará cuando algún árbol corpulento amenazare caerse.

En el comentario a este artículo, García Goyena transcribe como fuente el art. 667 del Código de Luisiana, como también las VII Partidas, en la Partida III, Título 32, Ley 10, destacando sin embargo que “la segunda parte de la ley 10, sobre poner a los vecinos en posesión del edificio ruinoso, nunca ha estado en práctica”.

A continuación el autor menciona que el precepto de las Partidas se basa en el Digesto Libro 39 Título 2 “*De damno infecto*”.

Respecto a la Autoridad, García Goyena expresa que actuaba a instancia de los vecinos que temían el daño o de oficio “*por denuncia de los arquitectos del ayuntamiento*”.

El Código Civil Español, sancionado en 1889, se refiere a la obra ruinoso en el art. 389, en términos muy similares al proyecto de García Goyena: “Si un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción amenazase ruina, el propietario estará obligado a su demolición, o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída”.

“Si no lo verificare el propietario de la obra ruinoso, la Autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo”.

En comparación al derecho civil italiano, observamos que no se hace referencia alguna a la expresión “*caución*” o “*garantía*”.

Otro ejemplo que resulta interesante de analizar, por su relevancia y difusión, es el del Código Civil Alemán, o BGB- Bürgerliches Gesetzbuch.

Este Código incluye un concepto similar en el art. 908:

Si una finca se ve amenazada por el peligro de ser dañada por el derrumbamiento de un edificio o de otra instalación que está unida a la finca adyacente o por el desprendimiento de partes del edificio o de la obra, el propietario puede exigir de la persona, que en virtud del 836 o de los 837 y 838 sería responsable por los daños causados, que realice las previsiones necesarias para evitar el daño. (5)

(5) BGB - 908 Drohender Gebäudeeinsturz - Droht einem Grundstück die Gefahr, dass es durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen Werkes, das mit einem Nachbargrundstück verbunden ist, oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes beschädigt wird, so kann der Eigentümer von demjenigen, welcher nach dem § 836 Abs. 1 oder den §§ 837, 838 für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde, verlangen, dass er die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Vorkehrung trifft.

En el caso del BGB, lo interesante es como vincula las provisiones necesarias para evitar el daño a la responsabilidad civil por el mismo, al mencionar los arts. 836-838. Por otro lado notamos, al igual que en el caso español, que no se hace ninguna mención al término “caución” o “garantía”

De acuerdo a Saux, esta acción de daño temido fue reflejada en el código suizo, el holandés y el portugués, además de los ya mencionados (Saux, 1994:13)

IV. Recepción en los códigos civiles latinoamericanos

En el proyecto de Código Civil Chileno de 1853, elaborado por Andrés Bello, se incluían en el art. 1092 la “querrela por ruina del edificio vecino”, tomando como fuente expresamente mencionada por Bello el precepto ya mencionado ut-supra de las VII Partidas (Partida III, Título 32, Ley 10).

Posteriormente, cuando se sancionó el Código Civil Chileno se tomó este art. 1092 del Proyecto de Bello y se reprodujo en el actual art. 932 CC.

El que tema que la ruina de un edificio vecino le pare perjuicio, tiene derecho de querrellarse al juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que, si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querrellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costa.

Si el daño que se teme del edificio no fuere grave, bastará que el querrellado rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga.

Respecto a este art. 932, es interesante señalar tanto la expresión “querrela” clara herencia de lo manifestado en las Partidas, así como la explícita mención a la “caución de resarcir todo perjuicio” sobreviviente, lo que nos haría recordar a las fuentes romanas.

Respecto al derecho civil brasileño, el Código Civil de 2002 contempla el daño temido en los arts. 1280 y 1281, en el Libro III Del Derecho de las Cosas, Título III De la Propiedad, Capítulo V destinado a los Derechos de vecindad, Sección I relativa al Uso Anormal de la Propiedad.

Art. 1280: El propietario o el poseedor tienen derecho a exigir del dueño del predio vecino la demolición o reparación del mismo, cuando amenace ruina, así también como que le preste caución por el daño inminente. (6)

Art. 1281: El propietario o poseedor de un predio, en que alguien tenga derecho de hacer obras, puede, en caso de daño inminente, exigir del autor de las mismas las necesarias garantías contra el perjuicio eventual. (7)

El art. 1280 toma exactamente lo expresado en el art. 555 del Código Civil de 1916 y la expresión que se utiliza en este caso es la de “caución por el daño inminente” cuando el edificio vecino amenace ruina.

Como expresa Saux (1944:13), esta institución fue contemplada también en los códigos civiles de Uruguay, Perú, Paraguay, entre otros.

V. Legislación argentina: el criterio de Vélez Sarsfield y la reforma del código civil de 1968

La primera recepción de la caución de daño temido en el derecho argentino la podemos encontrar en el interdicto de obra vieja de la Ley 50, ley de procedimiento civil ante tribunales nacionales, dictada en 1863.

Este interdicto de obra vieja era detallado en el Título XXIX de la Ley 50, arts. 343 a 351:

(6) Art. 1280 - O proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameaça ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente

(7) Art. 1281 - O proprietário ou o possuidor de um prédio, em que alguém tenha direito de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as necessárias garantias contra o prejuízo eventual

Art. 343 - El interdicto de obra vieja puede tener dos objetos:

1° La adopción de medidas urgentes para evitar riesgos que el mal estado de cualquier construcción pueda ofrecer.

2° Obtener su demolición.

Art. 344 - Solo podrán intentarlo:

1° Los que tengan alguna propiedad contigua o inmediata que pueda resentirse o padecer por la ruina.

2° Los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio o construcción que amenazare ruina.

Art. 345 - Si el interdicto tuviere por objeto medidas urgentes de precaución, el Juez, previa inspección que hará por sí de la obra, acompañado de un perito que nombrará al efecto, dictará las medidas oportunas para procurar provisional e interinamente la debida seguridad.

A la ejecución de estas medidas, serán compelidos el dueño, su administrador o apoderado, el inquilino por cuenta de alquileres; y en defecto de todos, se ejecutará a costa del actor, reservándole su derecho para reclamar del dueño de la obra los gastos que se le ocasionen.

Art. 346 - El Juez podrá denegar las medidas de precaución solicitadas, si de la inspección que haga el perito no resultara la urgencia.

Ni esta providencia, ni la que dictara acordándolas son apelables.

Art. 347 - Si el interdicto tuviere por objeto la demolición de algún edificio, deducida que sea la demanda, el juez convocará a ambas partes a juicio verbal.

Art. 348 - Si por el resultado del juicio, el Juez lo creyere necesario, podrá practicar una inspección de la obra, acompañado de perito que él nombre, o las partes por su mandato, y de las mismas partes o sus defensores si lo solicitaren, extendiéndose acta de la diligencia que suscribirán los que hubieran concurrido.

Art. 349 - Dentro de los tres días siguientes al en que hubiere terminado el juicio verbal, o practicándose la diligencia de inspección, el Juez dictará sentencia.

Art. 350 - Cualquiera que esta sea, es apelable en relación y en ambos efectos.

Art. 351 - En caso de ordenarse la demolición y de resultar del juicio o de la diligencia de inspección la urgencia de ella, el Juez antes que se remitan los autos a la Corte, decretará y hará que se ejecuten las medidas de precaución que estime necesarias, en la forma que queda indicado en el 2° inciso del artículo 345.

De acuerdo a Mariani de Vidal (1971:140) este interdicto de obra vieja tomaba literalmente el articulado del mismo interdicto de la ley de enjuiciamiento española de 1855 (arts. 748 a 758) que a su vez se basaba en los preceptos de las VII Partidas (Partida III, Título 32, Ley 10)

De este interdicto resulta interesante la evidente intención preventiva, como se expresa en el objeto "*la adopción de medidas urgentes para evitar riesgos*" así como la legitimación activa, que incluye también a aquellos que tuvieran la necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio o construcción en ruina.

El interdicto de obra vieja previsto por la Ley 50 resultó aplicable hasta 1871, año en que comenzó a regir el Código Civil argentino.

El codificador, Vélez Sarsfield decide expresamente excluir a la *cautio damni infecti* de dicho Código, lo cual se evidencia en el art. 1132 con su respectiva nota:

Art. 1132: El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio.

Nota: 1132. La caución “*damni infecti*”, del Derecho romano (L. 6. Dig. “De *damni inf.*”) cuyo fin era procurar al vecino una caución para reparar el perjuicio que podría causarle la caída de un edificio, no tiene objeto desde que se le concede acción por las pérdidas e intereses del perjuicio, cuando lo sufriese. La admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina.

Como se observa, Vélez Sarsfield, creía que este tipo de medida conducía juicios arbitrarios y que por otro lado los intereses de los vecinos estaban garantizados por los poderes y controles administrativos.

Si bien el codificador no lo menciona expresamente la doctrina (Mariani de Vidal, Lafaille, Salvat) considera que para este artículo 1132 se tomó como fuente el art. 3695 (8) del Esbozo de Freitas y lo expresado por Aubry y Rau.

Este artículo 1132 CC se complementaba con los arts 2616 (obligación de conservar los edificios en buen estado) y con el 1134 CC (indemnización por el daño causado por ruina de edificio, posteriormente derogado por la ley 17.711).

En general esta decisión de suprimir la *cautio damni infecti* en nuestro derecho positivo fue criticada por la doctrina, incluso por Díaz Bialek (1952:126) en sus comentarios a los manuscritos del codificador:

“Este artículo también sigue una solución contraria al Derecho Romano (...) Creemos acertada la solución romana: no debe permitirse la amenaza de un daño, y el propietario debe hacer cesar la grave y permanente inquietud de la posible víctima de su indiferencia. Creemos poco feliz la solución del artículo, que espera el daño para reparar; mejor es prevenirle, ya que para liberarse de la caución el propietario vecino pondrá en condiciones el edificio”.

Probablemente por esta razón en cada proyecto de reforma al Código se incluía la acción de daño temido, ya sea en el Anteproyecto de Bibiloni, o en los proyectos de 1936 y 1954.

De hecho, uno de los críticos de esta decisión del codificador fue el referente del siguiente proyecto de reforma, ya que en palabras de Borda (1971:395): “El acierto del codificador parece más que dudoso. No es justo que el vecino deba permanecer impasible ante la ruina inminente de un edificio, que puede provocarle ingentes daños materiales y aún personales; y tampoco es posible librarlo todo a la diligencia de las autoridades policiales o municipales, que, ya se sabe, no siempre cumplen con su deber.”

Finalmente, en la reforma al Código Civil de 1968 a través de la Ley 17.711, se le da recepción a esta acción en el art. 2499 in fine:

“Habrá turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufriere un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva.”

(8) Esbozo de Freitas - Art. 3695: No será tomado en consideración el que solicitare en juicio caución del daño que teme a causa de derrumbamiento de edificios o construcciones en ruina o por otro peligro. El que quisiere evitarlo podrá únicamente solicitar medidas policiales para la demolición o reparación, mo para el fin que le conviniere según la naturaleza de los casos. Aunque no las solicite, aunque no formule protesta alguna, no queda inhibido de exigir la indemnización del daño que llegara a sufrir.

“Quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares.”

Este nuevo párrafo, según lo sostenido por distintos autores, se toma del art. 1172 del Código Civil Italiano de 1942.

De la lectura de ambos artículos se desprende que ambos coinciden en la denuncia del particular al juez cuando se teme un daño, ya sea de un edificio o de otra cosa, a fin de que se “*provea para evitar el peligro*” (CC italiano) o que se “*adopten las oportunas medidas cautelares*” (CC argentino).

Sin embargo, en el derecho italiano se menciona expresamente la palabra “*garantías*” lo cual se acerca más a la noción romana de “*caución*”.

Dicho esto, si recordamos que el art. 1172 del CC italiano de 1942 se basó en el art. 699 del CC italiano de 1865; y que éste a su vez tomaba como fuente el Libro XXXIX del Digesto, resulta clara la recepción indirecta de la solución romana en nuestro derecho civil, aún considerando variantes y limitaciones.

Una de estas limitaciones es que no se derogó el art. 1132 CC en la reforma de 1968, por lo cual se plantea una evidente contradicción entre ambos preceptos.

Mariani de Vidal (1991:189) nos recuerda que en el Anteproyecto de Biliboni se reformaba también el art. 1132 a fines de lograr una solución armónica, y que es lamentable que en la ley 17.711 se “*haya incurrido en semejante defecto de técnica legislativa*”.

Al respecto, Borda explica que del cotejo de ambos textos se desprende que se mantiene la prohibición para el vecino de pedir garantías contra el daño eventual derivado de la ruina de un edificio, pero se deroga el segundo párrafo que negaba la acción para pedir reparación o demolición del edificio.

En comparación con la institución romana, se niega la caución, pero se admite la existencia de un daño temido y la necesidad de tomar precauciones contra el mismo.

De acuerdo a Mariani de Vidal (1991:189) la finalidad de la acción, tal cual se legisló en el art. 2499 in fine, es “*hacer saber al juez -denunciar- la existencia de un peligro proveniente de un edificio o de cualquier otra cosa, a fin de que se adopten las medidas necesarias para conjurarlo*”.

La legitimación activa es amplísima, como detalla Borda (1971:396) “*no sólo tiene la acción el propietario vecino, sino toda persona que teme pueda resultarle un daño a sus bienes: el poseedor, sea de buena fe o mala fe, el simple tenedor, el que ostenta un simple derecho personal como el locatario, el comodatario, depositario, etc.*”

La legitimación pasiva correspondería a todos aquellos que, en caso de producirse el daño, serían responsables de repararlo de acuerdo a los arts. 1113 y 1135 CC.

Debido a la redacción del art. 2499 in fine, esta acción es muy vasta en su faz cautelar, ya que el daño temido puede provenir de la ruina de un edificio o de cualquier otro evento y a su vez tiende a proteger los “*bienes*” en sentido genérico, lo que permitiría incluir todo tipo de bienes patrimoniales en el extenso alcance del art. 2312 CC.

Respecto al procedimiento aplicable a esta acción de daño temido, cabe recordar que el art. 2501 CC dispone que las acciones posesorias serán juzgadas sumariamente y en la forma que prescriban las leyes de los procedimientos judiciales.

Si bien se discute el carácter de la acción de daño temido como acción posesoria, al punto que muchos autores la consideran una medida autónoma eminentemente preventiva, su finalidad cautelar requiere que sea tratada en la forma procesal más expeditiva posible, es decir, a través del juicio sumarísimo (art. 321 inc. 2 CPCCN).

La Ley 22.434 que reformó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación estableció en el art 623 bis: - Denuncia de Daño Temido - Medidas de Seguridad:

“Quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño grave e inminente a sus bienes, puede solicitar al juez las medidas de seguridad adecuadas, si no mediare anterior intervención de autoridad administrativa por el mismo motivo.

Recibida la denuncia el juez se constituirá en el lugar y si comprobare la existencia de grave riesgo, urgencia en removerlo y temor de daño serio e inminente, podrá disponer las medidas encaminadas a hacer cesar el peligro. Si la urgencia no fuere manifiesta requerirá la sumaria información que permitiere verificar, con citación de las partes y designación de perito, la procedencia del pedido.”

“La intervención simultánea o ulterior de la autoridad administrativa determinará la clausura del procedimiento y el archivo del expediente.”

“Las resoluciones que se dicten serán inapelables.”

“En su caso, podrán imponerse sanciones conminatorias.”

Una vez recibida la denuncia y comprobado el riesgo, el juez puede disponer todo tipo de medidas: ordenar reparaciones en edificios, trabajos de apuntalamiento, traslado de cosas muebles, suspensión de obras o actividades, etc.

Si la medida a tomar fuera la demolición de un edificio, el juez deberá escuchar previamente al propietario del mismo, a fines de respetar la garantía constitucional de la propiedad (art. 17 CN).

La vigencia de esta institución en el ámbito del derecho civil quedó evidenciada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011) donde se trató la acción de daño temido en las Conclusiones de la Comisión 5 de Derechos Reales destacando su finalidad preventiva:

9.- Art. 2499 segundo párrafo CC. Se ratifica la declaración del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969) en el sentido que: “La acción del 2º párrafo del Art. 2499 rebasa en parte el ámbito de la posesión”. Este remedio constituye una acción con finalidad preventiva del daño. Las normas procesales que desplazan la intervención jurisdiccional ante la actuación de la autoridad administrativa son inconstitucionales (Arts. 43 y 75 inciso 12 CN).

10.- Contradicción entre los arts. 1132 y 2499 segundo párrafo del Código Civil.

Frente a la contradicción existente entre el artículo 1132 y el 2499 segundo párrafo del Código Civil prevalece este último.

Esto se complementó a su vez con el tema de la Comisión 3 de Derecho de Daños que se trató de “Principios de Prevención y de Precaución”. Entre las conclusiones de esta Comisión se subrayó que:

El principio de prevención constituye un principio general del Derecho de Daños.

El principio de prevención comprende, entre otros, el deber de evitación del daño, la acción preventiva y los efectos de la sentencia que ordena la prevención.

El deber de prevención del daño involucra la adopción de recaudos razonables para evitar su acaecimiento, la de hacer cesar el daño ya activado, y la de inhibir su agravamiento.

Lo expuesto por ambas Comisiones permite delinear claramente la orientación actual en el derecho civil, priorizando la prevención del daño más allá de la obligación de reparar y retomando por ende en forma tácita aquella noción romana manifestada en el Digesto.

Esta orientación sobre la función preventiva del daño se refleja asimismo en el Proyecto de Código Unificado Civil y Comercial, presentado en marzo 2012:

Artículo 1708.- Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.

Más adelante se define en este Proyecto el deber de prevención del daño y se caracteriza a la “acción preventiva”:

Artículo 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

a) evitar causar un daño no justificado;

b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo.-

Artículo 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño cuya ocurrencia se prevé.

VI. Proyección en el derecho ambiental

A la espera de las repercusiones sobre la “acción preventiva” presentada en el Proyecto de Código Civil y Comercial, cabe explorar la proyección de la acción de daño temido en el ámbito del derecho ambiental.

Como se mencionó anteriormente, el agregado del art. 2499 in fine posibilitó una medida cautelar, de legitimación activa muy amplia, sin limitación sobre la cosa que hace temer el daño (“*de un edificio o de otra cosa*”).

Sin que reproduzca en todos sus aspectos la caución de daño temido propia del derecho romano, hay una coincidencia innegable: ser una medida de carácter preventivo ante un daño futuro.

Y es en este enfoque preventivo donde la acción de daño temido se proyecta en el derecho ambiental, tal como sostienen diversos autores.

En efecto, al decir de Luna (2007:62-63), el daño ambiental reúne ciertos caracteres consensuados en la doctrina: recae sobre bienes de una comunidad, es de lenta exteriorización, son daños de gran magnitud, afectan amplias superficies -lo que justifica su tratamiento a nivel supranacional- la prueba de relación causal entre el daño y la actividad contaminante es muy complicada y por último plantea la dificultad o imposibilidad en ciertos casos de recomposición. Por ello expresa Esaín que en derecho ambiental “*será fundamental actuar antes del daño*” ya que nunca se podrá lograr la reparación o recomposición -entendida como el estado anterior al evento contaminante- “*la que por regla biológica es imposible, por la dinámica de los ecosistemas*”.

Todos estos caracteres motivan, como sostiene Andorno (2001:3) que el principio de prevención sea “uno de los principios fundamentales que orientan la llamada tutela del medio ambiente”.

Cafferata (2004:5) define al principio de prevención como aquel que “*tiende a evitar un daño futuro, pero cierto y mensurable*” definición que podemos asociar claramente a aquella de “*damnum infectum*” expuesta por Gayo en el Libro 39 Título 2 del Digesto.

En cuanto a la finalidad de este principio, Esaín (2004:3) explica que requiere “*actuar jurídicamente, procurando impedir, dentro de los límites racionales, todo aquello que lleve en sí mismo peligro de generar un perjuicio ambiental, debiéndose utilizar los medios más adecuados para frustrar la amenaza de daño de todo factor degradante, el que se proyectará sobre la idea de daño futuro*”.

En el plano normativo, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 consagró este principio de prevención en el artículo 41, en el primer párrafo:

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer

las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Este art. 41 se complementa con el art. 43 CN primer y segundo párrafo, donde se establece el amparo como una vía de protección de los intereses colectivos, entre ellos, de los relativos al medio ambiente. (9)

Posteriormente, en la Ley 25.675, Ley General de Ambiente, sancionada en el 2002, se contempló el principio de prevención en el art. 4 tercer párrafo: Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

Esta misma ley definió al daño ambiental en el art. 27 in fine donde dice: “Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes y valores colectivos”.

Tomando entonces la prevención como uno de los pilares fundamentales del derecho ambiental, se comprende fácilmente que el concepto de “daño temido” de la solución romana resulte especialmente interesante y aplicable para la tutela civil del medio ambiente, complementando incluso las normas de derecho público.

Bustamante Alsina (1995: 147-148) sostenía que se podía interponer esta acción de daño temido ante la instalación de una industria contaminante, por parte del vecino o no que se encontrara expuesto a sufrir el perjuicio, para que el juez dispusiera las oportunas medidas cautelares “*ya sea suspensión de las obras o de la actividad, hasta comprobar pericialmente que se ha instalado un sistema de antipolución que garantice en los hechos la incontaminación del ambiente*”.

Para ejemplificar este caso, este autor citaba un fallo inédito de la Cámara de Apelaciones del Departamento Judicial de Mercedes, provincia de Buenos Aires, de fecha 19/5/1994, en los autos “Veintiocho de Agosto S.A. v. Mastellone Hnos. s/denuncia de daño temido” donde se admitía “*la medida de no innovar peticionada por la actora ordenando a la demandada abstenerse de volcar efluentes industriales en las lagunas de estabilización indicadas en la demanda*” (Bustamante Alsina, 1994:8).

Andorno (2001:7) a su vez contempla la “acción de daño temido” del art 2499 in fine como “*otra vía preventiva para la defensa del medio ambiente*” y en el mismo sentido la han calificado otros autores tales como Saux, Luna, por citar algunos.

(9) Art. 43 CN - Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Besalú Parkinson (1997:6-8) destaca en principio que “*en lo referido al perjuicio ambiental, si el derecho privado está llamado a desempeñar algún papel, el mismo ha de ser a nivel preventivo*” y así considera la acción de daño temido como “*procedente para la defensa del medio ambiente*” ya que el peligro puede derivar “*de cualquier evento, sin limitación alguna*” y el juez puede dictar un variado rango de medidas cautelares.

Por su lado Cossari (2007:71) distingue que si bien esta acción proviene de los derechos reales “*desborda esta materia transformándose en un verdadero instituto preventivo de daños*” entre ellos el daño ambiental.

En cuanto a la complementación con el derecho público, concluimos con lo expresado por Garrido Cordobera (2007:11), que manifiesta que este art. 2499 in fine juega armónicamente con las normas recientes mencionadas ut-supra, expresamente destinadas a la protección ambiental, como ser el art. 41 y 43 CN y la Ley 25.675 de 2002 (Ley del Ambiente) al punto que se podría tomar esta acción de daño temido como “*una suerte de acción popular en pro del ambiente para obtener medidas cautelares y así evitar un daño*”.

VII. Conclusión

Habiendo explorado la proyección en el derecho ambiental, cabría rescatar la importancia de esta acción de daño temido en las relaciones de vecindad.

Quizás debido al crecimiento urbano que vivió Roma, la variedad de soluciones desarrolladas para las relaciones de vecindad resulta realmente destacable.

Basta leer los fragmentos del Digesto en el Libro XXXIX para apreciar la riqueza jurídica de las medidas propuestas, con la descripción de casos puntuales que se podrían aplicar perfectamente a los conflictos urbanos actuales.

Por ejemplo, en referencia a un daño temido por obra lindera, se señala en el fragmento D 39.2.24.12 in fine: Ulpiano, Comentarios al Edicto, libro LXXXI - “*Más si cavare tan profundamente en lo mío, que no pudiera sostenerse tu pared, se incurrirá en la estipulación del daño que amenaza.*”

Esto nos permite apreciar, sin duda alguna, lo útil de las soluciones romanas para responder a cuestiones tan modernas como ser los conflictos de “vecindad” en grandes centros urbanos o, como vimos ut-supra, la necesidad de protección ambiental para prevenir futuros daños.

Por todo lo expuesto, se confirma una vez más la pervivencia del derecho romano en las problemáticas legales de la actualidad, demostrando que si algunos la toman como una mera disciplina o materia histórica, es porque probablemente jamás se hayan interiorizado en la riqueza de su creación jurídica.

VIII. Bibliografía

ALEMANIA. Código civil. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb> [Consulta: 29 de marzo 2011].

ALFONSO EL SABIO. Las siete partidas. Madrid: Imprenta Real, 1807. Disponible en: <http://books.google.com> [Consulta: 29 de marzo 2011].

AMBROSIONI, Carlos. “El proceso romano”, EN: Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata, 1963-22, 7-130.

ANDORNO, Luis O. “Vías legales para la defensa del medio ambiente y para la reparación del daño ecológico”, EN: Jurisprudencia argentina, Buenos Aires, 2001-I, 1068. Disponible en: <http://www.lexisnexis.com.ar> Lexis N°0003/008040 [Consulta: 21 de abril 2011].

ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Instituciones de derecho romano. Buenos Aires: Depalma, 1973.

— Las acciones en el derecho privado romano. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1945.

ARGENTINA. Código civil. Buenos Aires: Zavalía, 2011.

ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONNET, Juan A. Derecho romano. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce”, EN: Revista chilena de derecho privado. Santiago de Chile, 2008-10, 173-182.

BESALÚ PARKINSON, Aurora. “Prevención en derecho ambiental: Soluciones en derecho privado”, EN: Jurisprudencia argentina, Buenos Aires, 1997-I, 781. Disponible en: <http://www.lexisnexus.com.ar/Lexis/Nº0003/001125> [Consulta: 21 abril 2011].

BONFANTE, Pietro. Instituciones de derecho romano. Madrid: Reus, 1929.

BORDA, Guillermo. La reforma de 1968 al código civil. Buenos Aires: Perrot, 1971.

— Tratado de derecho civil: Derechos reales. Buenos Aires: Perrot, 1973, t.1.

BRASIL. Código civil. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm [Consulta: 29 marzo 2011]

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Derecho ambiental. Fundamentación normativa. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

— “Responsabilidad civil por daño ambiental”, EN: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1994-C, 1052. Disponible en: <http://www.laleyonline.com.ar> [Consulta: 21 de abril 2011].

CAFFERATA, Néstor A. “Principio precautorio y derecho ambiental”, EN: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 2004-A, 1202. Disponible en: <http://www.laleyonline.com.ar> [Consulta: 21 de abril 2011].

CATTANEO, Vincenzo. Il Codice Civile Annotato. Torino: Societa L'Unione Tipografico-Editrice, 1865. Disponible en: <http://books.google.com> [Consulta: 5 de julio 2011].

CHILE. Código civil Disponible en: http://www.paginaschile.cl/biblioteca_juridica/codigo_civil/codigo_civil_de_chile.htm [Consulta: 29 marzo 2011].

COSSARI, Nelson A. G. “Responsabilidad civil en la Ley General del Ambiente 25675”, EN: Nelson G. Cossari y otros. Cuestiones actuales de derecho ambiental Buenos Aires: El Derecho, 2007, 67-101.

CUENCA, Humberto. Proceso civil romano. Buenos Aires: Ejea, 1957.

DÍAZ BIALET, Agustín. El derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1952, v. III.

DI PIETRO, Alfredo. Derecho privado romano. Buenos Aires: Depalma, 1999.

DOMAT, Jean. Les lois civiles dans leur ordre naturel. La Haya: Moetjens, 1703, t. I. Disponible en: <http://books.google.com> [Consulta: 5 de julio 2011].

ESAÍN, José. “Derecho ambiental: el principio de prevención en la nueva Ley General del Ambiente 25675”, EN: Jurisprudencia argentina, 2004-III, 1296. Disponible en: <http://www.lexisnexus.com.ar/Lexis/Nº0003/010781> [Consulta: 21 de abril 2011].

ESPAÑA. Código civil. Disponible en: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/2T2.htm> [Consulta: 29 marzo 2011].

FRANCIA. Código Civil. Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr> [Consulta: 29 de marzo 2011].

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona: Molinas, 1895.

GARCÍA GARRIDO, Manuel J. Diccionario de jurisprudencia romana. Madrid: Dykinson, 2000.

GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*. Madrid: Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, t. I Disponible en: <http://books.google.com> [Consulta: 5 de julio 2011].

GARRIDO CORDOBERA, Lidia. “Daño ambiental colectivo e individual”, EN: *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, 2007-C. Disponible en: <http://www.laleyonline.com.ar> [Consulta: 21 de abril 2011].

GAYO. *Institutas*. Texto y notas de Alfredo Di Pietro. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1967.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho privado romano*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, t. 1.

IGLESIAS, Juan. *Instituciones de derecho privado*. Barcelona: Ariel, 1965.

ITALIA. *Código civil*. Disponible en: http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm [Consulta: 29 de marzo 2011].

LAFAILLE, Héctor. *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Ediar, 1950, t. VII, v. 2.

LOCRÉ, Jean Guillaume. *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou Commentaire et complément des Codes français*. Paris: Treutel et Würtz, 1828, t. 13. Disponible en: <http://books.google.com> [Consulta: 5 de julio 2011].

LUNA, Daniel G. “Acción de daño temido en la prevención del daño ambiental”, EN: Nelson G Cosarí y otros. *Cuestiones actuales de derecho ambiental*. Buenos Aires: El Derecho, 2007, 43-65.

MARIANI DE VIDAL, Marina. *Curso de derechos reales*. Buenos Aires: Zavalía, 1991, t.1.

— *Interdicto de adquirir y otros aspectos de la defensa posesoria*. Buenos Aires: Zavalía, 1971.

MOJER, Mario. *La acción de daño temido*. La Plata: UNLP, 2006.

PEÑA GUZMÁN, Luis A. *Derechos reales*. Buenos Aires: TEA 1973, t. 1.

PEÑA GUZMÁN, Luis A. y ARGÜELLO, Luis R. *Derecho romano*. Buenos Aires: TEA, 1966, t. 2.

PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Universidad, 1994.

SALVAT, R. M. y ACUÑA ANZORENA, A. *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*. Buenos Aires: TEA, 1958, t. 4.

SAUX, Edgardo I. “La acción del daño temido como mecanismo preventivo del perjuicio todavía no causado”, EN: *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1994-III. Disponible en: <http://www.lexis-nexis.com.ar> Lexis N°0003/002103 [Consulta: 21 de abril 2011]

VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid: Civitas, 1986.

IX. Legislación consultada

Ley n° 25675. Política ambiental nacional. *Boletín Oficial de la República Argentina*, Buenos Aires, 6 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar> [Consulta: 29 de marzo 2011].

Ley n° 50. Procedimientos de los tribunales nacionales. Buenos Aires, 25 de agosto de 1863, EN: *Colección de leyes y decretos sobre justicia nacional*. Buenos Aires: Imprenta del Comercio del Plata, 1865. Disponible en: <http://books.google.com> [Consulta: 5 de julio 2011].

La fuente de Derecho Romano ante el hecho social

POR GASTÓN LEONARDO MEDINA (*)

Sumario: 1. El hecho social. — 2. Nociones fundamentales. — 3 Lucha entre patricios y plebeyos: El paradigma social. — 4. La fuente de derecho en la época monárquica. — 5. La fuente de derecho en la época Republicana. — 6. Conclusión. — 7. Bibliografía. 8. Otras fuentes consultadas.

Resumen

La presente exposición tiene por supuesto la opinión según la cual detrás de las normas subyace siempre un hecho social, cuya apreciación, en su dimensión tempo-espacial, resulta un paso previo y necesario para la cabal comprensión de aquellas. Siendo ello, precisamente, el quid del principio de evolución jurídica, el cual, determinará el método histórico-sociológico aplicado.

Así, a la luz de dicho método, partiendo del estudio de los fenómenos políticos y sociales más relevantes de la historia del pueblo Romano, intentaremos arribar al conocimiento del fenómeno jurídico, considerando, a ambos aspectos, como componentes de una única realidad integradora de mayor dimensión llamada Cultura. En este sentido, analizaremos la evolución jurídica de las fuentes de Derecho Romano, partiendo, desde la forma más simple de la estructura social, hacia la más compleja -*familia, gens, curia, tribu, pueblo*- describiendo los factores y caracteres que, en cada etapa histórica, coadyuvaron al establecimiento de una determinada forma de constitución político-social, correlativa a un modo particular de manifestación de la regla social y a una relación de autoridad específica. Todo ello, desde la firme convicción de que en la familia y en la gens es dable descubrir los gérmenes de la organización política y jurídica de Roma: La reina de las ciudades.

Palabras claves: Derecho romano - Fuentes - Patricios - Plebeyos

Abstract

This presentation is for estimate the view that lies behind the rules is always a social fact, the appreciation in its space-time dimension, is a prerequisite and necessary for full understanding of those. This being precisely the crux of the principle of legal developments, which will determine the historical-sociological applied. Thus, in light of such a method, based on the study of phenomena relevant political and social history of the Roman people, try to arrive at knowledge of the legal phenomenon, considering both aspects as components of a single reality more inclusive dimension called Culture. In this sense, we will analyze the legal evolution of the sources of Roman law, starting from the simplest form of social structure, to the more complex -family, gens, curia, tribe, pueblo- describing the factors and characters in each historical period, contributed to the establishment of a particular form of socio-political constitution, corresponding to a particular mode of manifestation of social rules and a list of specific authority. This, from the firm conviction that the family and the gens are able to discover the seeds of political and juridical organization of Rome: the queen of cities.

Keywords: Roman law - Sources - Patricians - Plebeians

1. El hecho social

La presente exposición tiene por supuesto la opinión según la cual detrás de las normas subyace siempre un hecho social, cuya apreciación, en su dimensión tempo-espacial, resulta un paso previo y necesario para la cabal comprensión de aquellas.

(*) Docente de Derecho Romano, Cátedra III. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

Como afirma el maestro Bonfante: "(...) el Derecho, como cualquier otra manifestación de la vida de los pueblos, el arte, la costumbre, la literatura, es un producto de la conciencia social y, por lo tanto, varía en el tiempo, varía de pueblo a pueblo"(...) (Bonfante, 1951:9).

Siendo ello, precisamente, el *quid* del principio de evolución jurídica.

Así, a la luz de dicho principio, partiendo del estudio de los fenómenos políticos y sociales más relevantes de la vida del pueblo romano, intentaremos arribar al conocimiento del fenómeno jurídico, considerando, a ambos aspectos, como componentes de una única realidad integradora de mayor dimensión llamada Cultura.

En este sentido, analizaremos la evolución jurídica de las fuentes de Derecho Romano, partiendo, desde la forma más simple de la estructura social, hacia la más compleja -*familia, gens, curia, tribu, pueblo*- describiendo los factores y caracteres que, en cada etapa histórica, coadyuvaron al establecimiento de una determinada forma de constitución político-social, correlativa a un modo particular de manifestación de la regla social y a una relación de autoridad específica.

Todo ello, desde la firme convicción de que en la familia y en la gens es dable descubrir los gérmenes de la organización política y jurídica de Roma: La reina de las ciudades.

2. Nociones fundamentales

En un sentido estrictamente jurídico, la expresión fuente de Derecho Romano es empleada para significar, ya sea la fuente de conocimiento del derecho vigente en Roma -cuya utilidad es posibilitar el estudio científico de los institutos jurídicos-, o bien, ya sea la fuente de producción del Derecho Romano, entendido éste, como conjunto de reglas, orales o escritas, destinadas a regir o regular la vida romana en sociedad, es decir, la conducta social. (1)

Es este último sentido, el de fuente positiva de derecho -puesta por los órganos de la comunidad-, productora de reglas de conducta social, por cierto, imperativas y coactivas, será el abordado y desarrollado en los acápite siguientes?

Sentado lo dicho, la doctrina *romanista* ha distinguido dos clases de fuentes positivas de Derecho Romano; por un lado, las de derecho oral (*ius non scriptum*) (2) como las llamadas "*mores maiorum*" (3) y, por el otro, las de derecho escrito (*ius scriptum*) (4) como la célebre Ley Decenviral -Ley de las XII Tablas-, la ley comicial, el plebiscito, el edicto de los magistrados, entre otras. Las fuentes escritas imperiales, por su parte, no serán objeto del presente trabajo.

Así, al tener las fuentes por fin regular la conducta de los hombres en su devenir histórico-social, el conocimiento de la organización gregaria en Roma y sus relaciones internas, surge como cuestión previa insoslayable. Allí vamos.

3. Lucha entre patricios y plebeyos: El paradigma social

La historia de las fuentes de Derecho Romano, admite un desarrollo evolutivo desde formas más simples hacia otras más complejas, y ello se vincula, por cierto, a un mayor grado de evolución de la "*iurisprudentia*" (5). Sin embargo, resulta innegable, que un factor determinante de dichos cambios ha sido la cuestión social conocida como "*lucha entre patricios y plebeyos*".

(1) "Las fuentes son los hechos que originan el derecho o lo exteriorizan, (...) o bien son los hechos que sirven para conocer el derecho." Crf. Ambrosioni y Tabak (1981:25).

(2) Cfr. Institutas 1,2,3. Ulpiano; Digesto 1,1,6,1; Gayo, Digesto 1, 1, 9 1889.

(3) Etimológicamente "*mores*," que deriva de "mos", significa rito, que aplicado al derecho, hace referencia al rito jurídico. Sin embargo, dichos términos, también fueron usados para designar costumbres sociales extrajurídicas.

(4) Cfr. Gayo I,2; Gayo I,3; Gayo I,4; Gayo, I,5; Gayo I,7; Institutas., 1,2,3. 1889.

(5) Según la clásica definición de Celso, "*Ius*" y asimismo "*Iurisprudentia*", son "*Ius ars boni et aequi*" es decir es "el arte de lo bueno y equitativo" Ulpiano. Digesto 1,1,1, 1889.

Durante la Monarquía: “(...) la sociedad estaba dividida en clases perfectamente diferenciadas, la de los patricios, que gozaban de todos los privilegios acordados a la aristocracia por el derecho público y privado, y la de los plebeyos, sometidos a una injusta inferioridad jurídico-social. Este estado de cosas dio origen a una lucha de clases que, por mucho tiempo, caracterizó a la historia de Roma (...)” (Peña Guzmán y Arguello, 1962:14) (6).

En la República, con el avasallante poderío territorial y político de Roma, convertida en un gran Estado y transformada la economía minifundista popular en grandes latifundios detentados por la aristocracia patricia, dicho conflicto se intensificó.

Podemos afirmar, sin temor a equívocos, que los diferentes estadios experimentados por la fuente de Derecho Romano, se hayan condicionados por el resultado de la pulsión de poder entre ese antagonismo social, económico y político.

Así, la máxima conquista atribuible a la cuestión plebeya, ha sido el logro del traspaso de una fuente oral de Derecho, la más antigua y, como veremos más adelante, la más parcial y arbitraria, a otra fuente escrita, común e igualitaria; por todos conocida mediante la publicidad ínsita en la literalidad- y para todos vinculante, sea patricia o plebeya la condición de sus destinatarios.

En este orden de ideas, la sanción de las “XII Tablas” -“*Legem decimosecundum tabularum*”- (450/451 a.C) (7) representa -amén de ser una de las más importantes conquistas- un auténtico paradigma de novación fontal hacia un modelo “*scriptum*” de derecho común e igualador; inaugurando un proceso del que participaran otras publicaciones, como el “*ius flavianum*” (8) y el “*ius aelianum*” o “*tripertita*” (9). Senda por la cual, el “*ius*” tomó conocimiento público, perdiendo su carácter esotérico e inició un marcado tránsito de laicización o separación temprana del “*fas*”.

Asimismo, desempeñando un papel protagónico, entró en gravitación la ley comicial -“*Lex Rogata*” (10) - como fuente escrita de Derecho nacida de las asambleas populares.

Con idéntico alcance, se enarboló como síntoma de cambio, el reconocimiento a los plebeyos del derecho a reunirse en asambleas a fin de regular los intereses relativos al sector, dándose vida a las asambleas denominadas “*Concilia Plebis*” (494 a.C), cuyas disposiciones -limitadas en un principio solo a los plebeyos- paulatinamente, serán equiparadas a la ley, por el general carácter vinculante de sus efectos, dando paso al nacimiento de una nueva fuente escrita de derecho, el “*Plebiscitum*”. (11)

No podemos dejar de mencionar, como hecho histórico significativo en el mentado proceso de reforma, la aparición, en el escenario jurídico-político, del *Praetor* (367 a.C), quien vino a desempeñar un rol condicionante y esencial en el cambio que operó la fuente de Derecho Romano, en simultaneo con la transmutación de la idea misma de “*Ius*”, ahora relacionada, por influjo del Derecho de Gentes

(6) Cfr Peña Guzmán y Arguello (1962:14).

(7) En el año 462 a C, el tribuno de la plebe Cayo Terentilio Harsa, propuso un plebiscito para obtener un “*ius scriptum*” de aplicación común a patricios y plebeyos, proyecto que mereció la fuerte oposición del Senado, pero sin perder por ello su carácter de hecho antecedente de la ley decenviral

(8) En 304 a C el hijo de un liberto lictor llamado Cneo Flavio publica las fórmulas de las *Legis Actionis* y el Calendario.

(9) En el 198 a C. el jurisconsulto y cónsul Sexto Aelio Peto publica las tablas de la Ley, las formulas verbales procedimentales y el Calendario.

(10) Sin dudas, la fuente de mayor importancia durante la República.

(11) Palabra derivada de los vocablos latinos “*plebs*” (plebe) y “*scitum*” (decidido). Ya desde la ley Hortensia (287 a.C) - que elimino la necesidad de la auctoritas patrum- los plebiscitos habían quedado equiparados a las leyes comiciales. Sin embargo, podemos afirmar que el proceso de equiparación data de mucho antes, ya que el jurisconsulto Aulio Gelio _ citando a Capítón_ define a la ley como “lo que el *populus* o la plebe establece para todos, a propuesta de un magistrado”. (Aulio Gelio, 1955, Libro X, cap. XX)

(*Ius Gentium*), al espíritu (*ratio*) de justicia igualitaria y común (aequitas) (12), en busca de una solución al caso concreto, y alejado del rigorismo solemne y divino, que tanto caracterizó a la fuente de Derecho Quirritario (*Ius Quiritum*) de la época primitiva. Surgiendo, de este modo, una nueva fuente escrita de derecho Republicano: El “*Edictum*”, emanado del poder (*imperium*) (13) del Pretor.

Lo cierto, es que dichos cambios en la cultura jurídica, serían inconcebibles sin un hecho antecedente, de dimensión social, que le sirva de causa. Un ejemplo innegable lo constituye el intento de secesión (apartamiento político) por parte de la plebe en el año 495 a.C., cuyo desenlace, derivó en esta catarsis de cambios en relación a la fuente o modo de establecimiento de la regla social.

Sentado lo dicho, en los siguientes acápite describiremos las características más sobresalientes, de la fuente positiva y reguladora de derecho, durante los períodos monárquico y Republicano.

4. La fuente de derecho en la época monárquica

Como ya adelantamos, conforme la división de las fuentes seguida por la doctrina tradicional, existen dos clases de fuentes positivas de Derecho romano, conforme el modo de establecimiento de la regla social: La fuente oral (*ius non scriptum*), y la escrita (*ius scriptum*). En este orden de ideas, siguiendo al maestro Bonfante, cabe afirmar que “(...) *se distinguen dos modos fundamentales para establecer el Derecho: la costumbre y la ley*”. Así, “*ius scriptum es la ley, y ius non scriptum es la costumbre (...)*” (Bonfante. 1951:22)

Durante la época de la monarquía (753 aC – 509 aC), (14) correlativa al Derecho Romano Arcaico o Quirritario (15), la fuente de derecho por excelencia fue de manifestación oral -no escrita-, con un arraigado fundamento en la moral de las costumbres, de origen ancestral e inmemorial, y legada o transmitida, de generación en generación, por medio de la palabra y la dramatización escénica.

Así, se reputará moral, aquella conducta, que obedezca a las buenas costumbres, es decir, a esa manera tradicional de conducirse o actuar, impuesta por las reglas orales de la tradición (*mores maiorum consuetudo*).

Se habla, en este sentido, de la existencia de un orden impuesto por la tradición, siendo oportuno preguntarnos sobre la idea romana en relación a esa forma de autoridad.

Nos explicamos: para los romanos, la tradición es una autoridad suprema, tan impersonal como inmemorial, que no se identifica con la autoridad propia y personal de un jefe, sino con aquella que reposa en la confianza en los ancestros. Una autoridad absoluta e inquebrantable, plenamente eficaz, que es cumplida y respetada de manera espontánea y natural por el colectivo, al igual que el natural respeto que nace, en toda época, de los entrañables lazos de familia. Autoridad esta que, como si lo dicho no bastara para comprenderla, posé fundamento divino y rango de religión -mediante el rito religioso doméstico o “*sacra privata*” - catapultándose desde el ámbito del hogar, al plano político e institucional, en donde adquiere la forma de culto oficial o “*sacra pública*”.

(12) Del vocablo latino “aequo”, que refería a un gran mar en calma, símbolo de la justicia social y la igualdad.

(13) Del verbo “imperare”, referido al trabajo del hombre sobre la Mater Tellus. Así, quien poseía dignidad para ordenar la tierra, podía asimismo, ordenar la ciudad.

(14) Si bien, etimológicamente, monarquía refiere al gobierno de uno, el poder absoluto del Rex, ha sido muy cuestionado por el historiador Niebuhr, para quien el eje gravitacional de aquella constitución política estaba representado por el Rey, el Senado y la Asamblea de ciudadanos. En igual sentido Iglesias. 1965, y Ambrosioni y Tabak Op Cit: 34.

(15) Cfr Bonfante (1951:10), quien distingue tres sistemas de Derecho romano: el Derecho Quirritario (*ius quirritium*), el Derecho Romano-Universal (*ius Gentium*) y el Derecho Heleno-Romano (Romeo). En sentido similar, Ambrosioni y Tabak.(1981). Por su parte, Álvaro D’Ors, (1963) divide en cuatro etapas la vida del Derecho Romano: Arcaico (753-430aC), Preclásico (430-130aC), Clásico (130aC-230dC) Postclásico (230dC-530dC).

Dicho esto, cómo no respetar u obedecer las buenas y viejas costumbres aconsejadas por los ancestros, elevados a la categoría de dioses *Manes*? (16)(16) Cómo no observar el orden de la tradición, aquel sistema de reglas sociales impuesto por una relación de autoridad divino-ancestral, basada en profundas e inmemoriales creencias familiares, en virtud de lo cual, cada individuo se siente miembro de un colectivo mayor -la familia- a la que se mantiene unido por un vínculo sagrado llamado *agnatio*. (17)

Podemos aseverar, que durante el estadio monárquico pre-cívico, dominado por la gens (18) y la tribu, aquel fue el fundamento legitimador de la fuente de derecho y la razón de su eficacia vinculante. Sin embargo, con el establecimiento de la organización política y social en torno de la Ciudad ("*Civitas*") (19) -que transgrede a la mera forma urbana o "*Urbs*"- y la consolidación de una nobleza política de orden senatorial -el patriciado- con base en el linaje fundacional, surgió la costumbre de elegir a los miembros de las magistraturas y de los colegios sacerdotales, de entre esa aristocracia.

Así, aquella relación de autoridad natural, espontáneamente respetada y basada en la genuina confianza de que gozan los ancestros, aquel senil ypreciado consejo de los abuelos, será ahora, una relación de autoridad impuesta por una oligarquía, de selectos linajes de familia representantes de una aristocracia detentadora de poder político, que será ejercido arbitrariamente sobre la masa popular plebeya. Ya que, si bien es cierto, que la plebe gozaba de estructura gentilicia, también es cierto que carecía del privilegio fundacional, lo que la colocaba al margen de las prerrogativas políticas, alcanzando solo tardíamente (hacia fines del S IV a C) y, luego de arduas y constantes luchas, su participación en el gobierno de la Ciudad.

En suma, durante la monarquía, indudablemente se es ciudadano en tanto y en cuanto se es *gentiles*, y la gentilidad originaria tiene linaje patricio. (20)

La configuración de la plebe fue condicionada, indudablemente, por los nuevos elementos que, desde afuera, se fueron incorporando gracias a la expansión territorial de Roma. Así, la plebe fue creciendo hasta constituir, la muchedumbre, el populacho, la masa excluida de los cargos públicos, sin el derecho de participar en las antiguas asambleas populares. Si se les reconoció alguna capacidad jurídica, solo fue de derecho común, "*ius gentium*" (21), si se les respetó la posesión de la tierra, se les negó la posibilidad de convertirse en propietarios civiles de ella. Debiendo pagar tributo y constreñidos por la leva militar. De este modo, al estar fuera del Pueblo Romano, fueron excluidos de las Curias -al carecer de "*ius sufragii*"-, del acceso a las magistraturas, al carecer de "*ius honorum*" -y del Culto Público- al no gozar de "*ius sacra*". Más fuera que dentro de la vida de Roma, ya que no integraban, en rigor de verdad, el Pueblo de Roma, al ser súbditos totalmente ajenos a las antiguas gens, curias y tribus patricias. (22)

(16) En el marco de la Sacra Privata o Culto doméstico, las familias y las gens romanas profesaban el culto a los muertos, lo que implicaba la devoción a los ancestros, que recibían el nombre de "manes", protectores del hogar familiar. También estaban los "penates" y los "lares", custodios de las despensas y circundantes fundos cultivados, respectivamente.

(17) Si bien "agnatio", etimológicamente significa "por nacimiento", en referencia a la forma más natural y antigua de incorporación de sujetos a la familia, en sentido jurídico, se identifica con una Sacra Privata común, con prescindencia del vínculo natural de la sangre.

(18) Que, etimológicamente, deriva del ario "gan" o "kan", quiere decir "engendrar".

(19) Comunidad ordenada a Estado libre. Equivalente de la "Polis" helena.

(20) Los "patricii", del vocablo "praeter" -del que también deriva pater- que quiere decir "primero" y hace referencia al que marchaba delante de la gens, por ser su jefe.

(21) Derecho común a los pueblos antiguos de la cuenca fértil del Mediterráneo.

(22) El proceso de integración plebeyo al gobiernos de la Civitas puede ordenarse así: Tribunado de la Plebe (494 a C) y Concilia Plebis (494 a C); Código común a ambos sectores -Ley de las XII tablas- (450/451 a C); Lex Valeria Horatia (449 a C) que sanciona fuerza legislativa general de los plebiscitos. Siendo confirmada más tarde por las leyes Publilia (339 a C) y Hortensia (287 a C); lex Canuleia (445 a C) autorizando los matrimonios mixtos;

Al lado de las asambleas de curias, estaba el Senado (23) que decidía en muchos asuntos públicos y, primordialmente, procedía a la formación de las leyes nuevas, ejerciendo un rol regulador de la voluntad popular mediante la *autoritas patrum*. (24)

Aquel orden social jerárquico piramidal -al que nos referimos- constituido por la gens, la fratria o curia, la tribu y, por último, la civis; donde el poder, en sus distintos niveles o estratos, era ejercido de modo centralizado y absoluto por un sujeto u órgano unipersonal -paterfamilias o jefe de familia propio iure, jefe de gens o familia comuni iure, curio o jefe de curia, curio maximus o jefe de tribu y, finalmente, monarca o Rex (25) de la civis- fue el soporte social más propicio para la consagración y conservación del régimen monárquico, constituyendo su piedra de toque.

Por otro lado, asimismo, cumplirá un rol funcional a dicho régimen político, el monopolio sobre el conocimiento del *Ius* y su *interpretatio* (*iurisprudentia*), en manos de los sacerdotes del Colegio Pontifical, cuyos integrantes, designados por el Rex de entre los sumos sacerdotes de las treinta curias, significó, indudablemente, una relación de autoridad religiosa, concentrada, excluyente y exclusiva. (26) Como bien afirma el romanista contemporáneo Fernández de Buján: “*Si bien, la ‘iurisdictio’* (27) corresponde al Rex y, en la práctica, en los funcionarios reales en quienes aquel delegase su competencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los titulares actuaban asesorados por los juristas-sacerdotes, expertos conocedores del *Ius* que formaban parte del Colegio de los Pontífices.” (Fernández de Buján, 2006:14) (28).

De este modo, dichos sacerdotes serán los encargados exclusivos de interpretar y dar a conocer la moral impuesta por la costumbre de los ancestros, mediante un exclusivo asesoramiento personal. Las “*mores maiorum*” “dirán” lo que estos interpretes decidan; por consiguiente, aquella autoridad natural, devenida de la “*fides*” inmemorial en los ancestros, cuya eficacia, era el resultado del acatamiento espontáneo de toda una generación, será ahora, la autoridad de los que ejercen el poder político.

Una vez más, en la historia del Hombre, dos sistemas, el de pensamiento y el de fe, Razón y Dogma, ejerciendo con eficacia admirable, un rol articulador y funcional al mantenimiento y consolidación del poder establecido. Distanciándose, así, del genuino espíritu del pueblo.

Tribunado militar con potestad consular (443 a C); Cuestura (421 a C); la lex Licinia (367 a C) posibilitara el acceso al Consulado y la participación de la plebe en la distribución del “ager publicus”; Edilidad Curul (366 a C); censura (356 a C); pretura (337 a C). Por la Lex Genucia (342 a C) se ordena que al menos uno de los cónsules deberá ser plebeyo. En 332 a C la Lex Ovinia abre el Senado a los plebeyos. En 300 a C, la lex Ogulnia reconoce al sector el derecho al sacerdocio (colegios de Augures y Pontífices), siendo Tiberio Coruncanio el primer plebeyo en llegar al cargo de “Pontifex Maximus” del Colegio Pontifical.

(23) Consejo de ancianos. Del vocablo latino “senex” que significa anciano.

(24) De “augere” que significa “aumentar”, en el sentido de completar, dar valor o perfeccionar un acto, en el caso, la voluntad popular. Durante el Principado, la auctoritas perderá vigor, sin embargo, el Senado conservara su poder mediante la consulta (“senatus-consultus”), en general, a instancia del Príncipe.

(25) El vocablo latino “rex” es el celto-irlandés “righ” (jefe de tribu) y el gótico “reiks”. Esta palabra significaba lo mismo que antiguamente el “Fürst” alemán (es decir, lo mismo que en inglés “first”, y en danés “föerste”, el primero), jefe de gens o de tribu; así lo evidencia el hecho de que los godos tuvieran desde el siglo IV una palabra particular para designar el rey de tiempos posteriores, jefe militar de todo un pueblo, la palabra “thiudans”. En la traducción de la Biblia de Ulfilas nunca se llama “reiks” a Artajerjes y a Herodes, sino “thiudans”; y el imperio de Tiberio nunca recibe el nombre de “reiki”, sino el de “thiudinassus”. Ambas denominaciones se confundieron en una sola en el nombre de “thiudans”, o como traducimos inexactamente, del rey gótico Thiudareiks, Teodorico, es decir, Dietrich.

(26) Cfr. Arangio Ruiz op. cit., para quien “mientras la eficacia de la palabra que crea y defiende el derecho subjetivo está controlada por los ministros de la religión (pontífices), las relaciones con los dioses son concebidas bajo formas jurídicas”.

(27) Derivado de “ius edicendi”, que técnicamente alude a la facultad de determinar la ley aplicable al caso concreto.

(28) Cfr. Fernández de Buján (2006:14)

Estos sacerdotes, tenían a su cargo exclusivo la formación del calendario, que era secreto gracias a una la celosa custodia llevada a cabo por aquellos ministros, quienes cual oráculo divino, cada día darán a conocer la mensura temporal del devenir histórico; determinando la vida del pueblo, la duración de las magistraturas, las fiestas, los oficios, los “*dies fasti et nec fasti*”, la convocación de los comicios, la iurisdictio, y otros tantos aspectos relevantes de la vida civil y pública de Roma.

Así, las “*mores maiorum consuetudo*”, la más antigua de las fuentes, aquella que fuere establecida por el tácito consentimiento del pueblo (*tacito consensus populi*), mediante el uso repetido y confirmado en el tiempo, dejará de ser, para convertirse -paradójicamente- en la más arbitraria, parcial y selecta forma de autoridad. (29)

Si bien el advenimiento de los tribunales (*iurisdictio*) precedió, en la historia del Derecho romano, a la aparición de las Asambleas y su fuente (la *lex*) -fenómeno común a los pueblos antiguos- no es lícito inferir, en modo alguno, razón suficiente para legitimar el ejercicio irrestricto del poder en beneficio de un sector dominante y minoritario, por el sólo hecho de su temprana aparición. Y su pretense carácter sagrado, arrastra la misma insuficiencia para sanear aquel vicio profano de sentido oligárquico.

Siguiendo al profesor Fernández de Buján:

“(...) la Ley de las XII Tablas, aprobada en los primeros siglos de la República romana, constituye la primera referencia histórica, que conocemos, de un conjunto de normas jurídicas reguladoras del proceso. La labor legislativa, caracterizada hasta ese momento por el secretismo y la ausencia de garantías, comienza a verse informada por los principios de certeza, seguridad jurídica, publicidad e igualdad ante la ley, que acaban siendo considerados consustanciales a todo Ordenamiento jurídico que aspire a la realización de la Justicia (...)” (Fernández de Buján, 2006:14)

Analizaremos ahora, en prieta síntesis, los cambios que experimentó la fuente positiva de Derecho, en su tránsito de la Monarquía a la República; centrandó nuestra perspectiva en los hechos sociales que acompañaron dicho proceso.

5. La fuente de derecho en la época Republicana

Durante la República (509 aC - 29 aC), la fuente de derecho por excelencia será escrita (*ius scriptum*) y estará representada por lo que la romanística ha denominado “*lex*” que, en sentido amplio, denota no solamente “*lo que el pueblo romano constituye interrogado por un magistrado senador*” (30) es decir, la *lex rogata*, sino también, otros modos de manifestación positiva del *Ius*, como el plebiscito, el edicto del pretor ó el senadoconsulto, entre otras, toda vez que esos modos de establecimiento de la regla social, lograron el carácter de fuente formal o vinculante. Sin perjuicio de ello, en un sentido restringido, por “*lex*” debemos entender, la ley comicial o *lex rogata*, exclusivamente.

En esta etapa, la lucha entre patricios y plebeyos intensifica la eficacia de sus efectos en el plano político, religioso y legislativo. Y ello, ya que la revolución que expulsó a Tarquino el Soberbio y que tuvo como primeros magistrados -cónsules- a Bruto y Traquino Colatino, no fue en realidad, un genuino levantamiento popular, sino por contrario, un golpe de la aristocracia patricia, que de esta forma paso a controlar el gobierno de la ciudad, al atribuir exclusivamente, a los patricios, el privilegio del poder político. (31)

(29) “El derecho en los primeros tiempos, estaba dado por la costumbre y se caracterizaba por su marcado sello aristocrático que solamente lo hacía accesible a la clase dominante. Su conocimiento y aplicación era facultad exclusiva de los pontífices y se encontraba identificado con las normas del derecho divino. Cfr Peña Guzmán y Arguello. Op cit:14.

(30) Inst. 1,2,4.; Gayo 1.3 1889.

(31) Cfr. Peña Guzmán y Arguello Op. cit: 14 y 92.

En este último aspecto, en el año 462 a C, el Tribuno de la Plebe Cayo Terentilio Harsa, “*con el fin de sustraer a los plebeyos de las arbitrariedades de los magistrados patricios*” (32) propuso un plebiscito para obtener un derecho escrito de aplicación común a ambos sectores sociales, iniciativa que lógicamente, fue rechazada por el órgano que tenía a su cargo la defensa de intereses exclusivamente patricios: El Senado. Pero, no obstante, el impulso ya estaba dado y no tardaría mucho en dar frutos.

Dicha resistencia fue vencida en el año 455 a c cuando el Senado accedió al nombramiento de una magistratura extraordinaria compuesta de diez miembros llamada *decenviri legibus scribundi*, que asumió, en forma extraordinaria, los poderes de los cónsules a efectos de sancionar un cuerpo legal común.

Así, en una primera etapa, fueron redactadas diez tablas, que fueron expuestas públicamente y sancionadas por las Centurias. Más tarde, se sancionan otras dos tablas, cuyo contenido favoreció, con mayor eficacia, los intereses populares.

La importancia de estas “doce tablas” radica en que representó un cambio de paradigma fontal, hacia un tipo escrito, que dejara atrás el enclaustramiento de la fuente monárquica, al ser conocida por todos mediante su publicidad, revistiendo asimismo un nuevo carácter de regla común, aplicable a todos los integrantes de la sociedad, con prescindencia del linaje.

Las curias y las gens, rebajadas ahora a la posición de simples asociaciones privadas y religiosas, sobrevivirán algunos siglos.

Sin embargo, la asamblea de las Curias no correrá la misma suerte, siendo absorbida por la nueva asamblea por Centuria (33), que comprendía o excluía indistintamente a los individuos del patriciado y del plebeyado, según su participación en las milicias y su riqueza, luego de la reforma social atribuida a Servio Tulio.

Cabe subrayar el carácter timocrático que adquieren las asambleas populares aun antes del advenimiento de la República. De modo tal, que no obstante las virtudes del sistema Republicano, en modo alguno significará el fin de las relaciones antagónicas de poder, toda vez que la nobleza senatorial, originariamente arraigada en el linaje, será ahora sustituida por otra, de carácter mercantil -con base en la riqueza- e integrada indistintamente por patricios y plebeyos.

Las tres antiguas tribus gentilicias fueron sustituidas por cuatro tribus territoriales (urbanas), cada una de las cuales, dividió administrativamente el territorio de la *Urbs*.

De tal forma, previo a que naciera la nueva forma Republicana de gobierno, el antiguo orden social, fundado en el linaje, fue abolido, dando paso a una nueva constitución político-social, una auténtica constitución de Estado, basada en la división territorial y en las diferencias de fortuna, y en donde el “status civitatis” no dependía del ingreso a consorcio gentilicio alguno. Pero -como ya dijimos- el conflicto social habido entre patricios y plebeyos que denominamos “cuestión plebeya”, no solo sobrevivió al devenir de la República, sino que intensificó su eficacia condicionante, sumergiendo a dicha forma de gobierno en un caos que, paulatinamente, habría de ver la luz bajo la forma de sangrientas guerras civiles que pondrán en jaque su mantenimiento.

Finalmente, la vieja antinomia patricio-plebeya, fue así sucedida -jamás superada- por otra, representada, por un lado, en la aristocracia terrateniente y la acaudalada clase comerciante de orden ecuestre, y, por el otro, en el sector popular integrado por el proletariado o masa empobrecida, cuyo inagotable enfrentamiento, se traducirá en cuentas y desgastantes guerras locales, que poco a poco erosionaran a la República hasta desgarrarla.

(32) Cfr Peña Guzmán y Arguello. Op.cit: 156.

(33) De “centuria”, compañía militar compuesta por cien hombres. Hacia el año 220 a C, el número de centurias fue incrementado considerablemente.

A partir del siglo III a C -luego de la sanción de la ley Hortensia- los plebiscitos quedan equiparados a las leyes comiciales, siendo aun más frecuentes que estas. Los Concilia Plebis -otrora, asambleas reservadas a la plebe- se convertirán en las nuevas asambleas generales del pueblo de Roma, conjuntamente con la asamblea por centurias.

Así, a la luz de estos comicios plebeyos, convocados y presididos por un Tribuno de la plebe, adquirirá forma una nueva asamblea popular: Los Comicios tribados (*Tributa Comitia*). Participaran en estos todo el pueblo, sin distinción de linaje ni riqueza, patricios y plebeyos por igual, siendo el órgano encargado del establecimiento de la fuente de derecho escrito en la República. Sin embargo, la preeminencia de la nobleza patricia y la plebe enriquecida no se debilitará, sino que, por el contrario, quedará consolidada, mediante una distribución desigual de los distritos electorales (tribus), (34) por lo que los Comicios por Tribus, a pesar de haber sido consagrados como expresión de la soberana voluntad del pueblo, luego de un largo peregrinaje evolutivo, finalmente claudicaran ante el curso natural y ordinario dentro del que se desarrolla la vida de la República, la lucha de clases.

Retomando lo dicho sobre la forma escrita de la fuente positiva Republicana, cabe señalar, que no obstante el advenimiento de la literalidad como técnica de expresión del Derecho, la costumbre, en modo alguno, fue desterrada del campo jurídico, sino que ambos modos coexistieron y se complementaron recíprocamente durante largos siglos.

Con el emperador Nerva (96-98), durante el Alto Imperio, llegara el fin de los comicios Centuriados y Tribados, por lo que la *lex*, como fuente escrita de derecho, seguirá la misma suerte.

Para el maestro Arangio-Ruiz, "(...) *ius y lex son, para los romanos de la República, los dos términos de una antítesis; y su síntesis representa el derecho vigente (...)*" (Arangio-Ruiz, 1952:2) (35).

Ambas fuentes, costumbre ("*usus*"; "*ius non scriptum*") y ley ("*lex*"; "*ius scriptum*"), coexistirán mucho tiempo; con seguridad hasta el advenimiento del bajo Imperio, cuando, por una constitución de Constantino, se determinó la sumisión de la fuente consuetudinaria, estableciéndose que de manera alguna podía prevalecer sobre la razón y la ley. (36)

No obstante ello, la jurisprudencia clásica, jamás desprecia a la fuente irreflexiva y atávica impuesta por el sentir popular a través del tiempo, sino que la acobijó fervorosamente, dedicándole cánticos y alabanzas, en la plena convicción de que (...) "*los hechos ejecutados por el pueblo, en el que radicalmente reside el poder de legislar, es la razón que hace que la costumbre inveterada ("inveterata consuetudo") se reputa una verdadera lex en sus efectos*" (...) (37).

Por su parte, *la iurisdictio*, formara ahora parte del poder máximo llamado *imperium* (38) siendo ejercido por los magistrados Republicanos mayores, ora ordinarios, ora extraordinarios; funcionarios laicos de la senda de los honores ("*Cursus Honorum*"), lectivos y responsables, llamados pretores (39).

(34) Adentrada la República, se sumaran otras tribus en los territorios circundantes a la Urbs, con el nombre de tribus rusticas, cuyo número fue 17, sucesivamente aumentadas, hasta alcanzar el número de 31, hacia el año 241 a C, haciendo un total de 35 (4 urbanas y 31 rústicas).

(35) Cfr Arangio Ruiz, op cit.

(36) Código, 8,53,2. Ulpiano, Digesto. 1,3,33 y 34; Hermogeniano, Digesto. 1,3,35; Paulo, Digesto. 1,3,37; Modestino, Digesto. 1,3,40. 1889.

(37) Institutas 1,2,9; Ulpiano, Digesto. 1,3,33; Ulpiano. Digesto. 1,3,34; Hergemoniano, Digesto. 1,3,35; Paulo, Digesto. 1,3,36. 1889.

(38) Dicho vocablo, en su sentido más arcaico, se refiere a la interacción del hombre con la naturaleza y los dioses. Trabajo de la tierra. Respeto de lo natural.. Dicho de otro modo, refiere al obrar del Hombre en el marco de una cosmovisión del mundo y de las cosas.

(39) Si bien el pretor es, durante este periodo, el titular de la potestad jurisdiccional por antonomasia, existían otros magistrados como cónsules, procónsules, tribunos de la plebe, ediles y cuestores que también ejercían la iurisdictio.

El dificultoso proceso de desacralización de la fuente de Derecho seguirá su curso, lenta pero inexorablemente.

En el año 367 a C, al mismo tiempo que se les reconocía a los plebeyos el derecho a ingresar al Consulado (*lex Licinia*), y a participar en el reparto del *ager publicus*, fue creada una nueva magistratura *populi romani*, que actuaría como colega *minor* del Cónsul, llamada Pretura Urbana. (40)

Ya adquirido su rango de magistratura independiente surge en el año 242 a.C, la Pretura Peregrina, para entender en controversias entre peregrinos o extranjeros. Hecho significativo, toda vez que evidenció el debilitamiento del carácter exclusivo y selecto de la fuente de Derecho en esta época.

Entre todos los magistrados que contaban con el "*ius edicendi*", solo el pretor y el edil curul, mediante sus respectivos edictos, serán computados entre las fuentes de derecho escrito (41), toda vez, que si bien dichos magistrados carecían de potestad legislativa, las disposiciones normativas contenidas en sus edictos anuales, adquirieron el rango de auténtica fuente formal o vinculante, con vocación de permanencia en el tiempo (edicto traslativo), gozando de un amplio campo de aplicación y vigencia, trastocando el antiguo derecho civil, solemne y riguroso, puliendo sus defectos, completándolo y optimizándolo, de conformidad a las necesidades de la nueva constitución político-social.

El llamado Edicto Perpetuo de Salvio Juliano, dictado en época de Adriano (Hadrianus- siglo II, Dina. Antoniana), significó la cristalización de esa fuente escrita y la pérdida de su carácter versátil y dinámico, en aras del esclarecimiento de la fuente que, en los hechos, fue más promesa que concreta realidad.

La fuente de Derecho abandonó -finalmente- su carácter dogmático, adquiriendo rasgos de ley positiva puesta por órganos de la Comunidad, por mandatarios del pueblo. Mientras que la interpretación y aplicación del Derecho dejó de ser una "*técnica delicada de la cual solamente pocos hombres -originariamente, pocos sacerdotes- tienen el secreto*", para convertirse en la ratio jurídica que informará a casi la totalidad de los sistemas jurídicos modernos.

6. Conclusión

A modo de corolario del presente trabajo, nos creemos en condiciones de aseverar que en su acontecer histórico, el estudio de las fuentes de Derecho Romano evidencia el surgimiento de un derecho igualador con vocación de regla común, tendiente a equilibrar las diferencias y conflictos, surgidos de relaciones sociales en asimetría de poder, cuyo origen no escapa al proceso característico de las civilizaciones, en las que no se impone la igualdad y la libertad, sino a través de una cruenta marcha que la humanidad debe soportar, hasta que los elementos que están en pugna logren un relativo nivel, en los hechos, en las leyes y en las costumbres.

Así, el paradigma social, representado por la lucha de clases, que desde el estadio pre-cívico -caracterizado por la preeminencia de la familia y la gens- pasando por la *Civitas* -erguida en los primeros dos siglos como Estado monárquico y, más tarde, Republicano- constituye la clave de bóveda para la cabal comprensión de los diversos modos y caracteres de las fuentes de Derecho Romano, sobre el que dejó su marca, como signo inconfundible del devenir histórico.

7. Bibliografía

AMBROSIONI, Carlos E. y TABAK, Héctor J. Lecciones de derecho romano. Buenos Aires: Ábaco, 1981.

ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Instituciones de derecho romano. Traducción de José M. Caramés Ferro a la 10a. ed. italiana. Buenos Aires: Depalma, 1952.

AULO GELIO. Noches áticas. Buenos Aires: El Ateneo, 1955.

(40) Como adelantamos, los plebeyos, recién podrán acceder a dicho cargo hacia el año 337 a C.

(41) Institutas 1, 2, 7. 1889.

BAUDÓN, Héctor Roberto. Evolución del espíritu de la obligación en Roma. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1912.

BONFANTE, Pietro. Instituciones de derecho romano. 2a. ed. Madrid: Reus, 1951.

D'ORS PÉREZ PEIX, Álvaro. Derecho privado romano. 2a. ed. Pamplona: EUSA. 1963.

DI PIETRO, Alfredo. Derecho privado romano. 2a. ed. Buenos Aires: Depalma, 2001.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "La administración de justicia: Órganos jurisdiccionales y judiciales", EN: Revista latinoamericana de derecho romano, Buenos Aires, 2006-1

GAIUS. Instituciones. Traducción y comentarios de Alfredo Di Pietro. La Plata: Librería Jurídica. 1967.

GRIMAL, Pierre. La civilización romana. Buenos Aires: Paidós, 2008.

IGLESIAS, Juan. Derecho romano. Instituciones de derecho privado. 5a. ed. Barcelona: Ariel, 1965.

KRIEGLER, HERMANN Y OSENBRUGGEN. "Instituta Digesto" EN: Cuerpo del derecho civil. Traducción de D. Idelfonso L García del Corral. Barcelona: Molinas, 1889.

LÁZZARO, Héctor Eduardo. Roma: Historia y derecho. La Plata: CED, 2004.

PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto y ARGUELLO, Luis Rodolfo. Derecho romano. Buenos Aires: TEA, 1962.

8. Otras fuentes consultadas

Vox: Diccionario ilustrado latino-español, español latino. 19a.ed. Barcelona: Bibliograf, 1994.

El derecho al trabajo como límite constitucional al despido injusto

POR JUAN IGNACIO ORSINI (*)

Sumario: 1. Configuración histórica y consagración jurídica del derecho al trabajo. — 2. Derecho al trabajo y principio de estabilidad en el empleo: el derecho al trabajo como límite al despido injusto. — 3. El derecho al trabajo en el derecho argentino. — 4. Dos posibilidades inexploradas y una pregunta incómoda a modo de conclusión: ¿es compatible el derecho constitucional al trabajo con el sistema legal de “estabilidad relativa impropia”? — 5. Bibliografía.

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo indagar acerca del contenido del derecho al trabajo, así como sobre las implicancias que -especialmente en lo concerniente a la estabilidad en el empleo y la protección contra el despido injusto- ha provocado la constitucionalización de ese derecho en la República Argentina a partir de la reforma constitucional de 1994.

Con esa finalidad, tras rastrear someramente los orígenes históricos del derecho al trabajo, nos adentramos en el análisis que ha formulado, en relación al tema que nos ocupa, la doctrina judicial y científica en aquellos países que han incorporado ese derecho fundamental en sus Constituciones desde mediados del siglo XX. Con apoyo en tales basamentos, la idea central de la ponencia consiste en intentar aportar algunos elementos de análisis que contribuyan a desentrañar si las normas legales vigentes en el país que admiten la eficacia extintiva indemnizada de los despidos injustificados, resultan o no compatibles con las normas constitucionales y supra legales que garantizan el derecho fundamental al trabajo.

Palabras clave: Despido - Estabilidad - Trabajo

Abstract

This article aims to inquire about the content of the Labour Law and the implications that has provoked its constitutionalization in Argentina since de constitutional reform of 1994, especially regarding the employment stability and protection against unjust dismissal. To that end, after a briefly tracking of the historical origins of the Labour Law, we go into the analysis that judicial and scientific doctrine has made on this theme in those countries that have incorporated this fundamental right into their constitutions since the mid twentieth century. With support in such basis the central idea of this paper is contribute with some elements of analysis that help to unravel if the legal norms in force in the country, that admit the extinctive indemnified efficacy of unjust dismissal, are or not compatible with constitutional and suprallegal norms which guarantee the fundamental right to work.

Keywords: Dismissal - Stability - Work

1. Configuración histórica y consagración jurídica del derecho al trabajo

Actualmente, buena parte de las constituciones de los estados nacionales, así como numerosos tratados e instrumentos internacionales, incluyen el *derecho al trabajo* entre los derechos humanos fundamentales que deben garantizarse a todos las personas por su condición de tales.

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Social, Cátedra I. Secretario del Instituto de Derecho Social. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

La relevancia que el derecho al trabajo asume dentro del elenco de los derechos de tipo social es principalísima, al punto tal que, en diversos países del mundo, destacados teóricos de la disciplina han llegado a señalar que debe ser considerado como “*el arquetipo de los derechos sociales*” (Sastre Ibarreche, 1996: 19) e -incluso, según lo han sostenido autores como Daum, Jacobs, Remy, Vasak y Barrada- “*el primer derecho social históricamente reivindicado*”, el “*paradigma de los derechos sociales*” o “*el derecho social por antonomasia*” (Sastre Ibarreche, 1996: 23, 54, 69). En similar sentido, se ha dicho que el derecho al trabajo constituye uno de los “*puntos neurálgicos*” de las sociedades democráticas modernas (Alarcón Caracuel, 1979: 5-6), así como “*un referente político fundamental*” del Estado Social de Derecho (Baylos Grau, 2004: 25).

Aunque entendido inicialmente como un derecho de tipo asistencial, asociado a las primeras formas estatales de previsión social, y sin distinguirlo todavía claramente de la *libertad de trabajar*, el derecho al trabajo aparece ya formulado por los grandes pensadores políticos liberales de finales del siglo XVIII, como Locke, Montesquieu y Rousseau, terminando por plasmarse en el art. 21 de la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793. (1)

Aunque no fuera ello lo que pareciera desprenderse de esa generosa definición normativa, la concepción inicial del derecho al trabajo estaba aún muy ligada a la libertad de trabajar que el liberalismo intentaba implantar con objeto de barrer los límites que a la libre apropiación del trabajo imponían las férreas estructuras gremiales corporativas medievales, que constituían un obstáculo al desarrollo capitalista que perseguía la burguesía. Será, en cambio, con la revolución francesa de 1848 cuando el derecho al trabajo adquiera un significado mucho más profundo que -con el paso del tiempo- lo llevaría a ser considerado como uno de los derechos sociales fundamentales.

En efecto, como consecuencia de las terribles secuelas sociales que provocaba un sistema económico basado, precisamente, en una libertad formal de trabajar que, para los trabajadores, era doblemente aparente -en tanto, de un lado, al estar desprovistos de los medios de producción, trabajar era la única posibilidad de obtener el sustento que tenían (lo que atenuaba esa libertad, al constituir la única opción vital) y, del otro, no había suficiente oferta de empleo para absorber su demanda (situación que colocaba a los trabajadores desocupados, rotas las redes materiales de contención pre-capitalistas, y aun sin intervención estatal que compensara esa situación, en la marginalidad absoluta, a la vez que presionaba a la baja las condiciones laborales de los ocupados)- la exigencia del derecho al trabajo se convierte en un lema generalizado y una de las reivindicaciones populares fundamentales de la clase obrera francesa de la época, al punto tal que el 25 de febrero de 1848, al día posterior del estallido del movimiento revolucionario, el gobierno provisional publicó un decreto -redactado por Louis Blanc- en el cual se establecía el compromiso fundamental de asegurar el derecho al trabajo a todos los ciudadanos (Sastre Ibarreche, 1996: 30). (2)

En ese contexto, la libertad de trabajar y el incipiente derecho al trabajo de corte asistencial que había surgido con la revolución liberal de 1789 comienzan a transformarse -como consecuencia de la revolución obrera de 1848, fundamentalmente por la influencia del pensamiento de los teóricos del socialismo utópico, y con la férrea oposición de parte de los pensadores liberales (3) - en un *derecho subjetivo al trabajo*. (4)

(1) “La asistencia social es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desprotegidos, ya sea procurándoles un trabajo, ya sea asegurando los medios de existencia a los que no estén en condiciones de trabajar”.

(2) Precisamente -graficando esa contraposición entre la libertad de trabajar postulada por el liberalismo y el derecho al trabajo fundado en la concepción socialista- Blanc sostenía que la libertad de trabajar era una “falsa libertad” que solo podía adquirir un contenido real mediante el derecho al trabajo, que venía así a articular aquella libertad con el derecho a la vida de los trabajadores (Sastre Ibarreche, 1996: 31,32).

(3) Los teóricos liberales más extremistas habrían de sostener que la elevación del trabajo al rango de derecho subjetivo encerraba el problema de “legitimar la lucha de clases”, al punto tal que Tocqueville vería en el derecho al trabajo la ruptura con la Revolución de 1789 y el “fin de la propiedad privada” (Sastre Ibarreche, 1996: 33-35).

(4) De allí que la revolución de 1848 haya sido considerada como un momento central en la historia del derecho al trabajo y hasta del devenir histórico de todos los derechos humanos (Sastre Ibarreche, 1996: 30- 35).

Es interesante destacar cómo ese naciente derecho al trabajo aparecía, en sus primeras formulaciones, vinculado, incluso en el pensamiento socialista utópico, con el derecho de propiedad. En ese sentido, recuerda Sastre Ibarreche que Louis Blanc defendía la idea del derecho al trabajo como legitimador de la propiedad y vía de acceso por los trabajadores a la misma, es decir una forma de alcanzar una propiedad más universal e igualitaria, mientras que Considérant -un discípulo de Fourier- vio en el reconocimiento del derecho al trabajo una “*especie de indemnización para los no propietarios*”, que tenía la función de asegurar a los trabajadores un mínimo existencial en la misma medida en que le era garantizado “*al hombre salvaje por sus derechos a la caza, la pesca, el pastoreo y la recolección*”.

(5)

Puede apreciarse en las ideas de estos pensadores franceses como el reconocimiento de la degradación de la situación material de los trabajadores en el capitalismo en comparación con los sistemas de producción anteriores (graficada a través de la comparación con el “hombre salvaje”), tiene como consecuencia la reivindicación y la posterior conquista del derecho al trabajo en tanto mínimo existencial, sucedáneo de la propiedad (6), que asegure las condiciones materiales de los no-propietarios, lo que permite vincular claramente a ese derecho con la teoría de la *propiedad del empleo* que habría de surgir posteriormente también en Francia (7) y, por lo tanto, con el principio de estabilidad. De ese modo, se advierte que -al limitar el poder del empleador de *matar al contrato sin decir porqué* (Romagnoli, 1997:137), asegurando la permanencia del trabajador en el empleo y, con ella, la continuidad del salario alimentario, única opción vital del asalariado- el derecho al trabajo y el principio de estabilidad en el empleo surgen como herramientas centrales para compensar el absoluto desequilibrio y desigualdad en la que se encuentran los trabajadores frente a los empresarios, actuando como contrapesos que limitan la propiedad privada de éstos con el objeto de asegurar una cierta garantía material de subsistencia a las mayorías desprovistas de esa propiedad.

Sin embargo, pese al impulso fundante de la revolución de 1848 en la consagración del derecho al trabajo, su evolución no sería progresiva ni estaría exenta de retrocesos, ya que, acallados los ecos del movimiento revolucionario, el derecho al trabajo no logró ser constitucionalizado y tanto en Francia como en el resto de Europa se lo vuelve a enfocar, en la segunda mitad del siglo XIX, como un derecho de tipo asistencial, más que como un derecho subjetivo a exigir al Estado que garantice la obtención de un empleo adecuado (al que carece de él) o su conservación (al que ya lo ha obtenido).

(5) Esa idea de asegurar a todos los individuos un mínimo existencial como forma de recuperar la garantía de subsistencia (Orsini, 2005: 13-14) perdida por los trabajadores con el capitalismo había sido anticipada por el propio Fourier -que ha sido considerado el “padre del derecho al trabajo”- quien había sostenido que debido a la pérdida -a causa del proceso civilizador- de los derechos naturales de los disfrutaba el hombre en estado salvaje, este debía ser recompensado por el derecho al trabajo, “el primero y fundamental de los derechos humanos” (Sastre Ibarreche, 1996: 29).

(6) Explica el sociólogo francés Robert Castel que la sociedad salarial, construida sobre el reconocimiento de los derechos de los trabajadores, permite el acceso a la ciudadanía social a partir del acceso masivo a la “propiedad social,” que representa un homólogo de la propiedad privada, es decir una propiedad para la seguridad puesta a disposición de aquéllos que estaban excluidos de las protecciones que procura la propiedad privada. Así, la propiedad social produce “equivalentes sociales” de las protecciones que antes solo estaban garantizadas por la propiedad privada (Castel, 2004: 41). Es interesante advertir que la idea de “propiedad social” fue tomada por Castel de autores republicanos franceses del siglo XIX (entre los que destaca especialmente a Foullié, Alfred, “La propriété social et la démocratie”, París, 1884), lo que autoriza a presumir un nexo con el derecho al trabajo y, por ende, con el principio de estabilidad.

(7) El primer jurista que hubo de teorizar extensamente a la estabilidad como “derecho a la propiedad del empleo” fue nada menos que George Ripert, en su obra “Aspectos jurídicos del capitalismo moderno” (Granada: Comares, 2001), que fue publicada originalmente en el año 1946. Con todo, la idea había sido deslizada por el autor en un artículo previo (RIPERT, George, “Una nouvelle propriété incorporelle, la clientèle de représentant de commerce”, D.H, París, 1939, Chronique). Luego, fue retomada y profundizada por autores italianos, alemanes y norteamericanos. En nuestro país, el concepto ha sido reflatado recientemente, en clara vinculación al derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo, por Ricardo J. Cornaglia (Cornaglia, 2004: 9).

Será pues, con el proceso de constitucionalización de los derechos sociales que comenzó en la segunda década del siglo XX y se universalizó en la segunda posguerra mundial cuando el derecho al trabajo arribará, para quedarse, a la mayoría de las constituciones nacionales dictadas a partir de entonces (8) y se cristalizará en buena parte de las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos -tanto de carácter universal (9), como regional (10)- como un derecho fundamental de todas las personas.

Así, influido fuertemente en su configuración por el pensamiento socialista francés, el núcleo esencial del derecho al trabajo se construye -en su formulación originaria- como el derecho de todos los sujetos a obtener un trabajo adecuado a su capacidad, es decir el derecho a que los poderes públicos, sometidos así a una correlativa obligación jurídica, proporcionen trabajo a quien no lo tiene, como derecho de crédito a una prestación positiva (Peces-Barba Martínez, 1990: 4-7). Empero, esa noción inicial, algo relativizada posteriormente, no agota el contenido del derecho al trabajo (pues también implicará, entre otras derivaciones, el derecho a *conservar* el empleo ya obtenido), ni tampoco los sujetos a los que obliga (pues también tiene eficacia entre privados y no sólo frente al Estado).

En efecto, según lo ha precisado muy claramente el Tribunal Constitucional de España en la Sentencia N° 22/81 (del 2/7/1981), el derecho al trabajo tiene una dimensión individual y otra colectiva. En su dimensión individual, el derecho al trabajo implica la igualdad de oportunidades para acceder a un puesto de trabajo concreto si se cumple con los requisitos de capacitación y, además, *el derecho a la continuidad y a la estabilidad en el empleo*. Mientras que en su vertiente colectiva, el derecho al trabajo se configura como un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo.

No nos detendremos aquí -por resultar ajeno al tema de nuestra investigación- en la añeja y artificiosa discusión acerca del carácter operativo o “programático” del derecho al trabajo. Solo señalaremos, en relación a ello, que la Constitución es una norma jurídica y no una mera declaración lírica de intenciones o una formulación de carácter retórico o pedagógico. (11) Por lo tanto, el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo vincula, al igual que los restantes derechos constitucionales, a todos los poderes públicos, que están obligados a garantizar su efectividad. (12)

2. Derecho al trabajo y principio de estabilidad en el empleo: el derecho al trabajo como límite al despido injusto

Formulada esa breve y muy elemental caracterización histórico-jurídica del derecho al trabajo, corresponde que ingresemos ahora a examinar de qué manera contribuye ese derecho constitucional a garantizar la estabilidad en el empleo.

(8) Consagraron expresamente el derecho al trabajo, entre otras, las Constituciones de Italia de 1947 (art. 4), la de Francia de 1958 (párrafo cuarto del Preámbulo), la de Portugal de 1976 (arts. 51 y 52), la de España de 1978 (art. 35) y las de Perú de 1979 (art 42) y 1993 (art. 22).

(9) Art. 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Art. 11.1.a. de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.

(10) Art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Art. I de la Parte II de la Carta Social Europea.

(11) Recientemente, y precisamente en un caso en el que descalificó la validez constitucional de una norma laboral regresiva (art. 6, ley 24.557) por contraria a derechos sociales fundamentales (entre otros, el derecho al trabajo) la Suprema Corte de Buenos Aires ha destacado “la trascendencia suprallegal y la plena operatividad y juridicidad por oposición a un papel meramente programático o tendencial de la Constitución Nacional y los compromisos internacionales relativos a derechos humanos vinculados al desarrollo social” (SCBA, 17/12/2008, “B.,C c/ Du Pont”).

(12) Una lúcida crítica a las “tesis negativistas” que consideran al derecho al trabajo como una “fórmula mágica”, puede consultarse en Baylos Grau (2004: 26, 29). Asimismo, ver la opinión de Palomeque López, en el prólogo al ya citado libro de Sastre Ibarreche (Sastre Ibarreche, 1996: 16).

No se requieren elucubraciones teóricas muy profundas para advertir que si existe un derecho al trabajo, la privación al trabajador del empleo que posee cuando no existe una causa a él imputable que justifique ese accionar constituye una violación, por parte del empleador, de ese derecho humano constitucionalmente reconocido. Es que si el derecho al trabajo interioriza el objetivo constitucional de que todos los ciudadanos accedan al empleo, no parece dudoso que la privación injustificada de ese derecho a quien lo estaba ejerciendo legítimamente y no colocó motivo alguno que justificara esa exclusión, importa una flagrante transgresión de ese derecho. De allí que resulta evidente que existe entre el derecho al trabajo y el principio de estabilidad en el empleo una relación indisociable que, a la vez que potencia notablemente la protección de los trabajadores frente a los despidos injustificados, limita sustancialmente la arbitrariedad empresarial en lo que respecta a la duración y la extinción de los contratos de trabajo. Así, el derecho al trabajo se convierte en un indiscutible *límite constitucional* al despido injusto.

En consecuencia, si bien es cierto que esa función de operar como un vallado definitivo al despido libre no agota en lo más mínimo el contenido del derecho al trabajo (que excede ampliamente los confines de la estabilidad), no lo es menos que se constituye como una de sus misiones más importantes y a la vez menos controvertidas.

Así, en el derecho comparado la doctrina científica y judicial han resaltado de manera unánime esta configuración del derecho al trabajo como garantía del principio de estabilidad y límite constitucional contra el despido injustificado.

Al respecto, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido -en la ya mencionada sentencia N° 22/1981- que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo no solo abarca la posibilidad de los trabajadores a acceder, en igualdad de condiciones, a un puesto de trabajo concreto, sino también que, una vez obtenido éste, se concreta en "*el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa*". Más aún: posteriormente el Tribunal Constitucional ha precisado, al dictar la sentencia N° 20/1994 (del 27/1/1994) que forma parte del *contenido esencial* del derecho al trabajo una determinada caracterización de la figura del despido. Así, el despido debe presentarse como un procedimiento, permitiendo la "visibilidad" del acto empresarial rescisorio -lo que implica la exteriorización formal de la causa de despido, posibilitando su reconocimiento por el trabajador en toda su potencialidad lesiva de su posición jurídica como titular del derecho a un puesto de trabajo-, a lo que cabe añadir la necesidad de un control judicial por el órgano jurisdiccional competente sobre la legitimidad del accionar empresarial, que puede ser desautorizado tanto en el aspecto formal como en el material (Baylos Grau, 2004:38).

Retomando y profundizando esos conceptos, la doctrina científica española ha destacado la íntima vinculación entre el derecho al trabajo, el principio de estabilidad y los sistemas de protección contra el despido.

En ese sentido, puntualiza Baylos Grau que uno de los aspectos fundamentales de la dimensión individual del derecho al trabajo es la que se refiere a la permanencia del trabajador en el empleo, lo que implica "*la enunciación de un principio de estabilidad en el empleo, concretizado, de manera limitada en la imposibilidad de ser despedido sin que concurra una justa causa, lo que definitivamente viene a significar el derecho del trabajador con empleo a no ser expropiado arbitrariamente del mismo*" (Baylos Grau, 2004: 35). De ese modo, el reconocimiento del derecho al trabajo ha sido "*el recipiente en el que la protección del trabajador frente al despido ha encontrado relevancia constitucional*" (Baylos Grau y Pérez Rey, 2009: 51).

En la misma dirección interpretativa, afirma Montoya Melgar que la estabilidad es un principio decididamente acogido por el Derecho del Trabajo y que si bien la Constitución Española no lo consagra expresamente "lo reconoce de modo implícito al acoger el derecho al trabajo (art. 35.1.)" (Montoya Melgar, 2005: 137).

Por su parte, Sastre Ibarreche expresa que en el derecho al trabajo constitucionalmente diseñado aparecen individualizados tres aspectos: (i) la pretensión de conseguir una ocupación; (ii) que se tra-

te de un puesto adecuado; (iii) que se trate de un puesto estable. De allí que la exigencia de asegurar la estabilidad en el empleo ha constituido “la faceta individualizada en primer lugar del derecho al trabajo”, al punto que durante mucho tiempo “ha figurado como su manifestación predominante y casi exclusiva”. De modo tal que el derecho constitucional al trabajo proyecta una cierta virtualidad sobre el momento extintivo de la relación laboral en un doble sentido: exigiendo un conjunto de garantías para que pueda materializarse la extinción e imponiendo, en determinados casos, la obligación de readmitir al trabajador cuyo despido no se ajusta a los requisitos legales (Sastre Ibarreche, 1996:231, 232).

Rodríguez Piñero ha señalado que el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo comporta repercusiones muy importantes sobre la ocupación del trabajador y la estabilidad en el empleo, habida cuenta que la pérdida del puesto de trabajo puede impedir el goce efectivo de ese derecho, por lo que tiene que ser debidamente justificada (Rodríguez Piñero, 1978: 25). De igual modo, Martín Valverde puntualiza que “*las limitaciones más clásicas de la autonomía empresarial como consecuencia del reconocimiento del derecho al trabajo son las que se refieren a la exigencia de una causa grave para la justificación de los despidos individuales*” (Martín Valverde, 1980:202).

Las opiniones citadas -provenientes de calificados autores, de diversas corrientes de pensamiento- no agotan las posiciones que en la doctrina española han vinculado al derecho al trabajo con el principio de estabilidad, pero son suficientes para ilustrar la trascendencia que en esta materia ha tenido la constitucionalización del derecho al trabajo. Tanto es así que es unánime la conclusión de que, a partir de ese reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, el despido incausado o ad nutum es definitivamente inconstitucional, de lo que derivaría la flagrante inconstitucionalidad de una norma legal que estableciera un sistema de despido libre (Baylos Grau, 2004: 38; Alarcón Caracuel, 1979:29; López Gandía, 1980:150; Monereo Pérez y Molina Navarrete, 2002:1332). Es que las limitaciones que, en tanto derecho constitucional, el derecho al trabajo impone al derecho de libertad de empresa -en cuanto exige que el despido debe ser un acto causal, formal y sometido a control jurisdiccional- se derivan directamente del texto constitucional, no resultando el producto de una opción política coyuntural que pueda ser dejada de lado por el ordenamiento legal (Baylos Grau, 2004: 40).

También en Italia notables representantes de la academia han destacado que la estabilidad en el empleo es la principal manifestación del derecho al trabajo constitucionalmente reconocido (Rognoli, 1998:13).

En ese sentido, al refutar categóricamente las tesis que postulan el carácter “programático” de las normas constitucionales que consagran derechos sociales y niegan su condición de derechos subjetivos y exigibles, recuerda Luigi Ferrajoli que el fue precisamente con base en ese derecho al trabajo -consagrado en el art. 4 de la Constitución de Italia- que, aun en ausencia de normativa legal que estableciera la protección de la estabilidad, la Corte Constitucional de ese país no sólo sostuvo por primera vez que el derecho de rescisión del contrato de trabajo por el empresario no era ilimitado, debiendo ceder ante el derecho al trabajo el derecho a la libre iniciativa económica (sentencia N° 49, del 9/6/1965), sino que también se declararon ilegítimas e ineficaces las discriminaciones arbitrarias en los despidos (sentencias N° 174, del 14/7/1971 y N° 176, del 7/7/1986) (Ferrajoli, 2006: 109, 110).

Es evidente, por lo demás, que esos lineamientos de aquella jurisprudencia constitucional italiana de la década del sesenta influyeron en la reglamentación legal que poco tiempo después se hizo en ese país de la tutela contra el despido, que concluyera en el famoso art. 18 del Estatuto de los Trabajadores de 1970, norma que estableció la estabilidad real o absoluta para los trabajadores del sector privado, constituyéndose en el paradigma de la máxima intensidad de la tutela contra el despido injusto a nivel europeo (13), lo que permite convalidar la íntima relación del derecho al trabajo con el principio de estabilidad en el empleo y -por sobre todas las cosas- la absoluta compatibilidad y aun

(13) Norma aún vigente, pese a los embates cada vez más fuertes que -hasta ahora sin éxito- viene recibiendo de los sucesivos gobiernos neoliberales. italianos. Para un análisis actual del sistema de estabilidad real en el derecho italiano, ver NAPOLI (2002: 9/17). Asimismo, los artículos incluidos en los extraordinarios números especialmente

una cierta indisociabilidad entre ese derecho constitucional y el sistema más intenso de protección contra el despido arbitrario: el que habilita al trabajador injustamente despedido a ser reincorporado en su puesto de trabajo.

Por otra parte, en los países latinoamericanos también se ha destacado en la doctrina la estrecha vinculación que existe entre el derecho al trabajo y el principio de estabilidad en el empleo.

En México (cuya Ley Federal de Trabajo también consagra un sistema de estabilidad absoluta), sostiene De Buen que el derecho al trabajo es uno de los fundamentos jurídicos de la estabilidad laboral, afirmando que “El derecho al trabajo presenta, sin duda alguna, varias formas de manifestaciones. Podríamos hablar, en primer término, del derecho a adquirir un empleo, en segundo lugar, del derecho a conservar un empleo”, para añadir posteriormente que esta segunda faceta del derecho al trabajo se identifica con el principio de estabilidad en el empleo (De Buen, 1981: 80). En Perú, la relación entre el derecho al trabajo y estabilidad es subrayada por Blancas Bustamante, quien -en línea con lo que ha resuelto el Tribunal Constitucional de ese país- señala que el despido lesivo de derechos constitucionales trae consigo la afectación del derecho al trabajo reconocido en el art. 22 de la Constitución peruana (Blancas Bustamante, 2002:79).

3. El derecho al trabajo en el derecho argentino

En el caso de la República Argentina, la Constitución no consagró, en su versión originaria (1853), el derecho al trabajo. (14)

Hubo que esperar hasta el año 1949 para que la Constitución dictada ese año, que derogó enteramente la de 1853, incorporara a nivel nacional algunos de los postulados del constitucionalismo social, entre los cuales incluyó, en el artículo 37, el *derecho de trabajar*. (15)

Sin embargo (aunque -más allá de la denominación utilizada- la filiación política de la norma, y la referencia a la obligación de “proveer ocupación a quien la necesita”, parecían indicar que se había receptado allí el derecho *al* trabajo) no hubo muchas oportunidades de que los debates jurídicos aclarasen los alcances de esa cláusula constitucional, toda vez que, como es sabido, la Constitución de 1949 fue derogada pocos años después (1955). Reestablecida la vigencia de la Constitución de 1853, en 1957 una reforma constitucional le agregó a su parte dogmática un artículo (“14 bis”), que incorporó los derechos sociales ausentes en su originaria concepción liberal.

dedicados al tema en la revista “Lavoro e Diritto”, dirigida por el eximio Profesor Umberto Romagnoli, “La stabilità come valore e come problema”, números 3/2007 y 4/2007, Il Mulino, Bolonia, otoño de 2007.

(14) Imbuida, como era lógico para la época, de los principios del constitucionalismo liberal decimonónico, la Constitución de 1853 consagró expresamente el “derecho de trabajar” en su art. 14, es decir la clásica libertad de trabajar de sesgo individualista tan cara a las constituciones liberales de la época. Es evidente que nunca pudo pensarse en instaurar en dicha constitución, basada en los postulados liberales individualistas en boga en aquel momento, el moderno derecho social al trabajo que por entonces recién había comenzado a gestarse en los países europeos y llegaría a las constituciones europeas casi un siglo después, en la segunda posguerra. En consecuencia, no puede confundirse el derecho de trabajar (art. 14, CN) con el derecho al trabajo (art. 75. inc. 22 CN, por remisión a la Declaración Universal y al PIDESC), que tienen orígenes históricos y funciones completamente distintas. La diferencia semántica que se deriva de modificar la proposición (“de” por “a”) en modo alguna resulta menor. Si el derecho de trabajar impone al Estado garantizar a los ciudadanos que no se viole la facultad de desarrollar libremente la actividad productiva, el derecho al trabajo lo obliga, en cambio, a garantizar la obtención y el mantenimiento del empleo por parte de los ciudadanos. El primero es un derecho individual liberal producto del constitucionalismo clásico, dirigido a evitar cualquier forma de obstaculización a la libre circulación y apropiación del trabajo (originalmente, la que provenía de la estructura corporativa del trabajo gremial); el segundo, un típico derecho social producto del constitucionalismo social, orientado a revertir las consecuencias sociales que generó esa libre apropiación ilimitada del trabajo ajeno.

(15) “El trabajo es el medio indispensable para satisfacer las necesidades espirituales y materiales del individuo y de la comunidad, la causa de todas las conquistas de la civilización y el fundamento de la prosperidad general; de ahí que el derecho de trabajar deber ser protegido por la sociedad, considerándolo con la dignidad que merece y proveyendo ocupación a quien la necesite”.

Con todo, y sin menoscabo de su notable importancia, dicho artículo no receptó expresamente el derecho al trabajo.

Fue, en cambio, con la reforma constitucional de 1994 cuando el derecho al trabajo adquirió definitivamente carta de ciudadanía constitucional en el derecho argentino. Ello así pues, aunque en esa ocasión no se modificó la parte dogmática de la Constitución, se incorporaron a ella una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los que se les reconoció jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.), entre los cuales se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos y el P.I.D.E.S.C., instrumentos que consagran expresamente el derecho al trabajo como derecho humano.

Si bien esos tratados internacionales ya habían sido incorporados al ordenamiento jurídico interno con jerarquía legal, la elevación del derecho al trabajo al rango constitucional constituyó un avance notable, en tanto quedó situado exactamente en el mismo nivel que los restantes derechos constitucionales y, por tanto, por encima de todas las normas infraconstitucionales, incluyendo las leyes laborales que regulan las relaciones de trabajo.

A ello cabe añadir que, a partir de la reforma constitucional, la Constitución establece que, independientemente de aquellos instrumentos específicos a los que se reconoció jerarquía constitucional, todos los tratados internacionales adoptados por la Nación revisten jerarquía superior a las leyes internas, lo que resulta de interés para el tema que estamos analizando, toda vez que Argentina ha incorporado a su ordenamiento el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador") que reconoce expresamente no sólo el derecho al trabajo, sino también a la estabilidad en el empleo como derivación de aquél.

De modo que, a partir de la reforma constitucional de 1994, se han abierto en lo que respecta al tema que nos ocupa -vinculación entre el derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo- una serie de potenciales consecuencias que hasta el momento han sido casi inexploradas por la doctrina y la jurisprudencia nacionales (16), pero que obligan a los juristas a analizar, como primera medida, si esas leyes laborales previas a la constitucionalización del derecho al trabajo resultan compatibles con éste o si, por el contrario, se han convertido en inconstitucionales a partir de esa jerarquización.

Con todo, en los últimos tiempos han comenzado a aparecer los primeros desarrollos sobre la temática que venimos analizando.

En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia ha dado un paso trascendente en esa dirección cuando, en el año 2004, en oportunidad de pronunciarse sobre la invalidez constitucional del tope a la indemnización por despido injustificado, tras catalogar expresamente al derecho al trabajo como un derecho humano (17), ha señalado que el mismo es "*comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera sea la clase éste*". (18) Dicha definición fue reiterada por el Alto Tribunal en numerosas ocasiones posteriores, generalmente al resolver temas vinculados a la estabilidad en el empleo. (19) De ello se colige que, en el criterio del máximo tribunal argentino,

(16) Esa situación pareciera explicarse, en rigor, por dos motivos: (i) la tardía recepción constitucional del derecho al trabajo en nuestro país, ocurrida hace apenas 18 años; (ii) la circunstancia de que -a diferencia de lo que ocurrió en otros países, en los cuales el derecho al trabajo era la única herramienta constitucional para garantizar la tutela contra el despido injusto- el principio de estabilidad ya había sido constitucionalizado en Argentina a través de la introducción -en 1957, art. 14 bis de la Constitución- de las garantías de protección contra el despido arbitrario y estabilidad de los empleados públicos y los representantes gremiales.

(17) C.S.J.N., 14/9/2004, "Vizotti, c/ Amsa S.A.", considerando 8, párrafo 3º (revista La Ley, suplemento especial del 17/9/2004).

(18) Fallo citado en la nota anterior, considerando 10º, párrafo 2º.

(19) Ver, por ejemplo, C.S.J.N., 7/12/2010, "Alvarez c/ Cencosud S.A." (La Ley, 2011-A, p. 177), donde declaró que, en tanto el Estado Argentino ha asumido la obligación de proteger los derechos humanos, ello le exige la adopción de "medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo" (consid. 6º del voto

existe una indisociable relación entre el derecho constitucional al trabajo y el principio de estabilidad. Por lo demás, la tendencia ha sido continuada por los tribunales nacionales especializados, que han invocado frecuentemente el derecho al trabajo para privar de eficacia a los despidos discriminatorios o violatorios de derechos fundamentales (Orsini, 2008:113; 2012: 237).

También la doctrina científica ha comenzado a advertir las profundas implicancias que tiene la constitucionalización del derecho al trabajo. En ese sentido, ha señalado Cornaglia que el derecho al trabajo es la norma constitucional que resguarda, por excelencia, la estabilidad como derecho del trabajador (Cornaglia, 2004:9). La íntima relación entre derecho al trabajo y estabilidad también ha sido advertida en un reciente y profundizado trabajo de investigación, en el que se sostiene que ese derecho constitucional es fundamento suficiente para sustentar la nulidad de los despidos injustificados (Meik, 2010:285).

A ello cabe añadir las profundas implicancias que trae aparejadas el hecho de que el derecho al trabajo haya sido incorporado a la Constitución por la vía de la constitucionalización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Es que, según lo dispone el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, esos tratados rigen en el ámbito interno "en las condiciones de su vigencia", lo que significa -según lo ha interpretado reiteradamente la Corte Suprema- que sus cláusulas deben ser aplicadas en el ámbito interno tal como han sido interpretadas por los órganos internacionales encargados del control de su efectividad. (20) Ello reviste particular importancia en lo que respecta al derecho al trabajo, toda vez que en el ámbito del P.I.D.E.S.C. (cuyo art. 6, que garantiza el derecho al trabajo, es parte de la Constitución Nacional), el órgano respectivo -Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- ha dictado recientemente la Observación General 18 sobre el derecho al trabajo (24/11/2005), que tiene una trascendencia mayúscula en relación al tema que venimos analizando.

En lo que respecta a la estabilidad en el empleo, la Observación establece que el derecho al trabajo incluye el derecho a no ser privado del trabajo de forma injusta, ilegítima o injustificada. En consecuencia, se ha sostenido que, de conformidad al Tratado analizado, el Estado debe adoptar medidas para velar porque las empresas o los particulares no priven a las personas del derecho al trabajo, lo que conduce, necesariamente, a que aquél imponga la debida protección contra todo tipo de despido injustificado, de modo tal que "El 'derecho al trabajo' también se concreta en el 'derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo', es decir, a no ser despedido 'si no existe una justa causa'" (Gialdino, 2006: 2089).

A lo señalado cabe añadir que el Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales -ratificado por Argentina, y con jerarquía suprallegal (art. 75.22, C.N.)- también consagra expresamente no sólo el derecho al trabajo (art. 6), sino también el principio de estabilidad (art. 7), admitiendo expresamente la readmisión como forma de reparar la violación de esos derechos humanos. (21)

de la mayoría), lo que llevó a la Corte a convalidar la nulidad del despido y la reinstalación del trabajador. Dicha expresión fue reiterada más recientemente por el Alto Tribunal (C.S.J.N., 15/11/2011, "Pellicori c/ Colegio Público de Abogados", inédito, consid. 5°).

(20) A partir del precedente "Giroldi" (CJSN, 7/4/1995, Fallos: 318: 514, considerando 11). En doctrina, se ha sostenido al respecto que el conjunto de Observaciones Generales dictadas por los órganos internacionales resulta un corpus vasto, de inocultable riqueza y en permanente vías de expansión y actualización constituyendo la única "interpretación autorizada" de los textos internacionales, es decir una suerte de "interpretación auténtica" de los Tratados Internacionales, resultando lisa y llanamente "fuentes del Derecho Constitucional Argentino" (Gialdino, 2006: 2085).

(21) El art. 6 del Protocolo consagra el derecho al trabajo y su art. 7 aclara que para garantizar ese derecho, los Estados Partes deberán asegurar en sus legislaciones, de manera particular, "la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de sus empleos y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional".

En suma, la incorporación, en 1994, del derecho al trabajo en la Constitución Nacional ha tenido, por las razones expuestas, una trascendencia central para reforzar el principio de estabilidad, previamente amparado por la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario.

4. Dos posibilidades inexploradas y una pregunta incómoda a modo de conclusión: ¿es compatible el derecho constitucional al trabajo con el sistema legal de “estabilidad relativa impropia”?

Como corolario de lo hasta aquí señalado, cabe concluir que la constitucionalización del derecho al trabajo en la mayoría de las Constituciones sancionadas a partir de la segunda mitad del siglo XX ha supuesto un respaldo contundente al principio de estabilidad en el empleo y a la protección contra el despido injustificado.

Por tanto, a partir del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, ha quedado fuera de discusión que la estabilidad no es una forma coyuntural de regular las relaciones laborales, sino un principio fundamental que no puede estar ausente de los ordenamientos jurídicos laborales. Ergo, no es constitucionalmente posible que el ordenamiento legal prescinda de alguna forma efectiva y adecuada de protección contra los despidos injustificados.

Tampoco parece discutible que, como lo ha destacado la mejor doctrina científica europea y latinoamericana, la mejor forma de proteger efectivamente el derecho al trabajo consiste en garantizar medidas que aseguren de manera eficaz la restitución en el goce del derecho constitucional al trabajador que ha sido injustificadamente privado del mismo, lo que solo puede alcanzarse acabadamente mediante la nulidad del despido y la consiguiente readmisión en el empleo de quien ha sido injustamente despedido.

Y aquí es donde surge una pregunta incómoda, de respuesta abierta y consecuencias muy relevantes para el sistema de relaciones laborales: ¿es compatible el derecho constitucional al trabajo con el sistema legal de “estabilidad relativa impropia”, es decir, con un mecanismo que le reconoce eficacia extintiva irreversible al despido dispuesto por el empresario sin justa causa, a cambio del pago de una indemnización tarifada? En otras palabras: ¿puede ponerse un precio al derecho humano al trabajo?

En suma, si la consagración constitucional del derecho al trabajo impone necesariamente que se proteja en forma eficaz la estabilidad en el empleo, resta discernir si esa constitucionalización predetermina también el grado de intensidad de la tutela.

En el derecho comparado, calificadas opiniones han postulado una cierta vinculación necesaria entre el derecho al trabajo y la estabilidad real o absoluta, es decir, con el sistema de tutela que garantiza al trabajador afectado por un despido arbitrario la posibilidad de reclamar su nulidad y la consecuente reinstalación en el puesto de trabajo del que fue ilícitamente privado.

En la doctrina científica española no son pocos los autores que han puesto de manifiesto que, en rigor, esa es la solución más acorde con el genuino respeto al derecho al trabajo constitucionalmente garantizado.

Al respecto, sostiene Baylos Grau que en aquellos casos en los cuales el despido es el producto de la pura arbitrariedad empresarial es viable solicitar la nulidad del despido incausado sobre la base de que vulnera el derecho al trabajo, incluyendo a esa clase de despidos en el área de la estabilidad real, que impone la readmisión compulsoria (Baylos Grau, 2004:41). De otra forma, las exigencias causales derivadas del art. 35 de la Constitución Española por lo que al despido toca “se quedan en papel mojado” (Baylos Grau, 2003:39), en tanto el derecho al trabajo, sufriría una “expropiación sustancial” al quedar reducido al derecho a una suma dineraria, por lo que su eficacia se garantiza mucho mejor mediante la generalización de la readmisión forzosa como garantía frente al despido irregular (Baylos Grau y Pérez Rey: 2009: 63).

En la misma dirección apunta Montoya Melgar cuando, explicando las implicancias que tuvo la incorporación del derecho al trabajo en la Constitución española, sostiene que “el despido injustificado encontraría un importante freno en el derecho al trabajo, cuya recta interpretación seguramente

debiera jugar a favor de la readmisión forzosa del despedido sin causa” (Montoya Melgar, 1980: 287). Como asimismo, Sastre Ibarreche, quien, tras destacar que la readmisión del trabajador injustamente despedido constituye uno de los aspectos que tradicionalmente vienen considerándose como manifestación del derecho al trabajo, añade que la estabilidad “obligatoria” (“relativa” para los latinoamericanos) “no satisface completamente las exigencias del derecho al trabajo”, cuyas implicancias tienen más que ver con el modelo de estabilidad “real” (“absoluta”, para nosotros), que es el que mejor se acopla con el art. 35.1 de la Constitución española, en cuanto consagra el derecho al trabajo. En consecuencia -concluye dicho autor- la única forma de garantizar ese derecho, pasa por atribuir al trabajador despedido el derecho de optar entre indemnización o readmisión, asegurando, en caso de que escoja esta última, su plena efectividad, de modo que no pueda ser sustituida por un equivalente pecuniario (Sastre Ibarreche, 1996: 249, 255).

Ergo, queda claro que en el derecho español la asignación de jerarquía constitucional al derecho al trabajo no sólo importó un blindaje del principio de estabilidad, imponiendo la prohibición radical de admitir el despido libre y exigiendo la formalidad, causalidad y judiciabilidad de la decisión patronal de despedir, sino que también posibilita -para calificada doctrina- la nulidad de todos los despidos que, al carecer de una justificación legalmente atendible, resultan violatorios del derecho constitucional al trabajo.

Contundente respaldo ha recibido la misma relación derecho al trabajo/estabilidad absoluta/nulidad del despido en la doctrina italiana.

Así, son muchos y muy prestigiosos los autores que postulan que el derecho al trabajo otorga adecuado sustento a la reinstalación en el empleo del trabajador injustamente despedido (por todos, Giugni, 1998: 62,63). En particular, merece traerse a colación la recordada expresión del Mancini, quien sostenía que, en rigor, los poderes públicos disponen de un solo medio para asegurar la efectividad del derecho al trabajo, entendido como derecho a conservar el empleo: condicionar la facultad empresarial de despedir a la presencia de motivos graves y arbitrar procedimientos que permitan al trabajador reanudar su actividad profesional si dichos motivos se demuestran insuficientes (Mancini, 1973:724). También, la gráfica frase de Hepple, quien, refiriéndose al derecho italiano, sostiene que a la pregunta de que en qué medida existe un derecho al trabajo ha de responderse examinando en qué medida el trabajador injustamente despedido puede alcanzar su readmisión en el puesto de trabajo (Hepple, 1982: 663).

Ya en América Latina, ha señalado el Tribunal Constitucional de Perú (sentencias del 6/11/1998, 21/1/1999 y 30/9/1999) que, en tanto el despido violatorio del derecho constitucional al trabajo resulta un acto desprovisto de juridicidad y viciado de inconstitucionalidad, se justifica la reposición de los trabajadores despedidos en sus puestos de trabajo (Blancas Bustamante, 2002: 79). Por otra parte, países como México y Honduras hacen derivar del derecho al trabajo legislaciones que establecen la estabilidad absoluta de los trabajadores en el ámbito privado.

Sobre la base de los antecedentes existentes en el derecho comparado, corresponde ahora analizar si es posible aproximarnos, en nuestro país, a una respuesta a la pregunta que nos hemos formulado en el título del presente apartado.

De inicio, pensamos que, aunque probablemente todavía no estén maduras las uvas para brindar una respuesta categórica y definitiva, ese interrogante complejo no puede prescindir -en el estado actual del derecho argentino- de dos líneas de análisis que, con el tiempo, podrían llegar a inclinar la respuesta por la negativa.

En ese sentido, creemos que en nuestro derecho hay por lo menos dos *posibilidades inexploradas* que merecen un tránsito intelectual que -teniendo como norte la efectiva vigencia del derecho al trabajo- ha de ser emprendida con la brújula del pensamiento crítico.

(i) En primer lugar, es evidente que la constitucionalización del derecho al trabajo impone, necesariamente, reformular el análisis de la validez constitucional del sistema de (in)estabilidad que

establece la legislación infraconstitucional (o, cuanto menos, revisar los criterios con los que debe ser interpretado).

Así el ineficiente y desprotectorio mecanismo de estabilidad relativa impropia (art. 245, L.C.T.) debería ser nuevamente confrontado con los derechos constitucionales que protegen la estabilidad de los trabajadores (la “vieja” protección contra el despido arbitrario del art. 14 bis de la CN, ahora reforzada por el “nuevo” derecho al trabajo incluido vía art. 75 inc. 22 de la CN). Ello podrá ser efectuado por el clásico conducto del control de constitucionalidad (mediante la cual podría eventualmente declararse la invalidez de las disposiciones que, al asignarle eficacia extintiva al despido injustificado a cambio de una tarifa en dinero, vacían de contenido el derecho al trabajo), o bien mediante una interpretación neo-constitucional de la legislación vigente que, aun sin necesidad de descalificar esa normativa infraconstitucional, habilitase una hermenéutica dirigida a priorizar los estructurales derechos fundamentales establecidos en la Constitución por sobre los coyunturales mecanismos legales. En este último supuesto, no es descabellado pensar que, con arreglo al sistema de la pluridimensión de responsabilidades, la indemnización tarifada por despido, interpretada en clave garantista, debería jugar como un piso mínimo irrenunciable legalmente presumido que no enervaría la posibilidad del trabajador de solicitar la nulidad del despido -y/o la reparación integral de daños- (Elffman, 2000: 248, 249) como respuesta a la violación del derecho humano al trabajo.

De mínima, no podrá menos que aceptarse que la constitucionalización del derecho al trabajo des- tierra definitivamente hacia el pasado ominoso la cuestionable interpretación judicial que en algún momento llevó a sostener, inexplicablemente, la inconstitucionalidad de los sistemas de estabilidad absoluta que imponen -vía ley, estatuto profesional o convenio colectivo- la reinstalación del trabajador injustamente despedido en el ámbito de las relaciones laborales privadas. Si semejante propósito hermenéutico fue duramente cuestionado por nuestra mejor doctrina a la luz del derecho de protección contra el despido arbitrario (López, 1969: 385), ninguna duda puede cabe en torno a que, potenciado y reforzado éste por el derecho al trabajo, esta doble protección constitucional de la estabilidad en el empleo despeja toda posible discusión: en tanto la interpretación doctrinal del derecho al trabajo ha postulado desde siempre que el mejor mecanismo de hacerlo efectivo es aquél que permite privar de eficacia extintiva al despido que se demuestra injustificado, nunca podría sostenerse la inconstitucionalidad de un sistema legal que receptara tal solución. Ergo, mal podría oponerse el derecho de propiedad del empleador para fundar la descalificación de cualquier norma infraconstitucional que contemplase la estabilidad absoluta o real. (22)

Por lo demás, cuadra traer a colación que, en el párrafo 11 de la ya citada Observación General N° 18, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó que: “el convenio OIT 158, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) define la ilegitimidad del despido en su art. 4 e impone, en particular, la necesidad de proporcionar motivos válidos para el despido”, lo que ha llevado a Gialdino a sostener que “no parece que queden dudas, entonces, de que para el CDESC la legalidad del despido, como protección del derecho al trabajo del PIDESC, está regida en términos al menos equivalentes a los del art. 4 convenio OIT. 158”, por lo que resulta indudable que la tutela contra el despido injustificado puede asumir -dentro del PIDESC, y como medio de proteger el derecho al trabajo- la forma de la reinstalación (Gialdino, 2006: 2089). De modo que -resultando esa observación del Comité una referencia insoslayable para la interpretación del derecho al trabajo en el ámbito interno y, en tanto, como es sabido, el estado no puede invocar disposiciones de derecho local para incumplir o desplazar una norma internacional (salvo que aquéllas fuesen más favorables al trabajador)- debe

(22) Así lo ha resuelto recientemente la Corte Federal, cuando, al decretar la nulidad del despido discriminatorio en el ya citado precedente “Alvarez c/ Cencosud” pasó definitivamente a retiro a los añejos precedentes “De Luca c/ Banco Francés” (1969) y “Figueroa c/ Loma Negra”, (1984) señalando que -de un lado- fueron resueltos en un marco constitucional distinto (toda vez que, cuando fueron fallados, aun no habían sido constitucionalizados los tratados internacionales que garantizan el derecho al trabajo, consid. 7° del voto de la mayoría) y -del otro- solo un “entendimiento superficial” del art. 14 bis de la Constitución podría llevar a sostener que la garantía de protección contra el despido arbitrario allí plasmada impide la reinstalación en el empleo del trabajador despedido (consid. 9° del voto de la mayoría).

necesariamente concluirse que cualquier norma (o interpretación judicial) que estableciera la nulidad de un despido por violatorio del derecho al trabajo no podría ser válidamente esterilizada por la aplicación de ningún precepto jurídico nacional.

En síntesis: la Constitución reformada en 1994 invita a pensar que no existen mayores obstáculos para plantear que los despidos injustificados pueden ser privados de eficacia extintiva por vulnerar el derecho humano al trabajo.

(ii) La segunda posibilidad inexplorada en nuestro país en relación con el derecho al trabajo tiene que ver con su propia configuración como derecho humano y con las consecuencias jurídicas que -tanto con arreglo a los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuanto según la consolidada tendencia jurisprudencial imperante en la Argentina- deben asignarse a los actos ilícitos -incluyendo los despidos- que vulneran esos derechos fundamentales.

En efecto, no hay ninguna duda de que el derecho al trabajo es un derecho humano, al punto tal que, como vimos, ha sido receptado a texto expreso en los arts. 23.1 de la Declaración Universal y 6 del P.I.D.E.S.C., entre otros instrumentos internacionales. Así lo ha reconocido explícitamente, por otra parte, nuestra Corte Suprema de Justicia, entre otros, en los ya citados precedentes “Vizzoti” (2004), “Alvarez” (2010) y “Pellicori” (2011).

Desde esa perspectiva, no puede soslayarse que tanto la doctrina como, fundamentalmente, los propios tribunales y órganos internacionales, han sostenido históricamente que la violación de los derechos humanos debe ser reparada, siempre y cuando fuese posible, restituyendo a la víctima en el goce del derecho vulnerado. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado en forma reiterada que el principio en materia de violación a derechos y libertades humanas fundamentales es el de la reparación in natura, es decir, garantizar el goce del derecho conculcado mediante el restablecimiento de la situación anterior a la comisión de la transgresión, (23) sin perjuicio, obviamente, de la reparación patrimonial complementaria que pudiera corresponder.

Teniendo en cuenta que en la materia que nos ocupa -despido injustificado- siempre es posible, en principio, la vuelta al *status quo ante* (obligando al empleador que despidió en violación al derecho humano al trabajo a readmitir al trabajador, privando de eficacia extintiva al despido), difícilmente pueda justificarse que esa violación deba resolverse -en todos los casos, y como única solución posible- convalidando la eficacia extintiva del despido a cambio de una reparación económica. Tanto es ello así que la propia Corte Interamericana ha aplicado esa solución en el célebre caso “*Baena*”, condenando al estado panameño a reincorporar a un número importante de trabajadores despedidos en vulneración al derecho fundamental de asociación. (24) No creemos que pueda plantearse válidamente que la solución deba ser distinta en la hipótesis que venimos analizando ¿O acaso vendrá algún iluminado a decirnos ahora (como se nos dijo en su momento que la tutela antidiscriminatoria era aplicable a todas las víctimas de discriminación menos a los trabajadores (25) que la obligación de restituir *in integrum* rige para remediar la violación de todos los derechos humanos menos la violación del derecho humano al trabajo? Semejante razonamiento implicaría tanto como sostener que

(23) “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral” (CIDH, 21/7/1989, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas”, Serie C No. 7, párr. 26, entre muchos otros).

(24) CIDH, 2/2/2001, “*Baena, Ricardo y otros c/Panamá*”.

(25) Cabe recordar que un minoritario sector de la doctrina y la jurisprudencia sostuvo en algún momento que la ley 23.592 no podía aplicarse a las relaciones laborales, por lo que los trabajadores discriminados no estaban habilitados a reclamar judicialmente la nulidad de los despidos discriminatorios, debiendo conformarse con una indemnización. Dicha tesis ha sido categóricamente descartada por la Corte Federal en el ya citado precedente “*Alvarez c/ Cencosud*” (7/12/2010), en línea con lo que venía sosteniendo la doctrina científica y judicial a lo largo y a lo ancho del país (por todos, Orsini, 2007:10; 2008: 113; 2012: 239).

hay derechos humanos de primera y derechos humanos de segunda (entre los que quedaría incluido el derecho al trabajo), por lo que debe ser censurado por discriminatorio e inconstitucional.

Por otra parte, frente al plexo de normas e interpretaciones auténticas mencionadas, no podrá invocarse que la legislación y/o las “prácticas” nacionales no habilitan la reinstalación de los trabajadores despedidos, habida cuenta que el incumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente puede llegar a generar la responsabilidad internacional del estado, sin que éste pueda eximirse de ella invocando la vigencia de normas internas menos favorables a la víctima de la violación del derecho humano. (26)

Es dable advertir, por lo demás, que en el ámbito específico del Derecho Internacional del Trabajo también se ha sostenido desde siempre que la mera reparación económica no alcanza para reestablecer la efectiva vigencia ante la violación de los derechos fundamentales laborales. En particular, los órganos de control de normas de la O.I.T. -tanto el Comité de Libertad Sindical (27), cuanto la Comisión de Expertos (28)- han dicho, por ejemplo, que el despido que constituye una discriminación o una represalia por el ejercicio de la libertad sindical, debe ser anulado, debiendo reincorporarse al trabajador despedido a su puesto de trabajo, resultando contrarias a los convenios internacionales las normas internas que convalidan la extinción indemnizada del contrato frente a la violación de derechos fundamentales. Ello sin mencionar que la propia normativa general de la O.I.T. sobre extinción del contrato de trabajo (art. 4, Convenio 158) impone como *solución prioritaria* la readmisión del trabajador frente al despido injusto.

Finalmente, no podemos soslayar que, en línea con esos principios, incluso puertas adentro de nuestro país, una ampliamente mayoritaria y ya consolidada tendencia doctrinaria y jurisprudencial, constitutiva de un *nuevo paradigma científico* en materia de estabilidad en el empleo, viene sosteniendo en la última década, que -aún en ausencia de una específica ley laboral que lo disponga, y con absoluta prescindencia de lo que establece el régimen legislativo infraconstitucional para la generalidad de los despidos incausados- pueden ser nulificados (con la consecuente readmisión del trabajador afectado) todos aquellos despidos que resulten discriminatorios o violatorios de derechos fundamentales del trabajador (Orsini, 2008: 113; 2012: 239). Criterio que -como anticipé- ha sido contundentemente ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en recientes precedentes. (29)

Frente a este nuevo paradigma, la pregunta entonces surge inexorable: si -por un lado- *el derecho al trabajo es un derecho humano fundamental* (que comprende al derecho a no verse privado arbitrariamente del empleo ya obtenido), y -por el otro- se admite de manera prácticamente unánime que *los despidos discriminatorios o violatorios de derechos humanos fundamentales pueden ser privados de eficacia extintiva* (desplazando el sistema de “estabilidad relativa impropia”) ¿podría entonces soste-

(26) En ese sentido, la propia CIDH ha señalado: “El artículo 63.1 de la Convención Americana acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación. La obligación de reparar se regula por el Derecho Internacional, y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno.” (CIDH, 29/11/2006, caso “La Cantuta Vs. Perú”, párr. 200).

(27) “En ciertos casos en que en la práctica la legislación nacional permite a los empleadores, a condición de que paguen la indemnización prevista por la legislación en todos los casos de despido injustificado despedir a un trabajador incluso si el motivo real es su afiliación a un sindicato o su actividad sindical, no se concede una protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical” (O.I.T., 1996: 153).

(28) “La Comisión estima que una legislación que en la práctica permita al empleador poner término al empleo de un trabajador a condición de pagar la indemnización prevista por la ley para todos los casos de despido injustificado, cuando el motivo real es su afiliación o sus actividades sindicales, es insuficiente (...) y que el reintegro del trabajador es la medida más apropiada”. (O.I.T., 1994: 108).

(29) CSJN, 7/12/2010, “Alvarez c/ Cencosud S.A.”; 23/6/2011, “Arecco c/ Praxair Argentina S.A.”; 23/8/2011, “Parra Vera c/ San Timoteo S.A.”.

nerse que todo despido injustificado puede ser nulificado en tanto vulnera, por definición, el derecho humano al trabajo?

A tenor del desarrollo argumental desplegado a lo largo del presente apartado, no parece necesaria demasiada argumentación adicional para fundar la respuesta afirmativa a ese interrogante. Ni, por lo tanto, para responder por la negativa la pregunta que titula este apartado: si el derecho al trabajo es un derecho humano y es válido privar de eficacia extintiva a los despidos que violan los derechos humanos, no debería descartarse la posibilidad de anular los despidos que violan el derecho al trabajo. La pregunta incómoda corre entonces el riesgo de transformarse en una *verdad incómoda*: es difícil sostener la compatibilidad del sistema de “estabilidad relativa impropia” con el rango constitucional del derecho al trabajo.

Es que -huelga señalarlo- la reinstalación del trabajador mal despedido es la solución que mejor se compadece con el carácter de derecho humano fundamental que se ha reconocido al derecho al trabajo en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

De lo contrario, si aceptásemos que el derecho al trabajo ni siquiera le brinda a su titular la posibilidad de mantener el empleo ya obtenido cuando no exista una causa que justifique su despido, estaríamos frente a un *derecho sin garantía*, en franca transgresión del art. 6 del PIDESC, que obliga expresamente a los estados a *tomar medidas adecuadas para garantizar el derecho al trabajo*.

En ese contexto, no sería descabellado sostener que todos los despidos injustificados deberían poder ser nulificados en tanto vulneran, por definición, *el pleno ejercicio sobre bases igualitarias del derecho humano fundamental al trabajo* (Orsini, 2012: 268, 269).

Parece evidente que la monetización del despido injusto, al convalidar la eficacia extintiva del despido a cambio de una indemnización, deja intacta -en sustancia- la violación del derecho al trabajo. En consecuencia, si convenimos en que el derecho al trabajo es un derecho humano, deberíamos descartar la solución indemnizatoria que prevé la legislación vigente, porque -como lo ha declarado la Corte Suprema, al pronunciarse precisamente sobre la nulidad de los despidos discriminatorios- el intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquéllos. (30)

Siendo ello así, se impone concluir que el intercambio de la violación del derecho al trabajo con dinero (desplazando la posibilidad de restablecer a su titular en el goce efectivo, lo que solo se puede lograr reinstalando al trabajador despedido) también entraña un conflicto con el carácter inalienable de ese derecho humano.

Con todo, en tanto el razonamiento plasmado en esta ponencia proviene de un tránsito intelectual por senderos prácticamente inexplorados hasta el momento en nuestro Derecho del Trabajo, lo que aquí se ha sostenido debe ser tomado, antes que como una verdad revelada, como un disparador de un tema que necesariamente debe ser debatido y profundizado en nuestro sistema jurídico de relaciones laborales. Consecuentemente, es dable esperar que, tanto cualitativa como cuantitativamente, más y mejores voces -provenientes de la doctrina científica y judicial, pero también, del poder legislativo y aun constituyente- tomen la posta para que -como críticamente lo advierte Ferrajoli -algún día el derecho al trabajo deje de ser considerado, por quienes pretenden vaciar de contenido a los derechos sociales, como la norma constitucional menos efectiva y más retórica (Ferrajoli, 2006:109).

5. Bibliografía

ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón. “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, EN: Revista de Política Social, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1979-121, 5-39.

BAYLOS GRAU, Antonio. “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, EN: La protección de los derechos fundamentales en el orden social. Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2003-21, 13-54.

(30) CSJN, 7/12/2010, “Alvarez, c. Cencosud S.A.” consid 8° del voto mayoritario.

- “Proteção de direitos fundamentais na ordem social. O direito ao trabalho como direito constitucional”, EN: *Separata de la Revista Trabalhista*, Río de Janeiro: ANAMATRA, 2004-10, 22-51.
- BAYLOS GRAU, Antonio y PEREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta, 2009.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima: Ara, 2002.
- CASTEL, Robert. *La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires: Manantial, 2004.
- CORNAGLIA, Ricardo J. “La propiedad del cargo, el acto discriminatorio que priva de ella y su nulificación”, EN *Revista La Ley*, Buenos Aires, 18/8/2004, 9.
- DE BUEN, Néstor. *Derecho del trabajo*. México: Porrúa, 1981.
- ELFFMAN, Mario. “La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio”, EN: *Revista de derecho laboral*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000-1, 241-269.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006.
- GIALDINO, Rolando. “El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, EN: *Revista de derecho laboral y seguridad social*, Buenos Aires, 2006-B, 2085-2095.
- GIUGNI, Gino. “Il diritto al lavoro e la trasformazioni dello Stato sociale”, EN: Mario Napoli (ed.). *Constituzione, lavoro, pluralismo sociale*. Vita e Pensiero: Milan, 1998.
- HEPPLE, Bob. “Essite un diritto al lavoro?”, EN: *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*. Milano: Franco Angeli, 1982-16, 647-672.
- LOPEZ, Justo. “¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?”, EN: *Legislación del trabajo*, Buenos Aires, 1969-XVII, 385-398.
- LOPEZ GANDIA, Juan. “Breve nota sobre el artículo 35 de la Constitución española”, EN: AA. VV. *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*. Valencia: Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 1980, 145-155.
- MANCINI, Federico. “Il diritto al lavoro rivisitato”, EN: *Política e Diritto*, 1973-6, 687-740.
- MARTIN VALVERDE, Antonio. “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española”, EN: AA.VV. *El derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, 185-204.
- MEIK, Moisés. “El derecho fundamental al trabajo y la protección contra el despido arbitrario (Nulidad y reincorporación)”, EN: Luis E. Ramírez (coord.), *Relaciones laborales. Una visión unificadora*. Buenos Aires: B de F, 2010, 285-324.
- MONEREO PEREZ, José L. y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal “El derecho a una distribución equitativa de la riqueza. El derecho al empleo”, EN: Monereo Perez, José L., Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno, N. (dirs.), *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*. Granada: Comares, 2002, 1332.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. “La protección constitucional de los derechos laborales”, EN: AA.VV. *El derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, 267-299.
- “La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa”, EN: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España*, Madrid: 2005-58, 137-152.
- NAPOLI, Mario, “Elogio della stabilità”, EN: *I licenziamenti individuali, Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, Torino, 2002, 9-17.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Libertad sindical y negociación colectiva. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1994.

— La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1996.

ORSINI, Juan Ignacio, “El principio de estabilidad en el derecho del trabajo, su violación por el acto ilícito despido injustificado y la reparación de los daños derivados del mismo en un contexto socioeconómico signado por la presencia de elevados índices de pobreza y desempleo”. Informe Final de la Beca de Iniciación en la Investigación Científica en el Área Derecho Social y del Trabajo, período 2004/2005 La Plata: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, 2005. Inédito, con publicación y difusión recomendada -por unanimidad- por la Comisión Asesora en Investigación Científica de dicha Facultad.

— “Los derechos humanos a la igualdad y a la estabilidad en el empleo como límites infranqueables a la eficacia extintiva de los despidos discriminatorios”. EN: La causa laboral, Revista de la Asociación de Abogados Laboralistas, 2007-7, 31.

— “Despido discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales del trabajador” EN: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2008-38, 580-596

— “Hacia un nuevo paradigma en materia de protección de la estabilidad y del derecho al trabajo: la nulidad de los despidos injustificados agravados como clave para la democratización de las relaciones laborales”, EN: Luis E. Ramírez. (coord.), Derecho del trabajo y derechos humanos. Buenos Aires: B de F, 2008, 113-154.

— “Nulidad e ineficacia extintiva de los despidos discriminatorios antisindicales”, EN: Juan J. Formaro (dir.). Jurisprudencia laboral, Buenos Aires: Hammurabi, 2012, 217-271.

PECES-BARBA MARTINEZ, G. “El socialismo y el derecho al trabajo” EN: Sistema, Madrid, 1990-97, 3-10.

RIPERT, George. “Aspectos jurídicos del capitalismo moderno”. Granada: Comares, 2001.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. “El trabajo en la Constitución” EN: Cuadernos de derecho del trabajo, Madrid, 1978-4, 27.

ROMAGNOLI, Umberto. El derecho, el trabajo y la historia. Madrid: Consejo Económico y Social, 1997.

— “Del derecho ‘del’ trabajo al Derecho ‘para’ el trabajo”, EN: Revista de derecho social, Albacete, 1998-2, 11-18.

SASTRE IBARRECHE, Rafael. El derecho al trabajo Madrid: Trotta, 1996.

Taller experimental sobre violencia familiar y género

POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU (*) Y VERÓNICA AMALIA CEJAS (**)

Sumario: I. Introducción. — II. Porque un Taller Experimental abordando la problemática de la Violencia Familiar en contexto de encierro. — III. Características educativas de la población carcelaria destinataria del taller. — IV. Análisis desde los aspectos penal, civil y de familia de un fallo que sanciona las lesiones en actos de violencia familiar. — V. El principio penal de Política Criminal y Oportunidad y su correlación con la violencia familiar. — VI. La aplicación del principio de oportunidad. — VII. Mitos, creencias y ciclos de la violencia de género. — VIII. Metodología y conclusiones del taller con las personas privadas de su libertad. — IX. Reflexiones finales. — X. Bibliografía.

Resumen

En el taller experimental realizado en contexto de encierro, con participantes del género masculino, intentamos alcanzar al grupo primeramente, algunas características de la violencia familiar y de género. A partir de una descripción de la temática a trabajar, acorde a las condiciones particulares de los concurrentes, abordamos en una instancia expositiva en primer lugar, los tipos de violencia familiar y de género existentes, sus ciclos, la conceptualización de roles estereotipados y su relación directa con los actos de violencia familiar. Mediante la conformación de grupos, ubicados circularmente, acercamos distintos mitos y creencias, escritos en papel, acerca de la violencia de género. Cada grupo, eligió un coordinador quien se encargaba de tomar nota de todas las ideas que iban surgiendo en torno a los mitos propuestos. En forma anónima, luego de un pequeño debate dentro del grupo, se plasmaron las diversas propuestas en pizarra y en forma oral. Las repuestas de los participantes resultaron muy ricas para las docentes. Concluyeron reflexionando sobre: porque las mujeres toleran la violencia familiar, que causas confluyen a no tipificar en nuestra ley penal estos actos, la repetición de actos violentos en adultos que fueran niños violentados, la existencia de condicionamientos como el alcohol, las drogas y el delito como causas/consecuencias de estos actos. Asimismo, plasmaron ideas como la presencia de violencia psicológica y económica en las parejas, el rol femenino en la conjunción de parejas violentas, entre otros que explayaremos en el texto de la presente publicación.

Palabras claves: Violencia familiar - Mitos - Encierro - Lesiones calificadas - Justicia penal

Abstract

In the experimental workshop realized in context of confinement, with participants of the masculine kind, we try first of all to reach to the group some characteristics of the familiar violence and kind. From a description of the subject matter to working, chord to the particular conditions of the competing ones, we approach in an explanatory instance first, the existing types of familiar violence and of kind, his cycles, the conceptualization of stereotyped roles and his direct relation with the acts of familiar violence. By means of the conformation of five groups, located circular, we bring different myths and beliefs over, writings in paper, it brings over of the violence of kind. Every group, there chose a coordinator who was taking charge taking note of all the ideas that were arising concerning the proposed myths. In anonymous form, after a small debate inside the group, the diverse offers took

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Romano, Cátedra III.

(**) Docente de Derecho Romano, Cátedra III; Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP. Con la colaboración de la Abogada (UNLP) Carla J. Simondi.

form of slate and of oral form. The reputings of the participants turned out to be very rich for the teachers. They ended up by thinking on: because the women tolerate the familiar violence, that reasons come together not to typifying in our penal law these acts, the repetition of violent acts in adults who were forced children, the existence of conditionings as the alcohol, the drugs and the crime as reasons/consequences of these acts. Likewise, they formed ideas as the existence of psychological and economic violence in the pairs, the feminine role in the conjunction of violent pairs, between others that we will extend in the text of the present publication.

Keywords: Domestic violence - Myths - Confinement - Aggravated assault - Criminal justice

I. Introducción

En el marco del "*Taller experimental sobre violencia familiar y género*", realizado en la Unidad Penitenciaria N° 1 (1), de Lisandro Olmos, intentamos un grupo interdisciplinario de docentes e investigadoras -abogadas y psicólogas-, reflexionar en este contexto de encierro, junto a un número de 86 hombres privados de su libertad, acerca de los ¿Por qué de la Violencia Familiar y de Género?, sus mitos, creencias, la legislación vigente en Argentina y la actualidad de las sentencias de la justicia penal, esto último mediante el análisis de un fallo que sienta precedentes jurisprudenciales.

En tal sentido, hemos elegido para la actividad propuesta el 8 de marzo, jornada en que se conmemora mundialmente el día Internacional de la mujer, como fecha trascendente y representativa de la lucha incansable de hombres y mujeres de diversas etnias, por el reconocimiento de la igualdad de derechos consagradas tanto en las leyes nacionales como en el derecho internacional, que componen el conjunto de normas protectorias de los Derechos Humanos. Es así que, en sede internacional y por unanimidad, los países ratificantes de la *Convención de Belem do Para* (2), han reconocido mediante este instrumento internacional, que la violencia contra la mujer constituye una *violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales* y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades, tornándose este en uno de sus postulados máspreciados en la materia.

En este contexto, nos hemos propuesto en el marco del taller, considerar a la violencia contra las mujeres y la violencia familiar, como una problemática social compleja, cuyo abordaje necesariamente debe ser de carácter interdisciplinario y en la que todos como sociedad estamos involucrados.

II. Porqué un taller experimental abordando la problemática de la violencia familiar en contexto de encierro

Comenzamos la presentación del taller, haciendo un sintético recorrido por la Conmemoración del Día Internacional de la Mujer. La Abogada Elvira Aranda (3), desarrolló los fundamentos socio históricos del porqué existe una jornada a nivel internacional, donde se evoca la lucha intransigente, valiente e ineludible de miles de mujeres y hombres que tanto en nuestro país como en el mundo han buscado la igualdad de los géneros que socialmente se construyeron.

En tal sentido, el contexto histórico-social ha contribuido a dar fundamento a los discursos y la lucha cotidiana acerca de los géneros existentes y sus diferencias. Estas construcciones sociales legitimadas, tanto por hombres como por mujeres de la sociedad antigua y actual, son las que avalan

(1) Unidad Penitenciaria N° 1, es una dependencia del S.P.B., ubicada en la calle 197 entre 45 y 47 de Olmos, cuyas características particulares son: poseer una población de reclusos (procesados/condenados), sometidos a un régimen cerrado de cumplimiento de pena, bajo un sistema de máxima seguridad y con diferentes niveles de formación educativa, alcanzando unos pocos la enseñanza superior, esto es Universitaria mediante convenios de la U.N.L.P. y el S.P.B.

(2) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, ratificada por Argentina por ley 25.632, del 9 de abril de 1996.

(3) Abogada, Investigadora, Directora del Instituto de Derecho de Familia del Colegio de abogados de La Plata (CALP), Docente, adjunta interina de Derecho de Familia y Sucesiones, F.C.J y S., UNLP.

muchas veces las posturas de dominación de un género sobre otro, naturalizando de esta manera la superioridad, invisibilizando la violencia de género y sosteniendo las asimetrías existentes entre ambos.

La elección del trabajo junto a este grupo particular de hombres privados de su libertad, estuvo vinculada principalmente a la razón de entender las docentes, que la violencia familiar y de género, es una problemática que se repite en muchas familias argentinas y frecuentemente se justifican dichos actos violentos, en mitos y creencias del imaginario social, que desvirtúan la verdad y la realidad de las vivencias de los integrantes de las familias, en especial de los niños y mujeres.

En esta experiencia piloto, seleccionamos un fallo de la justicia penal cordobesa, que puntualiza algunas de las características de las familias que padecen violencia en su interior, la situación concreta de la mujer frente a la violación a sus derechos por parte de su cónyuge/pareja/compañero, la particularidad del vínculo que se conforma en esas parejas (asimetría), todo ello desde el aspecto humano. Pero luego, la justicia que interviene en la resolución del caso en análisis, se detiene especialmente y dimensiona las posibilidades que existen desde el derecho penal para arribar a una justicia que no concluya en la mediación de este tipo de causas. Principalmente para este último cometido, funda su sentencia en las convenciones de derechos humanos que regulan la violencia hacia las mujeres y describen la postura del Derecho internacional respecto de la defensa de estos derechos humanos, como por ejemplo el respeto por la integridad psicofísica. Por éstas razones, hemos estimado conveniente aportar este material, que a la luz de las resoluciones actuales de la justicia penal en cuestiones de violencia familiar, resulta alentador y ejemplificador por sus fundamentos legales impartidos.

Elaborar una reflexión junto al grupo de hombres privados de su libertad, nos representó un desafío y una experiencia enriquecedoras, persiguiendo la realización del taller una concientización y sensibilización frente a los actos de violencia contra las mujeres, en una población enteramente masculina y con características especiales tanto por sus condiciones de encierro como por sus historias de vida.

III. Características educativas de la población carcelaria destinataria del taller

En el marco de actividades académicas que desde la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata se vienen realizando desde el año 2002, en distintas unidades penitenciarias de la Provincia de Buenos Aires, esta vez se optó por una propuesta que consistió en la realización de un taller sobre violencia de género, con ochenta y seis detenidos de la Unidad penitenciaria N° 1 de Olmos, entre ellos encontramos alumnos del poli modal de diferentes años y alumnos universitarios mayoritariamente pertenecientes a nuestra facultad, y en menor cantidad alumnos de periodismo y de la carrera de sociología de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación.

Se trata de una unidad con aproximadamente 1.700 internos masculinos procesados, de los cuales solo realizan actividades educativas en los tres niveles un grupo minoritario de ellos en relación al resto de la población carcelaria.

En este contexto y junto a ésta población carcelaria, nos aventuramos a la realización de un taller donde los internos pudieran reflexionar, debatir e intercambiar ideas sobre la violencia familiar y sus consecuencias, proponiéndoles concretamente a más del análisis jurídico de un fallo de la justicia penal que sanciona dichos actos y sus consiguientes repercusiones, la búsqueda de una sensibilización en un tema tan complejo como es la violencia contra las mujeres.

IV. Análisis desde los aspectos penal, civil y de familia de un fallo que sanciona las lesiones en actos de violencia familiar

Partiendo del análisis de un reciente fallo de la justicia Argentina (4), que avanza sobre la posibilidad de hallar sanciones penales en el caso de lesiones leves, producidas por un pariente calificadas

(4) Fallo "G., J. A. p.s.a. Lesiones leves calificadas -Recurso de Casación-, Expte. "G", 67/2010, 31/08/2011, Córdoba, República Argentina.

por el vínculo, identificadas como actos de violencia familiar (5), intentamos mostrar la viabilidad de la existencia de penas más específicas para estos actos. El resolutorio analizado, resulta representativo a nuestro entender de la delicada función jurisdiccional que compete a magistrados, fiscales y funcionarios policiales en función judicial, al momento de esclarecer los hechos delictivos e impartir justicia. Las sanciones a los culpables y la restitución y/o reparación dentro de las posibilidades de los daños causados, conforme a la totalidad de la normativa vigente, nos permitió acercar al grupo convalidado un material que describe minuciosamente por que los actos de violencia familiar requieren un debido esclarecimiento y penas ejemplificadoras y especiales para sus autores.

El decisorio judicial que ocupó una parte de la actividad tallerista, corresponde a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Córdoba, de fecha 31 de agosto de 2011, por el que ésta instancia penal, resuelve un Recurso de Casación interpuesto por la defensa de G. J. A., imputado del delito de Lesiones Leves Calificadas por el vínculo, en el que resultó víctima su cónyuge. El recurso presentado por la defensa del esposo de la víctima, perseguía el otorgamiento de un beneficio procesal penal, regulado por el Código Penal argentino, que en su *Art. 76 bis* dispone que en los casos que el delito que se busca sancionar contenga una pena que no exceda de tres años y siempre que el imputado ofrezca hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible y la parte damnificada acepte la reparación ofrecida, podrá acceder a la "Suspensión del juicio a prueba". Conforme nuestra ley penal vigente, el otorgamiento de este beneficio, comporta además del consentimiento del Fiscal que investiga el caso; la evaluación de las características personales del autor y del hecho investigado por parte de quienes deciden sobre el otorgamiento del mismo.

Es así que, habiéndose condenado en primera instancia al acusado, su defensor se presenta ante la Cámara en lo Criminal y Correccional de Villa Dolores, en noviembre de 2010, solicitando la aplicación del Art. 76 bis C.P. Dicha instancia de apelación, deniega la *Probation*, motivo por el cual el imputado se presenta por la vía pertinente en la ulterior instancia judicial y mediante un recurso de Casación ante el Superior Tribunal de Córdoba, pretende revertir la resolución, en agosto de 2011.

De los fundamentos vertidos por la defensa de G. J. A., se vislumbra que el abogado del imputado funda su recurso en: un desacierto en la interpretación de la norma aplicable; una valoración en exceso del espíritu de la ley, debido a que dicha norma no excluye para su aplicación a las cuestiones relacionadas con la violencia familiar. Asimismo, añade con énfasis que la resolución no esgrime con exactitud las condiciones personales del imputado que conllevan a la aplicabilidad de la norma, partiendo de su condición de primario y la calificación de "Leves" de las lesiones; cuya pena mínima es dos años de prisión; creando el fiscal, un tipo especial en el que se da valor superlativo al "*elemento subjetivo*" y no realizando un análisis crítico de la totalidad de las circunstancias.

Todos estos puntos de análisis, concluyen, según los fundamentos de la defensa, en una opinión infundada del señor Fiscal contraria a la concesión del beneficio del Art, 76 bis C.P.

El TSJCórdoba (6), en sus fundamentos remarca primariamente basándose en antecedentes jurisprudenciales dados por el mismo órgano jurisdiccional, que el *consentimiento del Fiscal* resulta insoslayable para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba. Ello pues, la regla de la norma resulta semánticamente autosuficiente, exenta de vaguedades ni ambigüedades. Esta postura adoptada por el alto tribunal, se vincula directamente con dos principios del derecho procesal penal, esto es el Principio procesal de Oportunidad y el de Política Criminal, que más adelante se desarrollarán específicamente, en extenso y vinculándolo al caso penal en estudio en el presente.

Las conclusiones a las que arriba el Tribunal, se vinculan directamente con la posibilidad de esclarecimiento de los hechos de violencia, sucedidos en un contexto limitado como es el seno familiar.

(5) Grupo Familiar: Conforme al Art. 2 de la ley provincial 12.569 de Violencia Familiar, abarca en su concepto a: los cónyuges, hijos/as, hermanos/as, novios, ex novios, concubinos, entre otros parientes.

(6) TSJCórdoba: Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. En AMJA: Asociación de Mujeres Juezas de la Argentina Disponible en: www.amja.gov.ar

La necesidad de realizar un debate oral, que se vería coartada con la aplicación de la suspensión del juicio a prueba, nos dejaría sin el análisis pormenorizado de las características de los actos violentos, la escucha de la palabra de la víctima, el esclarecimiento del hecho y la determinación de que sucedía en esa vivienda. En tal caso, la posibilidad de realizar un debate oral se corresponde, conforme los fundamentos dados por el tribunal, con un amplio plexo normativo de tinte internacional, como es la Convención de Belem do Pará, ratificada por la Argentina mediante Ley 25.632, ya citada. Esta convención promulgada en el marco jurídico de la Organización de los Estados Americanos- O.E.A.- busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, desplegadas por distintos agentes en diversos ámbitos donde las primeras desarrollan sus actividades cotidianas.

Continuando con el análisis del fallo, propusimos a más de una explicación del porque decidimos acercar este resolutorio judicial al grupo de internos convocados al taller, realizar mediante una lectura en voz alta e insistiendo en la activa participación de los interlocutores, reflexionar acerca de los fundamentos volcados por el Alto tribunal cordobés en la sentencia. Es así que, invitamos a varios de los participantes del taller, a leer algunos párrafos del fallo como el que fundamenta que: “De manera que, el representante del Ministerio Público, antes de expedirse sobre la concesión del instituto solicitado por el imputado, se ha inmiscuido en el caso particular realizando un juicio de conveniencia y oportunidad político-criminal a los fines de evaluar la pertinencia en el otorgamiento del mentado beneficio (7). Con idéntico cometido se realizó la lectura ante la escucha atenta de todo los integrantes del taller, de las siguientes partes del fallo: “Por otra parte, el Art. 7 de la Convención de Belem do Pará establece que: “Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer” y se obligan a B) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (8) y “(...) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala: “su preocupación ante el hecho de que una diversidad de órganos judiciales promueven principalmente el uso de la conciliación durante el proceso de investigación como método para resolver delitos de violencia contra las mujeres, sobre todo la intrafamiliar”, cuando es de “reconocimiento internacional que la conciliación en casos de violencia intrafamiliar no es recomendable como método para resolver estos delitos ya que las partes no se encuentran en igualdad de condiciones”, en varios países “ha quedado claro que los acuerdos realizados en el marco de mediación aumentan el riesgo físico y emocional de las mujeres por la desigualdad” y más aun “generalmente no son cumplidos por el agresor y estos no abordan las causas y consecuencias de la violencia en si (C.I.D.H)”. La lectura de estos párrafos contenidos en la sentencia del Superior Tribunal de Córdoba, inquietó a los interlocutores quienes atentos a las explicaciones volcadas por la docente exponente, comenzaron a realizar algunas tímidas intervenciones. Vale aclarar en ésta instancia que la lectura especial de éstas partes de los considerandos de la sentencia, se propuso a fin de que los internos conocieran más en profundidad los artículos de las convenciones que previenen y sancionan los actos violentos contra las mujeres. Explicar el porque no es posible mediar en una relación asimétrica, donde la subordinación de la mujer a la voluntad del agresor en su mayoría hombre, las posiciona en una desigualdad absoluta que les impide mediar/ conciliar, sumándose a ello el ciclo de la violencia que más adelante se desarrollará y el tipo de vínculo que une a la mujer víctima con su agresor. En el fallo propuesto, la justicia también se explaya en fundar la resolución en la importancia de la “palabra” de la víctima, el esclarecimiento de los hechos en un contexto familiar que es de imposible penetración muchas veces por parte de los funcionarios judiciales.

(7) El fallo referido refleja que consecuentemente, luego de evaluar el contexto en que sucedió el hecho y la naturaleza del mismo, resolvió denegar el beneficio solicitado, toda vez que entendió que esta clase de hechos requiere la realización del juicio a fin de lograr la conclusión del problema. Es que, considero necesaria la realización de un debate que pueda arrojar luz respecto del suceso que se investiga. Repárese que será en dicha oportunidad (debate) en la que se podrá escuchar a la víctima para poder esclarecer el hecho y determinar, finalmente, que sucedía en la vivienda. Entonces de lo reseñado se advierte claramente que el dictamen del fiscal se construye en la necesidad que el juicio se realice por el contexto en que sucedió el hecho y la naturaleza del mismo (Violencia Familiar).

(8) Fallo “G., J. A ya referido, 12.

V. El principio penal de Política Criminal y Oportunidad y su correlación con la violencia familiar

Partiendo del fallo resuelto por Casación Penal de Córdoba, por el cual se eleva a juicio oral y público una causa por coacción y lesiones leves calificadas por el vínculo en concurso real, no se puede dejar de mencionar que en dicha provincia rige el sistema de juicio por jurados que es *“la integración de ciertos tribunales con jueces accidentales, ciudadanos, y se ha elegido para ello el tribunal de escabinos...distribuir adecuadamente los papeles de cada uno de los sujetos procesales, responsabilizándose por su ejercicio...dar más agilidad y eficacia al procedimiento y acentuar su carácter acusatorio”* (Maier, 1999:439).

La presentación ante casación fue realizada por el abogado defensor del imputado, que se oponía firmemente a la decisión que el Tribunal tomó, por el cual no se le otorgara el beneficio de la suspensión de proceso a prueba. Éste se trata de un instituto proveniente del derecho internacional, más conocido como *“Probation”*, regulado en el código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, en el Libro III, capítulo IV, artículo 404 en los aspectos formales de su procedencia, entre otros resultados se puede obtener la *“extinción de la acción penal”* (Ochoa, 1995:1274), por lo que su invocación por parte del abogado defensor estaba justificada a favor de su cliente.

Se adujo a favor del acusado que era primario, que no ofrecía peligros procesales, la magnitud de la pena en expectativa no ameritaba la elevación a juicio oral; porque éstos elementos sí eran lo suficientemente idóneos para otorgar este beneficio, de acuerdo a lo establecido por la ley de fondo introducido por la ley 24.316 en el Art. 76 bis, ter y quater del Código Penal Argentino.

Si bien sabemos que el instituto en cuestión, fue creado en un momento histórico de nuestro país en el que las cárceles estaban desbordadas de detenidos y era necesario buscar mecanismos alternativos por los cuales las personas no fueran encarceladas cuando la situación no lo ameritara, y en delitos con penas en expectativas bajas, además de reunir los ciudadanos imputados determinadas condiciones establecidas por las normas, evitándose un desgaste innecesario de la actividad jurisdiccional y por las condiciones que a posterior el juez impusiera como reglas a cumplir, no significa que en todos los casos se cumpla como una regla matemática, ello hablaría de un sistema judicial rutinario versus un sistema judicial personalizado, sino que, por el contrario hay que analizar cada caso en particular y ver cuáles son las conveniencias o no de su aplicación.

El fiscal cuando se opuso a la solicitud de aplicación de este beneficio ha evaluado no solo la ley sino otras cuestiones de política criminal, razonabilidad de la decisión y el principio de oportunidad.

Las cuestiones de política criminal, son aspectos tenidos en cuenta por los legisladores al momento de realizar un proyecto de ley, dado que las normas deben adaptarse a la sociedad en la que vivimos y hay que evaluar cuáles son las necesidades de ella y la rigurosidad en materia penal pretendida en los tiempos actuales o no. Por ello más allá de lo que una ley establece objetivamente, siempre su estudio debe ir acompañado con el espíritu de la ley y los fundamentos que se han tenido en cuenta para su creación, de modo que ésta no sea antojadiza; algo parecido ocurre en el sistema judicial al momento de aplicar las leyes; la tarea de la política criminal *“funciona críticamente sobre los institutos jurídicos vigentes con los resultados que ellos han producido en la práctica, en los hechos y a partir de allí propone su reemplazo o modificación, según métodos racionales con fundamentos en investigaciones empíricas acerca de los probables resultados que producirán”* (Maier, 1999:370), ante determinadas situación la pregunta es: qué es lo que la sociedad espera ante una situación de violencia de género e intrafamiliar, teniendo en cuenta como se han mediatizado éstos hechos que a diario ocurren que derivan en muertes de mujeres o niños en manos de miembros del grupo familiar.

Retomando la pregunta sobre la respuesta ejemplificadora del sistema judicial que la sociedad pretende, en éstos casos debe decidir en consecuencia, como lo hizo el fiscal en el caso que nos ocupa de elevar a juicio oral y público delitos en concurso con penas menores y ocurridas en el ámbito intrafamiliar, debido a que es necesaria una respuesta judicial satisfactoria por demandas sociales en momentos en los que está mediatizada por los medios la violencia de género.

VI. La aplicación del principio de oportunidad

Cuando se aplica el Principio de Oportunidad, éste tiene dos metas: *“La desincriminación de hechos punibles, para evitar la aplicación del poder penal allí donde otros métodos pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación y la contribución a la eficacia del derecho penal en aquellas zonas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social”* (Maier, 1999:387).

Tampoco es dable decir que se transgrede el principio de oportunidad en materia penal, la decisión de la no aplicación de este instituto, en este caso no es así, por el hecho de que debe evaluarse en cada situación cuál es la solución aplicable y si bien la práctica del instituto de la suspensión del proceso a prueba es la solución comúnmente adoptada en éstos casos, no fue el criterio del Ministerio Público ni del Tribunal, el fiscal es el que hace la persecución penal y la ley lo habilita para optar por continuar la acción, suspenderla con una alternativa como lo es la probation, *“mal que nos pese existen criterios selectivos no institucionalizados que eliminan un sinnúmero de hechos punibles de la persecución penal...tal fenómeno no parece inadecuado a los fines de la aplicación del poder penal del estado”* (Maier, 1999:385).

El problema que aquí eventualmente se plantearía, es que suponiendo que en la audiencia del debate, se llegara a una sentencia condenatoria habría que ver si el imputado llegó a juicio oral en libertad o con un dictado de prisión preventiva. Si se diera el primer caso, existen posibilidades que ante una eventual sentencia condenatoria no sea de cumplimiento efectivo, en la medida que el condenado interponga los recursos correspondientes, ya que mientras la sentencia no quede firme, aquél permanecerá en su calidad de procesado y mientras tarde en resolverse cada recurso que interponga se cumplirá el tiempo de la pena a la que fue condenado, tornándose la detención en una cuestión que devendría en abstracta. Todas las posibilidades que se presentan, las consideramos a los efectos de analizar hasta que punto surtiría efecto una elevación a juicio y una eventual condena; ya que lo que acabamos de explicar, ocurre en delitos graves, en los que acusados por delitos contra la integridad sexual han llegado a juicio oral en libertad y cuando fueron condenados la pena efectiva no se cumplió o se cumplió con detención domiciliaria. Ello si se pretende que el que violentó a sus vínculos familiares más directos pierda su libertad, otro capítulo nos llevaría analizar en que aspectos podría poner remedio el encarcelamiento de un sujeto que ha ejercido alguna clase de violencia doméstica.

Asimismo, es dable destacar que el delito de lesiones es dependiente de instancia privada, tal como lo establece el Código Penal. Por ello, la víctima deberá denunciar y a la vez instar la acción, cuestión por la que sería peligroso dejar pasar el tiempo entre un acto y otro, ya que si no se instó la acción cuando denunció, se corre el riesgo de que la víctima se arrepienta o al reconciliarse con el violento desista de hacerlo, sin saber quizá que del círculo de la violencia nunca se ha salido y es necesario recurrir a las instituciones de acompañamiento para ello. En cambio, cuando se instó la acción, ya la denuncia tramita como un delito de acción pública y su continuidad no se suspende salvo que el fiscal recurriendo al principio de oportunidad y política criminal decida aplicar alguna alternativa antes que llegar al juicio oral.

En el marco del taller, se plantearon ésta clase de interrogantes, como también una adhesión en lo que respecta a la postura del fiscal del caso que nos ocupó analizar de oponerse a la aplicación del instituto de la suspensión del proceso a prueba y la postura del Tribunal de elevar la causa a juicio oral y público, siendo llamativo para el plantel docente, estas reflexiones por parte de personas que forman parte del proceso de prisionalización.

VII. Mitos, creencias y ciclos de la violencia de género

Con los consagrados postulados de la declaración de la Revolución Francesa, que promulgó los derechos del ciudadano con su lema “Libertad, Igualdad y Fraternidad” y el arribo del siglo XX, que promulgó la declaración de los “Derechos Humanos” y la consecución de la democracia, las mujeres continuaron siendo víctimas de una violencia sorda. No fueron reconocidas en el acceso a sus

derechos, continuando en sus roles de víctimas de la discriminación y de la violencia por razones de pertenencia al género femenino.

Actualmente, la globalización, como fenómeno nuevo y debido a la mundialización de las comunicaciones, sumado a la expansión informática, ha permitido a un capitalismo avanzado, realizar transacciones y mover cantidades de dinero que enriquecen a pocos y hundeen a países enteros, cuyas primeras víctimas son los más pobres en su mayoría, mujeres.

En la caída de las barreras en función del mercado, las fronteras se han hecho más permeables y resulta mucho más fácil mercadear todo: órganos humanos, esclavismo sexual y tráfico de personas por la cual un gran número de mujeres son secuestradas y obligadas a ejercer la prostitución.

La violencia sufrida por las mujeres, no es una violencia coyuntural y privada, sino que se trata de una violencia estructural y pública, que se manifiesta en todos los niveles de la realidad. No solo se trata de una violencia física y psicológica, sino también simbólica, política y económica que no se restringe solo a los casos de violencia doméstica.

Retomando a Vargas y Badilla, los autores mencionan que la violencia ejercida hacia las mujeres por razones de género, ha sido la forma constante a través de la cual se ha controlado, sus cuerpos y su sexualidad, su autonomía, su voz y su libertad, coartando su derecho a una vida libre de abusos y de maltratos.

Numerosas investigaciones han mostrado como subyace a la violencia contra las mujeres, una trama de intereses, relaciones de poder y proyecciones sociales sobre el cuerpo de las mujeres sostenidos por el poder patriarcal.

A partir de 1993, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la *violencia contra la mujer*, definió la violencia contra las mujeres, como *“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada.”*

La violencia tal como la define dicha Declaración, se ejerce, sobre los cuerpos de las mujeres, pero sobre los cuerpos en situación de feminización. Ambos constituyen el “ahí” de la violencia de sexo-género. Es de vital importancia hacer una distinción de estos dos conceptos.

Los conceptos *género* y *sexo* se diferencian, en tanto este último, alude a las diferencias biológicas, anatómicas y fisiológicas entre hombres y mujeres que son de nacimiento, naturales y universales.

En cambio el género, refiere a la construcción social de roles e ideales asimilados aprendidos a través del proceso de socialización primaria y secundaria. Roles aprendidos acerca “del ser hombre” y “del ser mujer”, basados en que deber ser y hacer un hombre y que debe ser y hacer una mujer, cuales deben ser los intereses y metas para los hombres y cuales para las mujeres y como deben ser las relaciones entre ambos. Por ejemplo, a la niña cuando nace se la viste de rosa luego se le regalan muñecas, juegos de cocina, entre otras cosas. Al hombre en cambio, cuando nace se lo viste de ropas azules, se le regalan autitos y soldados para jugar. Ya ahí comienza el proceso de enseñanza y preparación para los roles futuros.

Se le trasmite a la mujer ciertos valores que se corresponderían con su género. Su ser pasivo, el ser más intuitiva y sensible que racional, ser protegida en lugar de protectora debido a su supuesta vulnerabilidad, el deber de estar dedicada a la maternidad y cumplir con sus deberes de esposa como ser la realización de las tareas domésticas, entre otras.

Al hombre por otra parte, se le enseña, que debe ser fuerte y pensante antes que sensible “el hombre no puede llorar y debe ocultar sus emociones”, debe ser protector y debe traer el dinero a la casa que permita satisfacer las necesidades de su familia.

Estas ideas sobre los roles y características que deben tener un hombre y una mujer, son construcciones de la sociedad, no son naturales, no se nace con ellas y se reproducen y sostienen porque se transmiten de generación en generación. Los mandatos, son inculcados desde la niñez, sin ser percibidos conscientemente como construcciones sociales, es por ello que no las cuestionamos, al contrario las aceptamos y las repetimos. Las vemos como naturales cuando no lo son. Así se van constituyendo los psiquismos, asumiendo los rasgos que históricamente se han ido transmitiendo sobre el ideal de hombre y mujer. Rasgos históricos que también promueven la desigualdad entre los géneros, que permiten que el hombre se asuma dotado de poder y se posicione en un lugar de mando y dominio, mientras que a la mujer se la ubica y se ubica en un lugar de subordinación y obediencia.

Los roles o estereotipos sociales, atribuidos a los géneros, son tierra fértil para la violencia cuando ellos entran en contradicción con la realidad. En la actualidad, las relaciones conyugales instaladas sobre la base de la desigualdad, se tornan caóticas, cuando alguno de los miembros se sale de lo instituido culturalmente, lo que ha llevado a varones a infligir violencia y a las mujeres, en algunos casos a desarrollar resistencias, transgresiones y contra violencia. Por ejemplo cuando en una pareja de cónyuges, a menudo el hombre, no puede verse reflejado en aquellos estereotipos sociales asignadas a su género masculino (protector, activo, que brinda todo lo que su familia necesita, fuerte, etc.), sintiéndose así herido en su narcisismo, la violencia hacia su mujer aparece como un intento de recuperar el control y el dominio perdidos, de identificarse nuevamente con las características atribuidas a su género por los estereotipos y discursos sociales.

El golpe y la dominación hacia la esposa, apunta muchas veces a recuperar de alguna manera la idea de hombre y de mujer que se le enseña socialmente (el hombre fuerte, dominante, omnipotente y la mujer sumisa, pasiva, dedicada al hogar y al servicio del hombre). La violencia se puede pensar como un intento de autoafirmación identitaria y búsqueda de seguridad que se mueve según una tabla de valores patriarcales tradicionales.

La violencia sería un intento forzado de reacomodar los lugares que la sociedad otorga al hombre y a la mujer, pero a costa de reducir al otro a un puro objeto, desubjetivándolo, en este caso a la mujer.

Cabe aclarar, que la violencia masculina, se encuentra en la estructura social y no en la psicopatología de los agresores. Se trata de una problemática social y no individual, que se sostiene en una sociedad patriarcal.

El patriarcado, según el diccionario de la Real Academia Española (RAE, 1982), “es una organización social históricamente constituida, en que la autoridad se ejerce por el varón de cada familia, extendiéndose este poder a parientes aun lejanos de un mismo linaje”.

Una definición más amplia, alude al *patriarcado* como “un fenómeno de carácter estructural, constitutivo y constituyente del orden político-económico y cultural de las sociedades del mundo. Establece un determinado orden entre los géneros basado en la subordinación de la mujer y superioridad del hombre, reproduciéndose constantemente estas ideas con el fin de reforzarlas y mantenerlas vigentes en la sociedad”. El régimen patriarcal, está compuesto de usos, costumbres, tradiciones, normas familiares y hábitos sociales, ideas, que se transmiten de generación en generación. En las sociedades patriarcales, Las mujeres están expuestas a distintos grados y tipos de opresión.

Por ejemplo, los hombres hace un tiempo eran los únicos que podían estudiar, votar, acceder a la política, mientras que dichos derechos les estaban negados a las mujeres.

También se ha dado, la invisibilización del género femenino en el lenguaje, por ejemplo, hablamos “del hombre” cuando hablamos de la especie humana y no “del hombre y la mujer”. También cuando decimos “todos” en lugar de “todos y todas”. Son ejemplos que dan cuenta de que hasta en el lenguaje se ha invisibilizado lo femenino y resaltado lo masculino.

Existe una distribución desigual del poder. En las situaciones de violencia hacia la mujer, el poder está de un lado, hay una jerarquía de poder que pone a la mujer en subordinación al hombre. Nos

hallamos ante una clara y constante sobrevaloración de lo masculino contra una desvalorización o subvaloración de lo femenino.

Podemos conocer, a través del relato de algunas mujeres víctimas de violencia, como están dadas las relaciones de poder en su pareja. Se puede observar en la mayoría de los casos, la relación asimétrica del poder y el lugar subordinado de la mujer y el dominante del hombre. También se observa la anulación de ella como persona y sujeto deseante, en tanto son posicionadas como objetos de propiedad del hombre y no como un sujeto, un par, donde pueda circular el diálogo, la comunicación y hasta la confrontación de ideas. Al contrario, no hay circulación de la palabra sino que la mujer debe aceptara sin oposición alguna lo que el hombre diga o haga sin posibilidad de contradecirlo. En la violencia, se impide que el otro se exprese, no hay diálogo sino imposición.

Las acciones feministas de la década del 70, dieron lugar a estudiar el impacto de la violencia conyugal en las mujeres.

La violencia psicológica, a menudo, resulta muy difícil de interpretar, por su gran efecto de desubjetivación. Una víctima puede estar destruida psicológicamente por lo que está viviendo y aun así no ser capaz de formularlo.

Muchas veces en las entrevistas psicológicas, se observan determinadas situaciones como ser que la mujer repite palabras del marido y no usa palabras propias. Otras, lo tienen tan naturalizado que les parece que la violencia, es algo natural que les toca vivir y que no van a poder cambiar. Otras sostienen que *“él va a cambiar”*.

No obstante, detrás de la aparente resignación y aceptación, hay mucho temor y angustia.

Según Jammet, la violencia involucra la negación del otro como sujeto deseante o como sujeto existente. La violencia tiene un efecto disruptivo, transgresivo y violatorio de los derechos humanos, generando sufrimiento en el sujeto. A su vez la persona que violenta, no está en su posición de sujeto, está también desubjetivado.

La socióloga Lenore Walker, ya en 1979, investigó el porque las mujeres golpeadas no podían ver alternativas a su situación de ser agredidas. Walker concluye, que estas mujeres al ser aisladas y golpeadas en etapas iniciales de su relación, trataban de cambiar la situación con relativo éxito traducido en la minimización o posposición de la violencia, pero que pasado un tiempo este control empezaba a disminuir y la violencia regresaba. Con este enfoque y su experiencia sobre mujeres golpeadas, desarrolla la teoría del Ciclo de la violencia conyugal.

El ciclo comienza con una primera fase de Acumulación de la Tensión, en la que la víctima percibe claramente cómo el agresor va volviéndose más susceptible, respondiendo con más agresividad y buscando motivos de conflicto en cada situación.

La segunda fase supone el Estallido de la Tensión, en la que la violencia finalmente explota, dando lugar a la agresión tanto verbal como física.

La tercera fase, denominada de *“Luna de Miel”* o Arrepentimiento, el agresor pide disculpas, hace regalos y trata de mostrar su arrepentimiento. Esta fase, se va reduciéndose con el tiempo, siendo cada vez más breve los lapsos y llegando a desaparecer por completo.

Este ciclo de la violencia, en el que al castigo o agresión, le sigue la expresión de arrepentimiento que mantiene la ilusión del cambio, puede ayudar a explicar la continuidad y sostenimiento de la relación por parte de las mujeres en los primeros tiempos de una relación. Ellas añoran, mentalizan y consolidan la ilusión de que *“él va a cambiar”*.

Este proceso cíclico, pretende explicar la situación en la que se despliega la violencia física, la cual no aparece de manera repentina, sino que es la manifestación física de un proceso continuo de micro violencias, esto es la violencia psicológica, la coerción y las amenazas hacia las mujeres, que apuntan a someterlas y controlarlas.

Sub ejes temáticos importantes del taller

Los estereotipos sociales atribuidos a los géneros, son construcciones sociales, no naturales, que cuando entran en contradicción con la realidad, abonan el terreno para el despliegue de la violencia.

La violencia contra la mujer se sostiene en una sociedad históricamente patriarcal.

La violencia de género se trata de una problemática social y no individual ateniende a individuos con psicopatologías. Además compete al ámbito de lo público y no de lo privado.

La violencia de género es ejercida por las sociedades en su conjunto, tanto por los hombres como por las mujeres que la componen.

VIII. Metodología y conclusiones del taller con las personas privadas de su libertad

A) Metodología utilizada

Realizado el recorrido histórico, se trabajó junto a los privados de la libertad con algunos de los mitos existentes en el imaginario social del tema planteado “la violencia familiar y de género”. En tal sentido, se les solicitó a los asistentes del taller, que formaran grupos.

Luego se le repartió a cada grupo una hoja en donde se encontraban impresos tres mitos, sobre la violencia de género (para cada grupo se repartieron 3 mitos distintos para trabajar). A continuación se les comunicó que tendrían 15 minutos para discutir su opinión acerca de los mitos, respondiendo a cada uno con verdadero o falso, sin olvidar de justificar su respuesta. También se les pidió que eligieran a un coordinador que tomara nota de las opiniones del grupo para luego exponerlas en plenario.

Una vez pasados los 15 minutos, con ayuda del recurso didáctico de los afiches fueron retomándose uno a uno las opiniones del grupo pequeño, devolviéndola al grupo grande para debatirlas entre todos.

B) Conclusiones del taller. Datos empíricos recopilados

En total se trabajó con 9 mitos, si bien hay muchos más, nos limitamos a dicha cantidad por falta de tiempo. Los mitos, junto a algunas de las respuestas de los participantes de cada grupo pequeño, ampliadas por el grupo mayor que conformó el taller son los siguientes:

Grupo 1

Mito 1: “Un hombre no maltrata porque si; ella también habrá hecho algo para provocarlo”

Respuesta: Falso. No, eso es una excusa, no hay nada que haga una mujer que justifique la violencia sobre ella ejercida.

Mito 2: “Si una mujer es maltratada continuamente, la culpa es de ella por seguir con ese hombre”

Respuesta: Falso. No es su culpa hay muchos factores que hacen que una mujer se sienta obligada a permanecer bajo el mismo techo que su agresor (factores como hijos, situación económica, amenazas, etc.).

Mito 3: “Si se tienen hijos o hijas, hay que aguantar los maltratos por el bien de las niñas y de los niños”

Respuesta: Falso. Es peor para los niños ser testigos de la violencia hacia su madre que el que sus padres estén separados. Es verdad que algunas mujeres se someten a su agresor, pensando que así protegen a sus hijos.

Grupo 2

Mito 4: “Los chicos habitualmente no se dan cuenta de que su madre es golpeada, por lo cual no son afectados”

Respuesta: Falso. Siempre los niños se dan cuenta y de una u otra manera son afectados, ya sea psicológicamente por ser testigos del maltrato o físicamente tratando de defender a su madre.

Mito 5: “las personas que maltratan a sus parejas, también fueron maltratadas en su infancia”.

Respuesta: Falso. No en todos los casos, aunque algunas personas violentas lo han aprendido por ser víctimas o testigos de violencia en sus hogares.

Mito 6: “La violencia hacia la mujer es una pérdida momentánea del control”.

Respuesta: Falso: No, es una acumulación de tensiones. Es también un intento por parte del hombre de dominar a la mujer.

Grupo 3

Mito 7: “la violencia de genero son casos aislados. Lo que ocurre es que se anuncia mucho en la prensa y eso hace que parezca que ocurre frecuentemente.

Respuesta: Falso. La violencia de género siempre existió, pero ahora se da más a conocer por los medios de comunicación.

Mito 8: “el agresor no es un compañero cariñoso”

Respuesta: Falso. Sí lo es, en el ciclo de la violencia, una de las fases es la del arrepentimiento en la que el agresor se muestra cariñoso y hace regalos.

Mito 9: “Si ella aguanta él cambiará”

Respuesta: Falso. Él no va a cambiar, pero la ilusión de que él cambie hace que la mujer aguante la situación de violencia diaria.

IX. Reflexiones finales

De la experiencia compartida en el taller junto a este grupo de hombres privados de la libertad, ocupó especialmente nuestra atención, el contenido de las respuestas dadas por los interlocutores acerca de los mitos y creencias de la violencia familiar y la violencia contra las mujeres. Ellas nos dan una pauta de cierta concientización, por parte de ésta parte de la sociedad, que estigmatizada por su condición de presidiarios o ex presidiarios, reflexionaron responsablemente sobre la problemática propuesta y sus diversas posibilidades de abordaje y tratamiento. Hubo en el marco del taller, una defensa afable por los derechos de las mujeres y de los niños, considerando el grupo participante de la actividad, que ésta parte de la población resulta la más vulnerada en el ejercicio de sus derechos. En torno el debate sobre el contenido del fallo, pudimos observar que los participantes analizaban la resolución siempre posicionados desde su lugar de posibles sujetos activos de éstos delitos, especialmente al momento de evaluar cuales serían las posibles sanciones y los modos de obtener beneficios o la misma libertad. La ausencia de abstracción de su condición de procesados y/o condenados, en algunos casos, les impedía visualizar los fundamentos de tipo civiles y de familia, particularmente los que sancionan la violencia familiar, que se exponían en la resolución judicial. Es loable remarcar que, todos han coincidido en que la violencia hacia las mujeres y los niños, resultan actos que deben ser sancionados por la justicia penal, civil y de familia, pero señalaron a la Prevención como una herramienta que resultaría eficaz al momento de disminuir el numero de casos en que se despliega esta violencia. Las consideraciones en torno a los ¿por qué? las mujeres toleran los actos de violencia hacia sus personas y en presencia muchas veces de sus propios hijos, nos mostró una posición bien delimitada de los interlocutores, ya que fundaron sus expresiones en que, ciertamente las mujeres-madres-esposas, “toleran” la violencia por no poseer ni herramientas materiales, ni psicológicas, ni emocionales, para defenderse ante los atropellos masculinos. En particular, sostuvieron los talleristas que los hombres han aprendido socialmente el mandato machista “no llorar”, “no expresar sentimientos”, “ser el sostén familiar” y lo han adaptado tan fuertemente a sus vidas que el hecho de no cumplir esos roles impuestos los violenta y posiciona en sujetos activos de dominación de las mujeres.

Todas éstas reflexiones compartidas, nos dan el aliento para continuar abordando, tratando y pensando la problemática de la violencia de género y la importancia que posee la prevención y la erradicación en todas sus formas de ésta compleja problemática social.

La violencia contra las mujeres es una problemática social que afecta a gran parte de las sociedades del mundo. La lucha es ardua y constante, todos debemos involucrarnos para que no exista nunca más un María Da Penha con su lema “*Sobreviví posso contar...*” (9).

X. Bibliografía

ARGENTINA. Código penal de la República Argentina. Buenos Aires: Zavalía, 2012.

ASOCIACION DE PSICOLOGOS FORENSES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Revista de la APFRA, Buenos Aires, 2009-21.

BUENOS AIRES [provincia]. Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires. La Plata: LEX, 2012.

CASTILLO VARGAS, Andrés y BADILLA CHINCHILLA, Ivannia. “Entre la muerte y la justicia: reflexiones en torno al femicidio en América Central”, EN: Cuadernos Inter.c.a.mbio: Revista sobre Centroamérica y el Caribe, Universidad de Costa Rica, CIICLA, 2010 7-8.

FEMENÍAS, María Luisa. “Obstáculos para enfrentar la violencia contra las mujeres. Algunas reflexiones”. Conferencia Asociación de Abogados de Buenos Aires. Ciclo: Violencia y Femicidio, abril 2010.

FERNÁNDEZ, Ana María. La mujer de la ilusión: pactos y contratos entre hombres y mujeres. Buenos Aires: Paidós, 1992.

GROSMAN, Cecilia (dir.). Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2004.

GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia. Maltrato al menor: El lado oculto de la escena familiar. Buenos Aires: Universidad, 1992.

— Violencia familiar. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos. 3a. ed., actualizada y aumentada. Buenos Aires: Universidad, 2005.

HIRIGOYEN, Marie-France. Mujeres maltratadas. Los mecanismos de la violencia en la pareja. Buenos Aires: Paidós, 2005.

MAIER, Julio. Derecho procesal penal. Fundamentos. 2a. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.

MANCUSO, N y otros. “Reflexiones sobre una experiencia interdisciplinaria. Un cruce posible entre prácticas. Restitución de derechos-restitución subjetiva”, EN: Primer Congreso Internacional de la Facultad de Psicología. UNLP, 2008.

MARI, Enrique. “El poder y el imaginario social”, EN: La ciudad futura, Buenos Aires, junio 1988-11.

OCHOA, Carlos. “La suspensión del juicio a prueba”, EN: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1995-C, 1274.

SENDÓN DE LEÓN, María Victoria. “Globalización y violencia contra las mujeres”, II Jornadas de Ciudades contra la Violencia hacia las Mujeres. Fuenlabrada, Madrid, 2001.

(9) María da Penha Maia es una mujer brasileña que sufrió actos de violencia doméstica por el que entonces era su marido durante los años de convivencia matrimonial. Las agresiones le causaron una paraplejía irreversible y constituyeron en una ocasión tentativa de homicidio. Se denuncia la permisividad demostrada por Brasil por no haber tomado las medidas necesarias para el procesamiento y punición del agresor por un período superior a quince años y se condena a ese Estado a indemnizarla.

La defensa de la democracia y de los derechos humanos en el ámbito del Mercosur

POR JUAN H. GARCÍA ZEBALLOS (*) Y LAURA POZZIO (**)

Sumario: I. Advertencia Preliminar. — II. Marco Introdutorio. — III. Integración: Mercosur y Democracia. — IV. Integración: Mercosur y Derechos Humanos. — V. Conclusión. — VI. Nota de actualización. — VII. Bibliografía. — VIII. Direcciones Web consultadas.

Resumen

El objetivo del presente trabajo de investigación, es demostrar cómo determinados procesos de integración regional, han ido evolucionando a lo largo de la Historia reciente y como éstos han dejado de ser meros espacios de asociación económica, para transformarse en verdaderos ámbitos de promoción y protección de otras cuestiones jurídicas. Tal es el caso del Mercosur, en el cual inicialmente, los Estados Partes no se ocupaban más que de cuestiones de economía. Sin embargo y con el correr del tiempo, se adoptaron normas mercosureñas destinadas, por ejemplo, a la Defensa de la Democracia y a la protección de los Derechos Humanos en general. La consulta de dichas normas internacionales, como su exposición y comentario, ha sido la metodología adecuada para arribar a la conclusión de que ambos temas, (Democracia y Derechos Humanos) están íntimamente relacionados. A partir de la existencia de reglas al respecto, el Mercosur cuenta con un plexo normativo importante que pese a ciertas “debilidades”, posee un balance positivo.

Palabras clave: Democracia - Derechos Humanos - Mercosur - Normas Internacionales.

Résumé

Le but de ce travail de recherche, est de démontrer l'évolution subie par les processus d'intégration régionale, tout au long de l'Histoire récente. Ceux-ci ne sont plus de simples espaces d'association économique, mais de vrais domaines pour la promotion et la protection d'autres thèmes juridiques. Voilà le cas du Mercosur, où au début, les États membres ne s'occupaient que de thèmes relatifs à l'économie. Cependant, et après un certain temps, on y a adopté des normes considérant divers sujets, tels que la défense de la Démocratie et les Droits de l'Homme en général. Avoir consulté ces normes internationales ainsi que leur exposé et leur commentaire, a été la méthodologie employée pour arriver à la conclusion suivante: La Démocratie et les Droits de l'Homme sont en rapport de façon inséparable. Actuellement, et en ce qui concerne ces deux sujets, le Mercosur possède un cadre normatif assez important, avec quelques “faiblesses”, mais dont le bilan est positif.

Mots clés: Démocratie - Droits de l'Homme - Mercosur - Normes Internationales.

I. Advertencia Preliminar

El objetivo de este trabajo, será abordar someramente dos aspectos importantes que hacen al proceso sudamericano de integración; proceso que comenzó a mediados de la década del '80 (1). Los

(*) Docente con funciones de Profesor Adjunto Interino de Derecho Internacional Público, Cátedra III. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

(**) Docente de Derecho Internacional Público, Cátedra III. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

(1) El 30 de noviembre de 1985 se firmó entre los presidentes de Argentina, Raúl Alfonsín y de Brasil, José Sarney, la Declaración de Foz de Iguazú, instrumento que sería el comienzo del Mercosur.

países que dieron vida al Mercado Común del Sur (2), (en adelante Mercosur) como socios plenos, decidieron en un determinado momento, ir más allá de las tradicionales cuestiones económicas en las que se ve enmarcado todo modelo asociativo de Estados. Así entonces, teniendo seguramente en cuenta su historia pasada y trascendiendo del intercambio comercial, dotaron a la Organización Internacional de mecanismos que pudieran dar respuesta a situaciones críticas y que son consideradas como incompatibles con los fines del bloque. De este modo, la defensa de la Democracia como régimen de gobierno en cada uno de los Estados parte del Mercosur o en todo aquél que pretenda ingresar al bloque y el respeto a los Derechos Humanos (en adelante DDHH) y Libertades Fundamentales, aparecen como nuevos objetivos a ser alcanzados. Hacia su comentario y desarrollo nos encaminamos.

II. Marco Introductorio

Doctrinariamente se ha definido a la Integración, como un proceso por el cual dos o más Estados, adquieren cierto grado de interdependencia que culmina con la formación de instituciones supraestatales, en las cuales los Estados que las han creado, delegan determinadas competencias que antes les pertenecían de manera exclusiva (Dromi, Ekmekdjian y Rivera, 1995: 50). Asimismo, todo proceso de asociación integrativo, puede tener diversos grados y etapas (3) y de acuerdo a su alcance, las Partes facultan a dicho cuerpo integrado a resolver en conjunto, cuestiones que los propios Estados establecen y detallan (4). Tal fue la intención de algunos Estados de Sudamérica, en un principio Argentina y Brasil, para luego sumarse Paraguay y Uruguay, quienes aprovechando el marco de integración ya existente dado por la ALADI (5), suscribieron el 26 de marzo de 1991, el Tratado de Asunción que da nacimiento al Mercosur.

La idea de crear un mercado común en esta parte del planeta, (es decir, la libre circulación de bienes, mercancías, capitales, personas y servicios entre los Estados miembros (Halajczuk y Moya Domínguez, 199: 865), lamentablemente no fue alcanzada y aún se encuentra pendiente de realización; dicha circunstancia se debe a factores políticos y coyunturales cuyo análisis y consideración excede el presente trabajo, por ende, sólo nos limitaremos a mencionar dicho aspecto.

Ahora bien, dentro del ámbito del Mercosur, se debe expresar que el Tratado de Asunción, se complementa con toda una serie de Protocolos Adicionales, de los cuales destacamos sin describirlo el de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1991, por ser éste el que le da una estructura orgánica definitiva al Mercosur (6) y también el Protocolo de Olivos, del 18 de febrero de 2002, mediante el cual se establece un sistema de solución de controversias.

(2) Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

(3) Entre los grados de integración podemos citar la Zona de Libre Comercio, La Unión Aduanera, el Mercado Común y la Unión Económica. Al respecto ver Halajczuk y Moya Domínguez, 1999: 865

(4) En tal sentido, ver el Protocolo de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994, adicional al Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, que en su artículo 34 dispone "El Mercosur tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional"

(5) ALADI, Asociación Latinoamericana de Integración, organización creada el 12 de agosto de 1980, por el Tratado de Montevideo. Ver en el marco de dicha organización internacional el Acuerdo de Complementación Económica n° 18 (ACE 18) referido al Mercosur. Ver al respecto Halajczuk y Moya Domínguez, 1999: 874-875

(6) La estructura institucional del Mercosur, según el art. 1 del Protocolo de Ouro Preto es la siguiente: Consejo del Mercado Común; Grupo Mercado Común; Comisión de Comercio; Comisión Parlamentaria Conjunta; Foro Consultivo Económico y Social; Secretaría Administrativa. Los tres primeros órganos tienen capacidad decisoria, es decir las medidas adoptadas por ellos, obligan a los Estados partes, mientras que los tres últimos, no poseen dicha competencia. La Comisión Parlamentaria Conjunta, mediante el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, (suscrito en Montevideo el 9 de diciembre de 2005) ha sido sustituida por el Parlamento del Mercosur, (Parlasur). Dicho órgano, tiene como uno de sus Propósitos: Asumir la promoción y defensa permanente de la democracia, la libertad y la paz. (artículo 2 inciso 2) y como uno de sus Principios: "El respeto de los derechos humanos en todas sus expresiones" (art. 3 inc. 4) También está dotado de competencias para abordar ambas temáticas (ver art. 4)

Ahora bien, en lo referente al tema central de este trabajo, se debe decir que cobran fundamental importancia el *Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile*, del 24 de julio de 1998 y el *Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el Mercosur, (Ushuaia II)* del 20 de diciembre de 2011, que aún no ha entrado en vigor, pero que oportunamente reemplazará al primero, por tratar ambos la cuestión de la defensa de la Democracia y el *Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur* del 19 de junio de 2005. Sin embargo, antes de abordar en concreto el análisis de estos instrumentos del Derecho Internacional, se hace necesario, al hablar de defensa de la Democracia, definir con precisión el concepto de consolidación, como una herramienta fundamental a los efectos de garantizar el sistema democrático. Para ello, tomaremos las enseñanzas del profesor italiano Leonardo Morlino (7) quien se refiere a ésta, definiéndola como un proceso; proceso que puede llevar cierto tiempo o ser más corto, según el caso, pero que nunca es inmediato y que no debe ser confundido con otras dos situaciones fácticas, como son la transición y la instauración. La primera, (transición) es un movimiento fluido y confuso en el cual están por surgir todas las nuevas estructuras democráticas; la segunda, (instauración) está caracterizada por el diseño de nuevas instituciones y procedimientos. Asimismo, hay que distinguir igualmente la consolidación, de tres conceptos próximos a ella.

En primer término, la estructuración, que está ligada estrechamente a la instauración; en segundo lugar el encapsulamiento, por el cual la Democracia abre una puerta a la resolución de conflictos por una vía distinta a la de un gobierno autoritario, es decir, los conflictos continúan, persisten, pero están encapsulados y deben ser resueltos democráticamente; y por último, encontramos la institucionalización, referida a crear las estructuras de las nuevas instituciones.

Dicho esto, siguiendo siempre el pensamiento del profesor Morlino, pasaremos a explicar el concepto de Consolidación Democrática, entidad que ya fuera definida como un proceso de tiempo variable y en el cual se aceptan normas que se reputan válidas por la sociedad. En ella aparecen reglas, comportamientos, se legitiman conductas y puede revestir distintas connotaciones o modalidades, por ejemplo relaciones entre partidos, entre poderes públicos o estructuras de intereses. Se busca que las nuevas normas sean cumplidas y que exista una estructura administrativa eficiente y autónoma, con respecto al anterior régimen.

Se constata siempre dentro del mismo proceso, una sustitución del poder militar por el poder civil y se ve aparecer a los partidos políticos con un rol importante, al igual que otros actores de la sociedad civil a quienes hay que integrar.

El profesor Morlino propone comprobar estos tópicos de manera empírica, donde se observan entonces distintos parámetros, ellos son: la existencia de leyes, la recaudación tributaria, la obediencia de la sociedad civil y la subordinación del poder militar a las nuevas instituciones democráticas. En el mismo orden de ideas, nos encontramos con que hay organizaciones políticas con un grado de organización mayor que tiempo atrás y que todo el proceso a su vez, está sometido a la idea de elecciones críticas; en otras palabras, sometido a un cambio de voluntad del electorado, por eso mismo muchas veces y como un fenómeno más, podemos ver también que los partidos se unen o realizan coaliciones entre sí, justamente con el objetivo de lograr la consolidación de la Democracia. Si no hay consolidación, puede llegar a haber un fracaso de la Democracia. En sentido contrario, la sanción de una Constitución Nacional o una nueva ley electoral más participativa, tenderían al éxito de la consolidación democrática (8).

Así pues, la pertenencia del Estado a un bloque de integración, hace que aquél voluntaria y soberanamente, se vea sometido a un régimen jurídico en materia de defensa de la Democracia y los Dere-

(7) MORLINO, Leonardo "Consolidación democrática. Definición, modelos, hipótesis". EN: Reis Revista española de investigaciones sociológicas, Madrid, 1986 35, 7-62 Información disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=249102> (Consulta 21 de marzo de 2012).

(8) Ídem.

chos Humanos, régimen que le impone ciertas conductas, obligaciones y controles internacionales. A su estudio en particular nos avocamos a continuación.

III. Integración: Mercosur y Democracia

En primer término, resulta pertinente abrir un paréntesis en la exposición, a los efectos de definir el concepto de Democracia representativa, al que se hace referencia en los instrumentos que oportunamente hemos de explicar.

Un régimen democrático, ofrece una amplia participación ciudadana en el gobierno de la cosa pública en condiciones de igualdad jurídica, mediante el sufragio universal periódico ejercido por las personas en edad de votar, quienes tienen el derecho de elegir y ser elegidas. Asimismo existe libre competencia de los candidatos electorales, los que recibirán la representación popular al ser electos conforme a la regla de la mayoría, en el sentido relativo de ésta. (9)

A modo de ejemplo y retomando la idea comentada inicialmente, se debe recordar que en sus comienzos, el proceso mercosureño no se ocupaba de temas como la Democracia o los DDHH, pero que a poco de constituirse, tomó estas dos asignaturas, (más tempranamente la primera, luego la segunda) como elementos de su agenda política.

En lo referido a la Democracia, encontramos diversas Declaraciones Presidenciales que versan sobre este punto, la primera de ellas es la Declaración Presidencial de las Leñas del 27 de junio de 1992 (10), donde se sienta el criterio de que la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición indispensable para la existencia y el desarrollo del MERCOSUR; la segunda, se dará cuatro años más tarde, el 25 de junio 1996 y será la Declaración Presidencial de Potrero de los Funes, sobre Compromiso Democrático en el Mercosur (11). En dicho instrumento, además de reiterar lo expresado al respecto en la Declaración Presidencial de Las Leñas y de recordar la importancia de la Democracia representativa, como forma de lograr la solidaridad de los Estados americanos y sus fines, se establece la necesidad de que en éstos, se mantenga la plena vigencia de las instituciones democráticas como condición para la cooperación en el marco del Tratado de Asunción y por ende, todo quiebre de este proceso democrático constituye un obstáculo para el proceso de integración con respecto al Estado involucrado.

Como garantía de este principio, se establece por dicha Declaración, que en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, los demás miembros del bloque adquieren la obligación de efectuar rondas de consulta entre sí y con el Estado afectado, y para el supuesto de que estas consultas resultaren infructuosas, se deja librado a las partes, la posibilidad de tomar medidas de tipo sancionatorio con el Estado que ha sufrido una alteración en sus instituciones democráticas, tales como impedirle participar de los foros del Mercosur, hasta el hecho de suspenderlo en los derechos y obligaciones que emerjan de las normas del bloque entre ese Estado y los demás, lo que brinda un esquema de presión política sobre el Estado que ha visto quebrantado o al menos peligrar, su orden democrático interno; todo ello en pos de que éste sea reestablecido lo antes posible. Se decide también, que en todos los acuerdos celebrados por el bloque con otro Estado o grupo de Estados, los mismos deben contener una cláusula de afirmación del compromiso con estos principios democráticos.

En el mismo orden de ideas y refiriéndonos al modo de introducción a la problemática de los DDHH, encontramos normas pertinentes al respecto en 1998, referidas puntualmente a los Derechos Económicos Sociales y Culturales, (en adelante DESC).

(9) Ver al respecto López Celendino, 2012 y Natale, 1979:27-32.

(10) Información disponible en: http://www.mercosur.int/msweb/Documentos/Publicados/Declaraciones%20Conjuntas/003670856_CMC_25-06-1996_DECL-DPR_S-N_ES_CompromDemo.pdf (Consulta 21 de marzo de 2012).

(11) http://www.portalbioceanico.com/re_integraciónsupraregional_declaaciones_docd01.htm (Consulta 21 de marzo de 2012).

Así pues, encontramos la Declaración Socio-Laboral que, además de reconocer derechos, crea un órgano para su defensa: la Comisión Socio-Laboral. Asimismo, la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social (2000) en el Mercosur, Bolivia y Chile, continúa el camino para el reconocimiento de los DESC. La labor del Foro Consultivo Económico Social, como órgano principal del Mercosur, es sumamente importante, pues allí están representados los factores productivos: sindicatos, empresarios y consumidores. Otro órgano, (pero subsidiario) del bloque en materia social, es la Comisión de Coordinación de Políticas Sociales del Mercosur, cuyo fin es establecer los objetivos estratégicos de política social regional y reforzar las políticas nacionales a título complementario.

Pero lo más destacable de la promoción y protección de los DESC en el Mercosur, es la creación del Mercosur Social, instituido por la resolución 61/00 del Consejo del Mercado Común y en vigor desde 2001 (12). El Mercosur Social, consolidó su trabajo en 2005 con la creación de una Secretaría Permanente del Mercosur Social bajo cuya responsabilidad está la de generar insumos para el debate y elaborar una Agenda Social, además de la ejecución de un Plan Bienal (13).

En 2007 se crea un Instituto Social del Mercosur, que funciona como asistente en materia de diseño de políticas sociales y busca superar las asimetrías a través de la cooperación horizontal. Asimismo, se efectúa la declaración de Principios del Mercosur, (Carta de Montevideo) los que están derivados de un instrumento anterior, la Declaración de lucha contra la pobreza de 2005 (14).

La idea de la consolidación de la Democracia entonces, se basa en una sociedad más justa y equitativa y que el crecimiento económico, no es un fin en sí mismo, sino una herramienta al servicio de la igualdad de oportunidades y la justicia social. Se pone énfasis también en el concepto de Seguridad Alimentaria y Nutricional, entendiendo a ésta, como el derecho a acceder a una cantidad suficiente de alimentos que sean de calidad (15).

Pero volviendo a la defensa de la Democracia, es necesario destacar que las Declaraciones Presidenciales, si bien son normas válidas por cuanto indican la posición de los Estados expresada por sus primeros mandatarios frente a una determinada problemática, se las ubica dentro del campo del *soft law*, es decir son disposiciones generales o principios que carecen de fuerza vinculante (16).

La Defensa de la Democracia en el Mercosur mediante un instrumento que sí sea obligatorio para los Estados, se produce el 24 de julio de 1998, cuando se suscribe el Protocolo de Ushuaia que a su vez tendrá también como partes a Chile y a Bolivia. Ambos Estados, habían adherido previamente a la Declaración de Potrero de los Funes sobre Compromiso Democrático en el Mercosur.

Por dicho Protocolo (17), cuya ratificación es indispensable para poder ingresar al Mercosur, se reafirman los principios ya esbozados en Declaraciones anteriores y se mantienen los mecanismos de sanción para el caso de ruptura del orden democrático, (consultas y suspensiones) pero se agregan una serie de requisitos procedimentales para dotarlos de validez. De esta forma, la decisión de suspender a un miembro deberá ser adoptada, siguiendo la fórmula que impera en el Mercosur, esto es el consenso (18), pero con exclusión claro está, del Estado que pudiere ser objeto de potenciales

(12) Ver Manero y Díaz Barrado, 2010: 322-323.

(13) Ídem: 323.

(14) Ídem: 323.

(15) Ídem: 323-324.

(16) Ver al respecto Colin Villavicencio, Luis G. El soft law, ¿una fuente formal más del Derecho Internacional? Información disponible en <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030330120008.html>. (Consulta 21 de marzo de 2012).

(17) Información disponible en http://mai.org.ar/sitio_nuevo/archivos_biblioteca/24-7-1998%20Protocolo%20de%20Ushuaia.pdf (Consulta 21 de marzo de 2012).

(18) El sistema de toma de decisiones en el Mercosur, quedó definitivamente establecido en el Protocolo de Ouro Preto, cuyo artículo 37 dispone: "Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes."

medidas de punición. Éstas últimas, cesarán cuando la situación que las hubiere motivado ya no existiere a juicio de las demás partes.

Recientemente, el 20 de diciembre de 2011, los Estados mercosureños en conjunto con Estados Asociados al Mercosur: el Estado Plurinacional de Bolivia, la República de Chile, la República de Colombia, la República del Ecuador, la República del Perú y la República Bolivariana de Venezuela, (en adelante las Partes) han adoptado un nuevo instrumento de defensa de la Democracia, el Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el Mercosur, (Ushuaia II) (19) que todavía no se encuentra en vigor, por no haber sido ratificado por la totalidad de los Estados Partes del Mercosur, condición indispensable para la vigencia del mismo. Dicho Protocolo, dispone que una vez que todos los signatarios y adherentes del Protocolo de Ushuaia de 1998 hayan ratificado también el Protocolo de Montevideo, (Ushuaia II) de 2011, el primero quedará sin efecto, pero hasta tanto esto no suceda, las relaciones entre los Estados que lo hayan ratificado y aquéllos que no y entre éstos entre sí, seguirán reguladas por el Protocolo de Ushuaia de 1998 (20).

Por este nuevo Protocolo, no sólo se reiteran las disposiciones acordadas en 1998 en materia de compromiso y defensa del sistema democrático y de sanciones en caso de ruptura del mismo, sino que se agregan otras medidas punitivas muy importantes para el supuesto de quebrantamientos del orden democrático, como lo son el cierre total o parcial de las fronteras terrestres, la suspensión o limitación del comercio, del tráfico aéreo o marítimo, de las comunicaciones, de la provisión de energía, servicios y suministros. De igual modo, se podrá promover también la suspensión del Estado que ha sufrido el quiebre institucional, en otras organizaciones regionales o internacionales y bregar para que los beneficios de la cooperación internacional le sean suspendidos.

En todo momento, se deberán respaldar los esfuerzos, en particular en el marco de las Naciones Unidas, para lograr una solución pacífica a la alteración política ocurrida en dicho Estado, quedando al libre arbitrio de las otras Partes tomar sanciones políticas y diplomáticas adicionales.

Cualquier decisión que se resuelva, deberá ser proporcional a la gravedad de la situación, no se podrá poner en riesgo el bienestar de la población ni el goce de los Derechos Humanos y libertades fundamentales en el Estado afectado y siempre tendrá que realizarse respetando la soberanía e integridad territorial del mismo (21).

Todas estas medidas deben aprobarse por acuerdo de las demás Partes, quienes al mismo tiempo, a través de sus Presidentes o de sus Ministros de Relaciones Exteriores en sesión ampliada del Consejo del Mercado Común, ofrecerán sus buenos oficios y apelarán a mecanismos diplomáticos para el restablecimiento del orden democrático y constitucional, en coordinación con la aplicación de otros instrumentos internacionales para la defensa de la Democracia y de los Derechos Humanos (22).

El nuevo instrumento, permite que en aquellos casos en que se perciba la eventualidad de una ruptura de la legalidad democrática y constitucional en un determinado Estado, el resto de las Partes, a través de sus Presidentes o de sus Ministros de Relaciones Exteriores en sesión ampliada del Consejo del Mercado Común, a requerimiento y con el consentimiento del Gobierno Constitucional involucrado, podrá colaborar para superar dicha situación mediante la creación de Comisiones de apoyo, cooperación y asistencia técnica y especializada o Comisiones abiertas para acompañar las mesas de diálogo entre los distintos actores del Estado que sufre esta vicisitud; todo ello, se reitera, con el fin de que la alteración del orden democrático no se produzca (23).

(19) Texto íntegro del instrumento disponible en: http://www.mmrree.gob.ec/2011/protocolo_mercosur_1211.pdf (Consulta 21 de marzo de 2012).

(20) Artículo 11.

(21) Artículo 6.

(22) Artículo 8.

(23) Artículos 4 y 5.

En síntesis, el Protocolo de Montevideo, (Ushuaia II) de 2011, no sólo amplía el marco de sanciones ya establecidas por su antecesor de fines de la década del '90 para casos consolidados de interrupción institucional, sino que a la vez, plantea hipótesis de peligro para la Democracia y prevé mecanismos que intentan conjurarlas, adaptando también las formas de consolidación democrática a las establecidas en otros instrumentos internacionales regionales (24). Como consecuencia de esta postura, el compromiso democrático asumido por los Estados del Mercosur y sus Asociados, aumenta considerablemente.

Por último, se puede sostener que el Mercosur como bloque de integración regional, tiene previsto un sistema de defensa de la Democracia que antecedió a su par adoptado en el ámbito de la Organización de Estados Americanos, (OEA) como es la Carta Democrática Interamericana, aprobada en Lima el 11 de setiembre de 2001, con lo cual se marca un rumbo definido y orientado en la consolidación, preservación y defensa de la Democracia representativa en todo el espacio geográfico del Mercosur.

IV. Integración: Mercosur y Derechos Humanos

Como ya hemos sostenido anteriormente, si bien la promoción y protección de los DDHH no era un objetivo del Mercosur en sus comienzos, con el transcurso del tiempo la organización se encontró con la necesidad de resguardar en los países miembros tanto el sistema político, la Democracia, como el respeto a los DDHH y libertades fundamentales, a los fines de lograr cumplir con los propósitos para los cuales fuera creada.

El instrumento por excelencia dentro del Mercosur que busca la promoción y protección de los DDHH es el Protocolo de Asunción del año 2005 (antes mencionado) (25). Podemos encontrar su origen en la decisión n° 26/03 del Consejo Mercado Común del año 2003 (26), mediante la cual se establece el Programa de Trabajo del Mercosur para los años 2004-2006, donde en el Anexo 2 destinado al Mercosur Social, en su punto 7 titulado Derechos Humanos, se prevé la necesidad de profundizar el intercambio de información y la promoción y respeto de los DDHH en la región; y finalmente, se busca la evaluación y discusión sobre la conveniencia de adoptar una Carta de Derechos Humanos del Mercosur. En tal sentido, durante la Cumbre Presidencial de Ouro Preto, el mismo órgano antes mencionado (Consejo del Mercado Común) dictó la decisión n° 40/04 (27), mediante la cual creó la *Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos* (RAADDHH), conformada por los organismos gubernamentales competentes en la materia y las respectivas Cancillerías (28). Este órgano, subsidiario del Consejo Mercado Común, en su primera reunión elaboró el proyecto del Protocolo sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Mercosur, que fuera aprobado mediante decisión n° 17/05 del Consejo Mercado Común en la ciudad de Asunción el 19 de junio de 2005.

Si bien dicho Protocolo no resultó ser una Carta de Derechos Humanos, como lo había previsto la decisión 26/03 CMC, debe destacarse que el mismo establece un mecanismo por el cual un Estado parte del Mercosur puede ser pasible de sanción frente a las violaciones graves y sistemáticas a los DDHH. Dicho mecanismo, previsto en los artículos 3 y 4 del Protocolo, requiere que se registren violaciones graves y sistemáticas a los DDHH, ya sea en *situaciones de crisis institucional o durante*

(24) Ver al respecto, por ejemplo, el Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de UNASUR sobre Compromiso con la Democracia. Protocolo de Georgetown, adicional al Tratado de Brasilia. Información disponible en: http://www.unasurg.org/index.php?option=com_content&view=article&id=292&Itemid=340 C (Consulta 21 de marzo de 2012).

(25) Información disponible en http://es.wikisource.org/wiki/Mercosur_Protocolo_de_Asunci%C3%B3n_para_Derechos_Humanos_%282005%25%29 (Consulta 21 de marzo de 2012).

(26) http://www.mercosur.int/innovaportal/v/579/1/secretaria/decisiones_2003 (Consulta 21 de marzo de 2012).

(27) http://www.mercosur.int/innovaportal/v/580/1/secretaria/decisiones_2004 (Consulta 21 de marzo de 2012).

(28) Ver art. 1 del CMC N° 40/04.

la vigencia de estados de excepción, limitando el contexto en que se deben producir los abusos a los DDHH. El Protocolo de Asunción establece que un Estado Parte del Mercosur puede ser sancionado mediante la suspensión del mismo, ya sea en la participación dentro de la Organización, como en los derechos y obligaciones emergentes de los instrumentos del sistema (art. 4 in fine). La adopción de dichas medidas sancionatorias, debe ser por consenso de las Partes, sin la participación del Estado afectado; nuevamente se observa el carácter democrático que pondera en la Organización. Asimismo, el Protocolo requiere que previo a dictarse una sanción, se active un mecanismo de consultas entre los Estados Partes de la Organización. Podemos observar que la manera prevista para proteger los DDHH es similar, o podríamos decir igual, a la establecida en el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, antes analizado.

Cabe aclarar que como hemos señalado, la promoción y protección de los DDHH en el Mercosur se encuentra íntimamente ligada con la protección de la Democracia como forma política de gobierno dentro de los países miembros de la Organización, ya que el mecanismo por el cual un Estado parte puede ser pasible de sanción se encuentra restringido a aquéllos casos en los que la Democracia o sus instituciones se encuentren en crisis o peligro.

Del mismo modo, puede observarse dicha vinculación entre la protección de los DDHH y la Democracia en el preámbulo del Protocolo de Asunción, al señalar la interdependencia entre ambos (párrafo 7º) y al subrayar que el respeto a los DDHH y libertades fundamentales "*son elementos esenciales de la democracia*" (párrafo 8º).

El fundamento de ello puede encontrarse en la historia reciente de los países miembros del Mercosur, como de todo el continente latinoamericano: las dictaduras y el terrorismo de Estado que trajeron aparejadas las violaciones masivas y sistemáticas a los DDHH y libertades fundamentales. Es por ello, que en el marco de esta Organización Internacional, los países miembros decidieron ir más allá de las cuestiones puramente económicas, buscando proteger mediante los Protocolos analizados la organización democrática y los DDHH, considerados ambos indispensables para la consolidación del proceso de integración.

El mecanismo de protección que establece el Protocolo, puede ser asimilable al mecanismo no convencional de protección de DDHH consagrado en la Resolución 1235 (29) del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, ya que ambos exigen que se trate de violaciones masivas y sistemáticas a los DDHH. Lo que los diferencia, es el procedimiento que debe llevarse a cabo (30) y su resultado. La Resolución 1235 establece una investigación y seguimiento sobre las violaciones a los DDHH denunciados mediante la creación de relatorías o grupos de trabajo; mientras que el Protocolo sólo instaura las consultas entre los Estados Parte del Mercosur. Finalmente, la Resolución 1235 sólo faculta a dictar Recomendaciones (31) al Estado para subsanar la situación, en cambio el Protocolo prevé la posibilidad de sancionar al Estado, como ya lo hemos mencionado.

Si bien el Protocolo de Asunción establece un mecanismo de protección, el cual debemos señalar que es débil, porque sólo contempla las violaciones sistemáticas y graves en estados de excepción; el mismo no hace referencia a los DDHH y libertades fundamentales que busca proteger. En su preám-

(29) Resolución aprobada el 6 de junio de 1967. Texto disponible en <http://dipublico.com.ar/?p=3564> Consulta (21 de marzo de 2012).

(30) Someramente mencionaremos que la resolución 1235 establece la creación de relatorías o grupos de trabajo; las cuales pueden ser geográficas o temáticas, que investigarán las violaciones a los derechos humanos denunciadas, pudiendo realizar visitas in loco al territorio del estado.

(31) El incumplimiento de las Recomendaciones efectuadas por las relatorías o grupos de trabajo puede derivar en alguna sanción al Estado dictada por otros órganos de la Organización como el Consejo de Seguridad o la Asamblea General, tema que excede a este trabajo. La posibilidad de ser sancionado el Estado es más remota y no está contemplada en la Resolución 1235 específicamente, surge de las facultades de otros órganos de N.U., la colaboración y trabajo conjunto de los mismos y del principio de respeto a los derechos humanos esenciales que rige la Organización.

bulo reafirma los principios y normas contenidas en otros instrumentos de protección de los DDHH de los que son parte los Estados miembros del Mercosur, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (y la Mujer) y la Convención Americana de Derechos Humanos (32); dicha remisión podría (o debería) interpretarse en el sentido que los DDHH y libertades fundamentales a los que el Protocolo desea darles protección, son los consagrados en los mencionados instrumentos.

Tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (y la Mujer) como la Convención Americana de Derechos Humanos, se encuentran dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el cual contiene sus propios instrumentos y órganos de protección y promoción de DDHH.

Haremos un paréntesis en el desarrollo a los fines de referirnos someramente a este Sistema de Protección y la vinculación con el mismo de los Estados Partes del Mercosur. Dentro de este sistema encontramos instrumentos genéricos y específicos de protección de DDHH, como así también órganos encargados de monitorear el cumplimiento de los mismos, de promover y exigir el respeto por los DDHH. El instrumento de promoción y protección de DDHH en el Sistema Interamericano por excelencia es la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (en adelante C.A.D.H.), el cual ha sido ratificado por los cuatro Estados Miembros del Mercosur (33); el mismo contiene una amplia carta de DDHH, aunque debemos destacar que en su mayoría son derechos civiles y políticos, y contiene mecanismos de protección de los mismos, a los que haremos referencia más adelante. También se encuentran en el sistema instrumentos específicos de protección, de los cuales los Estados Miembros del Mercosur son parte, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (34), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; así como también los dos Protocolos Adicionales a la C.A.D.H., en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Como podemos observar, si bien no se ha cumplido con el objetivo establecido en la decisión n° 26/03 CMC de dictar una Carta de DDHH del Mercosur, la remisión efectuada en el párrafo séptimo del preámbulo del Protocolo de Asunción a los instrumentos regionales, nos permite considerar un amplio corpus juris de protección de los DDHH. Pese a que como ya señaláramos, el mecanismo de protección contemplado en el Protocolo de Asunción se activa frente a violaciones graves y sistemáticas en situaciones de crisis institucional o estado de excepción, la amplia carta de DDHH de la que son parte Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, permite a los órganos del Mercosur, ya sean principales, como el Consejo Mercado Común, el Parlasur, y el Foro Consultivo Económico y Social; o a los órganos subsidiarios, como la Reunión de Altas Autoridades en el Área de Derechos Humanos, o el Grupo Ad Hoc de Derechos Humanos, entre otros; trabajar en la promoción, garantía y respeto de los DDHH contemplados conforme a los estándares establecidos en los mencionados instrumentos del Sistema Interamericano, exigibles a los Estados Partes dentro del marco del Mercosur.

Ahora bien, dentro del Sistema Interamericano encontramos esencialmente dos órganos de protección la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), los cuales aplican distintos mecanismos de protección conforme lo establecido en las normas del sistema. Por encontrarse dentro de la OEA, los Estados Miembros del Mercosur deben sujetarse a la competencia de la CIDH, además, los cuatro

(32) http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp (Consulta 21 de marzo de 2012).

(33) Argentina ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 5 de septiembre de 1984; Brasil adhirió a la misma el 25 de septiembre de 1992; Paraguay ratificó el 24 de agosto de 1989; y Uruguay ratificó el 19 de abril de 1984. Ver <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/todasRat.pdf> (Consulta 21 de marzo de 2012).

(34) Hay que destacar en este punto que dicha Convención fue firmada por Brasil, pero aún no se ha registrado el instrumento de ratificación de la misma.

Estados han aceptado la competencia de la CorteIDH (35). El mecanismo más destacado de protección, es el de las denuncias individuales contempladas en la Convención Americana de Derechos Humanos (y en el Estatuto de la CIDH), por medio de las cuales una persona o grupo de personas u ONG reconocida en los Estados Parte de la OEA puede denunciar la violación a alguno de los DDHH consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica. Sin querer ahondar más en este sistema, sólo diremos que en el caso de las denuncias individuales, no se requiere un marco de violaciones masivas y sistemáticas a los DDHH, pudiendo denunciarse una transgresión específica durante un gobierno democrático, por ejemplo a la libertad de expresión. Asimismo, dado el marco de compromiso de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, las denuncias individuales que se efectúen en la CIDH, luego de ser tramitadas por ésta, no habiéndose reparado la violación o no habiendo sido cumplidas las Recomendaciones realizadas por la CIDH por parte del Estado denunciado, pueden ser llevadas ante la CorteIDH, llegándose (luego del proceso previsto por la C.A.D.H.) a una sentencia de cumplimiento obligatorio para los Estados. Lo que hemos querido destacar, en esta brevísima y somera mención del Sistema Interamericano, son los grados de compromiso y obligatoriedad dentro del sistema del cual son parte los cuatro Estados del Mercosur. Pudiéndose observar que el Sistema Interamericano es más específico y profundo, con un mayor desarrollo, a diferencia del Mercosur, ello se debe a que el objeto específico de dicho sistema es la protección de los DDHH dentro del marco de la Organización de Estados Americanos, no siendo el mismo caso el del Mercosur. Como ya resaltamos, los Estado referidos se encuentran dentro de ambos sistemas, con un alto grado de ratificación y compromiso a nivel normativo, por ello es necesario que ambos sistemas se complementen y nutran recíprocamente, a los fines de lograr un mayor respeto y garantía de los DDHH que se busca proteger, tratando que la superposición de sistemas no los afecte o perjudique. Sí podemos señalar que el Protocolo de Asunción puede ser el primer paso hacia un mecanismo de protección de los DDHH más localizado, y que, asimismo, su importancia radica en la consagración dentro de una organización de integración regional, de la necesidad de respetar los DDHH esenciales y las libertades fundamentales.

Debemos señalar a los efectos interpretativos, la importancia del reconocimiento de la universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia e interrelación de los DDHH, caracteres esenciales de éstos, sean civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales, efectuado en el preámbulo del Protocolo, ya que como sostuvimos anteriormente, el reconocimiento realizado en el preámbulo, permite una interpretación amplia de los DDHH que se busca proteger, destacando la importancia de proteger los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco democrático. Resulta evidente que el Mercosur por medio de los distintos órganos que lo componen, mediante políticas públicas, sociales y económicas, busca consagrar en la región y para todos los individuos que allí habiten el respeto a los DDHH esenciales.

V. Conclusión

Habiendo analizado los instrumentos de defensa de la Democracia y de los DDHH y libertades fundamentales en el espacio jurisdiccional del Mercosur, podemos encontrar varias similitudes entre ambos, dado que tanto el Protocolo de Ushuaia como el de Asunción, condenan a la falta de Democracia así como a toda violación masiva de los DDHH y establecen como respuesta a cualquiera de dichas situaciones, el establecimiento de un mecanismo idéntico, basado en el diálogo y el consenso, pero que también incluye facultades graduales de sanción. El mismo se produce entre los Estados miembros, con exclusión del Estado objeto de la medida, con el fin de lograr que dicho Estado retorne a la legalidad en sus instituciones y/o al respeto de los DDHH en el plazo más breve posible. Es decir se toma a la Democracia y a los DDHH, como una realidad indivisible y necesaria en conjunto, para el pleno desarrollo del ser humano.

Queda claro entonces, que el proceso de integración en el Mercosur, trasciende lo meramente económico y se ocupa también del fortalecimiento político, tanto administrativo como humano, ya que

(35) Argentina acepto la competencia de la CorteIDH el 5 de septiembre de 1984, Brasil el 10 de diciembre de 1998, Paraguay el 11 de marzo de 1993, y Uruguay el 19 de abril de 1985. Ver <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/todasRat.pdf> (Consulta 21 de marzo de 2012).

como sostuviéramos al principio de este trabajo, no es concebible un proceso asociativo de integración, sin que ello se vea traducido en una mejora cualitativa del sostenimiento de la Democracia como forma de gobierno y del respeto a los DDHH y libertades esenciales de la persona, como garantía de todo el sistema.

VI. Nota de actualización

La realidad de los hechos muchas veces supera a la del Derecho y éste ha sido uno de esos casos. En virtud del Protocolo de Ushuaia de 1998, el 29 de junio de 2012, Paraguay fue suspendido del Mercosur por los demás Estados partes, al entender que la destitución del presidente Fernando Lugo, no ocurrió mediante un proceso regular y por ende se produjo en dicha República, un quebrantamiento al orden constitucional y democrático.

Asimismo, los tres miembros restantes del bloque, (Argentina, Brasil y Uruguay) han decidido aceptar el ingreso de la República Bolivariana de Venezuela, ingreso que se encontraba detenido justamente por la oposición de Paraguay. La admisión oficial del nuevo integrante, se ha realizado recientemente (36).

En base a lo aquí expuesto, deseamos destacar que todo lo anteriormente dicho en el artículo, debe ser analizado y entendido, según las precisiones aportadas por la presente nota de actualización.

VII. Bibliografía

COLÍN VILLAVICENCIO, Luis Guillermo El Soft Law, ¿una fuente formal más del Derecho Internacional?

DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN Miguel A.; RIVERA Julio C. Derecho Comunitario. Sistemas de Integración. Régimen del Mercosur. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.

HALAJCCZUK, Bohdan T, MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R. Derecho Internacional Público. 3a ed. actualizada. Buenos Aires: Ediar, 1999

LÓPEZ CALENDINO, Sebastián. "Un estudio preliminar a la ciencia política, Estado y Nación. Nociones básicas sobre la legislación electoral en la República Argentina del siglo XX", EN: Introducción a los estudios de las ciencias jurídicas y sociales. Curso de adaptación universitaria 2012. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2012.

MORLINO, Leonardo "Consolidación democrática. Definición, modelos, hipótesis". EN: Reis Revista española de investigaciones sociológicas, Madrid, 1986 35.

"Glosario de términos útiles para el análisis y el estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e Integración: Comercio, Cultura y Desarrollo". dirigido por Ana Manero Salvador y Castor Díaz Barrado. Madrid: Marcial Pons, 2010

NATALE Alberto, Derecho Político. Buenos Aires: Depalma, 1979.

VIII. Sitios Web consultados

<http://www.dipublico.com.ar/?p=3564>

http://www.inai.org.ar/sitio_nuevo/archivos_biblioteca/24-07-1998%20Protocolo%20de%20Ushuaia.pdf

(36) Para todo lo referido tanto a la suspensión de Paraguay en el Mercosur, como a la incorporación de Venezuela al bloque, ver información disponible en: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4496/1/ver_adjunto.pdf <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4501/1/vzl.pdf> y en http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/ProtAdhVenezuela_s.pdf (Consulta 12 de agosto de 2012).

http://www.mercosur.int/msweb/Documentos/Publicados/Declaraciones%20Conjuntas/003670856_CMC_25-06-1996_DECL-DPR_S-N_ES_CompromDemo.pdf

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

http://www.portalbioceanico.com/re_integracionsupraregional_declaraciones_docd01.htm

<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030330120008.html>

http://es.wikisource.org/wiki/Mercosur_-_

[_Protocolo_de_Asunci%C3%B3n_para_Derechos_Humanos_%282005%29](http://es.wikisource.org/wiki/Mercosur_-_Protocolo_de_Asunci%C3%B3n_para_Derechos_Humanos_%282005%29)

Fecha de consulta de todos los sitios web mencionados precedentemente es 21 de marzo de 2012.

Manuel Belgrano, Ideólogo de mayo

POR **HERNÁN LUNA** (*)

Resumen

En una página magnífica Kornis ha señalado la importancia esencial que revisten el discernimiento y la perspicacia para el hombre de Estado, pues “gobernar es prever”. Afirma que no hay una fatalidad inevitable y que el encanto estético de la política reside en que el porvenir no se descubre jamás, totalmente. Las peripecias del destino no pueden ser predichas con exactitud ni rigurosamente racionalizadas, porque la política y la historia están llenas de elementos irracionales.

Palabras clave: Estadista - Ideólogo - Política - Historia - Racionalidad

Résumé

Dans une magnifique page Kornis a souligné l'importance essentielle de discernement et la perspicacité pour l'homme d'État, gouverner est anticiper. Prétend qu'il n'y a aucun sort inévitable et le charme esthétique des mensonges de la politique à l'avenir ne pas découvrir jamais totalement. Les vicissitudes du destin peut être prédite avec exactitude pas rigoureusement simplifiée, parce que la politique et l'histoire sont remplis d'éléments irrationnels.

Mots clés: Homme d'État - Idéologue - Politique - Histoire - Rationalité

El hombre de Estado escruta las consecuencias y no las causas, su reflexión es en primer lugar teleológico y no causal porque persigue los fines y busca los medios para alcanzarlos. Debe tener, según Kornis, una manera de pensar progresiva y no regresiva, debe pertenecer a la categoría objetiva, “su alma puede ser presa de convulsiones apasionadas pero su pensamiento tiene que subsistir claro, objetivo, observando la lógica inmanente de las cosas”.

Quizá el factor más importante en la política sea la intuición. Se la ha definido como “la percepción instintiva, directa y espontánea de los elementos concretos y personales de la política”. Son los imponderables de que habla Bismarck, que escapan al cálculo y cuentan más, a menudo, que el oro y los ejércitos. Solamente puede captarlos el instinto político que, como se ha dicho, es un don innato de origen oscuro. En medio de la complejidad de una crisis “no es el silogismo político sino la intuición la que permite aprehender el momento sociológico, el único propicio en que una situación difícil puede ser resuelta. Si se deja escapar el momento no vuelve jamás. Aprehenderlo e inspirar la solución justa al hombre político, tal es la obra de la intuición. Es allí que reside lo que es arte en la política”.

La imaginación es otra de las facultades del hombre de Estado. En cualquier orden de cosas, resulta inseparable de la creación pues nada nuevo puede hacerse sin ella. Como la sociedad no es estática sino dinámica, como jamás está en reposo sino en constante movimiento, su transformación es incesante. De allí que quien quiera atenerse solamente a lo que existe se encontrará retrasado con relación a los acontecimientos. Cada día hay que calcular lo que ocurrirá el que sigue, para anticipar el porvenir, fijar las grandes líneas de la acción, seleccionar los objetivos y prepararse para una larga lucha. La imaginación se torna así indispensable pero debe estar vigilada y sujeta por la razón, del mismo modo que ésta debe recibir de la fantasía su poderoso impulso. Kornis ha sintetizado esto diciendo que “el razonamiento y la imaginación deben ir a la par. El hombre de Estado debe ser, a la vez, positivo y fantástico”.

El prestigio es otra de las características del hombre de Estado. Se ha dicho que es una especie de dominio que un individuo ejerce sobre los demás paralizando las facultades críticas de estos últimos y llenando su alma de sorpresa y respeto. El prestigio no se discute, pues si se lo discute por este solo

(*) Profesor Ordinario Titular de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP. Miembro de Número del Instituto Nacional Belgraniano.

hecho desaparece. Se ha observado con agudeza que los dioses y los hombres que supieron guardar mucho tiempo su atracción no han tolerado nunca la discusión. Para hacerse admirar de la multitud, que siempre busca un jefe, hay que mantenerla a distancia.

Crear la fe, despertar una mística, es condición de un jefe. Este tiene que hacerse obedecer naturalmente, por mera acción de presencia, como Napoleón se impuso a los generales del ejército de Italia, y Pellegrini dominó a la manifestación enfurecida. Sin duda el jefe se hace respetar por la claridad y el vigor de sus ideas, por su convincente dialéctica, por la audacia y la energía de su conducta. Pero, asimismo, por la sugestión misteriosa que emana de una extraordinaria personalidad que somete a los demás por efecto de leyes psicológicas conocidas pero no explicadas satisfactoriamente.

La política no se aprende en los libros sino en la vida. Necesita mucho del saber pero no es un resultado de la erudición.

Por otra parte la cultura, la verdadera cultura, como dice Kornis, no se relaciona solamente con la inteligencia sino con el conjunto viviente, orgánico del espíritu y, por lo tanto, también con los sentimientos y la voluntad. Lo que distingue en primer lugar al hombre verdaderamente culto del hombre primitivo es el dominio de sus pasiones. El hombre político culto, afirma Kornis, debe serlo ante todo en este sentido.

El hombre político, aunque impelido por un ideal, debe ser eminentemente realista y práctico. No le está permitido olvidar que otros hombres constituyen la materia primera de la política y que, por lo tanto, conocerlos es su tarea. Penetrar conciencias, adivinar intenciones, prever reacciones, descubrir el valor de amigos y adversarios, es fundamental para el hombre político. El debe conceder a todos los factores su justa significación y especialmente en nuestro tiempo tiene que evitar atribuir excesiva importancia a las circunstancias económicas. Pero no sería completa la descripción de un hombre de Estado si se omitiera que debe ser bondadoso. ¿Cómo podría ser buen juez de hombres quien no conozca la bondad, poderoso motor de grandes acciones humanas? El sentimiento no puede estar ausente del espíritu del hombre de Estado pues nunca se hizo nada grande sin pasión.

Es de destacar en este aspecto la proverbial bondad de Belgrano, la cual enaltece el Gral. Paz, en sus "Memorias póstumas", señalando que su característica bonhomía lo hacía juzgar a los hombres muchas veces "mejor de lo que eran".

Esta pasión nace de su vocación por la política. Un pensador que era también un hombre de acción, Edmund Burke, ha dicho: "¿Qué es lo que hace la grandeza de un hombre? Una sola cosa: concentrar en sí, como en un hogar, el espíritu de la nación a que pertenece y que le ayuda a hallar su expresión propia y su desarrollo; entonces el espíritu nacional siente en este hombre la afirmación y la encarnación más clara de la nación misma. Lleva en sí mismo la conciencia de su misión, de su vocación y personifica el carácter, la voluntad y la sustancia moral de la nación". Y sostiene que "el hombre de Estado debe ver con los ojos de los muertos, de los vivos y aún de los que no han nacido".

Tal es la vocación de Belgrano que Mitre, quien juzga que el acontecer político gira en derredor de un hombre, denominará una de sus dos monumentales obras históricas: "Historia de Manuel Belgrano y de la independencia Argentina".

El ciudadano que asume el gobierno de una nación deja en ese mismo instante de representar los intereses de la clase o el partido de que ha surgido. Debe elevarse por encima de las facciones y servir al pueblo. Por eso el hombre de Estado desempeña en el gobierno un papel de perpetuo conciliador, lo que le apareja muchas veces ser calificado injustamente de traidor por quienes lo ayudaron a conquistarlo. Un gobernante siempre que deba optar entre el partido y la nación no debe vacilar, pues como dijo Avellaneda "nada hay en la Nación superior a la Nación misma".

La paciencia es otra de las virtudes propias del hombre de Estado. Debe saber esperar pero no demasiado. Ser minucioso en los preparativos y de una gran rapidez cuando llega el momento de la acción, proceder como eficiente organizador e inspirar a otros una disposición cooperativa. Se ha dicho que el misterio de la organización consiste en saber elegir a los hombres y darles las directivas

precisas y acertadas que deban seguir. Ser un hombre de Estado es, sobre todo, tener conciencia de su responsabilidad y tener en cuenta que la responsabilidad política es más extensa y amenazadora que cualquiera otra. Al hombre de Estado no se lo juzga por las intenciones sino por los resultados. El desastre de una nación no puede excusarse con buenos propósitos. Cuando un hombre de Estado por temor o comodidad delega su responsabilidad manifiesta su inferioridad, pues con razón se ha dicho que las asambleas son el cementerio de las culpas que se diluyen en ellas.

Claro ejemplo de lo señalado en el párrafo precedente será el continuo accionar de Belgrano, así cuando crea la bandera, así cuando desobedece al gobierno central y enfrenta victoriosamente al enemigo en Tucumán salvando todo el norte para la patria, nunca delegará sus responsabilidades, jamás dudará en el momento de las más difíciles decisiones, siempre tendrá la entereza, el coraje, y la decisión precisa del hombre de Estado.

El verdadero hombre de Estado vela para que la evolución siga el camino del cambio orgánico y gradual. Cualquiera sea su extremismo político o social debe tener el culto de la historia y considerar a la tradición con respeto so pena de convertirse en un aventurero.

Kornis ha dicho que “toda vida tiene su significación interior, su sentido inmanente que se expande en ella, por el cual el hombre vive, trabaja, lucha, sufre, goza y muere. Este principio vital interior, que Aristóteles llamaba entelequia, encierra el fin, el propósito de la vida. Todo auténtico gran hombre extrae de lo efímero, lo que es eterno, y de la limitación, el infinito”.

Para Belgrano lo eterno, lo infinito, será lograr “libertad e independencia”, no fue casual que las dos baterías que emplazara a orillas del Paraná llevaran dichos nombres.

El desprecio por el dinero considerado como fuente de goce, un auténtico desinterés junto con una enorme capacidad para soportar la adversidad, son otras de las características del hombre de Estado. Al respecto se ha señalado que el desprendimiento es un atributo del sentido heroico de la vida. Concordantemente Max Weber expresa cuando se refiere al “oficio de la política”, que “tres cualidades sobre todo son decisivas para el político: pasión, responsabilidad, realismo”. Añade que cuando habla de pasión lo hace en “el sentido de *objetividad*: apasionada entrega a la ‘cosa’, al Dios o el demonio que es su señor”.

Belgrano es desinterés por lo material, es grandeza espiritual, constituye un acabado ejemplo de moral republicana la carta que envía al gobierno con motivo del premio que recibiera de 40.000 pesos fuertes, la cual dice en uno de sus párrafos: “nada hay más despreciable para el hombre de bien, para el verdadero patriota que goza de la confianza de sus conciudadanos, que las riquezas. Estas son el escollo de la virtud, y adjudicadas en premio no solo son capaces de excitar la avaricia de los demás, sino que parecen dirigidas a lisonjear una pasión abominable en el agraciado. Yo he creído digno de mi honor y de los deseos que me inflaman por la prosperidad de mi patria el destinar esa suma a la dotación de cuatro escuelas”. Aquí está Belgrano pintado de cuerpo entero, pasa necesidades, hijo de una de las familias más ricas de Buenos Aires vive en absoluta pobreza, no obstante dona parte de sus sueldos y sueña con sus ideales de educación para el pueblo por sobre sus más elementales necesidades.

También se plantea el eterno problema de la relación de la ética con el poder diciendo que para la política lo decisivo es el medio, que es el poder, y no el fin; y que “cuan grande es el grado de la tensión entre fin y medio” puede extraerse del ejemplo ofrecido por los socialistas alemanes en la Primera Guerra Mundial, cuando por medio de Zimmemwaid emitieron el siguiente juicio sobre la situación reinante: “si tuviéramos que votar, todavía un año de guerra y entonces la revolución, ó ya la paz y ninguna revolución, votaríamos ¡todavía un año de guerra!”.

Max Weber pone en boca del político estas imaginarias palabras que lo definen dramáticamente:

“El mundo es el que es estúpido y vulgar, no yo al que la responsabilidad por las consecuencias no alcanza, pues ella corresponde a los otros a cuyo servicio trabajo y cuya estupidez y bajeza yo extirparé”. Sigue atribuyendo estas reflexiones al político: “...en nueve de cada diez casos tengo que

habérmelas con fanfarrones que realmente no sienten lo que toman sobre sí sino que se embriagan con sensaciones románticas”; “...esto humanamente no me interesa y no me conmueve, mientras que lo inmensamente conmovedor es un hombre *maduro* -joven- o viejo en años— que poniendo punto final dice ‘yo no puedo hacer otra cosa, y me quedo aquí de pie’ “.

Concluye este análisis del choque entre lo puramente *ético* con sus efectos espirituales y la compleja responsabilidad por las *consecuencias* prácticas de sus actos afirmando que la “ética de carácter” (espiritual) y la “ética de responsabilidad” (práctica) no son absolutamente opuestas sino complementarias y que juntas forman el hombre auténtico que puede desempeñar “el oficio de político”.

Sobre la función y el deber del político es significativo el aporte de Pierre Rosanvallon. Este dice que gobernar “implica entonces apoyarse sobre una conciencia clara del movimiento de la historia y saber administrar y componer las grandes fuerzas que estructuran la relación social en su trasfondo”. Al referirse a Guizot añade que estas grandes fuerzas, “naturales e indestructibles” son dos para este último: “una es la tendencia a la producción de la desigualdad, y la otra la tendencia al mantenimiento o el retorno de la igualdad”.

Las dos grandes fuerzas de Belgrano serán grabadas a fuego en su conciencia y en sus ideales que impregnan profundamente su pensamiento juvenil durante su estadía en España y por influencia directa de la revolución francesa: libertad e igualdad.

Las siguientes reflexiones de Kornis resumen al hombre de Estado, diciendo éste es “al mismo tiempo un gran hombre. Lo que hace su verdadera grandeza son ante todo sus rasgos de carácter moral: sentimiento de su vocación, vinculación a su ideal, voluntad inflexible, ‘eros’ político, conciencia de la responsabilidad, esta última acompañada del sentimiento de la justicia y de un vivo sentimiento social. Agreguemos a esto ciertos rasgos psicológicos que son los medios más importantes para realizar su ideal político: fuerza sugestiva, facultad de organización y sentido agudo de las realidades, cualidades resultantes de la razón lúcida, de la intuición instintiva y de los conocimientos positivos sin cesar aumentados”.

Belgrano está sintetizado en el precedente párrafo y su consiguiente accionar público, es el Belgrano estadista que queda patentado desde su labor en el consulado, es el Belgrano militar que acredita sobradamente sus rasgos de carácter moral. Es uno de los grandes forjadores de la patria, todo voluntad, todo conciencia, todo responsabilidad.

La inferencia de lo expuesto es que con personajes de segunda clase solamente se consiguen resultados de igual categoría. Al hombre de Estado hay que prestarle no sólo la adhesión que merece sino la comprensión y la tolerancia para sus defectos anejos a su condición humana. A menudo sus grandes propósitos se malogran no por su culpa sino porque la política es esencialmente injusta, tiene su *fatum* que en ocasiones decide ciegamente y esto hay que captarlo. Quienes se consagran a la política en gran medida dependen de las circunstancias, de los favores de la suerte, de las emboscadas del destino. Napoleón desde lo alto de su poder afirmó “yo hago las circunstancias” pero ellas lo destruyeron conjurándose para arrojarlo a Santa Helena.

Belgrano se enfrenta con las peores circunstancias. Debe hacerse cargo de la Secretaria del Consulado contra un cuerpo colegiado que defiende sus intereses que son en definitiva los de la corona. Como general debe luchar contra las urgencias, contra las necesidades, contra la incompreensión. Su circunstancia es aciaga, morirá pobre y olvidado en el año de la anarquía y en los albores de nuestras guerras civiles.

Ya que en nuestro país la justicia humana durante la vida de quienes sobresalieron en la política fue rigurosa, por lo menos concedámosles después de muertos, comprensión, tolerancia e incluso caridad. Sarmiento es criticado durante toda su existencia y hasta el fin de sus días lo motejan como “el loco Sarmiento”; Roca que había contribuido decisivamente a “levantar un país moderno en el desierto en una sola generación”, es apartado de los asuntos públicos con el argumento de que “hay que acabar con el roquismo”; Pellegrini muere entristecido y preocupado por la inmadurez y el egoísmo

de sus contemporáneos; Joaquín V. González pasa sus últimos años en creciente aislamiento; y Manuel Belgrano morirá pobre y olvidado. Así tratan los argentinos a sus grandes hombres.

Pensamiento económico y filosófico

El siglo XVIII fue el de las grandes innovaciones en orden a las ideas en el mundo, tanto en lo intelectual como en lo económico e institucional.

España, por lo tanto, no podía escapar a ese proceso, ni tampoco evitar la entrada de libros pretendiendo poner cerrojos a la aduana, pero aun en el caso de lograr esos propósitos, las noticias corrían sin que hubiera posibilidad alguna de impedirlo.

Belgrano, que residió ocho años en España, pudo estar al tanto de lo que acontecía, ilustrarse en los cenáculos a los que concurría, leer libros, imponerse de las nuevas ideas que desembozadamente se comentaban. Ya en 1724, Ustariz publica su *Teoría y práctica do comercio y marina*, donde sostiene que la grandeza de los pueblos reside en el comercio, sin perjuicio del fomento de la industria y la liberación de gravámenes.

Ulloa se manifiesta en favor de que España se ocupe en este aspecto de sus colonias americanas, poblándolas, repartiendo sus tierras, fomentando sus cultivos y tomando las demás disposiciones necesarias para su desarrollo.

Menos técnicos, aunque orientados a los mismos fines, fueron los trabajos de Moneada, Martínez de Malta, Osorio, con especial referencia a Campomanes y Jovellanos, sin dejar de lado a Cabarrús y Olavide, tratándose de escritores españoles. Todos, o casi todos ellos, reciben la inspiración de los principios emitidos por Quesnay, Dupont de Nemours. Turgot, Gournay y, por último, de Adam Smith.

Se considera por entonces como primera fuente de riqueza la tierra, para lo cual es preciso trabajarla, o sea explotarla, haciendo eficaz su productividad, dándola en propiedad a quienes a tales tareas se dediquen. Es la conocida frase: “*La tierra ha de ser de quienes la trabajan*”.

Indudablemente, tratándose de los españoles, Jovellanos fue el más capacitado, cuyo *Informe sobre la ley agraria* constituyó su más importante aporte en favor de una España decadente, más dispuesta a la guerra que decidida al trabajo fecundo de la agricultura.

Ya por entonces decía: enseñanza primaria aun para labradores, técnicas en el laboreo, enajenación de baldíos por venta o enfiteusis, etcétera. “*La riqueza nace de la cultura —repetía—, luego, las naciones más instruidas, y por consiguiente ricas, gozarán de los beneficios de la paz.*”

Pero el caudal intelectual de Belgrano se nutrió de otros importantes pensadores como Rousseau, Condillac, Locke, Genovesi, Turgot, D’Alembert y otros más. cuyas ideas hemos visto reflejadas en sus escritos del Consulado y más adelante las volveremos a apreciar en sus artículos en el *Correo de comercio*. Las ideas económicas y el pensamiento filosófico de Belgrano no podían ser apreciados por los hombres de su época, imbuidos de un despotismo mercantil verdaderamente asfixiante y totalmente contrario a los intereses de los pobladores de la colonia.

No fue Belgrano solamente el iniciador de los estudios económicos en el Río de la Plata, sino además un publicista de variada y profunda cultura que imprimió fundamentos a la emancipación espiritual de los hombres más destacados de la colonia, en especial durante su actuación en el Consulado. Fue además un divulgador consciente y sistemático de la filosofía económica y política del siglo XVIII, cuyas concepciones y pensamientos tienen aún, en su mayoría, actualidad, vigencia y valor para el estudioso.

En toda la prédica de Belgrano, ya en sus *Memorias*, escritos, notas o artículos periodísticos, se aprecia su pensamiento económico y sus ideas filosóficas, frente a los criterios que por entonces regían como provenientes de las viejas teorías económicas, en momentos de profundas transformaciones en las ideas que ya circulaban como aspiraciones en la Europa de su época y que más tarde América también adoptaría.

Responden al mercantilismo de Genovesi y Galiano, a la fisiocracia de Quesnay y sus seguidores, o al liberalismo de Adam Smith, aplicando los principios de cada escuela o autor a los distintos problemas enfocados de acuerdo con las circunstancias, el medio de actuación, en la búsqueda de las soluciones más ventajosas para la economía regional en el aspecto particular tratado.

Así el pensamiento belgraniano responde al criterio de los mercantilistas cuando sostiene que la riqueza, es producto del intercambio que deriva del comercio y de la industria, conforme lo sustentado por Genovesi (17-12-1769).

Es fisiocrático, aunque por veces interligado con el mercantilismo, al tratar de remediar la enorme degradación en que se encontraba la tierra en la región del Plata, proponiendo la libertad de producción y circulación de los frutos, la abolición de los peajes y privilegios locales y personales, la mejora en las comunicaciones terrestres y fluviales y las facultades discrecionales en la recaudación de impuestos, tal como lo enunciara Quesnay.

Lo vemos liberal bajo la inspiración de Adam Smith, el creador del liberalismo, y siguiendo al español Vicente Alcalá Galiano y a otros no menos ilustres liberales de la España de su tiempo. ¿Cuál es entonces el pensamiento rector del prócer en materia económica? ¿Es mercantilista, fisiócrata o liberal?

Es pragmático, sustentado en un criterio flexible, aplicando las teorías o escuelas de los distintos autores de acuerdo con la materia por tratar, los momentos por encarar, los dineros disponibles y el medio en que debía operar, y en ello radica su verdadera grandeza en la defensa de lo inherente a una libertad económica orientada al bienestar de su conciudadanos.

Hay que tener en cuenta que era el secretario de un cuerpo colegiado y, por lo tanto, con gran habilidad tendía a lograr lo posible ya que no podía obtener lo óptimo, considerando la época, las circunstancias y los intereses que se debatían y entrelazaban, oprimiendo a la colonia en una permanente asfixia tanto material como intelectual.

Es así como lo vemos sostener que la agricultura es la única industria considerada productiva, *“constituyendo los fabricantes y los artesanos una clase estéril”*.

No se encasillo en forma estricta en los principios de ninguna doctrina ni se aferró a escuela alguna ni adoptó el criterio de determinado autor.

Percibió que en el manejo y la armonización de las ideas particulares de cada miembro del Consulado estaba, como cuerpo. Su verdadera obra a sus pares, y la única institución a través de la cual podía inyectar sus ideas de resurgimiento en las autoridades monopolistas.

Pudo así congeniar las distintas escuelas y las variadas doctrinas en que cada una de ellas se sustentaba.

Por sus estudios, por su época y en especial por sus ideas, Belgrano pertenecía a la filosofía social y económica del siglo XVIII. pudiendo considerárselo como racionalista moderado, atemperado en cierta manera por sus convicciones religiosas.

Lo demuestran sus ideas fisiócratas y smithianas, cuyo rigor individualista y liberal moderó con discreto eclecticismo. No olvidó empero la enseñanza escolástica que recibió en sus primeros años de estudio en Buenos Aires, impartida por su maestro Chorroarín y completada después en Salamanca y Valladolid.

Se rebelaba ante todo cuanto se opusiera al libre albedrío individual que la escolástica consideraba fundamental en la responsabilidad moral del hombre y que para Belgrano era la forma, única, de libertad personal, política y económica por la cual los pueblos debían luchar.

En Condillac halla una significativa comprobación respecto de la espiritualidad del alma, que los materialistas como Voltaire y otros negaban.

“Puede admitirse sin temor de equivocarse, que toda la prédica doctrinaria de Belgrano, expuesta en la forma referida, es un rezumo del economismo liberal español, de la fisiocracia francesa y del industrialismo inglés”, como lo señala Julio V. González.

Se aprecia en la obra de Belgrano al reformador, al economista y al sociólogo. Busca el cambio, no a través de exposiciones teóricas, como lo hicieron muchos pensadores de su tiempo, sino por medio de la aplicación práctica de sus ideas.

Las Memorias leídas en el Consulado

Las Memorias que redactó como Secretario del Consulado permiten conocer las ideas económicas de Manuel Belgrano. En el primero de esos documentos, que leyó el 15 de julio de 1796, y que se conoce con la denominación de “Medios generales de fomentar la agricultura, animar la industria y proteger el comercio en un país agricultor”, comenzó señalando que los tres rubros mencionados eran los fines que debían merecer la atención de aquel cuerpo.

Nadie dudaría —sostenía— que un estado “que atendiera preferentemente el cultivo de su terreno, en el que las industrias se hallaran en manos de hombres capacitados y en el que el comercio se hiciera con los frutos del lugar sería un país feliz pues en él se encontraría la verdadera riqueza, estaría bien poblado y tendría los medios de subsistencia indispensables y aún otros que le proporcionarían mayores comodidades.”

A fin de alcanzar esos objetivos y deseando que todos sus dominios logran la mayor abundancia y que sus habitantes vivieran felices, aún en los países más distantes, el Soberano español había tenido la idea de crear el Consulado de Buenos Aires para que se abocara a la atención de los problemas de la agricultura, la industria y el comercio, que eran las fuentes universales de la riqueza, con miras a procurar el bienestar general.

El hombre debería tener como su más digna finalidad lograr la felicidad de sus semejantes y ello se conseguiría en un país cuando se estudiaran sus necesidades y se tuvieran en cuenta los medios para poderlas satisfacer. En esa inteligencia, todos los años redactaría una memoria alusiva a la función del Consulado, analizando en cada oportunidad las características de una provincia de las que comprendiera su jurisdicción.

En ese momento no había podido cumplir esa misión en razón de no contar con los elementos suficientes. Esas memorias permitirían hacer conocer a los miembros del Consulado el estado en que se encontraba la agricultura y la manera de fomentarla, así como también la situación de las industrias y del comercio existentes en esas provincias, las relaciones que tenían unas con otras y la forma de hacerlas prosperar que era, en definitiva, el objeto perseguido al crearse aquel organismo.

En su primera memoria aclaraba que se limitaría a exponer las ideas generales que había adquirido acerca de esas materias y, particularmente, proponer los medios generales para el fomento de la agricultura, que era la “madre fecunda” —tal su expresión— que daba movimiento a la industria y al comercio. Asignaba a la agricultura un papel fundamental al sostener que era el verdadero destino del hombre. Señalaba que, en el comienzo de todos los pueblos del mundo, cada individuo había cultivado una porción de tierra. Mientras conservaron esas características, esos pueblos fueron poderosos, sanos, ricos, sabios y felices pues carecían de vicios y males. Citaba el caso de Roma y agregaba que lo mismo le había sucedido a todos los pueblos. Mencionaba a los griegos, egipcios y a los habitantes de Lacio y destacaba el reconocimiento que todos ellos habían dispensado a la agricultura. Esa labor había sido casi la única ocupación y en todos los pueblos antiguos la agricultura había merecido el apoyo de los grandes hombres.

Entendía que el camino de las estaciones tenía su vinculación con la agricultura y así, el frío sucedía al calor para permitir que reposara la tierra y se reconcentraran las sales que la alimentaban. Atribuía a que las lluvias, los vientos y los rocíos habían sido previstos por Dios y tenían por objeto la renovación sucesiva de las producciones. Recalcaba la importancia de la actividad agraria al considerar que todo dependía y resultaba del cultivo de las tierras; sin él no habría materias primas para la industria

y el comercio. En un estado agricultor, cualquiera otra riqueza sería precaria. Era forzoso atender primeramente a la agricultura que era el “manantial” de los bienes que tenían un precio real y era necesario hacerla prosperar en todas aquellas provincias que fueran capaces de desarrollar algunos de sus ramos. Manifestaba que toda la riqueza que no tenían su origen en el suelo era incierta. Todo pueblo que renunciara a los beneficios de la agricultura y que, ofuscado por las utilidades de otras actividades, no prestara cuidado a las que le podrían proporcionar las producciones de la tierra se podría comparar a aquel avariento que por una mayor ganancia, posponía imponer su dinero en una inversión segura para destinarlo a una riesgosa que, llegado el momento no le reintegraría ni el capital ni los intereses.

Los antiguos y los modernos habían escrito acerca de los medios de fomentar la agricultura, pero nunca antes de ese siglo se habían establecido en Europa tantas academias y sociedades cuya labor consciente merecían el reconocimiento de todos los que querían el bien común.

Los soberanos se habían empeñado en sostener esos organismos dirigiendo sus miras a la agricultura que era considerada como la única fuente absoluta e independiente de las riquezas. Ese hecho se ponía de manifiesto al comprobar que eran pocas las ciudades que no contaran con un organismo dedicado al agro. El objeto de la creación del Consulado había sido establecer un cuerpo que atendiera el fomento de la agricultura, animara la industria y protegiera el comercio en todo el Virreinato. Una duda que se le presentaba a Belgrano era saber cuales serían los medios a emplear para llevar a cabo esas intenciones. Aclaraba que no conocía el país y que, por lo tanto, se limitaría a exponer algunas ideas generales. En ese momento no podía indicar los medios más oportunos, pero iba a mencionar los que eran comunes a todos los países agricultores.

Una de las causas a las que atribuía el bajo rendimiento de las tierras y la carencia de progreso del agricultor era debido a que no se consideraba a la agricultura como una actividad que tuviera necesidad de estudio. Cada uno actuaba según su gusto y práctica y ninguno pensaba en examinar seriamente lo que convenía ni tenía en cuenta la experiencia. Los antiguos creían que la agricultura requería tres cosas indispensables que eran: querer, poder y saber. Con respecto a esto último señalaba que era preciso haber estudiado todo lo que tuviera relación con el cultivo de las tierras.

Existían muchos libros referentes a la agricultura, pero esos textos no habían llegado jamás a conocimiento del labrador, es decir, de quien debía ejecutar las tareas correspondientes. La gente del campo desconocía muchas cosas que se podían considerar como ordinarias y comunes, citando, como ejemplo, el modo más fácil de plantar un árbol, injertarlo y podarlo.

Si el aumento general de los bienes de la tierra transformaba a todos en más ricos, era interesante para lograr la felicidad del país que los medios que facilitaran aquella transformación fueran conocidos por todas las personas ocupadas en su cultivo. Esa finalidad se obtendría estableciendo una escuela de agricultura donde se enseñasen a los Jóvenes los principios generales de las siembras, la distinción de las especies de tierra y el cultivo conveniente a cada una de ellas. También hacía referencia a los arados, a los abonos, a las sangrías en terrenos pantanosos, a la calidad de las semillas, al tiempo de sembrar, a las plagas de los campos, etc. Opinaba que como medida de estímulo era interesante premiar a quienes dieran pruebas de su perfeccionamiento, facilitándoles instrumentos para el cultivo y demás elementos posibles. Como obligación se les impondría a los beneficiarios la condición de reintegrar, en un término adecuado, los elementos que se les hubiera proporcionado, evitando causarles inconvenientes. Creía que esa política iba a dar buenos resultados.

Consideraba que una pequeña suma de dinero que se destinara al fomento de la agricultura reportaría ventajas apreciables. Era, pues, un precursor del crédito agrario. Con el objeto de demostrar un reconocimiento a quienes hubieran prestado mayor dedicación en su labor, aconsejaba el otorgamiento de premios consistentes en medallas que llevarían en el anverso las armas del Consulado y en el reverso un lema alusivo al trabajo que se había premiado. Esas medallas se concederían, también, a aquellos escritores que hubieran tratado temas relativos a la materia y su concesión sea hecha por jueces imparciales.

En la parte relativa a la enseñanza, asignaba mucha importancia al ministerio eclesiástico al encomendarle la capacitación de los agricultores y facultarlo para extender certificados que dejaran constancia de que se habían introducido nuevos cultivos. El interés material, al ser admitido como el único o principal móvil del hombre, podía proporcionar infinitas utilidades, si se manejaba adecuadamente.

A la tierra —según su opinión— no se la debería dejar nunca en barbecho, es decir sin cultivar, pues el verdadero descanso de ella consistía en la mutación de producciones y, si fuera posible, se debería tratar de obtener dos o tres cosechas en un año, haciendo las siembras a su debido tiempo. Así, por ejemplo, podría sembrarse una vez trigo, otra cebada y otra maíz en un mismo terreno, dejando pasar tres o cuatro años para cultivar la misma especie. No debería existir el pretendido descanso de la tierra, ya que ello ocasionaría considerables perjuicios. El procedimiento indicado había tenido resultados favorables en muchos países.

También se debía explicar al labrador el modo de beneficiar sus tierras y enseñarle cuales eran los abonos convenientes. Explicaba los métodos que debían aplicarse para mejorar las tierras y los elementos que podrían utilizarse para esa tarea.

Otro medio importante de fomentar la actividad agropecuaria era la cría de ganado, pero no quería detenerse en ese punto dada la abundancia de animales que existían en el país.

Consideraba que el arte mas importante en el mundo era la agricultura ya que ella proporcionaba los artículos necesarios para la subsistencia, permitía aumentar la población, facilitaba el reparto de las riquezas y propendía a la felicidad de la patria.

Esa defensa de la agricultura no significaba, de ningún modo, abandonar las industrias ya establecidas a las que había que ayudar para que alcanzaran un estado mas floreciente. Esa finalidad podría lograrse aplicando buenos principios y otorgando premios. Ello demuestra que si bien Belgrano asignaba un papel muy importante a la agricultura no desconocía a las otras actividades. En su afán de conseguir la capacitación de los habitantes sugería la creación de escuelas gratuitas donde se les inculcara a los niños el amor al trabajo. Entendía que el Consulado, con una pequeña erogación, podría tomar medidas para concretar ese objeto.

La Memoria de 1796 concluía expresando que el Rey de España, que conocía muy bien la situación de América, había creado esos consulados con el fin de que, al mismo tiempo que constituyeran un tribunal de Justicia, también fomentaran la industria y la agricultura.

En la segunda Memoria como Secretario del Consulado, en 1797, Belgrano encaró la política agraria de una manera mas especifica, tratando las utilidades que para estas comarcas y para España significaban el cultivo del lino y del cáñamo, el modo de cosechar esos productos, la tierra más conveniente y los medios a emplear a fin de estimular a los labradores para que se dedicaran a esas producciones.

Luego de hacer una referencia a los usos que tenían el lino y el cáñamo, indicaba que esas plantas originaban muchas operaciones que podrían ser ejecutadas por mujeres. Según su criterio, el cultivo mencionado aportaría riquezas al comercio. Eran muchos los beneficios que proporcionaría tanto a un país nuevo como el nuestro como a la madre patria.

Belgrano señalaba la importancia que el lino y el cáñamo tendrían para la industria textil. Al fomentar el intercambio con España se favorecería a los comerciantes españoles. América brindaría las materias primas que los españoles industrializarían.

En forma muy detallada exponía el modo de cultivar los dos productos, citando como ejemplo el sistema que utilizaban otros países. Comenzaba indicando la época en que debería realizarse la laboranza y la forma de hacerla, la calidad de la tierra y de las semillas, y la limpieza y la vigilancia de los sembrados. Sostenía que en nuestro país teníamos suelos adecuados para el cultivo propuesto y que los mas convenientes eran los habitualmente húmedos. Hacia luego referencia a la cosecha, mani-

festando que en ese aspecto no se atrevía a emitir opinión en virtud de que sus conocimientos eran puramente teóricos, no obstante, de acuerdo con lo que le aconsejaban los antecedentes, sugería que se adoptara el método de efectuar la operación cuando no se hubiera alcanzado el mayor grado de madurez.

Después de explicar detenidamente el procedimiento de la siembra y cosecha del lino y cáñamo, Belgrano trataba de hallar los medios más eficaces para procurar que los labradores se dedicaran a esa tarea. El principal de ellos consistía en despertarles el interés por esas producciones. Para conseguir ese objeto habría que regalarles semillas y concederles premios a las cosechas. Si esas medidas no resultaran suficientes, habría que complementarlas buscándole salida a los frutos mediante el establecimiento de fábricas de lonas, Jarcias y cordelería. Los productos elaborados serían muy convenientes para la navegación.

Sugería que el gobierno podría establecer la política de comprar todo el lino y el cáñamo que se cosechara. Los labradores, en tales circunstancias, tendrían asegurada la venta de sus cosechas, hecho que los estimularía a dedicarse a esa producción.

De esa manera, la agricultura experimentaría un fomento increíble en el país. Como puede apreciarse, en este aspecto, Belgrano era también un precursor al indicar la intervención estatal en la comercialización de la producción.

La navegación fue, asimismo, objeto de la atención belgraniana al proponer que tendría que contarse con buques destinados al transporte, cuyos fletes deberían ser moderados. Consideraba que mientras la marina se encontrara en el estado en que se hallaba en ese entonces, no podría esperarse que se valorizaran nuestros frutos ni que se fomentara la agricultura. La exportación de los frutos constituía una de sus preocupaciones pues entendía que ella era una forma de fomentar la agricultura. Insistía en que había que convencerse que en estas comarcas la tierra era la verdadera fuente de riquezas y que, por ese motivo, debería ser bien cultivada. Coincidió con algunos economistas en el sentido de que un estado agricultor debía estar poblado por ricos labradores.

En la citada Memoria de 1797 Belgrano terminaba señalando que con los medios que él proponía nuestros labradores se empeñarían no solamente en la siembra del lino y del cáñamo, sino también de otros frutos, de donde se deduce que era partidario de la diversificación de los cultivos.

En la Memoria leída el 14 de junio de 1798, Belgrano trató preferentemente la relación que existía entre la agricultura y el comercio. Recordó que el Rey de España había dispuesto que el Consulado estuviera compuesto por hacendados y comerciantes, en igual número, a fin de tratar las actividades agrícolas y mercantiles. Además estaba establecido que dicho cuerpo debía proponer anualmente algunos premios destinados a fomentar la agricultura, el comercio y la industria a fin de estimular de ese modo a quienes trabajaran en esas actividades. Admitía que se formularan sugerencias acerca de los problemas tratados, permitiendo a las personas que concurrieran el día de la lectura de la Memoria anual del Consulado a manifestar cualquier idea que consideraran útil para el mejoramiento de esos ramos.

Expresaba que era tan grande la vinculación que tenían entre sí la agricultura y el comercio, que la una sin el otro no podrían prosperar.

Debíamos considerar que teníamos un país agricultor, dotado de una tierra feraz que podría brindar todas las producciones indispensables para satisfacer las necesidades del hombre y, además, que sus habitantes eran industriosos, que sabían cultivar el suelo y se hallaban poseídos de amor patriótico. Señalaba que no obstante ello, el país si no contaba con la colaboración del comercio, sería miserable y desgraciado. Si por algún tiempo atravesaba un período floreciente, esa época sería muy fugaz. El comercio tenía suma importancia, pues sin él la agricultura se reduciría a la satisfacción del consumo interno. En tales circunstancias se destruirían todos los progresos alcanzados en esa tarea.

La agricultura solamente podría adquirir desarrollo con el gran consumo. Un país aislado y sin intercambio no prosperaría. Recalcaba que existía una gran vinculación entre la agricultura y el comercio. Sin la agricultura el comercio no tendría objeto. Definía al comercio como el cambio de lo

sobranante por lo necesario y esa transferencia no podría producirse sin la agricultura. El Consulado sería un instrumento eficaz para concretar esa relación entre las dos ocupaciones.

Era conveniente la colocación de los frutos y esa tarea correspondía al comerciante que suplía la falta de consumidores. Ese procedimiento, lejos de perjudicar al país, lo beneficiaba.

En aquella oportunidad volvía a destacar la importancia del otorgamiento de premios para estimular el trabajo. Se refería nuevamente a la creación del Consulado, organismo que además de ejercer las funciones de tribunal mercantil, procuraba el fomento de la agricultura, industria y comercio.

Decía que en América no se podía aplicar una política igual que en Europa dado que las circunstancias eran distintas. Hacia mención a la diferencia de razas y estimaba que era necesario estudiar los métodos más convenientes a emplear.

Entendía que la capacitación era fundamental para obtener los mejores resultados y prevenir los prejuicios en un país agricultor y comerciante. Propiciaba una amplia difusión de los conocimientos a fin de impedir que los pobladores se apegaran a las ideas de sus antepasados y desecharan las nuevas técnicas.

Sostenía que el sistema más adecuado para lograr la instrucción general era reunir a todos los individuos en una sociedad donde se los invitaría a escuchar la lectura de las Memorias del Secretario del Consulado. Manifestaba que no se creyera que él se consideraba capaz de comunicar ideas que sirvieran de ilustración; lejos de ello, quería dar a entender que esas Memorias podrían servir de aliado para que otras personas expresaran sus opiniones en materia económica.

Aclaraba que si bien, en ese momento, no podía cumplir el deseo del gobierno en el sentido de informar al público acerca de algunas características del Virreinato, en el futuro, con otros conocimientos adquiridos, con lo que hubiera apreciado en los viajes o con los antecedentes reunidos por el Consulado, podría aportar más informes para su ilustración. Si ese objeto no estuviera a su alcance, la persona que lo sucediera en el cargo podría cumplir esa misión. Era sabido que las naciones cultas hacían publicaciones para informar a todos los interesados con referencia a las diversas materias pues, de lo contrario, los descubrimientos serían un tesoro ocioso. Informaciones de ese tipo se habían utilizado, con beneficios, para conocer las diferentes clases de tierras, determinando cuáles eran las más indicadas para ciertas producciones, los términos de las cosechas y la mejor forma de hacerlas, el tiempo de sembrar y el método más ventajoso para esa labor, la calidad de las semillas, los abonos, etc. También se refería a las publicaciones sobre ganados. La instrucción sería muy interesante para todos.

Un país no podría progresar si no existía unión entre hacendados y comerciantes y si sus habitantes carecieran de conocimientos.

Finalizaba su exposición exhortando a todos a dirigir su atención en beneficio de estas comarcas, examinando e investigando los procedimientos más adecuados para su fomento, procurando aplicarlos a fin de que surtieran los efectos más favorables.

Conclusiones fundamentales sobre su pensamiento como primer estadista de la Patria (explicitadas en su labor como secretario del consulado y como periodista)

Fomento de la agricultura

1) Fomentar todo tipo de cultivos.

2) Sembrar todo tipo de especies:

* Trigo

* Maíz

* Lino (lonas para velamen)

* Caamo (para sogas, especialmente para naves propias)

* y otras plantaciones

3) Luchar contra el monocultivo previendo una problemática que luego se daría (azúcar: Tucumán, ahora soja: degradación de la tierra).

4) Rotación racional de cultivos y estos con la ganadería para evitar el empobrecimiento de la tierra y realizar una economía próspera y sustentable (visión de estadista: ecología-economía diversificada).

5) Utilizar abonos para tener mayor producción y proteger el suelo (parece increíble que antes de 1800 un estadista argentino previera los males a 200 años vista).

6) Estudiar la selección de semillas para obtener cosechas de excelencia, las cuales a través de su calidad abrirían mercados en forma inmediata.

7) Plantación de montes que retengan la humedad del suelo y evitar la tala indiscriminada (nuevamente el estadista, la ecología; un adelantado de sarmiento quien fomento la plantación de eucaliptus por ser un árbol ideal para la pampa – desértica).

8) Implementación de métodos de riego (otra vez el estadista).

9) Créditos. La entrega de sumas de dinero en concepto de préstamos, destinados al progreso de la agricultura.

10) Implementación de una política forestal para ese enorme desierto que era la pampa, e introducir la plantación de árboles frutales.

Fomento de la ganadería

1) Mejorar el ganado cimarrón e introducir métodos racionales de explotación integral ajenos a la barbarie de las vaquerías.

2) Incorporar y fomentar la cría de ganado lanar para diversificar la producción de lana.

3) Fomentar la crianza del lanar autóctono, muy superior al europeo, como vicuñas y alpacas (recién hoy en día se est implementando, 200 años después).

Fomento de la industria

1) Incorporación de valor agregado a la producción del lino desarrollando la industria textil, especialmente con la fabricación de lonas para velamen.

2) Desarrollo y perfeccionamiento de la industria de la curtiembre para poder exportar cueros con valor agregado, mayor calidad, mejor terminación y durabilidad de las piezas curtidas.

3) Desarrollo de la industria naval y creación de una marina mercante para asegurar y acrecentar el comercio (lo cual recién se impulsa durante la presidencia de Ramón S. Castillo en 1941) y de una marina de guerra para asegurar la futura soberanía y proteger nuestro comercio fluvial y marítimo.

Fomento del comercio

1) Impulso del auténtico comercio, luchando contra el monopolio español, impulsando la competencia que mejora el producto y baja los costos. (Belgrano critica acerbamente a los comerciantes porteños que en la intermediación monopólica el único interés que demuestran es vender por 8 lo que compraron por 4, ahogando la economía y provocando el contrabando).

2) Incentivar el comercio exterior, incorporando competitividad y diversificando subrepticamente el mercado a través de:

* El comercio de negros y el pleito por los cueros.

* El comercio con colonias extranjeras, por ejemplo Brasil y el Caribe.

- * El comercio con neutrales. Fomento de su comercio. Desobediencia a instrucciones de Madrid.
- * Con visión de estadista impulsa el seguro como factor clave del comercio y la economía.

Plan estructural

Para promocionar el cambio, el intercambio por importación-exportación y catapultar geopolíticamente a nuestro territorio a través del único comercio y transporte posible en el plano internacional y nacional como lo era por excelencia y casi-exclusividad el marítimo y fluvial, priorizando nuestra expansión en el Río de la Plata y en nuestras costas y ríos, a través de:

* Habilitación de un puerto de ultramar en la Banda Occidental del Río de La Plata (Ensenada, Riachuelo o Catalinas) (lo cual recién concretara Carlos Pellegrini en 1891).

- * La defensa del estuario.
- * La construcción de canales (otra vez el estadista visionario).

La educación como centro neurálgico de todo su accionar

- 1) La idea de establecer premios para quienes propusieran adelantos técnicos o científicos.
- 2) La creación de la “Escuela de dibujo”.
- 3) La creación de la “Escuela de náutica”.
- 4) La idea de crear “la Escuela de comercio”.
- 5) La jerarquización de las Memorias anuales del Consulado con su excelencia, ponderación, habilidad y lectura solemne ante las máximas autoridades del Virreinato encabezadas por el virrey.

6) Ejemplo magistral de un abogado convertido por deber patriótico en militar, creador del máximo símbolo de soberanía nacional y que como parábola perfecta de su accionar: con el premio que logra con sus triunfos en la guerra por la independencia, como patriota desinteresado y hombre de la libertad y el derecho, renuncia a dicho premio y lo dona para asegurar la paz, la libertad y la educación con el destino de construir con esa pequeña fortuna (que tanto necesitaba ese general empobrecido y enfermo) cuatro escuelas para que los pobladores del norte dejaran de ser analfabetos y fueran dignos y esclarecidos ciudadanos.

Su paso a la inmortalidad

Nuestro héroe está ya trasponiendo la cima de su gloria. Su aguerrido ejército ya no es el de 1812 y 1813. El fantasma de Arequito pende ya sobre su cabeza, como una espada de Damocles.

Cumple fatigosamente su destino, acaso pensando lo mismo que expresara un poeta muchos años después: “No hay deber más eminente / que el hacer sencillamente ¡lo que tenemos que hacer!”

Y allí, cuidando las espaldas de la Nación, mientras San Martín preparaba febrilmente su campaña continental en Cuyo, rinde a la Patria los últimos sacrificios de su esfuerzo.

Con razón pudo decir Mitre “que ambos eran los dos Padres de la Patria”. Por encima del análisis, del detalle y del balance, hay en ambos protagonistas de nuestra libertad, un mismo gesto que los identifica en lo que sin duda alguna debe ser la coyuntura más terrible para un soldado, de cuyas fuerzas pende la seguridad y el destino de la Nación: Belgrano desobedece en Tucumán, para vencer y salvar todo el norte argentino, que de otra manera se hubiera perdido irremisiblemente; y San Martín desobedece en Cuyo, repasando con sus tropas la Cordillera, para instaurar en América del Sud, la libertad y la independencia. Si Belgrano también hubiera desobedecido cuando se le ordenó combatir a los caudillos, otro hubiera sido sin duda, el desenlace de la guerra grande de la emancipación. No hubiéramos sufrido ni la desgracia y vergüenza de Arequito, ni la disolución del Ejército de la Nación. La guerra hubiese concluido mucho antes, de acuerdo a lo imaginado por San Martín.

Enfermo de cuerpo y de alma, nuestro prócer escribe: “Sé que estoy en peligro de muerte, pero la conservación de mi ejército pende de mi presencia. Aquí hay una Capilla donde se entierran los soldados: también puede enterrarse en ella al General.”

Aquella Capilla del Carmen no tuvo en 1819 el privilegio de guardar sus restos. Herido de muerte por su incurable mal, llegó a la casa paterna para no levantarse más. Un trágico 20 de junio de 1820, a las siete de la mañana, cuando las montoneras asomaban a las puertas de la ciudad convulsionada, el viejo maestro de virtudes, jurista, sociólogo y soldado, bajaba a la tumba, envuelto en el sayal de Santo Domingo, en un humilde ataúd de pino, bajo una lápida improvisada en el mármol de un mueble familiar que decía solamente: “Aquí yace el Gral. Belgrano”.

Aquella noche faltaron hasta velas para iluminar tanta pobreza. Su cadáver insepulto ocho días en Santo Domingo, pues el Gobierno ni disponía de medios ni atinaba a tomar disposiciones.

Parafraseando a Saavedra, podríamos decir que era necesaria tanta humildad y tanto olvido, para cubrir tanta grandeza y tanta gloria.

Belgrano pertenece a esa estirpe de arquetipos transparentes, tan puros, tan claros, que al decir del gran poeta Penán son “como un perfecto fanal / en el que no se adivina / en donde el aire termina / y en donde empieza el cristal (...)”

Se cuenta que Carlos IV, el último rey guerrero de Francia, al espolear su caballo y entrar en combate, después de derribar con su sable a varios enemigos, volvió su cabeza mientras seguía atacando, para gritar a sus valientes:

“Si en medio de la lucha perdéis vuestras banderolas y estandartes, seguid mi penacho blanco, que él os llevará por el sendero del deber y de la gloria. Así podríamos decir los argentinos de hoy y de siempre, cuando perdemos el rumbo: “imitemos el ejemplo de Belgrano, apliquemos sus ideales y sigamos su bandera celeste y blanca -hogaño en su trascendente bicentenario-, que ella nos conducirá también por los senderos del deber y de la gloria”.

Bibliografía

BARBADORI, Atilio Aníbal. “Accionar del General Doctor Manuel Belgrano a favor de la creación de las marinas mercante y de guerra. Una epopeya frustrada”, EN: Anales, Instituto Nacional Belgraniano, Buenos Aires, 2008-12.

BELGRANO, Mario C. “Fuentes anglosajonas en la formación intelectual de Manuel Belgrano. La España ilustrada en la formación doctrinaria de Manuel Belgrano”, EN: Anales, Instituto Nacional Belgraniano, Buenos Aires, 1986-1.

BERTHELOT, M. Ciencia y moral. Traducido por Tomás Ruiz Ibarlucea. Buenos Aires: Elevación, 1945.

BISMARCK, Otto von. Pensamientos y recuerdos. Barcelona: Montaner y Simón, 1898.

BLOCH, Marc. Introducción a la historia. 2a. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

BURKE, Edmund. Reflexiones sobre la Revolución Francesa. Buenos Aires: Dictio, 1980.

CARLYLE, Thomas. El culto de los héroes. Buenos Aires: Tor, 1940.

DESTÉFANI, Laurío. Belgrano y el mar. Buenos Aires: Fundación Argentina de Estudios Marítimos, 1979.

DORFMAN, Adolfo. Historia de la industria argentina. Buenos Aires: Hyspamérica, 1986.

FERRATER MORA, José. Variaciones sobre el espíritu. Buenos Aires: Sudamericana, 1945.

FREUND, Julien. La esencia de lo político. Madrid: Nacional, 1968.

GIMÉNEZ, Ovidio. Los estudios económicos de Manuel Belgrano. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Económicas, 1976.

GONDRA, Luis Roque. Las ideas económicas de Belgrano. Buenos Aires: L. J. Rosso, 1923.

GONZÁLEZ IRAMAIN, Jorge Julio. "Belgrano economista", EN: Segundo Congreso Nacional Belgraniano. Buenos Aires: Instituto Nacional Belgraniano, 1995.

GREGORATTI, Horacio D. Manuel Belgrano: primer economista argentino introductor de la idea fisiocrática en el Río de la Plata. Buenos Aires: Instituto Nacional Belgraniano, 1992.

GRONDONA, Mariano. Los pensadores de la libertad. Buenos Aires: Sudamericana, 1986.

HARDOY, Emilio J. El desquite de las élites: Política y tecnología. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988.

HOOK, Sidney. El héroe en la historia: Un estudio sobre la limitación y la posibilidad. Buenos Aires: Galatea-Nueva Visión, 1958.

KLIEMT, Harmut. Filosofía del estado y criterios de legitimidad. Barcelona: Alfa, 1983.

KORNIS, Jules. L' 'homme d' Etat: Analyse de l'esprit politique. París: Alcan, 1938.

LUZURIAGA, Aníbal Jorge. Manuel Belgrano, estadista y prócer de la independencia hispanoamericana. Buenos Aires: Universidad de Morón, 2004.

MINÚTOLO DE ORSI, Cristina. "Manuel Belgrano, estadista y precursor de la ecología en la Argentina", EN: Revista Historia, Buenos Aires, 1993-1994 52.

NAVARRO FLÓRIA, Pedro. Manuel Belgrano y el Consulado de Buenos Aires, cuna de la revolución (1790-1806). Buenos Aires: Instituto Nacional Belgraniano, 1999.

PAZ, José María. Memorias póstumas. Prólogo de Octavio R. Amadeo Buenos Aires: Estrada, 1957. Clásicos argentinos, 34-37.

RUDÉ, George. La Europa revolucionaria, 1783-1815. 9a. ed. México: Siglo XXI, 1994.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. Los derechos del hombre en la Revolución Francesa. México: UNAM, 1956.

TINDARO, Celso. El pensamiento de Manuel Belgrano. Buenos Aires: Lautaro, 1944.

San Martín y las guerras civiles del Río de La Plata

POR RICARDO R. PELÁEZ (*)

Sumario: 1. Antecedentes. — 2. El proyecto político y económico de Artigas. — 3. El proyecto político y económico de Buenos Aires. — 4. La Guerra Civil. — 5. San Martín. — 6. La mediación de San Martín en la guerra civil rioplatense. — 7. Cartas de San Martín a Artigas y a Estanislao López. — 8. La rebelión del Gran Capitán. — 9. Conclusiones. — 10. Bibliografía.

Resumen

Ante los dos proyectos políticos y constitucionales enfrentados durante la primera década de Revolución en el Río de La Plata -el de Buenos Aires, centralista y monárquico y el del Litoral y Banda Oriental del Uruguay, republicano y federalista, representados por Pueyrredón y Artigas, respectivamente- en una cruenta guerra civil, se interpone como mediador el general José Francisco de San Martín, con su gran prestigio como vencedor de los españoles en Chacabuco y Maipú. Aunque impedido de hacerlo como quería, San Martín con su histórica desobediencia de reprimir con el Ejército de los Andes al pueblo federal acaudillado por el oriental José Gervasio de Artigas, precipitó inexorablemente la frustración de una monarquía que tenía el respaldo de la Corona de Francia y que el Congreso de la Nación había ratificado a fines de 1819 para las Provincias Unidas del Río de La Plata y consecuentemente, la derrota política y militar del Gobierno Nacional a principios de 1820.

Palabras clave: Monarquía - Federalismo - Guerra civil - Mediación - Porteñismo - Provincialismo

Abstract

In front of the two political and constitutional projects faced in a bloody civil war during the first decade of Revolution in the Río de la Plata -one of them from Buenos Aires, centralist and monarchical, and the other one from the Littoral and Banda Oriental del Uruguay, republican and federalist, represented by Pueyrredón and Artigas respectively-, General José Francisco de San Martín stood as mediator, with his great reputation as winner of the Spanish at Chacabuco and Maipú. Although prevented from doing as he wished, San Martín with his historical disobedience of repressing with the Army of the Andes to federal people led by Jose Gervasio de Artigas, precipitated the frustration of a monarchy which had the backing of the Crown of France and that the National Congress had ratified in late 1819 for the United Provinces of the Río de La Plata and consequently the political and military defeat of National Government in early 1820.

Key words: Monarchy - Federalism - Civil war - Mediation - Porteñismo - Provincialismo.

1. Antecedentes

El año 1819 es fundamental para la adecuada intelección del proceso de la Revolución rioplatense. Nueve años transcurridos desde el inicio y el claro y rotundo enfrentamiento entre los dos grandes protagonistas del dramático proceso político y social, llega a su máxima expresión: por una parte, Buenos Aires con su intelectualidad centralista, que no era únicamente porteña, continúa como en los mejores tiempos del Virreinato del Río de La Plata, dirigiendo el territorio del Estado de modo excluyente con los intereses y sentimientos de los pueblos que conformaban las precedentes Go-

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Historia Constitucional: Cátedras I y II. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

bernaciones, Intendencias y las Militares (me refiero a las jurisdicciones que corresponden al actual territorio argentino: Salta del Tucumán, Córdoba del Tucumán, Buenos Aires, y los territorios militarizados de Montevideo y Misiones; los demás estaban disgregados voluntariamente, como el caso del Paraguay o se habían perdido militarmente como ocurrió con las cuatro gobernaciones del Alto Perú y los territorios militares de Moxos y Chiquitos); y por otra parte el líder mayúsculo que expresaba como ningún otro el sentimiento autonómico de los pueblos rioplatenses, líder popular y democrático, auténticamente revolucionario y patriótico, el oriental Artigas.

Artigas venía oponiéndose sistemáticamente a todos los proyectos políticos e institucionales presentados por Buenos Aires para asegurar la hegemonía de sus intereses, contrarios a las inquietudes del interior, mucho antes del regreso del rey Fernando VII a su despacho en marzo de 1814. Sus famosas ‘Instrucciones’ del Congreso de Tres Cruces de abril de 1813 para la Asamblea General Constituyente inician en el Río de La Plata lo que denominó la ‘*Causa Federal*’. Es evidente el carácter revolucionario, popular, republicano y democrático del movimiento federalista encabezado por el caudillo Artigas. Mucho se ha escrito sobre esta cuestión, pero es indudable que más que una cuestión doctrinaria e ideológica, ese federalismo suponía el estandarte de la resistencia de los pueblos, contra el avasallamiento de sus derechos por el gobierno central de Buenos Aires, como expresara acertadamente Juan Bautista Alberdi. (1)

Buenos Aires, (me refiero a los sucesivos gobiernos, desde la llamada Primera Junta y luego Junta Grande, al frente del Virreinato del Río de La Plata; el Primer y Segundo Triunvirato, llamados formalmente Supremo Poder Ejecutivo y finalmente los diferentes Directores Supremos del Estado, a cargo del gobierno de las Provincias Unidas del Río de La Plata, de Posadas a Rondeau, entre 1814 y 1820) siempre había aplicado una política hostil y discriminatoria con los pueblos del interior, y en particular con los del Litoral. Nunca había admitido la potencialidad del federalismo como sistema posible para el Río de La Plata. Las actitudes vacilantes del gobierno con respecto a los españoles europeos de Montevideo, desde el Tratado del 20 de octubre de 1811 firmado por Juan José Paso, hasta las cláusulas de la rendición del último Virrey del Río de La Plata, General de Marina Gaspar de Vigodet, ante Alvear en la toma de Montevideo (julio de 1814), generaron los emotivos Éxodos del Pueblo Oriental al interior de la campaña, encabezados por el otrora Capitán del Cuerpo de Blandengues, don José Gervasio Artigas, quien pasa a liderar la resistencia popular contra Buenos Aires -que lo había puesto “fuera de la Ley” y con precio a su cabeza- convirtiéndose definitivamente en el jefe político y militar de los pueblos del interior, que levantan sus armas contra los porteños contrarrevolucionarios y traidores a los principios sustentados en 1810.

Considero que el enfrentamiento se tornó inevitable a partir de 1814 y la represión militar dispuesta por el Gobierno central contra Artigas en diversas ocasiones, juntamente con las políticas externas que anudaban pactos públicos y secretos con la Corona portuguesa residente en Río de Janeiro -sin perjuicio de las negociaciones de Belgrano y Rivadavia en las Cortes europeas y en la española en particular, para reinstalar la Dinastía borbónica en Sudamérica- con apoyo militar y político externo, constituyen la causa eficiente de las Guerras Civiles argentinas.

Es preciso detallar los caracteres de los dos proyectos enfrentados en el Río de La Plata durante la primera década de la Autonomía política de España, para comprender cabalmente la dimensión del antagonismo esencial existente entre los mismos. La guerra civil en pleno apogeo en 1819, venía desde 1814. Es más: podemos afirmar que entre 1815 y 1816 el gobierno existente en Buenos Aires, controlaba menos territorio que el que obedecía al liderazgo y la conducción del general Artigas.

(1) “Si la expedición de Belgrano llevó al Paraguay el contagio de la revolución de Buenos Aires, ella trajo a la Banda Oriental el contagio de la resistencia del Paraguay a la Junta de Buenos Aires. Artigas, como Francia, dijo: ni españoles, ni porteños. Lo mismo dijo Güemes más tarde, y lo dijeron todas las provincias del Virreinato, a las que su posición geográfica les permitió sustraerse a la dominación de Buenos Aires, a la vez que a la de España. Tomaron esa actitud desde que vieron que Buenos Aires quería para sí la dominación que perdía España.” (Alberdi, 2002: 89) (Alberdi, 2011: 9-11). Me pertenece el subrayado.

Esta dicotomía interfería notoriamente con el proyecto de Guerra de la Independencia Sudamericana, que tenía el general San Martín.

Intento demostrar cómo interpretó el general San Martín la evolución y el desenlace de la guerra civil rioplatense. Creo que si la necedad y soberbia de la conducción porteña se hubiere manifestado de otra forma, se habrían evitado derramamientos de sangre y los más groseros errores institucionales. Analizaré con la documentación existente, cómo intentó San Martín poner coto a la guerra civil que interfería y perjudicaba su proyecto militar de acabar con el Callao y llegar a Lima, demoliendo así al Imperio Español en América del Sur.

2. El proyecto político y económico de Artigas

En primer término, voy a referir de modo sucinto los hechos destacados del proyecto político y económico aplicado por el general Artigas en el Litoral rioplatense desde 1813 hasta su derrota en 1820 para luego referirme al proyecto político pergeñado por la dirigencia porteña, hasta las vísperas de la batalla de Cepeda, que puso fin en sus consecuencias a los dos proyectos enfrentados, aunque no a las guerras civiles rioplatenses.

El caso de Artigas es paradigmático: había nacido en la Gobernación militar de Montevideo en 1764 y se había lucido como Oficial de Blandengues en la campaña Oriental y en la táctica defensiva contra la invasión británica de los años 1806 y 1807. Cuando el Gobernador militar de Montevideo, General Francisco Javier de Elio, descató a la Junta de Buenos Aires, el futuro caudillo popular desertó de la guarnición acantonada en Colonia y se puso al servicio de la Junta Gubernativa del Virreinato, la cual lo nombró con el grado de Teniente Coronel y le asignó la misión -junto con su coterráneo José Rondeau- de sublevar la Provincia.

La revolución contra la dominación española en el actual territorio uruguayo, se inició bajo el influjo y la conducción de Artigas con el denominado "Grito de Asencio" del 28 de Febrero de 1811, cuando un grupo de paisanos proclamaron -en las orillas del río Asencio, próximo a la localidad de Mercedes, departamento de Soriano del Uruguay actual-, la rebelión contra el designado nuevo Virrey del Río de la Plata, el mencionado General de Elio. Poco después, Artigas protagonizó el primer triunfo militar del Río de la Plata, con la derrota española en la batalla de Las Piedras, el 18 de mayo de 1811. Luego sitió a Montevideo, hasta el momento en que ocurrió una discrepancia política fundamental con el Primer Triunvirato: se firmó con el Virrey Elio el llamado "*Tratado de Pacificación*", del 20 de octubre de 1811, por el cual el gobierno provisorio de Buenos Aires, admitía tres cuestiones esenciales que para Artigas significaron una claudicación de los principios consagrados en Mayo de 1810: a) Se reconocía la legitimidad del Consejo de Regencia; b) Se admitía la "unidad indivisible de la Nación Española"; c) Se consentía el auxilio financiero y militar para la Guerra española contra la ocupación napoleónica. La disconformidad del Caudillo y del pueblo oriental con lo acordado, se manifestó con la retirada masiva de miles de uruguayos hacia el campamento de Ayuí (en la provincia de Entre Ríos), hecho histórico conocido como el primer "Éxodo Oriental" que revelaba la enorme popularidad del prócer.

Aunque recompuso la vinculación política con Buenos Aires en 1812 y retomó el sitio de Montevideo, con la firma del 'Acuerdo del Yi' (8 de enero de 1813) -para el historiador Demicheli el 'primer Pacto interprovincial' en la historia constitucional- (2) por el cual las tropas porteñas al mando de Rondeau, amigo personal en ese momento, actuarían como auxiliares de las orientales, la relación con Buenos Aires nunca más sería como lo fuere al principio.

Las célebres 'Instrucciones' del Año XIII -las del Congreso de Tres Cruces del 5 de abril; las que él personalmente redactó el 13 de abril; y las del Cabildo de Soriano del 18 de abril, coincidentes aunque no idénticas-, constituyen una clara expresión del Federalismo político basado en el constitucionalismo norteamericano y son decididamente revolucionarias. (Sampay, 1975:161-166)

(2) Véase Demicheli, 1955, t. I: 344-345. El autor sostiene que es un pacto 'militar'; tengo para mí que antes que nada, es un pacto "político", entre Buenos Aires y el Jefe oriental. Véase el documento completo en Asambleas constituyentes argentinas, 1937-1939, t. VI, 2ª parte: 47.

La primera instrucción era contundente: *Independencia absoluta de los Borbones y de Fernando VII*. Aquí está la clave de la exclusión de la diputación Oriental. La mayoría de la Asamblea no estaba dispuesta a declarar la Independencia nacional y preveía una negociación con la Corona, si es que Napoleón resultaba aplastado.

La Asamblea rechazó los pliegos presentados por los diputados orientales; Artigas ordenó por segunda vez el abandono del sitio de Montevideo, como repudio a la exclusión de sus diputados; la Asamblea lo calificó como “traidor a la Patria” y lo condenó a muerte. Alvear lo convenció para que volviera a la lucha como una necesidad táctica, gracias a la cual pudo ocupar Montevideo el 22 de junio de 1814, obteniendo la formal rendición de Gaspar de Vigodet como último Virrey del Río de la Plata. Artigas jamás aceptó la propuesta de independencia del territorio oriental, en razón de su principio de “integralidad de la Nación”, aunque sí obtuvo el reconocimiento formal de la Asamblea en el nacimiento de lo que fue la primera Provincia argentina -la Provincia Oriental del Uruguay-, el 7 de marzo de 1814 (3).

El 4 de febrero de 1815, Artigas adoptó como bandera del federalismo del Litoral la azul y blanca cuyos colores identificaban a los pueblos del Río de la Plata desde antes -al menos, desde las Invasiones Inglesas, cuando nació la escarapela en los fusiles de los soldados que peleaban contra los británicos-, pero con una banda transversal roja, que los historiadores uruguayos interpretan como símbolo del sufrimiento del pueblo por la sangre derramada por los mártires de la liberación.

El momento culminante del proyecto de Artigas tiene lugar durante el segundo Congreso que organizó: *el Congreso de Oriente*, en Concepción del Uruguay y Paysandú, durante junio y julio de 1815.

Nació allí la “*Liga Federalista de los Pueblos Libres*”, integrada por Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, Misiones, Córdoba, la provincia Oriental, y luego con ramificaciones en Tucumán, La Rioja y Santiago del Estero, es decir, un Territorio de 1.000.000 de km²; un Jefe político y militar en la persona de Artigas, con el título de “*Protector de los Pueblos Libres*”; una Capital, en el paraje llamado *Purificación* (al sur de Salto, actual Uruguay); una Asamblea o Congreso, con representantes o diputados de cada Provincia.

Tal como expresé, en 1815 Artigas controlaba un territorio y una población que era mayor al que realmente gobernaba la Autoridad Nacional residente en Buenos Aires.

Artigas llevó a cabo un plan de gobierno basado en cambios revolucionarios que contrastaban con las políticas de Buenos Aires. No está en los objetivos del presente estudio un análisis profundo de esas medidas.

Sólo referiré que fue un Reformador social que sancionó la igualdad de derechos para los indios; les dio tierras confiscadas a los enemigos -españoles y portugueses- a los pobres, los huérfanos de padre, las viudas, los gauchos, los negros, los ambulantes o vagabundos -a los “infelices”, como los llamaba- con la condición de construir la vivienda en un plazo máximo de dos meses, bajo apercibimiento de caducidad del beneficio.

Aplicó una Reforma agraria contra latifundios existentes en la provincia Oriental; modificó la estructura económica con sus “Reglamentos” para la Administración de los Puertos y las Aduanas; para el Fomento de la Campaña y la Seguridad de los Hacendados. Determinó cuáles serían los puertos habilitados para Comercio exterior (Montevideo) y para el comercio interior del Litoral (Santa Fe y Paraná).

(3) Decreto del 7 de marzo de 1814 firmado por el Director Supremo del Estado, Gervasio Antonio de Posadas: “...todos los pueblos de nuestro territorio con sus respectivas jurisdicciones que se hallan en la Banda Oriental del Uruguay y Oriental y Septentrional del Río de la Plata, forman hoy en adelante una de las Provincias Unidas con denominación de ORIENTAL DEL RIO DE LA PLATA, la que será regida por un Gobernador - Intendente..., etc.” (Véase Asambleas constituyentes argentinas, 1937-1939, t. VI, 2ª parte: 938). El análisis exhaustivo del decreto y del Pacto entre Artigas y los delegados porteños Amaro y Candiotti véase en Demicheli, 1955, t. III, cap. XI: 370-373.

Artigas intentó incorporar al Paraguay a su proyecto político-social y sublevar el sur del Reino instalado en Brasil, convencido de que las fuerzas autonomistas que luchaban en Río Grande del Sur, contra la monarquía, lo iban a apoyar. (Street, 1967).

El gobierno de Buenos Aires consideró como una cuestión esencial para su subsistencia, la destrucción física y el aniquilamiento de Artigas. La represión se acentuó durante el Directorio de Juan Martín de Pueyrredón. Hubo diferentes alternativas que se aplicaron.

Todos los intentos militares ordenados por Buenos Aires para destruirlo fracasaron. El Dr. Manuel José García es enviado a la Corte portuguesa en Río con la misión de pactar la ocupación de Uruguay por el ejército lusitano y la destrucción de Artigas. El General portugués Carlos Federico Lecor invade la Banda Oriental y el 20 de enero de 1817 ocupa Montevideo; entonces, comienza la doble acción militar de Artigas, la resistencia frente a Buenos Aires y la resistencia contra la invasión portuguesa.

Rondeau -jefe militar para actuar contra Artigas en la Mesopotamia y la Banda oriental-, le propone al gobernante paraguayo Rodríguez de Francia la ocupación de la provincia de Corrientes y al Ejército portugués la ocupación del territorio de Entre Ríos.

Artigas se había convertido en un obstáculo y en verdadera obsesión para los planes políticos del gobierno porteño. Contaba entonces con el incondicional apoyo de los caudillos populares Estanislao López de Santa Fe y Francisco Ramírez de Entre Ríos. En Misiones, su hijo adoptivo de raza aborigen, Andrés Guaicurarí. Pueyrredón había logrado que otros discípulos de Artigas lo traicionaran, como pasó con Fructuoso Rivera y con Eusebio Hereñú.

En conclusión, en 1818 el proyecto igualitario y federalista de Artigas tenía la adhesión de la gran mayoría de los pueblos de las Provincias Unidas del Río de la Plata. La consecuencia: se formaron las Provincias del litoral, centro y norte argentino, como entidades de Derecho Público.

En plena guerra civil, el Director Pueyrredón apeló a las últimas instancias para acabar con Artigas, ordenando el desplazamiento de las tropas que constituían los dos grandes Ejércitos que dependían del Gobierno Central, y que actuaban en la Guerra de la Independencia contra los españoles: el Ejército de los Andes, al mando del General San Martín y el Ejército del Norte (también denominado del Alto Perú), al mando del General Belgrano desde su regreso de Europa con el objetivo militar de aniquilar la resistencia del líder federal.

Este es un momento histórico decisivo, un verdadero punto de inflexión en el proceso de la Revolución iniciada en 1810.

La antítesis de todo lo actuado por Artigas desde 1811, estaba en los proyectos políticos que pretendieron imponerse al país, con los sucesivos Directores Supremos del Estado instalados como gobierno central en Buenos Aires, desde Gervasio Antonio Posadas hasta José Rondeau.

3. El proyecto político y económico de Buenos Aires

Buenos Aires nunca se había definido explícitamente con respecto a la Independencia de España y de la Dinastía borbónica. En 1813, la Asamblea descartó la declaración de la independencia formal y no aprobó ninguno de los Proyectos constitucionales para el Río de la Plata que preveían la instalación de una República Centralizada con mando en Buenos Aires. Cuando la situación política y militar europea varió con la derrota de Napoleón y el Rey Fernando VII regresó a Madrid, está claro que se resolvió iniciar una negociación con la Corona para una salida pacífica y autónoma en el Río de la Plata, pero con los Borbones. La solución significaba el abandono definitivo de la tesis republicana y la sustitución por una Monarquía que incluía los territorios del Virreinato del Río de la Plata y de la Capitanía General de Chile- como mínimo-, con un Rey que podía ser un pariente cercano del monarca restituido en su trono en marzo de 1814. Las acciones emprendidas por Rivadavia y Belgrano en España y otras Cortes europeas durante el año 1815, lo acreditan de manera rotunda y suficiente.

Alvear y San Martín habían arribado a Buenos Aires en marzo de 1812 como "hermanos" masónicos provenientes de Londres, donde se habían iniciado como miembros de la Gran Logia Americana.

Instalaron la Logia Lautaro en Buenos Aires, la que a partir de ese momento se convirtió en la auténtica directriz de los hilos invisibles de los sucesos políticos, algunos decisivos como el reemplazo del Primer Triunvirato con el golpe del 8 de octubre de 1812 y la convocatoria a la Asamblea General, que no definió -como ya expresé- ni la Independencia ni la Constitución del Estado.

Lo que sí definió la Asamblea fue la estimulación del libre comercio que venía acentuado desde el gobierno de la Primera Junta; y la sanción de derechos y garantías de los ciudadanos, con una fuerte influencia de las reformas llevadas a cabo por las Cortes de Cádiz que poco antes habían sancionado la monarquía constitucional en España con la Constitución de 1812. El objetivo económico consistía en asegurar la supremacía de Buenos Aires en lo político y militar con el usufructo de los derechos aduaneros

El caso de Alvear es paradójico y sintomático a la vez. Jefe de la Logia, colocó en el poder a su tío Posadas y postergó toda decisión sobre las cuestiones de fondo. En su corto desempeño como Director Supremo, llegó a ofrecer a los británicos la ocupación del país. Destituido en abril de 1815, se refugió en la Corte portuguesa de Río de Janeiro y le entregó al Embajador español Conde de Villalba un minucioso análisis de la situación militar del Río de la Plata a la vez que, por carta a Fernando VII del 23 de agosto de 1815, se puso al servicio del Rey para la reconquista del territorio. Más aún, pregonaba entre los portugueses, que siempre había sido un agente secreto al servicio de España, entre 1812 y 1815.

Mientras todo esto ocurría, San Martín se desempeñaba como Gobernador Intendente de Cuyo, preparaba el Ejército en cumplimiento de su objetivo de atacar Chile con el cruce de los Andes, e instaba a su amigo y delegado Tomás Godoy Cruz en el Congreso de Tucumán, a la declaración de la Independencia Nacional.

Al regresar a Buenos Aires en 1816, Manuel Belgrano es designado Jefe del Ejército del Alto Perú, cargo que mantendrá hasta fines de 1819 en que será destituido por sus subordinados, un evidente coletazo de la guerra civil (4).

Su desempeño y vinculación con la guerra civil, es motivo principal de análisis en esta investigación, como se verá más adelante. Había cumplido en Europa un papel importante a favor de la instauración de una Monarquía en el Río de la Plata y en América del Sur, con un Borbón cercano a Fernando VII en la cabeza, durante sus gestiones en 1815.

Belgrano firmó un Acuerdo político con el ex Rey de España, Carlos IV -recordemos que la abdicación del Monarca a consecuencia del Motín de Aranjuez del 19 marzo de 1808, a favor del Primogénito Fernando, había sido impugnada legalmente, por lo que el Padre reclamaba la devolución del Trono al Hijo y monarca en ejercicio, Fernando VII-, acuerdo que creaba este nuevo Gobierno con el Infante Francisco de Paula a la cabeza, hermano del Rey. El proyecto político se ve reflejado exactamente en el texto de la Constitución que el Dr. Belgrano redactara en septiembre de 1815.

En la Constitución, Belgrano detalla el territorio del Estado, los derechos y deberes de los ciudadanos, los poderes del Gobierno y la Bandera Nacional de la Monarquía, con el nombre de "*Reino Unido del Río de la Plata, Perú y Chile*". El Rey era instituido por expresa voluntad y donación de Carlos IV, "con el valor y fuerza de última voluntad irrevocable..."; se instalaba un Cuerpo Legislativo con dos Salas, la Alta Sala con la Nobleza del Reino y la Sala del Común, con los Diputados de los Pueblos y un Poder Judicial independiente, nombrado por la Corona. La Constitución limitaba los poderes del monarca y, expresamente, reconocía derechos "inalienables" de los ciudadanos: propiedad, libertad de cultos, libertad de pensamiento, libertad de imprenta, inviolabilidad del domicilio y la seguridad

(4) Fue destituido por sus subalternos el 11 de noviembre de 1819, como consecuencia de la identificación de Belgrano con los objetivos políticos del Gobierno porteño y conexiones de la oficialidad con la 'causa federal', a la que Belgrano conceptuaba como 'anarquista', 'salvaje' y 'bandolera'. Dice Mitre que el motín lo encabezó el Capitán Abraham González, "...hombre vulgar, gran charlatán y de malas costumbres, entre otras cosas nacido en la Banda Oriental..." (Mitre, 1947, t. IV, cap. XV: 69-72).

individual en todos sus aspectos. El artículo 1° establecía que la Bandera nacional del nuevo Reino, sería “azul celeste y blanca...” (Sampay, 1975: 207-211).

El proyecto se frustró ya que Fernando VII puso el grito en el cielo y desbarató de cuajo cualquier intento de negociación con los americanos, máxime en este caso, en que la cabeza visible del proyecto de monarquía autónoma en Buenos Aires, era su principal enemigo político, su propio Padre, con quién se enfrentaba en un severo conflicto judicial. La Familia real española estaba dividida. En ese momento, el famoso Príncipe Manuel Godoy- que continuaba cercano a Carlos IV de Borbón y María Luisa de Parma, cónyuges progenitores de Fernando, el primero de los hijos y de Francisco de Paula, el tercero -públicamente apoyaba esta salida política para la América del Sur.

Resulta imprescindible para la correcta interpretación histórica de las Fuerzas que operan en la Guerra Civil rioplatense, examinar estas líneas de acción. De lo contrario, vamos incurrir otra vez en los errores, omisiones y ocultamientos que caracterizaron a la historiografía del siglo XIX -y parte del XX- al examinar los acontecimientos fundamentales acaecidos en el período 1815-1820.

Por ejemplo, se destaca en los textos con caracteres relevantes la opinión de Belgrano al proponer la coronación de un descendiente de la dinastía Incaica en América del Sur, en los debates del Congreso de Tucumán, y durante su desempeño como Jefe del Ejército del Norte. Pero poco se dice que tal opinión provocó el rechazo (que incluye a la sorna o hilaridad con que fue recibida) de la gran mayoría, que la entendieron como de cumplimiento imposible (5).

Salvo unos pocos, de tendencia republicana, los más eran monárquico-constitucionales como fueron San Martín, Belgrano, Pueyrredón, Santa María de Oro, Laprida y casi todos. Mientras las tesis monárquicas de base europeas se afianzaban, aumentaban las discordias y como reguero de pólvora se encendía la guerra civil en el centro y norte de la actual Argentina, que adhería a los objetivos y banderas del Caudillo oriental Artigas. Se rechazaban las medidas y políticas adoptadas por el Director Supremo Pueyrredón, con respaldo del Congreso. Así ocurrió en Salta, Jujuy, Córdoba, La Rioja y Santiago del Estero.

Mientras, adelantaba con la premura exigida por el Monarca Fernando VII, la organización y estrategia de la poderosa Expedición Naval y Terrestre, bajo el mando del General Rafael de Riego, en el puerto de Cádiz, la que debía operar en plazo perentorio contra los “rebeldes” rioplatenses. Muchos eran los que pensaban que la expedición estaría lista para 1818 y se descontaba el apoyo directo y logístico de la Corona lusitana de Juan VI de Braganza, desde Río de Janeiro (6).

Fracasado el primer plan monárquico, el Director Pueyrredón y los Congresales iniciaron las gestiones para lograr la instalación de una nueva monarquía en el Río de la Plata, con un Príncipe europeo prestigioso, que aceptara la propuesta. En plenitud de la Santa Alianza, el primero de los Congresos intervencionistas- el de Aquisgrán o Aix-la-Chapelle (7) realizado en 1818, aprobó el establecimiento

(5) En el Consejo de Estado de Madrid y en la Junta Militar de las Indias, se analizó y discutió si la expedición naval militar debía atacar directamente a Buenos Aires -con o sin apoyo portugués- o debía reforzar las posiciones militares de Lima. Un pormenorizado análisis, con documentación española, es el que realiza Enoch F. Resnick, quién examina las causas que llevaron a la frustración del proyecto, entre 1818 y 1819, a pesar del empecinamiento del Rey Fernando VII de llevar el ataque directamente contra Buenos Aires. (Resnick, 1973: 272 y ss.).

(6) Uno de los pocos que apoyó la sorprendente tesitura de Belgrano fue el Padre Manuel Antonio de Acevedo, quién propuso que la capital debía residir en Cuzco. El análisis de la propuesta de Belgrano y del apoyo de Acevedo -éste proponía iniciar en el Congreso de Tucumán el debate sobre la forma de Gobierno-, motivó la sorna e hilaridad de los diputados porteños, que no le dieron al tema ninguna trascendencia, según la famosa carta escrita por el que fuese en ese momento diputado por Buenos Aires, Tomás Manuel de Anchorena, a su primo don Juan Manuel de Rosas, en 1846. (Medrano, 1966: 278-283).

(7) Un análisis importante de los objetivos estratégicos de los británicos y los franceses en los cuatro Congresos intervencionistas de la Santa Alianza-Aquisgrán; Tropeau; Laybach y Verona (1818-1823)-, con relación a la guerra de la independencia en América del Sur, es el que realiza el profesor de la Universidad de Cambridge, C. W. Crawley en CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, Historia del Mundo Contemporáneo, Tomo IX: Guerra y Paz

de monarquías constitucionales con miembros de la Dinastía Borbónica española en las distintas jurisdicciones sublevadas de la América Hispánica, como pensaba y quería Lord Castlereagh, pero con la rotunda oposición de la delegación Española, que sostenía la recuperación militar de las Colonias como única solución admisible. De allí, la gran expedición que se estaba preparando para la reconquista de las provincias americanas.

Las dos potencias, Gran Bretaña y el Reino de Francia, apoyaban la instauración monárquica en América del Sur, pero discrepaban en cuanto a qué dinastía debía reinar, para el caso de que España continuara con sus inflexibles posturas, negándose a la candidatura de un familiar directo de Fernando VII en el Río de la Plata.

En ese entonces, San Martín le escribió una carta a Lord Castlereagh en la que sostenía la necesidad de implantar una monarquía constitucional en América, aunque jamás con un príncipe español a la cabeza. A la vez, el Director Supremo Pueyrredón dejaba entrever en su correspondencia su complacencia para que el Rey fuera francés. Otros, propiciaban la candidatura de un Príncipe portugués (tal el caso del embajador argentino en Río, Dr. Manuel José García), en la persona del Infante Sebastián.

Conocidas las inclinaciones francesas de Pueyrredón, el Gobierno de esa potencia europea le envió un agente secreto- el Coronel Le Moyne-, para entablar negociaciones en concreto, las que resultaron un éxito para el enviado francés, ya que fue el propio Director el que propuso como efectivo candidato para reinar en Buenos Aires, nada menos que al Duque de Orleans, Luis Felipe (hijo del famoso Príncipe conocido en los tiempos de la Revolución Francesa, como 'Felipe Igualdad', primo hermano de Luis XVI, y que también sucumbió en la guillotina de los jacobinos), quién llegaría a ser en el futuro Rey de Francia. El Gobierno francés resolvió apoyar este proyecto monárquico, en un momento en que la euforia del Director Supremo y sus numerosos partidarios porteños-integrantes de la Logia que lo respaldaba-, llegaba a su máxima expresión. Finalmente, Luis Felipe, líder del partido orleanista de Francia y presionado por sus seguidores, por el futuro político cierto y probable que tenía, declinó formalmente la candidatura.

Mientras, el diplomático argentino comisionado para concretar esta negociación en las Cortes europeas, Dr. Valentín Gómez, cuyas 'Instrucciones' databan del 24 de octubre de 1818, arribaba a París (abril de 1819), se entrevistaba con el Ministro de Asuntos Extranjeros, Marqués de Desolle, quién lo impuso de la declinación de la candidatura del Duque de Orleans y el formal respaldo de la Corona francesa a un nuevo candidato- la documentación acredita que los franceses barajaban su nombre desde mucho antes-, un primo hermano de Fernando, de la rama italiana de la Dinastía, el Duque Carlos Luis de Borbón, Príncipe de la ciudad italiana junto al Adriático, conocida con el nombre de Luca. En 1819, el Borbón italiano aceptó la propuesta de viajar a Buenos Aires para ser coronado. El Congreso, en sesión secreta, aprobó la coronación y el establecimiento de la Monarquía en el Río de la Plata (8). Se aprobó también la reforma de la Constitución de 1819 que ya había jurado.

Estaban dadas todas las condiciones- incluyendo la sanción de la Constitución de abril de 1819 mencionada, modelo de Estado centralizado como había ordenado previamente el Director Pueyrredón-, para la definitiva consagración del proyecto político de la burguesía criolla, que se venía puliendo desde el año 1814.

4. La Guerra Civil

Pero no contaron con un factor decisivo contrario a estos planes verdaderamente alejados del espíritu revolucionario de Mayo de 1810: Artigas y sus discípulos, quienes resistían la ocupación militar del Uruguay. Otra vez el Litoral en pie de guerra contra Buenos Aires.

en tiempos de Revolución (1793-1830), bajo la dirección del Profesor C. W. Crawley, Barcelona, Editorial Ramón Sopena, 1977, cap. XXV: Relaciones Internacionales, 1815-1830, págs. 463-466. Se advierte claramente el objetivo francés de imponer a un noble de esa nacionalidad y, si era un Borbón francés, mejor.

(8) Véase "Sesiones secretas del miércoles 3 de noviembre de 1819; viernes 12 de noviembre de 1819 y sábado 13 de noviembre de 1819" en Asambleas constituyentes argentinas (1937-1939, t. I: 575-579)

Justo en el momento en que el proyecto monárquico de Buenos Aires y la burguesía criolla parecen alcanzar el éxito, se interpone el levantamiento armado del Litoral, a fines de 1818. Desde marzo de ese año, cuando Francisco Ramírez derrotó en Saucécito a un contingente militar porteño, se había logrado un corto período de paz entre los dos polos opuestos. Pero Pueyrredón no se resignaba a que una porción importante del territorio escapara a su autoridad plena (sobre todo, la provincia de Santa Fe gobernada por Estanislao López) y resolvió un nuevo ataque de 3.000 hombres al mando del general Juan Ramón Balcarce, con apoyo desde Córdoba de tropas al mando del coronel Juan Bautista Bustos (tropas provenientes del Ejército del Norte) y una escuadrilla naval militar para controlar el río Paraná. Los historiadores han discutido con los más diversos argumentos y razones, los motivos de Pueyrredón para ordenar el aniquilamiento de la población de Santa Fe en caso de resistencia (“...si obstinados en el empeño destructor que los anima, resistieren las armas al mando de V. E....deberán ser tratados como rebeldes con arreglo a la Ley, imponiéndoles sin dilación la última pena...Omita en lo posible entrar en comunicaciones con los enemigos, de cuya imbecilidad y necio orgullo no pueden racionalmente esperarse como contestación, sino groseros insultos y desaires a la autoridad de V.S.”, decían las ‘Instrucciones’ del Director Supremo, a Juan Ramón Balcarce, fechadas en septiembre de 1818) (9).

A la vez, Pueyrredón autorizaba al general portugués Lecor -como ya expresé, al frente de la ocupación militar del Uruguay o Banda Oriental- a invadir la provincia de Entre Ríos para destruir la oposición a su gobierno de los federales guiados por Ramírez y Artigas.

El historiador Joaquín Pérez no duda que estos objetivos militares estaban vinculados directamente a las tratativas secretas del Director Supremo con el Gobierno francés, para coronar en Buenos Aires a Luis Felipe de Orleans. (Pérez, 1960. 51).

Encendida nuevamente la guerra civil, las tropas militares leales al Director se enfrentaron con los montoneros federales de López en varias ocasiones. En todas ellas, salieron mal paradas: primero, López desarticuló a Bustos y al coronel Arenales, en la provincia de Córdoba; luego, resistió con éxito el embate del general Balcarce y lo obligó a retirarse de Santa Fe, el cual aplicó en su retirada la táctica de la devastación completa, en San Lorenzo, y luego en Rosario, pueblo al que incendió en enero de 1819, para luego refugiarse en San Nicolás de los Arroyos. En Entre Ríos, las fuerzas leales al gobierno de Pueyrredón, dirigidas por Hereñú -que no logró establecer contacto con sus aliados lusitanos-, fueron derrotadas por Ramírez, quién así se consolidó como jefe y caudillo político indiscutido a partir de ese momento.

5. San Martín

Después de vencer a los españoles y ocupar Chile (victorias de Chacabuco el 12 de febrero de 1817 y Maipú el 5 de abril de 1818), San Martín tenía como su próximo objetivo la conquista de Lima. El 11 de mayo de 1818 arribó a Buenos Aires, en donde su primordial actividad fue la de lograr el apoyo formal de la Logia masónica para cumplir con su plan estratégico en Perú. La sesión secreta tuvo lugar en la quinta de Pueyrredón en San Isidro, en donde existieron distintas posturas frente al propósito de San Martín. El ministro Gregorio Tagle sostuvo que el Ejército de los Andes debía regresar al país para aniquilar el movimiento popular de Artigas y sus partidarios en el Litoral y centro. Pueyrredón estuvo de acuerdo con el plan de San Martín, pero discrepó en cuanto a la conquista de Lima, diciendo que era más conveniente la ocupación del sur del Perú. Lo cierto es que San Martín obtuvo el apoyo a su proyecto militar y logró que los hermanos de la Logia aprobaran un empréstito forzoso a los comerciantes porteños de \$500.000, para financiar la expedición, a pesar de la oposición de Tagle y las vacilaciones de Pueyrredón. (López, 1926, t. VII: 295-298).

Pensaba iniciar las acciones en el mes de septiembre, luego de recibir la suma que el Congreso había aprobado sin discusión. En ese mismo mes, San Martín encontró su primera divergencia grave con el Gobierno, cuando recibió una nota del Director anunciando la cancelación del empréstito por

(9) Mitre, 1947:433 y sgtes.

la imposibilidad de recaudarlo, por lo que resolvió sin más trámite renunciar a la Jefatura del Ejército de los Andes.

El paso de San Martín obligó al factor decisivo del poder político (la Logia Secreta) a recomponer la relación con el Gran Capitán, reinstalando en el gobierno la recaudación del empréstito y anoticiándole que de una manera o de otra, el dinero se integraría. De este modo, San Martín dio marcha atrás, pero resulta evidente que su relación con Buenos Aires (tanto la oficial, con el Director; como la subrepticia, con los hermanos de la Logia), empezaba a tambalear.

San Martín estaba de acuerdo con el proyecto monárquico de Pueyrredón pero no lo estaba en cuanto a que el Rey fuera un príncipe Borbón (de cualquiera de las ramas de la Dinastía), ni que fuera un noble francés. Más bien, en algunas ocasiones (es conocido el carácter muy reservado del prócer), pareció inclinarse por un candidato nobiliario inglés. En lo que sí se manifestó en absoluto desacuerdo, fue con la reiteración de suspender la expedición al Perú que le había hecho llegar en octubre de 1818, a su residencia de Mendoza, el Director Pueyrredón, quién estaba prácticamente convencido que con el viaje del Dr. Valentín Gómez a París, quedaría sellado el acuerdo para la coronación del candidato francés en el Río de la Plata, con todo el apoyo económico y militar de Francia.

La única dificultad que Pueyrredón veía perturbando la consagración definitiva del proyecto monárquico, era la existencia del foco “anarquista y rebelde” encabezado por Artigas desde la Banda oriental. Por ello ordenó la salvaje represión a la que me referí más arriba. La represión al mando del General Balcarce terminó en un completo fracaso, como ya expresé. Los historiadores clásicos son severos al calificar el desacierto de Pueyrredón de impulsar una nueva guerra civil en el Plata (10). Todo ello, sumado al retiro del apoyo a San Martín para el ataque a Lima. Estaba en jaque todo el proceso de la Revolución rioplatense.

No dudó en autorizar al militar portugués Lecor a invadir a la provincia de Entre Ríos y a bloquear el río Uruguay, en ambos casos para combatir a los pueblos incondicionales de Artigas, que enfrentaron heroicamente a las tropas invasoras. Las tropas de Buenos Aires y las mencionadas se retiraron derrotadas de las provincias de Santa Fe y Entre Ríos. Quedaron así, fortalecidos políticamente, los caudillos federales López y Ramírez.

Vencido en el Litoral, el Director le ordenó al Gral. Belgrano en Oficio “muy reservado” fechado el 6 de enero de 1819, que bajara desde Tucumán con el Ejército del Norte para atacar Santa Fe, uniéndose a las tropas acantonadas en San Nicolás, al mando del General Viamonte -ya que Balcarce había sido relevado-, sacrificando de esta manera la defensa del Norte Argentino frente a los españoles del Alto Perú.

Se antepone el objetivo de la destrucción física y política de Artigas, al supremo y patriótico objetivo de la Guerra de la Independencia sudamericana.

Tal era el odio que levantaba en los porteños la ‘Causa Federal’ de Artigas, que el Director le ordenó al periodista Pedro Feliciano de Cavia que redactara un opúsculo en su demérito, titulado *El Protector Nominal de los Pueblos Libres D. José Artigas, clasificado por ‘El Amigo del Orden’*, impreso en Buenos Aires en la Imprenta de los Expósitos, a fines de 1818.

Artigas era ‘clasificado’ con estos términos:

“...insubordinado, inobediente, rebelde. Traidor a los destinos de América. Desertor de sus estandartes. Confabulado con los españoles para esclavizar nuevamente el país, auxiliar de ellos. Fanático, turbulento, seductor de los pueblos, anarquista. Apóstol de la mentira, impostor, hipócrita, propagador de máximas erróneas, de teorías falsas, de principios antisociales. Destructor de los Pueblos, en

(10) Véase Mitre (1947:464-465).

vez de “Protector” de ellos. Origen de todos los desastres del país. Azote de la Patria. Oprobio del Siglo XIX. Afrenta del género humano...A las armas, seres racionales, contra este nuevo destructor de la Especie humana...” (Pérez, 1960: 60-64) (11).

Al comenzar el año 1819, el desgaste político de Pueyrredón era enorme y muchos pensaban que el triunfo final iba a ser del ‘insubordinado y anarquista’ caudillo federal.

¿Cuál era la posición de San Martín?

Bastante desilusionado por no haber recibido el apoyo monetario prometido de \$500.000 por el gobierno argentino y muy alarmado por el cariz de la situación política interna, San Martín amenazaba nuevamente con la renuncia al mando del Ejército. Máxime cuando se enteró que Belgrano había dejado desguarnecido el Norte, para reprimir al ‘anarquismo’ de Artigas y sus partidarios federales del Litoral.

El 14 de febrero de 1819 le anunció a O’Higgins que dejaba Chile para viajar a Mendoza e interponer sus buenos oficios en la guerra civil.

6. La mediación de San Martín en la guerra civil rioplatense

A pesar de que O’ Higgins le suplicó que ni se acercara a los anarquistas o montoneros en cuyas manos podía caer prisionero, San Martín resolvió ofrecer su mediación patriótica en la guerra civil

“Dios me dé suerte en este viaje, pues si puedo contribuir a una pacificación sólida, tendré más satisfacción que ganar veinte batallas.” (12)

El 26 de febrero de 1819 -desde Mendoza- le escribe una carta al Gobernador de Santa Fe, Estanislao López, en donde le comunica que ha regresado con el único fin de rogar que termine con la guerra civil, en la que luchaban patriotas con las mismas ideas de libertad americana. Le dice a López que su mayor deseo es la emancipación absoluta del gobierno español. Esta frase demuestra que a casi tres años de la declaración formal de la Independencia, aún existían dudas en San Martín sobre la efectividad de la independencia argentina y su desvinculación con España. Le expresa su respeto por todas las ideas políticas. Interesante, porque San Martín no creía en la posibilidad de aplicar la forma federal como sistema de gobierno en el Río de la Plata. Sostiene que sus mejores sentimientos consisten en liberar la patria de los enemigos peninsulares, asegurando la paz y la unión de todos los americanos.

San Martín era contundente en cuanto a la ruptura definitiva con España y ofrecía un encuentro personal con López en el lugar y la fecha que el santafesino le indicara -a través de un Oficial de su confianza, le expresaba, y con la garantía de su palabra-, para conversar sobre los distintos temas expuestos en la carta y la pacificación del país.

Este documento fundamental de nuestro pasado histórico pone de manifiesto que el Prócer se colocaba por encima de las pasiones enfrentadas y no se apartaba del supremo objetivo que era la derrota de los españoles europeos. Además, demuestra confianza y seguridad con respecto a los caudillos federales. No le hacía caso a los amigos, que suplicaban “¡que no se metiera, por Jesucristo, en Santa Fe!”

La carta que refiero le envió el General San Martín al Jefe del Ejército del Norte, Manuel Belgrano -que ya estaba en Córdoba siguiendo las órdenes impartidas por Pueyrredón- junto con otra personal en que le requería una entrevista “para combinar con su acuerdo los métodos más útiles para el bien de la Causa americana” y en la que le solicitaba que hiciera llegar la adjunta al Gobernador santafesino.

(11) Joaquín Pérez, autor de la cita, encontró un ejemplar del mencionado escrito en la Biblioteca del Museo Histórico Nacional de Montevideo.

(12) Véase Documentos del Archivo de San Martín (1910-1911, t. VI: 147 y 345).

Belgrano no cumplió con la rogatoria de San Martín. Por lo tanto, el primer intento mediador de San Martín se frustró. La carta nunca llegó a manos de López. Le respondió que no lo hacía en el convencimiento de que era imposible una 'transacción' con hombres malvados que eran ¡movidos por los españoles!

Es indudable que Belgrano participaba plenamente de la ideología porteña que veía a los federales del Litoral como 'bárbaros, anarquistas y salvajes.' (13)

La responsabilidad moral de Belgrano en el evento es grave. Se trataba de una iniciativa positiva y patriótica del Jefe del Ejército de los Andes, con un prestigio indiscutible y que además estaba respaldada por el Gobierno chileno, que también había comunicado a Buenos Aires el envío inmediato de una Comisión mediadora integrada por los diplomáticos Cruz y Cavareda, para intentar algún tipo de acuerdo con el Protector Oriental José Artigas, Jefe supremo de la causa federalista.

Belgrano le transmitía en su responde que le sería fácil derrotar a los malvados montoneros por ser gente desorganizada e improvisada, que al ver las tropas bajo su mando, saldrían huyendo.

Es probable que esa fuera la tesis de la dirigencia porteña con respecto a la lucha federalista del Litoral. En Buenos Aires estaban convencidos que aplicando las fuerzas militares convencionales y con experiencia, terminaban rápidamente con la subversión de los montoneros y anarquistas.

San Martín consideraba que la guerra civil era tan nefasta y peligrosa que ponía en riesgo la integridad y la unidad nacional

Compartía muchas ideas con el grupo gobernante e incluso consideraba a Manuel Belgrano como un amigo personal. Pero estaba convencido que era imposible destruir a los montoneros federales, sin aniquilar simultáneamente a la Nación. En una carta que escribe en esos días de marzo de 1819, expresaba que aunque salgamos victoriosos sobre aquellos, el resultado final será desolador para la Argentina con el odio sin límites reinando en todas partes (14).

San Martín cifraba su esperanza en que la Comisión chilena y su propia intervención, significaran una salida a la guerra civil. Las instrucciones a los enviados chilenos Cruz y Salvador de Cavareda, para la mediación entre Artigas y el Director, admitían una cuestión fundamental que Artigas siempre había puesto como condición esencial para negociar una paz en su enfrentamiento con Buenos Aires: declararle la guerra a Portugal. Es evidente que esta cuestión era el principal obstáculo para lograr un avenimiento, ya que nadie ignoraba la existencia de tratativas públicas y secretas (aunque desconociendo, por ello mismo, sus términos), entre Pueyrredón y la Corte lusitana de Río.

Chile admitía la cuestión, pero la difería para después de la derrota española en el Perú. El compromiso de los mediadores era apoyar las pretensiones de Artigas y obtener la evacuación de la Banda Oriental, pero recién después de la ocupación de Lima y el nacimiento de Perú.

Pero es lo cierto que la mediación chilena estaba condenada al fracaso de antemano ya que Artigas era inflexible y tajante en ese punto: ninguna negociación si Portugal no retiraba las tropas de Uruguay o Buenos Aires le declaraba la guerra a Portugal.

7. Cartas de San Martín a Artigas y a Estanislao López

Es la carta que San Martín escribió el 13 de marzo de 1819 desde Mendoza, para serle rige a él como "mi más apreciable paisano y Señor" y comienza expresando su gran preocupación por el traslado del Ejército del Alto Perú al mando de Belgrano, a la provincia de Córdoba, en razón de la guerra civil, lo que alteraba ("desbarataba", es la palabra que utiliza el Gran Capitán), la estrategia combinada con el Ejército de los Andes a su mando, para la derrota final de los españoles en el Perú.

(13) Ídem, p. 18.

(14) Guido y Spano, Carlos. Vindicación histórica. Papeles del Brigadier General Tomás Guido, Buenos Aires, 1882, p. 210; documento citado por Joaquín Pérez (1960:77).

A continuación le refiere la inminente partida de la Expedición española conformada por 16.000 hombres desde Cádiz para atacar el Río de la Plata y la necesidad impostergable de mantener la unión para enfrentar el peligro.

“No puedo ni debo analizar las causas de esta guerra entre hermanos... lo más sensible es que todos son de iguales opiniones en sus principios de emancipación e independencia de España; pero sean cuáles fueran las causas, creo que debemos cortar las diferencias y dedicarnos a la destrucción de nuestros crueles enemigos los españoles...” (15).

Le dice que los chilenos que integran la comisión mediadora son honrados y patriotas, con intenciones del bien y felicidad de la Patria.

“Cada gota de sangre americana que se vierta por nuestros disgustos, me llega al corazón. Paisano mío -le ruega-, hagamos un esfuerzo y transemos todo para dedicarnos únicamente a la destrucción de los enemigos de nuestra libertad”. Allí expresa que una vez que vea libre e independiente a la patria renunciará y se retirará.

“*Mi sable jamás saldrá de la vaina para reprimir opiniones políticas*” le dice al prócer rioplatense Artigas...unámonos contra los maturrangos (los españoles), con las condiciones que Ud. y el gobierno de Buenos Aires, crean más convenientes...” Y finaliza con la mano en el corazón diciéndole que si lo considera un americano con ideas inequívocas a favor de la patria, apoye su intervención con el mayor énfasis posible.

El documento que he glosado acredita las sombras del Gran Capitán sobre las siniestras perspectivas del enfrentamiento armado, en un momento histórico decisivo del proyecto

El mismo día le escribe también a López, en términos de igual contenido y propósitos, aunque reiterando con el mayor énfasis la propuesta efectuada en la misiva previa del 26 de febrero de ese año, de mantener una conferencia personal en el lugar que el Gobernador de Santa Fe le propusiera, fundada en la confianza que le merecía su honradez y buen comportamiento.

Los términos de esta carta demuestran que San Martín no tenía sobre los caudillos federales el mismo concepto despreciativo y subalterno que la intelectualidad porteña. Como ya expresé anteriormente, San Martín tenía a sus ‘amigos’ en Buenos Aires (de este modo se aludían entre sí los hermanos masones de las Logias de Buenos Aires y de Santiago de Chile), pero siempre había conservado una relativa autonomía intelectual y política, autonomía que como acreditan los acontecimientos posteriores de ese año 1819, se transformó en discrepancia y desembocó en ruptura, aún alterando las reglas funcionales en las relaciones masónicas.

“Unámonos para batir a los maturrangos que nos amenazan, divididos seremos esclavos; unidos, estoy seguro que los venceremos. Hagamos un esfuerzo de patriotismo, depongamos los resentimientos particulares y concluyamos nuestra obra con Honor”.

Vuelve a repetir la idea moral que lo ha consagrado como el gran prócer de la argentinidad: “*Mi sable jamás saldrá de la vaina por opiniones políticas*”. San Martín afirma que López era un patriota y que esperaba de él todo género de sacrificios para asegurar la independencia -lo que demuestra que aún no la entendía segura y definitiva-, y sin perjuicio -le decía-, de sus objetivos políticos y pretensiones, sobre las cuáles “...estoy seguro que aceptarán los diputados mediadores”, a los que respalda en su rectitud y honradez.

Las cartas de San Martín le fueron entregadas a Belgrano en mano, por los delegados chilenos, en la ciudad de Córdoba, a los fines de que le fueran remitidas a sus destinatarios, pero Belgrano -al igual que la anterior para López- resolvió no hacerlo. En principio, esa triste negativa del Jefe militar, la justifican diversos historiadores clásicos en razón de la postura del Director Supremo del Estado, de total

(15) Véanse las cartas de San Martín a López y Artigas en: Documentos del Archivo de San Martín (1910-1911, t. VI: 148-150).

y absoluto rechazo a la intervención mediadora chilena en la guerra civil. La misma suerte mereció otra carta de San Martín a López, fechada el 8 de julio de 1819, que jamás recibió (16).

Efectivamente, el Director Pueyrredón rechazó la mediación chilena -atrás de la cuál, estaba indudablemente San Martín-, que alcanzó a llegar a Córdoba y que se vio impedida de proseguir con su objetivo, porque aquél consideró que era “degradante para su Gobierno, ya que le daba al Caudillo Oriental una importancia que ni él mismo se debía imaginar que la tenía”.

Ahora bien, obsérvese que la mediación chilena y la intervención de San Martín, a título personal, corrían por cuerda separada. Las cartas de San Martín le fueron entregadas a Belgrano con el cometido de que las hiciera llegar a sus destinatarios, por expreso pedido de aquél. Así, considero que la negativa del General Belgrano a remitirlas fue una decisión personal, apoyada en su idea de que estaban dirigidas a “hombres salvajes y viles fascinados, como los había calificado en carta a San Martín (17).

Constituyó el episodio una auténtica fractura de San Martín con el grupo porteño. Pero otro episodio, vino a profundizar la disparidad de criterios: Pueyrredón le ordenó a San Martín abandonar Chile con el Ejército de los Andes y regresar al país, con el argumento de que había que consolidar las defensas ante la inminente partida de la Expedición punitiva española.

La orden del Gobierno dispuso que el ejército mencionado se dirigiera a Tucumán para reforzar la frontera Norte. Pero el contingente de 1253 oficiales y soldados que alcanzó a cruzar la Cordillera antes del invierno, descató la orden y permaneció en Mendoza, al mando del Coronel Necochea.

Es que ya nadie creía seriamente en la posibilidad de que tal ataque pudiera concretarse. El 9 de junio de 1819 presentó la renuncia Pueyrredón en virtud de lo previsto por la flamante Constitución de 1819 y el Congreso lo designó a Rondeau.

Poco antes, López había arribado a un acuerdo patriótico con Viamonte firmando un cese de hostilidades. Dicho acuerdo fue ratificado por su Jefe militar el Gral. Belgrano, con el desagrado del Director Pueyrredón, que recién fue anoticiado con el hecho consumado. Lo cierto es que poco después del aparente retiro del ex Director -aparente, porque continuó dirigiendo el curso de la acción política, casi hasta el desenlace final-, trascendió entre los caudillos federales que el Gobierno había arribado a un nuevo pacto secreto con los portugueses.

Dicho pacto -no escrito, pero verdadero-, admitía una operación combinada del Ejército Portugués con tropas argentinas que obedecían al Director, para invadir y ocupar Entre Ríos y Corrientes, con apoyo de una escuadra naval militar, para la destrucción de Artigas, López y Ramírez, lo que puso a los federales nuevamente en pié de guerra contra Buenos Aires y sus aliados lusitanos (octubre y noviembre de 1819).

Todo esto revela que para el grupo porteño la prioridad esencial de sus objetivos estratégicos, consistía en el aniquilamiento de Artigas, fuese como fuere. Había invocado el peligro español para sus-

(16) La interpretación de la historiografía clásica sobre las conductas positivas y negativas de los Generales San Martín y Belgrano en el intento mediador de San Martín en la trágica guerra civil argentina, quedó definida con los siguientes juicios de Mitre, que transcribo para una mayor comprensión del lector: “Estas declaraciones avanzadas de San Martín eran imprudentes, por no decir ligeras. La imparcialidad que afectaba era un reproche indirecto a la Autoridad nacional que sostenía la guerra. Su afirmación absoluta de no tomar parte en ninguna guerra civil, importaba debilitar la fuerza moral del Gobierno, alejando de sus enemigos la amenaza del Ejército de los Andes. Felizmente, las cartas fueron detenidas por Belgrano...que estaba en otras disposiciones.” (Mitre, 1947, t. IV, cap. XXXIX:21-22).

(17) Tal era el desprecio que Belgrano le tenía a Artigas, que en una carta a Güemes al tiempo de la mediación de San Martín, le escribe: “Si yo concibiera que Ud. es un partidario de Artigas, que es lo mismo que decir un amigo de la destrucción de la nueva Nación, no sería su amigo; pero si veo todo lo contrario y los trabajos de Ud. ¿por qué le haría esa injusticia?” (Carta fechada en Tucumán el 10 de abril de 1818) Véase: Selección de Documentos del Museo Histórico Nacional (1952, t. I: 141 y ss.).

tentar las órdenes militares, pero el objetivo verdadero era el aniquilamiento de Artigas y sus partidarios, es decir, aniquilar al adversario ideológico interno.

Artigas era consciente y en carta a Ramírez del 4 de diciembre de 1819 (se la envía al ‘Sr. Comandante General y Jefe del Ejército Federal’), le expresa:

“...He visto que los hombres han descubierto el velo a su iniquidad, de otro modo no se expondrían a operaciones que demuestran claramente el principio de donde parten. Anteayer, por un oficial que vino de Montevideo he sabido que en aquel puerto se construyen...barcas planas para desembarque. Yo no dudo que la gente embarcada...son para ocupar Concepción del Uruguay y Paraná, mientras San Martín baja con su ejército desde Mendoza para ocupar Santa Fe. Supongo en sus manos los anuncios de estas medidas en combinación de portugueses y porteños. Todos sus movimientos lo confirman, por lo que debemos apresurarnos a contrarrestar su perfidia...” (Pérez, 1960: 125-129) (18).

En la carta, Artigas hace referencia a “la mediación de San Martín”. Quiere decir, entonces, que aunque la misma no había obtenido el respaldo oficial, ni las cartas del prócer que he glosado llegaron a sus destinatarios, la intención pacificadora de San Martín se había divulgado lo suficiente para que llegara a oídos del Caudillo oriental. Pero Artigas deja entrever que esa mediación, reitero, no poseía ninguna prueba de que existiere, o no, podía ser una nueva maniobra dilatoria de los porteños, en ese momento encabezados por el Director Rondeau. Y reitera su posición inflexible con respecto a una negociación pacificadora con el Director: “(...) no autorizaré cosa alguna estipulada, mientras el Gobierno de Buenos Aires no haya declarado la guerra a los portugueses, pública y activamente Este es el principio de todas las dificultades y mientras yo no vea asegurado este paso, no podré responder de las seguridades de un convenio razonable.”

Más aún, le advierte al caudillo entrerriano que no descuide al ‘Ejército de San Martín’ y que haga lo posible para asegurar la ‘independencia de Córdoba’, vale decir, liberarla de los porteños y convertir su territorio en una pieza estratégica para enfrentar los Ejércitos de San Martín y de Rondeau.

¿Qué hubiera ocurrido con la guerra civil si Pueyrredón y Belgrano no hubieran hecho fracasar la mediación de San Martín?

Aunque detuvieron a los comisionados chilenos en Córdoba, los federales igual se enteraron y ese fue el motivo por el cual López accedió a una paz con Viamonte, en el mes de abril, ante la expectativa de llegar a un acuerdo.

Pero para la conducción oficial, una mediación que tuviera como Eje central a una figura del prestigio de San Martín, beneficiaba al enemigo interno. Los diversos hechos demuestran claramente que el giro de los acontecimientos hubiera sido otro si el Gobierno no impedía la gestión patriótica de San Martín. Pueyrredón no lo respaldó, ni tampoco lo respaldó el poder oculto de la Logia de Buenos Aires.

El último acto previo de Artigas a la batalla final, consistió en un Oficio que le dirigió al General San Martín en Mendoza, vibrante y elocuente expresión del supremo objetivo de la ‘Causa Federal Argentina’, como lo era la Democracia popular y representativa y la defensa de la Soberanía nacional:

“Excelentísimo Señor General: Los Pueblos de la Banda Oriental del Paraná están alarmados por la seguridad de sus intereses y los de la Nación contra el Poder Directorial. Yo estoy resuelto a protegerlos, mientras no desaparezca esta pérfida coalición con la Corte del Brasil y los pueblos se crean en seguridad de decidir su suerte. Vuestra Excelencia, créame inexorable en este deber que llena toda la cordialidad de mis votos. Queda en manos de V.E. la resolución del problema. José Gervasio de ARTIGAS”

El oficio al que hago referencia fue expedido desde su Cuartel General de Santa María en Uruguay, el 27 de diciembre de 1819. (Pérez, 1960:130-131).

(18) El documento lo transcribe en su totalidad Joaquín Pérez en la obra citada, en la que incorpora copia fotostática del mismo, obtenida en el Archivo General de la Nación de la República Oriental del Uruguay.

¿Pudo influir en el ánimo de San Martín la exhortación final del ‘Protector de los Pueblos Libres’?

San Martín recibió la orden de bajar con el Ejército de los Andes para asumir la defensa de la ciudad de Buenos Aires. La misma orden que recibiera el que en ese momento se desempeñaba como Jefe interino del Ejército del Alto Perú, acantonado en Córdoba, General Francisco de la Cruz.

Estas tropas, junto con las de Buenos Aires, eran suficientes para derrotar al “peligro montonero y federal”. Los porteños esperaban anhelantes que San Martín iniciara la marcha desde Mendoza con las tropas. Era la carta decisiva para aplastar la rebelión del Litoral. Inclusive, la Logia masónica le ordenó que viniera de inmediato, porque es evidente el velo de sospechas que San Martín les despertaba. Le ordenaban que debía sacrificar ‘todo’ al interés de sus amigos (los hermanos masónicos) y le decían que ninguna cosa de provecho podía intentarse sin antes ocupar Santa Fe y ‘concluir’ con los anarquistas. Que viniera a salvar a la Patria y a llenar de gloria (la de ellos), a los que gozan con las suyas (19).

Convencidos de la total reticencia del Gran Capitán a ejecutar las órdenes recibidas, el Director le envía una nueva orden a fines de diciembre de 1819, la que resuelve que al frente del mando de esa división de 1253 hombres acantonada en Mendoza, quedara el Coronel Mariano Necochea, la que debía marchar de inmediato para Buenos Aires.

En ese momento ocurrió la famosa y trascendental rebelión del prócer, calificada por Mitre como la “Genial Desobediencia”.

8. La rebelión del Gran Capitán

San Martín presentó su formal dimisión como Jefe del Ejército de los Andes el 26 de diciembre de 1819 al Gobierno; regresó de inmediato a Chile, acompañado por la división entera, y se la ofreció a O’ Higgins para continuar sin más trámites, con la organización y ejecución de las operaciones militares y navales contra el Virreinato del Perú.

Quedó para los porteños directoriales como un auténtico Traidor. Nunca se lo perdonaron. El juicio de la Historia ha determinado que San Martín salvó con su desobediencia a la Revolución hispano-americana. Evitó un gran derramamiento de sangre entre hermanos rioplatenses y contribuyó con su histórica rebelión, a la caída del Directorio. Frustró la consagración de la Monarquía borbónica o portuguesa en Buenos Aires. Y esto sí era la Traición al ideario revolucionario americano de 1810 en adelante. Apresuró el fin de la dominación española en Sudamérica, al proseguir con el proyecto de la toma de Lima.

Las consecuencias internas del alzamiento sanmartiniano fueron inmediatas. El 9 de enero de 1820, se sublevaba en San Juan, la división de Cazadores del Ejército de los Andes; y dos días antes, las tropas comandadas por el General Cruz pertenecientes al Ejército del Alto Perú -al cruzar el límite e ingresara territorio de la Provincia de Santa Fe-, se sublevan en Arequito, encabezadas por el General Juan Bautista Bustos. En ambos casos, los militares sublevados se negaron a tomar parte en la represión de los pueblos federalistas, fuesen o no los pueblos del Litoral, sosteniendo que solamente empuñaban las armas contra los españoles. En consecuencia, se negaron a tomar parte en la guerra civil. Muchos son los que expresaron sus simpatías por las ideas federales.

El epílogo de este primer y dramático capítulo de las Guerras civiles del Río de la Plata, lo constituyó la batalla final, la batalla de Cepeda, del 1° de Febrero de 1820, con la total victoria de las tropas artiguistas y federales comandadas por López y Ramírez, sobre las menguadas tropas porteñas al mando del Director Supremo, General José Rondeau. Uno de los últimos actos del deteriorado Congreso nacional fue la orden de que el ex Director del Estado, Juan Martín de Pueyrredón; y el Ministro de Gobierno, Gregorio Tagle, debían abandonar el país de inmediato. Se iniciaba una etapa diferente en la historia política del Río de La Plata.

(19) Véase Documentos del Archivo de San Martín, t. IX, p. 399.

9. Conclusiones

He tratado de analizar las dos corrientes políticas enfrentadas durante el proceso de la revolución rioplatense, de 1810 a 1820. Una, la aristocrática y centralista, encabezada por los porteños, proyectó un modelo de Nación que incorporaba las reformas sociales y económicas del Iluminismo francés del siglo XVIII, pero con la primacía económica y estratégica de Buenos Aires por sobre el resto de las nacientes provincias argentinas; otra, democrática, popular, republicana y federalista, encabezada por los Caudillos, y sobre estos, por el Protector de los Pueblos Libres, que deseaba un modelo de Nación basado en las autonomías provinciales plenas, por el que Buenos Aires debía abjurar de sus privilegios económicos-sobre todo, los aduaneros-, y el absoluto respeto a la soberanía popular, principio consagrado en Mayo de 1810.

La primera fue reformista, pero nunca fue 'revolucionaria'; la segunda fue revolucionaria desde el principio y profundizó la temática con las medidas implementadas por el Protector de la Liga Federal en el Litoral rioplatense. Revolucionaria, en tanto deseaba un profundo cambio en las estructuras económicas, jurídicas y sociales heredadas de España.

Cuando el proyecto directorial porteño resolvió acordar una salida Constitucional con la dinastía borbónica -incluyendo a España, en principio-, y la consagración de una Monarquía constitucional en el Río de la Plata, con capital en Buenos Aires y el respaldo de Europa -en particular, de la Corona francesa-, tanto el proyecto como el pensamiento político institucional que lo sustentaba, se transformó decididamente en "contrarrevolucionario".

San Martín tenía como supremo objetivo político y militar la liberación americana del dominio español y si bien estuvo de acuerdo con el Grupo directorial porteño de instaurar en el Río de la Plata una Monarquía constitucional, discrepó cuando el Gobierno se preocupó más en derrotar a los caudillos federales que en continuar respaldando política y económicamente, el proyecto de la expedición militar contra el Virreinato del Perú.

Tuvo una postura diferente en la Guerra civil para con los jefes federales del Litoral. Ofreció una mediación que Pueyrredón no avaló. Trató de aproximarse a los caudillos para convencerlos de la inutilidad de la guerra.

No respaldó el último proyecto de Pueyrredón de consagrar un Borbón de la rama italiana de la dinastía, apadrinado por el Estado Francés. Cuando recibió la orden de trasladar a Córdoba una parte del Ejército de los Andes que permanecía en Mendoza, para atacar a los rebeldes federales, la desobedeció. Presentó su renuncia como Jefe militar al debilitado Gobierno nacional, regresó a Chile con las tropas y se las entregó al Director O'Higgins, para proseguir el proyecto militar de conquistar el Perú.

San Martín estaba convencido de la inutilidad de la guerra civil y de que, en el mejor de los casos con una victoria sobre los pueblos federales, la secuela de odio y resentimiento convertían en imposible una solución estable y segura para los desencuentros argentinos.

La consecuencia directa de la guerra civil significaba la cancelación de los planes para atacar el Virreinato del Perú y acabar con la dominación española en Sudamérica. Tal era la postura de San Martín. Sacrificó a sus amigos de la Logia, en aras de un ideal superior.

Artigas ordenó atacar Buenos Aires y derrotar al Directorio, cuya caída se precipitó luego del triunfo militar de los federales en Cepeda.

La causa eficiente fue el acuerdo político del Gobierno con la corona portuguesa para mantener la ocupación de la Provincia oriental y aumentar la ocupación militar lusitana en toda la Mesopotamia argentina. Esto constituía una verdadera traición a la Patria para Artigas y sus discípulos Y para el recto juicio histórico, también. San Martín no logró la mediación para poner fin a la guerra civil, pero con su histórica desobediencia -señal que se repitió en cadena con el resto de las tropas militares que permanecían a la espera de una resolución y que siguieron el ejemplo del Gran Capitán de no reprimir al pueblo federal-, apuntaló el objetivo de Artigas de frustrar la alianza con los portugueses y la

instauración de la monarquía europea en el Río de la Plata, incluyendo al último intento monárquico del Directorio y del Congreso, el de coronar en Buenos Aires al Infante Sebastiano, perteneciente a la dinastía portuguesa de Río de Janeiro.

Con la batalla de Cepeda concluye el proyecto monárquico europeo definitivamente, pero no concluyen las causas que mantienen latente a las guerras civiles en el Río de la Plata. La causa federal continúa sin Artigas y por diferentes caminos. La causa porteña continuará hasta sus últimas consecuencias, manteniendo los privilegios económicos y la subalternización de las provincias. El grupo porteño quedó intacto y poco después volvió a la carga.

Mi pretensión ha sido demostrar que si hubiera sido escuchado a tiempo, San Martín muy probablemente hubiera logrado un acuerdo posible y constructivo con los líderes federales y populares. Fue para mí el único que se puso por encima de las circunstancias de ese momento, con patriotismo, con honor, con arrojo e hidalguía.

10. Bibliografía

- ALBERDI, Juan Bautista. Escritos póstumos. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2002, t. V.
- Antología conmemorativa (1810-2010), con estudio preliminar de Roberto Pucci. Buenos Aires: Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 2011, t. 1.
- ARGENTINA. MINISTERIO DE EDUCACIÓN. INSTITUTO NACIONAL SANMARTINIANO, MUSEO HISTÓRICO NACIONAL. Documentos para la historia del libertador general San Martín. Buenos Aires: Instituto Nacional Sanmartiniano, Museo Histórico Nacional, 1954, t. III, IV y V.
- ARTOLA, Miguel. La España de Fernando VII. La guerra de la independencia y los orígenes del constitucionalismo español. 2a. ed. Madrid: Espasa Calpe, 1978.
- BUSANICHE, José Luis. Historia Argentina. Buenos Aires: Solar/Hachette, 1965.
- COMISIÓN NACIONAL DEL CENTENARIO. Documentos del Archivo de San Martín. Buenos Aires: Imprenta Coni, 1910-1911, t. IV, V, VI y IX.
- DE DIEGO, Emilio. “La Europa de la Restauración”, EN: Historia del mundo contemporáneo. Madrid: Actas, 1994, cap. 12, 421-436.
- DEMICHELI, Alberto. Formación constitucional rioplatense. Montevideo: Barreiro y Ramos, 1955.
- Origen federal argentino. Buenos Aires: Depalma, 1962.
- LÓPEZ, Vicente Fidel. Historia de la República Argentina. Su origen, su revolución y su desarrollo político hasta 1852. 4a. ed. Buenos Aires: La Facultad, 1926, t. VI, VII y VIII.
- MEDRANO, Samuel W. “¿República o monarquía?”, EN: Guillermo Furlog Cardiff (dir.). El Congreso de Tucumán. Buenos Aires: Theoría, 1966, 278-283.
- MELLI, Oscar Ricardo. “San Martín, Belgrano, Güemes y el Congreso de Tucumán”, EN: Guillermo Furlog Cardiff (dir.). El Congreso de Tucumán. Buenos Aires: Theoría, 1966, 237-264.
- MITRE, Bartolomé. Historia de San Martín y de la emancipación sudamericana. Buenos Aires: Peuser, 1946.
- Historia de Belgrano y de la independencia argentina: estudio preliminar de Ángel Acuña. Buenos Aires: Estrada, 1947, t. III y IV.
- MUSEO HISTÓRICO NACIONAL [ARGENTINA]. “Guerras de la independencia”, EN: Selección de Documentos del Museo Histórico Nacional. Buenos Aires: Museo Histórico Nacional, 1952, t. I, 141 y ss.

PÉREZ, Joaquín. Artigas, San Martín y los proyectos monárquicos en el Río de la Plata y Chile (1818-1820). Montevideo: [s. n.], 1960.

— “Monarquía o república”, EN: *Polémica. Primera historia argentina integral*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1970-9, 233-252.

PICCIRILLI, Ricardo. *San Martín y la política de los pueblos*. Buenos Aires: El Ateneo, 1957.

PUEYRREDÓN, Carlos Alberto. *La diplomacia argentina con los países americanos, 1815-1819*. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1945.

RESNICK, Enoch F. “La alternativa de España a la independencia de América del Sur: La expedición al Río de la Plata (1814-1820)”, EN: *Trabajos y comunicaciones*. La Plata: UNLP, Facultad Humanidades y Ciencias de la Educación, 1973-22, 245-279.

SAMPAY, Arturo Enrique (colab.). *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*. Buenos Aires: EUDEBA, 1975.

STREET, John. *Artigas y la emancipación del Uruguay*. Montevideo: Barreiro y Ramos, 1967.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE BUENOS AIRES. FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES HISTÓRICAS. *Asambleas constituyentes argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la nación, coord. y anotadas por Emilio Ravignani*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones históricas, 1937-1939, t. I y VI.

Urquiza y el camino hacia la organización constitucional

POR JUAN P. GARDINETTI (*)

Sumario: I. Introducción: Las opciones de Urquiza después de la victoria. — II. La misión Irigoyen. — III. El Protocolo de Palermo. — IV. Convocatoria a los gobernadores. Polémica en torno a los diversos borradores. — V. Análisis del Acuerdo. El ejercicio de las atribuciones por el Director Provisorio. — VI. Epílogo. — VII. Bibliografía utilizada.

Resumen

Acontecida la caída de Rosas, debió Urquiza planificar y llevar adelante distintas estrategias a fin de pacificar el país y generar el ambiente propicio para la instalación de un congreso constituyente que sancionara la demorada carta. La actitud de Urquiza fue, en general, de tolerancia y apertura hacia los diversos actores políticos. Ese proceso que se inicia inmediatamente después de Caseros no estuvo exento de obstáculos, y los realineamientos políticos no se dieron en función de antiguas pertenencias partidistas o ideológicas sino de cara al posicionamiento en la relación entre Buenos Aires y las provincias. Esa relación altamente conflictiva entre porteños y provincianos marcará al año 1852. En su estrategia organizadora, Urquiza convocará a una reunión de gobernadores en San Nicolás, donde se firmará un acuerdo que -retomando los principios del Pacto Federal de 1831- servirá de base y fundamento jurídico-político a la Constitución de 1853. Se ha trabajado en base a la literatura historiográfica -nacional y extranjera- más relevante en relación al estudio de esa época, y se ha tenido especial interés en confrontar posturas de los autores citados, intentando confirmar o refutar hipótesis planteadas. En cuanto a los documentos analizados, ellos han sido confrontados en sus versiones oficiales publicadas en el Registro Nacional.

Palabras clave: Urquiza - organización constitucional - Acuerdo de San Nicolás - congreso constituyente

Abstract

After the fall of Rosas Urquiza had to plan and carry out different strategies in order to pacify the country and create the right environment for the installation of a constituent congress to sanction the delayed letter. Urquiza's attitude was, in general, of tolerance and opening to diverse political actors. That process which started immediately after Caseros was not free of obstacles and the political realignments were not based on old partisan or ideological belongings but facing the positioning in the relationship between Buenos Aires and the provinces. This highly conflictive relationship between porteños and provincials will mark the year 1852. In its strategy of organizing, Urquiza convened a meeting of governors in San Nicolás, where they signed an agreement which -returning to the principles of the Federal Pact of 1831- would be the basis and legal-political foundation of the Constitution of 1853. The present paper is based on the most relevant national and foreign historiographical literature related to the study of the time, and it has taken special interest in confronting positions of the authors cited in the article, trying to confirm or refute the hypotheses proposed. The documents analyzed have been confronted in their official versions published in the National Register.

Keywords: Urquiza - constitutional organization - San Nicolás agreement - constituent congress

I. Introducción: Las opciones de Urquiza después de la victoria

1.- Una vez disipados los humos de Caseros, Urquiza hubo de enfrentar dos grandes desafíos. Por un lado, el reto de la organización -siquiera provisoria- de la provincia de Buenos Aires, conmocionada y en expectativa ante la caída de un gobierno personalista que- con un breve interregno en el que

(*) Jefe de Trabajos Prácticos de Historia Constitucional, Cátedra II; Docente de Historia Constitucional, Cátedra III y de Derecho Constitucional, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

igual se hizo sentir la influencia del líder- llevaba dos décadas en el poder. Esta situación era, acaso, la más delicada de atender por el jefe triunfante, pues pronto adquiriría una dinámica vertiginosa en la acción y confrontación de los antiguos actores de la política porteña con aquél, y de éstos entre sí.

La restante cuestión *-a priori*, tan álgida como la primera pero, en los hechos, de más fácil resolución- era la nueva relación a entablarse con los gobernadores del interior, los que llevaban años de sujeción al jefe porteño depuesto. Claramente, se presentaban a consideración de Urquiza dos caminos antagónicos a este respecto. Uno, la vía militar directa contra los jefes provinciales, encabezada tal vez por el propio gobernador entrerriano con su ejército victorioso el 3 de febrero; la opción por esa vía, suponía, como lógica secuencia, la instalación directa de nuevos mandatarios afines a Urquiza. La segunda opción era entablar una política de seducción y convencimiento de ese heterogéneo grupo de dirigentes, a fin de convocarlos y atraerlos a la construcción de una nueva forma de relación política entre los componentes de la confederación, bajo una condición novedosa: la no hegemonía de Buenos Aires, colocada junto a las demás provincias -al menos en los planes urquicistas- en la calidad de pares *inter se*, condición necesaria para una estructura constitucional que ofreciera garantías al interior que los antiguos privilegios porteños serían anulados. La situación objetiva de la derrota en su propio territorio y a una distancia relativamente corta de la antigua capital, y el comando del proceso político por un hombre del litoral, parecían señales auspiciosas en la ordalía.

Sin embargo, y a este respecto, determinadas circunstancias parecen no haber sido suficientemente valoradas por Urquiza. Desde este punto de vista, podría computarse como un factor no sopesado correctamente por el vencedor, el rápido reacomodamiento de los antiguos dirigentes porteños simpatizantes de Rosas en una impensada (impensada en principio, pero sólo en principio) alianza con los viejos emigrados de Montevideo, de regreso tras la noticia de Caseros; el abrazo entre el rosista Lorenzo Torres con Valentín Alsina, por citar sólo uno de los ejemplos más notorios, permite graficar la cuestión.

Quedará establecida en 1852 una nueva divisoria de aguas que ya no tendrá tanto en cuenta antiguos lineamientos político-ideológicos -la vieja antinomia entre unitarios y federales-, sino el posicionamiento en la siempre conflictiva relación entre Buenos Aires y las provincias. En este sentido, quedan ya delineados los dos grandes abroquelamientos que disputarán la próxima década: los defensores de los derechos de las provincias en la futura organización (entre los que militan incluso hombres de la ciudad-puerto, como Francisco Pico), y los que abogarán por el mantenimiento del privilegio aduanero en manos de Buenos Aires. Resultaría, entonces, un error pensar las alternativas que se dan en esta época especialmente conflictiva como una reedición de antiguas querellas partidarias: es un nuevo punto de referencia el que permite reagrupar a los actores del vertiginoso drama.

2.- Urquiza debe, pues, decidir su actuación en ambos temas con la mayor premura. Con respecto a la situación interna de Buenos Aires, coloca al frente de su gobierno a Vicente López y Planes, reconocida personalidad con actuación pública desde la gesta revolucionaria de 1810, autor de la letra del Himno, y -tal vez el punto más importante en esa coyuntura- un hombre sin partido propio y sin ambiciones de permanencia en el sillón de gobernador. Será designado, primero en carácter provisorio, y luego ratificado por la Legislatura como gobernador propietario, es decir, de acuerdo a la normativa institucional de diciembre de 1823, mandatario titular y efectivo.

Sin embargo, desde los primeros tiempos de su gobierno, deberá hacer frente a un entramado opositor que se gesta desde su propio gabinete, donde Valentín Alsina (1), notorio líder de la facción antiurquicista, ocupaba el ministerio de Gobierno.

(1) Este protagonista fundamental del año 1852 aparece caracterizado por Cárcano de la siguiente forma: "...hombre de convicciones y entereza cívica. Unitario de Rivadavia, devoto de sus principios, acarició sus ilusiones, sufrió sus extravíos, no se doblegó al infortunio, y nunca cesó de luchar por las libertades de su país. (...) Poseía teóricamente aspiraciones y sentimientos nacionales, pero era expresión concreta y cálida del centralismo y soberbia metropolitana. A las provincias las miraba al través del individualismo inferior de sus mandones, no sintió la solidaridad nacional, y por eso su prestigio nunca pasó el Arroyo del Medio". [Cárcano, 1946: 10]

II. La misión Irigoyen

1.- La segunda cuestión arriba mencionada, o sea, el marco de relaciones con los gobernadores del interior, será encarada por Urquiza mediante la vía política, los buenos oficios y la presión en algunos casos, tendientes a atraer y convencer a los mandatarios provinciales de sumarse a la nueva estructura política que habría de desembocar en la organización constitucional del país (“...atraer al pensamiento de la Constitución todas las influencias preponderantes del interior”, según las propias palabras de Urquiza en las instrucciones que dará). La utilización de esta vía política y de buenos oficios irá acompañada, como veremos en seguida, de una alta dosis de tolerancia ante las resoluciones internas de cada situación provincial, marco en el que algunas provincias cambiarán de gobernador, a veces de modo violento.

Para ello echará mano de una misión que se encargará -en gesto hacia el pasado rosista- a un ex funcionario del Restaurador, don Bernardo de Irigoyen, (2) a quien le cabría, en el futuro, una importante actuación como tribuno, legislador y gobernador de su provincia. En 1852 es joven (no ha cumplido aún treinta años) pero con una buena foja de servicios. La misión que se le encomienda es transmitir a los dirigentes del interior los propósitos de Urquiza en orden a la estructuración constitucional futura, y las seguridades de que se respetarían las situaciones provinciales establecidas.

2.- En este orden de cosas, en el centro y norte argentinos, en los primeros meses de 1852, las situaciones que se vivían en las provincias eran muy disímiles. Había cierto ordenamiento y consolidación de las jefaturas gubernamentales en San Luis (Lucero), Catamarca (Navarro), Santiago del Estero (Taboada) y Tucumán (Gutiérrez). En San Juan, el gobernador Nazario Benavídes tuvo que enfrentar una conjura de tinte liberal, de la que salió airoso. Empero, hubo cambios de gobernador en Mendoza (Segura), Salta (Arias), Córdoba (Guzmán) y, en el suceso más trágico pues se fusiló al antiguo mandatario, Jujuy también asistió a un cambio de gobernador mediante una revuelta (Bárcena).

En el litoral, en cambio, los aires eran -al menos en los primeros meses- más calmos: se había consolidado un nuevo gobierno decididamente urquicista en Santa Fe al mando de Domingo Crespo; el de Corrientes continuaba en manos de Benjamín Virasoro, alto jefe del ejército que peleó en Caseros, también de la confianza de Urquiza; y el de Entre Ríos, obviamente permaneciendo en manos de éste.

La situación nacional de esos meses ha sido resumida por Scobie de la siguiente forma:

“En el resto de la Argentina se experimentó escasa agitación y no reinaba esa actividad febril que había caracterizado la escena porteña en los meses que siguieron a Caseros. En la mayoría de las provincias, la población estaba bajo el control de los caudillos locales y menos dividida en sus simpatías políticas y económicas. El abrupto cambio que significó para estos gobiernos dejar de obedecer a Rosas y obedecer a Urquiza demostraba la aceptación pasiva del cambiante estado de los asuntos en el distante litoral. En Córdoba, Mendoza, Jujuy y Salta es cierto que los gobernadores rosistas habían sido reemplazados en marzo y abril a instigación de Urquiza o por revoluciones locales. Esto, sin embargo, no representaba un cambio radical del antiguo orden”. [Scobie, 1979: 51]

En efecto, la aparición de nuevos personajes en las escenas provinciales (v. gr., Arias o Bárcena) no significó, de ningún modo, un cambio sustancial en sus respectivas situaciones. Ello permite explicar por qué Urquiza toleró esos cambios, en tanto su liderazgo no era puesto en cuestión, a efectos de no obstaculizar la marcha del proceso de cimentación pre-constituyente.

Cabe, sin embargo, formular alguna observación respecto del fragmento recién citado, y que tiene que ver con la “escasa agitación” del interior, lo que puede ser objeto de discusión no bien reparamos en el dato que el propio Scobie reconoce: en cuatro provincias (de las nueve que componían el interior argentino en esa época) había habido revueltas, en algunos casos culminaron con la expulsión

(2) Al respecto comenta Rosa: “Por su inteligencia, condiciones diplomáticas, energía, buena fe y militancia rosista, Bernardo de Irigoyen era el hombre para disipar los recelos del interior”. [Rosa, 1970: 18]

del antiguo mandatario y la simple instalación de uno nuevo, pero en el caso de Jujuy la sedición se cobró la vida del mandatario derribado. Sintetizando, entonces, podríamos reformular lo expuesto diciendo que hubo cambios internos, y en ciertos casos de manera violenta, pero aún así la situación general del conjunto de las provincias no se modificó, y se aceptó el nuevo orden propuesto y encabezado por Urquiza tal como antes se había aceptado el orden rosista. Respecto de esta mansa aceptación de una nueva jefatura, recordaba Rodolfo Rivarola, en 1908, la actitud del cuerpo legislativo cordobés (representativo de una actitud más o menos similar de los de las otras provincias) y escribía que: "Legislaturas que habían declarado a Urquiza traidor, y protestado su adhesión a Rosas, se apresuraban a protestársela a Urquiza. (...) Suscribir la adhesión a Rosas en noviembre de 1851, no impedía entusiasmarse por Urquiza en febrero. Se precisaban entonces noventa días para un cambio de opinión". [Rivarola, 1908: 34]

Empero, justamente aquello constituía de por sí una importante novedad: por primera vez en décadas se aceptaba un poder y un liderazgo que no provenía de la antigua ciudad-puerto, y que suponía que ese nuevo orden -el encabezado por Urquiza- implicaba los componentes de igualdad y cierta equidad entre las provincias.

3.- Urquiza dio instrucciones un tanto genéricas pero claras y portadoras de magnanimidad a Irigoyen, quien partió a comienzos del mes de marzo de 1852:

"Es preciso modificar y templar prudentemente las ideas de los que pretenden inaugurar una época de venganza y desolación. Mi política necesita explicarse a los gobiernos, porque de la fusión, del olvido y de la tolerancia que proclamamos, creo que debemos esperar la realización de los grandes bienes que anhelamos para el país. Es conveniente estudiar el estado de la opinión pública en las provincias, investigar las más o menos probabilidades de una pronta organización, allanar las dificultades que pudieran aparecer y atraer al pensamiento de la Constitución todas las influencias preponderantes del interior. Evitar la guerra civil, promover la paz y la unión es una suprema necesidad de las circunstancias, a cuya realización debemos consagrar los argentinos toda clase de esfuerzos y de sacrificios". (El texto de las instrucciones a B. de Irigoyen ha sido consultado en López Rosas, 1998: 437).

Podrán hacerse las más variadas críticas a Urquiza, pero lo cierto es que un verdadero sentimiento de amplitud y tolerancia, pocas veces visto, surge de estas palabras. (3)

La gira emprendida por el joven enviado, buscaba, en suma, tranquilizar los ánimos y ansiedades de los gobiernos provinciales, evitar los conflictos entre las diversas facciones dentro de cada jurisdicción.

(3) Realmente Urquiza practicó una política de amnistía y tolerancia. Si bien se produjeron, en los momentos inmediatamente posteriores a Caseros, episodios sangrientos como la injustificable ejecución del coronel Martiniano Chilavert y de los integrantes del regimiento Aquino, no fue ésta la tónica general impuesta por el jefe triunfante. No, al menos, en lo que respecta al tiempo posterior a Caseros. Por existir controversia al respecto, debemos dejar fuera de estas consideraciones conductas presuntamente desplegadas en su pasado como lugarteniente rosista en el litoral, sobre todo en los momentos posteriores a la batalla de Vences (27 de noviembre de 1847), contra las fuerzas correntinas de los hermanos Madariaga, donde -según opiniones que no ofrecen demasiadas precisiones- se habría llevado a cabo una cruenta persecución de los vencidos. Cabe insistir, sin embargo, que ello ha sido controvertido por una de las historiadoras más exhaustivas en torno a la vida y obra de Urquiza, Beatriz Bosch (véase, Bosch, 1971: 119-120). Podrá decirse que un excesivo afán de revancha estuvo detrás de la confiscación de los bienes de Rosas (decreto del gobierno provisorio de la provincia de Buenos Aires de fecha 16 de febrero de 1852, firmado por López), pero a ello cabe reponer que fue justamente Urquiza, como Director Provisorio de la Confederación, quien lo anuló y ordenó -por decreto fechado en 7 de agosto de ese año- se entregara el acervo al apoderado de Rosas, Juan N. Terrero (el texto del decreto nacional puede consultarse en [Registro Oficial de la República Argentina, 1882: 23-24]). Rosas, agradecido, le envió una sentida carta: "...no soy injusto y no debo ser ingrato. De mi deber es presentar a V.E. esta declaración ingenua de mi entrañable reconocimiento (...)"; la epístola es reproducida en [Ibarguren, 1933: 361]. Existe otra carta, del año 1865, en la que Rosas le agradece el envío de dinero efectuado a título personal por el entrerriano. La medida retributiva, sin embargo, no pudo llevarse plenamente a cabo, pero por razones ajenas a Urquiza: había estallado la revolución separatista del 11 de septiembre de 1852 y el nuevo gobierno porteño dio inicio a los procesos contra el Restaurador. Urquiza le escribió entonces, expresándole su solidaridad ante las medidas punitivas que se decidieron en esos juicios en ausencia.

dicción y, obviamente, de los distintos caudillos entre sí (algo bastante corriente, sobre todo en el ámbito del noroeste), y tratar de sumarlos a la causa constituyente. Con las salvedades ya señaladas, la situación política del interior estaba controlada; y en cuanto al segundo objetivo -sumar voluntades en el proceso de construcción pre-constituyente- la recepción de los mandatarios fue de expectante cautela.

III. El Protocolo de Palermo

1.- Mientras tanto, en Buenos Aires, Urquiza, instalado en la residencia de Rosas en Palermo de San Benito, se reunía, el 6 de abril, con Vicente López, B. Virasoro y el Dr. Manuel Leiva (quien actúa en la emergencia representando al gobierno de Santa Fe); es decir, en esa reunión están presentes tres gobernadores y un representante (*ad-hoc*) (4) de un cuarto mandatario. Las provincias son las firmantes originarias del Pacto Federal del 4 de enero de 1831 más Corrientes.

Allí se resuelve: en primer término, autorizar a Urquiza “para dirigir las Relaciones Exteriores de la República, hasta tanto que, reunido el Congreso Nacional, se establezca definitivamente el Poder a quien compete el ejercicio de este cargo”. Esta es una decisión capital, pues, como veremos, apuntaba a dejar consolidada -en la persona de Urquiza- la única función y autoridad nacional de la confederación, es decir, el manejo de las relaciones exteriores de la misma. Ello es una consecuencia política por demás lógica atento el resultado de la batalla: ¿quién sino Urquiza sería nombrado para tal encargo? Esta delegación parece estar, entonces, fuera de discusión. Sin embargo, es interesante detenerse un momento en la aparente premura con que se llevó a término la resolución de Palermo. La respuesta podría encontrarse en la necesidad de Urquiza de contar con algún soporte normativo (de tipo convencional) que acompañara su sola condición -hasta ese momento- de jefe victorioso y lo fortaleciese, sobre todo, frente a Buenos Aires: “(...) Sólo Buenos Aires discutiría esa legalidad. Si Urquiza se avino a aceptar esta casi furtiva delegación era porque veía cómo la opinión porteña se le escapaba de las manos”. [Barba, 1948: 131]

Hay además, un punto que no fue objeto de disimulos: “...y alejar todo motivo de duda y ansiedad, dando garantías positivas a los Poderes Extranjeros, que se hallan o pueden hallarse en relaciones con la República, y que sus compromisos y estipulaciones revistan un carácter obligatorio para la misma Confederación...”. Sin hesitación, la “duda” y “ansiedad” serían las emanadas del Brasil, potencia que había colaborado militar y pecuniariamente desde 1851 con Urquiza en su cruzada contra Rosas. La frase del primer párrafo de la parte resolutive del Protocolo parece querer indicar que esos “compromisos” y “estipulaciones” contraídos por el entrerriano en su carácter de gobernador y capitán general de su provincia serían consideradas deudas nacionales.

2.- La segunda resolución adoptada en Palermo era la convocatoria según la cual las provincias debían designar sus representantes para la conformación de la Comisión Representativa del Pacto Federal. Ahora bien, resulta interesante señalar aquí la opinión de Rosa, para quien este llamado a resurgir la Comisión era “extemporáneo e inoperante”. Y seguidamente explica:

“*Extemporánea*, porque la Comisión Representativa fue legalmente disuelta en 1832; *inoperante*, porque sus poderes y atribuciones pasaron, por acuerdo de la misma Comisión ratificado por leyes de todas las provincias, al *gobernador de Buenos Aires* (no, a la persona de Rosas). En abril de 1852, don Vicente López tenía facultades para convocar por sí solo el congreso constituyente”. [Rosa, 1970: 26]

Analizar este argumento exige recordar que, efectivamente, la Comisión Representativa había sido disuelta el 13 de julio de 1832, a instancias de Rosas y con la pasividad de Estanislao López, quien

(4) El preámbulo del Protocolo menciona a Leiva como “revestido de Plenos Poderes para representar al Excmo. Señor Gobernador y Capitán General de la Provincia de Santa Fe, ciudadano don Domingo Crespo”. J. M. Rosa señala que el santafecino actuó con poderes *sub sperati* [Rosa, 1970: 25 y nota 20]. Barba, analizando documentación hallada por F. Palma en el Archivo Histórico de Santa Fe, concluye que “Leiva no era Plenipotenciario ni nada que se le pareciese” [Barba, 1948: 129]. De todos modos, su actuación en Palermo nunca fue desautorizada por su gobierno, lo cual se puede interpretar como una ratificación tácita de su actuación como gestor.

hasta ese momento pulseaba con el jefe porteño por mantener aquél órgano. El dato de la disolución obra inserto, además, en el comienzo del considerando 5° del Protocolo. Ergo: nadie lo desconocía. ¿Cuál podía ser, entonces, el sentido de lo mandado en el segundo párrafo de la parte resolutive, es decir, proceder “inmediatamente al nombramiento del Plenipotenciario que debe concurrir a formar la Comisión Representativa de los Gobiernos, para que, reunida esta en la Capital de la Provincia de Santa Fe, entre desde luego en el ejercicio de las atribuciones que le corresponden según el artículo 16 del mismo Tratado”?

Una explicación posible reside en considerar que, tal como las provincias que la integraban -a través de sus diputados- habían tenido la potestad de disolver la Comisión en 1832, tenían ahora, esas mismas provincias, la potestad de reconstituirla, o sea, hacerla resurgir. Ningún impedimento existía a tal efecto.

Empero, sí fue un llamado inoperante, pero no por el argumento dado por Rosa, *sino por haberse expedido la circular fechada el 8 de abril de 1852*, pues como sintetiza Torres Molina, “Este último punto [la convocatoria a conformar el órgano disuelto] no se cumplió porque la Comisión Representativa fue reemplazada por la reunión de gobernadores convocada en San Nicolás”. [Torres Molina, 2008: 182]

En este orden de cosas, conviene dejar asentada aquí la crítica de Cárcano:

“En la misma convención de Palermo, se restablece la comisión representativa de Santa Fe y el mandato no fue cumplido. Se promete para faltar. (...) Ninguna cuestión de estado, ni tampoco ningún peligro político impone una medida de transgresión. El general Urquiza posee en aquella hora sobrada fuerza en su propia personalidad. El país no necesita el artificio legal ni de los resortes de la ficción”. [Cárcano, 1933: 119-120]

La severidad -excesiva- de la afirmación de este autor tiene correlación con toda su idea general acerca del camino político escogido por Urquiza: en su criterio, el *iter* Palermo-San Nicolás fue equivocado e innecesario, pues bastaba con el reestablecimiento pleno del Pacto de 1831 incluyendo, obviamente, a la Comisión Representativa y el llamado al congreso general; o concretar directamente un atajo:

“Otro camino más simple y rápido, se abre también a su frente. Puede convocar al Congreso Federativo en nombre de la victoria, invitar a las provincias a designar los representantes para constituir la nación. El Congreso, donde hubiera sido decisiva su influencia política, habría empezado por constituir, provisionalmente los poderes nacionales en forma incontrovertible. Lo mismo que se hace indebidamente por el acuerdo de San Nicolás, con gobernadores de facto, sin representación popular, actual y espontánea. Nadie hubiera osado resistir a este llamado. (...) La convocación del Congreso, es una emanación natural de la victoria”. [Cárcano, 1933: 118]

Similares ideas han sido expuestas por del Carril: “El derecho del general Urquiza, vencedor en Caseros, de gobernar en el período intermedio y de convocar a la convención constituyente, no le fue discutido en el primer momento, y posiblemente no lo hubiera sido después. (...)” [del Carril, 1957: 27].

Por nuestra parte, pensamos que esta crítica es injusta, pues si bien es cierto -lo sostuvimos al comienzo de este trabajo- que Urquiza podía resolver las cuestiones atinentes a la preparación de un futuro congreso por vías más expeditivas y directas, ello habría implicado una toma unilateral de decisiones de semejante magnitud. Optó por otra vía, claramente: la persuasión, la explicación de los objetivos y el convencimiento, lo que indudablemente revestía al proceso pre-constituyente de una dosis de legitimidad mucho mayor que la que podía obtenerse por la primera vía. La búsqueda de consensos, en una historia política plagada de desencuentros como la nuestra, no creo merezca reproches.

También es cierto, como dijimos unos párrafos atrás, que el llamado a conformar la Comisión efectuado en Palermo resultó, en los hechos, inoperante; y no queda del todo claro por qué motivo se lo

efectuó si se tiene en cuenta que dos días más tarde se expidió la circular convocando a la conferencia de gobernadores. Sin embargo, y desprovisto esto de un mero afán justificatorio, pensamos que, si se aceptaba la reunión de diputados de los gobiernos (pues eran éstos quienes conformarían la Comisión) y se los consideraba, lógicamente, como genuinos delegados de los estados confederados, también, al menos, debería aceptarse que los gobernadores eran legítimos representantes de las provincias bajo su mando.

En sentido concordante, también se ha dicho:

“Carecía de precedente esta fundamental convocatoria: por primera vez en la vida del país iban a encontrarse personalmente los titulares de las Provincias, en una solemne demostración de concordia nacional. Sin duda Urquiza pensó que con más rapidez echarían las bases del Congreso Constituyente directamente los mandatarios, que no sus diputados, como lo disponía el Pacto Federal, y de aquí la novedosa modalidad” [Ruiz Moreno, 1976: 304].

A fin de confeccionar un cuadro de las opiniones doctrinarias más autorizadas, honesto y completo, es conveniente dejar señalada, otra vez, la palabra de Rivarola, para quien esos mandatarios “eran los mismos generales, gobernadores y capitanes generales que por diez, quince o veinte años habían tenido el dominio personal, más o menos absoluto, de todo el país y dado leyes y constituciones, bajo el lema de muerte a los adversarios políticos” [Rivarola, 1908: 49]

IV. Convocatoria a los gobernadores. Polémica en torno a los diversos borradores

1.- Como dijimos, el día 8 de abril el flamante ministro de Relaciones Exteriores de la Confederación, Luis J. de la Peña, remitió por orden de Urquiza una circular a los gobernadores de las provincias, invitándolos a concurrir a San Nicolás de los Arroyos, el próximo día 20 de mayo, a efectos de formar “el preliminar de la Constitución Nacional” y “aunar sus pensamientos políticos y tratar de cerca los intereses generales...” [Registro Oficial de la República Argentina, 1882: 9] Una nota adicional (que no obra publicada en el Registro Oficial) fue enviada a los mandatarios encareciéndoles que concurrieran a la reunión con plenos poderes.

2.- Semanas después, Urquiza organizó una reunión política en la residencia de Palermo, a la que fueron convocados, entre otros, Francisco Pico (diputado porteño partidario del jefe entrerriano), Juan Pujol (ministro de Corrientes), Vicente Fidel López (ministro de la provincia en el gobierno de su padre y designado interinamente para el despacho de la cartera nacional de Relaciones Exteriores, durante la ausencia de de la Peña, enviado a Montevideo y Río de Janeiro como plenipotenciario en misión especial), Dalmacio Vélez Sarsfield (jurisconsulto e integrante de la Legislatura de la provincia), Valentín Alsina (ministro del gobierno provincial) y Benjamín Gorostiaga (también ministro). Allí Urquiza requirió se presentaran ideas y bases para llevar a la reunión de San Nicolás, con la intención de avanzar y hacer más ágiles las deliberaciones con los demás mandatarios. Las versiones sobre lo ocurrido en este cónclave son contradictorias, y los estudiosos sólo han podido efectuar reconstrucciones parciales sobre la base de lo que finalmente se firmó en San Nicolás y las acusaciones recíprocas que se cursaron algunos de los intervinientes en la reunión de Palermo, algunas de las cuales tuvieron lugar por medio de la prensa tiempo después.

Hay cierto consenso en afirmar que uno de los protagonistas de la jornada, el correntino Pujol, presentó un plan conteniendo tres puntos principales: la capitalización de Buenos Aires y su sujeción a autoridades federales, y la subsiguiente división del territorio provincial según el proyecto rivadaviano de 1826; la convocatoria y organización del futuro congreso constituyente; y la formación de un gobierno provisional nacional hasta tanto el congreso proveyera sobre el punto. La propuesta del correntino sobre la capitalización de Buenos Aires fue recibida por los contertulios “con horrorizado silencio” (la frase es de Scobie, 1979: 35). Al parecer hubo un rechazo casi generalizado de los asistentes sobre este ítem.

Ahora bien, es aquí donde comienza la mayor confusión. La carencia de documentos decisivos (los propios borradores o bosquejos) dificulta enormemente la cuestión. La interpretación dada por

Scobie a este “drama de proyectos y antiproyectos” puede sintetizarse diciendo que habría habido acuerdo sólo en orden a la convocatoria del congreso constituyente y que, a instancias de Urquiza, Pico y Vélez Sarsfield se encargaron de elaborar un borrador para ser discutido en San Nicolás. Dicho borrador se habría limitado al tema de la convocatoria de la asamblea. Si bien en oportunidad de la reunión en Palermo, Urquiza habría aceptado que ése debía ser únicamente el punto a tratar, pudo variar de criterio en los días sucesivos, influenciado por sus consejeros provincianos: ello lo habría llevado a no dar su bendición final al borrador de Pico y Vélez. [Scobie 1979: 35 y nota 19] [Gorostegui de Torres, 2000: 28-29]

3.- Sin embargo, años después, los protagonistas de esta enredada cuestión siguieron la polémica. En efecto, en 1858 Alsina y Vélez Sarsfield acusaron que lo firmado por los gobernadores el 31 de mayo de 1852 no fue otra cosa que lo proyectado por Pujol con la sola exclusión del tema de la capitalización de Buenos Aires. Por su parte, Pico y López expresaron que el Acuerdo se terminó sobre la base de lo consensuado entre el propio Pico y Vélez. [López Rosas, 1998: 443] Es decir, y de conformidad a la defensa esgrimida por Pico, lo acordado por éste y Vélez habrían sido los ítems relativos a la instalación del futuro congreso y la conformación de un ejecutivo nacional provisorio, o sea, las dos partes fundamentales del Acuerdo. Esta especulación podría encontrar un punto de apoyo en la sugestiva frase de Vélez que acompañaba la devolución del borrador redactado por Pico en 6 mayo de 1852, tradición recogida por Cárcano: “Amigo: Ud. ha sido inspirado para redactar lo que podemos llamar la organización interina. La encuentro muy buena, y no tengo adición alguna que hacerle”. [Cárcano, 1946: 28] [Cárcano, 1933: 126] En efecto, ¿de qué trataría la “organización interina” sino de la conformación de alguna especie de autoridad provisoria? ¿No aparece descolocada esta frase si sólo se trataba de consensuar el llamado al congreso? De ser esta última versión la más genuina de lo acontecido, cabría colegir, entonces, que fue el sagaz jurista cordobés quien cambió de criterio y se desdijo más tarde...

Sin embargo -cabe anotar- esta conclusión ofrecería un obstáculo en una carta del mes de noviembre de Vicente F. López a Urquiza, en la que el primero admite que, junto a Pico, se hallaron obligados “a exagerar un poco sus cláusulas por exigencias que V.E. recordará, y a las que V.E. mismo tenía que ceder, no obstante nuestra resistencia a lastimar las susceptibilidades de Buenos Aires” [Rebollo Paz, 1951: 368-372]. Es decir, esta confesión podría ser interpretada en el sentido de un apartamiento de lo convenido con Vélez, al verse presionados por los adversarios de Buenos Aires.

Además, -y este es, estimo, el dato fundamental para intentar desbrozar el enmarañado asunto- cabe recordar que una vez reestablecida la Legislatura de Buenos Aires, Pico, en su carácter de miembro del cuerpo, presentó un proyecto en el que, además de otorgar un voto de gracias a Urquiza, le confería el manejo de graves asuntos de competencia nacional; y fue justamente Vélez quien, en su rol de presidente de la comisión de asuntos constitucionales, dictaminó por otorgar simplemente el voto de gracia, lo cual fue sancionado por el órgano legislativo provincial. El proyecto había sido presentado el 10 de mayo y la aprobación se dio en la sesión del 16. [Cárcano, 1946:14-15] La conclusión, recordado este dato, es clara: no pudo Vélez acordar con Pico, el día 6 de mayo, un borrador que incluía las amplias facultades otorgadas a Urquiza, cuando unos días más tarde, en el recinto legislativo opinó de forma negativa sobre el mismo asunto.

En síntesis, la cuestión acerca de los borradores que se redactaron en Buenos Aires para ser discutidos en San Nicolás es de muy ardua clarificación y, tal vez, a esta altura, imposible, de no aparecer algún documento que todavía no haya pasado por el escrutinio de los investigadores sobre el tema. De manera precaria, podríamos concluir que lo acordado entre Vélez y Pico fue el punto relativo a la convocatoria al congreso constituyente [Cháneton, 1969: 124], dejando de lado el tema de la organización de un poder ejecutivo nacional provisorio y, por supuesto, el ya fulminado tema de la capitalización propuesta por Pujol. (5)

(5) Sobre esto no hay ninguna duda, ya que el mismo Pico se había manifestado contrario a dicha posibilidad. Lo mismo Vélez Sarsfield.

Sin embargo, como en seguida veremos el confuso expediente no termina allí, sino que se reitera en las discusiones previas que tuvieron lugar en el pueblo del norte bonaerense.

V. Análisis del Acuerdo. El uso de las atribuciones por el Director Provisorio

1.- En efecto, una vez instaladas las delegaciones provinciales en San Nicolás, se decidió la conformación de una comisión compuesta por los ministros de los gobiernos presentes a fin de proceder a la redacción del proyecto definitivo que se sometería a la firma de los mandatarios. En esas circunstancias, Pujol volvió a presentar su propuesta, con el espinoso tema de la capitalización de Buenos Aires incluido. Pico hizo lo propio con la que -presuntamente- había consensuado con Vélez. Obviamente y de acuerdo a lo relatado, había puntos de acuerdo y discrepancias. Se resolvió, en la urgencia, reducir la comisión con resultados infructuosos; ante lo cual se decidió sumar a Leiva para tratar de zanjar diferencias. Finalmente, se arribó a un proyecto que fue sometido a la firma de los gobernadores.

2.- El documento principia con el listado de los mandatarios provinciales que lo suscribieron, el 31 de mayo de 1852, a saber: Justo José de Urquiza, representando a su provincia y a la de Catamarca, por expresa delegación efectuada por ley de la Legislatura de ésta última en virtud del reciente fallecimiento del gobernador Navarro; Vicente López, por Buenos Aires; Benjamín Virasoro, por Corrientes; Pablo Lucero, por San Luis; Nazario Benavides, por San Juan; Celedonio Gutiérrez, por Tucumán; Pedro Pascual Segura, por Mendoza; Manuel Taboada, por Santiago del Estero; Manuel Vicente Bustos, por La Rioja; y Domingo Crespo, por Santa Fe.

Siempre dentro de la parte preliminar, continúa el Acuerdo mencionando los dos grandes objetivos que se pretendían cumplir: en primer lugar,

“la reunión de un Congreso General, que con arreglo a los tratados existentes, y al voto unánime de todos los Pueblos de la República ha de sancionar la constitución política que regularice las relaciones que deben existir entre todos los Pueblos Argentinos como pertenecientes a una misma familia; que establezca y defina los altos poderes Nacionales y afiance el orden y prosperidad interior y la respetabilidad exterior de la Nación”.

En segundo término, la consideración relativa a que era “necesario allanar previamente las dificultades que pueden ofrecerse en la práctica para la reunión del Congreso, proveer a los medios más eficaces de mantener la tranquilidad interior, la seguridad de la República y la representación de la Soberanía durante el período constituyente”, es la fundamentación de la autoridad nacional provisorio que se encomendaría a Urquiza.

Están allí, entonces, presentadas las dos grandes cuestiones de que trata el Acuerdo de San Nicolás.

3.- Por la primera de las cláusulas (o *resoluciones*, así las denomina el texto), se declaraba al Pacto Federal de 1831 como “ley fundamental de la República”, debería ser “religiosamente observado” y, a tal fin, se facultaba a Urquiza (llamado aquí simplemente “Encargado de las Relaciones Exteriores”) a ejecutarlo en todo el territorio nacional.

Según la siguiente disposición, “ha llegado el caso previsto en el artículo 16 del precitado tratado de arreglar por medio de un Congreso General federativo la administración general del País bajo el sistema federal...” Esta es, con seguridad, la disposición más importante de las adoptadas en San Nicolás, pues se estaba convocando, formalmente, la reunión del congreso o convención constituyente, demorada por más de veinte años. He aquí plasmada la concatenación lógica y normativa entre el Acuerdo y el Pacto del ‘31: en sus normas se revela la continua aspiración de las provincias a la organización constitucional definitiva, y en ambos documentos están establecidas claras disposiciones que estructuraron la etapa pre-constituyente de nuestro país. Con toda justicia, es que merecen ser considerados éstos dos como los *pactos preexistentes* más importantes de los aludidos en el Preámbulo de la Constitución histórica.

La cláusula tercera, de carácter económico, eliminaba los denominados derechos de tránsito, garantizando la libre circulación de bienes, productos y transportes entre las distintas provincias, rei-

terando en este sentido lo previsto ya en el Pacto de 1831. Como veremos más abajo, este principio debió ser forzosamente recortado al producirse la separación de Buenos Aires y decretarse el pago de aranceles aduaneros a los productos que procedieran de la ciudad porteña.

Por el artículo cuarto, se ordenaba que el congreso constituyente se reuniera en el próximo mes de agosto, para lo cual se mandaba hacer elecciones de los diputados que lo integrarían según las normas locales de cada provincia. La quinta cláusula es especialmente importante en el desarrollo de este proceso previo a la labor constituyente, pues, al establecer la representación igualitaria de las provincias con dos diputados por cada una de ellas, se enervaba la hegemonía porteña y se eliminaba la posibilidad de que la ciudad-puerto dominara una vez más un congreso nacional; era, indudablemente, una lógica consecuencia del sistema federal proclamado. Respecto de esta disposición, la crítica más severa que he podido rastrear proviene -una vez más- de Rivarola: "Aquí comenzaba otro equívoco de la futura Constitución. (...) No era, en realidad, el pueblo argentino o el pueblo único de la Confederación Argentina el que estaría representado en el Congreso, sino las entidades provinciales, según el pacto de sus gobernantes de hecho. De este vicio no adolece la Constitución de 1860..." [Rivarola, 1908: 51]

Por el artículo sexto, se prohibía a los diputados portar instrucciones especiales y se estipulaba que el texto constitucional sería sancionado "a mayoría de sufragios", es decir, con una mayoría simple. Una vez efectuada la votación, se deberían sujetar "a lo que la mayoría resuelva, sin protestas ni reclamos". Los diputados contarían con una amplia prerrogativa de inmunidad a efectos de expresarse y actuar libremente; la provincia a la que representarían, podía retirar "cuando lo creyere oportuno" a su diputado, pero debía mandar otro inmediatamente en su reemplazo (cláusula octava). Se encargaba a Urquiza abonar las dietas y demás gastos de los diputados (art. 9).

El jefe entrerriano quedaba comisionado, además, para la instalación del Congreso y apertura formal de sus sesiones, lo que podía hacer personalmente o por medio de un delegado; y para custodiar "la seguridad y libertad de sus discusiones" (cláusula décima). En cumplimiento de esta cláusula, Urquiza ordenó, mediante un decreto firmado en Paraná, fijar el día 20 de noviembre de 1852 para la instalación del cuerpo constituyente. Seguidamente, el 18 de noviembre, en razón de tener que situarse al mando del ejército para hacer frente al peligro de una invasión de fuerzas porteñas, delegó la apertura formal de las sesiones en el gobernador de la provincia de Santa Fe, dirigiéndole al Congreso una vibrante alocución. (6) Asimismo, y de acuerdo a lo establecido en la última parte de la cláusula (libramiento de fondos para la organización de las oficinas del cuerpo y la adopción de "todas aquellas medidas que creyere oportunas para asegurar el respeto de la Corporación y sus miembros"), Urquiza proveyó la planta de oficiales y empleados de aquél (decreto de 3 de septiembre de 1852).

El lugar determinado para la reunión del Congreso era la ciudad de Santa Fe, aunque el propio cuerpo podría luego decidir su residencia en otro (art. 11).

Una vez que se sancionara la Constitución y las leyes para ponerla en práctica, sería comunicada por el presidente del cuerpo a Urquiza, "y éste la promulgará inmediatamente como ley fundamental de la Nación, haciéndola cumplir y observar". A continuación, sería designado el primer presidente de la República, de acuerdo al texto constitucional, y el Congreso daría por culminada su labor (cláusula décimo segunda). La Constitución de la Confederación Argentina, sancionada el 1° de mayo de 1853 (segundo aniversario del *Pronunciamiento*), y las leyes orgánicas, fueron comunicadas al Director Provisorio en fecha 9 de mayo. Urquiza la promulgó como "ley fundamental en todo el territorio de la Confederación Argentina" mediante decreto firmado el 25 de mayo de 1853 y ordenó fuera jurada por los pueblos el 9 de julio de ese año (7).

(6) Los textos de los decretos de fechas 8 y 18 de noviembre de 1852, y la referida alocución, pueden ser consultados en Registro Oficial de la república Argentina [1882: 49, 49-50 y 50-52]

(7) Los textos de la comunicación del Presidente del Congreso, de la Constitución de la Confederación Argentina, y de los decretos de promulgación y juramento de la misma, pueden ser consultados en Registro Oficial de la República Argentina [1882: 63-65, 65-73, 76 y 76-77]

4.- A partir de la cláusula décimo cuarta en adelante, se insertan una serie de atribuciones y potestades de importante calibre, de las que se inviste a Urquiza, amén de las que ya fueron señaladas. Repasemos algunas de ellas: se lo autorizaba al empleo de “todas las medidas que su prudencia y acendrado patriotismo le sugieran” (es decir, sin límites demasiado visibles) a fin de “restablecer la paz sosteniendo las autoridades legalmente constituidas”, para lo cual contaría con la colaboración de los gobernadores. Esta era una medida que, como recién expresamos, dejaba en manos del vencedor de Caseros un recurso abierto a su propio criterio que, obviamente, incluía el uso de la fuerza (lo que se refuerza con lo establecido en el artículo siguiente en relación al mando militar) en un contorno bastante impreciso. Era -además y con mucha evidencia- un reaseguro que tomaban los mismos mandatarios provinciales respecto de su propia situación, habida cuenta los sucesos ocurridos en varias provincias y los que ocurrirían en los momentos en que ellos estaban reunidos en San Nicolás (v. gr., sendas revoluciones en Tucumán y San Juan, vencidas ambas por los gobernadores a su regreso) (8).

En uso de la atribución conferida en este artículo, Urquiza volvió a nombrar gobernador provisorio de la provincia de Buenos Aires a Vicente López, quien había renunciado al cargo después del desaire público sufrido a manos de la Legislatura en junio de 1852. Ante una nueva renuncia de éste, ya de carácter indeclinable, Urquiza resolvió -“asumiendo el poder tutelar de las instituciones públicas”- hacerse cargo de tal gobierno hasta que fueran restablecidas las autoridades regulares del estado provincial (decreto del 26 de julio de 1852). Debido a la partida de Urquiza al litoral, se delegó el gobierno provincial en el general José Miguel Galán (decretos de 3 y 4 de septiembre de 1852): fue en estas circunstancias, alejado ya Urquiza de la ciudad, que estalló el movimiento revolucionario del 11 de septiembre que separó a Buenos Aires de la Confederación.

Por último, utilizando la misma terminología de la cláusula que analizamos, el Congreso Constituyente sancionó, en fecha 22 de enero de 1853, una autorización al Director Provisorio a fin de que “haga cesar la guerra civil en la Provincia de Buenos Aires, y obtenga el libre asentimiento de ésta al Pacto Nacional de 31 de Mayo de 1852”.

En concordancia con lo recién expuesto, también se le otorgaba a Urquiza un poder formidable en el art. 15 del Acuerdo: el mando supremo de las fuerzas militares, considerándolo general en jefe de los ejércitos de la Confederación. Por esta misma cláusula, se establecía que todas las fuerzas provinciales serían a partir de ese momento “partes integrantes del ejército nacional”, es decir, simples componentes de un organismo militar único e indivisible. No ha de costar demasiado trabajo imaginar lo que esta medida significaba para el orgullo porteño.

Urquiza, como jefe supremo de las fuerzas, podía aumentar o disminuir su número y destinarlas “del modo que lo crea conveniente al servicio nacional”. En uso de la comandancia suprema conferida y del consiguiente poder general administrativo en el área militar, Urquiza dictó diversas medidas tendientes a una reorganización contable y financiera del ejército: así, v. gr., el restablecimiento de los comisarios pagadores de haberes de las tropas; conformación de fondos para atender los gastos de indumentaria y aseo en las guarniciones, y eventos extraordinarios; asignación de fondos para la manutención (“rancho”) de las tropas, supresión de adicionales superfluos, etc.

5.- Continuando con las atribuciones y poderes delegados, vemos que también se confiaba a Urquiza la reglamentación de la navegación fluvial, la administración de los correos, y la mejora de los caminos públicos (art. 16). Como la atribución de reglamentar la navegación de los ríos interiores debía ser en beneficio de los intereses y seguridad del territorio y de las rentas fiscales, Urquiza dictó, en fecha 28 de agosto de 1852, un Reglamento de Aduanas, quedando las mismas bajo la inmediata

(8) No tuvo igual fortuna Virasoro, quien asistió a su caída del gobierno correntino a manos de Pujol, sin obtener una reacción a su favor de Urquiza. No resulta claro por qué el Director Provisorio dejó librado a su suerte a su fiel aliado y compañero de armas. Una simple especulación podría señalar que la provincia quedaba de todos modos sujeta a la influencia de Urquiza y éste prefirió no dramatizar la cuestión y sumar algún tipo de obstáculo de cara al proceso constituyente.

dependencia del Director Provisorio. Unos días más tarde, nombró en el cargo de Inspector General de las Aduanas Exteriores a Pico.

Debido a la secesión de Buenos Aires, Urquiza debió dictar un nuevo decreto reglamentando las aduanas nacionales y la navegación del Paraná y del Uruguay, en reemplazo del anterior, inaplicable por la circunstancia mencionada. En este nuevo reglamento se habilitaba una serie de puertos, en uno y otro río (9), a efectos de atraer y facilitar la llegada de los navíos mercantes; asimismo, se eliminaba toda referencia al tonelaje de los mismos, como establecía el dictado en agosto. Cabe apuntar, por último, que para evitar mayores perjuicios a las rentas confederales, se ordenaba que las mercaderías de procedencia extranjera y los productos fabricados en Buenos Aires que se introdujeran por tierra, deberían pagar los derechos aduaneros correspondientes en Rosario.

La otra atribución fundamental que se le otorgaba era la contenida en el art. 19, según la cual para afrontar los gastos nacionales, las provincias aportarían “proporcionalmente, con el producto de sus aduanas exteriores, hasta la instalación de las autoridades constitucionales, a quienes exclusivamente competirá el establecimiento permanente de los impuestos nacionales”.

Este era el otro cachetazo -más doloroso aún que la pérdida de las milicias locales- a la altivez y privilegios porteños. En efecto, se disponía no sólo que la provincia debería aportar el tesoro de su aduana para solventar los gastos nacionales que demandara la administración de esos asuntos en manos de Urquiza, sino que, en un futuro muy cercano, con la instalación de las autoridades designadas conforme el texto constitucional, aquella fuente inagotable de recursos le sería quitada irremediablemente. Esto pretendía ser, ni más ni menos, que la finalización de un ciclo que hundía sus raíces en el pasado colonial y que había hecho la opulencia de Buenos Aires en desmedro de las restantes jurisdicciones, colocadas -sobre todo en el pasado régimen rosista- en una situación mendicante. Era el triunfo del verdadero federalismo, el encarnado por don Pedro Ferré, veintidós años después.

6.- Por el artículo 18 se confería a Urquiza, de acuerdo a las prerrogativas y funciones encomendadas, el título de Director Provisorio de la Confederación Argentina, con el cual desempeñó el Ejecutivo nacional en dicho carácter hasta su propia asunción como primer Presidente constitucional de la República organizada, aunque dividida. Según lo dispuesto en la cláusula décimo séptima, se había facultado a Urquiza a designar los miembros de un Consejo de Estado, cuerpo que tendría carácter meramente consultivo.

7.- No llegaron a las deliberaciones y firma a tiempo a la reunión de jefes provinciales los de Salta, Jujuy y Córdoba, pero posteriormente, las dos primeras mediante sus gobernadores y la tercera vía un ministro plenipotenciario, adhirieron (de conformidad a la invitación establecida en el artículo adicional) en fecha 1° de julio de 1852, al Acuerdo, por ser éste “la expresión de la voluntad de las Provincias que representamos, y prepara de un modo seguro e inmediato la reunión del Congreso General que ha de organizar la Nación, sancionando la Carta Fundamental de las Provincias Confederadas. Que provee a la paz y tranquilidad de toda la nación, y a su seguridad y respetabilidad exterior. (...) Y finalmente, que establece una Autoridad Nacional durante el lapso de ha de preceder a la promulgación de la Constitución y organización de los poderes constitucionales”.

VI. Epílogo

El estudio de la época llamada de la Organización Nacional es apasionante y, dentro de ella, un análisis más o menos pormenorizado del Acuerdo de San Nicolás, resulta insoslayable para todo aquel que desee comprender e interpretar cabalmente el arduo proceso de la formación constitucional de la Argentina. Es que, más allá de su caracterización como el asiento jurídico de la Constitución de 1853, para seguir las palabras de Spota [1975: 122], hay allí una nota distintiva en orden a la búsqueda de consensos y coincidencias de objetivos, lo cual no es un dato menor, como dijimos más arriba, en una historia que abunda en ejemplos de diferencias irreconciliables y terribles luchas civiles. Asi-

(9) Se mencionan como nuevos puertos habilitados, entre otros, al de Santa Fe, Gualeguaychú, Concordia, Federación, Bella Vista y Goya.

mismo, sus disposiciones, claras y concretas, en torno al proceso constituyente futuro, permitieron que el Congreso de Santa Fe pudiera cumplir su cometido en un tiempo breve. He allí, entonces, sus principales méritos.

Sin embargo, no es posible desconocer que este instrumento organizador actuó como disparador, a su vez, de las tensiones que se venían acumulando entre los porteños y el resto de la Confederación, tensiones que liberarían su carga en los célebres debates de junio de 1852, prolegómenos de la revolución del 11 de septiembre (10). En amarga paradoja, el basamento jurídico-político de la organización constitucional sirvió paralelamente como excusa para el inicio de una nueva -y larga- etapa de desencuentros con la separación de Buenos Aires.

VII. Bibliografía utilizada

- BARBA, Enrique Mariano. "El Acuerdo de San Nicolás", EN: Humanidades, La Plata, 1948 31, 105-177.
- BOSCH, Beatriz. Urquiza y su tiempo. Buenos Aires: Eudeba, 1971.
- CÁRCANO, Ramón J. De Caseros al 11 de septiembre 1851-1853. Buenos Aires: Roldán, 1933.
- CÁRCANO, Ramón J. "La reorganización del país después de Caseros", EN: Ricardo Levene (dir.). Historia de la Nación Argentina. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1946, vol. VIII, 3-70.
- CHÁNETON, Abel. Historia de Vélez Sarsfield. Buenos Aires: Eudeba, 1969.
- DEL CARRIL, Bonifacio. El día siguiente de Caseros. Buenos Aires: Emecé, 1957.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A. Curso de derecho constitucional. 4a. ed. Buenos Aires: Kraft, 1963.
- GOROSTEGUI DE TORRES, Haydée. La organización nacional. 3a. ed. Buenos Aires: Paidós, 2000.
- IBARGUREN, Carlos. Juan Manuel de Rosas. Su vida, su drama, su tiempo. 6a. ed. Buenos Aires: Anaconda, 1933.
- LÓPEZ ROSAS, José Rafael. Historia constitucional argentina. 5a. ed., act. y amp. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- REBOLLO PAZ, León. Historia de la organización nacional. Buenos Aires: Librería del Plata, 1951, t. I.
- REGISTRO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Buenos Aires, 1882, t. III.
- RIVAROLA, Rodolfo. Del régimen federativo al unitario. Buenos Aires: Jacobo Peuser, 1908
- ROSA, José María. Historia Argentina. Río de Janeiro: Juan C. Granda, 1970, t. 6.
- RUIZ MORENO, Isidoro J. La lucha por la Constitución (1820-1853). Buenos Aires: Astrea, 1976.
- SCOBIE, James R. La lucha por la consolidación de la nacionalidad argentina. 1852-1862. Traducción de Gabriela de Civiny. 2a. ed. Buenos Aires: Hachette, 1979.
- SPOTA, Alberto Antonio. Lo político, lo jurídico, el Derecho y el poder constituyente. Buenos Aires: Plus Ultra, 1975.
- TORRES MOLINA, Ramón. Historia constitucional argentina. La Plata: Scotti, 2008.

(10) Un análisis más completo y exhaustivo del Acuerdo de San Nicolás y sus consecuencias, requeriría inexcusablemente referirnos al debate del mes de junio en la Legislatura porteña, al menos para informar de los principales discursos vertidos y sus argumentaciones centrales. También deberíamos adentrarnos en los sucesos del mes de septiembre. Sin embargo, las limitaciones que, necesariamente, nos impone este tipo de trabajos académicos, con vistas a un proceso de referato y publicación, nos lleva a finalizar el presente en este punto y diferir para uno próximo los temas que no podemos abordar aquí por razones de espacio.

Integración Latinoamericana

Los congresos argentinos de la cooperación y el debate sobre la integración regional

POR CARMEN ROSA SCHAPOSNIK (*) Y EUGENIA CANDELARIA PARDO (**)

Sumario: 1. Presentación del tema. — 2. Acerca de los Congresos y los principales temas de debate. — 3. La cuestión de la integración regional. Un desafío para las cooperativas. — 4. Reflexiones y aportes para la discusión. — 5. Bibliografía. — 6 Documentos. — 7. Periódicos.

Resumen

Las cooperativas están presentes en todo el territorio nacional en numerosos sectores económicos, sociales y culturales. Según datos oficiales hay más de 19 mil entidades que aportan el equivalente al 10% del PBI de Argentina y reúnen más de 9 millones de asociados.

Las cuestiones relevantes para el sector y las líneas de acción a desarrollar se discuten en congresos convocados por las principales confederaciones -cooperativas de grado superior-.

Hasta la fecha se han realizado seis congresos argentinos de la cooperación (CAC), el primero en 1919 y el último en 2004. Este año -2012-, declarado por la ONU "Año Internacional de las Cooperativas", tendrá lugar el séptimo bajo el lema "Las empresas cooperativas argentinas ayudan a construir un país mejor". El objetivo de este artículo es exponer los temas principales abordados en los CAC, mostrando que no siempre fue incluido el de la integración regional y planteando a su vez las motivaciones por las cuales sería importante incorporarlo a los debates. Para ello se analizarán documentos de los congresos y se presentarán resultados de investigaciones realizadas en el Instituto de Integración Latinoamericana de la UNLP, en las cuales se consideró la participación social en los procesos de integración y en particular el caso de las cooperativas.

Palabras clave: Cooperativas - Congresos Argentinos - Integración regional

The Argentine congress of cooperation and the debate on regional integration

Abstract

Cooperatives are present throughout the country in many economic, social and cultural sectors. According to official statistics, there are more than 19 000 entities that provide the equivalent of 10% of GDP in Argentina and meet more than 9 million members.

The relevant issues of the sector and the courses of action are discussed in conferences called by the main higher grade cooperative unions. To date there have been six Argentine Congress of Cooperation (ACC), the first one in 1919 and the last one in 2004. This year -2012 - declared by the United Nations "International Year of Cooperatives," will be the seventh under the slogan "The Argentine cooperatives help build a better country." The aim of this article is to present the main issues addressed in the ACC, showing that regional integration has not always been included in the agenda and raising the motivations of why it would be important to incorporate it into the discussion. To this end will be analyzed documents of the Congresses and will be presented results of researches conducted by the Institute of Latin American Integration of UNLP, in which were considered the social participation in the integration processes and the cooperatives in particular.

Keywords: Cooperatives - Argentine Congress - Regional Integration

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Economía Política. Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

(**) Docente de Economía Política, Cátedra I; Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

1. Presentación del tema

Las estadísticas actuales acerca de las cooperativas, tanto en nuestro país como a nivel regional, no permiten precisar en términos absolutos y relativos su aporte como empresas de la economía social. En este contexto, luego de reconocer la importancia de esa contribución, la Organización de Naciones Unidas -ONU- instó a los gobiernos, organizaciones internacionales competentes y organismos especializados a que promuevan *“una labor amplia de investigación y reunión de datos estadísticos sobre las actividades de las cooperativas, y su efecto socioeconómico global y en el empleo, en los planos nacional e internacional, y armonizando las metodologías estadísticas a fin de hacer posible la formulación de políticas bien concebidas”* (ONU, 2009: 3, inc.6d). En términos similares, la Organización Internacional del Trabajo -OIT- en su recomendación 193/2001 consideró que los gobiernos deberían *“mejorar las estadísticas nacionales sobre las cooperativas con miras a su uso en la formulación y aplicación de políticas de desarrollo”*

En el caso específico de Argentina, las cifras disponibles elaboradas por el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social -INAES- revelan la significativa dimensión que ha logrado el sector, dada por la existencia de más de 19 mil cooperativas registradas, cerca de 9 millones de asociados -23.5 % de la población total-, más de 265 mil empleos generados y una participación en el PIB del 10 % (INAES, 2008). (1)

Más allá de la rigidez de los números, nos interesa destacar aquí que el aporte fundamental de las cooperativas al desarrollo del país y a la región se debe esencialmente a que retienen los excedentes económicos a nivel local, contribuyen a la creación de empleos, promueven redes de solidaridad, normas de beneficio colectivo y toma de decisiones democráticas. En síntesis, a que configuran una alternativa a modelos económicos que privilegian el mercado por encima de los sujetos sociales (OIT, 2001, 2002; ONU, 1998, 2001; Mendell, 2007; Depetris y Rossini, 2008; Schaposnik, 2006, 2007; Schaposnik y Pardo: 2009, 2011 b); conceptos coincidentes con los de la Confederación Cooperativa de la República Argentina -COOPERAR- y la Confederación Intercooperativa Agropecuaria -CONINAGRO- al subrayar que son *“una herramienta fundamental para el crecimiento económico y la transformación social”* y a la vez *“generadoras de empleo estable, contribuyendo decisivamente al efecto multiplicador de la economía”* (CONINAGRO y COOPERAR, 2004: 3).

En relación a las cuestiones relevantes y a las líneas de acción a desarrollar para lograr esos objetivos, este sector de la economía social las discute en congresos convocados por las principales federaciones (2), entidades de grado superior que agrupan federaciones o uniones de cooperativas de base, formadas a su vez por personas que voluntariamente deciden atender en conjunto sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales *“por medio de una empresa de propiedad conjunta, democráticamente gobernada”* (ACI, 1996: 9).

Cada convocatoria a un Congreso Argentino de la Cooperación -CAC- es una oportunidad para el debate sobre la situación del sector a la vez que ofrece la posibilidad de mostrar su potencial, presentar propuestas y reclamar a los gobiernos políticas públicas de fomento y apoyo. Los seis realizados -el primero en 1919 y el último en 2004- tuvieron una importancia elocuente aun cuando no se realizaron con frecuencia ni continuidad. (3)

(1) La información del INAES se puede consultar en: <http://www.inaes.gov.ar>.

(2) La ley argentina de cooperativas 20.337 prevé diversas formas de integración en el capítulo IX. Las principales federaciones, según el INAES, son COOPERAR (Confederación Cooperativa de la República Argentina), CONINAGRO (Confederación Intercooperativa Agropecuaria), CONAICE (Confederación Argentina Interfederativa de Cooperativas de Electricidad) y CNCT (Confederación Nacional de Cooperativas de Trabajo).

(3) Situación reconocida por las federaciones y federaciones cuando asumen *“el formal compromiso de efectuar regularmente las próximas convocatorias del futuro Congreso Argentino de la Cooperación”* y de constituir una comisión de seguimiento de las recomendaciones emanadas de congresos que se realizarían *“cada cuatro años”*. (CAC 2012: 171, 166)

El séptimo CAC, organizado conjuntamente por COOPERAR y CONINAGRO para el segundo semestre de 2012, se hará bajo el lema “Las empresas cooperativas argentinas ayudan a construir un país mejor”, en sintonía con el llamado de la Alianza Cooperativa Internacional -ACI- a sumarse a las actividades por el “Año Internacional de las Cooperativas” proclamado por la ONU. (4)

En cuanto a los temas de debate en los congresos ya realizados, reflejan las preocupaciones y demandas propias de cada época. La integración regional, tema que nos ocupa en esta oportunidad, aparece esbozado recién en 1983, se formula explícitamente en 2004 y no se menciona entre los objetivos del CAC 2012, como se verá más adelante. No obstante, las perspectivas de su incorporación en la agenda del encuentro pueden interpretarse como alentadoras si se tienen en cuenta algunos indicios:

* la posición del último congreso respecto a que *“la globalización del mundo no deja espacio para que los países puedan actuar individualmente y por ello la integración regional es un imperativo”* (CONINAGRO y COOPERAR, 2004: 18);

* la trascendencia que la ACI-Américas le concedió al tema mediante el desarrollo de un programa destinado a fortalecer la incidencia del movimiento cooperativo en los procesos de integración; (5)

* las expectativas de organizaciones representativas del cooperativismo argentino en relación a los procesos de integración que se desarrollan en América Latina, reveladas en investigaciones desarrolladas en la Universidad Nacional de La Plata (6) y, por último,

* la importancia que le asigna la Reunión Especializada en Cooperativas del MERCOSUR -RECM- a la inclusión del tema en los ejes de debate del congreso. (7)

En consideración de este escenario y de la oportunidad que plantea para el cooperativismo argentino la convocatoria del CAC 2012, nos proponemos presentar en los siguientes apartados los temas principales abordados en los congresos y en particular el tratamiento asignado a la integración regional, exponiendo los fundamentos por los que se considera necesaria su incorporación en la agenda de discusiones.

2. Acerca de los Congresos y sus principales temas de debate

Los CAC tratan cuestiones relevantes para el sector cooperativo en las diversas ramas que lo integran -consumo, agraria, servicios públicos, trabajo, crédito, seguro, escolar, etc.

Estos eventos reconocen entre sus antecedentes otros encuentros, como la reunión realizada en Entre Ríos en 1913 y la “1ª Conferencia de Cooperativas Argentinas” -organizada en marzo de 1919 por iniciativa de “El Hogar Obrero”, a la que concurrieron representantes de más de veinte entidades-.

Como se observa en el *Cuadro 1*, sólo se concretaron seis congresos en un periodo de más de 90 años desde la realización del primero. La falta de frecuencia y regularidad en las convocatorias está vinculada a la ausencia de democracia política en el país desde la década de 1930 hasta 1983 -salvo en cortos intervalos-, situación que no coadyuvó al desarrollo cooperativo (Ravina, 1999).

(4) Resolución 64/136 “Las cooperativas en el desarrollo social”, apoyada por cincuenta y cinco países -entre ellos varios latinoamericanos-, en la que se “alienta a todos los Estados Miembros, así como a las Naciones Unidas y a todos los demás interesados pertinentes” a que aprovechen el año 2012 “para promover las cooperativas y aumentar la conciencia sobre su contribución al desarrollo económico y social” (ONU, 2009).

(5) Este tema se desarrolla más adelante, y se puede consultar en: Schaposnik, Badenes y Aburbé, 2005.

(6) Las manifestaciones de los dirigentes cooperativos fueron recogidas en entrevistas y encuestas realizadas en investigaciones del Instituto de Integración Latinoamericana de la UNLP. En: Schaposnik y Pardo, 2009; Pardo, 2012.

(7) Consulta realizada el 18/10/2011 a Jorge Cartagena Bidondo, asesor en materia financiera de la RECM en el período 2004-2010 y actual coordinador del Proyecto “PROCOOPSUR”. En: Schaposnik y Pardo: 2011c.

El primer congreso, que tuvo lugar en la ciudad de Buenos Aires en octubre de 1919, fue organizado por el Museo Social Argentino (8) y asistieron más de cien cooperativas además de instituciones culturales y dirigentes que concurrieron a título personal. (9) El problema fundamental que se visualizaba en aquel momento era el de *“encauzar el movimiento cooperativo argentino sobre carriles legales serios, apropiados y enmarcados en la experiencia cotidiana”* (López: 2008, 9).

El segundo fue convocado por el gobierno de la provincia de Entre Ríos y se desarrolló en la ciudad de Paraná en noviembre de 1921. Al igual que el anterior contó con la presencia de personalidades de significación para el cooperativismo y de funcionarios públicos provinciales, tanto en las reuniones preparatorias como en el mismo congreso, lo que hizo crecer la expectativa de incidir sobre los poderes públicos. Como señala López (2008: 16),

“las Comisiones de trabajo no tuvieron mayores problemas para encauzar los debates y fijar los objetivos a cumplimentar por parte de los poderes públicos a quienes iban dirigidas las sugerencias y pedidos, mucho se había trabajado en el primer Congreso, de reciente concreción y mucho más aún en las asambleas preparatorias celebradas durante todo el año 1920 en la provincia anfitriona, de manera que el marco ofrecido fue de optimismo, confianza en el porvenir y admiración por todo lo logrado”.

Ambos encuentros se realizaron *“en una época en la cual las cooperativas comenzaban a afianzarse, sirvieron para aunar esfuerzos y prestigiar al movimiento; además, señalaron cauces apropiados para su desarrollo, sobre todo al proporcionar (...) importantes elementos para la sanción de la ley de cooperativas de 1926”* (Kaplan de Drimer y Drimer, 1981: 538), ley que tuvo entre sus principales méritos el haber incorporado los principios más ortodoxos del cooperativismo (10), a la vez que estableció un régimen aplicable en todo el país a los distintos tipos de cooperativas existentes manteniendo su vigencia hasta su reemplazo en 1973 (11).

El tercero de los CAC fue organizado nuevamente por el Museo Social Argentino (12) en la ciudad de Buenos Aires -en noviembre de 1936-, oportunidad en la que participaron más de ciento cincuenta cooperativas de diversas ramas de actividad, que coincidieron en la necesidad de difundir los principios cooperativos (13) y promover la enseñanza teórico-práctica del coo-

(8) Institución privada fundada en 1911 con el propósito de estudiar los problemas sociales del país, que en 1956 crea una Universidad -la UMSA- en la que se dictan varias carreras de grado y posgrado. Se puede ampliar información en <http://www.umsa.edu.ar>

(9) La Mesa Directiva del Congreso estuvo integrada por profesionales reconocidos del ámbito económico y social como Juan José Díaz Arana, Manuel T. Lopez, Miguel Kipen y Antonio Rouco Oliva. Las Comisiones de Estudio contaron con la participación de personalidades destacadas de la época, como Alfredo Palacios, Alejandro Bunge y Domingo Bórea.

(10) Para ese logro se considera trascendente la intervención del diputado Juan B. Justo, “teórico y práctico del cooperativismo, que había participado en los congresos internacionales sobre cooperativas y que había fundado El Hogar Obrero, cooperativa de consumo, crédito y edificación, en 1905.” (Garibaldi, 1965: 74).

(11) El decreto ley 20.337 de 1973, elaborado con participación del movimiento cooperativo y representantes del Estado, fue más amplio en su contenido que la ley 11.388 de 1926, de la cual “toma en cuenta los lineamientos doctrinarios” a la vez que “acoge la nueva formulación de los principios de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) de 1966” (Levin y Verbeke, 1999: 3). Asimismo, reconoce el “indiscutible rol que le cabe al Estado” en el ámbito de la fiscalización pública (Vuotto (1997: 48).

(12) La mesa Directiva del Congreso fue presidida por Miguel Sajaroff y David Merener como secretario, y trascendieron en las discusiones las propuestas de Abraham Gabis, Isaac Kaplán, Marcos Pustilnik y Aarón Dorfman (López: 2008)

(13) Los principios cooperativos constituyen guías para el accionar cooperativo. Al momento de realizarse el congreso de 1936 estaban vigentes los elaborados por la “Sociedad de los Equitativos Pioneros de Rochdale” -con sede en Gran Bretaña y reconocida a nivel internacional como la primer cooperativa de consumo-, principios que fueron luego examinados y reformulados en sucesivos congresos de la ACI. Los que rigen actualmente, aceptados por la OIT y por la ONU para identificar a las cooperativas “genuinas”, son los aprobados en el Congreso de Manchester de

perativismo en las escuelas. (14) Al mismo tiempo se encaró el análisis de problemas específicos que demandaba cada sector, diferenciándose en ese aspecto de los anteriores cuyo principal aporte fue poner en evidencia que la idea cooperativa “*estaba latente en el país, porque en todas partes surgían cooperativas de todo orden, abarcando las más diversas actividades económicas*” (Merener, 1972: 75-77).

En el *Cuadro 2* se accede a una lista de los temas que fueron objeto de debate en los primeros tres congresos.

A modo de síntesis, López (2008: 8) apunta que “*el primer Congreso, fue el de la adecuación jurídica, el segundo, el de la defensa gremial, y el tercero, además de todas estas cuestiones, trató intensamente la injerencia del Estado en decisiones institucionales*”.

En cuanto a los tres últimos CAC -1983, 1989 y 2004-, las confederaciones COOPERAR y CONINAGRO compartieron la responsabilidad de su organización, recuperando así la iniciativa después de casi cincuenta años sin que fueran convocados (15).

- *Congresos de 1983 y 1989*

Los temas abordados en los dos congresos se evidencian en sus documentos finales mediante un esquema similar, como se puede ver en el *Cuadro 3*.

Se observa también en el cuadro que los títulos que indican las cuestiones abordadas coinciden en ambos CAC, con excepción del punto D -vigencia de los principios cooperativos- y el punto 4 -otras consideraciones- de 1983 y 1989, respectivamente.

En la primera parte del documento de 1983 se afirma que la presencia de las cooperativas en el país “*contribuyó doctrinaria y prácticamente, en forma trascendente al desarrollo nacional*”, actuando en su “*doble carácter de empresas y de movimiento popular, democráticamente controlado*”, enfrentando al monopolio y a la usura en todos los sectores de la economía (CAC, 1983: 19). Asimismo, y asumiendo que la realización del CAC se produce poco tiempo después de finalizar la dictadura cívico-militar iniciada en 1976, se pone de manifiesto que un desarrollo socio-económico sostenido “*sólo podrá alcanzarse en el marco de una auténtica democracia*” (CAC, 1983:32), apreciación que coincide con la que sostuvo más adelante Ravina (1999: 141) al afirmar que “*democracia política y cooperativismo, como clásica expresión de la democracia económica, se repotencian mutuamente*” y que a la inversa “*la pérdida de la primera debilita o anula su crecimiento*”.

En el de 1989 se reproducen “*análogos conceptos con respecto a la relación histórica del cooperativismo nacional*” que los enunciados en el anterior, actualizando datos y reconociendo que muchos de los problemas mencionados allí, no se habían logrado superar (CAC, 1989: 3).

En ambos encuentros se traza un panorama sobre la presencia del cooperativismo en nuestro territorio (16), destacando que la “*falta de estadísticas homogeneizadas*” impide precizarla en términos absolutos y relativos -situación que persiste y ya hemos comentado- (CAC, 1983: 20).

1995, en el cual se estableció una “*identidad*” cooperativa basada en valores y principios (ACI, 1996). Para obtener más información se puede consultar: www.sitiosocial.com/cooperativismo/amplia_principios1.html

(14) En 1964 se sancionó la ley 16.583, que declara de interés nacional la enseñanza del cooperativismo y su incorporación a los planes de estudio de los establecimientos educativos. Como señala Garibaldi (1965: 36), “*se ha dictado cuando la mayor parte de la población argentina usa los servicios de las cooperativas, y cuando la gravitación económica del movimiento exige la adopción de métodos y la formación de una conciencia solidaria que consoliden a las sociedades y desarrollen el clima moral de la cooperación*”.

(15) Se dedica más espacio a la consideración de los tres últimos CAC por la posibilidad de acceso a los documentos finales elaborados en los mismos y por ser en éstos en los que aparece mencionado el tema de la integración regional.

(16) Por su extensión, la presentación de esta información excede los propósitos de este artículo. La misma se puede consultar en CAC 1983 y CAC 1989.

En relación a los principales temas desarrollados, que fueran objeto de sendas recomendaciones, se presentan en una selección junto a los del CAC 2004 en el Cuadro 4.

- *Congreso de 2004*

La estructura del documento final de este CAC, convocado bajo el lema “De cara al nuevo milenio: por el desarrollo nacional con inclusión social”, difiere de la que presentaban los anteriores, enunciando como títulos principales los siguientes:

1. Evolución del periodo 1989/2004.
2. Política social, económica y territorial -1. Sociedad; 2. Economía.
3. El Estado.
4. Consideraciones y propuestas sectoriales.
5. Consideraciones y propuestas cooperativas.
6. Propuestas y medidas de ejecución para lograr los objetivos.
7. Síntesis y conclusiones.

En la primera parte, se acepta que *“han transcurrido casi quince años desde el último Congreso Argentino de la Cooperación”* y que la convocatoria es una oportunidad propicia para realizar un análisis profundo de lo acontecido en ese periodo y debatir sobre las acciones a emprender. Se destaca como *“el dato más positivo el de la consolidación de la democracia, hecho muy valorado y apreciado por el movimiento cooperativo argentino”* (CONINAGRO y COOPERAR, 2004: 9), no obstante lo cual observan la existencia de *“falencias de la pasada década”* en el periodo como la falta de equidad social, la desnacionalización de la economía y el deterioro de las economías regionales, entre otras (CONINAGRO y COOPERAR, 2004: 10-11).

En relación a los objetivos, fueron definidos por los organizadores al convocar el congreso:

“- Destacar la imagen cooperativa como símbolo de equidad y justa distribución del ingreso, reconociendo en su accionar un modelo de gestión democrática con responsabilidad social.

- Lograr una mayor participación y compromiso del movimiento cooperativo en los sectores educativos, culturales y en las políticas públicas.

- Promover una mayor participación del cooperativismo en el producto bruto nacional y en la generación de puestos de trabajo, así como una mejor calidad de la gestión para la producción de bienes y prestación de servicios.

- Lograr la traducción de las recomendaciones a disposiciones legislativas y ejecutivas” (CONINAGRO y COOPERAR, 2004: 11).

Se puede interpretar que los objetivos traducen el interés de las confederaciones por lograr una mayor participación del movimiento cooperativo y la aspiración de que ésta se traduzca en políticas públicas.

Al igual que en 1983 y 1989, se presentan datos sobre la situación del sector en cada una de sus ramas de actividad. En la descripción se advierte un escenario de *“incertidumbre”* en el que la economía de mercado *“se ha extendido dramáticamente en todo el mundo”*, promovándose la creación de zonas de libre comercio y la desregulación de las actividades financieras, cambios que significaron para la mayoría de las cooperativas hacer frente a una competencia mucho más intensa (CONINAGRO y COOPERAR, 2004: 15).

En vista de que el documento final del CAC 2004 es muy extenso -contiene más de ciento setenta páginas- y se refiere a un sinnúmero de temas, no es posible presentarlos en detalle aun cuando pensamos que ello permitiría un mejor conocimiento sobre las cuestiones que ocuparon la atención

de los dirigentes cooperativos en esa época. No obstante, a los fines de estas reflexiones hemos seleccionado algunos relacionados con las cooperativas y los exhibimos junto a los de 1983 y 1989 en el *Cuadro 4*.

Como se puede apreciar, los temas seleccionados se repiten en los tres últimos congresos, salvo excepciones.

- *Congreso de 2012*

Este CAC se propone “*como un encuentro fraterno entre todos los cooperativistas del país y como la principal actividad de las dos confederaciones en el Año Internacional de las Cooperativas*” (CAC, 2012: 3), a la vez que una oportunidad de “*actualizar el inventario de realizaciones de la economía solidaria y específicamente del cooperativismo en todos los campos*”, fortaleciendo los lazos de integración tanto vertical como horizontal (Forn, 2011: 90). Para lo cual, según lo manifestado en una entrevista por el presidente de COOPERAR -entidad organizadora junto a CONINAGRO- contará con “*diez sedes en distintos lugares del país*” con la idea de que “*surja un documento elaborado desde el trabajo de las bases*”, (Guarco, 2011: 5)

Los objetivos, que se reproducen a continuación, son los enunciados en la convocatoria que se publica en los sitios web de las confederaciones: (17)

“- Profundizar el diagnóstico sobre el estado de las empresas cooperativas en todos los sectores y territorios de nuestro país.

- Identificar y debatir las principales propuestas dirigidas a impulsar el desarrollo del cooperativismo.

- Identificar y promover proyectos de desarrollo cooperativo relevantes en términos de integración cooperativa, generación de puestos de trabajo, visibilidad del sector y cuidado del medio ambiente.

- Identificar y difundir experiencias cooperativas exitosas, que puedan servir de ejemplo e inspiración para las distintas cooperativas y grupos precooperativos en todo el territorio nacional”. (CAC, 2012:2)

Para cumplir con estos propósitos, se prevé la realización de una serie de encuentros previos de reflexión y debate, de carácter voluntario, donde se puedan “*analizar y generar los consensos necesarios para respaldar una política estratégica basada en el fortalecimiento de la presencia cooperativa en el Producto Bruto Nacional, sin descuidar el respeto a las formas y a la identidad de nuestras entidades*” (COOPERAR, 2011: 143), y se delega la responsabilidad principal de preparar el evento a una comisión que coordinará tres comités: de ponencias, de proyectos y de comunicación.

En definitiva, aspira a ser “*una convocatoria a la construcción colectiva de propuestas y proyectos*” que irán surgiendo de los encuentros Pre-CAC 12 (18) a realizarse “*en las ciudades capitales o en el interior más profundo*” (CAC, 2012: 3), culminando en el encuentro final que se desarrollará durante dos jornadas de exposiciones, presentaciones y debates en el segundo semestre del año.

Las ponencias a presentar deberán vincularse a cuatro ejes: diagnósticos sobre la situación de las cooperativas y propuestas para su desarrollo; experiencias cooperativas que puedan servir como ejemplo e inspiración respecto a “*desarrollo local, integración cooperativa, articulación público privada, generación de puestos de trabajo, protección del medio ambiente, perspectiva de género, participación de la juventud, democratización de los medios de comunicación audiovisual, etc.*”; educación cooperativa y capacitación específica; y normativa y gestión cooperativa (CAC, 2012: 5).

(17) Se puede encontrar en los sitios web: www.cooperar.coop y www.coninagro.org.ar (Consulta realizada en febrero de 2012)

(18) Como quedó reflejado desde los primeros CAC, los “*mejores proyectos y las más acertadas sugerencias*” aparecen en las reuniones preparatorias” (López: 2008, 13)

En cuanto a la presentación de proyectos, versarán sobre propuestas de inversiones...

“...a realizar por empresas cooperativas que incluyan uno o más de los siguientes objetivos prioritarios para el CAC 2012:

- Integración cooperativa.
- Agregado de valor en el territorio.
- Generación de puestos de trabajo.
- Ampliación de la participación cooperativa en los servicios de comunicación audiovisual.
- Proyectos innovadores en la gestión de las necesidades de hábitat: vivienda y servicios.
- Atención de población en condición de vulnerabilidad social.
- Cuidado del medio ambiente.

* Generación de Desarrollo Local” (CAC, 2012: 6).

Respecto a los videos, estarán dirigidos “a difundir experiencias que reflejen la potencialidad del cooperativismo en la construcción de un mundo mejor” (CAC, 2012: 7).

En esta convocatoria, como se anticipara en la presentación, no surge explícitamente el tema de la integración regional como objetivo prioritario del congreso.

3. La cuestión de la integración regional

Esta materia se aborda por primera vez en los CAC a partir del celebrado en 1983. En él se recomienda “desarrollar una acción concreta y decidida de complementación e integración latinoamericana tendiente al aprovechamiento de puertos chilenos y brasileños para la mejor salida de la producción argentina del noreste y noroeste argentino” y, en general, “procurar una efectiva integración socio-económica y política en el ámbito latinoamericano”. Por razones geográficas, políticas, sociales y económicas, se considera que para el cooperativismo argentino será importante “promover las relaciones intercooperativas con los movimientos cooperativos (...) muy especialmente con los de los países latinoamericanos” para alcanzar un mayor grado de intercambio de experiencia, de asistencia técnica y de complementación económica y social (CAC, 1983: 30, 46, 51)

Más adelante, en el siguiente CAC se recomendó “desarrollar una acción concreta y decidida de complementación e integración latinoamericana y regional mediante el movimiento cooperativo institucionalizado”, ratificando la idea de “impulsar la más amplia vinculación a partir de la ligazón histórica, cultural y geográfica, con las naciones de América Latina, estimulando su progresiva integración socio-económica y política” (CAC, 1989: 12, 19).

Por último, del documento final del CAC 2004 se infiere la posición del movimiento cooperativo argentino representado por COOPERAR y CONINAGRO en los comienzos de siglo XXI. (19) Allí se afirma que “la globalización del mundo no deja espacio para que los países puedan actuar individualmente y por ello la integración regional es un imperativo”, destacando que en ese marco la prioridad del país será “la consolidación del MERCOSUR y, a través del mismo, propiciar y promover acuerdos extra regionales, que preserven debidamente el interés nacional” (CONINAGRO Y COOPERAR, 2004: 18).

En relación a la participación de las cooperativas -en particular-, se apoya la labor desarrollada por la RECM, integrada por los organismos nacionales y organizaciones representativas de los movimientos cooperativos de los países miembros del MERCOSUR. (20)

(19) En Schaposnik (2007: 169-171) se puede consultar un cuadro-resumen de la posición de estas confederaciones respecto a la integración, referidas al MERCOSUR y al ALCA.

(20) Cabe acotar que las referencias al tema de la integración regional están dirigidas especialmente al MERCOSUR, situación que no se replica en los congresos anteriores porque el bloque subregional fue creado con

- *Un desafío para las cooperativas*

Argentina es miembro fundador del MERCOSUR y de la Unión de Naciones Suramericanas -UNASUR-, además de participar en una compleja variedad de acuerdos e interactuar con otros espacios regionales. Esta trama de relacionamientos internacionales es motivo de interés y preocupación para el sector cooperativo, como lo advirtió la ACI-Américas (21) cuando decidió dar impulso a un programa de “Fortalecimiento de la incidencia del movimiento cooperativo de las Américas en los procesos de integración de la región” -ya mencionado-. Previo a ello, se había aprobado una “Declaración sobre la Integración Regional y Libre Comercio” -en el año 2003- que anuncia una concepción multidimensional sobre la integración, caracterizada por promover la superación de asimetrías económicas entre los países, el desarrollo de las fuerzas productivas y la generación de empleo, la inclusión de todos los sectores sociales en el proceso integrador, el respeto hacia la soberanía de las naciones y su patrimonio material y cultural, y el cumplimiento de todos los derechos humanos, sin distinciones sociales.

La relevancia asignada al tema y el desafío que el nuevo escenario planteaba a las cooperativas, incitó a la ACI a fijar posiciones institucionales y sostener “*un activo protagonismo cívico y democrático*” del movimiento cooperativo de la región, para lo cual puso a disposición el PRICA, programa que promovió estudios en varios países con el fin de identificar los problemas que acarrea la integración regional, partiendo del reconocimiento del impacto que los procesos integradores tienen sobre las generaciones presentes y futuras de los países latinoamericanos y caribeños.

El “Estudio Nacional” del PRICA para Argentina (22) -posterior al CAC 2004- aportó nuevos elementos para fomentar un debate responsable sobre el tema y sugerir líneas de acción en pos de una intervención activa en los procesos de integración de la región. En ese marco, se analizaron los marcos de negociación de los tratados de libre comercio y las consecuencias que éstos podrían tener, se realizaron consultas a dirigentes del sector y se elaboró un análisis FODA que permitió poner al descubierto factores que pueden incidir en el desarrollo de las cooperativas del país. Como resultado del análisis, se afirmaba entonces que “*la posibilidad de superar las debilidades y minimizar las amenazas que perfilan los TLC y el ALCA, dependerá en gran medida de cómo se organice el movimiento cooperativo para maximizar sus fortalezas y aprovechar las oportunidades que se les presentan*”. Se concluyó, además, en que “el movimiento cooperativo no es una isla y no puede permanecer ajeno a cuestiones que involucran a sus entidades como a toda la sociedad: debe participar activamente en los procesos sociales y políticos de la región”, incluyendo en este sentido una definición respecto a los modelos de integración en los que el país participa (Schaposnik, Badenes y Aburbé, 2005: 76, 78).

Es importante señalar que esta posición de la ACI-Américas sobre la integración regional fue compartida por gran parte del cooperativismo argentino.

Por otro lado, en entrevistas realizadas con motivo de investigaciones del Instituto de Integración Latinoamericana -finalizadas en 2006, 2009 y 2012-, los dirigentes de las confederaciones cooperativas y de entidades asociadas a ellas, manifestaron su opinión favorable a un “mayor desarrollo” del MERCOSUR y a que se profundicen los vínculos entre sus miembros, incluso a la posibilidad de ampliación del bloque a otros países, coincidiendo en este sentido con las conclusiones del CAC 2004 (Schaposnik, 2006). En particular, COOPERAR (23) reconoce que la participación en la institucionalización

posterioridad a ellos. El Mercado Común del Sur tiene origen en el Tratado de Asunción firmado en 1991 por los presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

(21) La ACI-Américas es una de las cuatro oficinas regionales con que cuenta la Alianza Cooperativa Internacional. Sus miembros son 77 organizaciones provenientes de 22 países de la región. Por Argentina es miembro COOPERAR, no así CONINAGRO.

(22) El Estudio fue presentado para su consideración y aprobación en Buenos Aires el 7 de septiembre de 2005.

(23) COOPERAR es la única entidad que representa actualmente a las cooperativas argentinas en la RECM y en el FCES del MERCOSUR.

dad del MERCOSUR a través del FCES, le ha permitido tener “*una agenda común, (...) que apunta fundamentalmente a una integración regional del movimiento con énfasis en lo social y en la integración productiva regional*”. Respecto al papel desempeñado por la RECM, considera que ha sido beneficioso en varios aspectos: por promover el relacionamiento con los movimientos cooperativos de los países miembros y con los órganos gubernamentales de los mismos; por facilitar la participación en programas de la Agencia Española de Cooperación para el Desarrollo -AECID (24)-; y por constituirse en el ámbito para elaborar y gestionar la aprobación de un Estatuto de Cooperativas del MERCOSUR -en trámite de internalización dentro de los estados miembros- (Pardo, 2012).

En relación a UNASUR, si bien los canales de participación aún no están diseñados para el sector (25), la confederación manifiesta tener expectativas de incorporar la temática cooperativa en la estrategia del proceso de integración. La misma se basa en la posibilidad de encontrar una solución al problema del financiamiento cooperativo, sustentada en la efectiva puesta en marcha del Banco del Sur. Las alternativas de un financiamiento alternativo y distinto al vigente, sesgado por los organismos multilaterales de crédito, abre la esperanza de posibilitar un mayor desarrollo del sector, extensivo al interior de cada país y al conjunto de los Estados. (Schaposnik y Pardo, 2009, 2011a, 2011b; Schaposnik, 2009, 2010, 2011).

Sin embargo, aun cuando estas apreciaciones expresan una perspectiva esperanzada respecto a la integración regional, no es posible adelantar si la cuestión será incorporada durante los “Encuentros Pre-CAC”, previstos para el primer semestre del año con el fin de promover la participación y el debate interno; tampoco si, finalmente, estará presente en los encuentros de cierre del CAC 2012.

4. Reflexiones y aportes para la discusión

Los Congresos Argentinos de la Cooperación -como ya se expresara- son oportunidades para que las cooperativas muestren a la sociedad la realidad del sector, planteen sus preocupaciones y presenten sus propuestas. No obstante, el escenario actual interpela a las cooperativas sobre la relevancia de no circunscribir los temas prioritarios a las demandas o inquietudes propias del sector, sino a ir más allá y ampliar la mirada para situar su problemática en el contexto nacional y especialmente en el de América Latina y el Caribe.

En ese sentido, la adopción de una posición institucional sobre el tipo de integración regional a la que se aspira como “movimiento” o como expresión de un importante sector de la “economía social” no puede soslayarse en el CAC 2012, porque tal como lo señalara la ACI-Américas, una integración multidimensional, solidaria y democrática debe ser “*un principio rector*” de la conducta cotidiana de las cooperativas.

En cuanto al MERCOSUR, deberían reconocerse los logros obtenidos a través de la participación en el FCES y RECM -entre ellos la aprobación del Estatuto de Cooperativas- y los beneficios que esto le ha reportado al sector -sobre todo en la apertura de posibilidades de relacionamiento con cooperativas de los otros países miembros-. Entendemos que al haber conquistado su derecho a participar en esos espacios institucionales, están en condiciones de tener una incidencia mayor en las políticas públicas y en la definición del rumbo que adopte la integración en nuestra región.

(24) La Agencia Española de Cooperación para el Desarrollo - AECID- forma parte de un proyecto de cooperación española que tiene como objetivo apoyar a los organismos regionales y a los procesos de integración en América Latina.

(25) El artículo 18 del Tratado Constitutivo sobre “participación ciudadana” establece que “se promoverá la participación plena de la ciudadanía en el proceso de la integración y la unión suramericanas, a través del diálogo y la interacción amplia, democrática, transparente, pluralista, diversa e independiente con los diversos actores sociales, estableciendo canales efectivos de información, consulta y seguimiento en las diferentes instancias de UNASUR. Los Estados Miembros y los órganos de UNASUR generarán mecanismos y espacios innovadores que incentiven la discusión de los diferentes temas garantizando que las propuestas que hayan sido presentadas por la ciudadanía, reciban una adecuada consideración y respuesta.”

Sin embargo, más allá del reconocimiento de esas conquistas, quedaría pendiente aún la definición de estrategias para ejercer una mayor incidencia en otros bloques de integración a fin de que se creen espacios de participación institucional de las cooperativas -al estilo del FCES y RECM o con características que respondan a las peculiaridades de los mismos-. En relación a esta cuestión, cabe señalar que en una Declaración con motivo del Seminario Internacional realizado en Lima en 2004 se instó a fortalecer y ampliar los espacios de diálogo social existentes y a promover la creación de instancias de participación en la Comunidad Andina -CAN- pero no se logró avanzar todavía en esa dirección (Pardo, 2012). En ese sentido, como afirma Betancur, es importante tener en cuenta que *“las experiencias de integración, sean locales, subregionales, nacionales o regionales (...) no son un fin en sí mismo sino parte de procesos donde se aprende de los errores”* y que cualquier proyecto de integración regional superador de los existentes *“necesita de movimientos más sólidos que los actuales”* (26).

Avanzando más aún, si se ampliara la mirada al conjunto de América Latina y el Caribe -como unidad- no deberían ignorarse las posibilidades de encontrar soluciones conjuntas a problemas comunes, entre los cuales sobresale el del financiamiento, que obstaculiza el desarrollo pleno de las cooperativas y que podría hallar respuesta en la Nueva Arquitectura Financiera regional que se está construyendo. Los cimientos de esta construcción, edificada en base a la solidaridad y a principios democráticos -identificados a su vez con los que sostienen las cooperativas-, se reconocen claramente en el Banco del ALBA (27) -en actividad- y en el Banco del Sur -aún sin funcionar-.

Por lo expresado hasta aquí, la trascendencia del tema de la integración regional y su relación con las cooperativas es innegable. Sin embargo, hemos mostrado que no se incluyó en la agenda de la convocatoria al CAC 2012 y que tampoco se mencionan allí las oportunidades que se presentarán para las cooperativas transfronterizas en el caso de entrar en vigencia el Estatuto de Cooperativas aprobado por el Parlamento del MERCOSUR. Sobre este último punto, el congreso podría recomendar su tratamiento y aprobación en el Parlamento Nacional (28), para lo cual previamente se debería difundir el contenido de dicho Estatuto en los pre-encuentros de manera de allanar el camino para tomar posición. (29)

Para concluir estas reflexiones, entendemos que lo que se requiere del CAC 2012 es que promueva el debate para profundizar el conocimiento sobre las implicancias de los procesos que se están desarrollando en América Latina y el Caribe, definiendo el tipo de integración al que se aspira llegar y las estrategias de incidencia en vistas a lograrlo. En ese sentido consideramos -coincidiendo con el Estudio Nacional del PRICA- que la incidencia no debe entenderse como una presencia testimonial sino como un compromiso activo que *“en sintonía con los principios de la cooperación, llevaría a defender la soberanía de los Estados para la implementación de aquellas políticas que -como el fomento de estas empresas solidarias- encaminan a los países de la región hacia modelos socioeconómicos y políticos más equitativos y participativos”* (Schaposnik, Badenes y Aburbé, 2005:79).

(26) Consulta realizada el 20/6/2011 a Daniel Betancur, Secretario Técnico de la RECM hasta 2010 y actualmente vicepresidente segundo de la Fundación Iberoamericana de Economía Social -FUNDIBES-. En: Pardo, 2012 (En prensa).

(27) La Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América -ALBA- es una propuesta de integración basada en la solidaridad y la complementación, a la que adhieren Venezuela, Cuba, Ecuador, Bolivia, Nicaragua, Dominica, Antigua y Barbudas, San Vicente y Granadina -y en vías de integrarse Haití y otros países centroamericanos-. Se puede consultar información en: <http://www.alianzabolivariana.org>

(28) El único país que lo ha incorporado a su normativa es Uruguay -internalizado por ley N°18.723 de enero de 2011-.

(29) Se podría recomendar también la incorporación del sector cooperativo argentino en las cuentas nacionales considerando su especificidad, para conocer su aporte real al desarrollo social y económico del país. En ese sentido, cabe señalar el antecedente del “Modelo de Cuentas Satélites” de la Unión Europea y el plan de trabajo para la transferencia de información y análisis de su aplicabilidad que se está elaborando con el CIRIEC-España bajo la dirección de José Luis Monzón (Pardo, 2012).

Es muy probable que surjan discrepancias al analizar esta cuestión, dado que el cooperativismo no es un sector homogéneo -aunque se desarrolle a partir de una matriz doctrinaria que le confiere a sus entidades un “parecido de familia”-. No obstante, esas diferencias no deberían ser un obstáculo para que el movimiento cooperativo acompañe los reclamos de una mayor participación social en los procesos de integración. En esa dirección, y ante el nuevo escenario que se está perfilando en Nuestramérica, se ratifica la convicción -expresada en otras instancias- de que *“la inexistencia de una posición unificada del movimiento cooperativo debilita su posibilidad de incidir”*. (Schaposnik, 2007: 177)

5. Bibliografía

- ACI. Los principios cooperativos en el siglo XXI. Buenos Aires: Intercoop, 1996.
- CONINAGRO y COOPERAR. Congreso Argentino de la Cooperación De cara al nuevo milenio. Por el desarrollo nacional con inclusión social. Buenos Aires: Intercoop, 2004.
- DEPETRIS GUIGUET, Edith y ROSSINI, Gustavo. “Política cooperativa común en MERCOSUR. Algunas reflexiones sobre los alcances y dificultades”, EN: Diego Barrios (coord.). Iniciativas asociativas y cooperativas en el MERCOSUR. Argentina: PROCOAS, AUGM, 2008, 17-34.
- FORN, Edgardo. “Movimiento cooperativo en la Argentina: los desafíos en marcha”, EN: Revista Idelcoop, Buenos Aires, 2011-203, 89-101.
- GARIBALDI, Antonio. Cooperativas y cooperación. Buenos Aires: Intercoop, 1965.
- INAES. Las Cooperativas y Mutuales en la República Argentina. Buenos Aires: Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social, 2008.
- KAPLAN DE DRIMER, Alicia y DRIMER, Bernardo. Las cooperativas. Buenos Aires: Intercoop, 1981.
- LEVIN, Andrea y VERBEKE, Griselda. “El carácter de la fiscalización en las organizaciones cooperativas”, EN: Documentos. Publicación del Centro de Estudios de Sociología del Trabajo. Buenos Aires: FCE, UBA, 1999-23.
- LÓPEZ, Celia G. “Los congresos argentinos de la cooperación y su acertada interpretación de la realidad agraria argentina”, EN: Documentos de Trabajo [on line]. Buenos Aires: Universidad de Belgrano, 2008-210. Disponible en: www.ub.edu.ar/investigaciones/dt_nuevos/210_lopez.pdf (Consulta: 3 de febrero 2012)
- MENDELL, Marguerite. “Economía social y políticas públicas: el caso de Quebec”, EN: Mirta Vuotto (coord.). La co-construcción de políticas públicas en el campo de la economía social. Buenos Aires: Prometeo, 2007, 39-59.
- MERENER, David. El cooperativismo de Entre Ríos y sus pioneros. Los Congresos Argentinos de la Cooperación. Buenos Aires: Intercoop, 1972.
- PARDO, Eugenia Candelaria. “Las cooperativas en la estructura jurídica institucional de la CAN y el MERCOSUR”, EN: Noemí Mellado (coord.). Instituciones, comercio y cooperación monetaria en la integración sudamericana: sus efectos sobre la gobernabilidad regional. Argentina, 2012. (En prensa).
- RAVINA, Arturo O. “El desarrollo cooperativo en la Argentina”, EN: Cuadernos de Economía Social, Buenos Aires, 1999-8, 141-157.
- SCHAPOSNIK, Carmen Rosa. “Las cooperativas”, EN: Noemí Mellado (coord.). Los actores empresariales argentinos frente al MERCOSUR. La Plata: Edulp, 2006, 75-93.
- SCHAPOSNIK, Carmen Rosa. “Las cooperativas frente a las negociaciones del ALCA”, EN: Noemí Mellado (coord.). MERCOSUR-ALCA. Articulación de las negociaciones internas y externas. La Plata: Edulp, 2007, 149-177.

SCHAPOSNIK, Carmen Rosa. "El Banco del Sur y el financiamiento de la economía social", EN: La Co-construcción de conocimiento y prácticas sobre la economía social y solidaria en América Latina y Canadá, 2009. Disponible en CD-ROM, ISSN 1852-1648 y en: http://www.econ.uba.ar/seminario/ponencias_presentadas.htm

SCHAPOSNIK, Carmen Rosa. "La situación del financiamiento a cooperativas de servicios públicos de la provincia de Buenos Aires en el bicentenario", EN: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata, UNLP, 2010-40, 547-559.

SCHAPOSNIK, Carmen Rosa. "Financiamiento solidario en Nuestramérica. Perspectivas para las cooperativas con los Bancos del Sur y del Alba", EN: Revista Densidades, Buenos Aires, septiembre 2011-7, 85-96.

SCHAPOSNIK, Carmen Rosa, BADENES, Daniel y ABURBÉ, Sebastián. Estudio Nacional Argentina. PRICA, ACI-Américas, 2005 [on line]. Disponible en: <http://www.neticoop.org.uy/article1890.html>. (Consulta: 10 febrero 2012)

SCHAPOSNIK, Carmen Rosa y PARDO, Eugenia C. "Financiamiento y desarrollo en UNASUR", EN: Noemí Mellado (ed.). MERCOSUR y UNASUR, ¿hacia dónde van? Córdoba, Argentina: Lerner, 2009, 249-283.

SCHAPOSNIK, Carmen Rosa y PARDO, Eugenia Candelaria. "Financiamiento a la economía social en la integración sudamericana. Banco del Sur y Banco del Alba: posibles aliados de las cooperativas", EN: III Congreso Internacional de Investigación en Economía Social de CIRIEC: La economía social, pilar de un nuevo modelo de desarrollo económico sostenible [CD-ROM]. España, CIRIEC y Universidad de Valladolid, abril 2011a, ISBN 978-84-95003-85-0

SCHAPOSNIK, Carmen Rosa y PARDO, Eugenia C., "Bank of the South, a Possible Alternative for Funding South American Development", EN: Peter Lang (ed.). Contemporary Crisis and Renewal of Public Action. Bélgica, 2011b, 301-318.

SCHAPOSNIK, Carmen Rosa y PARDO, Eugenia C. "El cooperativismo ante los actuales procesos de integración sudamericana. Un debate necesario en el Congreso Argentino de la Cooperación 2012". Ponencia presentada en el Pre-encuentro de la Red Latinoamericana de Investigadores en Cooperativismo de la ACI: La democratización de la economía y el cooperativismo, CESOT- FCE-UBA-, Buenos Aires, 2011c, 9 y 10 de noviembre.

SCHUJMAN, León. "El cooperativismo en Argentina", EN: Estudios Cooperativos, Universidad Complutense de Madrid, 1984-52, 125-135.

VUOTTO, Mirta. "Acerca de las restricciones formales en las organizaciones cooperativas: la fiscalización pública", EN: Cuadernos de Economía Social, IAIES, 1997-III-5, 35-49.

6. Documentos

CAC 1983. "Documento Final" [Impreso]

CAC 1989. "Documento Final." Publicación de COOPERAR y CONINAGRO.

CAC 2012. "Convocatoria al Congreso Argentino de las Cooperativas 2012". Disponible en: <http://www.coninagro.org.ar/> (Consulta: 12 febrero 2012).

COOPERAR. "Mensaje por el 89º día internacional de las cooperativas". Buenos Aires, Circular 39/2011, EN: Revista Idelcoop, Buenos Aires, 2011-203, 142-144.

OIT. "Informe V: Promoción de las cooperativas". 89º Conferencia, Ginebra, Suiza, 2001.

OIT. "Recomendación N°193 sobre la promoción de las cooperativas". 90º Conferencia, Ginebra, Suiza, 2002.

ONU. "Papel de las cooperativas a la luz de las nuevas tendencias económicas y sociales". Informe N° 54/57, 1998.

ONU. "Las cooperativas en el desarrollo social". Resolución A56/114 de la Asamblea General, 2001.

ONU. "Las cooperativas en el desarrollo social". Resolución 64/136 de la 64ª. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 2009.

7. Periódicos

GUARCO, Ariel. "El objetivo es que COOPERAR represente a la totalidad del cooperativismo urbano" (Entrevista). Periódico "Mundo Cooperativo" N° 181, agosto 2011, Buenos Aires.

Los Congresos Argentinos de la Cooperación y el debate sobre la integración regional Cuadro 1: CAC realizados hasta 2004

Año	Sede	Organizadores
1919	Ciudad de Buenos Aires	Museo Social Argentino
1921	Ciudad de Paraná	Gobierno de la Pcia. de Entre Ríos
1936	Ciudad de Buenos Aires	Museo Social Argentino
1983	Ciudad de Buenos Aires	COOPERAR y CONINAGRO
1989	Ciudad de Buenos Aires	COOPERAR y CONINAGRO
2004	Ciudad de Buenos Aires	COOPERAR y CONINAGRO

Fuente: Elaboración propia en base a *Kaplan de Drimer y Drimer (1981)* y Documentos de los Congresos.

Cuadro 2: Temas de debate en los CAC: 1919, 1921 y 1936

CAC 1919	CAC 1921	CAC 1936
<ul style="list-style-type: none"> - Legislación sobre Cooperativas. - La Cooperación y la Producción. - La Cooperación y el Consumo. - La Cooperación y el Crédito. - La Cooperación y el Seguro. - Cooperativas Agrícolas. - Sindicatos Profesionales. 	<ul style="list-style-type: none"> - Legislación sobre cooperativas. - La cooperación en la producción y el consumo. - La cooperación en la producción y la industria. - Sindicatos profesionales y consorcios camineros. 	<ul style="list-style-type: none"> - Unidad del movimiento cooperativo agrario. - Costo de la producción agropecuaria. - Régimen de elevadores de granos. - Crédito agrario. - Comercialización de los productos. - Relaciones entre las cooperativas de productores y de las de consumidores. - Fomento de la cooperación agropecuaria.

Fuente: Elaboración propia en base a *López (2008)*

Cuadro 3: Esquema de los documentos finales de los CAC: 1983 y 1989

CAC 1983	CAC 1989
<p>Presencia del cooperativismo en la realidad argentina.</p> <p>A. Significado económico-social del cooperativismo.</p> <p>B. Orígenes y evolución.</p> <p>C. Importancia global y relativa del cooperativismo.</p> <p><i>D. Vigencia de los principios cooperativos.</i></p>	<p>I. Presencia del cooperativismo en la realidad argentina.</p> <p>1. Significado económico-social del cooperativismo.</p> <p>2. Orígenes y evolución.</p> <p>3. Importancia global y relativa del cooperativismo.</p> <p><i>4. Otras consideraciones.</i></p>
<p>Recomendaciones sobre:</p> <p>La sociedad.</p> <p>El territorio.</p> <p>La economía.</p> <p>El Estado.</p> <p>Problemas actuales y perspectivas del cooperativismo.</p>	<p>Recomendaciones sobre:</p> <p>II. La sociedad.</p> <p>III. El territorio.</p> <p>IV. La economía.</p> <p>V. El Estado.</p> <p>VI. Problemas actuales y perspectivas del cooperativismo.</p>

Fuente: Elaboración propia en base a los Documentos de los Congresos.

Cuadro 4: Temas de debate en los CAC: 1983, 1989 y 2004

Tema	CAC 1983	CAC 1989	CAC 2004
Participación de cooperativas en los servicios de salud.	X	X	X
Participación de cooperativas en el sector vivienda.	X	X	X
Colonización de tierras con participación de cooperativas	X	X	X
Participación de cooperativas en el sector transporte.	X	X	--
Participación de cooperativas en el sistema de puertos.	X	X	--
Participación de cooperativas en servicios públicos.	X	X	X
Participación cooperativa en sector distribución y consumo.	X	X	X
Necesidad de nueva estructura del sistema financiero (nueva ley).	X	X	X
Participación de cooperativas en sector exportador.	X	X	X
Participación cooperativa en Junta Nacional de Granos y de Carnes. *	X	X	--
Participación cooperativa en organismos públicos.	X	X	X
Cumplimiento de recomendaciones de OIT. **	X	X	X
Incorporar enseñanza del cooperativismo en planes de educación.	X	X	X
Asegurar vigencia de la ley de educación cooperativa N° 16.583.	X	X	X
Fortalecer la integración federativa.	X	X	X
Consolidar la función integradora del CIA. ***	X	X	---
Creación y fortalecimiento de órganos provinciales de cooperativas.	X	X	X
Políticas tributarias acordes a la naturaleza cooperativa.	X	X	X
Garantizar acceso a medios de comunicación (modif. ley N° 22.285)	X	X	X
Cooperativización de empresas amenazadas de cierre.	---	X	X
Reconocer a cooperativas en reformas constitucionales.	---	X	X
Propiciar la formulación del balance social.	---	X	X
Facilitar la participación de cooperativas en privatizaciones.	X	X	---
Promover integración regional.	X	X	X

Fuente: Elaboración propia en base a los documentos de los Congresos.

* Las Juntas fueron disueltas por Decreto N° 2284/91 del 31/10/91 de desregulación económica.

** Los congresos de 1983 y 1989 se refieren a la Recomendación N° 127/1966 de la OIT, y el de 2004 a la N° 193/2002.

*** El Consejo Intercooperativo Argentino -CIA- fue creado por COOPERAR y CONINAGRO -entidades que ejercían su presidencia por periodos alternados- para funcionar como un "mecanismo de coordinación" (Schuman, 1984).

Orígenes de la integración regional sudamericana: el gobierno de Juan Manuel de Rosas y la ley de aduanas de 1835

POR LAUTARO M. RAMÍREZ (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Los derechos de aduana y la navegación de los ríos interiores. — III. La Ley de Aduanas del año 1835. — IV. La integración regional y las previsiones de La Ley de Aduanas. — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo aborda la Ley de Aduanas sancionada durante el segundo gobierno de Juan Manuel de Rosas, que entró en vigencia en 1836 y que previó una serie de preferencias arancelarias para el Estado de Chile. Con el objeto de analizar la ley mencionada, se utiliza el método de análisis exegético-dogmático propio de la disciplina jurídica y dentro del contexto de las relaciones económicas internacionales de la gobernación de Buenos Aires en el Siglo XIX; pretendiéndose responder el siguiente interrogante: ¿La Ley de Aduanas de Rosas, constituye un antecedente en materia de integración económica regional en Sudamérica? Ello con el fin de comprobar si ésta ley fue de avanzada, pudiendo ser considerada como uno de los antecedentes más importantes en materia de integración económica regional.

Palabras clave: Integración económica regional - Ley de aduanas de 1835 - Juan Manuel de Rosas - Relaciones económicas internacionales - Preferencias arancelarias

Abstract

This paper addresses the Customs Act passed during the second government of Juan Manuel de Rosas which gets in forced in 1836 providing of tariff preferences for the State of Chile. To analyze it the method of exegesis-dogmatic is taken within the context of the international economic relations of the government of Buenos Aires in the nineteenth century. Also this paper seeks to answer the following question: The Rosas' Customs Act, constitute a precedent in terms of regional economic integration in South America? This in order to check whether the Customs Act was advanced and if it can be considered as one of the most important moment of regional economic integration.

Key words: Regional Economic Integration - 1835 Customs Act - Juan Manuel de Rosas - International Economic Relations - Tariffs Preferences

I. Introducción

El gobierno de Juan Manuel de Rosas en la Provincia de Buenos Aires se consolidó en el año 1835, luego de asumir el 13 de abril, prestando juramento ante la Legislatura. Sin embargo, el orden político instaurado no era liberal ni pretendía defender derechos individuales de las minorías ni de los individuos. Solo interesaba defender el sistema federal y, por medio de este, los derechos adquiridos de los pueblos, esto es la independencia de la Confederación, el gobierno republicano y la igualdad ante la ley.

(*) Jefe de Trabajos Prácticos Ordinario de Economía Política, Cátedra I. Especialista en Políticas de Integración Latinoamericana. Investigador del Inst. de Integración Latinoamericana; Facultad Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP. Miembro Investigador de FLACSO, Ecuador.

Empero, lo anterior solo podía concretarse de contar el nuevo gobernador con poderes extraordinarios, los cuales les fueron concedidos para conservar el orden y el régimen que se pretendía constituir, dentro del marco institucional y fundado en la voluntad popular que así lo creyó necesario, sostenido por la opinión pública de aquel entonces.

Dentro de este contexto, y vigente el Pacto Federal de 1831 que estableció ciertos lineamientos en cuanto a los derechos de aduanas y a la navegación de los ríos interiores, Rosas pretendió sancionar una ley en la cual se vieran reflejados los ideales liberales propios de su gobierno y conservadores en cuanto a los deseos de los representantes del interior de la Confederación. Existiendo esta dicotomía en cuanto al modo de abordar los derechos aduaneros y la navegación de los ríos interiores, Rosas encontró la forma, quedando plasmada en la Ley de Aduanas del año 1835 que regirá desde el 1 de enero de 1836, no son mayores dificultades.

Sobre la Ley en especial, puede decirse que ésta gira en torno a tres pilares. Por un lado establece aranceles para aquellos productos que ingresan a la Provincia de Buenos Aires, ya sea por tierra o por vía marítima, por otro lado prohibió el ingreso de ciertos productos y en tercer lugar estableció la entrada y salida de las mercancías por tierra y por mar; estableciendo a su vez el modo de calcular y recaudar los derechos aduaneros. Sobre estas bases se articuló la Ley de Aduanas del gobierno de Rosas, que dará mayor transparencia a los intercambios realizados tanto entre diferentes provincias de la Confederación como con Estados extranjeros. Sin embargo, en esta ley se vislumbra un atisbo de integración regional que Rosas creía conveniente, siempre y cuando ello no perjudicara la incipiente industria local.

Desde aquella perspectiva, nulos eran los desarrollos de la teorías de la integración regional e impensable podría serlo de carecerse aun de Estados Nacionales consolidados, sobre todo en América del Sur, donde se estaban organizando recién los primeros gobiernos locales no sin frenos y contrapesos. Sin embargo, en la Ley de referencia pueden observarse una serie de incipientes acercamientos a lo que hoy se conocen como Sistemas de Preferencias Generalizadas otorgados a países limítrofes de la Confederación. A lo anterior, dedicamos el presente trabajo con el fin, no solo de analizar los antecedentes de la Ley de Aduanas y también los acercamientos a la posibilidad de contarse con procesos de integración económica regional en base a la Ley de Aduanas del segundo gobierno de Rosas.

II. Los derechos de aduana y la navegación de los ríos interiores

En las postrimerías del 1830, Rosas ya contaba con cierto poder debido a su posición de hacendado porteño. Los instrumentos jurídicos y políticos con lo que edificó su régimen habían sido creados, en su mayoría, durante el proceso de constitución de la Provincia de Buenos Aires en la primera década de 1820. Así, a pesar de la concentración de atribuciones que fue adquiriendo como gobernador -facultades extraordinarias, suma del poder público-, los tres poderes y la ley electoral de 1821 siguieron en vigor, aunque cobraría un nuevo sentido durante sus mandatos (Pagani y otros, 1998: 286).

Rosas buscó y logró inhibir la creación de poderes políticos legales que pudieran situarse por encima de los Estados Provinciales. Esta alternativa por su parte, obligó a redistribuir los ingresos del puerto y de la aduana de Buenos Aires. La solución institucional adoptada fue la creación de una Confederación que, a partir del Pacto Federal de 1831 y hasta la sanción de la Constitución en 1853, regirá las relaciones entre las provincias, a la que se sumó la delegación del manejo de las relaciones exteriores a la Provincia de Buenos Aires (Pagani y otros, 1998: 287).

Conforme a aquellos lineamientos, Rosas fue electo gobernador de la Provincia el 8 de diciembre de 1829, asumiendo investido de las facultades extraordinarias, otorgadas por la Legislatura. Estas facultades eran conferidas hasta tanto se inaugurase la nueva Sala de Representantes en mayo del año entrante. Sin embargo, el flamante gobernador debió hacer frente a diversas dificultades que, una vez sorteadas, no harán más que consolidar su poder. Así, la primacía federal se verá sitiada por la acción del General Paz en el Interior, quien se trasladará a Córdoba y derrocará al gobernador Bustos (1).

(1) No obstante la intención de Paz de no traspasar los límites, se enfrentó dos meses después a Quiroga, quien dispuesto a auxiliar a Bustos, resultaría vencido en la batalla de La Tablada en junio de 1829.

Para hacer frente a la amenaza rosista, el General Paz pretendió asegurarse una buena relación con Buenos Aires; a esos fines asintió el manejo de las relaciones exteriores por parte de Buenos Aires.

El General Paz, fue ganando poder al contar con el apoyo de otras provincias del interior -Salta, Córdoba, San Luis, San Juan, Tucumán, Catamarca, La Rioja y Santiago del Estero- quienes instituyeron un Supremo Poder Militar a cargo del nuevo gobernador Cordobés, quien hasta el establecimiento de una autoridad nacional quedaba al mando de los ejércitos de las provincias signatarias del acuerdo a fin de defenderlas de agresiones internas y externas, asimismo se disponía que las provincias que habían delegado el manejo de las relaciones exteriores a Buenos Aires, las retirasen. El predominio de Paz emergía, de este modo, más fortalecido, al constituirse La Liga Unitaria o del Interior. La Liga no sólo era una alianza militar ofensiva y defensiva, sino que también era un Pacto que propiciaba la reunión de un nuevo congreso para organizar un gobierno nacional.

Para hacer frente a la amenaza que ofrecía la Liga del Interior, entre el 20 y 30 de julio de 1830 se celebraron en Santa Fe una serie de reuniones en las que participaron representantes de las provincias litorales: José María Rojas y Patrón por Buenos Aires; Domingo Cullen por Santa Fe; Diego Miranda por Entre Ríos y Pedro Ferre por Corrientes. El objeto de la reunión era la consolidación de una posición común para hacer frente al General Paz, pero surgieron diferencias entre los representantes lo cual pospondría la celebración del acuerdo unos meses. Buenos Aires buscaba una alianza ofensiva-defensiva contra Paz, en tanto que las provincias del Litoral pretendían ir más allá buscando la concesión de la libre navegación de los ríos interiores, la prohibición de importar productos que competían con los locales y una pronta organización nacional, lo cual chocaba con los intereses porteños.

A mayor abundamiento, adoptar el sistema de prohibición de importaciones significaba para Buenos Aires lesionar sus propios intereses y elevar el costo de los productos de consumo -afectando a su población-. Asimismo, de aceptarse aquella postura, se provocaría la ruina del pastoreo de Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, Córdoba y otras provincias cuyos frutos se exportaban como consecuencia de la disminución del comercio extranjero, que traería aparejada, a su vez, la reducción de los ingresos de la aduana (Pagani y otros, 1998: 287). Ante esta situación y ante la negativa porteña, Corrientes se retiró de las negociaciones. Quedando solo negociando Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe, quienes finalmente llegaron al Pacto Federal el 4 de enero de 1831. Este Pacto fue más allá al no solo crear una alianza ofensiva-defensiva en contra del General Paz, sino que además reguló las relaciones entre las provincias hasta tanto se constituya el Gobierno Nacional.

El Pacto Federal de 1831 reconocía entre las Provincias signatarias su libertad, independencia, representación y derechos (Art. 1); se establecía la obligación de resistir cualquier invasión extranjera que se haga, bien sea en el territorio de las tres provincias contratantes, o de cualquier otra de las tres que componen el Estado argentino (Art. 2); se constituía una alianza ofensiva y defensiva contra toda agresión de parte de cualquiera de las demás provincias de la República, que amenace la integridad e independencia de sus respectivos territorios (Art. 3); se comprometían a no oír, ni hacer proposiciones, ni a celebrar tratado alguno particular una provincia por sí sola con otra de las litorales, ni con ningún otro gobierno, sin previo avenimiento expreso de las demás provincias que forman la Federación (Art. 4); se obligaban también a no permitir que persona alguna de su territorio ofenda a cualquiera de las otras dos provincias, ó a sus respectivos gobiernos, y a guardar la mejor armonía posible con todos los gobiernos amigos (Art. 6); los habitantes de las tres provincias litorales gozarían recíprocamente la franquicia y seguridad de entrar y transitar con sus buques y cargar en todos los puertos, ríos y territorios de cada una ejerciendo en ellas su industria con la misma libertad, justicia y protección que los naturales de la provincia en que residían, bien sea permanente o accidentalmente (Art. 8); los frutos y efectos de cualquier especie que se importasen o exportasen del territorio o puertos de una provincia a otra por agua o por tierra, no pagarían más derechos que si fuesen importados por los naturales de la provincia, adonde o de donde se exportan o importan (Art. 9); no se concedería en una provincia derecho, gracia, privilegio o exención a las personas y propiedades de los naturales de ella, que no se conceda a los habitantes de las otras dos (Art. 10); cualquier provincia de la República que quiera entrar en la liga que forman las litorales, sería admitida con arreglo a lo que establece

la segunda base del artículo primero de la citada convención preliminar celebrada en Santa Fe el veintitrés de febrero del 1830 ejecutándose este acto con el expreso y unánime consentimiento de cada una de las demás provincias federales (Art. 12); ínterin dure el presente estado de cosas, y mientras no se establezca la paz pública de todas las provincias de la República residirá en la capital de Santa Fe una comisión compuesta por un diputado por cada una de las tres provincias litorales, cuya denominación será *Comisión representativa de los gobiernos de las provincias litorales de la República Argentina*, cuyos diputados podrán ser removidos al arbitrio de sus respectivos gobiernos, cuando lo juzguen conveniente, nombrando otros inmediatamente en su lugar (Art. 15).

Como se desprende de los artículos *supra* mencionados del Pacto Federal de 1831, se reconoce la libertad e independencia de las provincias signatarias y creaba un cuerpo de representantes que ejercería por delegación expresa una serie de atribuciones, entre las cuales se destacan la de celebrar tratados de paz, declarar la guerra y por tanto la de organizar un ejército y la invitar a las demás provincias, cuando estén en plena libertad y tranquilidad, a reunirse en federación con las provincias litorales (Art. 16). El Congreso debía organizar el país bajo el sistema federal y resolver las cuestiones relacionadas con el comercio interno y externo, la navegación de los ríos interiores, el cobro y distribución de las rentas generales y el pago de la deuda que la República mantenía con el extranjero (Pagani y otros, 1998: 303).

De esta manera, quedará expresamente establecido en el Pacto Federal uno de los primeros instrumentos de la organización nacional y que abordará cuestiones en materia económica-comercial vinculada a la distribución de la renta aduanera y la navegación de los ríos interiores, estableciéndose, asimismo, derechos iguales para las provincias del litoral.

III. La Ley de Aduanas del año 1835

Contando como antecedente con el Pacto Federal de 1831, el segundo gobierno de Rosas traerá consigo la aprobación de la tan ansiada, por las Provincias de la Confederación, Ley de Aduanas en el año 1835, que entrará en vigencia el primero de enero del año siguiente y tomará como base los reclamos que venían desde el Litoral, en atención al proteccionismo que se necesitaba para lograr desarrollar las industrias y las manufacturas locales.

De este modo, Rosas por medio de su Ministerio de Hacienda, aprobó la Ley de Aduanas receptando los reclamos del interior, pero sin perder de vista el liberalismo necesario para que la aduana siga recaudando por medio de los derechos a las importaciones y exportaciones aplicables a las mercancías.

Así, la ley se estructuró en seis Capítulos estableciendo diferentes cuestiones vinculadas a medidas proteccionistas, por un lado, y liberales, por el otro, dependiendo de los productos y por la vía de acceso a la Confederación. Veamos entonces que estipulaba la Ley de Aduanas.

1. Previsiones arancelarias en cuanto al ingreso y egreso de mercancías a la Provincia de Buenos Aires

La Ley que pretendió proteger la industria naciente, sin perder de vista los intereses bonaerenses en cuanto a la percepción de ingresos provenientes de los derechos del comercio internacional, estipuló los gravámenes a las mercancías que se introdujeran por vía marítima, tal como se muestra en el Cuadro 1.

De esta manera, quedarán consolidados los aranceles que abonarían los productos según el rubro en donde se ubiquen de conformidad con la Ley de Aduanas. Con ese objeto, puede afirmarse que la regla es que todos los frutos, productos y manufacturas deben abonar derechos aduaneros del 17%, salvo que se haya estipulado otros porcentajes o valores fijos a las importaciones. De esta especie de nomenclador elaborado por el Ministerio de Hacienda pueden extraerse cuáles fueron las industrias que se pretendieron proteger y fomentar su desarrollo durante el segundo gobierno de Rosas. Así,

las maquinarias y los artículos de labranza no abonar mayores aranceles -10%- a fin de permitir la continuación de la actividad agropecuaria típica de la época, con el uso de tecnologías importadas sobre todo desde Gran Bretaña. En cambio las armas y los productos de "lujo" pasaron a abonar altos aranceles que llegaron hasta el 50%.

Empero, es importante destacar que si bien los vinos, vinagres, licores, aguardientes, etc. pasaron abonar un 35%, lo cierto es que el Art. 11 estableció que la alícuota acordada a aquellos productos debería ser calculada por el puerto de donde tomó el buque la carga, debiendo ser del 10% de los puertos del otro lado de la línea, del 6% de los este lado y del 3% de cabos dentro. Con este método se pretendió que los vinos ingleses, mejores que los elaborados por la incipiente industria mendocina, tengan acceso al mercado del Río de la Plata sin mayores dificultades, pero sin dejar de promover la industria nacional en esta materia.

Si bien lo anteriormente sostenido pretendía imponer ciertas condiciones al ingreso de determinados productos, la misma Ley prohibió el ingreso de otros productos a fin de no generar competencia con los que se producían tanto en Buenos Aires como en el Interior. De este modo, y de conformidad con los Arts. 1 a 8 del Capítulo II, titulado *Efectos prohibidos*, se estableció que queda prohibida la introducción en la Provincia de los efectos siguientes:

"Herrajes de fierro para puertas y ventanas, alfajías, almidón de trigo, almas de fierro para bolas hechas, toda manufactura de lata o latón, argollas de fierro y bronce, asadores de fierro, arcos para calderos y baldes, frenos, espuelas de fierro, cabezadas, riendas, caronas, lomillos, cinchas, cojinillos, sobrecinchas, maneas, miadores, fiadores, lazos, bozales, bozalejos, rebenques y demás arreos para caballos, batidores o peines escarmenadores de talco, box o carey, botones de aspa, hueso o madera, y hormillas de uno o cuatro ojos del mismo material, baldes de madera, calzadores de talco, cebada común, cencerros, cola de cueros, cartillas y cartones, escobas de paja, eslabones de fierro o acero, espumaderas de fierro, porotos, lentejas, alverjas y legumbres en general, galletas, algodón, mates que no sean de oro u plata, mostaza en grano, ponchos y tela para ellos, ruedas para carruajes, velas de sebo, hormas para sombrereros y zapateros."

De los artículos que se prohíbe el ingreso, se desprende que son los que se producían tanto en Buenos Aires como en las provincias del Interior. También se prohibió el ingreso de trigo y harina extranjeras, cuando el valor de aquellos no llegase a cincuenta pesos por fanega (Art. 2), de pasarse los cincuenta pesos el gobierno concedería permiso a todo aquél que lo pida, debiendo establecerse en la solicitud el tiempo en que se haría la introducción (Art. 3).

Conforme a lo anterior, no solo se establecieron aranceles graduales en concordancia con el grado de protección de las industrias y la elaboración de productos nacionales, sino que la Ley fue mas allá y prohibió el ingreso de aquellos productos que competían directamente con los que se producían en la Confederación, *verbigracia*, los mates, los ponchos, los bienes vinculados a la industria del hierro y del fierro, estableciendo especiales procedimientos para la harina y el trigo, como limitante al ingreso de las mismas desde el extranjero.

Por su parte, también se establecieron aranceles a las exportaciones, así se estableció para aquellos productos que salían por vía marítima, esto es por el puerto de Buenos Aires, que abonarían las alícuotas que se enseñan en el Cuadro 2.

De este modo, se establecieron los aranceles que abonarían en aduana las mercancías para exportar siendo el 4% sobre el valor de plaza para todos los productos, con excepción de los especialmente establecidos en la ley. Sin embargo, resulta interesante lo que establece el Art. 8 del mismo capítulo que permite el transbordo o reembarco en buques menores de la carrera para los Puertos situados en cabos adentro, en relación a los siguientes efectos: caldos, tabaco y yerba, tanto extranjeros como nacionales, arroz, fariña, harina, comestibles en general, sal, azúcar, todo artículo de guerra, alquitrán, brea, cabuyería, anclas, cadenas de buques, motones, cuadernales, obenques y demás de esa especie para proveer buques; pudiendo hacerse el transbordo y reembarco, para los expresados puertos y en los ya mencionados buques, sin necesidad de abrir registro.

Sin embargo, la cuestión varía al referirse al ingreso y egreso de productos por tierra. Así, los Capítulos Cuarto y Quinto de la ley se refieren a esta cuestión. El Segundo de ellos se refiere a *La salida terrestre*, y dispone que: los frutos y mercaderías que se extraigan para las Provincias interiores serán libres de todo derecho, con la obligación de sacar la guía (Art. único del Capítulo Quinto de la Ley de Aduanas). De este modo se daba por tierra con las aduanas secas que incrementaban el valor de los productos finales elaborados en el interior del país y que eran exportados desde Buenos Aires.

Por su parte, el Capítulo Cuarto, titulado *De la entrada terrestre*, sostuvo que la yerba mate y el tabaco del Paraguay, Corrientes y Misiones pagarían a su introducción el 10% sobre el valor de plaza. Los cigarros pagarían el 20% y la leña y el carbón -de ingresar por medio de un buque extranjero- pagarían el 17%. Empero, resulta de interés a los fines del presente observar, no solo la cuestión del Paraguay sino también lo que se establece para el Estado de Chile. Así, el Art. 4 del Capítulo bajo análisis, dispone: “*Serán libres de derechos todos los efectos que no se expresan en los artículos anteriores, como igualmente las producciones del Estado de Chile que vengan por tierra.*”

De lo establecido en el Art. 4 transcrito pueden extraerse dos interpretaciones. La primera de ellas radica en que los productos chilenos que ingresan por tierra a la Confederación se encuentran libres de todo gravamen, con excepción de la yerba mate, el tabaco y la leña y el carbón. Sin embargo, el Art. al utilizar la expresión *como igualmente*, esta refiriéndose a que ninguno de los productos chilenos abonará aranceles al ingresar a la Confederación de hacerlo por tierra, lo cual parece más lógico ya que por vía marítima sería más complejo y tomaría más tiempo incrementando los costos de los fletes.

Lo anterior, da lugar a la siguiente pregunta: *¿Fue Rosas un precursor al establecer libres aranceles para los productos que ingresaban por tierra a la Confederación desde Chile?* Y en su caso, en el marco de las teorías clásicas de integración, *¿Cuál de los grados se ajusta a aquellas preferencias arancelarias concedidas unilateralmente al Estado vecino?*

A responder sendos interrogantes se dedica el siguiente acápite.

IV. La integración regional y las provisiones de La Ley de Aduanas

Rosas en la Ley de Aduanas de 1835 le concedió a Chile trato preferencial -0% de aranceles aduaneros- a las mercancías que ingresaban en la Confederación por tierra como también lo hizo al Paraguay (2). Conforme a lo anterior, puede sostenerse que el hecho de haberle dado a Chile un trato preferencial en relación a sus productos se vincula con los conocidos grados de integración abordados en las teorías clásicas que estudian los procesos de integración los cuales pueden ser clasificados diversos grados. Así, algunos autores reconocen cinco grados de integración, entre los que se encuentra Bela Balassa (1964), quien ha sostenido que: “*La integración económica, tal como la hemos definido (3), puede adoptar varias formas que representan los grados diversos de integración. Estas son: área o zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica e integración económica total*” (Balassa, 1964:1); para otros existen siete como lo sostiene Fernández Navarrete (2007), al incorporar a aquellas categorías las *zonas de preferencias arancelarias* como previas a las zonas de libre comercio y a la Unión Política como posterior la Integración Económica total y otros reconocen grados intermedios que comparten características de distintos grados tal como sostiene Ramírez - Miranda (2010) al referirse al grado alcanzado por el MERCOSUR en su estado actual, el cual según estos y otros autores ha arribado al grado de unión aduanera imperfecta, por mencionar solo algunos. Sin embargo, el primero de aquellos autores no reconoce a las zonas de preferencias arancelarias como un grado de

(2) Recuérdese que todavía Paraguay no se había independizado del todo y Rosas pretendía conservarla como una Provincia más de la Confederación, por eso el trato especial dado a este como a Entre Ríos y Santa Fe en cuanto al ingreso de productos por tierra a Buenos Aires, y las excepciones dadas a los casos de trasbordo de mercancías con destino a aquellas provincias.

(3) Éste autor ha definido a la integración económica como un proceso y como una situación de las actividades económicas. Considerada como un proceso, se encuentra acompañada de medidas dirigidas a abolir la discriminación entre unidades económicas pertenecientes a diferentes naciones; vista como una situación de negocios, la integración viene a caracterizarse por la ausencia de varias formas de discriminación entre economías nacionales.

integración básico ni como etapa previa para la constitución de una zona o área de libre comercio que es el grado más básico, a diferencia de Fernández Navarrete y Vacchino (1981). Grado de integración éste último que es el previsto por la Ley de Aduanas de Rosas.

Veamos entonces en que consisten las *zonas de preferencias arancelarias*. Estas zonas o áreas se presentan como un grado mínimo de integración en atención a que son preferencias otorgadas unilateralmente por parte de un Estado a otro a efectos de que el beneficiado desarrolle la industria de los productos comprendidos en las excepciones arancelarias. Estas zonas tuvieron su desarrollo en el Siglo XX siendo los países que tenían colonias los que les otorgan estas preferencias a aquellas, una vez independizadas a fin de fomentar y consolidar su desarrollo y asegurarles mercados para sus productos, tales como otorga la UE a sus ex colonias.

Las zonas de preferencias arancelarias, se caracterizan por establecerse a través de un acuerdo de voluntades de los países con el objeto de brindar a sus respectivas producciones un trato preferencial en comparación con el otorgado a terceros países (Vacchino, 1981:91). Empero, actualmente estas áreas se caracterizan asimismo por estipular el otorgamiento de preferencias temporales, no recíprocas y sin discriminación por parte de países para beneficio de otros, con el fin de lograr tres objetivos: aumentar los ingresos por exportaciones de estos países, promover su industrialización y activar su crecimiento económico. De igual modo pueden darse de manera unilaterales, ya que nada obsta que un Estado otorgue preferencias a quien desee, y más en la época de Rosas donde era impensada la existencia de la Organización Mundial del Comercio que podría presentarse como una limitante para la constitución de las mismas.

Un ejemplo actual de las zonas de preferencias arancelarias son las otorgadas por la Unión Europea a sus excolonias las cuales son concedidas por medio del Acuerdo de Cotonou a los países de África, el Caribe y Pacífico -conocidos como países ACP-. En este acuerdo se establecen tres pilares de cooperación en materia política, comercial y de desarrollo sostenible con el fin de erradicar la pobreza en los países ACP, particularmente la Unión Europea, en estos casos, ofrece preferencias arancelarias para los productos que en aquellos países se producen, en base tanto a materias primas propias, como europeas (4).

De este modo, lo cierto es que si bien este grado básico de integración ha tenido su pleno auge a mediados del Siglo XX y si bien lo sigue teniendo en la actualidad a menor escala, lo cierto es que la Ley de Aduanas ya lo preveía, siendo una ley pionera en esta materia por las razones expuestas.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, puede sostenerse que la *Ley de Aduanas* fue de avanzada al prever una zona de preferencias arancelarias unilateral para con el Estado de Chile, constituyendo un antecedente importante en materia de integración económica regional. Quizá este atisbo en la materia es uno de los más destacables en materia de integración sudamericana ya que data del Siglo XIX, exactamente un siglo antes de la culminación de la segunda guerra mundial que dará lugar a la integración europea. Tanto el proceso europeo como los demás que se constituyeron a partir de la década de los años noventa, han adoptado diferentes modelos y esquemas de integración a lo largo y a la ancho del globo, que no hacen más que profundizar lo planteado en la *Ley de Aduanas* del segundo gobierno de Rosas.

V. Conclusiones

Del análisis de los antecedentes jurídicos de la Ley de Aduanas de 1835 dada por el Ministerio de Hacienda durante la segunda gobernación de Rosas, de la Ley misma y del modelo de integración que propone en relación a los productos provenientes por tierra a la Confederación desde Chile, se extraen las siguientes conclusiones:

(4) El Acuerdo de Cotonou, que reemplaza al Acuerdo de Lomé IV, forma parte del acervo jurídico europeo y se lo puede encontrar bajo la siguiente denominación: Acuerdo 2005/483/CE de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonou el 23 de junio de 2000.

* El Pacto Federal de 1831 fue un antecedente necesario para que la Ley de Aduanas tuviera lugar cuatro años más tarde. Ello en atención a los reclamos de las provincias del interior que se veían afectadas por el libre comercio erigido desde Buenos Aires y que perjudicaba sus intereses, al tener que competir con productos extranjeros.

* La incorporación de los reclamos del interior en la Ley de Aduanas fue un punto de inflexión en la historia del gobierno de Rosas, ya que logró combinar los intereses ajenos con los suyos propios pretendiendo lograr una ley que resguarde los intereses de todos los involucrados en el comercio exterior, sin perder de vista las necesidades individuales de los diferentes actores.

* La sistematización realizada de los productos alcanzados por la Ley de Aduanas lo convierte en un rudimentario nomenclador, documento imprescindible para dar claridad a las operaciones en materia de comercio exterior, fijando asimismo los aranceles, ya sean estos en porcentuales o brutos.

* La Ley de Aduanas si bien fue proteccionista al prohibir el ingreso de productos que competían directamente con los que se producían en la Confederación, también fue librecambista en atención a que permitió el ingreso de insumos y tecnología para continuar desarrollando las actividades agropecuarias propias de la época, permitiendo el avance de la producción con mejores y más eficientes métodos.

* La posibilidad que los vinos extranjeros pagaran derechos aduaneros de plaza del lugar de embarco, permitió que Inglaterra continúe ingresando estos productos a la Confederación y con ello, que la aduana siga percibiendo derechos de importación.

* La creación de un mercado único dentro de la confederación -eliminando las aduanas interiores- fue acertado, de pretenderse la consolidación nacional y de las relaciones interprovinciales.

* El otorgarle a Chile la posibilidad de ingresar sus productos al mercado de la Confederación sin abonar aranceles, dio a las claras la idea de Rosas de la necesidad de apoyar a los Estados linderos y mantener buenas relaciones de vecindad. Distinto fue el caso con Paraguay, ya que éste todavía seguía siendo considerado como una provincia por parte del Gobernador, por lo cual le otorgó las mismas facilidades que al resto de las provincias de la Confederación.

* Puede sostenerse que Rosas fue un precursor en su tiempo al establecer una zona de preferencias arancelarias con el Estado de Chile, modelo de integración que si bien es laxo no tardará mucho tiempo en desarrollarse, y será retomado por los europeos para otorgarles ventajas a sus ex colonias; sin embargo, diferente fue el fin que motivó a Rosas a constituir la mentada área.

Por lo anteriormente expuesto, puede responderse la pregunta que diera origen al presente trabajo, siendo la misma que Rosas fue un precursor en materia de integración económica sudamericana, al concederle preferencias al Estado de Chile en el año 1835, ya que sin proponérselo, estaría dando uno de los antecedentes más importantes en esta materia, casi un siglo antes que se elaboraran teorías sobre los grados de integración y llegue al desarrollo teórico pleno de estos modos de asociación entre Estados, lo cual ha tenido lugar a lo ancho y a lo largo del globo en los últimos años y se presenta como un nuevo desafío al comercio internacional.

VI. Bibliografía

BALASSA, Bela. Teoría de la integración. México: UTEHA, 1964.

CABELLO PÉREZ, Miguel. Las aduanas y el comercio internacional. 2a. ed. revisada y actualizada. Madrid: ESIC, 2009.

CATALANO, Nicola. Manual de Derecho de las Comunidades Europeas. Buenos Aires: INTAL/BID, 1996.

DI FILIPPO, Armando y FRANCO, Rolando. Integración regional, desarrollo y equidad. México: CEPAL/Siglo XXI, 2000.

FERNÁNDEZ NAVARRETE, Donato. Fundamentos económicos de la Unión Europea. Madrid: Thompson, 2007.

GELMAN, Jorge y SANTILLI, Daniel. "Distribución de la riqueza y crecimiento económico. Buenos Aires en la época de Rosas", EN: Desarrollo económico. Revista de Ciencias Sociales, 2003 43(169), 75-101

HALPERIN DONGHI, Tulio. De la Revolución de la Independencia a la Confederación rosista. Historia Argentina. Buenos Aires: Paidós, 1971.

MIRANDA, Juan I. y RAMIREZ, Lautaro M. "Comercio y gobernabilidad en el MERCOSUR. Atomización del régimen jurídico de las relaciones comerciales entre los miembros del MERCOSUR. ¿Simple intención o mera distracción?", EN: Noemí Mellado (ed.). Gobernabilidad e instituciones en la integración regional. Córdoba: Lerner, 2010.

PAGANI, Rosana, SOUTO, Nora y WASSERMAN, Fabio. "El ascenso de Rosas al poder y el surgimiento de la Confederación (1827-1835)", EN: Noemí Goldman (dir.). Revolución, República, Confederación (1806-1852). Nueva Historia Argentina. Buenos Aires: Sudamericana, 1998, t. III.

SALVATORE, Ricardo. "Consolidación del régimen rosista", EN: Noemí Goldman (dir.). Revolución, República, Confederación (1806-1852). Nueva Historia Argentina. Buenos Aires: Sudamericana, 1998, t. III.

VACCHINO, Juan M. Integración económica regional. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, Sección Integración, 1981.

Fuentes Primarias

Pacto Federal del 4 de enero de 1831, EN: Constitución de la Nación Argentina. Buenos Aires: Zavala, 2003, 272.

Ley de Aduanas de 1835, EN: Boletín Oficial. Buenos Aires: Ministerio de Hacienda, diciembre 18 de 1835.

Acuerdo de Cotonou de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonou el 23 de junio de 2000, EN: Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Luxemburgo: Comunidades Europeas, Oficina de Publicaciones Oficiales, 15 de diciembre de 2000.

Cuadro I
**Gravámenes aplicables a las mercancías que se introducen
 por vía marítima a la Confederación**

Gravamen aplicable	Mercancía gravada
5 %	Azogues, máquinas, instrumentos de la agricultura, ciencias y artes; los libros, gravados, pinturas, estatuas, imprentas; lanas y peleterías para fábricas; telas de seda bordadas de oro o plata, con piedras o sin ellas; relojes de faltriquera, alhajas de plata y oro; carbón fósil, salitre, yeso, piedra de construcción, ladrillos, maderas; el bronce y acero sin labrar; cobres en galápagos o planchas o fieje, hojalatas, bejuco para sillas, oblon y soldaduras de estaño.
10 %	Armas, piedras de chispa, pólvora, alquitrán, brea, cabullería, seda en rama o manufacturada y el arroz
24 %	Azúcar, yerba mate, café, te, cacao, garbanzos y comestibles en general; las bordonas de plata, cordones de hilo, lana y algodón, las obleas y el pabilo.
35 %	Muebles; espejos; coches; volandas; las ropas hechas; calzados; licores; aguardientes, vinos, vinagre, cidra, tabaco, aceite de quemar, valijas de cuero, baúles vacíos o con mercancías; betún para el calzado, estribos y espuelas de plata o plátina, látigos, frazadas o mantas de lana, fuelles para chimeneas o cocinas, fuentes de estaño o peltre, y toda manufactura de ese metal, jeringas y jeringuillas de hueso, marfil o estaño; guitarras o guitarrillas; semillas de lino, terralla, máquinas para café; pasas de uva y de higo; quesos y tinta para escribir.
50 %	La cerveza, los fideos y demás pastas de masa, las sillas solas para montar, papas y sillas de estrado.
17 %	Todos los frutos y manufacturas que no van expresados en las demás categorías. Se exceptúan de la regla: 1. los sombreros de lana, pelo o seda, armados o sin armar, que pagarán trece pesos cada uno. 2. La sal extranjera que pagará ocho reales por fanega.
4 reales por bulto	El derecho de eslundaje, en proporción a su peso y tamaño.

Fuente: Elaboración propia en base a los Arts. 1 a 10 del Capítulo I de la Ley de Aduanas de 1835.

Cuadro 2**Alicuotas que deben abonar os productos que salen de la Confederación por la vía marítima**

Gravamen aplicable	Mercancía gravada
Ocho reales por pieza por único derecho	Los cueros de toro, novillo, vaca, becerro, caballo y mula.
Dos reales por pieza.	Los cueros de nonato.
1 % sobre el valor de plaza.	El oro y la plata labrada y en barras.
1 % en la misma especie.	El oro y la plata sellada.
4 % sobre el valor de plaza.	Todas las producciones del país que no van expresadas en los artículos anteriores.
Libres de derechos.	Todos los granos, miniestas, galleta, harina, las carnes saladas que se exporten en buques nacionales, la lana y la piel de carnero, toda piel curtida, los artefactos y manufacturas del país.
1,5 de los derechos que le correspondiesen introduciéndose en la Provincia, el 2% a su reembarco.	Los efectos de entrada marítima, el tabaco en rama o manufacturado, y la yerba del Paraguay, Corrientes y Misiones.

Fuente: Elaboración propia en base a los Arts. 1 a 7 del Capítulo III de la Ley de Aduanas de 1835.

Introducción al Derecho

¿Cómo representan los representantes? La legislación como respuesta. Su simplificación.

POR LILIANA ZENDRI (*)

Sumario: Introducción. 1. Fuentes tenidas en cuenta. — 2. La representación política en la construcción de la realidad. — 3. El Derecho como respuesta: Ley como elemento para regular relaciones inter subjetivas. — 4. La calidad de la ley. — 5. Estado de la cuestión. — 6. Solución a problemas de legislación en la Provincia de Buenos Aires. — 7. Reflexión Final. — 8. Bibliografía.

Resumen

Estas reflexiones pretenden encarar la complejidad normativa existente, y, analizada la Ley como producto del legislador, observar su calidad, para señalar el desarrollo desmedido que alcanzaron los “vicios de la legislación” pues inflación y contaminación legislativa no sólo repercuten en el orden jurídico sino en la sociedad toda, lo que muestra la necesidad de dar solución al problema que traen.

Vemos oportuno, conveniente y necesario simplificar la legislación vigente, que además de contradicciones, muestra “hipertrofia” normativa, siendo condición previa e ineludible a esa tarea, la observación de la realidad actual, que con un enorme número de leyes (inflación legislativa) da como resultado una abultada y “contaminada” legislación en algunas materias, arrojando un ordenamiento jurídico en el cual no se sabe que leyes están vigentes y cuales no, lo que obliga a reflexionar sobre cómo legislar mejor para el futuro por un lado y por otro, respecto la legislación ya existente, habilita a insistir en que ella debe ser simplificada. Introducimos al caso de Provincia de Buenos Aires, cuya Ley 13.492 denominada “Digesto de Provincia de Buenos Aires”, tiene por objetivo central la consolidación de leyes en su ámbito y pretende simplificar su ordenamiento jurídico

Palabras claves: Ordenamiento normativo - Legislación - Calidad - Vicios - Simplificación

Abstract

These reflections aim at addressing the complexity of existing legislation and, through the analysis of the law as a product of the legislator, at observing the quality in order to highlight the excessive development that the “vices of the law” have reached because of inflation and legislative pollution which not only affects the legal order but also the society as a whole, showing the need to solve the problems they bring about.

We consider it is convenient and necessary to simplify the existing legislation which also shows considerable contradictions and “hypertrophy”. It is essential, then, to previously observe the current reality which with a huge number of laws (legislative inflation) results in a bulky and contaminated legislation in some areas, creating a legal system which does not know which laws should be applied appropriately. This compels us to reflect on how to legislate better in the future according to the existing legislation.

Thus, the number of laws should be simplified.

We introduce the case of Buenos Aires province, whose Act 13,492 known as “Digest of Buenos Aires Province, aims at consolidating the laws in their field and at simplifying their legal order.

Keywords: Normative order - Legislation - Quality - Vices- Simplification.

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Introducción al Derecho y Directora del Seminario en Gestión Parlamentaria, Teoría y Prácticas Legislativas. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

Introducción

Abordamos lo relativo a la complejidad normativa existente analizando la Ley como producto del legislador, *atenderemos su calidad, la necesidad de dar perfección a ese instrumento tan importante para la sociedad, señalando sus vicios y el desarrollo desmedido de legislación actual que repercute en el orden jurídico* y, en definitiva, fundamenta la *necesidad de buscar solución al problema*.

Creemos oportuno y necesario, simplificar la legislación, que además de contradicciones normativas muestra “hipertrofia”, lo que torna importante hacerlo. Es condición previa e ineludible observar la realidad actual que, con un gran número de leyes (problema cuantitativo denominado “inflación legislativa”) da por resultado una “contaminada” legislación (problema cualitativo) que hace no saber -a veces- cuál es el Derecho vigente en determinadas materias y/o cuestiones, obligando a reflexionar sobre cómo legislar mejor (lo que vincula a la redacción normativa) pero también, analizar lo existente, para reordenarlo y hacerlo conocido a sus destinatarios.

En ámbito bonaerense, la Ley 13.492, llamada *del “Digesto de la Provincia de Buenos Aires”, con objetivo en la consolidación de leyes, pretende simplificar el ordenamiento jurídico local*, por lo que atento los antecedentes y fuentes que dan sustento a estas aproximaciones lo creemos conveniente y aportaremos sobre las tareas preliminares desarrolladas en esa dirección.

1. Fuentes tenidas en cuenta.

Estas consideraciones, reconocen numerosas fuentes que van desde la misma experiencia práctica (nuestra actividad laboral en el Poder Legislativo) a la académica (no sólo el proceso enseñanza/aprendizaje sino especialmente las tareas de investigación) lo que arroja primeras aproximaciones que se pretenden compartir con la comunidad académica, al amparo de la necesidad de señalar que el marco normativo actual requiere una depuración, con la exigencia previa de determinar el universo sobre el cual hacerlo, y así esas fuentes son:

a) El dato empírico sobre el número de normas legisladas existentes en nuestra nación y en particular, en la provincia de Buenos Aires.

b) Las conclusiones arribadas en un proyecto de investigación de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de UNLP en donde se integró el equipo de investigadores y que llevó por título: “¿A quién representan los representantes?” (1).

c) Relevamiento de doctrina especialista en la temática.

d) Los resultados alcanzados desde la maestría en Ciencia de Legislación, numerosos cursos y Jornadas de la especialidad organizadas o en que se participó y asimismo el Seminario de FCJS “Contribución a la Gestión Parlamentaria: Introducción a la teoría y técnica legislativa”.

e) La decisión legislativa que dispone implementar simplificaciones en distintos ámbitos del país, algunas ya efectuadas y otras, en plena ejecución.

Desarrollo de las fuentes antes listadas:

a) Respecto el dato cuantitativo en general, a él refiere E. Bulygin (1981:967), quien en su obra hace una referencia histórica desde el derecho romano, de las Doce Tablas al imperio (cuando el número de leyes era escaso porque el protagonista de la vida jurídica era el pretor y no el legislador) para analizar después la época de codificación napoleónica cuando el legislador monopoliza la creación del Derecho, para finalmente aludir a la proliferación de normas legisladas de los siglos XIX y XX. Esa intervención del Estado y el consiguiente crecimiento de la legislación, es independiente de la ideología política (fenómeno observable en Estados socialistas y capitalistas, democráticos y autoritarios), inclusive en países anglosajones (de tradición individualista resistentes a normas generales) que tampoco sustrajeron al fervor legislativo.

(1) Proyecto de investigación dirigido por la Dra. María Monserrat Lapalma.

Ese fenómeno (mundial) alcanzó a América Latina y Argentina en particular, donde es enorme el número de disposiciones legislativas existente con propensión a dictar otras nuevas leyes, muestra que llevó 44 años (1862-1906) el dictado de las primeras 5000 leyes, las siguientes 5000 se dictaron en apenas 9 años (1906-1915) y en los últimos años se dieron numerosísimas leyes sin contar decretos y otras normas generales.

Además, del dato empírico sobre la cantidad de leyes (referido en doctrina) quedó expuesto en la investigación que realizamos sin perjuicio de la fácil verificación en el Boletín Oficial al que remiten los fundamentos y motivos de los proyectos mismos de depuración (tanto los ya realizados -por ejemplo el Digesto de Misiones, Río Negro, Chubut, CABA, etc.- como las simplificaciones que se pretenden ejecutar). En este sentido el número de normas legisladas de Provincia de Buenos Aires, es dato cierto, tenido en cuenta por la Ley 13.492.

b) Sobre la mencionada investigación, realizada en FCJS, bajo la hipótesis que planteaba el proyecto, se propuso efectuar un diagnóstico a partir de la observación del proceso de representación política en la construcción de la realidad argentina, abrió diversas líneas investigativas y si bien descubrió un abanico temático, uno de ellos fundó nuestro trabajo. Así, desde mi tarea y especialidad, se trabajó no ya el “quién” sino el “cómo”, o sea, se derivó en un nuevo interrogante: *¿Cómo representan los representantes?* Adelantando que desechamos aludir a cuestiones valorativas acotando -en cambio- el tema, a una visión eminentemente técnico jurídica.

Se indagó sobre cómo se ejerce dicha representación pero atendiendo la producción misma en que manifiesta la actividad del legislador, o sea, *se encaró el segmento referido a “la Ley” como producto de la actividad parlamentaria*, sustentando estas aproximaciones en la idea de la “solución anticipada” que ella (la norma general), da o pretende dar, al conflicto social.

c) Sin perjuicio de la bibliografía relevada, el marco teórico que nos soporta, es el denominado “cuatro enfoques del Derecho” propuesto por Atienza al decir que consiste en considerar *“al Derecho como un intento, una técnica, para la solución de determinados problemas prácticos”*. Desde la visión pragmática, eminentemente instrumental y dinámica del Derecho, se lo trata “de la perspectiva de quien no se limita a contemplar el edificio desde fuera, sino que participa activamente en su construcción y se siente comprometido con la tarea”.

Esto funda nuestros argumentos, habilitando analizar aspectos como: la repercusión de la legislación en la realidad, el impacto que causa una nueva norma al ordenamiento jurídico de su localización y, atento la diagnosis alcanzada sobre los “vicios” que la legislación tiene y las consecuencias de ello: normativa hipertrófica, caótica, etc., obliga a reflexionar y acudir a soluciones modernas, urgentes, como la de *simplificar la legislación existente*.

d) La afirmación anterior, mostró la necesidad de encarar tareas de formación, capacitación e investigación donde apoyó el Seminario “Contribución a la Gestión Parlamentaria: Introducción a la teoría y técnica legislativa” desarrollado en el año 2011 y en ejecución en el presente ciclo lectivo, con sustento en la importancia del proceso de elaboración de normas generales (legisladas) y la necesidad de atender ese trámite desde una visión especial, atento existen frecuentes propuestas de cursos con contenidos teóricos y prácticos vinculados al Derecho constitucional y al Derecho político, mientras la actividad mentada enfoca la cuestión como aporte a la gestión legislativa, a partir de ver *la Ley, como producto que requiere perfección*. Así, a partir de observar que los estudios de técnica legislativa están prácticamente ausentes de las facultades de derecho, pretende aportar a la difusión de conocimientos que mejoren el trabajo de los representantes (incluidos sus asesores y empleados) ya que la práctica exhibe cuestiones que no están bien legisladas, o están sobreabundantemente reguladas o mal redactadas etc..

Es necesario entonces encarar acciones legislativas porque la sociedad permanentemente demanda, pero creemos que se debe dotar a *“la ley”, de atributos técnicos o sea de “calidad”*, para lo cual toda decisión deberá valerse de la técnica (técnicas) apropiadas para el logro de un producto idóneo, poniendo además, énfasis en el impacto que toda nueva norma produce, lo que implica un enfoque

no tradicional de la legislación y su problemática, pues ella, en el proceso de formación, elaboración, aprobación y publicación hasta la efectiva difusión, atraviesa pasos o etapas que corresponden al Estado pero que una *vez alcanzado, ese producto debe integrarse a un ordenamiento normativo pre existente*, lo que exige dotarlo del perfeccionamiento que un instrumento tan esencial, requiere.

e) Finalmente, respecto la decisión político-legislativa de implementar simplificaciones en distintos ámbitos de nuestro país, resulta claro que la legislación tiene un procedimiento formal de construcción que hoy es necesario *nutrir con aplicación de reglas (propias y específicas) que resuelvan -o al menos eviten- las contradicciones y otros vicios existentes para la que se sigue produciendo*. Así planteado, queda claro que existen dos aristas a considerar: por un lado lo atinente a la pretendida calidad y por otro lado, que los Estados modernos (nacional, provincial, municipal) muestran un modelo de enorme proliferación normativa, no sólo sobreabundante sino también contaminado, siendo consecuencia inmediata de ello, no saber con exactitud cuál es el derecho aplicable, factible de subsanar, simplificando lo ya existente.

En esa inteligencia, la Provincia de Buenos Aires, que cuenta con más de 15.000 leyes, dictó en el año 2009 la Ley 13.492 que dispone la elaboración del Digesto Jurídico y persigue la simplificación del sistema jurídico provincial vigente, contaminado y sobrepoblado de leyes.

Para concluir el somero análisis de las fuentes que sustentan estas aproximaciones, es propicio recordar que el ciudadano valora y privilegia siempre la solución anticipada, el criterio objetivado establecido con anterioridad al conflicto, el que orienta la solución antes de producido el choque, y por ello la ciencia de legislación, planifica la *obtención del mejor producto*. La premisa es “legislar bien”, por lo que resulta propicio reflexionar también sobre la decisión adoptada para el ordenamiento jurídico nacional que encaró su simplificación mediante la Ley 24.967 (2) (fijando los principios y el procedimiento para contar con un régimen de consolidación de leyes nacionales generales vigentes y su reglamentación), sobre la decisión de numerosas provincias que ya cuentan con Digesto Jurídico y, *atender la situación de bonaerense: observar la legislación local y ver la repercusión que la inflación y contaminación normativa producen al ordenamiento, recalando en la importancia de la depuración que se anuncia o proyecta, lo que a nuestro entender implica un enorme avance en la pretensión de poner en ejecución adecuadas políticas públicas entre las cuales, la (política) legislativa debería tener lugar preponderante*.

2. La representación política en la construcción de la realidad

En alusión a la investigación listada como fuente de este trabajo, ella abordó de inicio la representación en diversos ámbitos, donde el interrogante a resolver (hipótesis) resultaba ser: ¿Las formas estructuradas en la sociedad civil responden a las pautas de la representación concreta? En ese aspecto, se tuvo presente que pueden ser analizadas por un lado las organizaciones en cuyo accionar interno predominan lo social propiamente dicho, lo cultural y lo económico, y por otro lado, que se pueden atender los ámbitos local, nacional, regional e internacional en cuanto al “poder” realmente existente -facultades de decisión en la afectación general-, ya que en ese sentido Max WEBER en “Economía y sociedad” dijo que “(...) *Una relación social puede tener para sus partícipes, de acuerdo con su orden tradicional o estatuido, las consecuencias siguientes: a) en el que toda acción de cada uno se impute a todos los demás (solidaridad); b) el que la acción de un partícipe se impute a los demás (representación). O sea que tanto las probabilidades como las consecuencias, para bien o para mal, recaigan sobre todos*.” (Weber, 1983:233-235).

El proyecto abrió -en otro sentido-, el camino a un nuevo interrogante que pasó a ser: ¿Las formas estructurales dentro de la sociedad política responden a las pautas de la representación concreta? Este segundo aspecto es donde cuaja el análisis de temas como los partidos políticos, las asociaciones políticas, las organizaciones del Estado, sus instituciones, el Derecho...En esto último, *el “análisis del Derecho” incluye (y debe ser tenido en cuenta) el rol de técnica de motivación del obrar que él represen-*

(2) Ley 24.967. B.O: 25/06/98 denominada Ley del Digesto Nacional, promulgada el 18 de junio de 1998.

ta, y qué, atento el permanente proceso de creación normativa, puede y debe atenderse la “Ley” como un instrumento de tal construcción social, y en el caso, como “producto” de la actividad legislativa que es donde cuajan estas primeras conclusiones.

En síntesis, el objetivo del proyecto era verificar y caracterizar el proceso de construcción y desconstrucción de agentes sociales y políticos (en determinada etapa) estableciendo la identidad política, social, económica y cultural en cuanto a la producción y a la calidad de las respuestas dadas, advirtiendo que una de esas respuestas es el producto que nos ocupa, razón por la que pasó entonces a ser centro de nuestra observación.

En ese marco, atendiendo el trialismo (según el cual el mundo jurídico consiste en un orden de repartos que se integra ontológicamente con los elementos: norma, hecho social y valor) y visto que el conocimiento jurídico positivo es conocimiento de una realidad dada -establecida y mantenida por voluntad del hombre en un incesante movimiento de elaboración y reelaboración-, resulta claro que *el Derecho tiene una primera posibilidad de intervención en el conflicto social: es la anticipación de respuesta al conflicto, cosa que justamente representa la instancia legislativa con la elaboración y trámite de sanción (labor pre parlamentaria y parlamentaria)*. Esto vincula a la idea fuerza de la importancia que tiene ese proceso en su totalidad, incluida la instancia previa al trámite parlamentario propiamente dicho (3) que sintetiza Ramón Brenna al decir que *“el vehículo de la política es la Ley, ella no es sino la forma del contenido “política” que el legislador da a la sociedad para resolver o dar satisfacción a una de las demandas que la sociedad le presenta”* (4).

Muchos prefieren hablar hoy de “decisión legislativa” para aludir así no solo a la respuesta (que consiste en elegir entre los distintos cursos de acción alternativos) sino también al hecho que esta decisión, una vez adoptada, pasa a ser fuente de derecho positivo; por esto, *el paso de la demanda social a la decisión política es complejo, como lo es el trámite mismo de la elaboración del proyecto hasta su culminación -sanción- (hasta el enunciado de la regla), haciendo que el último segmento, sea igualmente importante, es el de sistematización de esa nueva ley, o sea, el relativo a la incorporación e impacto que causa esa y toda nueva norma en el ordenamiento, lo que vincula a la respuesta misma, al producto que se da a la sociedad y a la respuesta que se da la sociedad á si misma por medio de sus representantes.*

3. El Derecho como respuesta: “Ley” como elemento para regular relaciones inter subjetivas

En este aspecto, se publicó antes una introducción al análisis de la producción legislativa (5), donde se habla de sustituir vocablos “producción” por “rendimiento” para atender la tarea legislativa en cuanto a la forma y eficacia con la que el representante (legislador) alcanza el resultado (producto llamado Ley). Se alude ahí a la importancia que la sociedad asigna a la legislación y a la tarea de hacerla, rematando en el resultado o sea en el producto obtenido; dicho de otra forma, aborda el rol de la legislación en la sociedad y en paralelo, la significación de “hacer la ley”, enfocando esa producción legislativa como elemento para solución de conflictos que la realidad plantea (demandas de la sociedad), a la cual el legislador decide dar satisfacción.

Sin perjuicio de ello, creemos propicio reiterar, conf. Brenna, que la Ley es *“el vehículo de la política”, premisa en que se apoyan nuestras reflexiones a partir de la observación del vehículo y aún, de observar la calidad de ese producto.*

(3) Entendemos que trámite parlamentario en sentido estricto, es el que se inicia con el proyecto de ley.

(4) BRENA Ramón G., profesor de la U.B.A., coordinador de Maestría en Ciencia de Legislación de Universidad Del Salvador y docente responsable de la asignatura “Principios de Técnica Jurídica”.

(5) Véase Zendri (2008:763) donde se atienden temas de legislación, especialmente lo referido a la importancia de la Ley y su construcción como producto, los defectos o vicios que ella puede exhibir y los remedios para subsanar los males, concluyendo en nociones básicas sobre la simplificación, las formas que ella puede revestir para referir a la determinación de hacer el Digesto Jurídico de Nación Argentina.

Desde la ambigüedad del vocablo “Derecho” que hace atenderlo en sentido objetivo (norma), al Derecho como pauta de convivencia, que desemboca en la problemática de la norma jurídica como estructura del pensamiento (regulador del hacer del hombre), hasta la formulación misma del objeto de la Ciencia Jurídica puesto en la “*conducta humana en su libertad y creación, pensada y conocida con normas jurídicas*” mentada por J. C. Smith, creemos que se recorrió un extenso camino aunque es a H. Kelsen en su Teoría Pura del Derecho a quien debemos el mérito de introducir la distinción entre la tarea técnico-jurídica que es la de crear y aplicar normas jurídicas y la tarea científico-jurídica, tareas (ambas) que hoy más que nunca, deben articularse conjuntamente para hablar de calidad de la ley, especialmente frente a las denominadas inconsistencias del orden jurídico.

4. La calidad de la Ley. Lenguaje. Estilo. Voluminocidad

La calidad de la Ley obliga atender numerosos aspectos -etapas involucradas desde la elaboración del proyecto mismo a la publicación y sistematización de la nueva norma- y en todas y cada una de ellas, debe cuidarse diversas cuestiones. No obstante, delimitaremos nuestra atención a los aspectos referidos al uso del lenguaje y específicamente a temas iniciales como son las “reglas del texto” y la composición del contexto.

Corresponde pues a la etapa inicial del trámite, lo atinente a la redacción normativa misma y a lo que se ha llamado “arte de legislar”, pues ya Montesquieu se ocupó de ello recordando a los legisladores aspectos a tener en cuenta para “componer las leyes”. El legislador parte de la aportación de las ciencias y es ella (la ciencia) la que permite mejor dominio de la técnica social que es el Derecho, razón por la que su obra fue un tratado de ciencia pero también de arte de legislar, ya que ese “arte” no reducía a argumentar sobre el respeto y/o el apego del legislador a las reglas de pura racionalidad técnica sino que, junto a esta y como complemento, *existe una racionalidad formal que tiene que ver con la calidad técnica de la redacción normativa.*

Dio un catálogo de criterios para la redacción de textos legales, entre los cuales incluye: que el estilo debe ser conciso, simple (la expresión directa se comprende mejor que la expresión retórica); que es necesario evitar expresiones vagas y lenguaje metafórico o figurado; eliminar cláusulas abiertas; que las leyes no deben ser sutiles (están hechas para gentes de entendimiento común); y que se debe evitar el exceso de palabras. Estas máximas son aún de actualidad y sabido que el lenguaje se manifiesta de maneras diferentes, en distintos discursos según la función o actividad que el emisor esté ejecutando, esto hace que el lenguaje de la legislación deba tener muy en cuenta y más que ningún otro, al destinatario último. Dicho de otro modo, *debe tenerse en cuenta a quien va dirigida la ley*, en un segundo plano habrá que tener presente que las leyes se suman a otras ya dictadas y en ocasiones ambas subsisten en parte o en el todo aumentando la falta de precisión.

En este sentido, conocer hoy la relación existente entre lenguaje y ley es muy importante, las palabras, como unidades mínimas significativas del lenguaje, los términos primitivos y definidos, la designación, denotación, el uso o no de definiciones y las distintas funciones que las palabras cumplen dentro del complejo sistema del lenguaje, es determinante para lograr un uso claro, preciso y exacto, y así sostuvo el profesor Pettoruti al hablar del lenguaje normativo y su problemática, en el Seminario de gestión parlamentaria citado (clase del 17/4/2012), que plasmara en artículo inédito denominado “El lenguaje de la ley”, al decir: “*¡Difícil misión la del legislador, que debe expresar los contenidos de la ley con términos entendibles y claros, aunque sabiendo que siempre puede ser víctima de las imprecisiones lingüísticas o de los caprichos del intérprete!*”

Siguiendo el dato histórico, Montesquieu sentó no sólo la necesidad de hacer leyes técnica y formalmente perfectas sino que además encausó sus enseñanzas para hacer “buenas leyes”, razón por la cual, durante la etapa de ilustración, se continuó esa especie de “canon” de legislar que supuso el desarrollo de temas sobre redacción de las leyes y estilo.

Pensemos entonces en el ciudadano común, obligado por la Ley, frente a quien está la norma que a veces tiene redacción confusa por vaguedades, ambigüedades, por uso de expresiones y giros lingüís-

ticos a los que suman redundancias y que hacen en definitiva, no sepa qué Derecho le es aplicable. Esta situación, es la que obliga a no perder de vista al destinatario (a quienes va dirigida la Ley).

En este sentido, es fundamental la obra de J. Bentham y especialmente el Prólogo de Virgilio Zapatero a la misma, que bajo el nombre “El arte ilustrado de legislar”, sobre las perfecciones necesarias positivas de las leyes, dice: “estas se reducen a dos: brevedad y claridad que pueden alcanzarse (...)” - en opinión de Bentham- “(...) *si se siguen algunas de las reglas (...) en la medida de lo posible, se debe utilizar el lenguaje ordinario pues el destinatario de las normas es el ciudadano (...)*”

Como vemos, en el avance de la ilustración, se completa y complementan las propuestas sobre lenguaje y estilo de las leyes, avanzando después en cuestiones como su necesidad misma (test de la necesidad de la ley antes de su promulgación) sobre la que desarrollaron autores como Condorcet y finalmente Mably, que afirmó que “(...) *antes de publicar una ley, el legislador debe preguntarse si es necesaria porque toda ley inútil es innecesariamente perniciosa*”. Sobre el lenguaje y la necesidad misma de la Ley, se llegó a decir que el poder legislador debe sostener entre sus máximas que “*bastan pocas leyes*”, aspecto este que relaciona precisamente con los actuales vicios y más concretamente con la inflación, ya que en cuanto al desmedido número, está la consideración que sostiene que ello “*debilita las leyes*”.

En síntesis, el rechazo al crecimiento de la producción legislativa, es de vieja data y cuenta con antecedentes remotos aunque plasma en el pensamiento de Montesquieu de donde proyecta a nuestros días. Sin embargo la referencia histórica, deja claro que superada esta cuestión y aceptada la necesidad de una ley, recién después será tiempo de formular el test a que debe someterse sobre su justicia, su utilidad y recién luego, su fundamentación, lo que muestra la importancia y lugar del lenguaje y la “no proliferación”, siendo que ambos producen consecuencias al orden jurídico, como hoy exhiben muchos Estados modernos.

5. Estado de la cuestión

Se dijo ya que la proliferación y la “acumulación” que se produce en consecuencia (cuando una vez obtenida la norma, ella se agrega de manera inorgánica, desordenada y/o caótica, llamado en doctrina “de acumulación sedimentaria”), conforman una realidad, que debe ser resuelta. Parece oportuno precisar vocablos, así: la “inflación legislativa” refiere a sobreabundancia y crecimiento desmedido cuando la “contaminación legislativa” es un vicio aún mayor, equivale a la ruptura del equilibrio del sistema de leyes por el crecimiento descontrolado y la no eliminación de los “residuos” (normas derogadas).

En ese marco, queda explícita la importancia de las modernas herramientas informáticas y los aportes de la ciencia y técnicas legislativas para evitar vicios, son instrumentos de utilidad para la legislación que se produce pero no para la existente, de manera que la doctrina esgrime argumentos a favor de la ordenación y simplificación; en la misma línea de pensamiento, puede aplicarse esa defensa y fundamentación a la conveniencia de las que vienen produciéndose.

Estas reflexiones, reiteran la importancia de la *calidad exigida a la legislación, calidad que hace a la claridad, a la simplicidad del lenguaje y al estilo aunque también al equilibrio del conjunto de las disposiciones*, refiere al ordenamiento jurídico todo y obviamente a que se respeten los caracteres del mismo.

Por esta razón, nuestra pretensión última -consecuente con lo dicho- *es atender especialmente la última de las etapas de la legislación antes enumeradas, la de evaluación de las leyes ya dictadas*, pues existen efectos negativos a consecuencia de la proliferación, entre los que listan los cuantitativos (número de normas) y también otros efectos negativos cualitativos, más graves que los anteriores (6) que traducen en antinomias, ambigüedades y suman indeterminación, llevando siempre e inexorablemente a *perder seguridad jurídica* (conducen a la inseguridad sobre el Derecho aplicable, en vigor), lo que ata en definitiva, a la necesidad de simplificar las normas y da razón a un Digesto Jurídico.

(6) El problema cuantitativo es grave pero más aún lo es el aspecto cualitativo ya que puede haber un orden jurídico constituido por pocas normas, como expresan A. Martino y R. Brenna, y aún así, estar contaminado.

Se habla de la coherencia, como uno de los caracteres del ordenamiento, el que vincula al vicio lógico de la contradicción y desde el maestro uruguayo E. Vescovi (en “Introducción al derecho” -al decir que *“las reglas jurídicas de un país configuran un sistema orgánico, un todo coherente regido por principios de lógica, especialmente por el de no contradicción”*) Vescovi (1998:87), hasta W. Goldschmidt (cuando sostiene que *“El ordenamiento normativo constituye la captación lógica neutral del orden de repartos...Las cualidades del ordenamiento y de la pacificación del orden de repartos se reflejan en el ordenamiento normativo en la coherencia, lo que significa ausencia de contradicciones”*) nos hacen concluir que, no obstante el desarrollo teórico alcanzado, la realidad exhibe contradicciones lo que es un problema de gravedad que afecta a los sistemas jurídicos. Existen pues, choques de distinto orden e independientemente de que para su solución existan principios lógicos de aplicación (principios de resolución), debemos decir que las antinomias encuentran origen muchas veces en la proliferación -cantidad desmedida de normas- lo que obliga a extremar la atención para superar ese vicio pudiendo encontrarse solución en la ayuda que brindan al legislador las guías de redacción, manuales de técnica legislativa, listas de chequeo etc., aunque subsiste la necesidad resolver los efectos cualitativos en general y en particular las normativas fragmentadas, los nuevos textos, las abrogaciones innominadas, las derogaciones tácitas, las normas intrusas, la ausencia del estudio de factibilidad de la norma, y en síntesis quedará aún la necesidad de hablar del “orden legislativo” lo que implica y obliga a pensar en la sistematización.

El interrogante último pasa a ser no sólo ¿por qué, sino para qué, hacer un Digesto Jurídico? En respuesta hay que dirigir acciones en dos direcciones: en relación a la legislación ya sancionada y también sobre la generación de la futura legislación. En el primer caso revisando y manteniendo la existente, la ya sancionada, para lo cual se cuenta con herramientas como los digestos, códigos y textos únicos. En el segundo, cuidando la forma de legislar teniendo en cuenta las reglas de redacción y la amplitud de herramientas modernas de gestión parlamentaria que proporciona la técnica legislativa.

Según R. Brenna, “el Digesto Jurídico es la respuesta apta para los problemas descriptos, al reunir, ordenar y permitir un mejor acceso y un mejor conocimiento del universo normativo que nos rige. El manual de técnica legislativa es la herramienta que permite operar sobre el segundo de ellos, y obtener leyes más claras, mejor redactadas, accesibles y cognoscibles por todos”. Por eso nos afanamos en atender nuestro ámbito provincial, señalando al final, las tareas iniciales (preliminares) desarrolladas en Buenos Aires, reiterando que el fenómeno descrito y sus consecuencias ha sido encarado en numerosas provincias argentinas que ya simplificaron sus legislaciones.

6. Solución a problemas de Legislación en nuestra provincia de Buenos Aires

Para dar solución a la “calidad de la ley” se vienen intentando diferentes respuestas y en el caso bonaerense, se hizo de la mano de la capacitación legislativa en general (7) -donde participamos- y del adiestramiento para confección y manejo de guías o directrices, Manuales de técnica legislativa, etc., herramientas que deberán ir elaborándose si se pretende dar un producto de calidad, imponiendo criterios orgánicos y estableciendo pautas rectoras que tienen por idea fuerza, la perfección del “producto”.

No obstante, sabemos que esos intentos no resuelven el vicio de la acumulación legislativa ya producida, por ello dijimos antes que superado el interrogante sobre los vicios, abre el camino para in-

(7) “Curso sobre Teoría y Técnica legislativa” organizado en el año 2004 por el Instituto de Estudios Legislativos (IEL) de Cámara de Diputados, donde se desarrolló módulo sobre “Organización de la producción legislativa. Sistemas: codificación, Digestos”; en el 2008 coordinamos “Curso Introductorio de Derecho y Técnica Legislativa” organizado por el IEL y la Prosecretaría Legislativa de Cámara de Senadores, disertando sobre “Los actos legislativos; tipos y caracteres. Las normas legislativas. El procedimiento legislativo en la Provincia de Buenos Aires”, curso que tuvo por destinatario específico a los asesores, secretarios y personal que asiste a legisladores o presta funciones en dependencias de la Legislatura; se organizó y coordinó el “Primer Programa de Teoría y Práctica Legislativa” ejecutado conforme el convenio celebrado entre Cámara de Diputados y Senadores de Provincia de Buenos Aires con facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de UNLP, durante el segundo cuatrimestre del ciclo lectivo 2008.

dejar los remedios, razón por la que *introducimos en la simplificación*. En ese sentido, se atendió la diferencia entre proliferación e inflación legislativa al decir que el sistema normativo debe verificar balance entre el conjunto y reglas, el impacto que produce en la comunidad, la capacidad de anticipar las demandas y las condiciones de la sociedad al tiempo de vigencia, para luego atender cómo el desbalance da por resultado un sistema normativo “complejo” (cuali y cuantitativamente) que lleva a la desobediencia y que finalmente limita el desarrollo social.

Un sistema desbalanceado y complejo tiene numerosos problemas que lo afectan, entre ellos, está la proliferación aunque A. Martino, habla además de “contaminación” definiéndola como “ruptura del equilibrio del sistema de leyes debido al crecimiento descontrolado de las normas legislativas y a la dificultad de eliminar los residuos” (normas derogadas); es redundancia, y por tanto ambas se diferencian. La “inflación legislativa” es cuando menos sobreabundancia pero la “contaminación” resulta de utilizar fórmulas como: “derógase toda norma que se oponga a la presente” pues al no indicar cuál norma es la derogada (forma de derogación tácita) (8) vuelve incierta su vigencia. Claramente la distinción entre la visión cuantitativa del problema y la cualitativa, la explica Pagano al decir que “la inflación legislativa se siente” por los efectos (negativos) que trae a la legislación: antinomias, redundancias, fragmentación de la normativa, ambigüedades, estratificaciones, las llamadas “leyes de un día”, abrogaciones innominada, desorden y caos normativo en general.

En el marco de tareas necesarias para dar solución a la legislación sobreabundante, contradictoria, dispersa y/o caótica de numerosos países, *Buenos Aires está dando primeros pasos para un ordenamiento legislativo armónico*. La ley 13.492 del “Digesto Jurídico” tiene por objetivo principal -como se dijo- la consolidación de leyes, posibilitando -a la par- dotar a la Provincia de instrumentos modernos de gestión parlamentaria, aplicables al proceso todo que va desde la elaboración de las normas (proyecto) hasta su guarda

La normalización legislativa bonaerense, comenzó por la tarea de determinación precisa del universo normativo como paso previo para analizar la existencia de vicios. Eso, necesariamente condujo no sólo de la epistemología de la norma sino simultáneamente- a la clasificación o agrupamiento de materias, en miras a la posterior simplificación.

Esa norma está encaminada a lograr un sistema jurídico provincial simplificado y sistematizado, sin vicios y en la decisión de su implementación con la división de tareas propia de un Digesto, uno de sus equipos de trabajo, presentó como resultado de su tarea inicial 3.000 leyes analizadas, con sus respectivos Protocolos Documentales confeccionados, las fichas construidas en el desarrollo de la labor e informe descriptivo del chequeo efectuado al producto bajo análisis. El resultado obtenido consistió en el conocimiento certero del material a depurar luego, pues la norma dispone elaborar el Digesto en su ámbito, y, aunque nace como herramienta, *persigue por resultado final, un sistema jurídico provincial simplificado*.

Se tuvo en miras que un Digesto es una tarea de reformulación general de la legislación, producto de la revisión íntegra, recopilación, análisis y ordenamiento de TODA la legislación vigente. Consiste en *reunir ordenada y sistematizadamente en UN SOLO CUERPO LEGAL, la legislación general vigente y permanente de todas las materias del Derecho*.

Para ello, son pasos ineludibles la clasificación temática (por materias) y la fusión de normas en temas comunes, pero aun preliminar, la determinación científica del material a simplificar, rastreo y análisis de cada norma desde la constitución del Estado provincial como tal, tarea que se encargó a un equipo documentalista denominado “Documentos Oficiales”. La determinación numérica a simplificar se fijó en 14.945 leyes al inicio de análisis (junio del 2009) y lo primero, urgente e inmediato centró en el relevamiento de textos normativos y la determinación de la metodología para el análisis, como

(8) Generalmente este tipo de fórmulas está prohibida en los países cuyas legislaciones cuentan con Manuales de Técnica Legislativa o -más allá de la terminología implementada-, cuentan con reglas directrices sobre técnica legislativa establecidas.

asimismo en la construcción “propia” del programa informático requerido y la ubicación del análisis descriptivo de las leyes en su contexto general.

En ese marco, el programa informático trabajó el diseño y desarrollo de la “Ficha Informática del Digesto”, necesaria para la carga de todo el material legislativo y en decisión conjunta con los analistas de sistema (autores del programa informático creado) se determinó la existencia de cuatro grandes áreas independiente de la división temática de las leyes (18 materias y la respectiva asignación del material a cada comisión temática). En resumen se conformarían cuatro grandes campos, uno de antecedentes, otro relativo a requisitos especiales a cada tipo de ficha del programa a ejecutarse para la carga, el análisis descriptivo (aspecto documental) y el análisis dinámico (aspectos normativos), siendo el primero de ellos (el análisis descriptivo) asignado al equipo técnico-profesional de documentalistas expertos en manejo de normas, que representó el primer trabajo en su tipo (con rigor científico) que encaró la Legislatura provincial en relación al sistema jurídico bonaerense.

Fue primer objetivo del Digesto (en sentido lógico) determinar el universo legislativo a simplificar después, tarea que reflejó en el Protocolo Documental respaldatorio, confeccionado para la validación posterior, que además permitirá a futuro, evaluar la continuación de tareas cumpliendo el requisito de delimitación el material a depurar de aquel que pasa al “Archivo Histórico”.

En simultáneo, se avanzó en el análisis en las denominadas “comisiones temáticas” que por cometido tenían a su cargo separar normas generales de individuales, elemental en todo Digesto pues es condición básica de acceso a la simplificación propiamente dicha. En tanto, la tarea de los documentalistas consistió en a) relevamiento de la legislación desde la constitución del Estado provincial (Ley N° 1); b) estudio epistemológico de cada ley -reconstrucción del trámite legislativo de cada norma y elaboración del Protocolo-; y c) aporte de datos fehacientes a la ficha informática del Digesto.

La metodología y procedimiento adecuado -a partir de los pasos que sigue la aprobación de las leyes como también cuestiones atinentes al archivo o guarda-, vinculó al manejo de las colecciones y al procedimiento (circuito) para el rastreo de datos, consistente en 1) búsqueda de colecciones óptimas (importa fundamentalmente el estado de conservación, el color del papel, su completitud etc.; 2) relevamiento de información que de certeza a cada norma a partir del orden numérico de las mismas y extracción de datos precisos; 3) procedimiento propiamente dicho, estricto y con metodología idónea, que arroje luz sobre la legislación bajo análisis, reuniendo la totalidad de elementos, que permitan obtener la epistemología de todas las normas producidas desde la formación del Estado.

Es condición misma de todo Digesto, la determinación del objeto, lo que requiere de rigor científico por el carácter esencial que tiene la certeza de datos del sistema informático, por ello, se siguieron pasos minuciosos en la búsqueda, que arrancó siempre en la publicación de la norma (momento en que se da a conocer al ciudadano la Ley sancionada), a partir de cuya publicación, torna obligatoria (o sea existe), debiendo señalarse que el Boletín Oficial de Buenos Aires es de creación posterior al nacimiento del Estado, por lo que en el tramo de análisis de las primeras leyes se debió recurrir al Registro Oficial de Publicaciones (ROP), y aún así siendo -en oportunidades-, inexistente el dato requerido ya que muchas leyes no se publicaban y para entonces no había criterios fijados ni reglas concernientes al mecanismo para hacerlo (por ej.: plazo, forma).

La tarea fue ardua y frecuentemente debió relevarse no solo del índice de publicación sino hacerse la revisión íntegra del texto del ROP (incluso, ampliar la búsqueda a otras ediciones), en todos los casos se respaldó documentalmente el dateo porque ello hace a la certeza, máxime cuando hasta hoy muchas bases informáticas tomaron para su carga, obras doctrinarias cuya información no tiene posibilidad de respaldo; así la “Colección de Leyes del Estado” (1854 a 1929) realizada por los Dres. Federico Ketzelman y Roberto De Souza, de enorme valor histórico y de compilación, no cuenta con documental en cotejo. En cambio, la reconstrucción de trámite de cada norma, ya descripto, remató en la fotografía de su texto, digitalizándose e imprimiéndose para integrar el Protocolo de la norma, que a su vez, se aseguró informáticamente para su preservación a fin de que aún luego del traslado

definitivo al programa informático, puedan dar respaldo teórico-científico a la explicación de quien/quienes (organismos o instituciones) efectúen validación.

Como se puede observar, se avanzó en líneas básicas o preliminares, porque la legislación, como fenómeno, significa a la provincia una dinámica de producción normativa permanente donde insertan implicancias del proceso mismo de conformación del Estado. Ella representa un aporte constante a la realidad (jurídico-social) y las primeras conclusiones llevan a ver el impacto que las decisiones de toda política legislativa producen, en donde cada una permite observar el cambio que tal dinámica da al Derecho en general y en particular al sistema jurídico provincial para lo cual es requisito la certidumbre sobre lo existente.

Creemos conducente redefinir “Digesto” como un tema relevante de la política legislativa local. Hay consenso generalizado en cuanto a que la legislación es una construcción social de enorme importancia para el desarrollo de una sociedad y sabido es que tiene como característica esencial, ser dinámica (no es algo “dado” sino siempre “dándose”), histórica y liga al desarrollo de la comunidad organizada, por ello visto que es acumulativa de lo ya reglado, conlleva la necesaria jerarquización de los valores atribuidos e implica además, tener en cuenta las transformaciones que se producen en el sistema y en correlato, su necesidad de adecuación.

Sabido es que la nomodinámica (movimientos de las normas) es significativa para la seguridad jurídica de una comunidad, generando relaciones complejas, con repercusiones a nivel local e implicancias a nivel general; observaciones éstas que muestran el desafío de *hallar respuesta a la problemática y los conflictos, lo que requiere soluciones idóneas*, quedando pendiente la cuestión relativa al impacto que causa toda nueva norma, de ahí la necesidad de entender la problemática legislativa local y la necesidad de dar un producto de calidad por respuesta.

Como se adelantó, desde la experiencia, vimos la necesidad de articular normas de calidad pero también la de atender el ordenamiento jurídico como un todo. En este marco, el aporte de la técnica legislativa al proceso de redacción puede ser un factor coadyuvante en la construcción de una adecuada legislación a futuro pero subsiste el problema respecto el material ya existente, al que necesariamente le debe ser aplicada una técnica de simplificación para depurar adecuadamente.

7. Reflexión final

La observación de la legislación existente arroja como *realidad bonaerense* 14.945 leyes al tiempo de sanción de la Ley del Digesto de Buenos Aires, que deben ser simplificadas ya que los primeros resultados del análisis efectuado exhiben un constante crecimiento de la legislación, contradicciones y acumulación sedimentaria que debe ser resuelta.

Esto es relevante no solo localmente sino en el marco de decisiones de contexto nacional pues justamente, plantea la necesidad de encontrar respuestas (jurídico-legislativas) que puedan orientar políticas de crecimiento, de desarrollo local pero *sobre la base de seguridad jurídica y pleno conocimiento del ciudadano sobre el Derecho que lo rige. La respuesta para lograrlo debe provenir de la reformulación de TODA la legislación existente a fin de lograr el producto final proyectado por la dicha ley.*

La producción legislativa del Estado provincial exhibe un sistema jurídico complejo compuesto por más de 15.000 leyes que deben simplificarse en la decisión de implementar el Digesto Jurídico. La primera tarea para hacerlo es la determinación concreta del objeto (conocer el universo normativo existente) y hacerlo con un procedimiento (método) apropiado ya que el conocimiento científico exige rigor, que entendemos se busca implementar sin perjuicio de que quedan para más adelante tareas más complejas (no atendidas en este trabajo) tales como la remoción de desechos, el detalle de choques y colisiones, la revisión del fundamento de validez de las normas en su conjunto y la consolidación misma, etc.

Lo que se pretende podrá dar solución a uno de los vicios más actuales y generalizados, el Digesto resolverá la inflación y la acumulación de residuos, dando por resultado final un sistema jurídico que de seguridad jurídica y acabado conocimiento al intérprete del Derecho vigente, sea éste legislador, juez, estudiosos del tema o más importante aún, a la ciudadanía toda; ardua tarea que queda por delante.

8. Bibliografía

ATIENZA, Manuel. Derecho y argumentación. 1a. ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, junio 1997. Serie Teoría jurídica y filosofía del derecho, 6.

BENTHAM, Jeremy. "Nomografía o el arte de redactar leyes". Traducción de C. Pabón. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

BRENA, Ramón G. "El ordenamiento de las leyes," EN: Revista jurídica argentina La Ley Buenos Aires, 2001-A, 987.

— "El digesto jurídico. Un camino hacia la democratización de la información jurídica" EN: La Ley. Actualidad, Buenos Aires, 22/11/2011.

BULYGIN, Eugenio. "Teoría y técnica de legislación," EN: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1981-C, 967.

GOLDSCHMIDT, Werner. Introducción filosófica al derecho. Buenos Aires: Depalma, 1985.

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Buenos Aires: Losada, 1946.

L'ABBÉ DE MABLY. Oeuvres completes. De la législation ou principes des lois. París: Chez Bossanges, Masson et Besson, 1797, t. IX.

MARTINO, Antonio "¿Hacer leyes con computadoras?" EN: Derecho e informática. Buenos Aires: Depalma, 1993.

— La elaboración de textos legislativos. Buenos Aires: La Ley 12/07/96.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barón de. De l'esprit des lois. París: Gallimard, 1748.

PAGANO, Rodolfo. "La técnica legislativa y los sistemas de informática jurídica," EN: Rafael Bielsa (co-ord.). Informática y derecho. Aportes de doctrina internacional. Buenos Aires: Depalma, 1988, v. II.

PEÑALVA, Guillermo. "Contradicciones normativas," EN: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 2007 4(37), 630-641.

PETTORUTI, Carlos. El lenguaje de la ley (trabajo inédito).

SMITH, Juan Carlos. Norma jurídica y conocimiento jurídico. Buenos Aires: OMEBA, 30/4/1962.

VESCOVI, Enrique. Introducción al derecho. 19a. ed. Montevideo: Idea, 1998.

WEBER, Max. Economía y sociedad. Méjico: Fondo de Cultura Económica, 1983.

ZAPATERO, Virgilio. El arte ilustrado de legislar. Prólogo a la obra de J. Bentham. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

ZENDRI, Liliana. "Ley y legislación. Teoría y técnica legislativa: Introducción al tema del digesto jurídico de Argentina," EN: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, 2008 5(38), 763.

Interpretación y corrección en el ámbito del derecho

POR RUBÉN MARCELO GARATE (*)

Resumen

A medida que analizamos distintas ideas jusfilosóficas sobre el tema de la interpretación jurídica, observamos que cada una de las diferentes teorías nos aportan algún dato para tener en cuenta. El problema de la interpretación nos remite a una reflexión sobre las normas, pero también a un análisis lógico de los criterios axiológicos que forman parte del fundamento discursivo de las decisiones judiciales. Es en el discurso jurídico donde su provoca una integración dialéctica entre la norma y la conducta, como elementos esenciales del fenómeno jurídico. La necesaria objetividad de las resoluciones judiciales, depende entonces, de un discurso fundado en normas válidas y en un criterio de corrección, que asegure la búsqueda de una solución criteriosa, como parte del proceso de decisión.

Palabras clave: Interpretación - Corrección - Discurso

Abstract

From the moment we analyze the different philosophical ideas about the legal interpretation, we can see that different theories provide some data to consider. Inevitably the problem of interpretation not only refers to a reflection about the logical aspects of law, but also about the axiological content of rules and the discursive foundations of jurisdictional decisions. The integration between the standard and norm as essential elements of legal phenomena is raised in legal discourse. The objective necessity of judgments depends on valid rule based speech and a criterion of correctness which ensures the search of a solution judicious as part of a decision process.

Key words: Interpretation - Correction - Speech

1. Introducción

La interpretación es básicamente un acto gnoseológico, en el que se ponen en juego distintos aspectos lógicos. La filosofía del derecho no puede dejar de plantearse estas cuestiones que merecen ser pensadas, con la finalidad de flexionar sobre el derecho, la aplicación de las normas jurídicas y sobre los criterios de corrección que deben tenerse en cuenta, para que una resolución alcance cierto grado de aceptabilidad.

Dentro del campo de la reflexión filosófica, se puede distinguir por sus diferentes particularidades una *cuestión* de un *problema*. Resulta que los *problemas* están tienen que ver con un tema en particular. Ellos se agotan en la obtención de una respuesta. En cambio las cuestiones, generan constantes discusiones, porque revelan nuevos en la interpelación de la realidad.

Entendemos que la actividad interpretativa es una cuestión vinculada a la ontología jurídica, porque la definición de derecho de la cual partimos, determina las formas y criterios de interpretación.

Cuando una norma, es parte sustancial del proceso interpretativo, provoca que se actualice su contenido normativo. Para explicarlos en términos aristotélicos, podemos decir que el juez para elaborar una sentencia recurre a una norma *potencialmente* aplicable, en tanto que posee validez, con la intención de ponerla en acto al incorporarla como parte del fundamento de su decisión. En este sentido, podemos afirmar que la jurisprudencia la que le otorga vigencia a las normas generales.

Las distintas teorías del derecho han realizado importantes aportes, tratando de explicar el juego dialéctico que se produce en la relación entre la norma y la conducta, al momento de interpretar el derecho para llegar a lograr una decisión fundada y razonada.

(*) Profesor Interino Adjunto de Introducción al Derecho, Cátedra II. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

La lógica jurídica, se ha preocupado por alcanzar una respuesta equitativa y razonable de los casos concretos, dentro de los límites que el sistema jurídico impone (Perelman, 1979: 179).

El *voluntarismo estructurado* (1), afirma que el juez no se mueve en el vacío, sino que encuentra un marco de referencia en las normas generales. El intérprete, haciendo uso de su estimativa jurídica, determina el criterio axiológico con el que debe categorizar a la conducta, realizando un acto de creación del derecho. En este sentido el juez y los restantes operadores jurídicos, no son meros aplicadores de normas, sino actores del mundo jurídico.

2. La vigencia del positivismo

La pirámide kelseniana, explica que la sentencia como norma jurídica particular, es parte del orden jurídico al encontrarse dentro de la grada inferior. Esto permite comprender que la sentencia, es una verdadera creación de derecho. De modo tal que el derecho, no es solo lo que dice que es el legislador, sino también lo que los juristas entienden que es.

El positivismo enseña que la obligatoriedad de las normas, depende de su existencia dentro del ordenamiento jurídico. De modo tal que, la validez pasa a constituirse en un criterio objetivo de “deber ser” (Hoerster, 2000: 15). Las normas se consideran obligatorias cuando son dictadas por autoridad competente, utilizando un procedimiento preestablecido. Esto no quita que el iuspositivismo, ante leyes de orientación racista, las reconozca como violatoria de ciertas exigencias de justicia y contraria a los derechos humanos; porque siempre es posible distinguir una aplicación justa de la norma jurídica, de una aplicación interesada.

Solo el positivismo ideológico, afirma la existencia de una identidad entre justicia y derecho. Creyendo que el derecho positivo por sí mismo, contiene normas que resultan ser obligatorias en todo momento. Dejando de lado los principios de igualdad y libertad, que tienen un reconocimiento mayoritario y se encuentran enraizados en la conciencia social. Son estos principios los que nos permiten formular una crítica, dirigida al contenido mismo de las normas (Hart, 1998: 200-203).

La neutralidad valorativa, que sostiene el positivismo, no tiene que ver con el contenido de las normas, sino con el análisis normativo que elabora la Ciencia Jurídica.

Sintéticamente podemos afirmar que el positivismo jurídico se apoya en los siguientes principios teóricos: a) el derecho solo puede ser definido como norma, b) la norma jurídica es una construcción lógica, c) el derecho es neutro a las valoraciones, d) toda norma válida es jurídicamente obligatoria.

No obstante, el positivismo *fáctico* entiende al derecho como el producto de la voluntad del soberano o la aceptación general de un orden jurídico. Kelsen se aleja de esta idea y propone un dualismo metódico (separación entre el ser y el deber ser) con la intención de establecer un criterio ideal de pureza cognitiva, a fin de que no contaminar al derecho con aspectos empíricos. La validez formal pasa a ser determinante de la voluntad, porque es el fundamento cognitivo del acto voluntario, ya que solo se puede querer aquello que resulta válido (Paulson, 2000: 44).

Para el pensamiento kelseniano, no es posible hablar de una voluntad del legislador en abstracto, que permita una interpretación finalista. Solo podemos referirnos a una voluntad psíquica individual que se expresa en la votación del proyecto de ley. No obstante el derecho positivo, nunca deja de ser un sistema de normativo, regularmente eficaz que establece un modo de coerción organizada. Específicamente, el *deber ser* pasa a ser un esquema de interpretación de las conductas humanas, en tanto que la norma le atribuye a las conductas un sentido objetivo (Jabloner, 2004: 21).

El orden jurídico por lo tanto, posee un sentido dinámico, no solo contiene normas de conducta, sino también normas de autorización con exclusiva imposición coactiva. Si bien el juez tiene faculta-

(1) El voluntarismo amorfo, sostiene que todo queda librado a la voluntad decisoria del juez sin ninguna limitación (Cossio, 1959: 132).

des para dictar una sentencia, esta resulta ser el producto de un silogismo jurídico que aparentemente tiene como premisa mayor una norma hipotética general y como premisa menor una proposición enunciativa de un hecho. Sin embargo, para la realización del derecho es necesario que el órgano jurisdiccional imponga una sanción, por medio de una sentencia producto de un acto voluntario condenatorio (Walter, 1998: 104).

3. El proceso interpretativo visto desde la teoría pura

Kelsen sostiene que la actividad interpretativa implica establecer el sentido de la norma que se debe aplicar al caso concreto.

Para comprender con mayor profundidad su pensamiento, debemos tener en cuenta como punto de partida, la explicación que da sobre la estructura del ordenamiento jurídico. La famosa figura de la pirámide jurídica, nos permite entender que todas las normas no son iguales, sino que existe una jerarquía normativa, que establece una gradación normativa, distinguiendo niveles superiores, en los que se encuentran las normas de carácter general y niveles inferiores, en los que se ubican las normas de carácter particular. Esta forma de estructuración de las normas, como parte de un ordenamiento jurídico, permite descubrir que la aplicación de normas generales implica necesariamente un proceso de interpretación, que de por resultado una norma de carácter particular.

Las normas individuales conformadas por las sentencias o las resoluciones administrativas, son el resultado de la actividad interpretativa, que no hace más que establecer el contenido que fundamenta las distintas resoluciones. La aplicación del derecho, posee esta forma, porque tanto la sentencia como el acto administrativo están llamados a ser ejecutados obligatoriamente.

Sin embargo, este proceso no proporciona un resultado matemático, al estilo de uno, más uno es dos; sino que siempre existe la posibilidad del libre juego de la discrecionalidad. Las normas de grada superior actúan como un marco de posibilidades, que debe llenarse mediante un acto interpretativo. Solo el juez sabe cuándo, cómo y dónde, debe cumplirse la norma de grada superior. En tanto, que son las particulares circunstancias del caso concreto, las que el juez toma en cuenta, para responder a estas preguntas (Kelsen, 2009: 350).

Como la actividad interpretativa implica una fuerte referencia al texto normativo, para una mayor claridad, debemos distinguir entre aquellas normas que se encuentran determinadas y aquellas que son indeterminadas. En las llamadas normas indeterminadas, su redacción no especifica la conducta o el hecho condicionante, o no establece la sanción. En estos casos, la autoridad de aplicación se encuentra facultada para establecer el criterio de ejecución. Esta indeterminación provocada voluntariamente por el legislador, demuestra la dificultad que posee la norma general, con relación a una enumeración casuística de situaciones, como así también para establecer de forma taxativa, la pena que se debe aplicar. Por lo tanto, estos espacios de discrecionalidad, que surgen de la redacción de la propia norma jurídica, permiten una actividad creativa del órgano jurisdiccional, a la hora de la aplicación de la norma general.

Esta indeterminación, implicar reconocer la existencia de normas, que no especifican que hechos provocarán un daño o que conductas constituyen injurias graves. Pero así también, al no establecerse penas con montos máximos, se deja librada a criterio del juzgador la determinación del valor pecuniario que se establecerá como sanción.

No obstante la indeterminación normativa, también puede ser producto de una consecuencia involuntaria, que no fue prevista por el legislador al momento de la redacción de la norma. Así, cuando el texto normativo utiliza términos ambiguos, a los que se le puede atribuir deferentes significados, el órgano de aplicación está obligado a establecer una significación lingüística. Esto hace que se deba recurrir a la hora de encontrar un significado a la llamada "voluntad del legislador".

Otra indeterminación normativa, se encuentra en las leyes que por su contenido regulan un mismo acto jurídico de forma contradictoria, lo que provoca que el mismo órgano de aplicación deba determinar la norma a aplicar.

Todo esto, lleva a que reconozcamos las dificultades que se encuentran en las normas de grada superior, dada la indeterminación que poseen en función de la propia voluntad que el legislador dejó expresada en el texto o por las dificultades que presenta su redacción.

Esto no quita que el derecho se presente como un marco de posibilidades, dentro del cual se tengan distintos caminos a seguir, según sus propios matices. Todos ellos, resultan ser válidos, si se mantiene este marco de referencia dentro del cual se debe encontrar un sentido posible, que dé fundamento a la solución dada al caso específico.

Sin embargo, para la teoría pura, no hay una única respuesta correcta, sino una posible respuesta, que tiene como límite la norma general (2) (Kelsen, 2009: 352).

4. El problema del método

Frente al problema de la interpretación, bien cabe preguntarse por el método que debe utilizarse, a lo cual Kelsen contesta, que no hay un único camino.

Esto significa que se puede conjugar distintos métodos, siempre que se procure buscar el sentido de las normas, teniendo en cuenta la interconexión que existe en el ordenamiento jurídico. Si debe seguirse la voluntad del legislador o realizar una interpretación literal de la norma, depende estrictamente del criterio del jurista, porque para la teoría pura no hay un patrón objetivo, sino un conjunto de posibilidades totalmente válidas.

No obstante, existe un criterio de corrección formal que Kelsen enuncia de forma implícita. Este criterio tiene que ver con la aplicación de aquella norma que considerada válida, es reconocida como obligatoria y perteneciente al ordenamiento jurídico positivo. Por lo tanto, este sentido de corrección implica la existencia de un derecho válido, en el cual debe encontrarse la única fundamentación de toda resolución.

Si tenemos en cuenta, la dinámica que existe entre las normas de un mismo ordenamiento jurídico y que Kelsen desarrolla para explicar el fenómeno de la nomodinámica que se produce entre los distintos niveles de la pirámide jurídica, como una forma de encadenamiento entre la creación y aplicación de normas. Podemos llegar a entender que el proceso de interpretación requiere considerar solamente a las normas que se encuentren dentro del marco de derechos y garantías reconocidos por la constitución nacional.

Es necesario partir de un análisis a priori de constitucionalidad de la ley, con la finalidad de establecer cuales, son las normas positivas que conforman el conjunto de posibilidades, que deben ser tenidas en cuenta para la resolución de conflictos.

También resulta fundamental la confrontación de las normas nacionales, con las convenciones y tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional, para clarificar el modo en que los derechos humanos deben ser protegidos y garantizados.

En este sentido, el juez desarrolla una actividad creadora, que consiste en la interpretación y aplicación de la ley. Esta acción creadora se produce en la medida que el órgano de aplicación realiza una actividad cognitiva, y pone en juego su libre discrecionalidad para decidir acerca de la norma de aplicación.

La actividad interpretativa es esencialmente, un acto de voluntad en el que se elige una, entre todas las posibilidades existentes y se produce una nueva norma jurídica de características particulares (Kelsen, 2009: 354).

(2) Kelsen explica que una decisión correcta, nos lleva a pensar en una única posibilidad, por lo que solo cabe al intérprete una actividad de comprensión, poniendo en juego el entendimiento, frente a las distintas posibilidades dadas, lo que imposibilitaría hablar de una interpretación de tipo voluntarista. (2009: 352)

5. Tipos de interpretación

Podemos distinguir distintos tipos de interpretaciones, según el rol que cumpla quien la realiza esta actividad.

Kelsen nos habla de una interpretación auténtica, realizada por el órgano de aplicación, en tanto que produce la creación de las normas jurídicas. El acto de voluntad que realiza el órgano jurídico, es lo que lo hace diferente y lo distingue de los demás actos interpretativos.

Téngase en cuenta que la autoridad de aplicación, también realiza una actividad interpretativa, de gran importancia cuando aplicando una norma general procura la resolución de un conflicto particular.

Sin embargo, los individuos, como sujetos obligados por la norma, se encuentran en la necesidad de realizar una interpretación del derecho, a fin de establecer la conducta a seguir. Pero en este caso estamos hablando de una interpretación inauténtica, ya que esta actividad no tiene fuerza obligatoria, como sí la tiene la decisión del órgano de aplicación. Por eso se puede afirmar que todo individuo, siempre se encuentra coaccionado a cumplir con la resolución de la autoridad de normativa.

El aporte del positivismo metódico, permite entender que la sanción solo puede ser el resultado de un proceso interpretativo. Porque se toma como objeto de análisis a la norma jurídica, con la finalidad de atribuirle una significación a la conducta en concreto. Lo que de alguna forma implica una valoración de la conducta, dentro del marco operativo impuesto por el propio ordenamiento jurídico.

La visión escalonada del sistema jurídico propuesta por Hans Kelsen, nos permite observar la existencia de normas jurídicas que habilitan la producción de otras normas. Este sistema jerárquico de producción del derecho, revela la existencia de un proceso sucesivo en el que no solo se ejecuta, sino en el cual también se crea el derecho. De modo tal que en los actos jurídicos encontramos una función ejecutiva y una función creadora del derecho (Walter, 2001: 59).

La norma general, dada por el legislador establece el contenido de la norma particular inferida por el juez en el acto de aplicación e imposición de la sentencia. En este sentido, la norma superior presenta un marco de posibilidades que el intérprete tendrá que tener en cuenta a la hora de realizar una elección normativa adecuada.

La actividad interpretativa, sólo puede trazar racionalmente diferentes soluciones y otorgar igual valor a cada una de ellas porque, mientras no abandone el marco normativo, toda respuesta puede ser válida.

Frente a esta una ilusoria seguridad jurídica, resulta necesario recurrir a la conjunción de los más importantes métodos interpretativos: literal, histórico-psicológico, teleológico.

6. La interpretación vista desde la teoría egológica

Sabido es que para la teoría egológica expuesta por Carlos Cossio, el tema de los valores, ocupa un capítulo central en la ciencia jurídica. La axiología jurídica estudia con detenimiento la problemática de los valores. Pero no de todos valores, sino de aquellos que son aceptados por el cuerpo colectivo y son reflejados en las normas jurídicas, porque solo estos, son los que pueden ser llamados propiamente, valores jurídicos. La particularidad de estos valores se encuentra en su intersubjetividad. Ellos están referidos a conductas bilaterales. Se presentan en las relaciones interpersonales existentes en las sociedades jurídicamente constituidas.

Los valores jurídicos de orden, seguridad, solidaridad y paz, son recepcionados por las normas jurídicas, logrando cierta objetividad.

Entre estos mismos valores, encontramos cierta interdependencia, por ejemplo: el orden vigente, no puede excluir a la seguridad jurídica, y la solidaridad, solo puede darse dentro de la vivencia de la paz.

Toda la figura jurídica, se encuentran insertas dentro de alguna valoración jurídica. La estructura lógica del derecho, no hace más que poner en contacto las distintas valoraciones, estableciendo las conductas deben ser consideradas antijurídicas.

Si no existe la configuración normativa, para un caso particular, nos encontramos en presencia de una seudo laguna. Este es el resultado de una valoración jurídica que, no es recepcionada por el ordenamiento y difiere de la soluciones, propuestas por las normas existentes.

Estas seudo lagunas, permiten el desarrollo de un juego dialéctico, entre los elementos dogmáticos, que permite llegar a la producción de una solución estimativa diferenciada e imprevista (Cossio, 1941: 87).

7. El proceso de valoración

La experiencia jurídica, tiene como elemento primario, la valoración. Toda forma de interpretación se resume en una valoración, estableciendo el sentido de "algo". Por medio de la valoración jurídica, descubrimos y atribuimos una significación a las conductas, porque no se puede valorar si se prescindiera de los hechos donde se arraigan. Esta, no es una actividad en el vacío, sino la búsqueda de sentido de ciertas realidades de conducta. (Cossio, 1948: 75)

El logro de una eficiente valoración, implica que se problematice la conducta en el plano axiológico, hasta encontrar la razón de ser de la acción. En la observación de estos hechos favorables o desfavorables, deben tenerse en cuenta su común naturaleza jurídica, para poderla confrontar con la norma jurídica que la regula.

El sentido de la conducta, tiene que ser recreada por el propio operador jurídico que se encuentra obligado a interpretarla. Solo, cuando es posible establecer que la norma coincide con la vivencia, podemos afirmar que la norma integra el sentido que se le atribuye a la conducta, lográndose de este modo el conocimiento jurídico. Este conocimiento mediante la norma, ocurre sólo cuando el sentido, coinciden con la vivencia o el fenómeno real de la conducta (Cossio, 1987: 109).

8. Pensar otras formas de interpretación de la ley

Dentro del voluntarismo estructurado la teoría egológica, nos habla de otro camino interpretativo diferente, en procura de una solución con visos de corrección.

Parte por considerar ontológicamente al derecho como un objeto cultural (3), cuyo método de análisis es el *empírico dialéctico* (Cossio, 1940: 29).

El método, comienza con la observación empírica del aspecto material del fenómeno jurídico, que no es otro que, la *conducta intersubjetiva* (substrato de nuestro conocimiento). La faz *dialéctica* del método, implica establecer una relación entre el substrato y el *sentido*. Quien interpreta debe distinguir entre lo que el texto normativo dice, de aquello que expresa y que llamamos significación (4).

La intención también es lograr un punto de vista suficientemente válido como para que otros, que se coloquen en el mismo lugar, puedan tener cierta coincidencia con el nuestro. Esto supone alcanzar un criterio intersubjetivo, que es propio de la estimativa jurídica y que se experimenta cuando el juez produce una sentencia, que está en consonancia con el resto de la jurisprudencia (5).

(3) Si bien Cossio explica que los objetos culturales poseen un substrato natural e incorporan un sentido distinto, que es otorgado por el hombre cuando lo convierte en una creación cultural.

(4) Para Dilthey la interpretación es parte del acto gnoseológico de comprender, por lo que solo puedo interpretar en la medida que he comprendido. Proceso que implica partir de la manifestación de los signos sensibles hacia su significación (Ricoeur, 2001: 132)

(5) Cossio entiende que los sistemas interpretativos son derecho positivo, en la medida que las normas determinan la conducta del juez (El substrato filosófico de los métodos interpretativos. Santa Fe. Universidad del Litoral. 1940. Pág. 34).

Cuando se interpreta se conjugan dos elementos que se coimplican entre sí como son el *texto normativo* y su *significación*. El primero tiene que ver con “*lo expuesto*” y que se convertirá en nuestro objeto de análisis. El segundo elemento que se relaciona con “*lo expresado*” por el propio texto. Sin embargo, no podemos dejar de tener que confrontar estos dos elementos con un tercero, la *conducta en interferencia intersubjetiva*. En tanto que la norma entre en una *relación dialéctica*, con la conducta permitiéndonos categorizarla y darle un sentido.

Para la teoría egológica, la ley como objeto mundanal, solo es un texto, construido en base a una fórmula gramatical del cual debemos extraer el sentido lógico de los conceptos normativos.

La valoración, que estuvo originariamente en los legisladores, se reactualiza en la actividad que el juez debe desarrollar cotidianamente cuando interpreta la ley para aplicarla. Si bien, el juez debe, sentenciar siempre, debe sentenciar de acuerdo a lo que dicen las leyes (Cossio, 1941: 110).

Pensar la norma es tener conciencia el concepto normativo, sin prescindir de la intuición del objeto representado (la conducta). La norma, solo es una representación conceptual de la conducta. No determina, ni constituye a la conducta, porque ella surge como producto de la libertad individual. La norma tiene el uso instrumental por ser ella la expresión verbal de alguna posibilidad valiosa.

La dogmática jurídica, ha utilizado como método interpretativo por excelencia, la gramática y la exégesis, sin embargo, ellas no son aptas para descubrir la racionalidad subyacente de la conducta, para poder realizar una valoración jurídica de la esta. Esto es lo que distingue la dogmática jurídica de la dogmática teleológica propuesta por Cossio.

La doctrina tradicional ha visto en el acto de sentenciar solo una subsunción lógica y nada más. Cuando el juez se pregunta en cada caso, si con su sentencia se realiza el orden que “quiere” la ley.

Un caso no es jurídicamente inteligible sin la norma correspondiente, de modo que la circunstancia de hecho, no tendrá que ser nunca una figura que quede fuera de la normativa diseñada en la ley, sino que a lo sumo, aparecerá como una circunstancia no enunciada por la ley pero dentro de la universalidad lógica del género por ésta enunciado sin distinciones. (Cossio, 1969: 138)

La teoría egológica afirma que no se interpreta la ley, sino que lo que se interpreta es siempre la conducta mediante la ley. Es que, la “causa” de un acto jurídico, no corresponde a un objeto independiente, es la forma sensible de la configuración de algo; y este algo es la conducta del sujeto actuante en cuestión. (Cossio, 1969: 142).

Las enunciaciones dogmáticas que da una ley y que constituyen su contenido contingente, hacen mención a las circunstancias de casos. En la realidad se presentan una totalidad de circunstancias de hecho, sin embargo en la ley solamente algunas de éstas están enunciadas, por su valor genérico y tipificador. Esto explica que la valoración jurídica, buscando de dar la comprensión del caso, tenga que valorar la imputación legal en el mismo acto en que se escoge una determinada circunstancia. Cuando dicha circunstancia elegida, nos lleva a la comprensión del caso y es una de las que están mencionadas en la ley, hablaremos de la aplicación lisa y llana de la ley.

No obstante, puede suceder que en el texto de la ley no esté mencionada la especie que contenga la circunstancia dentro del género legal o, al revés, que únicamente el texto legal haga referencia a otra circunstancia. En este caso, debe tenerse en cuenta que la ley en cuanto, estructura conceptual dada de antemano, restringe su fuerza normativa para ciertos hechos. Por este motivo, es posible afirmar que la ley tiene un insustituible papel de certidumbre, para garantizarnos seguridad jurídica (Cossio, 1969: 146).

9. La posibilidad de una visión integral

Si bien ambas perspectivas parecen ser contrapuestas, es posible pensar en un camino de integración de estas dos propuestas. Basta recordar la reflexión jusfilosófica desarrollada por Juan Carlos Smith, sobre el aspecto ontológico del derecho, para comprender que el fenómeno jurídico está constituido por una compleja unidad dialéctica de norma y conductas (Smith, 1999: 334). Bien sabemos

que las normas siempre se encuentran referidas a conductas y que son las conductas normadas las que le interesan al jurista.

A diferencia de la posición sostenida por la teoría egológica, entendemos que la aplicación de la norma implica una interpretación de la misma. En tanto que, resulta necesario para su aplicación, un proceso de intelección, para llegar a una comprensión acabada del texto normativo. Sostener lo contrario, sería pensar que el lenguaje jurídico no entraña dificultades sintácticas y semánticas. Es más, muchas veces los textos legales provocan que nos tengamos que enfrentar a problemas axiológicos, por la textura lingüística que se ha utilizado.

Por otro lado, también pensamos que la teoría pura, no acepta la perspectiva existencialista que se debe tener en cuenta, para analizar el fenómeno jurídico en profundidad. En este sentido, creemos que el análisis de la conducta, es la causa que dinamiza la actividad interpretativa. El objeto concreto, sobre el cual se detiene el operador jurídico, no es otro que la conducta en interferencia intersubjetiva, con la finalidad de establecer su sentido. Para lo cual, resulta indispensable un análisis axiológico. Porque los valores dan fundamento a la resolución que se pretende establecer como solución de una controversia jurídica.

10. Una visión no positivista

Para Robert Alexy la conceptualización del derecho se relaciona con sus tres elementos distintivos: la legalidad, la eficacia y la corrección.

Seguramente el positivismo jurídico coincide con las dos primeras características enunciadas, mientras que podría discrepar con la tercera de ellas. Esto es lo que motiva que Alexy denomine a su visión del derecho como *no positivista*, en tanto que considera una vinculación necesaria entre los ámbitos de la moral y el derecho.

La validez le otorga a la norma un contexto institucional particular, porque implica que el órgano de creación se encargue de su sanción y promulgación.

El órgano de aplicación, realiza un conjunto de procedimientos (acciones basadas en reglas), con la finalidad de crear normas particulares. En este sentido, ambos tipos de normas jurídicas (generales y particulares) absorben determinados principios morales, que reconocemos como ideales jurídicos, y sobre los que se puede visualizar la idea de corrección como finalidad de todo procedimiento. No sería lógico pensar que un sistema jurídico se construya allende de una pretensión de corrección. El participante del derecho, sabe que las normas, como las decisiones judiciales aisladas, se formulan bajo esta pretensión. Por eso, se puede afirmar que cuando un sistema jurídico expone esta pretensión de corrección, pero no la satisface, se encuentra en una situación deficiente (Alexy, 2008: 31-41).

11. Las decisiones correctas

En materia interpretativa la teoría de la única decisión correcta, fue desarrollada tanto por Ronald Dworkin como por Carlos Cossio, desde posiciones intelectuales muy diferentes. Para Dworkin, la decisión del juez, incluso en los casos difíciles, se encuentra completamente determinada por las normas jurídicas. No solo cuenta con la ayuda de las reglas individuales, sino también con la totalidad de las normas y con los principios del derecho (Dworkin, 1997: 173-176). De este modo la decisión se encuentran bajo los estándares jurídicos. Si bien, se pueden producir decisiones encontradas, estas dependen exclusivamente de un déficit de conocimiento del verdadero derecho.

Cossio, sostiene que la decisión judicial no puede alterar el contenido de la ley. Entendiendo que la esfera de corrección es un pequeño círculo dentro de la esfera de legitimidad. La elección correcta depende de la valoración jurídica de la conducta (substrato interpretativo), que se conforma como una realidad subjetiva en la conciencia del juez y que encuentra en la norma su sentido jurídico objetivo, en la medida que la ley es una forma de valoración de conducta y no puede dejar de serlo de ninguna manera (Cossio, 1941: 118).

Si bien, la idea de una única decisión correcta, presupone que todos los prejuicios y principios jurídicos controversiales, se logran convertir en una totalidad equilibrada, presenta ciertas dificultades cuando se intenta fundamentarla (Neumann, 2006: 55). Esto no significa que la idea de la única decisión debe ser borrada de la teoría jurídica, porque tiene que ver con la perspectiva del juez, como encargado de buscar criterios de corrección. Por eso sostenemos, que el discernimiento jurídico debe ser suficientemente sustentado, en base a otras decisiones diferentes. De modo que la orientación jurisdiccional hacia otros tribunales, resulta ser siempre significativa, sobre todo cuando decisiones contradictorias suponen la falsedad de alguna de ellas. La necesidad de armonizar sentencias sustentables, implica un proceso de decisión, que lleva al juez a tomar en cuenta las distintas líneas jurisprudenciales, teniendo por finalidad de alcanzar una única decisión. En consecuencia, la corrección depende de los argumentos que fundamenten la sentencia.

No menor es el rol que debe tener la ciencia del derecho en la acción judicial, acompañando y dilucidando los criterios de sustentación de las sentencias desde un aspecto teórico jurídico.

12. La construcción de la decisión judicial

La legitimación de la decisión judicial de la que nos habla Cossio, se logra en primer lugar con la concordancia, de la decisión con el orden jurídico, que la sentencia en su desarrollo teórico debe justificar ampliamente. Esto supone entender que la norma como acto objetivante, atribuye cierta significación a la conducta, categorizándola axiológicamente. Esta relación de la norma con el valor, permite comprender que la norma no es un juicio de valor, sin embargo, lo presupone y le sirve de base (Laclau, 1999: 155).

La búsqueda de una respuesta correcta, depende de la posibilidad de atribuir objetividad a las proposiciones que surgen de la interpretación. Cuando nos preguntamos por las normas, estamos poniendo en tela de juicio su inteligibilidad y comprensión. Sabemos que las normas como expresión del pensamiento, inciden sobre el actuar del hombre. Al preguntamos por las normas, estamos poniendo en tela de juicio su inteligibilidad y comprensión.

La sentencia, en tanto discurso jurídico, es un desarrollo conceptual, que toma como objeto de análisis a la conducta categorizada normativamente. Este discurso, posee gravitación social y repercute en la vida individual, produciendo una relación esencial entre hechos y las imputaciones jurídicas (Cueto Rúa, 1994: 131).

Siguiendo el pensamiento de Habermas, podemos afirmar que la sentencia, como parte de la acción discursiva, es un proceso racional que implica la intersubjetividad de la razón comunicativa, que solo encuentra legitimidad en el entendimiento social (Quintana, 2007: 165).

La decisión del juez, sobre un hecho en particular, se conforma como una parte significativa del fenómeno jurídico. Decidir implica actuar en el campo de lo posible, conjugando imaginación y conocimiento. El derecho como expresión de una conciencia simbólica, configura un ámbito propicio para la acción comunicativa, que encuentra en el lenguaje el único canal de expresión. Este lenguaje, es el que nos abre al mundo de la vida y nos proporciona objetividad, sobre la base de una intersubjetividad compartida (Habermas, 2002: 72). Por eso consideramos que la verdad no tiene que ver con un atributo ontológico de las cosas, sino con una cualidad de nuestra forma de pensar. En este sentido la verdad se encuentra relacionada con la certeza de saber lo que es lo mejor o lo más adecuado de una pretensión (Savater, 2004: 109). Por lo tanto, la sentencia tiene todas las posibilidades para alcanzar el mayor grado de objetividad, que solo puede ser medido desde la situación en particular. En tanto que el fallo judicial responde a cuestiones determinadas, su desarrollo debe justificar la elección realizada, como parte de un proceso discursivo en el cual los argumentos fundamentan y legitiman la resolución.

13. Consenso y prejuicio

Kelsen señala que el derecho es una técnica de motivación social, mediante el cual determinados contenidos normativos provocan conductas deseables. Estas normas responden a ciertas circuns-

tancias y concepciones históricas del grupo dominante, por eso el derecho siempre resulta ser un fenómeno sociocultural.

El ordenamiento jurídico, se encuentra sujeto a la esfera estimativa, porque los intereses, aspiraciones y finalidades, fundamentan la estructuración normativa de las instituciones jurídicas (Méndez de Smith, 1982: 139). Esta base axiológica encuentra en la actividad interpretativa un desarrollo lógico, que proyecta un tipo de pensamiento sobre la vida social.

Las valoraciones suponen la existencia de un bien, como por ejemplo, cuando se considera a la democracia como algo bueno. Por eso afirmamos que las valoraciones sólo pueden ser objetivamente válidas en un sentido relativo, porque dependen de la duración o vigencia; que se mantengan por un determinado período de tiempo y resulten compartidas por un grupo de personas (von Wright, 2007: 111).

La justificación de una norma o su aplicación, requiere necesariamente de una justificación, eminentemente de carácter teleológico, por lo que resulta importante el reconocimiento de los valores en juego en la toma de decisiones.

Resulta lógico pensar que las decisiones tienen que ver con un conjunto de valores y valoraciones en juego, que son tenidos en cuenta según un determinado contexto histórico. Para Gadamer, la objetividad de los deberes, implica pensar en la legalidad de las normas, porque el *ethos* no sólo es un ámbito del deber ser sino, que se construye en base a la vivencia social dominante. En consecuencia, el *logos* no se encuentra separado del *ethos*, porque se requiere de una conciencia reflexiva que lo piense. Si bien, la relatividad del *ethos* pertenece a la esencia del hombre y que Kant vislumbro desde su formalismo ético.

Gadamer entiende que la subsunción realizada por el juez, es un modo de universalismo ético. En esto consiste el verdadero logro del jurista, en encontrar el párrafo preciso bajo el cual se puede subsumir el caso, de modo que comparativamente se produzca un juicio justo. Es necesario considerar la situación particular (*situacionismo*), a fin de evaluar cual debe ser la decisión más justa, según las posibles justicias, teniendo en cuenta que lo justo es algo relativo y que solo podemos tener una *aproximación*. La codificación, no obstante, señala un marco de posibilidades dentro del cual se tiene que buscar la respuesta. La decisión judicial, por lo tanto, implica una ejecución situacional, en el que se encuentra definido el contenido del deber al que las partes se encuentran sometidas (Maliandi, 2007: 271).

Para el filósofo alemán, la interpretación no implica reconstrucción sino producción ya que la distancia temporal impide la equiparación del interés con el autor. El sentido del texto, es pasible de diversidad comprensiva, por encontrarse subordinado a cada intérprete. En este sentido la historia y la tradición determinan la comprensión, porque no somos parte de la historia, sino que pertenecemos a ella. La tradición actúa en nosotros y nos encontramos siempre inmersos en ella. Ambos aspectos determinan, lo que Gadamer denomina, *conciencia histórica efectual*.

La conciencia está definida por un acontecer real que la deja en libertad frente al pasado y nos fuerza a asumir su verdad (Gadamer, 2006:141). El horizonte del presente está en un proceso de formación en la medida en que estamos obligados a poner a prueba constantemente todos nuestros prejuicios. El intérprete y el texto tienen su propio horizonte y la comprensión supone una fusión de estos horizontes. Si se sale de esta vinculación se altera y destruye, del mismo modo, quien sale de la relación vital con la tradición destruye el verdadero sentimiento de ésta, pues la tradición no limita la libertad del conocer sino que la hace posible. La tradición es leguaje, que nos habla por sí misma como lo hace un tú. Esta experiencia del tú constituye pues un auténtico correlato de la experiencia hermenéutica. El texto no nos habla como lo haría un tú, somos nosotros quienes tenemos que hacerlo hablar con nuestra iniciativa en calidad de pregunta, para obtener la respuesta latente en el texto. La latencia de una respuesta implica a su vez que el que pregunta es alcanzado e interpelado por la misma tradición (Gadamer, 2005: 456). Sin embargo, la experiencia hermenéutica no significa el advenimiento a alguna consecución final, sino la necesidad de plantear nuevas preguntas.

14. Importancia de la lógica dialéctica

Desde el punto de vista axiológico, las vivencias quedan representadas en las referencias lingüísticas, al momento de calificarlas como correctas o repudiables. Las acciones humanas resultan axiológicamente estimables según las finalidades propuestas por el derecho. De este modo, la norma jurídica y la conducta humana normada, constituyen el núcleo del conocimiento jurídico.

No obstante, podemos sostener la necesidad de que la dogmática jurídica, sistematice ciertos criterios indispensables para enfrentar los “*hard-cases*” (casos difíciles) en los que el texto ambiguo de la ley producen al menos dos interpretaciones semánticas diferentes y legalmente posibles entre las que el juez debe optar para poder expedirse (Aarnio, 2005: 230).

Resulta importante que las decisiones jurídicas mantengan una relación íntima con los precedentes, para dejar de lado ciertas arbitrariedades. Sin embargo, también debe ser considerada adecuada, según ciertos criterios axiológicos y morales. Porque no basta que la decisión sea aceptable en un sentido formal, sino también en un sentido material, provocando una aceptabilidad social que la legitime. Los jueces siempre han utilizado diferentes métodos para interpretar y aplicar las normas generales. Según las circunstancias históricas ciertos métodos prevalecen sobre otros. El razonamiento judicial, se pone en juego la selección de aquel valor merecedor de reconocimiento judicial. Esto nos lleva a pensar que la interpretación jurídica se revela como un movimiento de síntesis, que comienza con una tarea de clarificación del lenguaje normativo y finaliza con la búsqueda de la corrección del sentido jurídico de la decisión judicial que se produce cuando se valorar el comportamiento humano en virtud de la aplicación potencial o actual de la norma que es objeto de interpretación. Esto implica que mantengamos una posición de integración, que no resulta ser ocasional, sino lógicamente necesaria, en tanto que la interpretación implica un análisis lógico y axiológico de las normas jurídicas.

15. Conclusión

La interpretación es una actividad de suma importancia en el campo jurídico; generalmente se la asocia solamente a la intelección de la ley, pero esto es solo una parte que tiene dentro del mundo jurídico. Esta actividad implica el desarrollo de un proceso hermenéutico, en el cual se intenta “comprender” la norma en toda su extensión. Esto es lo que llamamos interpretación, porque por medio de la comprensión *nos apropiarnos de lo comprendido, comprendiendo*. “*La interpretación se funda existencialmente, en lugar de surgir ésta de ella. La interpretación no es el tomar conocimiento de lo comprendido, sino el desarrollo de las posibilidades proyectadas en el comprender*” (Heidegger M. 1974:166).

La actividad interpretativa, como toda actividad humana, encuentra sus limitaciones en las capacidades desarrolladas por el propio sujeto que interpreta, en tanto que ella depende de concepciones previas. El intérprete, resulta ser un protagonista inescindible de esta actividad, dado que se encuentra totalmente involucrado al poner en juego sus conocimientos, creencias, prejuicios, intereses, condicionando de alguna manera la interpretación (Petzol Pernia, 1997: 1). Por lo tanto, la comprensión depende del sentido que le atribuimos texto, según el armazón formal sobre el cual nos basamos. Esta contextualización es una parte fundamental de la comprensión, porque sirve de referencia estructural. Partimos de una comprensión de nuestra existencia, desde la cual comprendemos lo mundano. Las normas jurídicas, responden a una concepción del mundo, en tanto que resulta ser reglas de acción, que son usadas cuando hay decisiones que tomar y actos que cumplir. No obstante son estas reglas a las que nos dicen lo que se juzgará como deseable. El juez, como intermediario ente el texto y la situación concreta, no puede dejar de tener en cuenta la voluntad del legislador. Entendemos que la actividad interpretativa depende del substrato filosófico desde el cual se parta.

No obstante, descubrimos en el derecho una *ratio juris*, constituida por la unidad sistemática, fundada en una jerarquización de valores determinada por las propias normas. El descubrimiento de estos valores nos permite alcanzar cierta coherencia intrasistemática o la *ratio legis*, que nos permita establecer razonablemente sentidos y finalidades. En consecuencia, la actividad interpretativa no puede dejar de tener en cuenta *lo dialéctico*, de la relación existente entre normas jurídicas y el

comportamiento humano. La incorporación de la idea de corrección implica a su vez, un modelo de discurso coherente, porque no hay posibilidad de corrección discursiva, sin exposición coherente de argumentos racionales.

El caso concreto aporta sus propias *exigencias*, en la medida que la actividad cognitiva del juez se dirige primeramente al hecho particular con la intención de atribuirle un sentido a la conducta individual. Esto implica necesariamente, una valoración de la conducta, teniendo en cuenta el texto normativo que sirve de marco interpretativo y, sobre el cual se justificará la decisión.

Bibliografía

- AARNIO Aulis. "Algunas observaciones sobre la justificación jurídica", EN: Zuleta Puceiro (comp.). Interpretación de la ley. Buenos Aires: La Ley, 2005, 230.
- ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa, 2008.
- COSSIO, Carlos. El substrato filosófico de los métodos interpretativos. Santa Fe: Universidad del Litoral, 1940.
- La valoración jurídica y la ciencia del derecho. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 1941
 - "El principio 'nulla pena sine lege' en la axiología egológica," EN: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1948-12, 75.
 - El derecho en el derecho judicial. 2a. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959
 - La causa y la comprensión del derecho. Buenos Aires. 4a. ed. Buenos Aires: Juárez, 1969.
 - Radiografía de la Teoría Egológica del Derecho. Buenos Aires: Depalma, 1987.
- CUETO RÚA, Julio. Fuentes del derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961.
- DWORKIN, Ronald. "Cómo el derecho se parece a la literatura," EN: La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin. Santa Fe de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997, 173-176.
- GADAMER, Hans G. Verdad y método I - II. 13a. ed. Salamanca: Sígueme, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. Acción comunicativa y razón sin trascendencia. Barcelona: Paidós, 2002.
- HART, Herbert L. A. El concepto del derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- HEIDEGGER, Martin. Ser y tiempo. 5ta. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- HOERSTER, Norberto. En defensa del positivismo jurídico. Barcelona: Gedisa, 2000.
- JABLONER, Clement. "El concepto jurídico de la teoría pura del derecho," EN: Luis Villar Borda (comp.). Hans Kelsen 1881 - 1973. Universidad Externado de Colombia, 2004, 21.
- KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. México: Porrúa, 2009.
- LACLAU, Martín. Conducta, norma y valor: Ideas para una nueva comprensión del derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999
- MALIANDI, Ricardo. "Entrevista a Hans Georg Gadamer: La ética es una aclaración teórica del ethos vigente," EN: Nicolás Zavadvivker (comp.). La ética en la encrucijada. Buenos Aires: Prometeo, 2007, 271.
- MÉNDEZ DE SMITH, Elisa A. Las ideologías y el derecho. Buenos Aires: Astrea, 1982.
- NEUMANN, Ulfried. La pretensión de verdad en el derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006
- PAULSON, Stanley L. Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen. Universidad Externado de Colombia, 2000.

PERELMAN, Chain. *Lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1979.

PETZOLD PERNIA, Hermann. *Breves consideraciones sobre la naturaleza del proceso hermenéutico jurídico*. XVII Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, Buenos Aires, 1997.

QUINTANA, Eduardo Martín. *Filosofía jurídica, política y moral en Jürgen Habermas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007.

RICOEUR, Paul. *Del texto a la acción*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SAVATER, Fernando. *El valor de elegir*. Barcelona: Ariel, 2004.

SMITH, Juan Carlos. *El desarrollo de las concepciones jusfilosóficas*. Buenos Aires: Depalma, 1999.

VON WRIGHT, Georg H. "Valorar (o cómo hablar de lo que se debe callar). Nuevas bases para el emotivismo", EN: Nicolás Zavadvivker (comp.). *La ética en la encrucijada*. Buenos Aires: Prometeo, 2007, 111.

WALTER, Robert. *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

Un relato sobre el patrimonio cultural intangible. La Historia de lo que jamás debería haber sucedido

POR RICARDO PABLO RECA (*)

Sumario: El desenlace. — 1. La obsesión. — 2. La confusión. — 3. La llegada. — 4. La culpa. — 5. El arrepentimiento. — 6. El sosiego. — 7. La espera. — 8. La estación. — 9. La decisión. — 10. Little Bray. — 11. Swift. — 12. El encuentro. — 13. El viaje. — 14. La sorpresa. — 15. La decepción. — 16. La estación. El retorno. — 17. El psiquiatra. — 18. El manuscrito. — 19. El escritor. — 20. La historia. — 21. La apropiación. — 22. La reivindicación. — 23. La identidad. — 24. El actor. — 25. La propuesta. — 26. La tesis. — 27. Las conclusiones. — 28. El debate. — 29. El reinicio.

Resumen: Una historia oral es una narración llamada a difuminarse, a recrear el instante, a desarrollar una trama que la imaginación nos dicta. Por eso, este relato -ya sin el destinatario- comienza en el último capítulo. Ahora, hecho palabra escrita, plasma una crónica tan verosímil como ficcional, sobre la casualidad y el desencuentro. Luego retorna, trasciende y se apropia como un dato vindicativo e identitario. Una mirada sobre el patrimonio cultural intangible y a la vez un interrogante que puede reiniciarse infinitamente.

Palabras claves: una historia oral - un relato sobre el desencuentro - un retorno - una identidad - un debate - un reinicio.

Prólogo

Ruan es una ciudad compacta y alegre, tiene una iglesia que pintó con obsesión Monet y que el Museo de Orsay expone en algunos de sus magníficos momentos.

Allí se inició esta historia oral, porque una danzarina, de casi trece años, la urdió con su mirada despierta y contagiosa.

Entre nosotros, nació el título, los personajes, la trama y los capítulos, secuencias que se fueron desgranando en un juego infinito y ficcional.

Sus ojos, su concentración, los detalles que recordaba; fueron, son, la única razón que justificaba ese mundo mágico, paralelo y atemporal.

Después, en Normandía, en esa casa con tiempo, que tiene una leña apilada para todos los inviernos, seguimos narrando con el pulso de su imaginación.

Fue la última noche, en Sacre Coeur cuando llegamos a la inminencia del final, a un desenlace, que como la vida, deja en el polvo de la palabra, los secretos, la memoria, los abrazos y aún la pasión. En ese instante, las tres hormiguitas se durmieron.

No supe hasta que llegué, que todo se presentaría como una necesidad, un retorno que me permitiría seguir estando allá, como una forma que nos prolonga en los otros.

Quizás la vida, sea sólo un relato, como el que ahora entrego.

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Público Provincial y Municipal, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP

EL DESENLACE

1. La obsesión

Ethel corrió desesperadamente; como una brisa invernal sus pasos se agitaban al compás de su incontrolable angustia.

Atrás, Darwin la llamaba con insistencia, sus brazos se extendían como las aspas de un molino y sus gritos hacían eco en ese atardecer solitario.

Podía una confusión generar tanto abismo?...

Por su cabeza pasaban las imágenes que reconstruían su historia de amor. Se acordó cuando se miraron con Peter en ese día lluvioso reconociéndose fugazmente de un auto al otro; cuando lo vio entrar en la cafetería y casi se rozan en su salida; cuando coincidieron en ese campamento de expertos que estudiaban con pasión las huellas que las rocas nos dejan como testigos mudos de otros tiempos. Todo se agolpaba en su mente con frenesí, todas esas imágenes parecían hablar de una longeva historia y sin embargo era un puro y reciente presente.

Cuanto tiempo había pasado desde que decidieron ir a Ottawa?...

Acaso un mes? o una suma de días que en su febril intensidad parecían años o décadas?

Sus pasos se apresuraban como una estampida, el cuerpo cansado a punto de caer o desmayarse; no atinaba a nada: ni a pedir auxilio, ni a parar un coche, ni siquiera a buscar la carretera.

Parecía que no tenía destino esa travesía, que solamente la guiaba un impulso que nacía de su apretujado corazón. Cuánto faltaba para su casa? 10, 15, 20 cuadras? Cuánto tiempo había demorado en su visita anterior?, Iba en dirección correcta?, o acaso giraba sin rumbo como los cachorros perdidos de una manada?

...

Los gritos de Darwin parecían escribir en el aire una desesperada invocación, todo era como un relámpago, como una exhalación, como si su vida dependiera de ese encuentro y cayera sobre ella una extraña y enfermiza responsabilidad.

Por qué? Por qué? Por qué? Se decía entre lágrimas en medio de su desconcierto.

Puede el amor de otro generarnos culpa?

Podría ella haber evitado esa casualidad?

Acaso uno contribuye sin saberlo, a desatar una incontrolable pasión?

Ethel de alguna manera ya empezaba a estar sola...

Sobre sus pasos un enloquecido Darwin la llamaba, mientras en su casa Peter adelgazaba y se consumía en una inexplicable fatiga.

Por momentos, lo único que quería era seguir huyendo, correr, correr y encontrarse a sí misma, recuperar la frescura e inocencia que parecía estar perdiendo a cada instante.

De repente, ve esas flores violetas y blancas, que surgían con toda lozanía entre ese manto de nieve que cubría el horizonte.

Fue como encontrar una postal familiar, un dato que la abrazaba en el medio de tanta desesperación y que en sus rebosantes pétalos le anunciaban una inminente cercanía.

...

En ese momento, quizás por distraerse o por emocionarse trastabilló en la carrera, su cuerpo se hundió unos centímetros en el frío que todo lo cubría y su rostro demudado quedó de cara al cielo como quien ofrece una plegaria.

La sombra de Darwin la volvió en sí, un largo silencio se interpuso entre ellos, parecía una escena entre la presa y el predador, entre la indefensión y la acechanza.

Él, por fin, habló. No había en sus palabras ni en sus gestos agresividad o violencia; por el contrario, parecía brotar una inesperada ternura que se expresaba en forma de murmullo o de ruego.

Se arrodilló junto a ella, le esparció lentamente la nieve que entumecía sus brazos y le dijo que la amaba, mientras una imperceptible lágrima corría por su mejilla...

Ella no estaba paralizada, ni siquiera -aún después de lo ocurrido- asustada, solamente exhausta; con ese cansancio que se asemeja a la entrega. Por un minuto reconoció en su cara una súbita dulzura, algo que le despertó esa sensación que todos tenemos frente al desamparo o al desasosiego.

Así, adormecida por el frío, agotada por esa vertiginosa carrera, presa de tantas imágenes que la acorralaban sin descanso, se quedó yerma como quien asume un responso o se otorga una tregua, un paréntesis a tanta intensidad.

Él en ese instante apoyó sus labios sobre los de ella, con tanta delicadeza como si fuera el roce fugaz de una mariposa.

Solamente un grito que llegaba desde las alturas del monte sacudió esa forma de somnolencia, ese momento sin voluntad, ese encuentro compulsivo.

-Quién está allí!!!, responden, quién está!!!...

El corazón de Ethel se detuvo, la voz de Peter parecía salir de las entrañas de su desconsuelo; rápidamente levantó su vista sobre el horizonte para reconocer su figura.

Darwin seguía arrodillado, no atinaba a nada, como si hubiera quedado petrificado por ese eco; su mirada perdida caía indiferente y sin destino.

-Ocurre algo?, Ocurre algo? Le pareció escuchar a Ethel.

Como pudo giró sobre sí misma y solamente vislumbró un paraje tan desolador como el blanco uniforme de la nieve que la rodeaba.

2. La confusión

Michael siguió su camino, no alcanzaba a ver desde la montura de su caballo esa figura que llamaba su atención. Acostumbrado a las tareas baqueanas, a las cabalgatas que cada tarde realizaba por los alrededores de su casa, tenía la mirada aguda para detectar la más mínima novedad que la naturaleza le ofrecía en ese paraje tan conocido. Pero la distancia era mucha y la falta de cualquier respuesta o señal lo persuadió de la equivocación.

Pensó que podían ser esos pájaros enormes de alas negras e imponente pecho que sobrevolaban la zona en peregrinaje de otoño, se llamaban *chumacos* y él sabía por narración de sus padres que eran parientes en extinción de los halcones y excepcionalmente recorrían el cielo en un vuelo laborioso y único.

También podían ser esos osos pardos, los *desdentados* que debían su nombre a la conformación de un maxilar compuesto de dientes tan pequeños como imperceptibles, eran herbívoros y no representaban ningún riesgo para la hacienda de terneros azules, que con tanto orgullo criaba Michael como lo hicieron sus generaciones anteriores.

En fin, también podía ser esa ficticia visión que a veces nos sobresalta sin causa ni sentido.

Michael siguió, no había motivos para buscar esas figuras, ni tampoco para retener en su mente algún episodio especial.

...

Ethel paralizada buscaba con insistencia la figura de Peter, quería abrazarlo, quería pedirle perdón, quería sollozar interminablemente en su hombro, quería abrigarlo con sus brazos, quería besarlo con la fuerza de una redención, quería curarlo, suplicarle que se fueran a Swift...

Quería estar en silencio por los próximos meses y solamente atenderlo a él, colmar la casa con la frescura que destilan los jazmines, preparar lentamente las comidas más delicadas y exquisitas (en particular ese pan de carne asado que le traía recuerdos de infancia, cuando su madre con tanto esmero, rebozaba lentamente su cocción con echalote y ciruelas acarameladas), quería leerle las novelas más fantásticas, los cuentos de amor más profundos y arrojarse con esa música folk que en su cadente melodía apaciguaba espíritus y emociones.

Lo buscaba con la vista y no lo encontraba, levantó sus brazos y tampoco nadie le respondía; por fin gritó su nombre con toda su alma y el eco de su propia voz le pareció una burla.

...

Darwin seguía ausente, mustio, desprovisto de esa profunda mirada que cayó sobre ella el primer día que se presentaron.

Ethel, sintió en su pecho el abandono, no podía dejar de pensar que Peter ofendido y alucinado por su estado, había visto las huellas de ese momento, de aquello que jamás debería haber sucedido.

Turbada, confusa, herida, siguió caminando lentamente...

Como le explicaría a Peter lo sucedido?

Que palabras podría utilizar, para que reconociera en ellas, el latido de sus sentimientos?

Puede justificarse la ofensa?

Puede excusarse la evidencia?

Era ella la culpable? Se repetía con callada indignación.

Dónde había marchado Peter?

Cuál sería su ofuscada carrera?

Si ella huyera -pensó-, podría contribuir a que algún día los dos hermanos entendieran esa confusa trama que parecía salir de las páginas de una irrisoria novela; o por el contrario -dudaba-, su partida permitiría silenciar todo lo ocurrido?

Qué hacer? Qué decir? Como se actúa cuando lo único que deseamos es llorar.

3. La llegada

Sus pasos se acercaban a la casa, podía divisar a lo lejos, las formas que el humo dibujaba, al exhalar el crepitar del quebracho en la chimenea principal.

Ve la voluptuosidad de una nube grisácea que todo lo empaña, le parece ver la figura de un hombre languideciendo, por momentos, ve suspiros de aliento en esa densidad desfalleciente...

Ya no corre, camina desganada, exhausta, perdida; muy lentamente piensa que no tiene nada que decir o mejor dicho no piensa, simplemente no tiene nada que decir.

Nadie sale a la puerta, nadie atisba su llegada, no hay la más mínima señal de esa vigorosa voz que la reclamaba hace un momento. Por un instante una inquietante idea la sacudió, un frío la estremeció completamente y la paralizó como si se hubiera quedado sin alma, una impresión se presentó ante ella con la fuerza de un presagio. Habría Peter terminado con sus días? La fiebre se habría adueñado de su vida? Acaso el desengaño es una forma de ausencia?...

...

Ethel gritó desde la entrada, un alarido desgarrador paralizó el paisaje con esa fuerza renovada que da el impulso, luego abrió la puerta preparada para todo.

Su mirada ansiosa auscultó los primeros metros, como quien releva la escena de una tragedia. Nada había frente a sus ojos, todo era de una apacible normalidad. Esos viejos sillones Chesterfield seguían haciendo la misma cuadratura alrededor de una mesa ovalada, había también revistas de paisajes y un delicado florero, que todavía conservaba el aroma de ese manojito de lavandas, que ella había recogido esa mañana para alegrar el ambiente.

Desorientada, expectante, fue palpando las paredes como lo hace un ciego frente a la oscuridad; su voz, ahora apaciguada como sus pasos, lo reclamó nuevamente.

4. La culpa

Peter apareció con el rostro afable, pues bastante recuperado, había estado preparando un pastel de frutos rojos para sorprenderla.

Ethel se abalanzó sobre él, con esa ajenidad corporal que suele adueñarse de aquéllos que se sienten inmerecidos, mientras tartamudeaba explicaciones y comentarios inentendibles quebrada en sollozos.

Estaba claro que Peter se estaba restableciendo de una manera vívida; el tono rojizo de su mejillas, una mirada límpida, ese mechón de pelo que caía vigoroso sobre su frente, la postura de sus hombros y sobre todo, una fuerza repentina que emanaba de sus brazos al sostenerla.

Ethel sonríe de una forma inesperada, rompe en otro sollozo que parece una carcajada. Se aleja, se recompone, constata con alivio la salud de Peter; pero al hacerlo, no le queda ya ninguna duda de que quien la reclamaba, era ese hombre sano y fuerte que tenía frente a ella. Como una paradoja, como el anverso de una misma emoción, en la sanidad de Peter estaba la certeza de que había sido él, solamente él, el que había visto ese momento que tanto la atormentaba.

...

La contención de Peter, su paz, su cariño, le pareció el más terrible de sus rigores.

En ese estado de desconcierto y culpa, como una ironía, pensó en Darwin; estaría por llegar? La sola idea de que se aproximara le aceleró los tiempos de una resolución que la acompañaba como una sombra. Lo imaginaba abriendo la puerta y reclamando lo que ella no podría explicar. Dónde estaba? Acaso todavía arrodillado o quizás en una inminencia que sospechaba próxima y devastadora...

No había tiempo. Se abalanzó sobre Peter y le suplicó con una voz que le salía del estómago, vamos a Swiff, por favor, vamos a Swiff, te lo ruego...

Peter la miraba con incredulidad, no entendía, no llegaba a entender ese abrupto cambio, que solamente parecía brotar de un estado incomprensible.

La rodeó por los hombros y con ternura acarició su pelo y su cuello, como el dueño que calma a su fiera en un momento de arrebato.

Ethel volvió a irrumpir en un llanto interminable, a jugar sus últimas cartas, a intentar rescatar su profundo amor de un cercano e inevitable naufragio.

Con toda decisión exclamó:

-Estoy confundida!, estoy confundida!, por favor necesito que me acompañes, que empecemos una nueva vida...

Mientras pronunciaba estas palabras, se daba vuelta lentamente hacia la amplia ventana que estaba a su espalda, pendiente de un desenlace que presumía cercano.

Peter se sintió desbordado por esa situación absurda, por esa fuerza huracanada que deslizaba planteos de enigmática razón; la entrega dio paso a la resistencia.

Se alejó de ella, apartó la mano de su cuello en una forma decidida y clavando con desilusión su mirada soltó:

- Qué te ocurre?, qué pasa? Basta ya!.

El ambiente se tornó en una tensión irrespirable, el silencio los apartó abismalmente en una mueca de sí mismos.

Ella en un acto reflejo empezó a buscar su valija y algunas pertenencias, caminaba como poseída, mientras recogía los más insólitos objetos. No había tiempo y toda la comprensión de Peter se le presentaba como si fuera pura conmiseración, como quien perdona a quien no se perdonó.

..

En un último intento lo tomó del brazo, en un lenguaje mudo lo tumbó con tanta fuerza, que así arrodillados frente a un escenario descompuesto, lo abrazó mientras le rogaba:

-Por favor, por favor, por favor!!! Vayámonos!!...

Peter la apartó con firmeza, toda su ternura inicial se quebró; de repente pronunció lo que no quería, lo que no deseaba, como esas vueltas que esgrime la palabra para hablar de lo mismo:

-No te entiendo, no puedo entender que te pasa!!... Hací lo que quieras, lo que necesites!!.

Naturalmente, una expresión de las tantas que suelen sucederse frente a una situación insólita e incontrolable, pero en Ethel retumbaron con la fuerza de una decisión. Pensó que en esa exclamación, residía finalmente el despecho de un amor que se creía engañado.

Tomó su abrigo, un gorro grisáceo que la acompañaba desde siempre y un bolso que solamente cargaba dos o tres cosas que arrebató de su lado con total indiferencia. Abrió la puerta y salió sin saber a donde...

5. El arrepentimiento

Darwin había quedado petrificado, arrodillado, con su mirada perdida en el infinito, sin atinar a nada.

Pocos y eternos minutos quedó así, en una posición que parecía una actitud casi mística como quien espera o recibe un mensaje.

Agotado, con gran desgano se levantó, sacudió su ropa y su rostro de la escarcha que lo envolvía, frotó sus manos con energía que en su color violáceo daban los primeros signos de hipotermia, apretó sus tobillos con una bufanda para lograr restablecer una circulación adormecida y caminó lentamente rumbo a su casa.

Mientras andaba, comenzó a despabilarse.

Se quedó atónito, no se explicaba por qué había actuado como lo hizo, en nombre de qué desgano se había obsesionado hasta el límite de un delirio inimaginable.

Como si todo hubiera sido una imagen extraña, como si su comportamiento hubiera surgido de un reclamo atávico, se daba cuenta, lentamente, de tanta locura.

-Qué hice? Se preguntaba a sí mismo, que pasó? cavilaba en voz baja...

..

Siempre había sido callado, tímido, introspectivo; su vida había pasado entre la algarabía emprendedora de Peter y la imperturbable responsabilidad de Michael, no había otro espacio para él –o así él lo sentía- que esa forma de acompañamiento tácito que caracterizaba su entrega.

Acaso había querido llamar la atención, ser por un momento protagonista, perturbar la felicidad de Peter, o quizás, de alguna manera, reclamarle que no había otro espacio que estar los tres juntos para siempre.

El remordimiento lo agobiaba, su propia estatura le pareció súbitamente miserable.

Sin duda, Ethel había despertado en él una sensación única e irrepetible, pero ahora -por primera vez-, tomaba conciencia de las otras causas que también confluían en esa obsesión.

Cuanto daño había hecho? Cuanta infelicidad podría haber causado en ese impulso posesivo?

Respiró profundamente, de rebato las lágrimas empezaron a correr por todo su rostro y cayeron como gotas de deshielo, una tras otra, sobre su campera de cazador.

Nunca diría nada, guardaría su incomprensible actitud en el más recóndito de los olvidos, tomaría una prudencial distancia, no pasaría por la casa en los próximos meses y luego acompañaría la felicidad de su hermano con los gestos más nobles y desinteresados que un hombre puede ofrecer...

6. El sosiego

Ethel se refugió en la casa de sus padres y pasó los primeros meses sin poder emitir una palabra: su madre con empeño encaminó la solicitud de su licencia, convocó a los mejores médicos para su atención, pero con instinto único percibió que una corrosiva culpa la desgajaba.

Todo fue cuidados y la serenidad de su casa, poco a poco, la fue sosegando de ese dolor insoportable.

Por esos días y sacando fuerzas de donde no tenía, le había escrito dos cartas a Peter; la primera, corta, para pedirle que la comprendiera, para suplicarle que nunca la dejara de amar como ella hacía con él... no recibió respuesta. La segunda, fue un tiempo más tarde, allí con todas sus energías, le contó en una larguísima carta, casi todos los hechos; evitó detalles que pudieran lesionar innecesariamente la sensibilidad de Peter y también aquéllos que pudieran perturbar definitivamente la relación con su hermano. Se despedía con el ferviente anhelo de un próximo reencuentro. Tampoco recibió respuesta.

El tiempo fue haciendo lo suyo. Cuando lentamente se recompuso se dedicó al cuidado de sus padres, tomó unas horas de cátedra en una escuela cercana y pidió tareas pasivas en el laboratorio de la Universidad, con el fin de abocarse a la clasificación y tipología de los distintos hallazgos que con minuciosidad catalogaba.

No quería volver al campamento, porque la pasión que tenía por las tareas de campo, la asociaba inevitablemente con esa otra pasión que ensombrecía su vida...

7. La espera

Ese día, cuando Ethel se fue, Peter se quedó esperando su regreso, con esa natural ansiedad de quien asume una discusión pasajera cuya gravedad relativiza. Pasó dos, tres, cuatro horas mirando por la ventana, asomándose a la puerta, también había intentado en dos oportunidades, salir en su búsqueda por ese camino angosto que conducía al poblado.

En un primer momento, no lo había hecho porque todavía estaba preso de su indignación. No había sido él -pensaba- quién inició el episodio, por el contrario en todo momento esa absurda discusión lo dejó desconcertado y atónito. En eso consumió un largo rato -una hora o quizás más- cavilando, reconstruyendo cada instante, ponderando las distintas actitudes, gestos y señales y en especial las extrañas razones que pudieran haberlas motivado.

Estaba totalmente abatido, mucho le había costado restablecerse y no podía comprender las causas de tanta desconsideración; por cierto, mucho menos, esa actitud final que parecía reflejar un rechazo que no lograba interpretar de ninguna manera.

Cuando ese primer momento pasó, el silencio lo empezó a inquietar como si toda la ausencia que lo rodeaba patentizara su orfandad. Reaccionó, comenzó a dar pasos a grandes zancadas, iba y volvía en círculos, sin atinar a otra cosa que no fuera esa constante vigilia.

Por fin, decidió ir a buscarla, pero lo detuvo la idea de que su partida pudiera profundizar el desencuentro.

Así, casi sin poder hacer nada, se quedó un largo tiempo; parecía ese hombre languideciendo que el humo de la chimenea principal dibujara en el aire unos minutos antes.

..

Al anochecer constató su extraordinaria soledad. Todo había enmudecido, añoró aún la discusión, que lo dejaba ahora en un monólogo abúlico e insoportable.

Con el paso cansino, como si hubiera hecho una extraordinaria travesía, fue hasta la cocina y cortó en un acto reflejo, ese pastel de frutos rojos que había preparado para ella; al ver la porción sobre su mano le pareció una ironía, estaba a punto de disfrutar de una sorpresa que no tenía destinatario, ni fecha, ni motivo...

Esa noche, sobre la colorida alfombra que estaba en el living, durmió de a ratos, poco, muy poco, solamente cuando el cansancio lo agotaba cerraba sus ojos con intermitencia.

En esos momentos, soñaba con ella con profunda intensidad, sentía su mano en la suya, las promesas que se hicieron, las miradas tan cerca como quien comparte una intrigante complicidad, la risa que tanto lo contagiaba y esa manera juvenil y decidida que destilaba su femenino carácter. Se despertaba con sobresaltos, como llovido y buscaba de inmediato su figura.

El vacío que parecía inundar todo, lo volvía forzosamente a esa desconsolada realidad.

..

En la madrugada se angustió, le habría pasado algo? Dónde estaba? A dónde había ido? Por qué?

Tomó un abrigo y en ese estado fue camino hacia una guardia cercana de la policía montada, que tenía una modesta delegación en la zona, para cuidar, sobre todo, los recurrentes hurtos de ganado y otras cuestiones rurales. Nada sabían sobre Ethel, nadie la había visto, ni siquiera en esas cabalgatas que se realizaban en ronda dos veces por día, quedaban registros de alguna novedad.

Así también recorrió la iglesia (Alexis, el pastor, era amigo de su padre), el almacén de ramos generales, y otros pocos lugares que constituían la vida de relación de esa pintoresca localidad montañosa. Solamente le quedaba la estación, la había dejado como el último recurso, no imaginaba, no quería saber, que fuera ese, el lugar donde Ethel había consumado su despedida.

8. La estación

La estación de ferrocarril era de un estilo victoriano, con un amplio hall central –que solía servir de lugar de reunión– y solamente dos ventanillas enrejadas que daban hacia el frente; en una se expedían los boletos y en la otra se cargaban las encomiendas.

Se acercó a la primera con todo impulso, una voz nueva lo saludó:

-Buenos días!!

Se quedó mudo, parecía hipnotizado, ausente.

La voz reiteró:

-Señor! Señor!

El no contestaba, se apartó levemente como quien se hubiera confundido de destino, enseguida se acercó titubeando.

El vendedor no comprendía, mientras pensaba con reservas sobre el estado de ese hombre; estaría ebrio?, acaso alucinado?, o quizás tendría otros propósitos?...

Por fin, le dijo con un tono firme y levemente admonitorio:

-Señor que se le ofrece?

El joven no lo conocía, hacía muy poco que cumplía esas funciones en la estación del pueblo y creía estar frente a un forastero perdido y extravagante.

Peter finalmente balbuceó su inquietud, solamente se entendía:

-Se fue?? se fue??

El empleado dio bruscamente por terminado el encuentro:

-Si no se retira, me voy a ver obligado a llamar a la seguridad.

Solamente un hombre tan perdido y angustiado, podía ser un extraño en su propio pueblo, solamente tantas casualidades podían jugar ese tablero errático.

9. La decisión

Peter volvió a la casa, como si la vida se hubiera conjurado contra él, tan ausente y vacío que dudó por un instante si no era parte de una pesadilla. Luego se durmió, así como estaba, hasta el otro día.

Con la misma ropa, con una barba crecida al compás de la desidia, casi sin probar bocado -apenas lo indispensable-, recorría los espacios rastreando una respuesta.

Fueron varios días, los primeros donde el impacto de la partida seguía habitando todos los rincones...

..

Apenas recompuesto, se acercó a la inmobiliaria para pagar el alquiler de los primeros seis meses, argumentando que no quería involuntariamente atrasarse con su obligación, pues cuestiones de trabajo lo tendrían afuera frecuentemente. Dejó también una suma complementaria para los gastos de servicio (cuya gestión cumpliría la misma inmobiliaria) y de una forma como casual, comentó que un colaborador suyo se encargaría de cualquier novedad.

Resguardaba así una expectativa, una posibilidad, una necesidad que anidaba en lo más íntimo de su ser; pero su decisión estaba tomada, no volvería a ese lugar sin Ethel.

Allí se irían agolpando distintos avisos, algún que otro folleto y dos cartas que en su dorso denotaban una letra delicada y pequeña...

10. Little Bray

Little Bray era un pueblo que parecía detenido en el tiempo, de las muchas comunas que a poca distancia, se congregaban a las orillas del río Ottawa y formaban parte de la región homónima.

Había sido fundado a principio del siglo XIX, cuando 14 familias irlandesas se instalaron allí junto a los pocos habitantes que vivían de sus tareas de campo. Entre ellos estaba el bisabuelo de Peter, Jeremy, que trabajaba el hierro, como muy pocos, en artesanías de alta calidad.

Su nombre se debía a la ciudad de Bray, en el condado de Wicklow, al sur de Dublín, en la costa este de Irlanda, de donde habían emigrado por formar parte de un movimiento secesionista, que se oponía a la política del Reino Unido.

Por ese tiempo, habían fundado una iglesia protestante que todavía conserva su impresionante cúpula, como una escena majestuosa que sobresalía sobre el filo de la ruta.

..

La casona de piedra, tenía varias y espaciosas habitaciones en el piso superior, conectadas por un pasillo revestido en una sobria madera que le daba una sensación acogedora como el pasadizo de un tren o quizás de un barco.

El entrepiso, con ventanales amplios y luminosos en todas direcciones, le traía remembranzas juveniles.

En el fondo de un inmenso vergel, un sugerente arroyo marcaba el ritmo de su curso sobre piedras multiformes y a sus costados numerosos rincones dibujaban ese jardín tan callado y atrayente.

Allí había vivido con sus padres y hermanos, hasta pocos años antes.

Gregory y Rose habían emigrado al sur por razones de salud, a la localidad de *Roftock*, donde un clima benigno y unas aguas termales los resguardaban en plenitud.

Cuando partieron dejaron la casa a sus hijos, hasta que Darwin decidió trasladarse a una zona alejada propicia para cultivar los frutos rojos, que era la actividad a la que se dedicaba durante la semana y que ya había ganado un sólido prestigio en su comercialización.

Ahora Peter volvía a vivir a esa casa, que era una de las primeras que se habían construido en las márgenes de ese río caudaloso.

11. Swift

Swift, era una ciudad eminentemente turística muy cercana a las montañas de la Península del Labrador y se caracterizaba por ser una fuerte atracción para los deportes invernales, en especial, por su centro de esquí de los más reconocidos por la calidad de sus torneos.

Una permanente concurrencia se sumaba a los doscientos cincuenta mil habitantes que se sentían orgullosos del trazado limpio de sus calles, de las frondosas plazas y de ese aire puro que les regalaban las laderas cercanas.

La casa de Ethel estaba ligeramente retirada en un barrio donde predominaban los techos a dos aguas de pizarras negras y un verde furioso y cuidado. Era una zona que en su momento había construido el gobierno para los empleados del ferrocarril, que guardaba, desde entonces, una presencia sencilla y luminosa.

Nada había por delante que pudiera alterar ese ritmo cotidiano, que consumía días tras días, la tareas y el empeño de una sociedad ordenada y solidaria.

...

Caroll era una fiel representante de ese estilo de convivencia, pero alimentaba con intimidad su vocación por la pintura y su profundo amor por el jazz.

Había construido en el fondo un pequeño atelier, donde guardaba distintas telas al óleo, un sinnúmero de pinceles e infinidad de colores que le daban al refugio un ambiente cálido y acogedor. Ahí pasaba muchas horas, pero en los últimos meses no podía apartar de su mente la imagen de su única hija, que parecía tan distinta a esa joven emprendedora, locuaz y decidida.

No sólo la entendía desde ese instinto único, sino también, porque guardaba en ella una historia de amor, que a pesar de los años transcurridos, volvía con fuerza en algunos momentos, recordando aquella inexplicable deserción.

Sabía desde entonces, que la duda puede sabotear a la vida, cuando todo se trata de tomar una decisión...

..

Tenía que hacer algo –se repetía-, debía impulsar a su hija a enfrentar aquello que la perseguía como un callado fantasma.

Esa noche, en la mesa familiar, deslizó algunos comentarios con motivo del título de un cuadro que pensaba pintar.

George, su marido la escuchaba con atención intermitente, porque vivía abstraído en sus temas laborales y en su fervor por el ajedrez.

Ethel se prodigaba con dulzura y afecto, pero seguía tan silenciosa como siempre.

Caroll insistió:

- Creo que un título debe reflejar una situación y a la vez presentarse como una conjetura librada a los otros. "*La despedida*" -así había decidido llamar a la obra- puede ser una mano saludando al partir, una figura sola, un paisaje al atardecer, una mirada oblicua y ajena, también una lágrima, o una interminable nostalgia.

En fin -continuó- parece mentira, pero estoy pensando más en el título que en sus muchos e indefinidos contenidos; creo que toda despedida es la expectativa de un reencuentro, una parte nuestra que dejamos ir, un dato inasible que nos conforma para siempre.

Un silencio dubitativo fue la inmediata respuesta, parecía que en el ambiente se hubiese presentado una emoción contenida, como si una melodía sacudiese de su modorra esos sentimientos que los días iban aplacando.

Ethel fue a preparar el té a la cocina, su madre la siguió con sigilo, la tomó por el hombro y se abrazaron como no lo habían hecho en todo ese tiempo de reencuentro.

De repente, le susurró:

- No es a nosotros a los que tenés que cuidar, es a vos misma, uno tiene que intentar saldar todos sus sueños.

Al otro día, Ethel sacó su pasaje para Ottawa.

12. El encuentro

Michael cumplía sus tareas de campo con toda solvencia, su carácter apacible, su rectitud y una forma de nobleza que se expresaba de diversas maneras, le habían granjeado la simpatía y el respeto de toda la comunidad.

Todos los miércoles y sábados concurría a las siete de la tarde a la Iglesia protestante que por tantos motivos le resultaba propia y entrañable; uno de ellos, era esa agrupación que habían formado hace unos años atrás, que se dedicaba a tareas solidarias y al mantenimiento del añejo edificio. La agrupación se llamaba "*Más por los demás*" y la integraban unos veinte jóvenes que organizaban las actividades con renovado espíritu y una fraternidad que se había cimentado con su accionar.

..

Peter había reiniciado las tareas de investigación con una frecuencia menor, por lo que disponía de un tiempo que resultaba indispensable para recuperar una energía que sentía extraviada.

Una tarde Michael le contó exultante el proyecto que los animaba, con detalles le describió la recuperación que harían de una vieja casona donde instalarían el único hogar de ancianos de la zona.

El fervor en el relato lo despabiló, lo estremeció como si fuera un viaje interior, como si reconociera en la vida de otro la ausencia de la suya...

..

Guadalupe era trigueña, alta, con unos ojos oscuros y profundos, y un simpático lunar que la distinguía.

Era una de las más entusiastas en el emprendimiento, incansable trabajadora, comprometida, tenía un carácter amplio que regalaba con una permanente sonrisa.

En sus rasgos y en su temperamento sobresalía ese perfil latino que llamaba la atención, y que debía sin duda a esa bella ciudad de Guadalajara que tenía la música de todos sus ancestros.

Se llevaba muy bien con sus compañeros, pero tenía una singular admiración por Michael y podría decirse que ambos compartían una especie de liderazgo en esa tribu solidaria.

Esa tarde, cuando los presentaron, Peter sintió una inmediata afinidad, una forma de comodidad, como si la conociera de mucho tiempo.

Desde esa empatía que genera, en oportunidades, la vulnerabilidad, fluyó un afecto sincero y desinteresado.

En las charlas fueron descubriendo temas comunes, ella había terminado una reciente relación y con dificultad compartía la tenencia del pequeño Tobías. Él le fue comentando, de a poco, los latidos de su vida (en especial su amor por Ethel), evitando con pudor detalles que dejaba librado a la delicada sensibilidad de Guadalupe.

La palabra fue apaciguando sus historias...

13. El viaje

El viaje era un poco tedioso, porque el tren paraba en las distintas localidades que salpicaban la ruta entre Swift y Ottawa.

Había solo dos frecuencias semanales, por lo tanto los vagones iban completos con comerciantes que llevaban su mercadería, familias que visitaban a sus parientes y trabajadores migrantes que realizaban tareas provisorias en los distintos pueblos de la zona.

Ethel compartía el vagón con un matrimonio y su pequeña hija, la mujer hablaba sin respiro en una lengua que le resultaba más ajena aún que su propia y última vida. El asentía con monosílabos y algunas expresiones gestuales. La chiquita parecía absorta en su mundo y cada tanto sonreía como quien participa de un juego imaginario.

Quedaban varias horas por delante, así que resolvió aplacar su ansiedad caminando por los pasillos, y en dos o tres oportunidades, yendo hasta el servicio de buffet en el primer vagón, que consistía sólo en algunos sándwiches y refrescos.

En esa circunstancia, parada frente a la ventana, fue acompañando el paisaje que se le presentaba frente a sus ojos, con una narración íntima y paralela.

Recordaba su desconuelo aquella noche en la estación, hasta que en la madrugada, presa de su desesperación, tomó el primer tren que pasaba; se le presentó el trasbordo que tuvo que hacer en Batavía, aquella mañana solitaria, en ese pueblo desconocido, donde no hizo más que llorar.

Pensaba en la generosidad de sus padres, en la rutinaria tarea que ahora realizaba en el laboratorio, y al hacerlo la asaltó una inmensa añoranza por sus tareas de campo, por esa ropa de fajina, por esos instrumentos que le permitían descifrar los secretos de la tierra, por el aire que golpeaba su cara en esos lugares áridos, por la fogata al anochecer, por esas carpas que parecían elevaciones de la propia naturaleza.

Pidió un café, así como distraída y pensó, mientras lo saboreaba, en estos seis meses de ausencia.

Por qué se había ido? Por qué no había podido dominar esa angustia incontrolable, que la había dejado tan etérea e impasible como el aire?

Volvió a su vagón con un convencimiento recuperado, con elegancia se acomodó nuevamente en su asiento.

La mujer seguía hablando y apoyaba sus palabras con enfáticos ademanes. Le pareció que nadie la escuchaba y una imperceptible sonrisa la acompañó...

14. La sorpresa

Cerca de las tres de la tarde, el tren detuvo su marcha en la estación de Little Bray. Ella bajó con muy pocos pasajeros más. Estaba nerviosa, anhelante, esperanzada y así, de esa manera, se quedó extasiada unos largos minutos, mirando todos los detalles. No veía la hora de verlo, de llegar a la casa, de comentar con toda firmeza lo que había ocurrido, de alivianarse de ese gratuito peso que la había consumido hasta el desvelo.

Quería disfrutar nuevamente las flores violetas y blancas, tomar posesión de sí misma, luchar y a la vez perdonar, terminar y a la vez empezar.

..

Una algarabía llegaba del hall central de la estación, al costado muchos caballos amarrados, algunos autos y varias camionetas. Era evidente que se estaba conmemorando alguna fecha o un festejo de singular importancia.

Pensaba sobre esto, cuando observó una pancarta que colgaba frente a ella "*Feria anual de los terneros azules*". Mientras esperaba el remis, escuchó una voz que la sobresaltó. Se quedó tiesa, conmovida, tuvo la impresión que toda su vida se presentaba a sus espaldas...

La voz era la misma que escuchó en los altos de la montaña, la misma que la reclamaba, la misma que la había llevado a esa despedida errática y sin destino.

Era inconfundiblemente la voz de Peter, que ahora parecía alborozada reclamando silencio.

Dubitativa, palpitante, sus manos humedecidas, una tensión en todo su cuerpo, siguió la voz como quien realiza un peregrinaje, corrió levemente la puerta de entrada del hall central -que estaba entornada- dispuesta a presentarse frente a esa pequeña multitud, convencida de que nada la detendría esta vez...

15. La decepción

Michael estaba con una camisa a cuadros, una campera de piel de oveja y unos jeans de los que colgaba un cuenta ganados de un marrón habano, estaba exultante pues ese año había sido uno de los mas propicios para la actividad y esa comunidad de amigos que lo rodeaba parecían reconocer en él un inevitable referente.

Ethel se quedó paralizada, atónita, no podía creer que esa voz que seguía haciendo uso de la palabra, no fuera la de Peter. De repente, toda la confusión se rebeló frente a ella, *Peter nunca la había visto y ella había pasado todo este tiempo pensando cómo explicarle lo que él no sabía.*

No podía salir de su estupor, con un repentino aturdimiento se corrió unos centímetros tras la puerta, mientras se recuperaba de un temblor que como un intruso la perturbaba.

..

La voz de Michael llamaba con dificultad al orden, en esa sobremesa festiva donde las anécdotas y las bromas parecían imperar.

De repente alertó:

- No hay que exagerar más, se trata de que cada uno de nosotros comentemos nuestra mejor experiencia, pero ni el vino, ni este encuentro tienen que llevar a desvirtuar el episodio.

En definitiva -continuó- nos hemos propuesto premiar el mejor relato sobre aquello que hayamos vivido, no sobre lo que nuestra fantasía hace con ellos.

Y después señaló:

- El día de San Patricio, creí ver unos osos desdentados o quizás esos pájaros chumacos que, como sabemos, están en extinción... Hubiera jurado haber visto tantas cosas, pero al fin me di cuenta, que

el cansancio y soledad de nuestra tarea y este abismo que nos rodea gran parte del año, exacerba nuestra imaginación.

Luego de un breve silencio, concluyó:

- Por lo tanto, propongo que a partir de hoy, otorguemos el premio a la mejor ficción.

Todos hicieron un brindis, a los gritos aplaudieron al narrador, en una muestra de afecto interminable.

..

Ethel estupefacta escuchó el relato, se percató de que ella había oído la voz -la de Michael finalmente-, *pero que nadie la había visto, aquella tarde del 17 de marzo.*

Aturdida, al retirarse observó distraídamente la concurrencia por el ángulo que le dejaba la puerta entre abierta.

Su corazón se paralizó al ver a Peter, le pareció que en medio de tanta agonía un palpito los reencontraba.

Se quedó observando fija, inerte, conmovida.

Sin querer, reconoce a su lado una morena alta, espigada, con un simpático lunar que la distinguía y unos hoyuelos que iluminaban su cara cuando le sonreía. La decepción la agotó.

Era indudable que ella no tenía nada que hacer ahí...

16. La estación

Desolada, perpleja, se acercó a la primera ventanilla con todo impulso, una voz nueva la saludó:

- Buenos días!!

Se quedó muda, parecía hipnotizada, ausente.

La voz reiteró:

- Señora! Señora!

Ella no contestaba, se apartó levemente como quien se hubiera confundido de destino, enseguida se acercó titubeando.

El vendedor no comprendía, mientras pensaba con reservas sobre el estado de esa mujer; estaría ebria?, acaso alucinada?, o quizás tendría otros propósitos?...

Por fin, le dijo con un tono firme y levemente admonitorio:

-Señora que se le ofrece?

Ethel balbuceó con inquietud, solamente se entendía:

-Debo irme!! Debo irme ya!!...

El joven le extendió un boleto a Batavia, el más próximo destino...

EL RETORNO

17. El psiquiatra

Louis Calvet es un médico psiquiatra de 74 años, alto, con una postura afable y una mirada aguda y despierta, seguramente afiatada en el ejercicio de tantos años de psicoanálisis.

Hacía poco más de seis años que se había jubilado, y desde entonces se dedicaba a dar conferencias magistrales y a realizar algunas reflexiones científicas sobre su especialidad.

Vivía en Ottawa, en el corazón de esa Capital, en una residencia cómoda y espaciosa que destilaba el gusto y el carácter de sus dueños. Varias horas al día pasaba en su piano de cola, tocando distintas partituras, en especial Litz, su compositor favorito.

Tenía tras sí una vida plena e intensa, y por delante la serenidad que le aportaba una personalidad reflexiva y armónica.

Compartía con Thelma, desde hacía casi 40 años, una vida de amor, realizaciones y confidencias. Ella era bonita, suave, grácil y al caminar parecía que bailara, seguramente por ese espíritu artístico que integraba su delicada naturaleza.

..

Por esos días se mostraba ligeramente ansioso, pues hacía un tiempo que un grupo de jóvenes investigadores, que estaban frente a un nuevo desafío científico, le habían pedido un trabajo para su revista. Tenía una especial inquietud por avalar a esos noveles psiquiatras, que estaban formando el embrión de una nueva corriente en el análisis terapéutico.

Su vida le dejaba pocos espacios, pues una inquietud permanente lo hacía ramificarse en distintas tareas, sus lecturas sobre historia del arte, los autores clásicos y naturalmente, su pasión por la jardinería.

Fue esta última actividad, la que lo llevó durante casi 20 años a atender, una vez por mes, en la localidad de Algier, que era uno de los tantos pueblitos que se diseminaban sobre el río y que formaban parte de la región de Ottawa, en la provincia de Ontario.

Allí sus abuelos habían fundado una granja que se dedicó durante décadas a la apicultura, tarea que continuó y ensanchó su padre hasta su muerte.

Inmerso en ese viaje emocional, recordó un caso que atendió durante mucho tiempo y que, por diversas razones, lo había conmovido.

Las ideas se le presentaron fluidamente, una tras otra, fue desgranando las reflexiones que el tema le promovía.

18. El manuscrito

El trabajo lo tituló "*El arrepentimiento de Darwin*" y se trataba de una honda y precisa argumentación sobre la relación entre el arrepentimiento y la culpa.

Hacía referencia muy especialmente a la pulsión, a esa forma dual e indómita que domina ese tipo de conductas. Ello provocaba inevitablemente un abatimiento, que se incorporaba como una forma de penitencia, que el sujeto se imponía a sí mismo.

Referenciaba para el caso la experiencia de Algier, evitando todo tipo de datos confidenciales, asociados a la natural reserva, que celosamente privaba en su relación con los pacientes.

Pero para sí, a medida que escribía le venía con absoluta fidelidad la imagen de lo ocurrido, se acordó de Darwin y las razones que lo atormentaban.

Recordó, que en los primeros encuentros hablaba únicamente él, como aquellas personas que guardan el más profundo de los secretos y necesitan desahogarse de una infamia que sólo ellos conocen.

También, ese llanto en silencio, que cubrió tantas otras sesiones y que parecían una forma de expiación.

Fueron algunos años, hasta que pudo ingresar en las causas más reservadas y atávicas que motivaban ese estado; años en los que los matices se enriquecieron infinitamente y que resultó una de las experiencias más sobrecogedoras que tuvo en el campo del psicoanálisis.

En su análisis, con agudeza, hacía hincapié en la palabra como liberación, como espacio de una subjetividad constreñida, como la conciencia que construye paralelamente el perfil de nuestra más

profunda personalidad. La palabra como instinto, como el que pasó hambre al comer o el que sufrió al reír o el abandonado, al rehacer su vida.

El trabajo tuvo una enorme repercusión. Fue calurosamente recibido en los ámbitos científicos y en especial por los jóvenes discípulos que con ello encontraron un estímulo a la nueva tendencia que los inspiraba.

19. El escritor

La redacción del Express, uno de los diarios más prestigiosos de Ottawa, presentaba el alboroto natural de los momentos de cierre.

Había que compaginar los títulos, definir las bajadas y determinar la editorial, que era uno de los sellos característicos de este clásico matutino.

John Jeppard estaba en su escritorio, se pasaba con fricción la mano por sobre sus pelos blancos, en una actitud que revelaba su naturaleza ansiosa y perspicaz.

Tenía 68 años y había ganado renombre muy joven, cuando fue premiado por la *Canadian News Agency*, por su excelente trabajo sobre las consecuencias de la descolonización.

En algunas oportunidades, recordaba en soledad ese dato y se preguntaba –cada vez con menos empeño– cuáles habían sido las razones que lo tenían rehén de ese único presente.

Vivía en un departamento sencillo y cómodo en los suburbios de Ottawa, con pocos elementos, los mínimos y necesarios para una vida austera y bohemia que llevaba desde que se había separado hacía más de dos décadas de su segunda mujer.

..

Esa noche revisaba con minuciosidad todas las noticias, que formaban parte del estilo que le imponía su escrupuloso carácter y de las responsabilidades habituales que ejercía como jefe de redacción.

En un momento, le llamó profundamente la atención una reseña que se hacía sobre un trabajo científico. La calidad de la nota y las referencias y connotaciones hechas, despertó en él una curiosidad que no sentía hacía años.

Al otro día, fue a la biblioteca de la Sociedad de Psiquiatras, con el anhelante palpito de quien se encontraba frente a una historia única.

Pidió el volumen y la demora en su entrega, le pareció un obstáculo que se interponía entre él y el hilo de una narración que ya habitaba en su cabeza.

La señorita que lo atendía le dijo que era una publicación de 2000 ejemplares y que solo 200 estaban a la venta, pues el resto se remitía a los distintos colegiados de la Sociedad y algunos ámbitos académicos y de investigación.

Finalmente le entregaron una separata de 160 páginas sobriamente ilustrada y al abrirla, se dio cuenta que estaba en francés, lengua que le ofrecía dificultades en la interpretación de algunos términos. La pagó, agradeció efusivamente, y se la llevó con el celo de quien resguarda un hallazgo.

En su departamento la leyó con lentitud innumerables veces, aprehendiendo cada frase, transportándose en los hechos que marcaba el ritmo de la narración.

Era un gran documento, que tenía una fluidez carente de tecnicismos y giros innecesarios. Conocía a su autor por mentas y sabía que era un renombrado psiquiatra con una definida formación humanística.

20. La historia

El estudio se vertebraba desde una obsesión que tenía, a la vez, infinitos afluentes. Era también un desencuentro, un mundo que se descomponía desde la subjetividad de cada uno de los actores.

Le impresionó especialmente que el protagonista se replegara en el más profundo ostracismo, y que esa actitud no hiciera más que acentuar un equívoco que parecía infinito. A partir de un hecho que oficiaba de disparador, todo se encadenaba en una sucesión de episodios que no hacían más que ampliar el horizonte de la psiquis hasta límites inimaginables.

En esa lectura estaba, cuando empezó a garabatear sobre un papel los rostros de los protagonistas, ubicando en un mapa imaginario sus villas y poblados, definiendo sus perfiles y diálogos que le brotaba fluidamente bajo el éxtasis de una profunda inspiración.

Se sintió como hacía mucho tiempo no lo hacía, con una fuerza renovada, con un espíritu que parecía nutrirse de sus más pretéritas energías. El relato parecía reencontrarlo con aquel joven premiado y talentoso.

..

Al día siguiente en la redacción, comenzó a escribir febrilmente. Realizaría una entrega semanal, en el suplemento literario del domingo, que tenía una asombrosa tirada de casi 200.000 ejemplares.

Después de descartar varias alternativas, decidió titular su entrega como "*La historia de lo que jamás debería haber sucedido*".

La repercusión fue inmediata y superó todas las expectativas. La gente se involucró con su lectura de una manera apasionada y esperaba la próxima semana con una contenida ansiedad sobre su trama y desenlace.

Fue tema de conversación en todas las reuniones. Se especulaba sobre su final con distintas hipótesis, mientras se aumentaba gradualmente el caudal de seguidores y con ello la venta de los días domingo.

John Jeppard fue distinguido nuevamente –después de treinta y tres años– como el mejor columnista del año por la Canadian News Agency. Fue un acto sencillo y altamente emotivo.

Su consagración no hizo más que multiplicar el interés por su obra, que se expandió como un fenómeno por todo Canadá, en distintas ediciones y formatos.

21. La apropiación

Los años pasaron, como la vida misma, pero la historia había quedado incorporada a una conciencia popular que se recreaba permanentemente en múltiples y variadas versiones.

En especial, para los habitantes de Little Bray que asociaban, su contenido de una forma que les resultaba muy cercana y familiar, y reclamaban su pertenencia sosteniendo que era allí donde se había originado esa trama fantástica.

Haciendo propia la historia, algunos sostenían con toda decisión, que Peter y Ethel habían formado, en un paraje lejano, una familia feliz, pletórica de hijos y descendientes.

Otros consideraban que nunca se habían encontrado, aún más, que sus vidas fueron una búsqueda permanente de ellos mismos, poblada de espejismos y quimeras.

Muchos afirmaban que Ethel nunca existió, pues nadie la había visto en ese poblado y sostenían que la historia partía del delirio de Darwin o quizás del talento del psiquiatra, para avalar la nueva tesis que se imponía en el mundo terapéutico.

..

La narración alcanzó hitos insospechados; al hacerlo, la gente hablaba de sí misma y cada uno transfería sus vivencias, sueños y fracasos. Por lo tanto, había tantas historias como emisores.

Algunos relataban como si se tratara de una esgrima de la palabra, como si con ello constituyeran el más fantástico juego de vocablos. Sentían el placer de escucharse, y a medida que esa espiral hedonista crecía, se alejaba definitivamente de la historia que la había originado.

Los baqueanos, al atardecer, solían entre cantos y payadas, fabular para divertirse o entretenerse; así decían que Peter era un Don Juan y Ethel sólo una más de una interminable serie de conquistas; y agregaban, entre risas, que la actitud de Darwin era acordada con su hermano, cada vez que necesitaba librarse de una nueva relación.

Había quienes solo citaban algunos detalles, y con ello generaban precauciones, dichos y refranes de diverso tenor. Así las madres aconsejaban a sus hijas; los novios a sus novias; los profesores a sus alumnos; los amigos entre ellos, y así infinitamente.

Parecía que la palabra sustituía a la vida, para inmortalizarlos o quizás para olvidarlos...

22. La reivindicación

Como si se tratara de un manuscrito memorable, del lugar de nacimiento de una personalidad trascendente, de un hito de la civilización o de una construcción única y emblemática, los habitantes de Little Bray fueron acentuando su orgullo sobre esta historia, que traducida en otros idiomas, se presentaba como si fuera una novela clásica y universal.

Tras su compromiso y fervor, los estimulaba un sentimiento hondo de reivindicación.

Durante décadas –o quizás desde el mismo origen- todo ese ramillete de poblados sobre el río, formaban parte de una región que absorbía sus propias identidades.

La gente no recordaba los nombres de sus villas y en los mapas oficiales solían no figurar. Solamente en el libro de censos, cuando se enumeraban todos los asentamientos, aparecían en letra diminuta y en orden alfabético, como una más de las centenares de comunas que salpicaban el país.

Desde siempre, había que decir Ottawa como forma de referenciar su territorio, o en el mejor de los casos, pronunciar el lugar e inmediatamente aclarar su proximidad y pertenencia con la gran capital.

Estaban condenados a un anonimato, a una forma de vida que podía desaparecer o ignorarse, con la simple actitud que un burócrata omitiera su nombre en esa estadística quinquenal.

Aún el tren, cuando pasaba dos veces por semana, se demoraba apenas algunos momentos, como quien en tránsito se detiene ante la indiferencia.

Parecían –o se sentían- pequeños roedores alimentándose de la naturaleza y sus atardeceres.

...

Eran muchos años, toda una vida que encerraba los sueños, el coraje, el amor, la tristeza y la integridad de varias generaciones, cuyo testimonio parecía hundirse en el olvido como se hace con el rigor invernal.

Desde ya, conocían la soledad de las grandes capitales, esa forma de anonimato que se funde en la multitud; pero también sabían, que todo lo trascendente ocurría en ellas, así lo exponían sus avenidas, palacios, monumentos, próceres, héroes y mitos que ensanchaban permanentemente su propio volumen.

Se notaba en los gestos de los capitalinos, en la displicencia de las mujeres, en los gritos aburridos de los chicos, en sus ropas, en sus giros y ademanes y en ese aire pretencioso al dirigirse a ellos.

Lo corroboraban por esas esporádicas excursiones que hacían algunos para pescar, para buscar artesanías o atuendos propios de la región, y sobre todo, cuando con esas pequeñas máquinas, los retrataban como si fueran una especie en extinción, o un dato exótico del paseo.

No era indignación, era un grito mudo que parecía salir de los añejos cimientos de la iglesia protestante.

23. La identidad

El amor propio los despabiló y desde esa identidad nueva, iniciaron una cadena de contagio en todas las aldeas de la región.

Organizaron excursiones, que en su recorrido mostraban, entre otras paradas, la casa de los hermanos, la granja de los frutos rojos, la estación y la hacienda de terneros azules.

Se abrieron algunos negocios que llevaban nombres connotativos, como la tienda al lado de la Iglesia, "Jeremy", que vendía obras litúrgicas sobre protestantismo y ensayos vinculados a la lucha en Irlanda.

En la vivienda que había sido de la pareja, se había establecido una casa de té, que servía exquisitas infusiones acompañadas con variedad de pasteles de frutos rojos; se llamaba "*Luna de doble mirada*" y en el dorso de su menú, una poesía aludía al título con bellos versos.

La comuna había alquilado la casa que perteneciera a la familia de Peter y allí se vendían ensayos, documentos, la historia en dos idiomas (francés e inglés) y una serie de explicaciones sobre la región y sus pueblos.

En cuidadas vitrinas se exhibía, el manuscrito de Louis Calvet –que habían solicitado a su familia–, la foto de un sonriente John Jeppard el día de su premiación, el primer artículo que salió en "L'Express" y distintos y simbólicos objetos, entre otros: el recado de montar de Michael, las boletas de facturación de Darwin y una estampa de la familia -la única que había- en una imagen enmohecida.

También, se habían construido dos albergues que, por cierto, resultaban insuficientes para la cantidad de turistas que llegaban todos los días.

Uno se llamaba "*el desencuentro*" y estaba erigido cerca de la estación, con una acogedora recepción revestida en madera de distintos colores.

El otro –más amplio– se llamaba "*La Pasión*" y estaba rodeado de un inmenso jardín y un arrollo artificial cubierto de lavandas y flores violetas y blancas.

La repercusión fue creciendo y el lugar se volvió de una atracción mágica e irresistible.

24. El actor

El departamento de Arte de la Universidad de Montreal era un lugar espacioso y confortable.

Estaba cubierto por una enorme biblioteca en todos sus rincones, que contenía una perfecta catalogación de las obras de teatro, por autor, época y género.

Se preciaba de ser una de las más importantes del país y guardar un lugar expectante en el ámbito internacional. Era motivo de consulta permanente y allí llegaban, en fluido intercambio, estudiantes y doctorandos de diversas nacionalidades.

Mathias Dublet era su director desde hacía unos años y había puesto todo su ímpetu en un nuevo enfoque de la literatura, que abordaba el rescate de la narración oral, como un libro cuya historia común le pertenece a cada uno como autor.

Como egresado del Conservatorio Nacional y especialista en el tema del patrimonio cultural intangible, todo su empeño estaba en recoger y clasificar las diez historias más singulares, que reconocieran en la tradición oral su única fuente.

Era un hombre robusto, inteligente, de aproximadamente 50 años, que en momentos de dispersión, tarareaba para sí –como quien musita– una canción pegadiza que había inventado su abuelo, que su madre le cantaba en la infancia y que él había enseñado a sus hijos con el mismo efecto y beneplácito.

La idea lo demoraba con recurrente interés; cómo puede ser – se preguntaba- que las resonancias y ecos formen parte de un repliegue íntimo que nos enlaza vívidamente, como una forma de comunicación o encuentro.

..

Estaba dirigiendo la tesis de graduación a un grupo de tres jóvenes americanos que terminaban su estadía con el trabajo final.

Les propuso como tema: “*El fenómeno de Little Bray*” y les sugirió para ello, distintas lecturas, referencias bibliográficas, la metodología y un índice tentativo.

Debían consultar todas las fuentes, recorrer el lugar, realizar entrevistas y desarrollar el trabajo conforme a algunas pautas que orientaban la investigación:

- Cuánto de verosímil había en la historia?
- En qué tiempo se desarrolló?
- Qué relación de fidelidad había entre el escrito del psiquiatra, la historia periodística y los hechos?
- Por qué había tenido esa repercusión tan especial?
- En qué medida la historia reflejaba un sentimiento colectivo, para incorporarse en esa dimensión popular?

25. La propuesta

La investigación tuvo una entusiasta recepción. El trabajo comenzó inmediatamente, realizaron entrevistas en el pueblo y en todas las localidades aledañas.

Eran pocos los que recordaban a los protagonistas, habían pasado muchos años y no había descendientes, por lo menos, que se conocieran.

Los memoriosos ubicaban el relato en 1920, otros corregían esa fecha, argumentando con distintas referencias, que había sido unos años después.

Recordaban que los hermanos se llevaban aproximadamente dos años cada uno y que, en ese entonces, rondaban los treinta años.

De Michael y Darwin había distintas constancias que toda su vida había transcurrido en el pueblo; en cambio de Peter sostenían que había partido a un lugar de difícil precisión. Las hipótesis se bifurcaban como la narración o el relato y las razones de la partida y el paradero, formaban parte de diversas conjeturas, algunas de ellas verdaderamente disparatadas.

Sobre Ethel se abría una inmensa incógnita, que tenía como única referencia, al nieto del empleado de la estación, que regenteaba ahora una casa de fotografía.

El hombre les contó, como quien realiza una confidencia añeja e impenetrable, sobre dos extraños que desesperados parecían huir de algo y que, por relato de su abuelo, eran los verdaderos protagonistas de la historia.

A su tiempo, la hija de Louis Calvet, una mujer mayor y muy cálida, les explicó que su padre nunca conoció el alcance de estas repercusiones y que el archivo de sus pacientes lo había destruido como una forma de resguardo. Sólo sus publicaciones hablaban por él, manuscrito que, por otra parte, ya había entregado al museo.

Recorrieron Algier, la finca se había demolido hacía tiempo y en su lugar se extendía una plantación de frambuesas, custodiadas por un familia de asiáticos que fueron imposibles de contactar.

..

Finalmente les llamó especialmente la atención, que todos los escaparates reprodujeran la imagen de Ethel y Peter, que, por cierto, no respondía a su verdadera identidad.

El administrador del museo sugirió con reservas, que habían sido elegidas por una experta en comunicación visual, considerando lo que la gente esperaba reconocer.

Theresse Alduss, era de origen ucraniana, tenía una contemplación profunda, una percepción única y un sólido prestigio.

Como único aporte, les dijo que ella creía que toda forma de comunicación pública es simbólica y se manifiesta esencialmente en imágenes.

Había diseñado el retrato de una mujer joven, esbelta, de ojos bien abiertos, con una mirada chispeante y una sonrisa perfecta, que se despejaba en un contorno de rizos color bronce.

El era un joven apuesto, de pelo renegrido y unos ojos grises que coronaban una nariz aguileña y un mentón firme y sobresaliente.

Estaba claro que imponían un mensaje estético y subliminal.

26. La tesis

La tesis estuvo terminada en el tiempo estipulado. Guardaba un gran rigor en todos los datos y en especial en describir en un anexo los distintos lugares registrados, los nombres y demás especificaciones de los entrevistados, las distancias recorridas y un itinerario cronológico que intentaba acreditar el origen de la historia y su evolución hasta la actualidad.

En el cuadro se podía constatar con claridad tres etapas:

- La primera, se refería a la publicación de la historia en el año 1967, dos años después que el Dr. Calvet diera a conocer su monografía científica, que a su vez remitía a un análisis de casi 14 años entre la década de los años '40 y '50.

- La segunda etapa se refería a la repercusión, ello ocurrió poco después de la publicación del último artículo (el 9 de septiembre de 1969) y germinó como un proceso cultural que se diseminó por todo el territorio durante la década del '70 y principios de los años '80.

En esa primera década, incluían la apropiación identitaria del poblado de Little Bray, cuando un ensayista de la zona escribió en el año 1971, una reseña sobre las inevitables relaciones de la historia periodística con lo ocurrido en el pueblo, generando un sentimiento indisoluble y unánime, que año tras año, se fue convalidando.

Por ese tiempo, se había organizado una asociación por la memoria y movimientos de reivindicación y apoyo en todas las villas. Fue sobre el final de los años '70 la construcción del primer albergue, la apertura de distintos negocios, y el alquiler de la casa de los padres de Peter para instalar un museo.

Apuntaban otro dato, la población estable se había quintuplicado, con una significativa migración interna, compuesta en un alto porcentaje por parejas jóvenes, atraídas por la belleza del lugar, el desarrollo turístico y una calidad de vida que expresaba toda una filosofía.

..

- La última etapa abarcaba desde principios de los años '90 hasta la actualidad, provocando un vuelco impresionante en el contenido y alcance.

La población había aumentado en una proporción aritmética y se extendía como una apretada mancha varios kilómetros a lo largo de la región.

Se habían construido dos hoteles de una famosa cadena internacional. El museo estaba informatizado y uno podía consultar en las computadoras, una versión que se presentaba en ciento dieciséis links, cada uno de los cuales refería a distintos y variados episodios.

Había una pantalla tridimensional y se había seleccionado música acorde con las imágenes.

El gobierno de Canadá había presentado una petición para que el pueblo fuera reconocido como patrimonio cultural y en todas sus guías turísticas sobresalía la zona como de inevitable visita.

Un grupo de notables artistas había levantado una enorme escultura –de dudoso gusto- que se denominada “el beso furtivo” y representaba dos labios enormes y carnosos, que parecían rozarse entre sí. Tenía doce metros de altura y se emplazaba en el supuesto lugar de los hechos.

La gente concurría en excursiones pautadas y registraba ese momento en el medio de la nada, dejando mensajes, notas, ofrendas y pedidos en su tubería de acrílico, que la nieve arrasaba ese mismo día en su silencioso movimiento.

27. Las conclusiones

El trabajo, en sus conclusiones, señalaba una categórica observación.

La mayoría de las actividades, respondían a emprendimientos vinculados al turismo (souvenirs, restaurantes, albergues, alquiler de casas particulares, hoteles, museos, etc.) y una cadena de servicios que a la vez los nutría; todo, giraba casi exclusivamente alrededor de un fenómeno que multiplicaba su oferta sin cesar.

El 90 % de estas iniciativas, estaban promovidas a través de licencias que otorgaba la “*Town Foundation*”, un desprendimiento de “*Tower Asociation*” que, a la vez, representaba los intereses de un fideicomiso de capitales árabes, que habían adquirido las acciones mayoritarias de una de las editoriales mas grandes del mundo, en proceso de fusión con “*American Flight*”, el mayor intermediario de viajes por Internet.

Ellos tenían el negocio en su totalidad y estaban en pleno proyecto de expansión.

Con suculentos contratos habían encomendado a un grupo de artistas esa dudosa escultura; a la experta en comunicación visual las nuevas imágenes -que tenía varias versiones-; habían construido los hoteles y diseñado las características de un nuevo y ambicioso tour, que ahora llegaba hasta Swift incluyendo dos noches de estadía, para visitar un ficticio atelier, que tenía como todo dato referencial una gigantografía de una de las cartas de Ethel – la otra estaba irrecuperable- que con ayuda de la mejor tecnología, constataba el tipo de caligrafía, la pluma utilizada y también el perfil psicoanímico de su autor.

Todo tenía franquicias y ello provocaba una permanente movilidad, los negocios abrían y cerraban de acuerdo a sus ventas, y los principales gerentes de la multinacional variaban de destino en forma frecuente de acuerdo a las necesidades y a un riguroso balance contable.

..

Parecía que lo importante estuviese ocurriendo allí, sin embargo, una nueva forma de anonimato se estaba desarrollando.

La mayoría no se conocía, ni tejían relaciones o lazos de pertenencia, porque un inevitable sentido de tránsito los acompañaba.

Los permanentes rumores de venta del grupo internacional llenaba de zozobra a sus agentes y empleados, que sabían que la compañía tenía la costumbre de desprenderse de sus activos con la sola decisión de un directorio, que se reunía dos veces al año en algún lugar del mundo.

Los cuentapropistas no podían competir, la población envejecía y las parejas jóvenes ya no llegaban a este lugar, tan lejos del encanto de unas décadas atrás. Una ficticia escenografía burlaba la narración.

La última frase era lacónica y sugerente.

El consumo parecía sustituir a la palabra...

28. El debate

La tesis tuvo una gran repercusión en los ámbitos intelectuales y académicos, tanto por la calidad y originalidad de su desarrollo, como por los valiosos aportes que planteaba su conclusión.

Fue calificada con las mejores notas, por un autorizado tribunal externo, que recomendó su publicación; y, a su vez, la edición de una separata que contuviera los cuestionamientos fundamentales que abordaba.

El trabajo se llamó, “*La levedad*”, y se estructuraba básicamente sobre tres preguntas, que consumieron seminarios, jornadas y talleres.

Una de ellas, era *si el patrimonio se estaba convirtiendo en un objeto de consumo*.

A favor de esta postura, se encontraban los líderes de la llamada “empresa cultural”, eran ejecutivos, especialistas, consultores internacionales, que se congregaban en fastuosas jornadas de trabajo para sostener su posición.

Argumentaban que este tipo de iniciativas generaban una significativa mano de obra, un estímulo que se debía a la llamada “industria sin humo”, que por otra parte ponía en valor los pequeños poblados, favoreciendo el sentido de solidaridad y pertenencia. Indicaban la significación que tenían los logos, marcas y señales como un dato referencial en un mercado ecléctico, ávido de consumo y novedades.

Relativizaban los costos, como efectos no queridos, que imponían los condicionamientos actuales.

En algunos casos, innecesariamente se aludía al contexto histórico o a los rasgos sobresalientes de la contemporaneidad.

El post modernismo, las nuevas nacionalidades, la globalización, eran citas inevitables que pretendían dar sustento a esta posición, que -sostenían- debía adecuarse a los criterios que regía el sistema.

Los críticos enfatizaban que *lo que se consume no se preserva* y que esta última disposición exigía una celosa catalogación sobre los bienes u objetos de incontrastable singularidad.

Consideraban a la historia, pero sugerían que el mérito radicaba en el propio pueblo, como había ocurrido en los años ‘70 y ‘80.

Señalaban que proteger es asumir lo intangible y que su valor reside en su originalidad contextual, muy lejos del afán desenfrenado de su comercialización.

Reprochaban firmemente los últimos años, como un lamentable proceso de desnaturalización.

..

Otro tópico, era *si se podía preservar aquello que no se podía constatar*.

Que era lo que se preservaba?, se preguntaban en simposios sobre este dilema.

Muchos sostenían que la vida es finalmente narración y la literatura (el arte en general) capaz de crear regiones, personajes y tramas imaginarias que dan vuelo a la existencia, y constituyen los datos más añorados de nuestra condición.

Que sería Francia sin Rimbaud, España sin Cervantes o Inglaterra sin Shakespeare, que sería sin esas ficciones sublimes, que delinear un arquetipo universal.

Así indicaban que en escala, cada pueblo, cada ciudad, villa, aldea, tiene su personaje, su historia, su leyenda, todos datos patrimoniales tanto como un lago, río o montaña.

Otros más cautos, definían que cuando se trataba de una historia generada por un manuscrito académico, la constatación se imponía como una imprescindible necesidad. En ello había consistido la

investigación, y la propia tesis reflejaba la dificultad para reconstruir los hechos más elementales, generando un precedente peligroso e inestable, que podía manipularse e instalarse en otros puntos, con la sola voluntad que una poderosa multimedia decidiera imponer y multiplicar su mensaje.

Así sentenciaban, si no había un hecho constatable, tampoco había montaña...

..

Por último, el opúsculo planteaba, *si el patrimonio intangible podía atribuirse a un lugar o definitivamente era de todos.*

El tema desató una discusión acalorada y tensa. Se preguntaban si una historia que llega a ser de todos, puede ser apropiada por un solo lugar.

Sobre ello se abrían innumerables matices.

Los representantes del pueblo y la región - reunidos desde hacía años en un foro- sostenían que una cosa es el origen o génesis de una historia y otra muy distinta su repercusión o efectos.

Es de todos el fenómeno, pero es nuestra la identidad.

No todos estaban de acuerdo, (muchos se nucleaban en otro foro, que se llamaba “El origen”), pues sostenían que la propia repercusión había difuminado la identidad del pueblo -como demostraba la tesis- convirtiendo al lugar en una agresiva feria de oportunistas, desvirtuando su paisaje y provocando una clara emigración de sus habitantes más antiguos.

Por el lado contrario, estaban quienes sostenían que toda identidad está en el fenómeno, y que sin esta repercusión la historia no existiría, como tampoco su origen y apropiación.

29. El reinicio

Dominique Le Blanc, era una antropóloga social que había culminado hacía muy poco su doctorado sobre el tema “Identidades Pluriculturales”.

Era joven, mundana, extremadamente talentosa y hablaba distintos idiomas con una facilidad llamativa.

Había seguido en el periódico la extraordinaria cantidad de simposios y seminarios que se llevaban a cabo por esos días, sobre las reflexiones que trazaba la separata.

Su curiosidad pudo más, necesitaba hurgar en el propio texto y detenerse en los planteos realizados por eso tres americanos.

..

Al otro día, fue al Departamento de Arte de la Universidad de Montreal, con el anhelante palpito de quien se encontraba frente a una historia única.

Pidió el volumen y la demora en su entrega le pareció un obstáculo que se interponía entre ella y el hilo de una narración que ya habitaba en su cabeza.

La señorita que lo atendía le dijo que era una publicación de 2000 ejemplares y que solo 200 estaban a la venta, pues el resto se remitía a los distintos estudiantes de ese Departamento y a otros ámbitos académicos y de investigación.

Finalmente le entregaron una separata de 160 páginas sobriamente ilustrada.

La pagó, agradeció efusivamente, y se la llevó con el celo de quien resguarda un hallazgo...

La reforma del plan de estudios: un desafío para no perder el tren de la historia

POR **HOMERO M. BIBILONI** (*)

Sumario: I. Una visión que se comparte. — II. Algunos ejes centrales para la articulación. — III. Bibliografía.

Resumen

El OBJETIVO del trabajo pretende llamar la atención sobre la relevancia de operar un cambio profundo en el plan de estudios de nuestra carrera, atento a su desajuste a la realidad y obsolescencia. La METODOLOGIA contextualiza dichos contenidos a ser estudiados con el “afuera” del ámbito académico, realizando una correlación con las necesidades presentes y futuras de la región, la provincia y el país, alertando sobre las nuevas temáticas que deben ser abordadas, y el rol que la universidad cumple en cualquier proyecto nacional democrático que vaya acompañado de inclusión y equidad. Parte de los datos utilizados se deben al ejercicio de Evaluación de la Facultad, el cual requiere de su permanente actualización. Los RESULTADOS se dan a través de los ejemplos, los que permiten elaborar la CONCLUSIÓN en cuanto a que el momento de hacerlo es AHORA, por cuanto cada año que se demora en hacerlo genera camadas de profesionales que no solo no logran insertarse en una realidad profesional (multidiversa) sino que carecen de las destrezas básicas requeridas. Igualmente se persigue demostrar lo falaz de la despolitización de las ciencias y mucho más la del derecho, en tanto ello solo es funcional al poder de grupos conservadores de intereses no populares.

Palabras clave: Plan de estudio - Contextos - Nuevos temas - Compromiso social - Política

Abstract

This paper AIMS at drawing attention to the importance of modifying significantly the curriculum of our course of studies, since it has become impracticable and outdated. The METHODOLOGY contextualizes the contents by taking the non-academic environment into account. This is achieved by correlating the present and future needs of the region, the province and the country, highlighting new issues that need to be addressed and the role that University plays in any democratic and national project involving factors such as inclusion and justice. Some of the information used came from the School Evaluation practice which needs to be constantly updated. The CONCLUSION drawn from the RESULTS show that the moment of acting is NOW. Each year that goes by unattended, groups of professionals graduate that not only fail to include themselves into the reality of their practice (highly diversified) but also lack the basic required skills. Also, our aim is to prove how illogical the depoliticization of sciences seems, much more so the science of the law, since this can only be used to empower conservative groups' against popular interests.

Key words: Curriculum - Contexts - New issues - Social commitment - Politics

I. Una visión que se comparte

El trabajo de Alejandro Nieto (2005) es sencillamente brillante, profundo y breve. Muchas veces para decir cosas sustantivas no se requieren tratados ni citas de las citas de otras citas. Centralmente remite a Roma donde lo importante era resolver casos y no teorizar ni memorizar textos, resultando para el esquema universitario sólo relevante aprender a interpretar las leyes, pero sin demasiada vin-

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Administrativo II, Cátedra I. Profesor Titular de Posgrado en la Especialización en Derecho Administrativo. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

culación con las controversias cotidianas, es decir retoma el viejo dilema de la teoría con la práctica, distinguiendo al licenciado del abogado señala lapidariamente:

“¿cómo es posible que se gasten tantos años en la enseñanza de la teoría y tan pocas horas en el adiestramiento de la práctica?... que es lo que luego –se va a hacer el resto de la vida” generando un ejemplo muy didáctico “no puede perdonarse que se envíen al frente reclutas desarmados ...que conocen..las leyes de la balística y estrategia pero que no han disparado un tiro...” (Nieto, 2005, 13)

II. Algunos ejes centrales para la articulación (1)

1. Para la polémica: autismo o autonomía (2)

Un grave problema es la permanente falta de contextualización de institutos jurídicos, realidades, tiempos históricos e institucionalidades. Nuestra Facultad se encuentra dentro de una Universidad señera en el tema autonómico. Si bien creemos en la idea de autonomía universitaria, vemos como muchas veces esta virtud del sistema lleva al aislamiento o al autismo con las necesidades y prioridades de la sociedad que son sustituidas por las propias del sistema universitario. Esto debe equilibrarse entre lo “*interno*” y el “*afuera*” que da sentido a la Universidad. Repensar el plan de estudios, es tratar de vincular esas dimensiones, con sentido de compromiso y utilidad social, rompiendo la inercia de repetir lo conocido, lo que permite obviar preguntarse si la sociedad marcha al mismo ritmo que suponen nuestros estudios y si damos respuestas a sus crecientes y nuevas demandas.

2. Los programas de la facultad de derecho (3) (4)

Podríamos afirmar sin equivocarnos, que en líneas generales, en lo que al suscripto refiere el Plan de Estudios no ha tenido variaciones sustanciales desde que fuera alumno, lo cual denota una falta de ajuste del orden de los 40 años (5). El mundo es muy diferente desde entonces, como lo es nuestro país y las realidades a las cuales las normas refieren.

3. El positivismo sin contexto y la inexistencia de valores

Nos hemos acostumbrado a un mundo jurídico construido en el paradigma kelseniano, olvidando no sólo los valores (6) y que el derecho no ha nacido de un repollo o de alguna alquimia extraña al ser social y político de los hombres, sino omitiendo (no es desconociendo) que las normas son la concreción regulatoria de las ideologías de turno conforme procesos históricos y pese a que las externalidades (el “*afuera*”) han variado, lo “*interno*” permanece incólume. (7)

(1) Se ha tomado la Autoevaluación Institucional 2007-2010 realizada por nuestra Facultad para la CONEAU.

(2) Leyendo la Autoevaluación Punto 1.2. –pág. 28- se demuestra que lo allí planteado, que se comparte, no parece lograrse en la realidad.

(3) Deben mirarse los contenidos de los programas con la pertenencia geográfica del docente, esto es si es de Capital, Provincia o Interior, Esto predefine contenidos más allá de las necesidades de contexto. Ver Gráfico 1 y 2- pág. 35 y 36- de la Autoevaluación.

(4) Debe correlacionarse la relación de titulares con antigüedad en el cargo y con su territorialidad docente, porque el programa lo hace el titular, en términos generales, y lo condiciona a sus mayores conocimientos. En mi materia derecho es administrativo federal (Nación).

(5) Los cuadros 5 y 6 de la Autoevaluación denotan sólo la inclusión de materias político sociales y algún cambio en optativas.

(6) La Teoría Ecológica de Carlos Cossio no prima en el conocimiento de los alumnos ni en la formación posterior al inicio. (Se alude a ella en Introducción al Derecho en donde el alumno apenas si escribe razonablemente un texto cualquiera).

(7) En ello la falsa apoliticidad del esquema liberal de formación hace lo suyo. Se descalifica por la introducción de la política en las ciencias, a todo aquel que si explicita su ideología, dado que este pone al descubierto que el sistema instalado tiene una ideología y que no es objetivo, sino que sirve a un modelo de intereses delineado por cada sociedad en su tiempo. Pero esto para el sistema es inaceptable.

4. El método del relato con ajenidad

Gran parte de la enseñanza se basa en el relato, esto es la descripción de instituciones sin ningún tipo de visión crítica del funcionamiento de ellas, y ello es planteado por el docente en el rol de observador de una realidad que transcurre en forma neutra sin actores, ni conflictos.

5. "La ley dice..."

Entonces la docencia pregona en consecuencia:

"*Tal artículo dice que ...*" (8) aunque la realidad vaya hacia otro sitio, o nos contradiga, o no se aplique en términos estructurales o institucionales, sin embargo se repite la normatividad ignorando sus desajustes con el presente.

5.1. "El autor fulano opina que ..."

La enseñanza o la doctrina tienen un importante volumen de repeticiones que si bien pueden demostrar erudición no hacen avanzar el conocimiento, dado que todos son referencias de unos a otros y de "otros a unos" más las polémicas, las posiciones eclécticas, pero sólo del mundo de la doctrina, ajeno al devenir y a las cuestiones tan urgentes como importantes del día a día de los ciudadanos. (9)

5.2. "La jurisprudencia señaló ..."

Igualmente el relato alcanza a los fallos, pero estos normalmente versan sobre la idea del *uno a uno del derecho y su consecuente controversia*, con lo cual para lograr otro fallo igual mucha "agua deberá transitar bajo el puente", creándose una ficción de que una sentencia define una situación, pero es sólo una "muestra gratis" que "no soluciona problemas" a todos aunque satisfice a la enseñanza repetitiva de la evolución del instituto aunque ya esté consolidado, pero bien vale ir por su historia y no (lo cual sería más productivo) por su futuro. Así es que "cierta" jurisprudencia alumbró en "ciertos" momentos históricos. Si no veamos la variada política judicial de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en temas relevantes para la vida social, que se da a partir de un determinado perfil y tiempo político, muy distinto al que caracterizó la mayoría automática de los 90. (10)

6. El derecho debe ser también eficaz y eficiente

Nunca nos hemos puesto a pensar en forma constante, y con rigor crítico que tan bien funcionan las instituciones que se han diseñado. Si son realmente eficaces, y algo mucho mejor sería que fuesen además eficientes. Todo transcurre en un marco de idealidad, sin anclaje en los resultados macro que suponen las normativas con lo que es captable por el alumno. Es ese alumno el que tiene que entender, interpretar y actuar el derecho relativo al simple caso que se le presenta y podría preguntarse cosas como: v.gr. ¿cuántas empresas se salvan con la normativa de quiebras y concursos que estoy leyendo, cuántos actos administrativos se recurren de los que se dictan en base a elementos tasados? ¿A cuántos recursos se les hace lugar dado que es la oportunidad administrativa de revisar su conducta?. No tenemos referencias ni líneas de base para comparar situaciones reguladas con el impacto que la normatividad genera sobre las mismas y en relación al "afuera". Insistimos que mayoritariamente se describen las normas y el derecho como conjunto en forma puntillosa, esterilizada y aséptica. De esta

(8) ¿Cuántos jueces toman las audiencias como marca el Código Procesal?

(9) Por más que los doctrinarios administrativistas predicen que la regularidad en las prestaciones de los servicios públicos constituyen un elemento central, es sistemático el atraso en trenes y colectivos sin consecuencias mayores para los responsables y de enorme impacto para el usuario. ¿Acaso los choferes y concesionarios no saben de la autoridad de los maestros cuando marcan datos claves del instituto jurídico que ellos encarnan en cuanto regularidad y puntualidad?

(10) Derechos Humanos, Aborto no punible, Medios de Comunicación, Ambiente, Jubilaciones, Corralito, etc., etc.

forma es todo menos complicado para enseñar y además se logran evitar preguntas ora incómodas o sin respuesta posible ante la contundencia de algunos hechos. (11)

7. El sistema de aprendizaje: sus carencias (12)

Trataremos de identificar algunos de los puntos que advertimos como problemas, agregando como es de estilo sin que esta enunciación sea taxativa.

7.1. Enciclopedismo

En un mundo que transita cada vez más ligero en todo (aunque se pierdan muchas cosas entrañables y valiosas) los programas discurren en porcentajes altísimos de referencias históricas y comparadas con antecedentes surtidos. Nuevo tributo a una erudición (que pudo ser válida al momento de construir nuestra legalidad e institucionalidad) pero que ciertamente hoy no parece lo ideal para cubrir los enormes vacíos conceptuales y operativos de los alumnos del Siglo XXI. Muchas veces me he preguntado como un alumno llegó a quinto año de la facultad, cuando carece de discurso jurídico, no razona, no sabe explicar una situación, y se limita a repetir con suerte diversa un montón de conceptos que en realidad no entiende. Preguntar el *cómo*, *para qué sirve*, *dónde vio lo que relata*, *si tiene alguna opinión sobre lo que dice ...* durante un examen libre o escrito suele impactarlos como si uno preguntara en un dialecto ignoto. Además los alumnos viven su presente, comprenden y aprenden en forma intermitente (al ritmo de la computadora, del celular, del mail, del chat, del mensaje de texto o del facebook), no en largos discursos o lectura de compendios. Nuestro presente requiere de la aptitud para aplicar rápidamente conocimientos, sin largos rodeos o circunloquios, que resuelvan los temas.

Amén de ello a más años de historia más volumen de páginas y antecedentes a estudiar, con lo cual la experiencia indica que rara vez se llega al presente, por que el tiempo se consume en esa historia y si esto es así menos se podrá incidir en el futuro, que es lo único que los humanos construimos. El pasado es irreversible.

7.2. La falta de ejemplos cotidianos

La enseñanza carece en general de ejemplos accesibles a las situaciones diarias o de referencia entendible para el alumno. Los libros aluden muchas veces a casos que exceden su rápida comprensión por la ajenidad de lo que es captable por el alumno. Es él quien tiene que entender, interpretar y actuar ante casos visualizables en su corta vida social. La cosa empeora cuando en los ejemplos en lugar de Carlos y Raúl decimos Ticio y Mevio, con lo cual el asombro gana en dimensión para el incrédulo escucha.

7.3. La falta de conexión con los escenarios del ejercicio de la profesión (13)

De los posibles perfiles que se dan tales como:

- * Abogado del foro.
- * Magistrado.

(11) ¿Son las cárceles lugares aptos para la readecuación del detenido y no para su castigo? Dejo la respuesta advirtiendo posiblemente que quienes nunca las visitaron digan: son sitios para reeducar, y quien las ha visitado indique que amen de la pena socialmente impuesta las condiciones las hacen un castigo no prescripto en las normas y de tipo adicional.

(12) La tasa de graduación denota que más allá de lo socio económico que rodea la Facultad hay cuestiones intrínsecas que ayudan a no contener y expulsar lo cual hay que profundizar para ser incluidas en la reforma.

(13) El informe de Autoevaluación es lapidario en ese sentido y demuestra que la totalidad de los perfiles no son atendidos en concreto.

* Funcionario.

* Legislador (los abogados según mi conocimiento empírico son la profesión que ocupa más cargos legislativos).

* Consultor.

* Asesor institucional.

La facultad enseña solo para el abogado que ejerce libremente, y dentro de este subperfil, priorita el abogado del CONFLICTO, el ABOGADO DEL FORO, ignorando los otros esquemas posibles.

Pero adicionalmente tampoco se integra a los escenarios profesionales reales. La adaptación o práctica profesional versa sobre prácticas de escritos (juicios de variadas competencias), es decir un intento de ratificación de lo que se supone podrían haber cubierto parcialmente algunos JTP. Y siempre sobre la dupla "conflicto-juicio", no sobre dictámenes, informes, sentencias, leyes, reglamentos, diagnósticos, escenarios de controversias posibles, o sobre otras esferas del quehacer posible del abogado. Pero aún esos temas no son de la vida diaria del alumno, que a la luz de la actualidad cada vez tarda más en lanzarse a la vida autónoma (casamiento o pareja, trabajo estable propio, hijos, etc.), permaneciendo tiempos adicionales (a los históricos) junto a su familia lo que reduce su conflictividad en la vida. (14)

7.4. La carencia de prácticas interdisciplinarias

Para una realidad compleja como maneja el derecho no se aprende ni el trabajo de equipo ni la articulación transversal con otras disciplinas. Esto se padece gravemente en muchísimas áreas del derecho: en lo ambiental, en los temas de niñez y adolescencia, en temas de violencia, etc. etc. La experiencia de grado y post grado propia acredita esta circunstancia, les cuesta encontrar la forma de interactuar horizontalmente y sumar valor al trabajo colectivo. La rutina heredada es dividir el trabajo y que cada quien tome un segmento "pegando" los mismos, y generar un producto que nadie asume en forma total, y mucho menos pueden explicitar si se les requiere lo que hizo el otro. (15)

7.5. La carencia de contactos con otros seres

No existe un sistema institucional que vincule al alumno a un caso o ante un cliente, imputado, entidad a regular, sujeto asesorable, etc.. Es decir nada de lo que vendrá se ejercita, y que es precisamente la interacción con "PERSONAS" de carne y hueso, que tienen dudas, temores, rencores, carencias, depresiones, desánimo o triunfalismo desmedido. No hablamos ni atendemos a los "Ticio y Mevio" antes citados. Solo las extensiones de la facultad en los barrios, que es un sistema voluntario, permite dialogar con personas en conflicto. Ciertamente es muy poco y no masivo al conjunto de estudiantes.

7.6. Escasa aplicación del método de casos

El método de casos, que será el grueso de la vida profesional (al menos de un amplio espectro de los egresados) es una práctica aislada. Me incluyo como docente en ello, en tanto mis cursos no se han establecido sobre estos ejes, aunque si la ejemplificación del discurso es constante, con ejemplos vivenciales que se han tenido, o graficando con situaciones efectivamente sucedidas que puedan ser conocidas de "público y notorio" como suele decirse.

(14) Al menos una parte importante de la clase media- media y media- más o la del tipo ABC 1 comparte esa vivencia.

(15) Por ello nuestros sistemas evaluativos es cruzar las preguntas sobre los expositores en forma segmentada, cuestión de que todos deban saber y entender el 100% del trabajo integrador que se realiza.

7.7. Bibliografías tan extensas como inaccesibles

Las bibliografías de los programas asombran. Entiendo que se mantienen al efecto del ego docente y la erudición de quien las formula. Los alumnos a lo sumo leen un manual, fotocopias surtidas, apuntes de terceros, anotaciones salpicadas de clase entre mensaje y mensaje (sms), y algo que pueden ver de internet, sólo unos pocos pueden ir conformando su propia biblioteca. Es hora de sincerar un mínimo razonable y de libre acceso sin contar el costo de la bibliografía (16). El resto será para post grado o doctorado. Además hay al menos en nuestra materia –derecho administrativo–, un fuerte impronta de lo nacional, lo cual es utilizado por una minoría, sólo los que ejercen en Capital o en el fuero federal, aunque el grueso del estudiantado es bonaerense. Podría decir empíricamente que menos del 5% de los egresados ejercerá temas federales. Aunque ciertamente el peso de tales conocimientos en el programa es mayor. Hay un dato: la bibliografía por razones de venta editorial es básicamente nacional, y además casi no quedan editoriales nacionales. (17)

8. El conocimiento se expande, el tiempo se achica

Si el conocimiento se expande y el tiempo es siempre escaso (las cursadas de un cuatrimestre son en realidad de tres meses y medio, a lo que debe restarse, ausencias –propias y del alumno legalmente admisibles–, las impuntualidades de inicio y recreo (no es mi caso), los tiempos de los parciales, los días puente vacacionales, la descoordinación por cuanto el Adjunto arranca con la bolilla 5 pero el Titular no agotó la que va de la 1 a la 4 por ejemplo, las largas anécdotas con las cuales se solazan los docentes sobre hechos propios, y si las notas deben estar casi al filo de la cursada para que puedan seguirse las correlatividades estamos en dos meses y medio netos. De allí que deba priorizarse lo básico para que exista tiempo de desarrollo, discusión y varias intervenciones de los JTP para consolidar la comprensión y aplicación de conocimientos más alguna carga temporal extra clase (18). Pero con los programas en general esto es imposible. Con lo cual hay dos opciones:

* Se pregunta sólo lo dado (puede estimarse un 50% del programa). (19)

* Se pregunta todo sin explicación alguna de un 50% remanente, con posibles resultados sombríos en la evaluación. (20)

9. Nuevos deportes

Reinando la informática, los cañones y filminas éstos no son de uso corriente, las video conferencias prácticamente no existen, los videos de terceros muy didácticos no forman parte del arsenal del aprendizaje. Si han aparecido más masivamente en el postgrado. Ergo hay un grave desfasaje entre el mundo adolescente de facebook, you-tube, internet permanente, blogs, etc. con la Facultad que termina siendo un ámbito a veces de sopor y aburrimiento con un largo monólogo docente, un pizarrón bastante trajinado (pese al esfuerzo de la Facultad) y ni hablar si se dicta algo a manera de apunte.

(16) La iniciativa de los Libros de Cátedra es muy positiva en ese sentido: acerca información y abarata costos al alumno. Ayuda a mantenerlos en el sistema (relación ingreso/egreso). ¿Alguien pensó cuanto le cuesta a un alumno la bibliografía que se pide multiplicada por las materias de la carrera? Esta falta de razonamiento macro es verdaderamente excluyente. Personalmente estimo (y admito prueba en contra) que con al menos dos libros por materia de costo promedio 300\$, más códigos, y otros materiales complementarios tenemos cerca de 20.000 \$ de material.

(17) Sólo Rap, Rubinzal, LEP, etc.

(18) Vía Internet aprovechando los campos informáticos de la Facultad y la UNLP (ociosos para casi el 99% de nuestros docentes)

(19) La pregunta de manual de los alumnos es: Profesor ¿toma solamente lo dado en clase no?

(20) Ello así por cuanto no puede evaluarse de una forma las respuestas de lo dado (más exigentemente) que sobre lo no dado. No hay dos formas de calificar para garantizar objetividad en el docente.

10. Escenarios modernos

Existen nuevos escenarios que denotan carencias temáticas en los programas, al no tener sus materias específicas, tales como:

- * DERECHO VINCULADO A LO AMBIENTAL.
- * DERECHO VINCULADO A LO INFORMATICO.
- * DERECHO VINCULADO A LA GENETICA.
- * DERECHO VINCULADO A LAS COMUNICACIONES.
- * DERECHOS HUMANOS.
- * DERECHOS SUPRANACIONALES.
- * Otros que irán surgiendo.

Estos temas y algunos más deben ser contenidos curricularmente, por cuanto hay una demanda potencial en estos nichos y no precisamente en lo penal, en la conflictividad de familia, en lo laboral, o en lo civil y comercial próximos a ser unificados, etc. donde abundan los colegas.

11. El dato de la complejidad

Los temas no son tan lineales como se explican. En mi vida profesional pocos casos pude resolverlos tomando el punto tal o la página xx de algún autor. Con lo cual hay que intentar explicar la complejidad de lo cotidiano, intentando que puedan simplificarla para operar sobre ella jurídicamente. Pero en esa línea debe cambiarse el soporte conceptual y operativo en el cual se asienta el plan de estudios, cuyas observaciones intentamos realizar como mejor aporte posible.

12. Qué resulta central: ¿repetir o entender y/o saber y/o buscar y aplicar conceptos al caso?

El desafío de la enseñanza es aquel que permite que:

- * Haya comprensión.
- * Haya capacidad interpretativa de la complejidad.
- * Haya capacidad reduccionista en un proceso inductivo/deductivo de la norma al caso y del caso a la norma.
- * Haya visión crítica de la situación regulada en función del tiempo histórico y las necesidades del país, de la región o del área.
- * Se integren normas y valores en contextos.

No hace falta entonces sólo repetir como resulta el núcleo actual de avance en la currícula. Vuelvo al propio caso: cuando un alumno expone en un examen libre casi siempre empieza con frases como:

“...la ley .. en su artículo XX al definir a ... como supone que”, tomando la definición de maestro entendemos el concepto de (tal cosa) como”

Cuando termina la definición vienen las preguntas claves a las que antes aludíamos: ¿donde ubica esa definición en su vida?, ¿para qué sirve ese instituto?, ¿qué piensa usted del mismo? ¿conoce algún caso cercano? etc.. No premiamos memorización (eso hace la computadora) sino valorización y aplicación del dato con sentido común y buen criterio.

De allí a que hay que cambiar las formas pedagógicas de la enseñanza. Cabe una pregunta: si todos los que concursamos a cargos docentes presentamos un modelo de trabajo para las clases, luego ¿se lo aplica? ¿Alguien lo controla? (21)

(21) Podríamos parangonar la propuesta Pedagógica o como se la llame a un Estudio de Impacto Ambiental, en donde se dice que es lo que se hará para lograr ciertos resultados. Y la clave posterior es verificar que esas

13. *Conjugar los pilares del sistema universitario: docencia, investigación y extensión con programas que piensen en dichas líneas (22).*

El sistema actual solo tiende a la docencia, muy acartonada, repetitiva, enciclopédica, ahistórica y casi sin rigor crítico. De allí que deba generarse algún tipo de estimulación para la investigación y la extensión que puede darse con algunas “muestras” simbólicas de tales temas durante la cursada asignable a equipos de alumnos, en forma interactiva, o bien trabajos prácticos en cursadas que obliguen a los alumnos a instalarse en el campo de la realidad (23) y que vean como sus conocimientos pueden canalizarse para resolver los problemas donde ellos se reconocen. De esta manera habrá una cuota-parte de investigación y algo de extensión durante el grado.

14. *Formación de cátedras y equipos (24) (25)*

Si bien el sistema de concursos es lo mejor, hay que analizar otros sistemas dentro de ese marco que permitan bajo una estricta responsabilidad de los designantes (no como un “menor esfuerzo” de los concursados) una apertura a la participación de terceros para que pueda haber más cuadros en la universidad. En otras facultades a veces los concursos de cátedra son por equipos. Podría establecerse como experiencia en algunas materias que hay dos cátedras por materia. Asimismo podría servir de elemento de comparación de resultados. V.gr. tenemos carnet de conductor porque alguien nos enseñó en infracción a la norma y de menor a mayor, o alguien nos prestó un auto para ello. Pero no se puede hacer docencia sin designación. ¿No debería institucionalizarse algún tipo de “Practicante Invitado”? En lo personal tengo la satisfacción de haber posibilitado la docencia en mis clases a no menos de una docena de colegas con vocación docente y capacidad para el desarrollo de lo asignado.

En cuanto a las mayores dedicaciones que es gratificante a fin de mes, no parece tener un correlato de presencia docente a disposición de los alumnos conforme condición del salario (amén que tampoco habría lugares para ello, pero es un tema que merece un control específico). (26)

Adicionalmente hay una fosilización parcial en algunos cargos por renovación (27). Alguna experiencia indica que a mayor antigüedad menos dedicación porque hay “oficio”, se delega. Pero los

promesas sucedan. Cuando alguien pone objetivos actitudinales, cognoscitivos, y otros tantos de compleja dicción, se ¿verifican? Qué bueno sería visitas periódicas de las autoridades a los cursos: varias veces por semana por sorteo a titulares y adjuntos. Al menos habrá una muestra de lo que sucede pisos más abajo o pisos más arriba del núcleo directivo incluyendo los Consejeros Académicos. Un sistema sin control se desajusta y nunca para mejor (horarios, contenidos, presencias, evaluaciones, etc. etc.)

(22) Los datos de perfil de las dedicaciones docentes –pág. 40 gráfico 4- denotan que sobre el total real es muy bajo el nivel de investigadores y más bajo aún el sistema de extensión, con lo cual hay un quiebre entre las propuestas institucionales, los docentes, los contenidos y los resultados.

(23) Incluyendo como posibilidad un sistema inédito de trabajos prácticos para más de una materia. Recuerdo que si bien en post grado dimos clases conjuntas con el Dr. Felipe Fucito. Luego fue imposible por diferencias en las correlatividades y horarios.

(24) El cuadro 7 de página 29/30 de la Autoevaluación no alude a la cantidad de docentes que participan del total, considerando que la plantilla docente es ciertamente numerosa.

(25) La encuesta mencionada en la Autoevaluación es valiosísima pero demuestra la ajenidad docente con el rumbo institucional. Entiendo que la próxima debe ser obligatoria porque constituye una carga colectiva. Esto refuerza la primacía del concepto liberal –en su acepción más amplia- del docente que es propio de la profesión de Abogado.

(26) En su momento también renuncie a un plus salarial por cuanto no iba a poder cumplirlo. La realidad indica que se puede con la carga horaria docente y algo más a distancia pero no mucho más.

(27) Sería interesante conocer el promedio de cada titular en el cargo (y después criticamos a los sindicalistas que se “atornillan” a los cargos...). Y mucho más que las Secretarías Académicas verificaran si los titulares a través de sus prolongadas estadías van innovando en sus programas. Eso no es interferir en la libertad de cátedra sino interactuar como conducción institucional con mandato del HCD.

alumnos sienten eso. Hay que pensar en un sistema de renovación más rápido de las cátedras. Eso da variedad, pluralismo, innovación y mayor dedicación por el entusiasmo humano de lo nuevo. Además hace a un recambio generacional. ¿Qué sentido tiene un recambio de un titular (por vencimiento del plazo) estatutario interinamente por un adjunto casi con la misma edad o poco menos que dicho titular? Lo mejor que puede hacerse es retirarse en plenitud para dar lugar a los más jóvenes, con algún tipo de compromiso periódico o clases de tipo magistral para tampoco desperdiciar las experiencias que valen mucho de quienes han cedido generosamente su lugar. (28) Las rutinas gastan. Hay que irse por la puerta grande.

15. *La clínica externa* (29)

Esta práctica es muy interesante especialmente vinculado a los consultorios jurídicos gratuitos, pero debe estar muy claro en cuanto la imposibilidad de tomar asuntos a partir de ello. Tienen que ser un sistema excluyente de aprendizaje y en su caso los tutores deberían tener honorarios diferenciales. (30)

16. *Algunas carencias formativas*

Podemos anotar las siguientes:

16.1.- Idiomas

Es elemental sumar algún idioma: inglés (universal) o portugués (Mercosur) serían los más lógicos. Francés o chino pueden ser útiles. Especialmente este último de gran futuro. El francés sólo por cuanto hay algunas correlaciones de nuestro derecho con dicha fuente.

16.2.- Lógica

El derecho se sostiene en la lógica pero salvo una pincelada en el inicio de la carrera cuando casi no se la interpreta ni se entiende cabalmente de qué trata la carrera, hace que luego se la ignore como una herramienta importante para razonar (31).

16.3.- Negociación y sistemas de resolución de controversias

Gran parte de los conflictos jurídicos se resuelven negociando, pero nadie nos adiestra, ni enseña, ni explica en este arte. Entre ellos los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

16.4.- Otros elementos:

16.4.1.- El discurso

Los alumnos, ya hemos dicho, no saben construir un discurso jurídico. Una experiencia docente es casi dramática. En la primera clase les digo: "redacten una nota con la petición que se les ocurra a una autoridad administrativa". Francamente la experiencia es desoladora siendo alumnos de 5º año. (32)

(28) En mi caso inste al concurso de renovación de la Secretaría del Instituto Fiorini que había ganado por otro concurso para dar lugar a nuevas experiencias.

(29) El informe en página 34 alude a valiosas experiencias, pero no pueden ser voluntarias, el hecho de ser voluntaria atenta contra la formación e interacción con la práctica real y el contacto humano con el otro imprescindible.

(30) Un reciente caso de nuestra facultad del que he tenido referencias no parece el mejor camino. Entiendo que el mismo tiene esta carátula o semejante: Autos "Asociación para la protección ambiental y Educación Ecológica 18 de Octubre c/Aguas Bonaerenses SA" y quienes lo han conducido aparecerían en una demanda junto a la actora.

(31) He verificado que quienes han estudiado filosofía o juegan al ajedrez poseen ventajas comparativas con quienes no lo hemos hecho.

(32) Se equivocan en quienes son autoridades administrativas, no saben de las competencias concretas no explican claramente los hechos, no prueban ni alegan sobre el derecho, no ponen domicilio, cierra la petición con un SERA JUSTICIA, y otras cuestiones de entidad como las descriptas.

Hay que trabajar estimulando la capacidad de redacción utilizando los elementos del derecho aplicados a los casos. Lo mismo advierto en postgrado cuando se discute el índice de un trabajo en grupo, cuesta muchísimo que lo estructuren con un sentido de jerarquía, adecuada desagregación y secencialidad (temporal y conceptualmente hablando), entre otros atributos que debe tener todo índice y que no son sino la expresión de cómo funciona el derecho.

16.4.2.-El lenguaje del cuerpo: interpretación

Es importante para los abogados conocer el lenguaje del cuerpo, es un complemento del ejercicio profesional. Se utiliza para técnicas de negociación, para juicios, para discusiones, etc. (33)

16.4.3.-Elementos de psicología en el marco de los conflictos

Tener algún rudimento de psicología elemental es básico para poder comprender y contener a los clientes. Como así también ponerle límites, y encauzar su conflicto dentro del derecho, e inclusive para quienes abrazan la Magistratura (testigos, imputados, etc.). ¿Cuánto conflicto puede sostener una persona? ¿El eje del problema es jurídico o personal y quiere resolverlo por el derecho? ¿El cliente quiere el litigio o lo inducimos a ello? Son preguntas que jamás tienen respuestas ni ejercitaciones en la vida de alumno de nuestra Facultad.

16.4.4.- La difusión ética de la profesión

Los abogados tenemos una mala fama, la que se patentiza con los apodosos y chistes que recibimos con personajes que son "cuervos" "buitres", etc. nada favorables. Algún baño de ética no es inconducente, máxime cuando los aranceles son de orden público y se prestan a muchos abusos, a veces casi patentes de curso modernas, y amén de apelarse siempre a la "buena fe" de las partes, o ¿esto sería como en el fútbol?: ganar de cualquier manera.

17. Los sistemas de evaluación (34)

El Plan debe tener un correlato con los sistemas de evaluación. De nada vale un nuevo y buen plan de estudios si la evaluación no sufre una profunda revisión y ajuste.

17.1.- De la verificación del conocimiento y la comprensión de la materia a un sistema parcializado

El sistema de fraccionar el conocimiento de a tercios desvinculados en las cursadas no parece muy consistente (el que aprueba tres parciales con X nota promociona) Hay que buscar que los alumnos puedan resolver problemas articulando conocimientos. El resultado no puede ser permanente una facilitación del menor conocimiento para progresar (el recuperatorio). La sociedad luego no funciona de esa manera: no hay recuperatorio si se pierde el derecho de un cliente, en tanto que la realidad es dura y contundente, opera la prescripción sin recuperatorio alguno. La Facultad se parece a una isla de la fantasía en este sentido: siempre hay una oportunidad más. Los sistemas de opciones múltiples tienen también una parte de alea significativa. Es factible asignar temas para que los alumnos demuestren conocimientos integrados y ser evaluados al final, adicionando sistemas rápidos y cortos de evaluación, a ser corregidos por el equipo docente en función de respuestas tasadas previamente, lo cual facilita la labor. (35)

(33) "Lie to me": Esta serie hizo popular la cuestión (Miénteme su traducción en castellano).

(34) Según el informe es una de las Facultades de mayor nivel de ingreso, matrícula permanente más alta y altísimo nivel de alumnos anuales por sus aulas. Esto obliga a pensar en calidad evaluativa enfrentando la cantidad de alumnos a evaluar.

(35) Así tomaba nuestra cátedra los parciales. Se elaboran las respuestas tipo, se indica el mínimo de elementos de cada respuesta, cada ítem con su puntuación y un plus por la calidad adicional de la misma.

17.2.- Distorsiones

17.2.1. Exámenes libres

a) Maratónicos

Algunos exámenes libres, si bien ahora la multiplicidad de cursadas los ha reducido, se convierten en ejercicios maratónicos para docentes y alumnos. Esto atenta contra la homogeneidad del propio evaluador que en el inicio puede ser complaciente y no al final, o viceversa, con tal de terminar se conforma con muy poco.

b) Por azar

El tema del bolillero es una introducción del alea para evaluar conocimiento. Puede especularse en aprender un total de 24 bolillas de tres materias, y presentarse en tres sabiendo solo 8 de cada una. Pareciera más razonable un examen que permita recorrer el programa con un breve tema especial inicial y luego preguntas que demuestre la capacidad de precisión del alumno en vincular diferentes contenidos de las bolillas implicadas.

c) Reducidos en tiempo

Cuando hay muchos alumnos objetivamente los tiempos de evaluación se acortan y para alguien que invirtió mucho tiempo estudiando, tal vez el esfuerzo se volatiliza en los minutos que se le da para una respuesta estereotipada (a priori por el docente) que al no ser la pensada, produce su condena inmediata. No hay tiempo para la aclaración o repreguntar.

¿La pregunta a responder es si queremos que interpreten, y comprendan y resuelvan una situación? o salvar la instancia formalmente como respuesta correcta (aunque no entendida mas sí repetida) ignorando el dato sustancial del conocimiento adquirido aplicado.

De la respuesta dependerá también la eficacia de un nuevo plan de estudios y evaluaciones consecuentes.

17.2.2.- Parciales ilegibles

Los parciales o exámenes escritos tienen un problema grave que es el alejamiento de los alumnos de la técnica de escritura artesanal al haberla sustituido por la computación. Mi experiencia indica que es difícil de entender la escritura actual sin contar las faltas/horas gramaticales. Habría que pensar en un sistema de evaluación con disponibilidad de computadoras para hacer entendible los textos. A manera de SALON DE EVALUACION, con máquinas “bobas” que sólo tengan procesador de textos sin que sea posible cargarles ningún tipo de información y eventualmente que tengan incorporado previamente alguna legislación o material que el docente quiera usar en dicho examen.

17.2.3.- Insuficiencia entre lo Teórico y lo Práctico

Lo antes apuntado de la disociación de la teoría con la realidad, aflora por cuanto se pregunta por temas que no surgen de la experiencia social del alumno, amén de trabajarse sobre temas marginales en cuanto posibilidad de ocurrencia.

18. *La inexistente devolución social de la inversión comunitaria en el futuro abogado* (36)

Es una conquista de inclusión y orgullo nacional que la Universidad sea centralmente pública y gratuita en nuestro país. No obstante, es menester que los estudiantes asuman solidariamente este

(36) Existe un importante esfuerzo de vincular al alumno con el afuera partiendo de la base que el vulnerable necesita del derecho y no el poderoso, que se vale del derecho y muchas veces también de la justicia, razón por la cual es necesario introducir el dato de la extensión, la externalidad y la práctica jurídica excediendo las tareas de becas y pasantías que enhorabuena suceden tal como se relata en el Cap. 5 de la Autoevaluación.

esfuerzo, que realiza el conjunto de la sociedad en su beneficio. En efecto si la Universidad se sostiene con los impuestos, Argentina tiene en lo tributario una fuerte composición a partir del Impuesto al Valor Agregado que no es el mejor tributo, en tanto afecta desigualmente a los de menores ingresos.

Ello importa que las clases populares en sus consumos mínimos tienen IVA incluido. Y una parte importante de dicho tributo es el que financia la Universidad, no es el impuesto a las ganancias, que todos se esfuerzan en evitar. Es curioso el monotributismo profesional masivo que no se condice con los buenos pasares que se advierten de unos cuantos que ejercen la profesión libre, o del increíble beneficio de la exención de magistrados en términos tributarios. (37)

¿Cómo pensamos que los alumnos devuelvan a la sociedad el esfuerzo que esta hizo en ellos como inversión en conocimiento?

Al momento es solo un caso a ser asumido vía ley del ejercicio profesional (5177) y considerando una duración de estudios que supera en más del 40% el tiempo ideal (7,5 años), no parece muy justo esa temporalidad sostenida con un esfuerzo social no visible pero absolutamente cierto. Pareciera razonable exigir pasantías sociales, o algún sistema que pasado cierto tiempo del ejercicio profesional conforme labor que se ejerce y salario u honorario consecuentemente, medie una devolución económica para: becar a los que no pueden estudiar pero quieren, mejorar la logística de la Facultad, financiar investigaciones, generar intercambios, establecer conectividades acorde a los tiempos, más aulas y bibliotecas virtuales, etc., etc. Un sistema que en suma todos ganen. Hoy solo unos pocos (los que acceden que no devuelven).

19. *Algunas consideraciones especiales para la materia Derecho Administrativo II*

A manera de simple guía inicial:

- Variar la perspectiva ideológica de que la administración está contra los particulares. Eso es una posición ideológica de cuño liberal nacida al amparo de otros tiempos, las experiencias argentinas indican que es el estado quien debe proteger a los particulares de muchos poderosos, lo que no impide evitar eventuales abusos públicos. (38)

- Reducir drásticamente desarrollos con antecedentes teóricos e históricos irrelevantes explicando el funcionamiento de las instituciones, la dinámica de una ley y la lógica de un fallo que atiende a la plenitud del instituto. Ello permitiría en una estimación teórica reducir una cuarta parte del programa.

- Incorporar nuevos temas y habilitar en su contenido que cada bloque temático tenga correlatos prácticos.

- Priorizar los temas provinciales y Municipales.

20. *Ejes a considerar de manera totalizadora*

Finalmente digamos que estas variables deben concurrir simultáneamente.

20.1.- Plan de estudios.

20.2.- Régimen de Enseñanza.

20.3.- Sistemas de Evaluación.

20.4.- Práctica pre-profesional.

20.5.- Vinculación al ejercicio profesional.

(37) Aclaro que soy IVA responsable inscripto desde hace muchísimo tiempo (más de 20 años).

(38) Hay corporaciones que concentran medios de comunicación, la exportación, el combustible, la venta de alimentos, etc. las más de las veces transnacionales.

20.6.- Renovación de la docencia.

20.7.- Cuantificaciones permanentes. Nos marcan los resultados concretos.

21. Conclusiones

La actual etapa de la Facultad, encarando sostenidamente la modificación de los planes, con esquemas participativos, es una buena señal, que permite asumir seriamente el desafío que da lugar a este artículo: NO PERDER EL TREN DE LA HISTORIA.

III. Bibliografía

NIETO, Alejandro "La enseñanza académica del derecho". EN: Lex Nova. La revista, Valladolid, 2005-41, 13.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA. FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Autoevaluación: académico-institucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata 2007-2010. La Plata: UNLP, 2011.

- Este artículo es una ampliación más coloquial a la presentación realizada en nuestra Facultad con relación al tema, entendiendo que Anales como memoria institucional es el sitio indicado para generar un debate plural de la cuestión.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE DICIEMBRE DE 2012
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA