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

**Universidad
Nacional
de La Plata**

ANALES

DIRECTOR
JUAN CARLOS CORBETTA

**AÑO 8
/ N° 41
NUEVA
SERIE
2011**

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)
GUIDDENS, 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 Niefeld)
MOLINA, Jerónimo (Univ. de Murcia)
MONTERO , Ramón (Univ. Autónoma de Madrid)
NEGRO PAVON, Dalmacio (de la Real Academia de Cs. Morales y Política de España)
PAREJO ALFONSO, Luciano (Univ. Carlos III)
PELLEGRINI GRINOVER, Ada (Univ. São Pablo, Brasil)
RODRIGUEZ PRIETO , Rafael (Univ. Pablo de Olavide de Sevilla. Univ. de Harvard)
RO SANVALLON, 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 Titulares

Profesores

Abog. Angel Eduardo GATTI
Abog. Vicente Santos ATELA
Abog. Marcelo KRIKORIAN
Abog. Juan Carlos MARTÍN
Abog. Sergio DELUCIS
Abog. Liliana ZENDRI
Abog. Amós GRAJALES

Jefe de Trabajos Prácticos

Abog. Edwin MONTERO LABAT

Graduados

Abog. Manuel Alberto BOUCHOUX
Abog. Federico AYLLON

No Docente

Sra. Cecilia SAUER

Estudiantes

Sr. Gerardo CAMPIDOGLIO
Sr. Matías BALSAMELLO
Sr. Joaquín MUELE SOLER
Sr. Joaquín ELISECHE
Sr. Damián BRUMER

Secretaria Académica: Abog. Rita M. GAJATE
Secretario de Investigación: Dr. Ricardo S. PIANA
Secretario de Posgrado: Abog. Fabián SALVIOLI
Secretario de Extensión Universitaria: Abog. Adolfo BROOK
Secretario de Asuntos Estudiantiles: Abog. Pablo AIS
Secretario Económico Financiero: Lic. Guillermo MILLAN

Secretaria de Redacción: Abog. Rita M. Gajate
Consejo de Redacción: Dr. Ricardo Sebastián Piana; Dra. Marisa Miranda;
Abog. Maria Eleonora Elliff;
Lic. Elisa Dugini; Prof. Alicia Cap; Lic. Marina Borrell

PRESENTACION

Continuando con la modalidad inaugurada en la edición anterior en Homenaje al Bicentenario de la Revolución de Mayo (nº 40), que se editó con los requisitos propios del sistema de referato, imprescindible actualmente en toda publicación académica, hemos cumplimentado otros de orden formal, necesarios para la inclusión de nuestra revista en el catálogo Latindex, que consiste en un sistema de información sobre revistas de investigación científica, técnico-profesionales y de divulgación científica y cultural editadas por los países que integran América Latina, el Caribe, España y Portugal (*).

El lunes 12 de septiembre, nuestra Facultad organizó la Jornada central en homenaje a Domingo Faustino Sarmiento en el bicentenario de su nacimiento y en el que expusieron el Presidente de la Academia Nacional de Educación Dr. Horacio Sanguinetti y el Vicepresidente Primero de la Academia Nacional de la Historia Dr. Fernando Barba, cuyos trabajos publicamos en este número; vaya a ellos nuestro agradecimiento por su importante colaboración.

Contamos, también, con el aporte de distinguidos Profesores de Universidades del exterior, colaboraciones que intentaremos incrementar en el futuro.

Deseo agradecer a todos los integrantes del Consejo de Redacción quienes han trabajado de modo permanente y con gran vocación, a los Profesores que han desempeñado la delicada función de jurados y a todos aquellos que con el aporte de sus investigaciones y trabajos hicieron posible esta publicación. A todos ellos nuestra más profunda gratitud.

JUAN CARLOS CORBETTA
Director

(*) La creación de Latindex tuvo origen en 1995 en la Universidad Autónoma de México (UNAM); en 1997 se convirtió en una red de cooperación regional.

SUMARIO

Homenaje a Domingo F. Sarmiento

Sarmiento y el arte
POR HORACIO SANGUINETTI 1

Un aspecto poco conocido del ideario de Sarmiento. El desarrollo educativo basado en la creación de rentas propias a la educación pública
POR FERNANDO ENRIQUE BARBA 4

Sarmiento, polifacético y redivivo a dos siglos de su nacimiento
POR HERNÁN LUNA 14

Derecho Administrativo

La codificación del proceso administrativo italiano
POR FRANCO GAETANO SCOCA 26

Responsabilidad y administración pública en México. Encuadre del tema y fundamentos constitucionales
POR LUIS GERARDO RODRÍGUEZ LOZANO 33

Reflexiones acerca del procedimiento administrativo frente a la crisis del sistema autoritario
POR INÉS A. D'ARGENIO 51

Derechos Civil

Régimen legal de aguas subterráneas. Una aproximación a la problemática del Acuífero Guaraní
POR DIEGO DE ROSA 74

Derechos Humanos

El derecho al agua en Latinoamérica
POR MARÍA DE LAS NIEVES CENICACELAYA 86

Los 7 “valores clave” de la ética policial en los países de la Unión Europea
POR MICHEL DEYRA Y JUAN H. GARCÍA ZEBALLOS 97

VIII

Derecho Internacional Privado

Privado Evolución del “Ius Mercatorum” como fuente del derecho internacional privado del comercio POR LILIANA ETEL RAPALLINI	108
---	-----

Aspectos de Derecho Internacional Privado en Malvinas: La discusión generada por un matrimonio celebrado en las islas y su reconocimiento en la Argentina POR BRUNO M. TONDINI	117
---	-----

Derecho Internacional Público

Entendiendo el rol del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el Sistema de Solución de Controversias de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar POR MARTÍN CABRERA MIRASSOU	128
--	-----

Derecho de la Navegación

Derecho ambiental, sustentabilidad e infraestructura para el transporte POR MARINA L. LANFRANCO VAZQUEZ	140
--	-----

Derecho de Minería y Energía

Daño nuclear POR CARLOS ALBERTO VILLULLA	152
---	-----

La batalla del petróleo se perdió POR ROBERTO CADENAS ARTURI	166
---	-----

Derecho Penal

La supervivencia de los delitos de sospecha: El caso del artículo 259 del Código Penal Argentino POR MAURICIO ERNESTO MACAGNO	179
--	-----

Derecho Procesal

Las funciones de la Corte Suprema: en el tránsito hacia un nuevo modelo POR ROBERTO O. BERIZONCE	193
---	-----

Derecho Público Provincial y Municipal

Los sistemas electorales en el derecho público provincial argentino POR VICENTE S. ATELA	213
---	-----

Derecho Romano

Encontramos los primeros atisbos del principio de legalidad en el derecho romano Por Romina del Valle Aramburu	229
---	-----

Obligación natural: de la noción romana a la recepción en el Código Civil Argentino, con referencias al Derecho Civil francés y chileno POR PAOLA ELISA ZINI HARAMBOURE	240
--	-----

Derecho Social

La situación social de las trabajadoras domésticas y la regulación legal de sus condiciones de trabajo POR ENRIQUE CATANI	252
--	-----

Derecho y Nuevas Tecnologías

La propiedad intelectual en entornos digitales POR NOEMÍ L. OLIVERA	268
--	-----

Derecho 2.0 de la formación analógica a las problemáticas digitales POR ALEJANDRO BATISTA	282
--	-----

La identidad digital POR ERNESTO LICEDA	295
--	-----

Enseñanza del Derecho

Enseñar metodología de la investigación socio-jurídica POR OLGA SALANUEVA Y MANUELA GONZÁLEZ	305
---	-----

Posibilidades metodológicas en la enseñanza del Derecho POR MARÍA JULIA AMILCAR, MARÍA MARTA LAGUYÁS Y LEONARDO P. PALACIOS.....	317
---	-----

Filosofía del Derecho

Para un conocimiento de la teoría pura del derecho POR CARLOS ENRIQUE PETTORUTI	329
--	-----

Hans Kelsen vida y obra. Una introducción POR ROBERT WALTER	332
--	-----

El pasaje del hombre de la sociedad moderna a la posmoderna POR JULIO CÉSAR SCATOLINI	338
--	-----

Una reflexión sobre los valores jurídicos POR RUBÉN MARCELO GARATE	347
---	-----

Historia Constitucional

ARTIGAS y las Instrucciones Orientales del 13 de abril de 1813 POR JULIA EDITH ARAMBURÚ	358
--	-----

El golpe de estado de 1930 y las ideas corporativistas POR JUAN P. GARDINETTI	378
--	-----

Integración Latinoamericana

El acercamiento entre Panamá y Sudamérica. Una nueva estratégica zona de libre comercio con el Mercosur POR LAUTARO M. RAMIREZ E IVÁN CHAMIS BARAHONA	392
--	-----

Preservación del Patrimonio Cultural

Dimensión económica del patrimonio cultural: necesidad de adecuadas políticas en materia preservacionista POR LILIANA ZENDRI	404
---	-----

Sociología Jurídica

La ruptura instauradora y la Razón político-jurídica POR AGUSTÍN CASAGRANDE	416
--	-----

Reseña Bibliográfica

Sociology Of Law. Visions of a scholarly Tradition. Mathieu Deflem. Cambridge University Press 2008 POR CARLOS ENRIQUE BISSO	429
---	-----

Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

Pautas de Publicación	432
-----------------------------	-----

HOMENAJE A DOMINGO F. SARMIENTO

Sarmiento y el arte

POR HORACIO SANGUINETTI (*)

La dimensión de Sarmiento es de tal magnitud, que resulta difícil abordarlo.

¿Por dónde se comienza a abarcar la desmesura de los Andes, de la pampa, de los fenomenales ríos americanos? Con Sarmiento es igual, pues nada de lo humano le fue ajeno.

Hay una palabra devaluada, desvencijada, subvertida por el uso impropio: genio. Se la utiliza alegremente, sin advertir que los genios, en todo el devenir de la humanidad, son pocos. Entre nosotros, el primero — quizá el único — que merece tal calificativo, es Sarmiento. Hasta en sus errores y contradicciones, que tuvo tantos como cualquiera.

Si se analiza a Sarmiento, es más fácil limitarse a un solo costado, porque fue de todo — minero (en Chile), literato o presidente —, y todo lo hizo con impaciencia creadora y con consecuencias: la rápida estatura que adquirió Argentina, apenas y mal apagados los fogones de los campamentos, estatura que la colocó entre los primeros países de la tierra, es en gran medida, obra sarmientina.

No hubo dimensión cultural que lo viese ausente.

La música, el teatro y la danza lo tuvieron como actor desde muy joven. A la edad de 14 animaba, en su escuelita de San Francisco del Monte, los bailes gauchos organizados por su duca e maestro José de Oro, y juntos, como evoca en “Recuerdos de provincia”, “hemos fandanguado todos los domingos de un año enredándonos en pericones y contradanzas”.

Y muy pronto, hombre de teatro. Cuando su primer regreso a San Juan, desde Chile (1836-8), fue animador, escenógrafo, decorador y dibujante de la juvenil Sociedad Dramático Filarmónica, que actuaba en casa de Javier Jofré, junto a su gran amigo Antonio Aberastain y a Guillermo Rawson más la orquesta de Saturnino Laspiur, Antonio Lloveras y Manuel Grande. Llegaron a presentar un *Barbero de Sevilla*, con música y actores, cuya entidad y condiciones se nos escapan, aunque las suponemos precarias. Pero en su Vida de Dominguito relata con gracia, las sesiones operísticas familiares que se hacían en San Juan, años después.

La ópera ya los acechaba y seducía, pese a la mínima difusión musical de esa época y esa provincia. Y cuando, en vísperas de su exilio en 1839, “seis niñas, la flor de San Juan”, visitan a Sarmiento en la cárcel para darle la lección y despedirlo, entre mil monerías, le cantan “un cuarteto del *Tancredo* (de Rossini) de que yo gustaba infinito”.

Porque la situación política se había tensado y la cosa no estaba para teatros, como no fuera el de la guerra civil.

En 1840, ya instalado en Chile, el sanjuanino abrió paso como periodista y ...comentarista de espectáculos.

La ópera no es un subgénero musical. Es la suma de las artes humanas: sonido, movimiento, color, literatura, danza, teatro, arquitectura y hasta ese clima social que incluye a todas las clases y convoca a funcionar en verdaderos palacios.

En *El Mercurio* de Valparaíso, nuestro prócer publicó inicialmente múltiples escritos que revisten casi caracteres de ensayos; desde observaciones generales, como la necesidad de enseñar música,

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Medalla de Oro (1953). Rector del Colegio Nacional de Buenos Aires (1983-2007). Presidente de la Academia Nacional de Educación. Profesor Consulto Titular de Teoría del Estado, Facultad de Derecho (UBA). Condecorado por Francia e Italia.

“gran vacío en nuestra educación” (y siempre la educación...), hasta su ingreso en la polémica, entonces vigente al rojo, que sopesaba y parangonaba a Rossini, Donizetti y Bellini, polémica en la que participó también Alberdi...y medio mundo, pues eran los tres adalides de la modernidad.

A partir de 1942, Sarmiento *rinforza* sobre el asunto lírico, ahora desde las columnas de *El Progreso* de Santiago, juzgando obras y artistas que visitaban Chile con cierta regularidad. Así, celebra el advenimiento del barítono Henry Lanza, que aunque no era Mario, con su voz y su arte escénico habría de ilustrar toda una época cultural en aquel medio.

Además, allá por 1844, una compañía italiana agitó el ambiente, La integraban buenos artistas, la mezzo Clorinda Pantanelli, la soprano Teresa Rossi, el tenor Alejandro Zambaiti, el bajo Pablo Ferretti, a las órdenes de la batuta de Rafael Pantanelli. Ofrecían conciertos y óperas completas, que para gran gozo de Sarmiento, la sociedad chilena recibió con deleite.

La ópera que más ha permanecido vigente, de cuantas él comentó, es *Lucia di Lammermoor* de Donizetti, con la peculiaridad, entonces bastante frecuente, de que la Pantanelli travistió el papel del tenor, Edgardo di Ravenswood.

Además, se brindó *I Capuleti e i Montecchi* de Bellini, pero con una sacrílega profanación: el último acto fue reemplazado por el final de *Giulietta e Romeo*, de Nicola Vaccai, músico menor aún entonces.

Estas aberraciones eran frecuentes en esos tiempos, y aún más adelante. No olvidemos que cuando Gigli se presentó en Montecarlo en la posguerra, con *Latraviata*, debió interpolar el aria ¡de *La Gioconda!* porque le agradaba al príncipe...

Entre muchas audiciones fragmentarias, —de *Ana Bolena*, *Belisario*, algo de Mercadante, y la nostalgia por la ópera francesa—, en Santiago la orquesta del Sr. Zapiola, los instrumentistas Vicenti, Quintavalla y los cantantes Maffei, Caruel y Lanza alegraron y contribuyeron a formar el gusto musical del pueblo.

Al año siguiente, 1845, Sarmiento inició su gran viaje global, que describió de maravilla en su correspondencia. Y como era enviado oficial el gobierno chileno, documentó y rindió sus gastos con tal exactitud, que incluyó —en monedas hoy arcaicas, como los “franciscos”— hasta las propinas, las orgías y alguna “gran orgía”, coherentemente más costosa, como que en ella invirtió “cinco paulos”.

En España, asistió con frecuencia a teatros de prosa. Pero en París, en 1846, comenzó con las óperas, básicamente francesas, como *Roberto el Diablo* de Meyerbeer, que ya conocía parcialmente desde Chile, y que escuchó dos veces, en mayo y agosto.

Enero de 1847, Marsella. Allí, atiende al *Guillermo Tell* de Rossini.

Pero el deslumbramiento verdiano comienza al entrar a Italia: en Génova, *Attila* e *I due Foscari*, en Liorna nuevamente *Attila* —y compra el libreto—. Oye música sacra en Roma; el 16 de abril en Florencia otra vez *I due Foscari*, y el 18, *Beatrice di Tenda* de Bellini. Luego, en el Apolo de Milán, insiste con *Attila*, y el 17 de julio se deslumbra con *Ernani*, a tal punto que el 20 de julio de 1847, obsequia a su hija la partitura, con esta dedicatoria:

“A Faustina Sarmiento Muestra de satisfacción por sus progresos en la música de D.F. Sarmiento

París 20 de julio 1847

Ernani Música de G. Verdi

El más celebrado compositor moderno”

En torno a esos tiempos, residían o recién lo habían hecho, en París, capital universal de la cultura, los más grandes compositores de la época: Meyerbeer, Liszt, Chopin, Frank, Wagner, Offenbach, Rossini, Bellini, Donizetti, Auber, Bizet, Berlioz, Gounod...

Sarmiento detectó a Verdi, con ojo zahorí, pues Verdi llevaba a la sazón un repertorio aún no primordial: *Nabucco* (1842), *I due Foscari* y *Ernani* (1844), *Attila* (1846), y poco más. Todavía ninguna de sus obras fundamentales. Pero el genio de Sarmiento ubicó sin dificultad al otro genio.

Al día siguiente del regalo del *Ernani* a Faustina, Sarmiento visitó a San Martín, asimismo buen amateur de la lírica, amigo de Rossini y asistente a espectáculos como *La muette de Portici*, de Auber, en La Monnaie de Bruselas, cuando los jóvenes belgas le ofrecieron el mando de su ejército independentista, que él rechazó sugiriendo a quién debía encomendarse.

Asimismo Sarmiento asistió a *Macbetto*, la creación de 1847, donde por primera vez Verdi se acercó al genio de Shakespeare.

Por otra parte, es famosa su despedida a Casacuberta.

No hay registro exacto de los espectáculos a que Sarmiento pudo haber concurrido en Estados Unidos, Pero una anécdota ilustra acerca de su persistencia y su emotividad. Cuando Adelaida Ristori, la famosa actriz, vino a Buenos Aires, Sarmiento era presidente, fue a saludarla y le dijo que la había apreciado en Nueva York. “Lo recuerdo —lo asombró ella—: Ud. estaba sentado en primera fila” y él replicó: “Entonces me habrá visto llorar como un chico”..

Y una nota de humor: cuando debió cancelar, en razón de su salud ya quebrantada, un picnic en el cual había depositado grandes expectativas, escribió a García Merou: “Sírvese hacer poner en los diarios, que a causa de una indigestión de la Patti, se suspende la función hasta su pronto restablecimiento”.

Un aspecto poco conocido del ideario de Sarmiento. El desarrollo educativo basado en la creación de rentas propias a la educación pública

POR **FERNANDO ENRIQUE BARBA** (*)

Resumen

Dentro de las múltiples preocupaciones de Sarmiento por todo lo concerniente a la educación, sin duda guarda un papel relevante la de dotar a aquella con fondos propios e independientes de las decisiones de los poderes del Estado. Desde 1844 comienza a pensar en las diferentes maneras de conseguir aquellas rentas; su prédica se tradujo en una ley del Estado de Buenos Aires de 1858 y cuyo proyecto fuera por él presentado oportunamente. Estas ideas a su vez, fueron incorporadas en la Ley de Educación Común de Buenos Aires de 1875, la que a su vez sirvió, especialmente, en el aspecto político-administrativo, de base a la Ley Nacional N° 1.420. El presente trabajo, basándose en los numerosos escritos de Sarmiento sobre el tema, tiene por fin exponer esos aspectos del pensamiento del sanjuanino.

A LITTLE KNOWN ASPECT OF THE IDEOLOGY OF SARMIENTO.

EDUCATION DEVELOPMENT BASED ON THE CREATION OF OWN FUNDS TO PUBLIC EDUCATION

Abstract

Within the preoccupations of Sarmiento about education, undoubtedly saved a relevant role the fact to provide own funds to education, independently of the decisions of the powers of the State. Since 1844 he began to think about the different ways to get those funds; his preaching resulted in a law of the State of Buenos Aires in 1858, whose project was submitted for him in a timely manner. At the same time these ideas were incorporated into the Law of Common Education of Buenos Aires in 1875, which in turn served, especially in the political administrative aspect, as basis for the National Law N° 1420. This work, based on numerous writings of Sarmiento about the subject, aims to expose those aspects of his thought.

El estado de inexistencia educativa oficial hallado por los hombres que debieron conducir el gobierno de Buenos Aires después de Caseros, los obligó a nuevos y renovados esfuerzos en favor de la educación popular. Era imperativo mejorar la caótica situación con que se hallaron luego de catorce años de inexistencia de educación oficial; asimismo se debía de tratar de conseguir de los estudios, resultados rápidos y eficientes. Algo se había hecho luego de mayo de 1810, pero nunca había sido suficiente. El estado con que encontraron la educación en aquel año era altamente deficitario ya que no había sido precisamente una de las preocupaciones de la Corona en sus colonias americanas, por ello, la escuela colonial fue una modestísima creación fundada por las necesidades del momento y donde se enseñaba la lectura, operaciones básicas de aritmética, la escritura y la doctrina cristiana (Ramos, 1910: 18).

Fueron los revolucionarios de mayo quienes, sin embargo, creyeron que la educación era una de las bases fundamentales donde afirmar el porvenir de la nación en ciernes. Mariano Moreno expresaba que la forma de aspirar por una constitución “juiciosa y duradera” era sacando a los pueblos de “la ignorancia de sus propios derechos en que han vivido” y continuaba afirmando que “el

(*) Profesor y Doctor en Historia, Facultad de Humanidades, U.N.L.P. Profesor titular de Historia Argentina. Director del Instituto de Historia Argentina, Facultad de Humanidades, U.N.L.P. Vicepresidente de la Academia Nacional de la Historia.

término de las revoluciones entre hombres sin ilustración suele ser, que cansados de desgracias...se acomodan por fin a un estado tan malo o peor que el primero, a cambio que los dejen tranquilos y sosegados". (Moreno, 1943: 301 y ss.)

Desde mayo de 1810, la educación pública estuvo apoyada exclusivamente por el esfuerzo de cada una de las provincias a través de sus respectivos cabildos y gobernadores intendentes en tanto que el gobierno nacional se manifestó mediante declaraciones generales que se convirtieron, como ha manifestado Juan P. Ramos, en "aspiraciones teóricas sin más trascendencia que la demostración de una intencionalidad educativa" pero, las difíciles situaciones por las que atravesaba el país, hicieron que las provincias tomaran derroteros propios.

En dichas circunstancias, el Cabildo de Buenos Aires, con fecha 2 de noviembre de 1810 se dirigió al gobierno manifestándole sobre la necesidad de mejorar la educación pública y manifestaba la conveniencia, de uniformar la educación y organizar un método sistemático para que se adoptara y siguiera en todas las escuelas de su jurisdicción. A pesar de ello ninguna medida oficial de importancia se adoptó al menos hasta 1816, cuando entró en vigencia el reglamento que rigió para las escuelas rurales y que fuera redactado por Rufino Sánchez y Francisco Javier Argerich (1). En 1818, el canónigo Saturnino Segurola y Lezica, habiendo sido designado Director de Escuelas sujetas al Cabildo, redactó sendos reglamentos para el funcionamiento de las escuelas de la ciudad y la campaña (2).

En 1838 Rosas decretó el cierre de las escuelas públicas fundamentando el mismo en la imposibilidad del gobierno de sostenerlas y pagar los sueldos de los empleados. Los maestros debían exigir una cuota por parte de los padres y los alumnos que no la abonaran no serían recibidos en las escuelas; esta medida marcó tácitamente el cierre de la mayoría de las escuelas provinciales, el presupuesto se redujo de los 58.580 de 1838 a sólo 2.300 pesos (Levene, 1938: 91).

Como se expresó anteriormente, después de Caseros se inició la reorganización de la enseñanza, siendo el primer acto de importancia la creación, el 23 de febrero de 1855, del Consejo de Instrucción Pública del Estado de Buenos Aires que tuvo a su cargo tanto la enseñanza primaria como la superior, siendo designado presidente del mismo el Rector de la Universidad, por entonces el Dr. José Barros Pazos. Sin embargo, debido al

"...desarrollo de la instrucción primaria costeadá por el Estado, hace indispensable una activa y continua vigilancia sobre los establecimientos en que ella se dá, y que a pesar del celo y de la inteligencia con que desempeña el cargo de Jefe del Departamento de Escuelas el Rector de la Universidad, no es posible que pueda contraerse exclusivamente á tan importante encargo... el Gobierno"

Decretó el 7 de junio de 1856 la creación del cargo de Jefe del Departamento de Escuelas, quedando entonces la educación primaria separada de la tutela del Rector de la Universidad. Fue designado en tal carácter, Domingo Faustino Sarmiento quién lo ocupó, con breves intervalos de licencia debido a otras importantes ocupaciones, hasta el 2 de noviembre de 1861 (3). Cabe señalar que el nombramiento fue efectuado cuando era gobernador de Buenos Aires, Pastor Obligado y Ministro de Gobierno, de quién dependía la enseñanza, el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield.

Sin dudas Sarmiento puso todo su empeño en la difícil tarea que se le había encomendado, y fruto de la misma fue la creación de nueve escuelas rurales y tres en la capital, todas de primeras letras y dos superiores en la ciudad de Buenos Aires. Sin dudas fue un logro de gran importancia la

(1) Archivo General de la Nación; Gobierno Nacional, Instrucción Pública, 1812-1835. El documento ha sido publicado en: Carlos Correa Luna. Historia de la Sociedad de Beneficencia.

(2) Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires. Sección Dirección General de Escuelas, 1-1-1-1. El reglamento para la campaña lleva fecha del 18 de julio de 1818. Véase Fernando E. Barba (1997).

(3) El Consejo estuvo formado por José Barros Pazos, Dalmacio Vélez Sarsfield, Eusebio Agüero, Daniel Cazón, José Banegas, Juan A. Peña, Camilo Duteil, Nicanor Albarellos, Miguel Esteves Sagúy y Ventura Bosch. Véase Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires (ROPBA, 1855: 32; 1856: 56).

sanción, bajo la inspiración y proyecto del propio Sarmiento, de la ley de 31 de agosto de 1858, por la que se destinaban diversos fondos, como propios de la educación, exclusivamente a la creación de edificios escolares. Sarmiento había bregado mucho tiempo en ese sentido y ahora lo conseguía; también fue un antecedente directo de lo que luego se plasmaría en la ley de educación de 1875; ambos aspectos serán estudiados más adelante (4).

Sin duda, la reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires, fue un hecho fundamental en la vida institucional de la misma, modernizando la constitución del Estado de Buenos Aires, creando la herramienta política que permitiera proyectar una serie de leyes de avanzada para la época. El artículo 205 disponía que la Legislatura debía dictar una ley para “establecer y organizar un sistema de Educación Común” y el artículo siguiente señalaba las condiciones que debía llenar la ley, entre ellas, la gratuidad y obligatoriedad.

En lo que respecta al presente trabajo, cabe señalar que la ley de Educación Común, promulgada el 26 de septiembre de 1875 establecía en su capítulo IV un fondo propio y permanente de escuelas, que según se indicaba en su artículo 62, sería formado por los siguientes recursos: los fondos depositados en el Banco de la Provincia; el producto de las multas que no tuvieran aplicación determinada por ley; los bienes que por falta de herederos correspondiesen al fisco; las donaciones de particulares a favor de la educación común y las donaciones que el Congreso Nacional hiciese a la educación provincial (Barba, 1968: 53-66). Si bien Sarmiento no formó parte de la Convención reformadora, sus ideas de varios años, plasmadas en la citada ley de 1858, quedaban ahora insertas en la ley general que, según Levene, cerraba “los tiempos heroicos de la instrucción primaria y señala el comienzo de una nueva etapa en la historia de la educación argentina” especialmente por su “autonomía rentística”.

Sarmiento se preocupó de los más variados temas relacionados con el fomento y extensión de la educación popular puesto que consideraba que la misma era la base indispensable para el desarrollo institucional y económico de las naciones y especialmente en los países sudamericanos, incluida obviamente la Argentina. Sus lecturas, viajes y especialmente su curiosidad por todo aquello que sirviera a aquel propósito fueron, sin dudas, base y fundamento de sus ideas.

Uno de los aspectos que consideró como básicos para el fomento de la enseñanza fue el de dotar de rentas propias a la educación; su prédica en éste sentido la comenzó en Chile especialmente luego de su paso, enviado por el gobierno de aquel país, por diversas naciones europeas y especialmente los Estados Unidos en donde, su relación con el sistema educativo de aquella nación y especialmente con el innovador y reformador de la educación y Secretario de la Junta Estatal de Educación de Massachusetts desde su creación, Horace Mann, fue decisiva. Sarmiento se trasladó a Boston con el exclusivo fin de entrevistarse precisamente con Mann quién fue, muy probablemente, quién le informó sobre la existencia en el estado de Massachusetts de fondos cuyos productos estaban destinados especialmente a la enseñanza. Según afirma Alejandro E. Giarrizzo, Sarmiento buscó a Mann luego de que hubiera llegado a sus manos un folleto que llamó su atención y estaba escrito por aquel; el mismo era un informe de un viaje por Alemania, Francia, Holanda y Gran Bretaña. En este folleto el norteamericano de Massachusetts le explicaba a la Junta de Educación de su estado el conocimiento logrado en su investigación de los sistemas educativos de Europa (Giarrizzo, 2008); de allí el interés del sanjuanino por la entrevista.

Aseguraba ya en 1849 que no era difícil computar los gastos que demanda una escuela de doscientos alumnos, la renta de dos maestros, la adquisición o el arriendo de un local, y los libros necesarios para la enseñanza. Por ejemplo, en 1849 decía que en Francia,

“a más de la contribución municipal, se ha añadido otra contribución de tres céntimos sobre el catastro de la propiedad del lugar en que la escuela es tenida, y además una contribución sobre los

(4) Al respecto véase Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires (1939) y Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires (ROPBA, 1858: 68-70).

niños que pueden pagar. En Holanda la municipalidad no educa sino a los pobres de solemnidad, y en Nueva York, los hijos de los que pueden pagar un estipendio en beneficio del maestro, añaden esta contribución más a la municipalidad y a la del Estado” (Sarmiento, 1886: 337 y ss.).

En ese mismo año se explainaba más sobre el asunto y aseguraba que

“...el Estado de Massachusetts, contenía en 1846, en las trescientas nueve ciudades y villas que lo forman, 3.475 escuelas públicas, con 2.589 maestros hombres y 5.000 maestras, asistidas por 174.084 niños. Observe Ud. que el número de maestros de escuela es mayor en este Estado que el monto total del ejército permanente de Chile, y el tercio del de todos los Estados Unidos. La población del Estado es de 737.700 habitantes y los niños en estado de asistir a la escuela 203.877. Las rentas destinadas para sostener la educación pública son 650.000 pesos, recolectados por contribución de escuelas. Además de las escuelas hay en Massachusetts 77 colegios públicos incorporados, con 3.700 estudiantes y 1.091 colegios y escuelas particulares, con 24.318 discípulos, los cuales pagan 277.690 pesos por la enseñanza que reciben. A más de estas pasmosas sumas, cada localidad posee fondos cuyos productos están especialmente destinados a la enseñanza. Estos fondos producían quince mil pesos de censo, a los que se añadían más de ocho mil pesos de sobrantes de rentas ordinarias que eran aplicadas por la administración a este santo objeto”.

Terminaba diciendo “que estos yankees tienen el derecho de ser impertinentes. Cien habitantes por milla, cuatrocientos pesos de capital por persona, una escuela o colegio para cada doscientos habitantes, cinco pesos de renta anual para cada niño, y además los colegios: esto para preparar el espíritu” (5)

Numerosos escritos, artículos, memorias y debates parlamentarios, en un período de alrededor de treinta años, marcan su preocupación por el tema como una constante de su acción y pensamiento. Una idea fue rectora durante mucho tiempo, la misma consistía en la obligación por parte de los vecinos, especialmente de los más pudientes, de contribuir al sostenimiento de la escuela. Al respecto expresaba ya en el Mercurio de marzo de 1842, que en todas las provincias “se encuentran vecinos amantes de la educación, si bien en corto número, jóvenes de instrucción suficiente para informar sobre ella y estimularla. La estadística, los exámenes públicos, la arbitración de medios para subsanar los gastos que ella demanda, la preparación de locales adecuados, todo debe preceder a la formación de las escuelas que regirán los profesores educados en la Escuela Normal”.

Unos años más tarde afirmaba que un Estado civilizado “no debe permitir que una gran parte de la generación naciente permanezca en la barbarie y en la ineptitud de cultivar la inteligencia. La renta para la educación debe, pues, ser proporcionada a la masa de niños” existentes en la misma. Pero ante la escasez del presupuesto y especialmente el dedicado a escuelas, era indispensable que los vecinos pagasen por la educación de sus hijos. Observaba que las contribuciones que el Estado imponía a la nación, se destinaban a gastos que no afectaban o beneficiaban directamente a los individuos. Pero

“...la contribución para la instrucción primaria, por el contrario, iría a influir directa e indirectamente sobre el contribuyente. No sabe uno cuanta parte de beneficio le cabe en que se construya un puente en algún punto del estado; pero sabe muy bien, que parte le cabe de la instrucción pública dada por el Estado a sus propios hijos. Entonces, volviendo a emplearse la contribución en beneficio directo del mismo contribuyente...”

se lograría el beneplácito de los mismos; esa renta a su vez, debería de ser aplicada en el mismo lugar donde se recaudara.

De su experiencia en los Estados Unidos, informaba que en Nueva York, los hijos de los que podían pagar un estipendio en beneficio del maestro, añadían una contribución más a la municipal y

(5) Véase Domingo Faustino Sarmiento. Viajes, en Obras completas, tomo 5, p. 447.

a la del Estado ya que una escuela gratuita, se pensaba, no debía gastar dinero en costear la educación de los hijos de los ricos, en detrimento de pobres que podían aprovechar de aquellas sumas. Aplicando dicho principio para Chile afirmaba que por

“...la misma razón el Estado no debe auxiliar a las capitales de provincia que poseen recursos e ilustración suficiente, para sostener la educación de sus habitantes. ¿No es vergonzoso, en efecto, que las arcas nacionales vayan a invertir sus fondos ordinarios en auxiliar a Copiapó, Valparaíso y otras ciudades, cuyos habitantes gastan en una noche de ópera mayores sumas que las que tendrían que contribuir al mes para sostener la educación de sus hijos?” (Sarmiento, 1886: 337 y ss.).

Unos meses más tarde, en la discusión del proyecto de ley dado en la Cámara de Diputados de Santiago en octubre de 1849, Sarmiento hacía explícitas las afirmaciones anteriores y advertía que la razón que habían tenido todos los países para hacer directa la contribución para las escuelas, era que su aplicación era local, y que teniendo los ricos

“...interés de educar a sus hijos, y no teniéndolo los pobres para educar a los suyos, el gasto que el acomodado hace en su propio beneficio, aprovecha al pobre a quien el gobierno compele a educar a sus hijos. La dificultad de establecer la renta de escuelas, así basada en el interés de los que pueden, es de detalles, de aplicación; mientras que el otro sistema no puede llegar sino hasta cierto punto de desarrollo, y detenerse allí. Las conjeturas sobre el resultado de la aplicación y práctica de la recaudación de la renta, son simplemente una conjetura, mientras que en el otro sistema hay un hecho matemático; uno es elástico hasta el infinito; otro fallará en el momento que se le exija más de lo que puede dar”.

Aún en 1853, en sus Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina continuaba con la misma idea al sostener que

“Cuando la Constitución dice que la educación será gratuita, se entiende que en las escuelas no se cobrará á los niños estipendio alguno por la enseñanza. La educación debe ser costeadada por la Provincia; pero como la Provincia no tiene otros fondos que los que resulten de las contribuciones cobradas al vecindario, y éstas son de ordinario apenas suficientes para costear la administración, resulta en definitiva que los vecinos deben proveer á esa educación gratuita”.

“Mas como todos los padres de familia que tienen posibilidades han de gastar dinero en educar á sus hijos, en lugar de darlo á los maestros de escuela directamente, lo ponen en común para que las escuelas puedan no sólo educar á sus hijos, sino también á los de los vecinos que por sus cortas facultades no podrían hacer este gasto. No hay, pues, verdadera contribución, sino simple administración colectiva de los gastos que cada una había de hacer individualmente”.

Las ideas de Sarmiento anteriormente expresadas muestran los primeros acercamientos del sanjuanino al tema educación y rentas; los mismos giran sobre el eje del aporte que deben hacer los vecinos para ayudar a mantener las escuelas. Ya vuelto al país, sus esfuerzos también se van a dirigir en otra dirección. Ahora será el Estado, además, el que deba crear esas rentas destinadas exclusivamente para la educación y será Sarmiento quién presente ideas de donde extraer los fondos necesarios para crearlas; además comienza a pensar y difundir el concepto de la educación como motor de la economía de los naciones, principio que muchos países industrializados apoyaron y desarrollaron bien entrado en siglo XX.

En 1855 Sarmiento redactó una larga memoria que fue editada en Santiago de Chile, tratando diversos temas relacionados con la colonización y la educación; lo interesante es que en el mismo presenta un posible texto a fin del desarrollo de la enseñanza y creación de fondos propios de la misma. Proponía la expropiación de terrenos en las cercanías del arroyo Maldonado y en diversas partes del territorio provincial; las tierras antes mencionadas quedaban afectadas al fondo de Escuelas comunes, y serían destinadas a locales para escuelas, “pepineras de árboles de selva, establos modelos para lecherías, capillas, bibliotecas locales, casa morada del maestro de escuela agrónomo, posta y administración de la vacuna.” Además todas las tierras eriales que poseyera o

hubiere de poseer el Estado, y todas las tierras que por falta de herederos o por otras causas volviesen al Estado, serían destinadas a formar un fondo permanente de escuelas, y cuando vendidas en pública subasta y en lotes que designara la Legislatura, su valor debía ser conservado en el Banco Provincial, no pudiéndose disponer sino del interés del capital en beneficio de las escuelas. Asimismo en las ventas de terreno de pastoreo, el derecho de alcabala se habría de cobrar en las tierras que se conservaran baldías, y su producto se destinaría también para el fondo de escuelas (Sarmiento, 1899: 230 y ss.).

Habiendo sido designado Sarmiento en 1856, como ya se expresó más arriba, Jefe del Departamento de Escuelas del Estado de Buenos Aires, presentó, el 19 de noviembre de aquel año, su primer Memoria. En ella volvía al tema del mantenimiento de la enseñanza y expresaba que el objeto de la injerencia del Estado en la enseñanza pública era para dar educación a los niños que, sin su auxilio, no la obtendrían por sólo la acción y esfuerzo de sus padres, y por accidente hacer más barata y más extensa la de aquellos que pudiendo costearla y sostenía, con claro sentido social, que:

“Educación gratuita, no quiere decir que el Estado haya de sustituirse al padre de familia en el desempeño de un deber que la naturaleza le ha impuesto para con sus hijos, á la par de vestirlos y alimentarlos; sino que siendo un mal para la sociedad, el que, por la pobreza de los padres, un cierto número de niños llegue á la edad adulta, sin haber recibido la instrucción indispensable para llenar las funciones sociales, la fortuna de todos acude, por la contribución, en auxilio del padre que se halla imposibilitado de educar á sus hijos”.

Estaba totalmente persuadido que la educación organizada era más barata que la particular y por ello esperaba que pronto encontrase apoyo con el concurso de los vecinos los medios para extender su esfera, y ensanchar la limitación de la enseñanza. Afirmaba entonces que:

“...los 40 pesos que pagan los padres de familia por la educación de sus hijos, los pagasen por contribución municipal en favor de las escuelas de su parroquia, tendríamos suma mayor que la que á su sostén consagra el erario. Este es el secreto de la educación común, que es hoy el paladium de la libertad, de la civilización, de la moral y del desarrollo de la riqueza de los estados modernos”. Consistía entonces en administrar el dinero que forzosamente gastaban los padres de familia en educar á sus hijos, “de manera que á su sombra se eduquen los hijos de los que carecen de recursos”.

El 27 de julio de 1857 Sarmiento defendió un proyecto que creaba fondos especiales para la educación, decía que había presentado

“...una serie de proyectos para fomentar la erección de escuelas en la ciudad y campaña. Hace tiempo que una de las preocupaciones del público es la mejora de las escuelas...” “La erección de edificios capaces y adecuados á su objeto ha sido el único resorte que se ha tocado en estos últimos tiempos para sacar la educación de la postración en que estaba antes. Los estados que el Departamento de Escuelas ha podido reunir este año, han mostrado atentamente que del año pasado al que corre se ha adelantado poquísimo, no obstante haberse puesto todos los medios que están al alcance del poder para mejorar las escuelas. Puedo asegurar á la Cámara por experiencia de hechos recientes, que el público acepta con calor la idea de proceder inmediatamente á la erección de escuelas, y que está dispuesto á prestarle el mayor apoyo...El proyecto prescribe que los vecinos concurren al objeto. Nadie es solícito por el bien ajeno, sino cuando ese interés público es su interés propio”.

La permanente insistencia de Sarmiento habría por fin de dar sus frutos al conseguir la ley que, sancionada el 6 de septiembre de 1858, destinaba fondos propios para la creación de escuelas, tanto de varones como de niñas en la ciudad y la campaña.

Los recursos serían provistos por el producto de los terrenos que se mandaron vender por la ley de 29 de Julio de 1857, tierras expropiadas a Rosas en 1852, el producto de los arrendamientos de los mismos terrenos que existieran depositados en el Banco de la Provincia o los que en adelante se depositaren; el producto de la venta o del arrendamiento, mientras no se vendieren de las propiedades

urbanas, incluidos los de Palermo, los que serían vendidos por el Poder Ejecutivo. A los bienes antedichos se agregarían todos los fondos provenientes de los bienes declarados de propiedad pública y que antes de la sanción de la ley anteriormente citada, existían depositados en el Banco, así como los que en adelante se depositaren, y no se hallasen comprendidos en las tres clasificaciones anteriores. Además habrían de formar parte del fondo educativo el valor de los bienes que, por muerte abintestato fuesen, conforme a las leyes, declarados de propiedad del Estado; todas las multas que los Tribunales impusieren, y cuyo valor fuera destinado al Tesoro; la suma que anualmente se votara en el presupuesto general de gastos, hasta la terminación definitiva de todos los edificios de Escuelas. Se agregaban además los fondos mencionados que serían depositados en el Banco a disposición del Poder Ejecutivo para ser invertidos en la creación de escuelas con arreglo a las prescripciones de esta ley. Puede considerarse esta ley como un antecedente directo de parte de la ley de educación provincial de 1875.

Los fondos así establecidos serían invertidos en la creación de Escuelas, en todo el territorio del Estado de acuerdo a una serie de pautas determinadas donde se especificaba que en las Parroquias de la Catedral al Norte, San Miguel, Monserrat, la Concepción, San Nicolás y Piedad, recibirían otro tanto de lo que sus vecinos por medio de suscripciones depositadas en el Banco depositaren para la erección de sus respectivas Escuelas; las Parroquias del Socorro, Pilar, Balvanera, San Telmo y Barracas al Norte, recibirán dos veces más de lo que sus vecinos depositaren con el mismo objeto; los municipios de Campaña recibirían, sobre la cantidad que sus vecinos depositaren con igual propósito, la diferencia que resultare hasta la concurrencia de la cantidad presupuestada, dándose la preferencia a aquel que proporcionalmente contribuyese con mayores recursos. Se aclaraba explícitamente que los terrenos y edificios que ocupasen las escuelas que se mencionaban en la ley, no podrían en lo sucesivo destinarse a otros objetos.

Como puede observarse, la ley contemplaba un sistema mixto para la formación del fondo escolar, ya que el Estado aportaba una parte de los mismos y los otros por los vecinos que estuvieran en condiciones de hacerlo, lo que resultaba, especialmente en la campaña, que la calidad y tamaño de los edificios estaba supeditada al aporte de los vecinos de los diversos municipios; de todas maneras, era un evidente avance que se vería concretado durante la gestión de Sarmiento, y luego de ardua lucha, en la creación de diversas escuelas en la ciudad y la campaña (ROPBA, 1858: 68 y ss.) (6).

Los legisladores también se preocuparon del control y uso de los nuevos fondos. Así se establecía que la inversión y administración de los fondos que por esta ley se destinaban a la erección de escuelas, quedaba a cargo de comisiones de vecinos las que se constituyeron con siete vecinos cuando más y cinco cuando menos, dando cuenta al Gobierno y debían encargarse de levantar las suscripciones indicadas por el artículo tercero; ante la presentación de las cuentas comprobadas y visadas por el Departamento de Escuelas, el Poder Ejecutivo libraría los fondos sobre las cantidades depositadas en el banco, de tal forma que el departamento de escuelas con aprobación del Gobierno designará la forma y capacidad de dichas escuela, según la población de las parroquias y municipios suministrados, los planos a los respectivos comisionados a fin de que formasen el presupuesto de los costos de erección.

No fue fácil ni rápido el cumplimiento de la ley, ya que los organismos que debían encargarse de formar los fondos, es decir, el Banco de la Provincia, los ministerios y los juzgados, se mostraron si no renuentes, al menos poco ágiles en el trámite de los depósitos. Así lo hacía notar Sarmiento en su segundo informe como Jefe del Departamento de Escuelas; allí expresaba que en lo referente a dicha ley.

“...sería conveniente indicar á los señores Directores del Banco la conveniencia de abrir una cuenta particular en sus libros á los depósitos de valores provenientes de las fuentes que señala dicha ley. Hasta el presente los productos de la venta de las tierras designadas en la ley de Junio á que se refiere la de Agosto, están confundidas en las de tierras públicas en general. El destino de esos productos es espedadísimo y el espíritu de la ley que permanezcan siempre extraños á las otras necesidades

(6) Véase también Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires (1939).

del Estado. Deben cargarse en esta cuenta junto con los productos de venta de tierras los de bienes abintestato que recaigan al Estado, y las multas ó penas pecuniarias que los tribunales impongan, como así mismo los arrendamientos de terrenos que la ley designa”.

Continuaba informando que ningún tribunal había mandado depositar en nueve meses de vigencia que llevaba la ley, ninguna suma en el Banco como producto de penas o multas,

“...circunstancia que argüiría que ningún juzgado las ha impuesto en tan largo lapso de tiempo, ó que el juez interpretando la frase multas destinadas al fisco, que usa la ley, haya entendido que le es facultativo destinar las multas que impone á objetos de su particular predilección, pues hemos visto anunciado en los diarios el destino dado por el juez correccional á una suma de dos mil pesos para el Asilo de Mendigos. El designar las penas ó multas pecuniarias destinadas al fisco, debió tener por objeto distinguirlas de las que, por indemnización, se imponen á beneficio de los litigantes ú otros intereses. Convendría explicar ó suprimir la palabra ambigua, para evitar que cada juez distraiga las multas del peculiar objeto á que la ley quiso destinarlas, sin lo cual los jueces hallarán más de su simpatía hasta que se cambie nuestro modo de concebir el bien público, que los mendigos vivan regularmente, á que el niño escape á la mendicidad que le prepara su ignorancia”.

Terminaba afirmando que:

“...la negligencia de los funcionarios públicos, ha contribuido á hacer perder de vista, echándose en olvido el origen y ubicación de dichos bienes” y recordaba que la falta de medios públicos de educación “constituye la transmisión de padres á hijos de la distinción, la ignorancia, la oscuridad y á veces el vicio. Las clases sociales tienen este origen. El rico antiguo legaba a su progenie por el mayorazgo la educación y la nobleza: el pobre, el plebeyo, su propia ignorancia y miseria”. (Sarmiento, 1900: 76)

A pesar de las críticas del sanjuanino a la lentitud de la conformación del fondo, hacía constar que desde la sanción de la ley se habían presentado al Departamento de Escuelas, solicitando hacerla efectiva en sus respectivas localidades, comisiones de vecinos de las parroquias de la Catedral al Norte y Monserrat de la ciudad de Buenos Aires, de Quilmes, de Baradero, de San Justo, de San Martín y de Cañada Bellaca. En San Justo los vecinos solicitaron la compra de un edificio erigido para escuela al fundar la villa, contribuyendo con una parte de su valor; y en Cañada Bellaca se les había concedido la suma de cinco mil pesos para completar el valor de una escuela que el vecindario del Baradero había establecido, pagando por suscripción la suma de tres mil setecientos pesos. Asimismo indicaba que ya había otras obras, anteriores a la ley, en plena ejecución.

Como dato de sumo interés de la acción de Sarmiento al frente del Departamento se debe consignar que el número de escuelas en el Estado de Buenos Aires en 1858 era de 246, es decir 69 más que en 1856 y el número de alumnos en dichas instituciones alcanzaba a 13.655, siendo el aumento en el mismo lapso anterior de 2.743.

Aún en 1877, al frente de la Dirección General de Escuelas, Sarmiento insistía en el tema afirmando que era la preocupación general al proveer de rentas especiales a la educación, hacer que su sostén no dependiese del presupuesto de los gastos administrativos, pues carecerían con esto de la regularidad de inversión, o serían a veces absorbidas por las necesidades más apremiantes del Gobierno; por ello existía un artículo que distinguía el impuesto escolar de los que se recaudaba al mismo tiempo para los gastos ordinarios de la administración. El problema fundamental pasaba porque los colectores recaudaban los impuestos en forma conjunta y así los depositaban en el Banco, provocando confusiones y demoras en el envío de las remesas escolares.

En el Informe de 1879, retornando permanentemente al tema de la renta, recordaba que el propósito de la ley, al crear un sistema de rentas especiales para el sostén de la Educación Común, era el de emanciparla de toda sujeción a cualquier otro sistema de contribuciones, creándole una administración propia en un Consejo General de Educación, y un Director General, que en el ejercicio de sus funciones no dependiesen del P. E.

Aseguraba que:

“...sin este requisito, y nunca debe olvidarse, la educación quedará sujeta á los excedentes, si los hubiere, de gastos de los otros ítems del presupuesto, pues cada uno de ellos responde á una serie de empleados, o a un orden de inversiones que están en definitiva representados por personas”.

“La contribución de Escuelas, no es una contribución, sino una administración en común y obligatoria, de un gasto personal y al parecer voluntario de los vecinos y particulares. Cuando pagamos los jueces, los empleados, el Gobierno, beneficiamos indirectamente de la seguridad obtenida por este medio. Pagamos un servicio público la suma exigida al vecino para la educación se invierte por el contrario para darle á sus propios hijos la educación que él les pagara mensualmente, de otro modo en escuelas particulares por sumas exageradas su propia dirección y control de la enseñanza. Todos los vecinos son así decididamente beneficiarios de la Educación Común pues que todos la pagan en común, en lugar de pagarla cada uno particular. La parte desvalida de la sociedad provea la comunidad de enseñanza, por cuanto, no pagándose por el alumno el maestro, basta lo que los más ricos han contribuido para costear, con los mismos maestros y en la misma Escuela, la educación de los más pobres”.

Otro asunto que consideraba de suma importancia, ligado obviamente a la creación de fondos propios, era la construcción de los edificios para las escuelas. Estaba firmemente convencido que mientras no se construyeran escuelas modernas, la gruesa suma de dinero consagrada a la enseñanza se habría de malograr en su mayor parte, por los escasos resultados que habrían de producirse. En 1856, en ocasión de presentar su primer informe como Jefe del Departamento de Escuelas, afirmaba que los locales de escuelas, exigían condiciones de distribución y espacio para el buen servicio de ellas y que nunca podían encontrarse en casas construidas para la residencia de una familia, razón por la que aseveraba, “...se ha concluido en estos últimos años, en todos los países que se ocupan de la educación pública, por construir edificios adecuados, con grande economía de tiempo en la enseñanza, y mucho ahorro de los caudales que se malbaratan en el poco aprovechamiento de los niños”. “La más productiva innovación, que se ha hecho en estos últimos diez años en la enseñanza pública, ha sido la erección de suntuosos y cómodos edificios destinados á las escuelas”.

Años más tarde profundizaba sobre el tema; en Ambas Américas de febrero de 1868 expresaba que la construcción de edificios de Escuelas reclama un conocimiento especial de las necesidades de enseñanza, y de las leyes de higiene:

“Un edificio inadecuado es un error petrificado. Ahí queda, y dos generaciones tienen por economía que aceptarlo”... “Los modelos que presentamos no son del todo adaptables a aquellos países que de ordinario construyen de un solo piso; pero el ancho y distribución de los salones ha de ser siempre observado por cuanto responden a las necesidades del mecanismo y disciplina de las Escuelas. Es preciso que el principal de un salón domine desde su asiento toda la clase para que pueda tenerla bajo su influencia, y esto se consigue en salones espaciosos. Los movimientos son así más fáciles. La ciencia ha avanzado tanto en esta clase de edificios, que sería anticipado entrar en otros pormenores por ahora”.

Sarmiento bregó en forma permanente e incansable por la creación de fondos públicos para las escuelas. Sus viajes a Europa y Estados Unidos lo nutrieron con numerosos ejemplos de los adelantos en la educación, legislación, edificios escolares y fortaleció sus ideas generales sobre la importancia de la educación popular para cimentar el adelanto y la riqueza de las naciones. Sus ideas fueron incorporadas finalmente en un cuerpo legal como lo fue la ley de Educación Común de la provincia de Buenos Aires y fue precisamente él, en su carácter de primer Director General de Escuelas de dicha provincia, quién la pusiera en marcha, obteniendo, a pesar de las dificultades para hacerla cumplir en toda su extensión, exitosos resultados que fueron rápidamente observables. La provincia de Buenos Aires triplicó en pocos años en número de escuelas y de alumnos que concurrían a sus aulas y fue ejemplo para todo el país. Muchos de sus principios innovadores y muy especialmente en la organización administrativa de la enseñanza, sirvió, como se dijo, de base de la ley n° 1.420 de educación común de la Nación.

Bibliografía

ARCHIVO HISTORICO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Fundación de escuelas públicas en la Provincia de Buenos Aires durante el gobierno escolar de Sarmiento. 1856-1861; 1875- 1881. La Plata: Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, 1939.

BARBA, FERNANDO ENRIQUE. “La ley de educación común de Buenos Aires de 1875”, en: Trabajos y comunicaciones, La Plata, UNLP, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 1968 18, 53-66.

BARBA, FERNANDO ENRIQUE. “Los primeros reglamentos de educación primaria de Buenos Aires, 1816-1818”, en: Fernando Enrique Barba, Marcelo Coll Cárdenas y Claudio Panella. Temas de historia argentina II. La Plata: UNLP, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 1997. Colección Estudios-Investigaciones, 31.

BUENOS AIRES [PROVINCIA]. Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires (ROPBA). Buenos Aires, 1855.

BUENOS AIRES [PROVINCIA]. Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires (ROPBA). Buenos Aires, 1856.

BUENOS AIRES [PROVINCIA]. Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires (ROPBA). Buenos Aires, 1858.

CORREA LUNA, CARLOS. Historia de la Sociedad de Beneficencia. Buenos Aires: Sociedad de Beneficencia, 1923.

GIARRIZZO, ALEJANDRO E. 2008. Sarmiento y los Estados Unidos de Horace Mann. Proyecto Gutenberg-Ambas Américas. Disponible en: <http://www.ambasamericas.net/works/giarrizzo.pdf>.

LEVENE, RICARDO. “Sarmiento, sociólogo de la realidad americana y argentina”, en: Humanidades, La Plata, 1938 26, 73-97.

MORENO, MARIANO. “Prólogo a la reedición de la obra ‘Del Contrato Social, ó Principios del derecho político’, por Juan Jacobo Rousseau”, en: Escritos. Buenos Aires: Estrada, 1943, t. 2, 301 y ss.

RAMOS, JUAN. Historia de la instrucción primaria en la República Argentina. Buenos Aires: Peuser, 1910.

SARMIENTO, DOMINGO FAUSTINO. Obras completas. Buenos Aires: Imprenta y Litografía Mariano Moreno, 52 vols., 1884-1903.

“Principios fundamentales de las leyes sobre Instrucción Pública. Tribuna, 13 al 16 de junio de 1849.”, en: Augusto Belín Sarmiento y Luis Montt (eds.), Obras completas. Buenos Aires: Félix Lajouane, 1886, t. 4, 337.

“Principios fundamentales de las leyes sobre Instrucción Pública. Santiago de Chile, El Mercurio, 17 al 23 de junio de 1849.”, en: Augusto Belín Sarmiento y Luis Montt (eds.), Obras completas. Buenos Aires: Félix Lajouane, 1886, t. 4, 337.

Obras completas. Buenos Aires: Imprenta y Litografía Mariano Moreno, 1899, t. 23, 230 y ss.

Obras completas. Buenos Aires: Imprenta y Litografía Mariano Moreno, 1900, t 44, 76 y ss.

Sarmiento, polifacético y redivivo a dos siglos de su nacimiento

POR **HERNÁN LUNA** (*)

Resumen

Es útil y bello recordar estas vidas ejemplares que fortalecen nuestra flaqueza y calman nuestra inquietud; para curarnos de la misantropía, recordando a los jóvenes que hubo un tiempo, no tan lejano todavía, en que este país era un vivero de grandes hombres. Hoy necesitamos recurrir a estas reservas sagradas para saldar el déficit espantoso de la actualidad.

Palabras Claves: Sarmiento — polifacético — redivivo — educador — instituciones

Sarmiento, polyvalent et revivre deux siècles après sa naissance

Résumé

Il est utile et beau de rappeler ces vies exemplaires qui renforcent notre faiblesse et de calmer nos inquiétudes, de nous guérir de la misanthropie, rappelant que les jeunes il fut un temps pas si loin encore, que ce pays a été un foyer de grands hommes. Aujourd'hui, nous avons besoin d'utiliser ces réserves pour rembourser le déficit sacré aujourd'hui terrible.

Mots-clés: Sarmiento — polyvalent — relancé — éducateur — institutions

Sarmiento, polifacético y redivivo a dos siglos de su nacimiento

Nuestro héroe es una cumbre alta y pintoresca; subamos hacia ella con piernas de alpinistas y corazón de argentinos.

Sarmiento pertenecía a esa clase media, pobre, ambiciosa y rutinera, pesada y lenta como una carreta; pero en cuyo seno fuerte está la galladura y la gordura de la raza.

Su padre no lo estorba; lo deja andar, hacia donde su estrella lo llama. Cuántas veces la intervención torpe de los padres malogra el destino de los hijos.

Su carácter revoltoso lo obligó a huir a Chile a los 20 años. Fue maestro en Los Andes. Era tan menospreciado ese cargo, en aquel tiempo, que en Chile se condenó a un ratero a ser maestro durante tres años. En aquella aldea Sarmiento vivió un romance que le dio posteridad.

En Copiapó, en la noche profunda de una mina, en horas restadas al descanso, traducía a Walter Scott, bajo la luz de un candil. La tifoidea lo dejó allí medio loco. Casi murió, y lo llevaron a San Juan, donde vegetó en una vida oscura. Fue “un alma perdida en el bosque de las almas”.

De nuevo en Chile, el huésped empezaba a molestar; era un “amigote” comprometedor; él lo sabía y se comparaba con Hércules que hacía con su peso zozobrar los barcos; obligando a sus compañeros a desembarcarlo. Rosas estaba furioso; pedía su extradición. Su protector Montt, no sabía ya qué hacer con este hombre a quien le tapaba la boca con las dos manos para que no vociferase. Entonces, para alejarlo, se le confió la “misión” de estudiar en Europa la educación popular.

Su visita a España removió sus ideas y prejuicios. Su godofobia no era propiamente aversión a España, sino a las ideas predominantes en ella. En Madrid quedó encantado con los españoles que trataba. Con el tiempo ese prejuicio desapareció en él. Fue una forma corporizada de su odio al

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Político Provincial y Municipal. Cátedra II y Profesor Ordinario Adjunto de Historia Constitucional. Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas Y Sociales. U.N.L.P.

despotismo y a la ignorancia. Nadie más español que él. Era un sarmiento de las cepas malagueñas, retoñado en las viñas de San Juan. Y todo lo que decía contra España le caía sobre la cabeza de él, que era el más genuino y soberbio ejemplar de caballero español que ha producido América; un caballero de la Mancha, hijo de Sancho y nieto de Quijote, con el realismo del padre y la noble empresa del abuelo.

Viaja con la nariz pegada al vidrio, absorbiendo el paisaje. Todo lo atrae, todo despierta su apetito. Abre la boca delante de todas las vidrieras, de todas las estatuas, de todas las mujeres. Tiene una sensibilidad virginal, una curiosidad insaciable. Sus viajes son como los de Ulises, menos penosos, pero son los viajes del hombre fuerte y predestinado. Es admirable la cultura a que ha llegado este hombre joven con sólo sus lecturas desordenadas. Y lo ayuda su osadía candorosa. Conversa con Lesseps, con Cobden, con Pió IX, con Thiers, con Guizot, sin cortedad, de igual a igual, con esa seguridad que le viene de sentirse un hombre de primera fila, un par entre sus pares.

En París se le escapa este grito juvenil: "Si tuviese sólo cuarenta mil pesos, nada más, ¡qué año me daba en París! ¡qué página luminosa ponía en mis recuerdos para la vejez!". Así decía aquel mocetón de 36 años por cuyas venas jóvenes corría la sangre violenta de los sarmientos de San Juan. Es el grito de toda la juventud pobre, fecunda y fuerte. Ese hambre de placer que la pobreza deja sin saciar, ésa es tu futura gloria, joven de veinte años que miras con glotonería en las vidrieras del amor. Más tarde ésa será tu fuerza. Aquella ansia insatisfecha se habrá convertido en el mármol o en el poema que te dará la gloria. Y en tu atardecer sereno, recordarás con fruición y sin remordimientos el beso que no pudiste dar en tu ardiente primavera.

Vuelto a Chile permaneció allí tres años más. Chile ha sido su hogar y su escuela. Los emigrados argentinos fueron tratados por la sociedad y el gobierno de Chile con esa delicadeza cordial con que los españoles y los árabes sabían agasajar a sus huéspedes. Muchos exilados argentinos tuvieron su cubierto siempre puesto en la generosa mesa chilena, y la casa de la señora de Toro era un islote argentino donde nuestros naufragos políticos encontraban siempre su rincón de hogar.

La tiranía de Rosas tocaba a su fin; todo pasa, hasta el miedo. Sarmiento sintió siempre la fascinación de Rosas, lo execraba, pero lo admiraba. Rosas preparó, tal vez sin quererlo ni saberlo, la organización del país al cimentar de hecho su autoridad en el orden nacional, más que Rivadavia con su constitución.

Tal vez su obra fue más instintiva y brutal que reflexiva y orgánica, pero tendió a ese fin, llenó esta misión. Mas le faltó el ideal. Cumplió una alta misión, pero la cumplió execrablemente. Y su fracaso consistió en que su gran voluntad, su clara inteligencia realista fueron malogradas por un corazón estúpido.

De regreso a la patria. Sarmiento fue recibido con desgano por Urquiza. Le había dedicado "Argirópolis" que el libertador nunca recordó ni agradeció. Lo ignoraba como publicista; para él Sarmiento era "el pobrecito hablador". Urquiza no creía entonces en Sarmiento. Lo nombró algo irónicamente boletínero del ejército. Fue una decepción, pero el boletínero hizo famoso el boletín. Cuando un hombre tiene fuerzas, sube por cualquier parte. En la marcha se criticaba al boletínero su silla inglesa, la capa, el quepis francés.

Era el tipo divertido de la expedición, el regocijo de los fogones.

Sarmiento el educador no había sido educado. Cinco grandes presidentes argentinos son ajenos a la Universidad: Rivadavia, Urquiza, Mitre, Sarmiento y Roca; sin embargo, fueron grandes fomentadores de la instrucción pública.

En Chile se ha formado el educador, y se ha formado educando. Se salvó de la petulancia del pedagogo. "Su modo de enseñar era como de persona que tiene autoridad y no como los escribas". Tenía cierta ingenuidad que le permitía comunicarse con los niños. Sentía la furia de saber, mordió la manzana del saber con todos sus dientes. Y quería enseñar lo que sabía; tenía la misericordia de enseñar. Sarmiento luchó por la libertad de su pueblo, comprendiendo que la solución no estaba

sólo en el cambio de gobierno, ni en aisladas reformas constitucionales, ya que la causa permanente seguiría actuando. Por eso él se fue a la misma raíz, atacando la ignorancia y la pobreza que habían producido aquellos efectos, y las atacó concretamente. Atacó la ignorancia predicando la cultura y enseñando él personalmente. Atacó la pobreza predicando el trabajo y haciéndose él mismo obrero, obrero del pensamiento y obrero manual, introduciendo industrias y fomentando de mil modos la producción de la riqueza. Su fórmula está cada vez más a la orden del día: “educar al soberano”, ni suprimirlo ni darle tutores, sino educarlo.

Y dijo, con acento bíblico: “Donde quiera que se reúnan seis personas para tratar de educación yo estoy con ellas y recibo mi parte”. Así como dicen que Jesús está presente hasta en el más humilde de sus sacerdotes, así también Sarmiento lo está en el más humilde de los maestros, hasta en el último pedagogo que da su clase tiritando de frío entre la nieve de la Patagonia, hasta en aquella maestría que se muere de hambre en la escuela de provincia donde gobiernos inconscientes le dan magros sueldos; en todos ellos, está presente y viva el alma docente de Sarmiento. Y así como Facundo, más que un hombre, ha llegado a ser un mito —la concreción de la barbarie para poder golpearla— así también Sarmiento es un símbolo al que se prestan las líneas casi brutales de su cuerpo y de su espíritu.

Su pluma tenía, como las espadas de combate, filo, contrafilo y punta. Casi todos sus libros son alegatos; no escribió ninguna página de pasatiempo. Su pensamiento era acción. Se descongestionaba escribiendo. Escribir era en él una necesidad orgánica. Producía de la primera napa. El rebuscamiento hubiera sido dañoso en una naturaleza tan espontánea.

Así, pintó la pampa antes de verla, por información de militares y de arrieros, con adivinación genial, y describió el desierto con pasión de beduino. Habló sobre todas las cosas útiles y bellas. Fue un pájaro que cantó sobre todas las ramas donde brotaba una flor.

Trabajaba en los hechos como un biólogo sobre un cadáver, hacía la autopsia de lo fáctico. Y a veces la autopsia de los hombres o su vivisección. Por eso gustaba de la biografía. Escribió la propia; en su vocación docente no podía faltar la enseñanza por el ejemplo de las vidas ilustres y de su propia vida. El dio a la Argentina la conciencia de su valer; las ideas que andaban por ahí sueltas y confusas se hicieron en el tangibles y claras, se hicieron persona.

Esas ideas él las sembraba sacándolas como semillas de todos sus bolsillos. Su estilo no ha envejecido porque no se cubría con adornos ni caprichos; tiene la inmortalidad del desnudo.

Todas nuestras instituciones están penetradas por su espíritu. Fue el divulgador de la Revolución. Sintió hondamente la emoción de la nacionalidad. Hizo su grande y pintoresca excursión por la tiranía, y escribió su inmortal novela histórica del Facundo con descripciones homéricas de cosas que no había visto y de hombres que no había conocido.

Su instante de plenitud debió ser el engendro de “Facundo”. Hay en el origen de las grandes obras un momento superior: es la hora divina del génesis.

Fue periodista como un complemento del maestro, para extender su labor docente para agrandar su escuela, para divulgar. Y también para combatir. Era tan periodista como maestro. Era el periodista de vieja estirpe, que prolongaba en el diario la lucha del parlamento y de la plaza. Su estilo era adecuado para la lucha y se resentía de la premura del oficio. El gran libro de su vejez fue “Conflictos”. El joven pintor se ha convertido en un viejo filósofo y lo que en Facundo era un cuadro, en “Conflictos” es una teoría. Pero Facundo es su trabajo capital, lo que quedará de él.

El gobernante tuvo un exacto sentido de su dignidad y de su deber; dijo que podía hacer el bien porque sabía en qué consiste. El presidente no tuvo amigos. “Fui nombrado presidente de la república y no de mis amigos”. “Un jefe de estado, dijo, debe ser como Melchisedec, sin padre, sin madre, sin genealogía”. Porque los buenos gobernantes suelen ser malos parientes.

Su presidencia fue dramática por las revoluciones, pestes, atentados y peligros de guerra. Al asumir el gobierno, se educaban treinta mil niños y al bajar, cien mil. Su gobierno revienta las calderas; ferrocarriles, escuelas, bibliotecas, observatorios astronómicos, sabios importados. ¿Ha vuelto Rivadavia?

Nuestros hombres públicos ejercen por lo general una acción política discontinua y episódica. La falta de contacto con la cosa pública les hace perder la mano. Sarmiento fue, como Mitre, un político por excelencia, desde su niñez hasta la muerte. No perdió contacto con la cosa pública, sea como gobernante, o como opositor, en el parlamento, en el diario, en la plaza y en el libro. Se diferencia de Rivadavia en que lucha por la utilidad inmediata y asequible. Está en el porvenir, pero sin descuidar el presente. Sus rasgos prominentes de hombre público son: su amor a la paz, su espíritu nacionalista y su vocación de educador. No sentía el ridículo que paraliza a los débiles; lo que es grande no es ridículo y no teme al ridículo. Por eso nadie se burla de él cuando en la elección de 1886 para diputado nacional fue derrotado por un señor X, quien debido a este accidente tuvo la poca suerte de pasar a la historia.

No era puro como Belgrano y San Martín. Cuando faenaba, se metía en el barro hasta las rodillas y los codos; pero era el barro noble de los constructores.

Era ejecutivo y feroz frente a la anarquía. No participó en la ejecución del Chacho, pero lo hubiera hecho con placer y cuando Irrarázabal lo degolló y clavó su cabeza en una lanza aplaudió el hecho *por su forma*. Supo defender primero la libertad contra la dictadura y después el orden contra la anarquía. Tiene hecha carne la idea del gobierno fuerte que trae de Chile con el ejemplo de los gobiernos de Bulnes y Montt y de Johnson en los Estados Unidos, y porque, en definitiva, no es Rosas lo que más lo asusta sino la anarquía.

A veces, en la exaltación de la polémica, las altas horas lo encuentran escribiendo, lanza carcajadas, golpea y grita. Está dando a luz los hijos de su espíritu. Aquellos hombres vivían a la intemperie, sobre los grandes caminos de la proscripción y la miseria. Hablaban con unción de la libertad y la escribían con mayúscula, porque habían sentido la tiranía en los huesos y el estómago. No tenían por aquella ese desprecio de las generaciones que no han sufrido su ausencia y que añoran la dictadura, como un capricho infantil, como esas mujeres histéricas que necesitan el hombre que las golpee. Fue un hombre "humano" de "humus", tierra, producción ingenua y fuerte de la tierra madre, pero producción violenta y catastrófica, porque él era sin duda de formación volcánica. Se veía con evidencia en sus ángulos, en sus aristas y en sus puntas, en sus silencios y en sus estallidos, la tragedia del parto de la tierra.

No vivió en la torre de marfil, que sólo conviene a los poetas. No tenía casi vida privada; dormía en el foro. O andaba por las travesías y los montes, arrojado de su patria, alimentándose como el Bautista, de langosta, miel silvestre y esperanzas.

Porque casi siempre el hombre nuevo es un exilado o un desertor de su fila o de su clase. Entonces se predica en el desierto, que es la manera heroica de predicar. Andaba solo y hablaba fuerte; hablaba con acento dogmático, pero veía con gran sinceridad. Su fuerte personalidad no podía amarrarse a ningún *ismo*. La polémica era para él una necesidad, una fiesta, era su gimnasia sueca, le hacía circular la sangre.

Y siguió luchando hasta la ancianidad en varios frentes a la vez. Lo rodeaban en círculo sus enemigos y él en medio se batía solo contra todos, como el gaucho matrero rodeado por la partida, con el facón y el poncho. Pero este luchador no seducía; ni era un conductor que fuese a la cabeza enseñando el camino. El hacía algo más: hacía el camino y el puente y la multitud pasaba.

El, que bregó tanto contra la anarquía fue, en cierto modo, un fruto de la anarquía reinante. No era el hombre catalogado de la vida inglesa, educado en Eton y Cambridge, que marcha sobre rieles. Sarmiento no tiene capilla religiosa, ni partido político, ni escuela literaria, ni butaca social. Es una gran fuerza perdida que busca su dirección y al fin la encuentra. No era un artista de la palabra; ni

tenía la estéril fecundidad del orador de esquina; le faltaba también la premeditación y el artificio. Pero tenía una gran memoria y una gran autoridad. Su elocuencia era como una fiesta improvisada; su voz carecía de gorjeos; pero tenía un áspero sonido de rebato, como las campanas del Cabildo. El discurso con que cerró la convención del 60 fue la emoción más honda de la reconstrucción nacional. La oración a la bandera es la culminación de su vida y de su espíritu.

Su arco se tendió. Y él se elevó como en suspensión mística. En ese momento de suprema unción, se ha encontrado a sí mismo y se ha puesto en contacto con su pueblo. Ya nada podrá separarlos, ha penetrado en el corazón de su raza.

Ya estaba sordo, como Beethoven, cuando compuso la novena sinfonía, y todavía dijo grandes discursos. Y sordo y viejo, era escuchado en silencio profundo. Todas las cabezas se inclinaban para oírlo mejor, desde los jóvenes recién llegados de las provincias hasta los viejos senadores de la República, como los discípulos de Jesús en la cena de Leonardo.

El drama de un pueblo está en encontrar a su jefe y su tragedia en haberse equivocado. El signo de ese hombre hallado debe ser su abnegación. La idea de servicio y sacrificio debe ser la esencia del hombre público en la democracia. No debe creerse predestinado ni ungido, ni ser mesiánico; eso lo desviará; debe ir simplemente a llenar una función concreta y humana. Desde que se crea enviado, está perdido.

Para no desesperar en política no hay que esperar demasiado. Las cosas van más lentas que nuestros deseos y caemos en la desesperanza; entonces pedimos el amo, el que nos manda como a cadáveres. Son crisis nerviosas de los pueblos débiles, que han perdido la fe en sí mismos. Sin duda lo primero es la paz, la de afuera y la de adentro, pero hay otros valores esenciales que no deben ser sacrificados. Uno de ellos es la libertad. Sarmiento fue su paladín. “Todos los tiranos llevan mi marca”, dijo. Y alguien agregó: “Todas las escuelas llevarán su nombre”. Es que a él la libertad le venía de adentro y siempre fue un hombre libre, no un liberto. No tenía esas trazas de viejas servidumbres que algunos conservan indelebles como equimosis de argollas serviles.

Dijo Lord Russell: “Cuando se me pregunta si una nación está madura para la libertad, yo respondo: ¿hay un hombre que esté maduro para ser déspota?”

Sarmiento era el reverso de un místico, quería ver y tocar. En este sentido era un sensual. Las ideas para él tenían uñas, pelos y dientes. El peleaba por una idea o contra una idea, materialmente, como un boxeador.

La primera necesidad era instalarse en la incómoda e inmensa heredad, y Sarmiento fue el político de la instalación.

Fue un sostenedor, hace 150 años, del voto secreto en lo que insistió hasta su vejez y no lo espantaba, la participación de la mujer en la política. Era analítico y preciso, pero tenía una poderosa imaginación y superveía las entrelíneas, alcanzando las grandes síntesis. Los hombres de genio son por lo general espíritus sintéticos.

Porque había llegado a la heroica sinceridad, profetizaba; pero su país era tan joven y fuerte que corría más veloz que sus profecías.

Vive cómodo en su siglo. Comprende los cambios y las novedades. Percibe la esencia y la apariencia de las cosas. Importa sabios y sementales y hace una segunda colonización de América.

Buscaba la utilidad; admiraba al mar como vehículo. Pero la utilidad social, no su provecho ni el dinero. Era algo sistemático; tenía esa tara del siglo; alineaba los hechos como soldaditos de plomo para formar batallones desgonzados que se deshacían con una miga de pan. Su falta de disciplina científica lo indujo a erigir leyes anticipadas de hechos incompletos, no clasificados o mal clasificados.

Fue el mensajero de la vida nueva, pero tuvo el mérito de anunciarla desde su miseria, desde la hondura de su pozo, luchando contra todo. Trajo a este país, deprimido por la pobreza, la anarquía y el despotismo, la alegría de vivir, la unción del progreso, el optimismo. Sentía la fe infantil del primer hombre con muchos siglos por delante. Las realidades de hoy son las quimeras de Rivadavia y las locuras de Sarmiento.

Era asertivo y dogmático. No dudaba, afirmaba y ejecutaba. Veneraba la sabiduría y los sabios agradecidos bautizaron con su nombre a una mariposa, un caracol y al palo santo que perfuma los bosques de Formosa.

Cambió muchas veces, porque vivía y andaba. No imita, es él. Hay que parecerse a sí mismo, pensar sus propias ideas, vivir su propia vida y amar con su propio corazón.

No pudo aprender a mentir. El mimetismo, que es la mentira física, es un recurso de la debilidad, explicable y a veces justificable, que la naturaleza practica para defender al débil. Pero el fuerte no lo necesita, no lo emplean los grandes señores de la selva.

Estaba tan difundida su fama de loco que al visitar el manicomio, los locos lo recibieron alborozados, y uno de ellos se adelantó a abrazarle exclamando: "Al fin Sarmiento entre nosotros". Pero ese desbarajuste era sólo superficial; era el desorden de sus gestos y de sus palabras, un desorden meramente exterior. En el conjunto de su obra no se percibe ese desequilibrio, al revés de lo que sucede con otros hombres políticos, perfectamente equilibrados en la apariencia y cuya obra pública lleva el sello de un desequilibrio esencial.

Era jactancioso y provocativo; sacaba la lengua y se golpeaba la boca, lanzaba su mala palabra y se ponía su penacho de piel roja, con cascabeles y plumas, carnavalesco y sublime, como un capitán de Troya.

Contribuía a cimentar la fama de su desequilibrio su popular vanidad. Tenía una vanidad proverbial y candorosa, inofensiva, juvenil y simpática que en él era un adorno y una gracia. Esa vanidad es la de muchos otros que la ocultan por débiles; pero en él correspondía a su vitalidad y a su sinceridad. Este loco estaba lleno de buen sentido. Por eso se adapta. Dentro de su inevitable rebelión de hombre superior, hay un máximo de adaptación. Su imaginación no le aleja mucho de la realidad. Cuando los oradores quieren hacer torneos en el Concejo Deliberante él los llama a la realidad: "Estamos encargados del barrido de las calles y de sacar las basuras". Su aspecto es plutónico; parece que hubiera brotado de alguna rajadura de la tierra. Tiene planta de jornalero, manos rudas, buena estatura, cargado de hombros; pero es calvo y este rasgo desorienta, no es jornalero. Moreno, simiesco por los ojos juntos, a veces sus dos pupilas estrábicas se unifican y aparece el cíclope. Cara arrugada, voz pastosa, gesto de rumiante; no es para seducir, si no fuera el torreón de la frente y dos focos que alumbran el huracán que pasa. Y otros dos rasgos lamentables de civilizado: vista cansada y dentadura postiza.

Su cara y su cuerpo son simiescos y faunescos. No es difícil imaginarlo desprendiéndose de los árboles para cometer violencias en la selva.

No era lo que se llama un hombre bien educado. Las gentes bien educadas son muy agradables, pero no siempre hacen las grandes cosas. Es rústico en la mesa, pero de exquisita sobremesa. Escuchaba con esa impertinente curiosidad de sordo, pero oía desde lejos las tormentas que se preparaban. Sabía escoger su admiración: Rivadavia, San Martín y Paz. Cuando nombraba a este último hacía la venia militar o se quitaba el sombrero.

Su franqueza es agresiva, su sinceridad insolente. Cuando le sube su noble cólera sanguínea, el gran viejo regañón usa con frecuencia la interjección nacional. Habla con desenfado, con los botones desprendidos, sin pedir excusas. Y habla sin medida. No conoce el placer refinado de callarse, pero no habla inútilmente.

Era una abeja laboriosa y brava, con fe y alegría sin miedo de vivir. No le dejaron fortuna ni instrucción; el hidalguelo de aldea partió solo con su tesoro interior. Por eso pudo entregarse todo entero a su país, sin condiciones, ni reservas, definitivamente, como en el más excelso amor.

Sarmiento es un genio latino; no pudo nacer en los países rubios donde un sol miserable carece de fuerzas para madurar las viñas y sazonar las mujeres.

Con audacia y voluntad se realizó; tuvo así la triple fortuna del héroe, supo, quiso, pudo.

Tenía esa esencial calidad del hombre público: el desinterés. El pueblo estima por sobre todas las cosas en sus dirigentes el desinterés; tiene un sentido especial para conocerlo y adivinarlo. Perdona todas las otras fallas si él cree hallar desinterés.

Siendo presidente, para dar una comida, los ministros le prestan la vajilla y los vinos. Qué pobres son sus casitas de San Juan y Asunción y su recreo de Carapachay. Qué chicas son las casas de los grandes; y qué grandes son las casas de los chicos.

Creía llevar consigo un compañero oculto que lo protegía. Sentía otra voz, que no era la suya, dentro de sí mismo. Decía que se oía. Captaba con sus grandes orejas, ondas de remotas tierras y lejanos tiempos, ondas que venían del pasado y venían también del porvenir.

Su alegría era épica y triunfal con jactancias de soldadote y egolatrías de sultán. No sonreía, reía; sabía reír. No tenía la sonrisa volteriana del labio fino, donde hay una pizca de maldad. Reía, sacudiéndose todo, hasta llorar, como los gordos sanos, con alegría faunesca. No había perdido la risa en su largo viaje.

Miraba todo con la curiosidad ingenua de sus ojos frescos. No practicaba el *nihil mirari* de los pesimistas y los snobs; se admiraba de todo y aplaudía como un marinero, sediento de emoción ante las sorpresas de la vida. Era una variante de su eterna juventud. El no conocía esa frialdad y ese silencio de eunucos ante el milagro triunfal que nos rodea. Creyó cuando nadie creía, esperó cuando nadie esperaba. No estaba hastiado de sí mismo ni fue uno de esos tristes que el Dante coloca en el infierno. A él no le gustaban las caras tristes. El hombre de batalla no debe tener la cara triste.

Sin embargo, a veces él también se deprimía, descuidaba su ropa, dejábase la barba y vagaba cabizbajo hasta que un éxito lo resucitaba.

Pero ésas eran crisis de salud. Era su magnífico demonio interior que lo sacudía. Sus heridas cicatrizaban con rapidez. En el hombre sano las heridas cicatrizan pronto. Esta fuerza vital le da entereza y seguridad. No teme errar, no vacila, no duda, está seguro como Colón de encontrar tierra. No dice "quizá", "tal vez", ni otras palabras ambiguas de los débiles. El dice "sí" y dice "no".

Su audacia es frenética, su esperanza obcecada. Dice que "debe hacerse la guerra alegremente"; y combate cantando como un guerrero antiguo. Creyó en todo y más que nada en sí mismo. Tenía que ir muy lejos con esa fe de aviador que no piensa en la rotura de sus alas. La locura de su fe abrasaba como un incendio. Erale necesaria para luchar contra el peso muerto de la duda y la ironía.

Ese magnífico optimismo de los argentinos, que tanto debe a Sarmiento, es la cualidad más rica de nuestro pueblo, que lo hace a veces imprevisor y despilfarrado; pero que también le da la osadía, el arrebato y la fuerza de avance hacia el porvenir.

La miseria y el dolor le habían arrugado y encanecido prematuramente; era un viejo a los treinta años. Pero a los setenta fue joven y alegre. Es el milagro del espíritu. Este joven de 70 años lucha a la cabeza de la juventud. Esa frescura de alma proviene en parte de que sabe olvidar y perdonar. No por virtud, sino por salud. Porque no es un virtuoso, aunque tiene "virtudes". Tuvo virtudes y suerte; no hay genio que resista a la mala suerte. Por eso Napoleón exigía haber tenido suerte para otorgar el comando.

Gastaba con las señoras zalamerías de castellano viejo. Y también se peleaba con ellas. Las mandaba a la barra del Congreso para educar a los oradores con su presencia.

En su ilusión de inexperto, creía subyugarlas con sus ojos tristes. ¿Cómo podía interesar Sarmiento, hosco, feo, rústico, que comía ajos y cebollas, a esas mujeres románticas y pálidas que se alimentaban de “cabello de ángel” y “budín del cielo?”

El amor le ha llevado el tiempo indispensable; no fue la tarea de su largo vivir. Se conservan dos o tres cartas suyas, algo cursis; era el tiempo en que el amor se escribía largamente para diversión de la posteridad.

Sarmiento no tenía la voz del amor; su voz no se había pulido en oídos delicados. No sabía seducir a la multitud ni a la mujer. Faltaron grandes mujeres, a su lado; las grandes mujeres que domesticaron y educan a los grandes hombres. Pero varias se acercaron a enjugarle el rostro después de la batalla. Y alguna lo esperó. Al final de los grandes caminos de la vida, suele esperar una mujer.

Su ternura por los animales, los niños y las flores lo acercan a Jesús y San Francisco. Defiende todo lo que es débil, útil y bello. Esta exaltación armoniosa de su vida hace de él un hombre del Renacimiento que ha encontrado el sentido de la creación y cae de rodillas ante la maravilla que contempla.

Nunca fue blondinesco, ni palaciego. Con una valija y dos mudas de ropa tomaba el camino del destierro y salvaba su decoro; conocía bien ese camino. Nada podía asustarlo ya. Todo el oro del mundo no era bastante para torcerlo. Se respira fuerte sobre esta cumbre moral.

Todo su tesoro lo tiene adentro; nadie podía robárselo. Su pobreza salvadora de predestinado lo defendía; pero no era la indignancia deprimente del mendigo sino la del león en la selva.

La posteridad se interesa mucho, hoy más que nunca, en los detalles del hombre físico que encierra un alma genial. Generalmente esta curiosidad queda defraudada. El estuche suele ser miserable. El hombre que lleva la linterna no es visto en la noche, sólo su luz tiene interés y se divisa; la mano que la lleva queda invisible, es una mano como todas. El hombre de genio casi siempre decepciona en la intimidad; es su proyección en el espacio y en el tiempo lo que le da el relieve.

Recordaré el axioma persa que Sarmiento gustaba repetir: Le preguntaron al cultivador: “¿Para qué plantas nogales, si no comerás sus frutos?” Y él respondió: “Para pagar mi deuda a los que plantaron los nogales cuyo fruto he consumido.” El hombre de genio es un plantador de nogales. Sarmiento los plantaba.

Parece que la civilización tiende a fraccionar el genio, como los latifundios, ¿acaso el genio no es un latifundio? y que valieran más varios hombres medianos que un hombre superior para las nuevas condiciones de la asociación humana, sustituyéndose la calidad con la cantidad. El genio político ha pasado ahora de las unidades fuertes a la masa por un proceso de democratización natural. Por eso el problema sarmientesco de educar al soberano, se ha hecho cada vez más urgente.

Los grandes hombres no tienen parientes porque lo mejor de ellos mismos no se transmite, se devuelve a la especie. El heredero sólo recibe un nombre, una nariz, o un palacio; pero el fuego divino se apaga con él o pasa a otros, a los verdaderos hijos de su espíritu.

En la ruptura de Buenos Aires con la Confederación, la unidad nacional es lo que más preocupa a Sarmiento, el concepto que desea salvar. Nunca tuvo el espíritu estrecho de campanario; fue un hombre de la nación, un ciudadano del mundo.

Sarmiento ha vuelto a la vida privada, si es que alguna vez tuvo vida privada; vive con su hermana y sus nietos. Riega las plantas, limpia la jaula y le pone alpiste. De la calle se alcanza a ver en el patio al viejo en mangas de camisa y con gorro negro de borlas que va y viene de su biblioteca a la pajarera. La chuña vive sobre su escritorio, es su regalona; el tordo come en su plato; y un pájaro raro

que le mandaron de las selvas del Missisipi murió de nostalgia; cantaba en voz baja, según él “como tararean las niñas cuando cosen”.

Sarmiento es definitivo. Hace poco se dijo que un gran museo estaba amenazado por un hongo desconocido que roía sus cimientos. Los argentinos no consentiremos que ningún hongo, conocido o desconocido, raje la torre sarracena de Sarmiento. ¿Cómo vamos a permitir que por novedad o snobismo, se nos quiera suprimir a estos hombres que son nuestro capital moral en las horas difíciles, el encaje de oro de reserva para responder por tanto papel sin valor?

A la edad en que otros amargan con sus reproches, él seguía en la brega, y ya puesto su sol, a los 76 años, continuaba luchando a la luz de las estrellas, y su última obra fue hacer surgir el agua de la tierra, como si eso fuera el símbolo y el resumen de su vida fecunda. Y como vivió con plenitud hasta su último día, no sintió el dolor de sobrevivirse. Se libró de todas las taras seniles, del erotismo, la tristeza y el aburrimiento. La presencia en un país de los ancianos ilustres que han servido a la patria, da una sensación de tranquilidad y de respeto. Es como la presencia de la vieja abuela en un rincón del comedor, cerca de la estufa.

Saluda sin egoísmo de viejo a los nuevos que llegan. Se estremece todo cuando aparece Ameghino como si hubiese descubierto un mundo. Hace ministro a Avellaneda de 31 años. Al frente de la nueva generación lucha a los 76 años por las nuevas ideas y los nuevos tiempos, como si quisiera repetir la vida. Esta fue corta para su larga empresa. Escribió más que Voltaire y vivió más que Renán. Tenía una organización de centenario, según Burmeister. Murió a los 77 años, pero está redivivo a los 200. Era algo viejo cuando joven, pero fue muy joven cuando viejo. Y fue tan luminoso su ocaso, que no se sabía bien, como en el balcón de Julieta, si era el ruiseñor o la alondra que cantaba, si era un día que terminaba o una aurora que nacía. Su vejez fue limpia, sana y alegre.

Se equivocaba con frecuencia, pero volvía siempre a la verdad, caía a la huella. En él todos los errores conducían a la verdad. Porque su centro de gravedad estaba dentro de sí mismo; oscilaba como un loco, pero volvía a su centro como un péndulo.

La sinceridad es una cualidad esencial de los verdaderos héroes. Por eso pudo llegar al fondo mismo de las cosas, poniendo su oído sobre el corazón de la tierra palpitante.

Llegó en el momento necesario, como si estuviera anunciado por las profecías.

Le gustaba volar entre los truenos y los relámpagos, como una grande ave de tormenta, como un albatros.

Al partir el barco, en su último viaje, dirigió a la ciudad desde la borda la despedida del gladiador: “morituri te salutant”. Pero, también como el gladiador, él iba a luchar todavía antes de morir.

Llegó a pensar en sus últimos días que su patria no recibiría “sus viejos huesos”, pero éste fue un refunfuño de niño mimado. Bien sabía ya entonces el lugar que ocupaba y que las multitudes antes esquivas desfilarían más tarde bajo su arco de triunfo.

En Asunción trabajaba como un jornalero. Pocos días antes de morir brotó el agua del pozo que había hecho cavar a 30 varas de profundidad. Para celebrar el hallazgo hizo enarbolar las banderas argentina y paraguaya.

Y llegó la hora de partir. “Siento que el frío del bronce ya invade mis pies”. Es la estatua que comienza. “Ponme en el sillón para ver amanecer”. La luz llegó a través de las palmeras, perfumada por los azahares.

El ocaso de Sarmiento se confundió con la aurora que nacía. Pudo decir él también: “Mi vida llega a su término; ha alcanzado su perfección. Ya se ha consumado”. Muere con la pompa de un sol en el mar.

Pero rápidamente, como para no perder tiempo, sin larga enfermedad, sin agonías sucias.

Respetando un deseo suyo, su cadáver fue envuelto en las banderas de su país y de Chile, Paraguay y Uruguay. Su féretro partió a la patria sobre los grandes ríos de América y llegaban hasta el muerto los profundos rumores y los perfumes violentos de las florestas que atravesaban. En el trayecto hubo que desembarcarlo varias veces por exigencias de los pueblos que querían tributarle honores funerales. Y llegó por fin a su destino. Sus restos entraron triunfales a la ciudad, el 21 de septiembre de 1888, junto con la primavera.

Allá va la columna, anunciada por él hacia más arriba, “entre el polvo de los pueblos en marcha”, guiada por la bandera que él consagró con la más alta de sus oraciones. Va el gran capitán, cuya gloria se santificó en el largo silencio del exilio; Belgrano, la virtud más segura de la revolución; Rivadavia, el sembrador y el anunciador; Moreno, que era el fuego, y Mitre que fue la luz, la luz de la noche y la tormenta; los tres López, el que cantó la hazaña, el que la contó y el que la explicó.

Y van los frailes; los 29 frailes que firmaron el acta de la Independencia, el sabio Deán de Córdoba, el obispo Oro que con Anchorena combatió la reacción monárquica; y el fraile Esquíu que ungió la democracia nueva con su bendición republicana.

Va el mártir de Metán, cuya sangre se hizo llama en la boca elocuente de su hijo. Juan Lavalle, que se entregó a la patria todo entero, desde los 14 años hasta su muerte, la voluntad más porfiada, la altivez más altanera; cuyo cadáver descarnado sobre una mula seguía luchando contra los buitres del tirano en el vía crucis del Alto Perú. El manco Paz, a quien Napoleón habría hecho mariscal y príncipe sobre el campo de batalla de Austerlitz. Urquiza, el libertador, que se venció y se encontró a sí mismo, transfigurándose de señor de su provincia en prócer de la nación. Y Vélez, el astuto y fino cordobés que organizó nuestra vida privada, con su régimen sagaz, como un artista del derecho.

Van los sabios y los poetas. Ameghino y Vucetich. Echeverría, Mármol, Andrade, Ricardo Gutiérrez, Guido Spano, José Hernández y Almafuerie. Va Alberdi solo con “Las Bases”. Del Carril y Rawson, Rawson cuya virtud asombró a Mitre. Los constituyentes del 53 y la pléyade brillante de los hombres del Paraná. Van Pueyrredón, Güemes, Guido, Dorrego y Alvear, el Alvear de Montevideo e Ituzaingó. Los creadores de ciudades: Dardo Rocha. Los oradores mágicos y los escritores artistas: Don Bernardo, Adolfo Alsina, Quintana; Del Valle y Cañé; Eduardo Costa y Wilde; Estrada, Goyena y Achával Rodríguez; Leandro Alem; Groussac, Magnasco. Y los jefes de estado que pilotearon la nave y la condujeron al puerto, Avellaneda, Roca, Pellegrini, Sáenz Peña. Van nuestros médicos abogados, aquellos que tuvieron ciencia y tuvieron conciencia; los jueces que no se doblaron; los plantadores de viñas y cañaverales, los fundadores de industrias, los constructores de caminos. Van las nobles mujeres, a quienes corresponde por lo menos la mitad de la gloria de sus hombres. Las nobles mujeres que los ayudaron a llevar la cruz y se contentaron con un beso en el día de la victoria. Las mujeres de caridad y sacrificio, las manos buenas invisibles que acarician la frente atormentada; las que llegan en punta de pie a la cabecera del dolor y se retiran en silencio a la penumbra, sin recompensa, resignadas, magníficas, desconocidas, pero que han ganado su natural espacio.

Van aquellos ingleses, que suprimieron con los rieles el desierto y nos trajeron la honradez de sus productos y el honor de su palabra; el irlandés que depuró las ovejas, el catalán sembrador de maíz, y el vasco honrado, fuerte y hermoso, que ha embellecido nuestra raza. Van los rudos labradores de Alessandría y de Forlí; y el moreno abruzés de bronce, que en las mañanas de otoño han surcado la tierra argentina, nimbados de gaviotas, para darnos el pan nuestro de cada día. Y todos los otros, los que vinieron a traernos sus dolores fecundos y han amado nuestra tierra.

Y van los gauchos, la carne de cañón, los que marcaron con sus huesos todas las rutas militares de la república, para conquistar la independencia, la libertad y el orden, para contener al indio y ocupar el desierto; las glebas dolientes de los gauchos que vivieron ignoradas y se fueron en silencio.

Van todos los que sembraron la tierra, y refinaron los ganados, los maestros y los capitanes, los que padecieron por la libertad y la justicia, todos los que nos dieron ejemplo y nos hicieron mejores,

aquellos que evocamos en las horas de la aflicción y del peligro, los que nos siguen enseñando y nos siguen mandando desde sus tumbas.

Van todos los obreros ilustres y los obreros desconocidos de nuestra grandeza. Y en medio de la caravana de cien millones de argentinos, por él soñada, va el viejo loco, de grandes orejas y labios gruesos, gesticulando, y conduciendo la columna sagrada hacia su destino triunfal.

Bibliografía

Aguilar, Félix. "Sarmiento, precursor de la astronomía en la República Argentina", En: *Revista Humanidades*. La Plata, UNLP, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 1938 26.

Albarracín, Juan Carlos. *Memoria del Ministro de Instrucción Pública al Congreso de la Nación*. Buenos Aires: La Unión, 1873-1874.

Avellaneda, Nicolás. *Escritos y discursos. Memorias ministeriales. 1867-1873*, t. 8. Buenos Aires: Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1910.

Babini, José. *Historia de la ciencia argentina*. México: FCE, 1949.

Babini, José. *La evolución del pensamiento científico en la Argentina*. Buenos Aires: La Fragua, 1954.

Besio Moreno, Nicolás. *Sinopsis histórica de la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales y de la enseñanza de las matemáticas y de la física en la Argentina*. Buenos Aires: Edición de autor, 1915.

Besio Moreno, Nicolás. "Sociedad Científica Argentina. Reseña Histórica", En: *Archeion. Archivo de Historia de la Ciencia*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 1943 25.

Bunkley, Allison Williams. *Vida de Sarmiento*. Buenos Aires: Eudeba, 1966.

Comisión Nacional de Homenaje a Sarmiento. *Sarmiento: Cincuentenario de su muerte. Discursos y escritos (en la Argentina)*, t. 1, con advertencia de Ricardo Levene, Presidente de la Comisión Nacional. Buenos Aires: Imprenta Mercatali, 1939.

Chaudet, Enrique. "La evolución de la astronomía en los últimos cincuenta años (1872-1922)", En: Sociedad Científica Argentina. *Evolución de las ciencias en la República Argentina*. Buenos Aires: Imprenta Coni, 1926.

Dassen, Claro. "Las matemáticas en la Argentina", En: Sociedad Científica Argentina. *Evolución de las ciencias en la República Argentina*. Buenos Aires: Imprenta Coni, 1924.

Doello Jurado, Martín. "Sarmiento y la ciencia argentina", En: Comisión Nacional de Homenaje a Sarmiento. *Sarmiento: Cincuentenario de su muerte*, t. 1. Buenos Aires: Imprenta Mercatali, 1939.

Gálvez, Manuel. *Vida de Sarmiento. El hombre de la autoridad*. Buenos Aires: Tor, 1957.

González, Joaquín V. *Obras completas*, t. 15. Buenos Aires: UNLP, 1935.

Ghiano, Juan Carlos. "González y la Universidad de La Plata", En: *Universidad "Nueva" y ámbitos culturales platenses*. La Plata, UNLP, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Departamento de Letras, 1963.

Hicken, Cristóbal. "Los estudios botánicos", En: Sociedad Científica Argentina. *Evolución de las ciencias en la República Argentina*. Buenos Aires: Imprenta Coni, 1923.

Halperín Donghi, Tulio. *Historia de la Universidad de Buenos Aires*. Buenos Aires: Eudeba, 1962.

Herrero Ducloux, Enrique. "Las ciencias químicas", En: Sociedad Científica Argentina. *Evolución de las ciencias en la República Argentina*. Buenos Aires: Imprenta Coni, 1923.

Leguizamón, Onésimo. *Memoria del Ministro de Instrucción Pública al Congreso de la Nación*. Buenos Aires, 1875, 1876 y 1877.

Lorentz, Paúl. "Informe del catedrático de botánica". En: *Memoria del Ministro de Instrucción Pública al Congreso de la Nación*. Buenos Aires, 1873.

Loyarte, Ramón G. "La evolución de la Física", En: "Sociedad Científica Argentina. *Evolución de las ciencias en la República Argentina*. Buenos Aires: Imprenta Coni, 1924.

Lugones, Leopoldo. *Historia de Sarmiento*. Buenos Aires: Eudeba, 1961.

Martínez Estrada, Ezequiel. *Sarmiento*. Buenos Aires: Argos, 1956.

Palcos, Alberto. *Sarmiento: La vida. La obra. Las ideas. El genio*. 3a. ed. Buenos Aires: Emecé, 1962.

Pastore, Franco. "Nuestra mineralogía y geología durante los últimos cincuenta años", En: Sociedad Científica Argentina. *Evolución de las ciencias en la República Argentina*. Buenos Aires: Imprenta Coni, 1925.

Pinero, Norberto y Bidau, Eduardo. "Historia de la Universidad de Buenos Aires", En: *Anales de la Universidad de Buenos Aires*. Buenos Aires, 1888.

Melo, Carlos R. *La Universidad de Córdoba*. Córdoba: Universidad Nacional, 1963.

Rojas, Nerio. *Psicología de Sarmiento*. Buenos Aires: Kraft, 1961.

Rojas, Ricardo. "La Personalidad de Sarmiento" En: Comisión Nacional de Homenaje a Sarmiento. *Sarmiento: Cincuentenario de su muerte*, t. 1. Buenos Aires: Imprenta Mercatali, 1939.

UBA. *Universidad Nacional de Buenos Aires. 1821-1910*. Buenos Aires: Imprenta Tragant, 1910.

Zubiría, José María. *Sarmiento. Estudios sobre política argentina, 1868-1874*. Buenos Aires: Imprenta Coni, 1889.

La codificación del proceso administrativo italiano

POR FRANCO GAETANO SCOCA (*)

Resumen

Mediante la sanción del decreto legislativo n° 104 del 2 de julio de 2010 Italia ha puesto en vigencia, desde el 16.9.2010, su primer Código Procesal Administrativo. Hubieron de transcurrir 120 años para que las reglas dispersas e incompletas de la materia, encontraran el marco orgánico imprescindible para sustanciar un proceso justo, impuesto fundamentalmente por el artículo 111 de la Constitución de 1948: imparcialidad del juez, igualdad de las partes y duración razonable del juicio. La independencia de los jueces administrativos (Tribunales Administrativos Regionales y Consejo de Estado) se encuentra garantizada por el control que lleva a cabo el Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa. Su imparcialidad se asegura por las disposiciones sobre excusación y recusación. En cuanto respecta a la igualdad de las partes el Código, en línea con las disposiciones constitucionales y comunitarias, contiene disposiciones que la consagran sin cortapisas. Existen, empero, algunos aspectos que generan reparos. La ausencia del juez hasta la vista de “discusión final” genera el riesgo de que se advierta recién en ese momento que la fase de instrucción está incompleta y que se presenten excepciones que obliguen a retroceder el trámite provocando demoras. Las acciones que puede intentar el actor son: declarativa de nulidad, constitutiva y de condena; correspondiendo resaltar la existencia de disposiciones que habilitan al juez para designar un “comisario” que, en caso de no acatamiento de lo resuelto, procederá a ejecutar la sentencia en forma directa. Se ahorra, de esta manera, el tiempo y los gastos que insume la promoción de un juicio ejecutivo. Conforme lo ha destacado el Consejo de Estado en fecha reciente, el Código ha significado un extraordinario adelanto que deja atrás el juicio limitado a la pretensión impugnatoria de actos oficiales, comprendiendo una pluralidad de acciones, que incluyen las condenas de reintegración y de resarcimiento. Se trata, a no dudarlo, de una profunda y saludable transformación del proceso administrativo acorde a las exigencias de una tutela del ciudadano completa y efectiva.

Palabras clave: Proceso administrativo - Italia - Código procesal administrativo

The encoding of the italian administrative process

Abstract

Through the enactment of the legislative Decree N° 104 on July 2, 2010 Italy has enforced, since September 16, 2010, its first Administrative Procedural Code. It had to pass 120 years so that scattered and incomplete rules of matter find the necessary organic framework to substantiate a fair process, primarily imposed by article 111 of the Constitution of 1948: impartiality of the judge, equality of the parts and reasonable duration of the trial. The independence of administrative judges (Council of State and Regional Administrative Courts) is guaranteed by the control carried out by the Presidency Council of Administrative Justice. Impartiality is ensured by provisions on exculpation and recusation. As regards the equality of the parts, the Code, in line with the constitutional and community provisions, contains dispositions which enshrine it without restrictions. However there are some aspects that generate objections. The absence of the judge till sight of “final discussion” creates the risk of warning at that moment that the preliminary stage is incomplete and it submits exceptions that oblige to roll back the procedure, causing delays. The actions that the actor can try are: declaration of nullity, constitutive and condemnation declaration; corresponding highlight the existence of provisions which empower the Court to assign a “commissary”, who in the case of non compliance of

(*) Profesor ordinario de Derecho Administrativo en la Universidad La Sapienza, Roma. Miembro de la Comisión Redactora del Código sancionado mediante Decreto Legislativo 104/2010. Presidente de la Asociación Italo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo.

resolution, will proceed to execute the statement directly. In this way, it saves the time and expense that takes the promotion of an executive process. According the State Council has emphasized recently, the Code has meant an extraordinary advancement that leaves behind the trial that limited pretension of impugnation of official acts, comprising a plurality of actions, including sentences of reintegration and recovery. This is, no doubt, a deep and healthy transformation of the administrative process according to the requirements of a guardianship of citizens complete and effective.

Key words: Administrative process – Italy - Administrative Procedural Code

1. En primer lugar quisiera agradecer a las autoridades de la Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata la cordial invitación a colaborar con el presente comentario vinculado con la reciente codificación del proceso administrativo en mi país.

2. Con el decreto legislativo nº 104 del 2 de julio de 2010, que ha entrado en vigor el pasado 16 de septiembre, el proceso administrativo italiano cuenta por fin con su Código, es decir, con una regulación orgánica y suficientemente innovadora; conforme, desde mi punto de vista, a los principios del Estado de derecho y, desde esta perspectiva, al modelo del proceso justo previsto por la Constitución italiana de 1948, modificada en este aspecto en el año 1999, así como por la normativa internacional y comunitaria.

La importancia del nuevo texto legislativo se puede apreciar en su conjunto si se considera que, hasta ahora, la normativa que regulaba el proceso administrativo se encontraba no sólo distribuida a lo largo de fuentes normativas diversas (ni siquiera todas ellas de seguro nivel legislativo) sino que, sobre todo, era extremadamente incompleta.

La explicación de esta situación se puede encontrar solamente desde una perspectiva histórica. El proceso administrativo no ha nacido como tal, es decir, como procedimiento jurisdiccional, sino que había sido concebido por el legislador en el lejano año 1889, como procedimiento administrativo de control de la legitimidad de los actos adoptados por las administraciones públicas; control encomendado a la Sección IV del Consejo de Estado, considerada por su composición y por su prestigio como un órgano independiente e imparcial.

La naturaleza administrativa originaria explica por una parte la escasez de la normativa procesal y por la otra ha permitido encomendar a un órgano imparcial el poder de anular los actos administrativos ilegítimos; poder que, considerada la concepción que se tenía en aquella época del principio de la división de poderes, no habría podido ser atribuido a un órgano no administrativo, y mucho menos a un órgano jurisdiccional.

Antes de finales del siglo XIX el procedimiento ante la Sección IV había sido transformado en un verdadero proceso gracias a la intervención de la Corte de Casación (Tribunal Supremo). El legislador ha tomado buena nota de ello en la primera década del siglo XX (con una ley del 1907), pero no ha decidido modificar la normativa preexistente para adecuarla a la nueva naturaleza procesal del recurso.

Ha sido sin embargo la jurisprudencia de los Jueces administrativos, obviamente en primer lugar la del Consejo de Estado, la que a lo largo de las décadas ha establecido, a través del ejercicio de la actividad práctica, la regulación del proceso. El legislador ha intervenido ocasionalmente, normalmente limitándose a confirmar desde un punto de vista legislativo las reglas que ya se estaban aplicando concretamente en la práctica.

La necesidad de disponer de una normativa orgánica y tendencialmente completa se ha percibido ya desde hace muchas décadas. En varias ocasiones han sido presentados y discutidos proyectos de ley en el Parlamento, pero ninguno de ellos había llegado hasta la aprobación definitiva.

Es comprensible, por lo tanto, la importancia del Código aprobado en el 2010, tras haber transcurrido 120 años desde la introducción en el ordenamiento italiano del juez y del proceso administrativo.

3. No me detengo en los primeros artículos del Código, que aluden a los principios de eficacia, plenitud y celeridad de la tutela de los ciudadanos ante las administraciones públicas, porque éstos representan, en mi opinión, simples criterios interpretativos de la normativa procesal recogida en los artículos sucesivos del mismo Código.

El interés por el estudio de la noción del proceso justo se ha puesto de manifiesto en Italia desde hace mucho tiempo ya, pero se ha intensificado en los años inmediatamente posteriores a la segunda guerra mundial y a la caída del régimen fascista. Para no abusar de la paciencia del lector, me limitaré a referir el modo de pensar de un ilustre italiano estudioso del proceso civil, Piero Calamandrei, quien en el año 1950, afirmaba que:

“la propia estructura del proceso, el funcionamiento del mismo, varía necesariamente según sea la finalidad que le viene asignada: si el proceso tiene que servir solamente para garantizar la paz social, haciendo que finalice a toda costa la contienda con una solución forzosa, cualquier tipo de procedimiento expeditivo, con tal de que cuente con una cierta solemnidad formal que lleve consigo el sello de la autoridad, puede servir a esta finalidad. (...) Pero si se establece como finalidad del proceso, no una resolución autoritaria del litigio cualquiera, sino la decisión del mismo según la verdad y según la justicia, es entonces cuando los mecanismos procesales tienen que adecuarse también a esta búsqueda que es mucho más delicada y profunda; y el interés del proceso se concentra en los métodos de tal búsqueda, y profundiza, sin darse por contento de las formas externas, en los sutiles meandros lógicos y psicológicos de la mente a la que esta búsqueda viene encomendada” (Calamandrei, 1950: 283) (1).

El proceso justo es el que conduce a descubrir la verdad y a afirmar la justicia. Para lo que son necesarias dos reglas fundamentales, que ahora se encuentran expresamente recogidas en el art. 111 de la Constitución: la imparcialidad del juez y la igualdad de las partes. A ello es posible añadir la duración razonable del proceso.

Indicaré brevemente si y cómo estas reglas se respetan en el proceso administrativo.

4. Por lo que respecta a la imparcialidad del juez, es necesario decir que se trata de una condición mental, de un principio ético que corresponde a la conciencia del mismo. Esta puede ser ayudada (o, quizás, garantizada) por las normas instrumentales relativas a la independencia del órgano que juzga y por el carácter de tercero imparcial de los jueces considerados como personas, con respecto a la controversia en cuestión.

No obstante la existencia de algunas dudas acerca de antiguas tradiciones, como el nombramiento por el gobierno de una parte de los Consejeros de Estado o la atribución al Consejo de Estado de la función de asesoramiento del Gobierno junto con la función jurisdiccional (ambas consideradas irrelevantes por la Corte Constitucional), es posible afirmar que la independencia de los jueces administrativos en Italia se encuentra plenamente asegurada; sobre todo porque los mismos están “gobernados” por un órgano propio de autogobierno, el Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa.

A su vez el carácter de tercero imparcial queda garantizado por las disposiciones acerca de la excusación y la recusación de los jueces, perfeccionada por el Código. Alguna duda podría presentarse en el caso en que los jueces administrativos, tanto del Consejo de Estado como de los Tribunales Administrativos Regionales, obtuviesen con facilidad y frecuencia cargos dentro de las administraciones públicas, es decir, ante posibles partes de los procesos que les vienen encomendados.

Entre los expertos del proceso civil en Europa se discute acerca del papel que el juez tiene que desempeñar en el proceso; rol que puede quedar limitado a la dirección formal del mismo o bien

(1) Calamandrei, Piero. “Proceso y justicia”, en: Revista de derecho procesal, 1950: 283.

puede extenderse a la gestión racional según las exigencias procesales concretas. La orientación más moderna parece ser en la segunda dirección, también por lo que respecta al proceso civil italiano, si se tienen en consideración las reformas legislativas introducidas recientemente.

Sin embargo en el proceso administrativo se ha mantenido el papel del juez tradicional: los roles activos se asignan prevalentemente a las partes, a las que compete iniciar y dar impulso a la actividad de instrucción y de decisión. Es el juez quien toma las decisiones en el juicio por lo que respecta a la vista cautelar y quien establece los medios probatorios, en el caso en que éstos no se encuentren a disposición de la parte a quien podrían ser útiles; es decir, para garantizar la igualdad de las partes también en el aspecto probatorio.

5. Por lo que respecta al juez administrativo, es necesario aludir también a algunos principios directamente previstos por el texto constitucional: el art. 25 establece que a nadie le puede ser negado el juez ordinario predeterminado por la ley; el art. 101 afirma que los jueces se encuentran sometidos solamente a la ley. Estos principios son respetados por la normativa procesal en vigor; el art. 111 impone que todas las decisiones judiciales sean motivadas.

La Constitución establece el ulterior principio por el que todos pueden acudir al proceso para la tutela de los propios derechos e intereses legítimos; es decir, establece el principio de la generalidad de la tutela judicial: toda controversia tiene que poder ser presentada ante un juez independiente e imparcial.

Este principio fundamental adolece por otra parte de algunas excepciones marginales aunque no irrelevantes. Existen controversias, como las relativas a los actos del procedimiento preparatorio de las elecciones políticas (presentación y admisión de las listas; presentación de los candidatos), que no cuentan con una sede judicial ante la que puedan ser juzgadas y resueltas.

Continúan a ser presentes en nuestro ordenamiento también elementos de autodiquía: ambas Cámaras del Parlamento, la Corte Constitucional y, recientemente, también la Presidencia de la República gozan de este privilegio que, según la opinión de muchos, es contrario a la Constitución que prohíbe la existencia de jueces especiales. Por otra parte es discutible que los órganos de autodiquía, aunque tengan naturaleza jurisdiccional (y no todos disponen de ella) den garantía de independencia e imparcialidad.

A los procesos de autodiquía no se aplica el Código del proceso administrativo; cada uno de ellos queda regulado por normas especiales, aprobadas en el ámbito de los respectivos aparatos organizativos.

6. Por lo que respecta a la igualdad de las partes, es decir a la misma posibilidad de incidir sobre la convicción del juez, el Código contiene una normativa satisfactoria.

En primer lugar, innovando respecto a la tradición, ha considerado admisibles todos los medios de prueba recogidos en el proceso civil, salvo el interrogatorio formal y el juramento. Superando una fuerte idiosincrasia del juez administrativo ha sido también admitida la prueba testimonial, aunque sea por escrito.

Anteriormente tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias consideraban que en el proceso administrativo no era aplicable el principio de la carga de la prueba, según el cual "quien pretende hacer valer un derecho en un juicio tiene que probar los hechos que del mismo constituyen su fundamento" (art. 2697 Código Civil). Se consideraba aplicable la norma diversa del principio de la carga de la prueba, según la cual la parte actora (o recurrente) tenía que alegar los hechos principales, es decir, los que había que probar, pero no los hechos secundarios, es decir, aquellos que llevaban a la prueba de los hechos principales. De la actividad probatoria verdadera se tenía que ocupar el juez, el cual en efecto, según la conocida definición de Mario Nigro, era el señor de la prueba.

El Código, en mi opinión, ha cambiado dirección, afirmando también en el proceso administrativo el principio de la carga de la prueba y asignando al juez una tarea simplemente de tipo subsidiario y excepcional.

Ha sido introducido también en el proceso administrativo el principio de “no oposición”, según el cual hay que probar únicamente los hechos a los que se oponen las contrapartes presentes en el proceso.

Ha sido además resuelto de modo adecuado el problema que aparece bajo la denominación de “tercera vía”: si el juez decide establecer como fundamento de su decisión una cuestión o una tesis no argumentada por las partes, tiene que indicarla en la vista para permitir la intervención de las mismas. Con ello se ha dado eficacia por completo al principio del contradictorio.

En definitiva la normativa del Código se encuentra perfectamente en línea con las disposiciones constitucionales y comunitarias que imponen la paridad efectiva de las partes en la dialéctica procesal.

7. En mi opinión es precisamente la estructura del proceso la que puede no dejar completamente satisfecho. El Código se ha inspirado en la exigencia de conservar la estructura tradicional muy sencilla, según la cual el proceso no se subdivide en las fases de preparación, de instrucción y de decisión; no se han previsto términos intermedios ni impedimentos, ni tampoco el nombramiento de un juez instructor.

La sencillez de los trámites procesales supone seguramente un elemento positivo, que evita excesos y lentitudes, pero puede provocar inconvenientes. Hay que considerar que el juez normalmente está ausente del proceso hasta el nombramiento del relator, que puede tener lugar incluso treinta días antes de la vista de “discusión”, es decir, de la vista final, y normalmente única, de cierre del proceso. Además el término para que se personen las partes emplazadas, o sea, la administración demandada en el juicio y los interesados, es meramente ordenatorio; de modo que tales partes se pueden personar y presentar sus líneas defensivas también con ocasión de la vista final.

Por lo tanto el proceso no se encuentra activo hasta la fase de la decisión. Y de este modo se corre el riesgo (y el riesgo no es teórico) de que en la vista de “discusión” final sea evidente que la fase de instrucción está incompleta o de que se deba asistir a la presentación de excepciones prejudiciales de carácter procesal o preliminares de carácter material, que habrían tenido que presentarse al principio y no al final del proceso.

Por tanto la sencillez de la estructura procesal, si bien normalmente es una virtud, con frecuencia puede convertirse en un defecto debido al aumento de la duración del proceso, en lugar de su disminución.

8. En un Estado de Derecho el modelo del proceso justo tiene que permitir dar a la parte actora todo aquello que la ley le concede de conformidad con el derecho material. Esta fórmula, elaborada a inicios del siglo XX por otro gran estudioso italiano de derecho procesal, Giuseppe Chiovenda, conlleva que el proceso venga regulado de modo eficiente.

El tema se refiere especialmente a las acciones que se pueden ejercitar: uno, quizás el principal, de los criterios de la ley de delegación (ley nº 69 de 2009), en base a la cual el Código ha sido aprobado por el Gobierno, establece que en el proceso administrativo se tienen que poder ejercitar acciones declarativas, constitutivas y de condena idóneas a satisfacer las pretensiones de la parte vencedora.

En la normativa del Código, junto a la acción originaria de anulación de los actos ilegítimos, al lado de la acción de resarcimiento introducida a finales del siglo XX y de la acción contra el silencio, han sido introducidas la acción declaratoria de nulidad y, sobre todo la acción de condena “a la adopción de las medidas idóneas para tutelar la situación jurídica subjetiva que se infiere del proceso” (art. 34, punto 1, letra c).

No se ha llegado aún a la afirmación de la atipicidad de la acción, según la cual se puede pedir al juez, más allá de la clasificación por tipos, todo tipo de decisión que venga considerada útil para la completa tutela de los derechos y de los intereses legítimos, pero se ha llegado muy cerca. Sin duda, aunque sea de formas diversas, existe ya en el ordenamiento italiano, como desde hace tiempo se encuentra también presente en el ordenamiento alemán, la denominada acción de cumplimiento: el juez, en caso de inactividad de la administración, puede pronunciarse sobre la pretensión del ciudadano que se ha quedado sin respuesta, no sólo cuando se trate de actividad reglada, sino también cuando no existan ulteriores márgenes de ejercicio de la discrecionalidad por parte de la administración.

Un ulterior refuerzo de la tutela ha sido garantizado por la disposición que permite al juez establecer las medidas idóneas para asegurar la ejecución de las sentencias firmes y, en concreto, la posibilidad para el mismo de nombrar también en sede de juicio de cognición (y no de ejecución) el comisario ad acta; éste, una vez que haya transcurrido el término específico concedido a la administración para acatar espontáneamente la sentencia, procederá a ejecutar esta última coactivamente.

Por lo tanto ya no es necesario recurrir, tras la sentencia favorable, al juicio ejecutivo; y por ello se ahorra tiempo y también dinero; visto que las contribuciones a la justicia han sido elevadas.

9. Por lo tanto, y desde el punto de vista de la plenitud y de la efectividad de la tutela, el Código ha aportado considerables novedades positivas, que la jurisprudencia parece acoger sin dificultad.

Considero útil, a tal propósito, recoger algunas frases de los considerandos de una sentencia muy reciente de la Adunanza Plenaria (Reunión Plenaria) del Consejo de Estado, que perfilan el modo en que el juez administrativo considera la nueva normativa del proceso (sent. 23 de marzo de 2011, n° 3): el Código,

“...llevando a buen fin un prolongado y constante proceso de evolución trazado por el legislador y por la jurisprudencia, amplía las técnicas de tutela del interés legítimo mediante la introducción del principio de la pluralidad de las acciones. En efecto, han sido añadidas a la tutela de anulación la tutela de condena (al resarcimiento y a la reintegración ex art. 30), la tutela declarativa (cfr. la acción de nulidad del acto administrativo ex art. 31, punto 4) y, en el procedimiento en materia de “silencio-incumplimiento”, la acción de condena “publicista” a la adopción del acto (la denominada acción de exacto cumplimiento), con la comprobación previa también, en los casos en que ello sea posible, del carácter fundado de la demanda presentada en el proceso (art. 31, puntos 1 a 3)”

Continúa la sentencia:

“...por otra parte hay que poner en evidencia que el legislador, aunque sea de modo no explícito, ha considerado que se puede ejercitar la acción de condena encaminada a obtener la adopción del acto administrativo solicitado, incluso ante una disposición expresa de rechazo y siempre y cuando no lo impida la presencia de elementos de discrecionalidad administrativa y técnica. Ello se puede inferir de cuanto ha sido establecido por los artículos 30, punto 1, que se refiere a la acción de condena sin una tipificación de los relativos contenidos (sobre la atipicidad de tal acción incide el informe del gobierno que acompaña al código) y 34, punto 1, letra c), en el que se afirma que la sentencia de condena tiene que establecer la adopción de medidas idóneas para tutelar la situación subjetiva que emerge del proceso (cfr., ya por lo que respecta a la situación normativa anterior, Cons. Estado, secc. VI, 15 de abril de 2010, n° 2139; 9 de febrero de 2009, n° 717)”

Por lo que:

“...en definitiva el planteamiento del código, coherentemente con el criterio de la delegación establecido en el art. 44, punto 2, letra b, n. 4, de la Ley de 18 de junio de 2009, n° 69, ha superado la tradicional limitación de la tutela del interés legítimo únicamente al modelo impugnatorio, admi-

tiendo el ejercicio de acciones cuya finalidad es conseguir resoluciones declarativas, constitutivas y de condena idóneas a satisfacer las demandas de la parte victoriosa”.

Es posible concluir diciendo que el Código ha determinado la profunda transformación del proceso administrativo, antes forzado dentro del esquema de la acción impugnatoria con la eventual añadidura no autónoma de la acción de resarcimiento, en un instrumento de tutela de amplio espectro, que no tiene ya como objeto sólo el acto administrativo sino que permite al juez indagar sobre el conjunto de las relaciones entrelazadas que existen entre los ciudadanos y las administraciones públicas, con poderes de cognición y de decisión adecuados a las exigencias de una tutela completa y efectiva.

Responsabilidad y administración pública en México. Encuadre del tema y fundamentos constitucionales

POR LUIS GERARDO RODRÍGUEZ LOZANO (*)

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo describir el estado de situación de la responsabilidad de la Administración Pública en México, partiendo de sus antecedentes históricos para detenernos en sus fundamentos constitucionales y legales. El deber oficial de indemnizar a los ciudadanos los daños y perjuicios que por acción u omisión causen las autoridades federales y estatales, se considera un logro en la consolidación del Estado de Derecho ya que significa la consolidación del criterio garantista del Derecho Administrativo, opuesto a la tendencia autoritaria y proclive al abuso de poder.

Responsability and public administration in Mexico

Framing the issue and constitutional foundations

Abstract

This paper aims to describe the state of situation of Public Administration responsibility in Mexico, starting with its historical antecedents, stopping in its constitutional and legal foundations. The official duty of compensate citizens because of damages that, by act or omission, are caused by federal and state authorities, is considered an achievement in the consolidation of the state of law because it means the consolidation of the guarantor criterion of administrative law, opposed to the authoritarian tendency prone to abuse of power.

Desde que hablamos de la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestra realidad jurídica concreta, es menester para comprender de mejor manera esta figura jurídica hablar de un antes y un después, es decir del devenir del Estado, y por consiguiente de sus constantes transformaciones en el tiempo, para poder ver las consecuencias que dieron origen a dicha noción, su presente y futuro inmediato.

Y en esta cuestión de la responsabilidad patrimonial del Estado tenemos que considerar que:

“...constituye una cuestión que concierne a la llamada parte general del derecho administrativo por su conexión con la idea que atribuye al Estado una personalidad moral o jurídica y por la necesaria vinculación que existe entre los principios que rigen los medios de actuación estatal y las consecuencias que se desprenden de ellos, en el plano de la responsabilidad, tanto frente a los terceros o administrados, como respecto de los propios agentes públicos”. (Cassagne, 2010: 457)

1. Las transformaciones del estado

Desde el momento de su aparición, el Estado ha estado sometido a una serie de variantes: políticas, sociales, culturales, económicas, etc., que se han encargado de condicionar su rumbo, por lo que se puede decir que el Estado se encuentra en continua transformación, pues los fenómenos sociales que determinan este aspecto son dinámicos, las etapas del Estado son determinadas por las circunstancias muy particulares de cada época, entre las que podemos destacar, atendiendo a

(*) Maestro por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México. Profesor de Administración Pública y Juicio Político a nivel Maestría en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL). Profesor de Administración Pública en el Doctorado de Ciencias Políticas y profesor de Juicio Político y Derecho Administrativo II en la Licenciatura de la citada Facultad. Colaborador de la Subdirección Consultiva del ISSSTE.

los diversos patrones económicos de producción: el primitivo, el esclavista, el feudal, el absolutista, el liberal, social y neo-liberal (1).

A. Estado absoluto

El proceso de gestación del Estado feudal al absolutista se da entre el siglo XIII y XV en la sociedad europea, particularmente en Francia, Inglaterra y España, y sucede como consecuencia de los fuertes problemas económicos que presentó el modelo de producción feudal. El resultado final de todos estos trastornos económico — político, fue para Perry Anderson el siguiente: “En el transcurso del siglo XVI apareció en occidente el Estado absolutista. Las monarquías centralizadas de Francia, Inglaterra y España representaron una ruptura decisiva con la soberanía piramidal y fragmentada de las formaciones sociales medievales, con sus sistemas de feudos y estamentos” (2). (Anderson, 1990: 10).

En efecto, la sociedad medieval había perdido mucha fuerza. El pacto del poder temporal con el espiritual ya no era el mismo, pues se encontraba sin efecto práctico alguno, por lo que predominaba fundamentalmente la anarquía en estados como Italia, resultaba muy evidente la imposibilidad de restaurar el antiguo orden de cosas. Para R. H. S. Crossman era muy claro que:

“...las ciudades libres que habían resistido los propósitos imperiales del emperador germano, luchaban por sobrevivir en un mundo que las había dejado atrás en su crecimiento. La expansión del comercio, la existencia de mejores comunicaciones y la aparición del comerciante aventurero, estaban pidiendo en el siglo XVI una escala mayor, un sistema político más centralizado que el existente bajo el feudalismo. Lo que durante siglos parecía ser una protección de salarios justos, de la justicia social y de la salvación espiritual, aparecía ahora como un estorbo y una barrera para la iniciativa humana. En consecuencia los reyes comenzaron a ejercitar más y más prerrogativas y, con el apoyo financiero de las nuevas clases económicas que iban apareciendo, a ejercer la autoridad suprema sobre los barones feudales. El reinado de la monarquía absoluta había comenzado en Francia y en España, e iba a llegar a Inglaterra en breve, impuesto por los Tudor”. (Crossman, 1978: 31-32) (3).

De esta manera el factor económico es importante para comprender el proceso de cambio de un sistema político económico a otro, y en aras de reforzar lo antes citado, resulta muy interesante la opinión de Karl Marx y Federich Engels, quienes señalan que:

“El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario,

(1) De igual forma el derecho administrativo y sus instituciones se han ido estructurando atendiendo a las transformaciones del Estado. Así se puede observar en lo referente a las relaciones entre los particulares y el Estado, donde se observa que cambia la situación jurídica del particular atendiendo a la forma de Estado, por ejemplo, en el Estado absolutista se observa una ausencia de derechos del particular, una existencia muy débil en el estado liberal, siendo la mayor fase de desarrollo de un sistema jurídico en el Estado social. También es importante señalar que la Revolución Francesa de 1789 marca el inicio del derecho administrativo, ya que es en ese momento que “...se produjo un cambio profundo en las sociedades del continente europeo y en sus ordenamientos jurídicos. Instauró, para limitar el poder de los monarcas, nuevos principios e instituciones que determinaron la aparición de normas jurídicas de naturaleza hasta entonces desconocida. Institución y normas jurídicas que, al ser objeto de análisis y sistematización, dieron origen a una nueva disciplina jurídica: el Derecho Administrativo” (Boquera Oliver, 1985:29).

(2) El concepto político de Estado, como método de organización de la polis nace inicialmente con Maquiavelo, el cual señala en el capítulo 1 de su ya clásico libro *El príncipe*, las siguientes palabras: “Todos los Estados, todas las dominaciones que han ejercido y ejercen soberanía sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados”. (Maquiavelo, 2010:3).

(3) Una mirada al pasado nos permite señalar que en su momento el tránsito del sistema feudal al absolutismo, representó un eslabón más hacia adelante en el siempre continuo y complejo devenir de las sociedades. Por lo que hace al sistema feudal, Jorge Fernández Ruiz entiende lo siguiente: “El sistema feudal se caracteriza por la integración de la gran propiedad rural, así como por la transformación de los esclavos y de los campesinos libres en siervos, sometidos a los señores feudales”. (Fernández Ruiz, 2006:23).

es su ser social el que determina su conciencia. Al llegar a una determinada fase de desarrollo, las fuerzas productivas materiales de la sociedad chocan con las relaciones de producción existentes, o, lo que no es más que la expresión jurídica de esto, con las relaciones de propiedad dentro de las cuales se han desarrollado hasta allí. De formas de desarrollo de las fuerzas productivas, estas relaciones se convierten en trabas suyas. Y se abre así una época de revolución social. Al cambiar la base económica se conmociona, más o menos rápidamente, toda la inmensa superestructura erigida sobre ella.” (Marx, y Engels, 2009: 47).

Es fundamental el pensamiento de Maquiavelo para entender el nacimiento y devenir del Estado absolutista, ya que este se da cuenta que ahí donde impera la anarquía, se antojaba sumamente difícil el progreso social. Fue más que nada por esa causa que Maquiavelo propone un gobierno fuerte como condición necesaria para el progreso de los Estados, lo cual, en ese momento solo resultaba posible con un gobierno fuerte en todo sentido.

A medida que la crisis del modelo feudal se agudiza, se acelera por otra parte el tránsito al Estado absolutista, que surge como otra opción de desarrollo económico liberal. Se puede señalar que el absolutismo se basa en dos principios fundamentales. El primero un orden político fuerte, encabezado por el monarca, en aras de hacer realidad por medio de la política del hombre fuerte los postulados de la doctrina mercantilista.

Queda bastante claro que los postulados del estado absolutista diseñado por Maquiavelo tenían por finalidad lo siguiente:

“La idea que Maquiavelo brinda del Estado es por tanto la de la política del Estado en su versión moderna: un poder que se plantea él mismo, no teniendo más consideraciones que de sí mismo, resumiendo, siendo para sí mismo su propia causa. Sí, por consiguiente, como se señalaba, la legitimidad del Estado maquiaveliano es sólo su fuerza, no significa que haya exclusión total de la legitimidad: todo lo contrario. La legitimidad no es previa a la acción política: ella procede de ésta. Rasgo éste decisivo de la soberanía.” (Chatelet, 1980: 251)

Sin embargo, pese a toda la dureza política-económica en perjuicio de la sociedad, que caracterizó al modelo absolutista, no podemos ser menos enfáticos a la hora de reconocer y de afirmar que es por medio de ese Estado que se da un primer paso para desmontar toda la red de intereses económico-políticos del feudalismo, para instaurar el régimen de la propiedad privada, liberado de las pesadas cargas del feudalismo.

Ya que se menciona que el absolutismo fue un primer paso en la superación del feudalismo, vale la pena señalar hasta que punto se superó. De hecho, considero que se superó en su aspecto político, pues el absolutismo representa el poder arbitrario e ilimitado del soberano, o lo que es lo mismo la concentración del poder en la figura del monarca. En ese momento, es evidente que el feudalismo en su esencia ha dejado de gobernar. Como dice Jorge Fernández Ruiz:

“En este proceso de transformación, al mediar el siglo XV, prolifera la sustitución del Estado feudal por el Estado absolutista, definido como aquel en que todos los poderes se hayan reunidos sin limitaciones en el monarca, conforme a un esquema económico vinculado totalmente al mercantilismo, cuyas ideas imperaron durante tres siglos: de mediados del XV a mediados del XVIII; por ello, esta versión absolutista del Estado se basa, en lo político, en la monarquía absoluta, en lo económico, se sustenta en el mercantilismo.” (Fernández Ruiz, 2006: 25)

En realidad, respecto a esta temática, la situación de tránsito del feudalismo al absolutismo, resulta muy compleja. Ciertamente, lo que se observa es un proceso de cambio, pero si entendemos la palabra cambio como una transformación radical de la realidad, considero que el absolutismo se muestra enfático en cuanto a la concentración del poder político, pero paradójicamente las estructuras económicas feudales jugaron un rol importante en la concentración del poder político del soberano, lo que considero que explica con claridad Perry Anderson:

“Como veremos, la llegada del absolutismo nunca fue, para la propia clase dominante, un suave proceso de evolución, sino que estuvo marcada por rupturas y conflictos extremadamente duros en el seno de la aristocracia feudal, a cuyos intereses colectivos en último término servía. Al mismo tiempo, el complemento objetivo de la concentración política del poder en la cúspide del orden social, en una monarquía centralizada, fue la consolidación, por debajo de ésta, de las unidades de producción feudal. Con el desarrollo de las relaciones mercantiles, la disolución de los lazos primarios entre la explotación económica y la coerción político-legal condujo no solo a una creciente proyección de esta última sobre la cúspide monárquica del sistema social, sino también a un fortalecimiento compensatorio de los títulos de propiedad que garantizaban aquella explotación. En otras palabras: con la reorganización del sistema político feudal en su totalidad, y la disolución del sistema original de feudos, la propiedad de la tierra tendió a hacerse progresivamente menos condicional, al mismo tiempo que la soberanía se hacía correlativamente más absoluta” (Anderson, 1990: 14).

De esta manera, resultaba muy complejo imaginar un sistema de derecho administrativo, ya que la relación de los particulares frente al poder era de total subordinación. La ausencia del vínculo jurídico garantista entre las partes poder-particular daban poca cabida para el derecho administrativo. Por eso se dice que en esta fase el Estado solo se limitaba a garantizar la seguridad en el orden interno, la defensa frente al exterior y la administración de justicia entre particulares, evidenciando así una administración pública muy limitada en su faceta garantista. Atendiendo a dicha realidad, Luis H. Delgadillo (2010:24) señala de forma muy aguda las características de la administración absolutista:

- a) Soberanía del monarca, que lo colocaba sobre todas las personas e instituciones.
- b) irresponsabilidad de su actuación, ya que debido a su soberanía no podía ser considerado responsable por los daños materiales que causara.
- c) Indemandabilidad, ya que por estar sobre todos y no tener responsabilidad legal, no existía institución o persona que pudiera juzgarlo. (Delgadillo Gutiérrez, 2010: 24)

Para reforzar los señalamientos anteriores resultan muy pertinentes las opiniones de Diego Valadés, mismas que se transcriben a continuación:

“Las notas distintivas del absolutismo consistían en la concentración extrema del poder en un individuo que derivaba su legitimidad de la “gracia divina” transmitida por sucesión dinástica; que no delegaba sus potestades, por lo que sus auxiliares actuaban en su nombre y respondían sólo ante él; que ejercía sus atributos de forma autónoma, en tanto que no rendía cuentas ni estaba sujeto a control, y que desplegaba facultades de dominio sobre las personas y las cosas bajo su jurisdicción. Con este motivo el monarca podía reclutar, imponer cargas fiscales, dirimir conflictos y en general realizar todos los actos propios de una autoridad política y militar. En Inglaterra y en Francia a los monarcas también se les atribuyó la realización de milagros. Las relaciones entre el poder y sus destinatarios se planteaba en términos de sumisión”. (Valadés, 2010: 288)

Es fácil reconocer que los soportes políticos del absolutismo impedían el nacimiento, y posterior desarrollo del Derecho Administrativo, pues se carecía de lo más indispensable: sujetos susceptibles de derechos y prerrogativas que se regularan por parte del Estado. El absolutismo representa la anti-tesis de cualquier esquema de responsabilidades del Estado frente a los particulares.

B. El estado de derecho

El largo tiempo por el que se ejerció un severo control sobre los individuos tanto en la Edad media como en el Absolutismo provocó a la larga un desgaste en las instituciones políticas de la época, aprovechado por los individuos para generar un cambio en las estructuras de mando, pues estos se encontraban ya muy lastimados por la severa afectación a sus derechos individuales que generó la formación de un Estado de Derecho, que tenía por objeto limitar al Estado por medio del derecho, reconociéndole al sujeto derechos frente a la administración pública, pasando a generar una rela-

ción entre el Estado y los individuos amparada por la ley. Cumplidas estas condiciones se puede decir que en el Estado de derecho el control se ejerce ahora por medio de:

“Los mecanismos constitucionales que caracterizan al Estado de derecho tienen el propósito de defender al individuo de los abusos de poder. Dicho de otro modo: son garantías de libertad, de la llamada libertad negativa, entendida como la esfera de acción en la que el individuo no está constreñido por quien detenta el poder coactivo a hacer lo que no quiere y a la vez no es obstaculizado para hacer lo que quiere”. (Bobbio, 2002:21)

Las primeras manifestaciones anti absolutistas se dieron a raíz de los movimientos revolucionarios del siglo XVII en Inglaterra y XVIII en Francia, que sirvieron de impulso para un cambio en el Estado, el que se dio por la vía liberal, que tenía como máxima divisa ideológica el dejar hacer, el dejar pasar, lo que significaba la reducción a la mínima expresión del Estado; lo que acontecía en ese momento era una reacción política que consiguió disminuir la fuerza del Estado, limitándolo en sus funciones de hacer la ley, interpretarla, buscar su cumplimiento, preservar la seguridad interior y resguardar al Estado de probables ataques del extranjero, para Jorge Fernández Ruiz; “...se trataba de un Estado policía, caracterizado por su individualismo que privilegia al sujeto sobre todo aspecto social o colectivo; por la libertad que incluye la de explotar a los demás; por la postulación del Estado de derecho, así como por el reconocimiento de los derechos y libertades políticas de los ciudadanos”. (Fernández Ruiz, 2006: 26)

Pero no ha de ignorarse la contradicción con la que nació el Estado de derecho de corte liberal que señala Luciano Parejo Alfonso, pues para este: “...lo importante es que, para el Derecho, todos tengan iguales derechos, con independencia de que no estén realmente en situación de disfrutarlos y ejercerlos por igual incurriendo en el riesgo de que la igualdad formal de todos se convierta en el derecho de los más poderosos de hacer valer sin contemplaciones su superioridad real”. (Parejo Alfonso, 1984:181)

Lo anterior permite anotar, que de conformidad con Norberto Bobbio: “...Un Estado liberal no es por fuerza democrático: más aun, históricamente se realiza en sociedades en las cuales la participación en el gobierno está muy limitada a las clases pudientes”. (Bobbio, 2002:7)

Bajo este aspecto, lo que se ve es la exacerbada importancia que el liberalismo le da al individuo, al ponerlo como el referente principal de la sociedad, dotándolo de una serie de derechos como el de la propiedad privada, el libre comercio, la libertad de competencia, las cuales fomentan el lucro y por ende el empoderamiento del individuo en detrimento del aspecto social del cual debe estar investida toda sociedad, en realidad lo que pretende esta ideología es poner al Estado al servicio del individuo propietario, todo esto no debemos olvidarlo, tuvo su razón de ser, pues el mercantilismo de marcado corte estatista provocó una reacción del individuo, que demandaba más libertades individuales.

Siguiendo con las paradojas del Estado de derecho liberal, no dejan de llamar la atención, las contradicciones que envuelven a este tipo de sistema de pensamiento, pues para Ernst Wolfgang Böckenförde:

“El concepto del Estado de Derecho incluye una tendencia hacia la libertad, pero no se inclina de forma incondicionada hacia la democracia. La libertad política de los ciudadanos, su participación activa en la vida del Estado, vale como culminación y garantía de la libertad civil, pero encuentra su límite allí donde no llega la protección de la libertad civil, donde esta se pone en peligro o, en otras palabras, donde deja de dar preferencia a la razón y se inclina a favor de los meros deseos o intereses”. (Böckenförde, 2000: 22-23)

Queda por señalar lo que sabemos ya, las consecuencias de llevar a los extremos la ideología liberal del Estado de Derecho, que paradójicamente en su fase final lo transforma en un no derecho. En efecto, para Jorge Fernández Ruiz:

“Llevado a su extremo, el esquema liberal produce la anarquía, en la cual, en aras de la libertad, de la libre empresa y del libre cambio, el hombre pierde su fin en si mismo y pasa a ser un bien

equiparable a cualquier otro de los que están en el mercado, en un proceso en que los individuos económicamente poderosos aplastan o, en el mejor de los casos, utilizan a los débiles o desamparados. La tesis liberal individualista la impulsan los fisiócratas en Francia, encabezados por Francisco Quesnay, y esta presente en la idea del hombre económico de Adam Smith; empero, el fundador de la escuela liberal clásica distaba mucho de llevar el individualismo hasta sus últimas consecuencias, a diferencia de sus seguidores que dieron rienda suelta a esa doctrina que, de tal suerte, se fue por el despeñadero del descrédito y del abandono". (Fernández Ruiz, 2006: 27) (4).

Si bien se puede coincidir en que la premisa fundamental del Estado de derecho es la limitación del Estado desde el derecho, en otras palabras el Estado debe ajustar su conducta a lo que marca el derecho, con lo que se produce la superación del gobierno de los hombres por el de las leyes, pero esta premisa en la trayectoria del pensamiento político guarda muchas contrariedades, las cuales son destacadas con gran agudeza por Norberto Bobbio (2003), que observa lo siguiente:

"...el respeto a la ley le impide al gobernante ejercer parcialmente su poder en defensa de intereses privados, de las mismas maneras que las reglas del arte, de la medicina, bien aplicadas, impiden a los médicos tratar de diferente manera a sus pacientes de acuerdo al criterio de que sean amigos o enemigos. Mientras la primacía de la ley protege al ciudadano del arbitrio del mal gobernante, la superioridad del hombre lo protege de la aplicación indiscriminada de la norma general, bajo el supuesto de que el gobernante sea justo"(5).

La primera posición hace referencia al gobierno de las leyes y la segunda a un gobierno de hombres.

Todas las sociedades humanas, comparten una práctica organizacional común, que es organizar el poder y legitimarlo, los habla redundantemente de los procesos de dominación y subversión de las clases dominadas; este intercambio sociológico de los roles sociales, no es otra cosa más que la transformación de las relaciones de poder que siempre encuentran en la disyuntiva de quienes son los que deben de gobernar: los hombres o las leyes. Cuando se opta por el gobierno de los hombres inmediatamente se alude a la concentración y personalización del poder político, llámese líder, caudillo, presidente, padre de la patria o cualesquier adjetivo que se usa en la jerga política. Por lo que hace al gobierno de las leyes, nos estamos refiriendo a lo que se puede denominar "Estado de Derecho", que básicamente significa ajustar la conducta del hombre, al dictamen de la ley.

Tenemos que reconocer, que ambos caminos a menudo se encuentran llenos de ambigüedades y contrariedades, lo que los mantiene en un flujo constante de variación de uno por el otro, por tanto humanamente es comprensible, ya que se trata de riesgos conductuales de la organización y distribución del poder político. Tocante al gobierno de los hombres la historia es muy sabia al respecto, pues realmente esta ciencia se constituye a sí misma maestra de la política, sobre el particular lo que nos dice la historia es que son las revoluciones, los cismas, las épocas de crisis, etc. (6), las circunstancias adecuadas para colocar en el escenario político a los gobiernos de corte perso-

(4) Hay que añadir que Adam Smith, autor de un clásico libro, intitulado la Riqueza de las naciones, a quien se le asocia con el estado mínimo, y por ende con la ideología de la mano invisible, es también uno de los autores más mal leídos y comprendidos por la doctrina, pues como señala Jorge Fernández Ruiz su postura en materia económica no es la de un liberal radical, todo lo contrario es la de un economista que cree que en el Estado, tan es así que le asigna un rol imprescindible para que las naciones logren y generen riqueza a sus habitantes.

(5) A mayor abundamiento el pensamiento político en su momento se vio fuertemente influido por la tendencia medieval de la legitimación del gobierno de los hombres: "Todo el pensamiento político medieval está dominado por la idea de que el buen gobernante es aquel que gobierna observando las leyes, de las que no puede disponer libremente porque lo trascienden, como es el caso de las leyes impuestas por Dios, o inscritas en el orden natural de las cosas, o establecidas como fundamento de la constitución del Estado (las leyes precisamente "fundamentales")". (Bobbio, 2003:169-171).

(6) Norberto Bobbio dice que "Históricamente, el gobierno del hombre aparece cuando el gobierno de las leyes no ha surgido todavía o muestra su inconveniente frente a la aparición de una situación de crisis revolucionaria. En suma está íntimamente vinculado al Estado de excepción". (Bobbio, 2003: 184)

nalista-autoritario que buscan solucionar de manera práctica los problemas sociales del momento en turno, lo que en algunas ocasiones debemos reconocerlo, han conseguido resolver con éxito demandas de la sociedad política, por mencionar algunos: salud, educación, empleo, economía, cultura. Por otra parte, no se debe omitir que en la mayoría de los casos la apuesta por este tipo de gobiernos a la larga muestra que terminan cayendo.

Para finalizar el presente apartado, quiero retomar a Norberto Bobbio, pues su amplia visión acumulada a lo largo de su vida, le permitió esbozar análisis muy equilibrados sobre la cosa pública; con el cual no me es difícil sentirme identificado, más aun si considero la realidad que está viviendo mi generación, en mi país: México, aportada la justificación, procedo a la transcripción del análisis de Bobbio:

“Si para concluir el análisis se me pide quitarme la vestimenta de estudioso y ponerme la del hombre comprometido con la vida política de su tiempo, no tengo ningún empacho en decir que prefiero el gobierno de las leyes y no el de los hombres. El gobierno de las leyes celebra hoy su triunfo en la democracia. ¿Qué cosa es la democracia sino un conjunto de reglas (las llamadas reglas del juego) para solucionar los conflictos sin derramamiento de sangre? ¿En qué consiste el buen gobierno democrático, si no, y sobre todo, en el respeto riguroso de estas reglas? Personalmente no tengo dudas sobre la respuesta a estas preguntas; y precisamente porque no tengo dudas puedo concluir tranquilamente que la democracia es el gobierno de las leyes por excelencia. En el mismo momento en el que un régimen democrático pierde de vista este principio inspirador que le es propio, cambia rápidamente en su contrario, en una de las tantas formas de gobierno autocrático, del que están llenas las narraciones de los historiadores y las reflexiones de los escritores políticos” (Bobbio, 2003: 189)

C. El estado de bienestar

Las consecuencias que trajo consigo el liberalismo económico provocaron a la larga su derrumbe, principalmente por las fuertes desigualdades sociales. Es verdad que una de las premisas del liberalismo fue proteger la libertad y la igualdad, lo real es que el Estado sustento mucho su progreso y viabilidad en el poder económico, acumulado por las minorías, en detrimento de las mayorías que se vieron muy desprotegidas socialmente ante el enorme poder económico y político de las oligarquías.

A través de la historia se pueden constatar las fuertes contradicciones que suponen el cumplimiento de la libertad y la igualdad en una comunidad política, pues a menudo se presentan diferencias sociales entre los miembros de una sociedad, mismas que se profundizan en un régimen orientado por el componente político de la libertad negativa, pues este hace énfasis en salvaguardar la libertad de comercio y la libertad individual, en detrimento de los derechos sociales; la doctrina suela considerar que este régimen se sostiene en la divisa *laissez faire, laissez passer*. Aquí lo que se pretende es la reducción del gobierno a su mínima expresión, y por ende omiso para corregir las desigualdades que genera el mercado. Así, no deja de extrañar que la pasividad que muestra el Estado para con el conglomerado social, sin manifestar el deseo de intervenir en los procesos económicos que acontecen en la sociedad, para empujar en progreso más equitativo del cuerpo social, provocando un rechazo al cumplimiento de los derechos que se postulan para las personas. Por eso se dice que de nada sirve

“...reconocer a todos los individuos un derecho a la propiedad, o libertad de trabajo, o de enseñar y aprender, si las condiciones socioeconómicas imperantes (misericordia, enfermedad, accidentes, ignorancia, vejez) excluyen permanentemente a algunos individuos toda oportunidad de ser propietarios, trabajar libremente, o aprender y enseñar. Esta es la paradoja que el Estado de derecho en un planteo muy tradicional, no había podido al parecer superar” (Gordillo, 1984: 58-59)

Las primeras consecuencias de llevar a sus extremos el pensamiento liberal, se manifiestan en la Revolución Industrial, lo que provoco que Inglaterra tomara las primeras medidas y organizara una administración pública de corte social, pues se pensó que solo así se podían corregir las imperfecciones del mercado; para esto fue necesario que el Estado incrementara fuertemente su presencia en el Estado, procurando prestar servicios sociales a la población.

Dicha problemática, no fue exclusiva de un solo país, las grietas del liberalismo se expandieron a nivel mundial, abarcando de 1815 al fin de la segunda guerra mundial, y por ende del sistema de economía liberal, y principio del Estado social.

El principal objetivo que se propuso el Estado social fue como señala Jorge Fernández Ruiz "... arrebatando las banderas del movimiento comunista desarrollado a partir del *Manifiesto del Partido Comunista* Redactado por Carlos Marx y Federico Engels en 1848, por la *Primera internacional*, para dar lugar al surgimiento del *Estado de bienestar* o *Welfare State*, basado en el solidarismo". (Fernández Ruiz, 2006: 29)

El esquema del solidarismo puede resumirse en la frase "todos vamos en el mismo barco", las partes suelen unirse con la finalidad de lograr el bien común de toda la sociedad. En este sentido el Estado no puede permanecer más tiempo en su papel de policía, donde se reduce a vigilar el papel de los agentes sociales del Estado, para que no se dañen entre sí o afecten el orden público, el actuar omiso del Estado trae como consecuencia legitimar las desigualdades que suceden en los procesos productivos de la sociedad.

Edificar un Estado social supone la transición de un Estado vigilante y guardián, a uno interventor y regulador, que se proponga buscar la justicia una mejor justicia social distributiva, donde el hombre pueda crecer y desarrollar en un entorno de libertad, pero con responsabilidad social, para lo cual se requiere una administración que regule, rectifique, oriente, y planifique el desarrollo industrial de una nación, armonizar la economía con la ética social. Esto tiene que ser así, puesto que la historia demuestra que el ser humano es demasiado humano, y por ende a menudo se vuelve voraz y ambicioso, sin fijar parámetros que limiten este tipo de sentimientos, lo que demuestra que el hombre es incapaz de desarrollarse libremente, por eso necesita un árbitro que genere una sana convivencia social, imponiendo determinados deberes sociales a los miembros de la sociedad, dado que no vivimos solos, se necesita que la solidaridad pernee en sentido amplio a la sociedad para generar mejores relaciones de convivencia entre los miembros, para que en la medida en que se fortalezcan estos vínculos sea posible estar en presencia de un Estado interventor, que no es otra cosa que el Estado social de derecho, que se encargara de ver sin duda por el bien común de la mayoría.

El bien común encuentra conexión con el concepto de solidaridad, no se puede entender un Estado social, sino es a la luz de su compromiso solidario con los más necesitados. De ahí que:

"Solidarismo es aquel sistema de ordenación social que, frente a los doctrinas unilaterales del individualismo y del colectivismo, hace justicia al doble aspecto de la relación entre individuo y sociedad; así como el individuo ésta ordenado a la comunidad en virtud de las disposiciones para la vida social ínsita en su naturaleza, la comunidad se halla ordenada a los individuos que le dan el ser, en el cual y por los cuales exclusivamente existe... cada cual ha de responder por el todo cuya parte es; el todo ha de responder por cada uno de sus miembros. Característico del solidarismo es su concepto del bien común y la posición dominante que le asignen"(7).

Toda la problemática del Estado social es posible resumirla en la problemática que afronta este tipo de modelo estatal, que le apuesta al bienestar tomando como principal referente la intervención del Estado en la economía mediante la asignación de determinadas tareas tanto a los gobernantes como a los gobernados. Este proyecto político social se encuentra condicionado fuertemente por los servicios públicos, que en palabras de Duguit son aquellos que presta el Estado para lograr un bienestar social en la población. Todo lo anterior nos lleva a concluir que: "Toda la problemática del Estado social está vinculado a corregir la desigualdad". (Sotelo, 2010: 48) (8).

(7) Nell Breuning, Oswald Von, "Solidarismo", tomado de Fernández Ruiz (2006:29-30).

(8) Además, el Estado social tiene la disyuntiva de lograr la igualdad real, que a menudo encuentra diferencias con la igualdad formal.

D. Estado neo-liberal

El desmedido crecimiento que en su momento experimentó el Estado de bienestar, fue lo que a la larga marco su declive, que se acreditó en el enorme déficit económico financiero que alcanzaron los Estados que implementaron políticas de corte solidarista, sin omitir la caída de los regímenes comunistas de Europa oriental, que se encargaron de generar de manera inmediata una reacción neo-liberal que promovía como requisito para alcanzar el desarrollo social transformar el Estado, y constituirlo en el menor Estado, para lo cual se implementaron políticas tendientes a impulsar la privatización y la desregulación administrativa, pues la tesis del neo-liberalismo es impulsar la competencia económica libre sin la intervención del fenómeno estatal, se piensa que la misma economía asumiría un papel corrector de las desigualdades sociales.

La principal fortaleza del Estado neo-liberal, es asumir un compromiso global con los grandes centros de poder financiero para así obtener un mayor margen de influencia en el ámbito interno-estatal.

Ver nuestra realidad nos permite poder estar de acuerdo con Oriol Mir Puigpelat, que dice lo siguiente:

“La pérdida de poder político de los Estados nación en beneficio de las grandes corporaciones transnacionales parece fuera de toda duda. Las grandes corporaciones actuales, cada vez más numerosas y de mayor tamaño (su facturación es a menudo mayor que el producto interior bruto de muchos países), no sólo elaboran las normas que de facto regirán sus relaciones comerciales al margen de los ordenamientos nacionales (la denominada *lex mercatoria*) y someten sus disputas a órganos no estatales de resolución de conflictos (los árbitros), sino que, sobre todo, se encuentran en condiciones de ejercer —y ejercen— una gran influencia sobre los legisladores nacionales, exigiéndoles la continua adaptación del ordenamiento jurídico a sus intereses empresariales bajo la amenaza de intervenir su capital en otro país más atento a sus peticiones”. (Mir Puigpelat, 2004: 39-40).

La apuesta por la modernidad y el progreso que prometía el neoliberalismo, lejos de alcanzarse para Cesáreo Morales se hace evidente un desastre social:

“Queda la parafernalia sacrificial de la globalización, que demanda cada año la muerte de 11 millones de niños menores de cinco años por desnutrición o falta de servicios sociales de salud, los miles de millones de desempleados con su desesperación y su furia, los campesinos del mundo y su impaciencia, los indígenas de todas las etnias y su testimonio. No sabemos ante que dios tiene lugar esa inmolación, ni porque ese ritual de lo inhumano celebrado en el monte Moriah desgajado, en el que Abraham desaparece en medo de un grito interminable y el silencio. Queda una economía que impone la muerte y una sociedad del desperdicio que ataca a la mayoría, como si cumplieran un mandato secreto incuestionable, como si estuvieran obligadas a demostrar a sí mismas su fuerza de autodestrucción y arbitrariedad infinita, su locura perversa y sin control, aunque se cubran pudorosamente con el discurso de la eficiencia y la competitividad. Queda la teología política del día a día de la desesperanza en el desierto, el día a día del desastre” (9) (Morales, 2010: 117-118).

Ante semejante panorama, estoy de acuerdo con Jorge Fernández Ruiz, ya que para el tratadista de derecho administrativo:

“La reacción neoliberal hoy triunfante en la conformación del Estado contemporáneo, más temprano que tarde habrá de desgastarse, como ocurrió con los movimientos que le precedieron en el afán configurativo del ente estatal; porque no puede perpetuarse un esquema que en aras de la libertad de enriquecimiento insultante de unos pocos, arroja a los abismos del desempleo, la ignorancia, la insalubridad, la miseria y la hambruna a millones de seres humanos, que de esta suerte

(9) “En tal sentido se puede señalar que urge el retorno al Estado”. (Morales, 2010: 117-118).

ven cancelada la posibilidad de una vida digna al no poder disfrutar sus derechos humanos económicos, sociales y culturales”. (Fernández Ruiz, 2006: 30).

2. Génesis de la responsabilidad patrimonial del Estado

Para Juan Carlos Cassagne el origen público de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene su origen en las resoluciones del Consejo de Estado Francés, y particularmente en la resolución

“...Blanco y más precisamente del *arret Pelletier* (ambos resueltos en el año 1873) se perfiló una concepción publicista sobre la responsabilidad del Estado montada sobre la distinción entre falta de servicio y falta personal, que desembocó en el abandono de la noción de culpa, como presupuesto inexcusable de la responsabilidad de la persona jurídica Estado, para hacerlo responsable siempre por la ejecución irregular o defectuosa de la función administrativa, cuando ello ocasione perjuicios a los administrados”. (Cassagne, 2010: 461).

En tanto que para Luis Martín Rebollo el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado guarda correlación con la posibilidad del administrado de lograr una justa indemnización por los daños que le causó ese actuar irregular del servicio público y su forma de hacerse posible en la aplicación de la responsabilidad al Estado; por eso dice que:

“El tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. En la clásica formulación liberal de M. Hauriou, en efecto, la responsabilidad del Estado aparece, junto con el contencioso, como uno de los pilares del derecho administrativo concebido éste como un derecho garantizador de las posibles extralimitaciones del Poder. La responsabilidad, así, protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas están llamadas a desarrollar”. (Martín Rebollo, 2005: 40) (10).

Desde tiempos remotos el administrado se encuentra a merced del comportamiento arbitrario de la administración, dado que es claro y manifiesto que en muchas ocasiones la administración actúa arbitrariamente, o lo que es igual desarrolla su actividad administrativa apartada del derecho. En tal caso, resulta obvio que el Estado puede causar un daño patrimonial a los particulares, ya sea que este se cause a consecuencia de la actividad administrativa o por su pasividad, cuando deja de atender ciertas actividades que le corresponden.

Cuando hacemos referencia en el caso de México a la responsabilidad patrimonial del Estado nos referimos a la responsabilidad en que puede incurrir la administración pública, por lo que hace al caso de la responsabilidad judicial o administrativa, estas principian a abordarse por parte de la doctrina extranjera, y minoritariamente por la nacional.

En cuanto al carácter jurídico que guarda la Administración Pública en el Estado, es justo señalar que por la naturaleza de las actividades que desarrolla la administración pública, ésta es vista con una personalidad jurídica propia. En efecto: “...es vista como una verdadera persona jurídica situación esta que le atribuye a la Administración Pública la estabilidad y permanencia sustancial que requiere para manifestarse, vincularse, contratar, y desde luego, para obligarse y responsabilizarse,

(10) Queda claro que el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado es complicado de abordar a la hora de ofrecer soluciones prácticas los ciudadanos. En ese sentido, ya Eduardo García de Enterría había advertido lo siguiente: “El tema de la responsabilidad patrimonial de la administración es en España un tema torturado. Hasta la Ley de Expropiación Forzosa del 16 de diciembre de 1954, el artículo 1903 del Código Civil cerraba toda posibilidad de obtener una indemnización por los daños causados por el Estado, al exigir como condición para ello que éste hubiese actuado “por mediación de un agente especial, pero no cuando hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, agente especial (extraña figura, en efecto) que la jurisprudencia civil no encontró ni una sola vez durante su larga vigencia. La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, cogiendo por los pelos el argumento de que la institución expropiatoria ofrecía una garantía al patrimonio de los ciudadanos frente a la acción pública, entendió que se justificaba entrar también en el tema de la responsabilidad”. (García de Enterría, 2008:908-909). En aras de lograr una correcta y justa indemnización al particular.

entre otras". Sobre el tema en comentario Eduardo García de Enterría señala lo siguiente: "En síntesis como afirma García de Enterría la personificación de la administración pública es así el dato primario y sine qua non del derecho administrativo (...) La personalidad del Estado en su conjunto es solo admisible en el seno de la comunidad de los Estados en cuanto sujeto del derecho internacional". (Castro Estrada, 2006: 4)

En cuanto a la personalidad jurídica, consideramos que quien tiene esa personalidad es la administración pública, pero a través del Estado. Debido a que este es por sí mismo una persona jurídica pues goza de derechos, pero también tiene obligaciones a su cargo.

En tal sentido se puede admitir que el Estado puede ser susceptible de una responsabilidad dado el caso de que actúe de forma irregular, pues en ese caso se tendrían que reparar los daños causados. Sobre lo anterior Gabino Fraga señaló que:

"Desde el punto de vista formal la Administración Pública es parte, quizá la más importante, de uno de los Poderes en los que se haya depositada la Soberanía del Estado, es decir, del Poder Ejecutivo. La Administración Pública no tiene, como tampoco la tienen ni el Poder Ejecutivo ni los demás poderes, una personalidad propia; sólo constituye uno de los conductos por los cuales se manifiesta la personalidad misma del Estado". (Fraga, 2007: 119)

Por actividad irregular se entiende toda actividad extracontractual, llámese indebida o ilegal por parte de la administración pública puesto que en el caso de la actividad de la Administración Pública que restrinja derechos del administrado como es el caso de la expropiación que da lugar a la indemnización queda por lo tanto fuera de ser susceptible, y por ende considerada causa de responsabilidad imputable a la administración.

Los servicios públicos o funciones públicas tales como agua, luz, drenaje, alcantarillado, entre otros, prestados de forma irregular originan inevitablemente afectaciones en los particulares, convirtiéndose en legítimas causales de responsabilidad patrimonial del Estado, de esta forma la función del análisis e interpretación de la responsabilidad estatal tiene como objetivo contribuir a subsanar las deficiencias de la administración pública; lo que nos habla de la tendencia moderna de la procuración del bien común ciudadano.

En el momento en el que la autoridad estatal asume su condición de sujeto responsable, frente a la ciudadanía podemos apuntar el tránsito del Estado irresponsable al Estado responsable lo cual ha sido un proceso complicado pues históricamente el que una autoridad acepte su responsabilidad frente a los particulares ha sido especialmente en México un asunto muy problemático y que hoy por hoy debe formar parte medular en la agenda pendiente en la reforma de la Administración Pública Mexicana.

En los últimos años el Poder Legislativo en México en coordinación con los restantes poderes de la Unión ha emprendido una serie de reformas que buscan hacer que la Administración Pública Estatal se responsabilice de sus indebidas actividades capaces de la aminoración de los patrimonios particulares, uno de los productos derivados de este largo proceso ha sido la Ley Federal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, misma que se ha ido instaurando a nivel local, pues las entidades federativas deben obedecer a la federalización que marcan las normas constitucionales.

Recientemente se ha comenzado a mencionar que también ha lugar a hablar de una responsabilidad del juez y del legislador, lo que representa un paso hacia adelante en materia de salvaguardar los intereses del ciudadano. Lo anterior según considera Álvaro Castro Estrada se da "...como consecuencia de ideas no muy claras sobre la soberanía" (11) (Castro Estrada, 2007: 7); si se entiende a

(11) A mayor abundamiento, para el caso de la responsabilidad legislativa y judicial, conviene hacer mención de que dicha responsabilidad "...aunque ha empezado a ser abordada en otros países, no ha sido desarrollada como en el caso de la responsabilidad por actos de la Administración Pública, por lo que de una vez dejamos manifiesta la exclusión de otro tipo de responsabilidad, para circunscribirnos a la responsabilidad patrimonial del Estado, como resultado de los actos que realiza la Administración Pública". Es pues la responsabilidad estatal todavía un

la soberanía como un atributo esencial y natural del Estado que entra en colisión con la creciente demanda contemporánea del desarrollo cada día más acrecentado que guardan los principios de responsabilidad estatal.

La responsabilidad patrimonial del Estado es un proceso de evolución político-jurídico muy interesante e importante, ya que no resulto nada sencillo que el Estado aceptara ser considerado sujeto de responsabilidad por los daños que este pudiese ocasionar por una actividad irregular, dado que de ser considerado responsable el Estado, este tendría que asumir la reparación de los daños causados de manera ilegal.

El problema es que la administración pública de una u de otra forma reiteradamente se ha negado a ser considerado responsable por el solo desempeño de las funciones públicas que pudiesen llegar a causar un daño a los administrados, pero por otra parte, es una realidad que los administrados hoy exigen de forma más vehemente una indemnización por esos daños causados por la administración.

A simple vista se puede considerar que estamos en otro momento histórico político que ya no corresponde a los tiempos del absolutismo, pero desafortunadamente tampoco podemos afirmar que los principios que regían al Estado absolutista se encuentran hoy en día ausentes. Si bien se puede afirmar que el desempeño del Estado se encuentra limitado por la ley, y que incluso puede ser sujeta la administración a un proceso, pero particularmente por lo que hace a la responsabilidad patrimonial del Estado esta no goza de un pleno reconocimiento por parte del Estado, si se puede llevar a proceso al Estado, pero los vías y las probabilidades de éxito no son muy amplias.

Para Luis Humberto Delgadillo y Manual Lucero:

“El fundamento que servía de base para negar la responsabilidad estatal, era el concepto de soberanía considerada como un derecho de una voluntad jurídicamente superior, de actuar sin más limitaciones que las que el propio Estado se impone, este concepto impide considerar al Estado como responsable, cuando se mantiene dentro de dichas limitaciones. Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación” (12) (Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa, 2008:246-247).

Otro aspecto importante a considerar en el nacimiento y evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado, son los principios generales del derecho, pues se encargan de inspirar y salvaguardar toda la estructura jurídica estatal, y por ende también del derecho administrativo.

Se hace necesario señalar también, por lo que hace a la responsabilidad patrimonial del Estado, que esta emana de las soluciones del Consejo de Estado Francés que tanta responsabilidad ha tenido en la creación y recreación del derecho administrativo por medio de sus sentencias que han posibilitado el nacimiento de importantes figuras del derecho administrativo, que a la larga han funcionado como una especie de equilibrio entre el Estado y los particulares, pero es a estos últimos

concepto muy restringido en parte debido a la voluntad de los órganos públicos y también de la doctrina jurídica., que de entrada es escasa, provocando en consecuencia un lento desarrollo en este tipo de figuras jurídicas. (Delgadillo Gutiérrez, 2005:5).

(12) “Si algo se ha de destacar de la responsabilidad patrimonial del Estado, es que este tipo de figuras jurídicas se encuentran vinculadas de manera muy estrecha a las teorías políticas y del Estado vigentes en un lugar y época determinada. De ahí que la evolución de este concepto sea diferente en razón del entorno del momento”. “En el marco del derecho público mexicano, lo que se puede destacar es que el reconocimiento de por parte del Estado fue lento, como resultado de las largas inercias de un pasado autoritario donde el Estado era irresponsable por los daños que pudiese ocasionar, quedando su conducta en la impunidad, desafortunadamente muchas de esas inercias aun se encuentran entre nosotros dificultando el tránsito a un verdadero Estado de Derecho. La lenta evolución experimentada por el Estado mexicano aun no permite considerar que nos encontremos en presencia de un verdadero Estado de derecho, pues aun la política condiciona fuertemente la legalidad jurídica. En muchos sentidos lo que podemos ver es que la política se mantiene por delante del derecho.” (Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa, 2008:246-247).

a quienes finalmente se enfocan estos esfuerzos de salvaguardar sus derechos, y por ende hacerlos eficaces.

Álvaro Castro Estrada llama la atención al afirmar que:

“La responsabilidad patrimonial del Estado, no es excepción a la labor evolucionista e incesante del sistema francés... dicha institución se compone de una serie de ejecutorias —conocedoras y respetuosas de los principios generales del Derecho— del Consejo de Estado francés, las que inician la separación del Derecho común, así como la construcción propia de la responsabilidad patrimonial regida por principios de Derecho Público, frente a la responsabilidad civil regulada por normas y principios de Derecho Privado (13).” (Castro Estrada, 2006: 19)

A. Posibilidades y dificultades en la incorporación de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento jurídico-administrativo mexicano

El intento por positivizar la responsabilidad patrimonial del Estado en el orden jurídico mexicano, ha presentado a lo largo de la historia fuertes y candentes debates, de ahí que el legislador ha encontrado un camino lleno de peligros, lo que tiene que ver con las posibilidades de avanzar en la larga marcha por diluir las inmunidades con que cuenta la administración pública, que muchas veces representa violaciones a los intereses de los administrados, pero que en tanto esos intereses no encontraron cabida en el catálogo de derechos del administrado no represento problema alguno para la administración pública.

Esas dificultades que encuentra el legislador en sus intentos por recortar las inmunidades del poder público, hacen que sea un tema altamente polémico, pero a la vez sugestivo de ser abordado, al estar presentes diversas situaciones de carácter político, social, cultural, económico y jurídico, propias de los países, y que juegan un rol importante al momento de evaluar los alcances prácticos, y la posible viabilidad de esta figura jurídica. En concreto, lo que se observa al momento de ver la viabilidad de este tipo de instituciones son muchos comentarios pero poco serios, que buscan minar la confianza, para evitar el avance legislativo que tiene por objeto ir cada día más a fondo en el perfeccionamiento de la responsabilidad patrimonial del Estado que en los países en los que se ha logrado implantar ha demostrado en los hechos su nobleza y provecho para los Estados.

Lo que podemos añadir al respecto, sobre la problemática de la responsabilidad patrimonial del Estado, es en el sentido de que su nacimiento y positivización obedece más que nada al desarrollo político, social y cultural de las naciones, si inicialmente se escucharon voces críticas sobre dicha figura jurídica, me parece que obedecían más a prejuicios de la época, pero definitivamente esos juicios carecían de sustento y profundidad en el análisis. Uno de los comentarios que se han vertido de manera reiterada para cuestionar a este tipo de responsabilidad administrativa, es la cuestión financiera (14), pero también en este punto hasta el momento no es posible encontrar un sustento serio que señale de manera tajante que representa una enorme carga financiera al erario, pero si así lo fuera, de eso no tiene la culpa el administrado, pues éste lo único que busca es una justa reparación del daño como consecuencia de un actuar irregular por parte de la administración, tal cual debe ser en un verdadero Estado de derecho que tiene por finalidad la búsqueda de la justicia.

(13) Por lo que hace a los principios que se han encargado de darle forma y sentido a la responsabilidad patrimonial del Estado podemos encontrar los siguientes: “...la solidaridad social, la igualdad frente a las cargas públicas, la proporcionalidad, la equidad, y desde luego la justicia entendida aquí como dar a cada quien lo suyo (...) por eso para el autor: la responsabilidad del poder público en toda sociedad liberal no se deriva de una concesión graciosa y unilateral, sino que constituye, por el contrario, un principio general de derecho”. (Castro Estrada, 2006:19).

(14) Es un hecho real que el actuar irregular de la administración pública le ha generado a la fecha en algunos Estados fuertes erogaciones de recursos del erario público, pero se ignora que esta situación desafortunada ha provocado posteriormente el mejoramiento del funcionamiento del aparato estatal. Así, por ejemplo, a consecuencia de los fuertes desembolsos que en su momento pagó la administración de salud española, hoy en día sus sistemas de salud gozan de gran prestigio internacional, pues fue su actuar irresponsable, pero penado, lo que la movió a mejorar sus servicios.

Pese a los avances democráticos que ha registrado México, es una realidad que estamos distantes de vivir en un pleno Estado de derecho, en donde también los agentes del Estado sean juzgados por sus ilícitos. En tal sentido Leopoldo Burruel Huerta señala: “En los inicios del siglo XXI, en México no existe posibilidad de que un servidor público sea acusado, procesado y sentenciado justamente. Las carencias legislativas, los delitos y faltas en blanco, así como la falta de conciencia individual de quien juzga, son impedimentos actuales y reales para quien existe un proceso justo” (15). (Burruel Huerta, 2009: XXVIII)

Sobre este particular asunto nada mejor que traer a colación a los autores Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y Manuel Lucero Espinosa, que señalan:

“No obstante esta transformación, no es posible afirmar que todos los principios del Estado Absolutista perdieron plenamente su vigencia. Es cierto que la voluntad de la autoridad se encuentra supeditada a la ley y que es posible demostrar sus equivocaciones, sometiendo sus determinaciones a proceso, pero de cualquier manera, no debemos olvidar que el juzgamiento de la autoridad todos los campos, ya que existen aspectos, como el de su responsabilidad patrimonial por daños causados a los particulares, que no han tenido el pleno reconocimiento en el Estado de Derecho, es decir, que aunque es posible someter a juicio al Estado, las vías y las posibilidades de hacerlo son limitadas.” (Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa, 2008: 245)

Con las dificultades y deficiencias que se quieran ver, lo que no se puede negar es que el solo hecho de que hoy en día la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra reconocida por normas de derecho positivo representa un paso hacia adelante que fortalece más a nuestro débil Estado de Derecho. La historia de México (16) demuestra que el sometimiento y ajuste al derecho por parte de las autoridades ha resultado complicado, dado que la autoridad siempre se ha caracterizado por ser evasiva en cuanto a la rendición de cuentas, por lo que no es fácil que acepte la administración de buena gana ser sometida a proceso, con la posibilidad de que se le condene a pagar daños a raíz de su actuar irregular.

B. Análisis conceptual sobre la responsabilidad patrimonial del Estado: posibilidades y dificultades

Volviendo al aspecto de la problemática por la que ha atravesado el debate sobre la incorporación de la responsabilidad patrimonial del Estado al ordenamiento jurídico mexicano, a menudo lo que se observa es mucha ligereza en los juicios, uno de ellos es el que podría llegar a generar un estado de parálisis en la administración pública, por el cuidado excesivo que asumiría el funcionario en el desempeño de sus actividades, esto para el caso de estar sujeto a una eventual responsabilidad patrimonial del Estado. En este supuesto el funcionario se coloca en la tesitura del no actuar por resultar más adecuada esa conducta en aras de conservar el empleo; en el caso de un comportamiento irregular el Estado se encuentra en la posibilidad de exigirle cuentas al funcionario y destituirlo en determinado momento, con independencia de que el sujeto cuente con recursos para sufragar los daños. Lo que también ocurre en el caos de que el demandado sea inicialmente el funcionario público.

(15) Además el autor señala una cuestión de suma importancia que refuerza sus argumentos y nos hace reflexionar no solo en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado, sino de nuestra cultura de legalidad, al expresar: “La carencia legislativa es un espejo de la conciencia, porque en México no existe una cultura jurídica que haya permeado a la sociedad”. (Burruel Huerta, 2009: XXVIII).

(16) Sobre el valor de la historia como elemento de reflexión Miguel Alejandro López Olvera dice lo siguiente: “La historia es una gran maestra. Debemos aprender de los errores que se cometieron en el pasado. No podemos seguir como hace doscientos años, enredados en una maraña normativa, que sólo nos ha llevado a una situación de inseguridad jurídica. La lección que nos dejan doscientos años de independencia es la de no seguir dictando normas administrativas de carácter general a diestra y siniestra, no seguir llenando el sistema jurídico de disposiciones que lo único que hacen es causar desconocimiento por parte de los administrados de dichas normas, inseguridad jurídica, abusos, corrupción, entre muchos otros problemas”. (López Olvera, 2010: 142-143).

Lo que se está dejando de lado es que no necesariamente la actuación irregular de parte de la administración pública provoca daños que impliquen la responsabilidad patrimonial del Estado, también un funcionamiento normal por parte de la administración pública es capaz de producir daños en los particulares; en ambos casos al particular se le tienen que resarcir los daños. Lo que resulta diferente, es la opción de que los daños sean causados por un actuar regular de la administración, en ese caso el Estado no contara con la posibilidad de repetir frente al servidor público, salvo que el administrado resulte implicado indirectamente, en tal caso la administración no se encuentra obligada a reparar los daños; se debe también tener presente que las conductas omisivas por parte de la administración pública son causantes de daños a los particulares, de manera, que la mejor solución para evitar incurrir en responsabilidad por parte del servidor público es ajustar su desempeño a la norma.

Por lo que hace a la posibilidad con que cuenta la administración de repetir contra los servidores públicos infractores, esta es potestativa, por lo que no necesariamente habrá de ejercerse en todos los casos, más bien lo que se debe hacer es ponderar la situación del caso, pues resulta injusto en mi parecer fincarle responsabilidades en todos los casos al servidor público, lo que conlleva muy probablemente la pérdida de su empleo, esto en razón de que la naturaleza misma de las funciones públicas llevan implícitas una serie de cuestiones que representan un riesgo para el funcionamiento del servicio público, no resulta correcto ejercer un procedimiento de responsabilidad sobre el servidor público, más aun cuando es en perjuicio del mismo servicio. Además, por si fuera poco, pueden existir daños causados por parte de la administración en los que resulte casi imposible individualizar la responsabilidad. Lo que resulta hoy en día más común de lo que se pueda imaginar, basta pensar en los servicios públicos entrelazados que requieren para funcionar del uso de la informática, pero como se sabe y ya ha sucedido es posible que el sistema se caiga generando cuantiosos daños, y pese a que debe haber un responsable por la naturaleza de la actividad y lo que implica su funcionamiento no va ser tan sencillo dar con el culpable, en ese sentido no se puede evitar que invariablemente por la causa que sea se le tienen que pagar los daños al particular, y en última instancia quien asume la responsabilidad en casos como estos es el Estado.

Ahora bien, cuando hablamos de la posibilidad de que el Estado repita frente al funcionario público infractor, se puede hacer por medio del procedimiento administrativo para que se resuelva la culpabilidad o no de este, pero para Álvaro Castro Estrada se requiere además que la falta cometida por el servidor público sea grave, el problema es apreciar cuando estamos en presencia de una falta grave, dado que la administración no establece un catalogo de conductas que indique cuando se está en presencia de una falta grave o no. Por ello, resulta muy necesario que la administración establezca parámetros de funcionamiento mínimos del servicio para así poder apreciar mejor la gravedad de la falta del servidor público cuando se presenten casos de responsabilidad patrimonial de Estado.

La responsabilidad patrimonial del Estado tendrá siempre sus detractores y sus defensores, de entrada es un tema polémico en el que nuestro derecho se ha adaptado de forma lenta, pues nuestros esquemas doctrinales y jurisprudenciales en materia de responsabilidades tienen su origen en el derecho civil, hoy en día todo ese esquema se matiza cada día más, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha sentado diversos criterios sobre esta materia, y catedráticos innovadores como Álvaro Castro Estrada, Jorge Fernández Ruiz, Miguel Alejandro López Olvera y David Cienfuegos Salgado, han elaborado importantes y novedosos trabajos sobre el tema de la responsabilidad del Estado, que nos llevan a reflexionar que lo importante de esta responsabilidad es verla como un instrumento más de orden y control, además de la armonía que le da a la relación administrado-administración pública (17).

(17) De cualquier forma, y pese a que se han registrado avances, tenemos que estar muy conscientes que el movimiento a favor de la responsabilidad patrimonial del Estado es muy reciente y ha tenido como su más fuerte impulsor a Álvaro Castro Estrada, pero dicha problemática no es exclusiva de México, ya que para Jesús González Pérez: "La consagración del principio de responsabilidad patrimonial del Estado y demás entes públicos en el Ordenamiento jurídico ha tenido lugar a través de una evolución legislativa iniciada en fecha relativamente reciente.

Es indudable que este tema nos pone en la disyuntiva de avanzar hacia una mejor administración pública o quedarnos estancado y con nuestro caduco Estado de Derecho. En tal caso: “Es necesario optar, pues, entre responsabilidad y servicios. Es decir, o se mantiene un régimen de responsabilidad pública amplio y progresivo y se reduce, o mejoran los servicios, o se reduce y limita el sistema de responsabilidad manteniendo el nivel de los servicios públicos y su forma de gestión, en buena medida y por diferentes causas inercial”. (Martín Rebollo, 1991: 2800).

Antes de concluir el presente apartado, considero importante establecer una posición respecto de la utilidad de contar o no con un sistema de responsabilidades patrimoniales del Estado, y si resulta viable financieramente para el Estado, y permite un manejo más eficiente de los servicios públicos. Sobre el particular Álvaro Castro Estrada sostuvo que:

“No se puede dudar de que la indiferencia conlleva un alto costo económico — independientemente del político y social —, que nadie ha cuantificado y, que sin duda, un sistema de responsabilidad del Estado contribuiría a reducir, ya que la Administración Pública y sus servidores o agentes pondrían mucho mayor esmero y cuidado en la forma y términos de ejercitar las tareas o funciones públicas que se les tienen encomendadas; aun cuando se sepa que no es posible evitar por completo la protección de daños y perjuicios que todo servicio público implica, en forma cuando menos residual. Igualmente, la administración se empeñaría más en mejorar sus sistemas administrativos generales, a fin de elevar la calidad de sus servicios públicos, pero también para evitarse los costos e inconvenientes de un procedimiento de reparación al que tienen derecho los particulares lesionados, tanto por su funcionamiento regular como irregular”. (Castro Estrada, 2006: 27)

La responsabilidad patrimonial del Estado genera y seguirá generando debates encendidos entre sus detractores y benefactores, pues resulta natural que la parte a quien se le pretende hacer valer la responsabilidad, el Estado siempre mostrara reticencias en ese sentido, pero si lo que se busca es fortalecer el Estado de Derecho se tiene que profundizar es materia de garantías para el administrado; para que este pueda tener la posibilidad de la reparación del daño, y correlativamente este tipo de responsabilidad empujen hacia la excelencia en la prestación de los servicios públicos por parte de la administración pública (18).

C. La responsabilidad patrimonial del estado en la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

La responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra contemplado en el artículo 113, párrafo segundo de la Constitución a raíz de la reforma constitucional que se llevo a cabo en el 2002, y es justo señalar que dicha reforma se llevo a cabo gracias al decidido esfuerzo del jurista Álvaro Castro Estrada, condecorador a fondo sobre el tema quien no solo se encargó de impulsar la reforma constitucional, también se interesó en la expedición de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

La jurisprudencia española no ha jugado papel alguno en el proceso de afirmación del principio, a diferencia de la decisiva influencia que la jurisprudencia tuvo en otros Ordenamientos. En éste, como en tantos otros aspectos de la estructuración del Estado de Derecho, nuestros jueces no se han caracterizado por su originalidad ni por su audacia. Respetuosos, sumamente respetuosos con quienes, en cada momento han detentado el Poder, tradicionalmente han sido una rémora en las conquistas del ciudadano en sus relaciones con los poderes públicos que definen un Estado de Derecho. Ha sido siempre la doctrina la que, superando obstáculos y resistencias, ha logrado introducir en las leyes aquellas garantías”. (González Pérez, 2010:47).

(18) Pensar con más seriedad el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado es comprender que: “El mundo actual necesita nuevos parámetros de comprensión y nuevas pautas de comportamiento que únicamente pueden adquirirse si se abandonan ciertos prejuicios ideológicos y culturales y, sobre todo, si se tiene el coraje de abordar la realidad levantando las máscaras y velos que hoy la ocultan y deforman. No es que hayamos llegado al final de la Historia., pero cada vez está más claro —y ya tenemos perspectiva suficiente para comprobarlo— que estamos en los comienzos de una nueva singladura histórica, en la que es imprescindible recuperar el sentido de la orientación que con tantos y tan radicales cambios hemos perdido. De aquí la utilidad y la urgencia de ensayos como el presente, por muy modestos que sean”. (Nieto García, 2008:22).

Por lo que respecta al artículo 113, párrafo segundo de la Constitución, publicado en el diario oficial de la federación el 14 de junio de 2002, este señala lo siguiente:

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa y regular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimiento que establezcan las leyes.

Respecto al contenido del párrafo segundo del artículo 113 de la Constitución resulta bastante benéfico en aras de avanzar en la construcción de un Estado de Derecho más sólido, que le permita a los administrados obtener una justa reparación del daño, y a su vez impulsa a la administración pública a actuar con mayor eficiencia en la prestación de sus servicios públicos, lo que a la larga permite contar con una mejor administración pública, lo que a su vez nos permite avanzar más como sociedad.

Para Álvaro Castro Estrada la reforma es correcta y positiva, exceptuando:

“...el punto que puede generar cierta confusión en cuanto a que en dicho dispositivo constitucional se refiere a actividad administrativa irregular y, al mismo tiempo, califica a la responsabilidad del Estado como objetiva y directa. Simplificadamente dicho, no se deben entender las palabras actividad administrativa irregular como actividad administrativa ilícita, pues se estaría produciendo una fuerte contradicción jurídico-conceptual, toda vez que la noción de ilicitud en esta materia es propia de la responsabilidad subjetiva, la cual es precisamente la que se pretende superar en beneficio de los particulares que resientan lesiones patrimoniales que no tienen el deber jurídico de soportar, independientemente de la conducta lícita o ilícita que la produzca” (Castro Estrada, 2007: 548-549).

Bibliografía

- ANDERSON, Perry. *El estado absolutista*. 11a. ed.; trad. de Santos Juliá. México: Siglo XXI, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia*. 8a. ed.; trad. de José Francisco Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. 3a. ed.; trad. de José Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- BÖCKENFÖRDE, Wolfgang Ernst. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*; trad. de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- BOQUERA OLIVER, José María. *Derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, v.1.
- BURRUEL HUERTA, Leopoldo. *La responsabilidad del estado y sus agentes*. México: Porrúa, 2009
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Lima: Palestra, 2010, t. 1.
- CASTRO ESTRADA, Álvaro. *Responsabilidad patrimonial del estado*. 3a. ed. México: Porrúa, 2006.
- CASTRO ESTRADA, Álvaro. “La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Fundamento constitucional y legislativo”, EN: Isaac Augusto Damsky, Miguel Alejandro López Olvera y Libardo Rodríguez Rodríguez (coords). *Estudios sobre la responsabilidad del estado en Argentina, Colombia y México*. México: Universidad Nacional Autónoma, 2007, 548-549.
- CROSSMAN, Richard Howard Stafor. *Biografía del estado moderno*. 3a. ed.; trad. de J. A. Fernández de Castro. México: Fondo de Cultura Económica, 1978.
- CHATELET, Francois. *Historia de las ideologías*; trad. de Luis Pasamar. México: La Red de Jonás, 1980, t. 2.

- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. *El sistema de responsabilidad de los servidores públicos*. 5a. ed. México: Porrúa, 2005.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. *Elementos de derecho administrativo primer curso*. 3a. ed. México: Limusa, 2010.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto y LUCERO ESPINOSA, Manuel. *Compendio de derecho administrativo*. 4a. ed. México: Porrúa, 2008, t. 2.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho administrativo y administración pública*. México: Porrúa, 2006.
- FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 46a. ed. México: Porrúa, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional”, EN: Eduardo Ferrer Mac — Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix—Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma, 2008, t. 8, 908-909.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. 5a. ed. Pamplona: Civitas, 2010.
- GORDILLO, Agustín. *Teoría general del derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. “Ley, reglamento y otros ordenamientos generales administrativos”, EN: Sergio García Ramírez (coord.). *El derecho en México: dos siglos (1810-2010). Derecho administrativo*. México: Porrúa / UNAM, 2010, 142-143.
- MAQUIAVELO, Nicolás. *El príncipe*. 26a. ed; trad. de Antonio Gómez Robledo. México: Porrúa, 2010.
- MARTÍN REBOLLO, Luis. “Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las administraciones públicas”, EN: Sebastián Martín-Retortillo (coord.). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991, t. 3, 2800.
- MARTÍN REBOLLO, Luis. *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*. Madrid: Iustel, 2005.
- MARX, Karl y ENGELS, Frederich. *Sobre el arte*; trad. de Ana Drucker. Buenos Aires: Claridad, 2009.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2004.
- MORALES, Cesáreo. *¿Hacia dónde vamos?* México: Siglo XXI, 2010.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. *El desgobierno de lo público*. Barcelona: Ariel, 2008.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *El concepto del derecho administrativo*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1984.
- SOTELO, Ignacio. *El estado social*. Madrid: Trotta, 2010.
- VALADÉS, Diego. “Galileo y el Estado”, EN: Rodríguez Jorge, Luis Felipe y Torres Castilleja, Silvia (comps.). *Galileo su tiempo, su obra y su legado*. México: El Colegio Nacional, 2010, 288.

Reflexiones acerca del procedimiento administrativo frente a la crisis del sistema autoritario

POR INÉS A. D'ARGENIO (*)

Sumario: I. Propuesta.- II. Los procesos de adopción de decisiones de la administración pública.- III. Obstáculos para la instalación de nuevos procesos de adopción de decisiones. IV. En qué consisten los nuevos procesos de adopción de decisiones

Resumen:

Objetivo: Mostrar la necesidad de revisar el instituto del procedimiento administrativo, reconociendo su calidad de garantía del obrar jurídico de la administración pública, pero superando el alcance tradicional que lo define solo en relación a la emanación final de un acto administrativo de autoridad.

Metodología: Partiendo del reconocimiento de la presencia de un nuevo proceso social que se elabora desde otras disciplinas (filosofía, sociología), sustitutivo de la modernidad en cuyo seno se gestó el Estado-Nación que brindó marco al surgimiento del derecho administrativo autoritario, estudiamos la posibilidad de conformar un nuevo derecho administrativo que no ponga el acento en el poder centralizado sino en la presencia de una sociedad que se auto instituya y defina como inmanente a ella el contenido del interés público que resulta de su realidad cotidiana. El método consiste especialmente, en el análisis de todas las propuestas emergentes de normas supranacionales y nacionales recientes vinculadas a ese nuevo proceso social que prioriza la inserción pública en la gestión administrativa, y se expresa en términos de participación, información, transparencia, control social, control de resultados. Conclusiones: Del análisis antes dicho resulta ineludible el desplazamiento de la idea del acto administrativo de autoridad tal y como ha llegado hasta nuestros días luego de dos siglos de vigencia constante, en cuanto manifestación de voluntad de un poder recoleto para decidir por la sociedad y en beneficio de ella. Por consecuencia, deberán integrarse las regulaciones procedimentales vigentes superando la presencia de un procedimiento único previsto hasta ahora como derivación del principio liberal del debido proceso, para dar paso a otros procedimientos que constituyan verdaderos mecanismos institucionales para canalizar la expresión de una sociedad activa.

Reflections on administrative procedure

In front of the crisis of the authoritarian system

Abstract

Objective: Show the need to revise the Institute of the administrative procedure, recognizing its guarantee of quality on the legal act into public administration, but going beyond the traditional scope that defines it only in relation to the final emanation of an administrative act of authority.

Methodology: Departing from the recognition of the presence of a new social process elaborated from other disciplines (philosophy, sociology), we study the possibility of creating a new administrative law which aims in the public interest of the society based on its everyday reality. The method focuses in the analysis of all the emerging proposals of recent national and supranational rules associated with this new social process that prioritizes the public inclusion in administrative management, and is expressed in terms of participation, information, transparency, social control, control of results.

(*) Profesora Titular de Posgrado de Derecho Administrativo en la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. y en la Facultad de Derecho UBA.

Conclusion: It's inevitable the displacement of the idea of the administrative act of authority such as it has come down to our days during two centuries, as manifestation of will of a secluded power to decide by society and on benefit of it. Consequently, the procedural regulations in force must be integrated surpassing the presence of a single procedure provided so far as a derivation of the liberal principle of due process, to make way for other procedures which constitute real institutional mechanisms to canalize the expression of an active society.

I. Propuesta

El derecho administrativo surge y se elabora como un derecho al servicio de la dominación del poder; y con esa impronta llega hasta nuestros días imponiéndose en su concepción autoritaria, sin perjuicio de los principios e instituciones desarrollados durante el siglo XX para obrar como límites a las prerrogativas de la administración pública. Entre esas instituciones, y con carácter esencial, se destaca el procedimiento administrativo concebido como garantía para las personas a quienes va dirigido el acto administrativo que emana como consecuencia de su desarrollo. El procedimiento administrativo garantiza que la expresión de “voluntad de la administración pública” (1) esté sustentada en antecedentes de hecho y de derecho idóneos para motivar la *decisión* productora de efectos jurídicos hacia terceros, sustituyendo de tal modo el discernimiento, la intención y la libertad, elementos estos que constituyen la voluntad en el ámbito del derecho privado. No obstante su imposición a la administración pública como instituto esencial para asegurar el tránsito de la actividad estatal para el dictado del acto administrativo, éste sigue siendo expresión de voluntad de aquélla: una decisión emanada en el ámbito de una estructura burocrática regida por el principio de jerarquía que dice lo que es derecho en el caso concreto (2).

Hace tiempo que proponemos, siguiendo a Bartolomé FIORINI, la necesidad de desplazar el acto administrativo de autoridad como única expresión conocida y aceptada del ejercicio de función administrativa (3), advirtiendo que desde distintas disciplinas se promueve hoy la adopción de nuevos paradigmas (4) adecuados al proceso social en marcha que permitan un desarrollo participativo del

(1) La vinculación a la norma jurídica – dice Ernst FORSTHOFF – tiene lugar solo allí donde la administración interviene en los derechos del individuo, en su libertad y propiedad; pero frente a las numerosas instituciones vinculadas al servicio público, hay independencia de la norma jurídica. Por tal razón, para Forsthoff, el acto administrativo posee sin más, autoridad como manifestación de voluntad de la administración (Tratado de Derecho Administrativo, edición traducida al español; escribe el prólogo de su primera edición en 1949)

(2) El acto administrativo es un acto de autoridad – dice Otto MAYER – que emana de la administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser derecho en un caso concreto (Derecho administrativo alemán, edición Depalma en español, Buenos Aires, 1982, primera edición alemana, 1895). El acto preserva su calidad de acto de autoridad, no obstante que el propio autor caracteriza al Rechtsstaat como organización del poder público que tiene a dirigir las actividades de la Administración según reglas de derecho que determinan por anticipado las situaciones jurídicas de los individuos sobre los cuales actúa; expone así una posición de avanzada que luego se retrotrae, especialmente en el pensamiento de FORSTHOFF al que hemos referido, quien – al decir de Alejandro NIETO – pone el énfasis en la eficacia de la Administración y el centro de gravedad en el interés público interpretado por el poder con la menor intervención posible del ciudadano (en La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo Revista de Administración Pública, Civitas, Madrid, 1975)

(3) D'ARGENIO, Inés A. Un enfoque erróneo en la concepción del derecho administrativo, Revista Lexis Nexis Depalma, número 48, 2004. Lo recordamos especialmente con estas mismas palabras en D'ARGENIO, Inés A. Hacia el desplazamiento del acto administrativo como productor de situaciones jurídicas de privilegio, Suplemento La Ley Administrativo, 9 de febrero de 2009, en nota a fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo” del 11 de noviembre de 2008, en el que la Corte decidió que la ausencia de un acto administrativo que otorgue personería a un gremio no lo inhabilita para desplegar su actividad en los aspectos y finalidades para los que fue creado, considerando que la limitación impuesta legalmente a ese efecto exigiendo la previa existencia de un acto administrativo expreso que otorgue personería gremial (art 41 inc. a) ley 23.551), marcha en sentido opuesto a las necesidades de una sociedad democrática.

(4) KUNH, Thomas S. relata cómo surgió la idea de “paradigma” durante su estada entre 1958 y 1959 en el Centro de Estudios Avanzados sobre Ciencias de la Conducta de la Universidad de Stanford, EE.UU, establecido en 1954 por la Fundación Ford: su intento por descubrir la fuente de las diferencias existentes entre la comu-

hombre en sociedad. Sin perjuicio de una referencia general a los autores que se ocupan del tema (5), consideramos esencial la remisión a Cornelius CASTORIADIS. En los Seminarios desarrollados en la Escuela de Altos Estudios Sociales de París, entre 1982 y 1983 (6) se introduce en las raíces del mundo griego y especialmente en la *polis* como *autoconstitución de un cuerpo de ciudadanos que se consideran autónomos y responsables, y se gobiernan legislando*, y califica a la cultura griega como una especie de *germen que sigue fecundo para nosotros*. Manifiesta que su preocupación central es *restituir las significaciones y las instituciones en las que se encarnan esas significaciones por medio de las cuales cada sociedad se constituye como tal*; propone comprender el mundo griego antiguo para actuar y para transformarnos, comprender el mundo griego antiguo a partir de lo que nosotros somos, y concebir de tal modo a la democracia como un régimen sin ninguna norma exterior

nidad de científicos sociales y la comunidad de científicos naturales lo llevaron a darse cuenta de la función que desempeña en la investigación científica lo que desde entonces he dado en llamar “paradigmas”, es decir, logros científicos universalmente aceptados que durante algún tiempo suministran modelos de problemas y soluciones a una comunidad de profesionales (en el Prefacio fechado en Berkeley, California, febrero de 1962, de La estructura de las revoluciones científicas, tercera edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2006). Especialmente los administrativistas brasileños aplican esta noción para un estudio sistemático de los profundos cambios producidos en el derecho administrativo (una remisión ineludible a MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Direito Regulatório, Renovar, Río de Janeiro, 2003; Mutações do Direito Administrativo, Renovar, Río de Janeiro, 2007; Quatro paradigmas del derecho administrativo post moderno, Forum, Belo Horizonte, 2008; Ensayo sobre el resultado como nuevo paradigma del derecho administrativo – en el Blog que se indica a continuación – y La transformación del Estado moderno: desdoblamiento jurídico de una lectura, conferencia de homenaje a Jacques Chevallier, autor de la obra “Estado post moderno”, en el mismo Blog, en la que se refiere a las transformaciones del poder político, destacando la eclosión de conciencia de la incontestable superioridad del hombre que aparece después de transcurrido el último siglo de la era moderna, y la consecuente revigorizada percepción de un Derecho referido al hombre en sociedad; cuando los problemas que se van presentando – dijo entonces Moreira Neto – ya no admiten solución mediante el empleo de los paradigmas vigentes, la comunidad científica se moviliza investigando y formulando nuevos paradigmas que sustituyan a los anteriores). Toda la información al respecto resulta de un excelente Blog creado por el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Cândido Mendes de Río de Janeiro Farlei MARTINS RICCIO de OLIVEIRA, denominado precisamente Direito Administrativo em Debate, cuyo objetivo es, según se aclara estimular la discusión sobre las transformaciones del Derecho Administrativo en el contexto histórico contemporáneo y su identificación gráfica una pintura de Eugène Delacroix titulada “La libertad guía al pueblo”, alusiva a la Revolución Francesa, “marco histórico del surgimiento del derecho administrativo”. En ese Blog se publicó un artículo de mi autoría, en mayo de 2008, en el que precisamente cotejaba la profundidad con que se encara en Brasil el debate sobre las transformaciones del derecho administrativo en los últimos años, con el poco interés en debatir al respecto que caracteriza a los estudiosos de la disciplina en Argentina, asidos a la fuerza de la tradición que se imparte en las aulas con referencia al régimen jurídico francés como el único conocido (D'ARGENIO, Inés A Los estudiosos del derecho administrativo permanecemos complacidos en nuestro propio pensamiento (una excepción: la justicia administrativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)). También Sabino CASSESE se refiere a los nuevos paradigmas del Estado que ponen en discusión todas las nociones, los temas y los problemas clásicos del derecho público y requieren un cambio de actitud científica respecto del derecho, porque la doctrina jurídica no puede dejar quietos los propios códigos de referencia con un cambio tan radical de su objeto (en La crisis del Estado Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, páginas 151 y siguientes “Los nuevos paradigmas del Estado”)

(5) Entre muchos otros, BERGMAN, Marshall Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad, Siglo XXI, 1999; MAFFESOLI, Michel El instante eterno Paidós, 2001, Elogio de la razón sensible, Paidós, 1997; NEGRI, Antonio La fábrica de porcelana, Paidós, 2008; y otras citas sistematizadas en D'ARGENIO, Inés A. Inserción social en la gestión administrativa en Derecho público para administrativistas, director BAS-TONS, Jorge Luis, Editora Platense, 2008.

(6) Publicados bajo el título Lo que hace a Grecia I. De Homero a Heráclito, La creación humana II, Fondo de Cultura Económica, 2006. En la presentación de la obra que realiza Pierre Vidal-Naquet, en junio-julio de 1999 destaca que Castoriadis y Claude Lefort, fundadores de la publicación Socialisme ou Barbarie, descubrieron durante el invierno 1963-1964 “más allá de Marx, la idea democrática y en particular, la idea de la democracia directa autoinstituyente”

a sí mismo (7); y expone que cada vez que una sociedad se instituye hay emergencia de un nuevo magma de significaciones imaginarias, creación de nuevas instituciones que las encarnan. Considera de suma importancia que en la religión griega no existe ningún dogma, ninguna verdad que repose en una autoridad trascendente (8) (en la religión olímpica no hay idolatría); existe, por el contrario una religión de la *polis*, el culto político está ligado a la ciudad que lo asume, lo organiza, le pone reglas, sanciona su observancia. Quienes no tienen *asamblea deliberativa de la comunidad* son monstruos y no humanos (como el caso de los Cíclopes en el relato homérico): no se trata sólo de poder decidir –afirma en página 183 en un pensamiento que vincula al sistema actual de regulación concurrencial– sino también de reflexionar, de preguntarse sobre qué asunto va a tomarse o no va a tomarse una decisión; como *no hay fuente trascendente de la verdad* –agrega en página 186– no hay intérprete designado de la verdad, sino que el campo está abierto a la competencia discursiva; y no hay ninguna fórmula cósmica que diga el derecho (en página 222). Señala que en las ciudades griegas, sin duda a partir del siglo VII y antes de Tales mismo, surgió una filosofía en acto, no simplemente en palabras, como lucha política dentro de la comunidad para cuestionar el orden instituido, y el demos comenzó entonces a autodefinirse como fuente de la ley. Para los griegos –afirma en página 311– el ser no es presencia sino peras, determinación. De toda su elaboración concluye –en los informes de enseñanzas anexos– en que *la sociedad no puede ser pensada más que como una creación de sí misma; la democracia directa de los atenienses* –dice en página 319– *implica que el cuerpo político legisla y gobierna en persona, requiere una participación efectiva de los ciudadanos en los asuntos de la polis, participación que es a su vez alentada y estimulada por medidas expresas; va a la par del rechazo de la representación. La polis democrática no tiene y no es un “Estado” en el sentido moderno del término; ella es la comunidad de los ciudadanos.*

“Por política yo entiendo la actividad lúcida (9) que apunta a la institución de la sociedad por la sociedad misma...Para transformar la polis de simple recinto y refugio fortificado en comunidad política, el demos debe crear el logos como discurso expuesto al control y a la crítica de todos y de sí mismo, y sin poder adosarse a una autoridad simplemente tradicional. Y recíprocamente, el logos no puede ser creado efectivamente más que en la medida en que el movimiento del demos instaura en acto un espacio público y común, donde la exposición de las opiniones, la discusión y la deliberación...se vuelven reales por primera vez en la historia de la humanidad. Y este espacio público es la creación de un tiempo público del pensamiento...Esta actividad política, esta autoinstitución de la sociedad, es al mismo tiempo pensamiento...En el plano estrictamente político es la creación de una institución donde las fuerzas en lucha...se equilibran por una autolimitación mediante la cual el poder ya no puede pertenecer a una persona o a una categoría particular, sino que pertenece a todos y a nadie, está a la vez ubicado “a igual distancia” de todos y ya no puede ser objeto de apropiación, sino que también es igualmente participado por todos de manera simultáneamente colectiva (es el demos en su Asamblea, en su ekklesia, quien legisla sobre todo)...Así el poder está esencialmente

(7) La ideología del interés general como principio rector de un derecho administrativo autoritario, surge de su calidad de ser trascendente a la comunidad y no inmanente a ella tal y como lo describe François RANGEON en una genealogía de lectura altamente recomendable para quienes pretendemos superar la vigencia de este mito fundante de una administración pública con poder suficiente para decidir por su sola voluntad acerca de nuestras vidas (RANGEON, Françoise L'idéologie de l'intérêt général, Preface de Georges Vedel, Economica, Paris, 1986).

(8) Dice en página 203 que la posibilidad histórica de la filosofía depende del hecho de que no hay un Dios que haya revelado la verdad del mundo, en cuyo caso solo tendríamos la posibilidad de una interpretación de la palabra divina; y que la actividad política de los hombres, el propósito explícito de una institución de la sociedad por parte de una colectividad que se instituye a sí misma, también presupone la ausencia de un orden ideal predefinido de las cosas humanas: no existe ley social conocida o impuesta de antemano que sea válida de una vez por todas.

(9) José SARAGAMO escribe Ensayo sobre la lucidez relatando cómo la población de la ciudad capital de un Estado imaginario se revela contra el orden instituido votando en blanco. Enardecido, el “gobierno” dispone una retirada de las autoridades para lograr el “regreso a la normalidad democrática” y amonesta a sus pobladores diciéndoles que “con esta acción radical la ciudad insurgente quedará entregada a sí misma, tendrá todo el tiempo que necesite para comprender lo que cuesta ser segregada de la sacrosanta unidad nacional” (página 99 de la edición en español Alfaguara, Buenos Aires, 2004).

desmitificado y desacralizado, y la democracia es concreta, no está reducida de ninguna manera a una igualdad abstracta ante la ley". (Saramago, 2004: 99) (10).

A algunos administrativistas puede resultarles pura poesía. Asidos como están a un sistema administrativo autoritario que ya lleva más de dos siglos de vigencia -y que surgió como hijo dilecto de la modernidad configurada sobre la base de un Estado fuerte que planifica sobre la sociedad sin requerirle consenso alguno, constituido como República única e indivisible en la Constitución de Francia en miras al interés extrasocial, trascendente y preestablecido de la defensa nacional- la mera posibilidad de reflexionar acerca de un sistema de organización diferente sustentado en los postulados de la Grecia antigua, resulta como mínimo "molesta": un sacudón innecesario al "diván imperial" (11) en el que descansan, que serviría solo para satisfacer algún desequilibrio "anarquista" de quienes postulamos la traslación a nuestra disciplina de estas profundas reflexiones (12).

Sin embargo, la tendencia general en la materia proveniente de ámbitos supranacionales resulta acorde con la presencia de un *espacio público y común donde la exposición de las opiniones, la discusión y la deliberación se vuelvan reales*. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la co-

(10) En la misma obra entre páginas 319 y 344; y a partir de allí, son destacables aún otros conceptos en los que insiste sobre el "espacio público": No hay polis sin creación de un espacio público de interrogación y de control recíprocos; la fuente de la institución es la voluntad instituyente del pueblo; nada puede determinar de antemano el contenido de una ley; y, con remisión a Aristóteles: el poder instituyente es originario, es vano buscarle una norma externa; el pueblo establece y dice el derecho a partir de sí mismo. Afirma que la democracia representativa es la gran mistificación política de los tiempos modernos; y en página 353 atribuye a Platón ser quien empieza y funda el engaño mortal de una pericia, de "un saber o ciencia particular que habilitaría para gobernar a los humanos"; con Platón, dice en página 365, aparece la fuente extrasocial de la institución, la búsqueda de la opinión correcta o recta que contiene la razón. El análisis de las posiciones contrapuestas de ambos filósofos está expuesta con maestría por RANGEON en la obra ya citada, como base de toda la genealogía del interés general, eje del sistema administrativo autoritario, que emprende en su obra.

(11) Siempre acudimos a esta expresión magnífica de Gregoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Presses Universitaires de France, 2002. Debo decir que valoro profundamente la especial atención que pone siempre en nuestras reflexiones el profesor Osvaldo Héctor Bezzi, porque sin compartir el contenido de ellas, se ocupa de su análisis considerándolas especialmente en sus trabajos de investigación. Adopta así una posición excepcional en el ámbito de estudio al que nos dedicamos, que condice con su constante objetivo de formación plena, en cuanto al conocimiento exhaustivo de la doctrina tradicional suma su inquietud por no dejar fuera de contexto nuestras constantes interrogaciones acerca de un derecho administrativo diferente.

(12) Una sociedad heterónoma -dice CASTORIADIS- es una sociedad en donde los objetos sociales son investidos por los individuos de manera perfectamente rígida (Sujeto y verdad en el mundo histórico social. Seminarios 1986-1987. La creación humana I, primera edición en francés 2002, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004). Para que haya reflexividad y capacidad de acción deliberada -en la misma obra, páginas 127 y siguientes- debe haber labilidad de las investiduras, relativa fluidez, movilidad; la heteronomía se caracteriza por la rigidez de las investiduras. Sin embargo, dice en su Seminario del 26 de noviembre de 1986, asistimos actualmente a un periodo de destitución, un movimiento del imaginario social que se retira de las instituciones sociales existentes y las desinstituye quitándoles lo esencial de su legitimidad. Para el resurgimiento del proyecto de autonomía se requiere nuevos objetivos políticos y nuevas actitudes humanas de las que, por ahora, los signos son escasos, dice en 1989 en *El mundo fragmentado* Caronte Ensayos, La Plata, 2008. Solo la profundidad intuitiva de su pensamiento original, pudo conducir a Agustín GORDILLO a hablar de fragmentación del poder para explicar el sistema de agencias con que se gestiona el derecho en el ordenamiento norteamericano. También Sabino CASSESE describe un universo administrativo fragmentado cuando analiza una distinta estructura de conjunto para una nueva forma de actuar de los poderes públicos. Alude entonces a un universo administrativo dominado por la dispersión en el cual, junto al poder central del Estado se añaden otros cuerpos centrales, siempre menos organizados en pirámide y siempre más en forma de red; y aclara: Si antes tales poderes actuaban en forma lineal, según las directrices impuestas desde el vértice superior de la pirámide, ahora desde dicho vértice no llegan impulsos coherentes sino, a lo sumo, indicaciones de los diversos intereses que deben tenerse presentes, por lo que las opciones se realizan por distintos grupos (en *Las bases del derecho administrativo* Ministerio para las Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 1994, Capítulo V nº 13, conclusiones; y en el Capítulo IX aborda directamente "El procedimiento" luego de anticipar que examinará en este capítulo una nueva forma de actuar de los poderes públicos).

rrupción, aprobada en nuestro país por ley del Congreso número 26.097 -lo mismo que la Convención Interamericana contra la corrupción aprobada por la Organización de Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 y, en nuestro país, por ley del Congreso número 24.759-, tiene principalmente en cuenta en su preámbulo que los Estados deben cooperar entre sí para la prevención y la erradicación de la corrupción, y que deben hacerlo *con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces*. Por consecuencia, manda en su articulado a los Estados parte, aplicar políticas que *promuevan la participación de la sociedad* y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas (artículos 5 inciso 1 y 9 inciso 1); y adoptar las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, en vinculación estrecha con el derecho del público en general a obtener información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública (artículo 10, así como el artículo 13 en cuanto manda adoptar medidas similares para *fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público*, a los que ya hizo referencia en el preámbulo, insistiendo en el objetivo de *promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones*).

II. Los procesos de adopción de decisiones de la Administración Pública

El acto administrativo de autoridad es un acto emanado en ejercicio de prerrogativas propias de un poder público que desarrolla su actividad en el marco recoleto de una burocracia orgánica estructurada jerárquicamente, aún en las situaciones que resultan de los intentos conocidos de su descentralización o desconcentración. Como ya se expusiera, la mayor garantía de legalidad que protege a las personas a quienes sus efectos están destinados ha sido la instalación, en la segunda mitad del siglo XX, de un *procedimiento administrativo* consagrado como elemento esencial de creación del acto, en el que se expresan los antecedentes de hecho y de derecho que motivan la *decisión* así como las circunstancias que corroboren la concreción de la finalidad pública impuesta legalmente al órgano competente.

El procedimiento administrativo es un logro indiscutible en la lucha por la presencia de garantías para asegurar que el ejercicio de sus potestades por parte de la administración pública esté sometido a la juridicidad como principio inalienable del Estado de Derecho. Sin embargo, su estructura tradicional elaborada sobre la base del principio liberal del debido proceso, con intervención de los *interesados* a quienes la *decisión* pueda alcanzar -caracterizados en todas las legislaciones vigentes como titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos, o a lo sumo, de los denominados intereses difusos-, ha sido definitivamente superada y desbordada por los nuevos postulados que mandan promover *la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones*. Esos procesos de adopción de decisiones requieren de un marco estructural distinto, absolutamente superador de la idea de una relación estrecha entre el acto administrativo de autoridad a cuya emanación tiende la sustanciación del procedimiento administrativo conocido, y las personas a quienes sus efectos van dirigidos, sustentada en la relación jurídica sustancial del derecho privado entre partes interesadas, aún en el estadio más novedoso de los intereses difusos. Y requieren, fundamentalmente, el desplazamiento del acto administrativo de autoridad como única forma conocida de gestión del derecho por la administración pública, porque su sola presencia impide una contribución auténtica de la ciudadanía expresándose en el ámbito de un espacio público y común donde *la exposición de las opiniones, la discusión y la deliberación se vuelven reales*. Ambas situaciones son absolutamente antagónicas: el ejercicio de prerrogativas públicas en la adopción de la *decisión* por la autoridad administrativa y la inserción de la sociedad en el proceso pertinente, en el marco de un espacio público participativo.

La ley que regula el procedimiento administrativo en Italia (Legge 7 agosto 1990, n. 241) fue modificada en el año 2005 (por leyes n. 15 y n. 80 de ese año) para introducir entre otras muchas disposiciones nuevas, la contenida en el artículo 1-bis que dice: "La administración pública, en la

adopción de actos de naturaleza no autoritaria, actúa según las normas de derecho privado, salvo que la ley disponga diversamente”. Antes proclama, en este ámbito de modificaciones y en el artículo 1, que la actividad administrativa se rige por criterios de “publicidad y transparencia”. O sea que pretende estructurar un proceso de adopción de decisiones, que en el ámbito del derecho administrativo configura una decisión de autoridad –por opuesta al acto no autoritario regido por el derecho privado–, aplicando los principios de publicidad y transparencia, pero sin apartarse de la idea central de que es la autoridad quien decide. No acudimos a la legislación italiana para una crítica específica a su modo de encarar el proceso de adopción de decisiones, sino como paradigma del sistema continental europeo y latinoamericano de derecho administrativo vigente, incluida por cierto la Argentina.

En efecto: aunque en nuestro país el derecho administrativo no se estructuró sobre la base de un sistema de doble jurisdicción en el que el juzgamiento del acto administrativo quedaba reservado a una jurisdicción ajena a la jurisdicción judicial, la adopción del régimen administrativo francés trajo consigo, naturalmente, la existencia de una doble posibilidad de actuación administrativa: como autoridad y como gestión. La circunstancia de que la gestión se rigiera en el sistema de origen por el derecho privado y fuese sometida a la jurisdicción judicial –lo que brindó al derecho administrativo calidad de “exorbitante” del derecho privado (13)– agravó la confusión en la interpretación de nuestras instituciones administrativas que, en general, no aceptaron tal dualidad de regímenes, quedando ambas situaciones bajo la regulación del derecho administrativo (14). Pudo entonces haberse comprendido, como lo hizo Bartolomé Fiorini, que el derecho administrativo es un derecho íntegramente regulador del ejercicio de la función administrativa, sin las características propias de su configuración autoritaria que le imprime la exorbitancia: un derecho garantizador no solo en función de la libertad que la antinomia clásica opone a la autoridad, sino y, principalmente, como regulador integral de la actividad administrativa que no se caracteriza entonces por sus prerrogativas sino, al contrario, por su sujeción integral a la juridicidad (15). Toda la actividad administrativa,

(13) Decíamos en el trabajo citado en nota 4, publicado en el Blog del profesor Martins Riccio de Oliveira, que la configuración a partir de esa exorbitancia surge en Francia a principios del siglo XIX, sobre la base de que el Estado actúa fuera del derecho común, como fuerza y por el interés general, y que su autoridad se impone forzando la resistencia que pueden oponerle los derechos civiles, privados o particulares.

(14) Basta con leer el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en causa “Serra, Fernando H. y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” del 26 de octubre de 1993, en el que el esfuerzo argumental para explicar el doble sistema – que implica en el marco de los artículos 23 a 32 del decreto ley 19.549/72 una doble vía de acceso a la justicia más o menos exigente según se trate de actos administrativos de naturaleza “autoritativa” o “non autoritativa”, en la expresión de la legislación italiana – no trae la consecuencia de excluir a la actividad administrativa de gestión del ámbito del derecho administrativo, sino solo de considerarla diferente del acto administrativo de autoridad para el acceso a la justicia.

(15) Cuando FIORINI habla de un enfoque garantizador del derecho administrativo, no lo hace siguiendo la concepción histórica liberal, a la que – según una magistral explicación de Alejandro NIETO – se opone la concepción que pone el énfasis en la eficacia de la Administración y el centro de gravedad en el interés público interpretado por el poder con la menor intervención posible del ciudadano (en La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo, Revista de Administración Pública, Civitas, Madrid, enero-abril 1975). En su tesis introductiva a la teoría jurídica de la actividad administrativa (Teoría jurídica del acto administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969) FIORINI ubica al derecho administrativo en nuestro ordenamiento jurídico, obteniendo como única consecuencia posible su concepción como derecho garantizador en tanto regulador de toda la función administrativa con causa primaria en la Constitución. De tal modo, considera al acto administrativo como resultado objetivo y previsto de normas legales previas imputadas a un órgano y lo presenta como manifestación concreta de la juridicidad que dimana del artículo 31 CN, como fuente de toda la actividad administrativa. La importancia no la adquieren por ser actos –dice– sino por la función jurídica que produce sus efectos o consecuencias reguladas por normas que los sustentan; y propone aprehender un unívoco concepto que exhiba la esencia de cualquier clase de la actividad jurídica de la administración pública, lo que conduce –según él– a desterrar cierto predominio de las ideologías autoritarias del pasado. En la segunda edición del Manual (Derecho Administrativo, La Ley, 1976) afirma que la juridicidad rige todos los quehaceres de conducta debida de la actividad estatal, considerando al acto administrativo como expresión de actividad institucional, en cuanto no es una manifestación de voluntad sino la consecuencia

generalizada sólo como actividad de gestión del derecho, está regida por el derecho administrativo como sistema integral garantizador de la juridicidad de ese ejercicio; y, de tal modo, se desplaza la necesidad de considerar a la función solo en actos administrativos de autoridad. Si en Argentina no utilizamos el sistema continental europeo que considera regido por el derecho administrativo solo al acto de autoridad, debemos coincidir en la elaboración de un derecho administrativo que no tenga por eje de desarrollo el acto administrativo de autoridad sino la gestión administrativa toda en cuyo marco, se diluye el acierto de aquél acto en el cumplimiento de los cometidos públicos (16). Y esto es materia de procedimiento administrativo.

que se produce en el complejo de la organización. También Franco Gaetano SCOCA otorga relevancia a la actividad administrativa afirmando que es necesario construir una teoría de la actividad administrativa al lado de la teoría de los actos, poniendo como ejemplo el procedimiento de la “conferencia de servicios” que rompe el esquema tradicional de la decisión solitaria (citado por Domenico D’ORSOGNA en Conferenza di servizi e amministrazione Della complexita Giappichelli Editore, Torino, 2002).

(16) En el año 2003 se sancionó en nuestro país la ley nacional 25.724 que creó el “Programa de Nutrición y Alimentación Infantil” en cumplimiento del deber indelegable del Estado de garantizar el derecho a la alimentación de toda la ciudadanía (artículo 1). Para su ejecución se dictó el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1018 del año 2003 ratificando los objetivos del Programa, destacando a la Comisión Nacional de Nutrición y Alimentación como Unidad Ejecutora Central para, entre otras funciones, la asistencia alimentaria directa, el sistema de monitoreo permanente del estado nutricional de la población, la evaluación integral del Programa, etc. y proclamando que las acciones serán emprendidas a partir del dictado de la presente reglamentación, conforme se detalla y en las etapas y para los componentes que en cada caso se establecen. Sin embargo, y cuando parece que a partir de este último enunciado la gestión ya está en condiciones de ser instaurada, el mismo decreto reglamentario manda a los Ministerios de Salud y de Desarrollo Social, en el marco de la “segunda etapa” de gestión, dictar una resolución conjunta tendiente a fijar los mecanismos de coordinación de las acciones inherentes a la implementación del Programa (cuando creímos que ya estaba en marcha, en la segunda etapa recién se manda dictar una resolución para fijar los mecanismos de coordinación). A su vez, la Comisión Nacional de Nutrición y Alimentación deberá dictar normas atinentes a su funcionamiento, elaborar un plan estratégico para “la articulación interjurisdiccional o intersectorial, así como la determinación de la competencia de cada organismo ejecutor”; y el Ministerio de Desarrollo Social, optimizar el acceso de la población más necesitada a las prestaciones alimentarias nutricionales y al cuidado de la salud. Toda la información que conforma este sistema permanente para la evaluación del estado nutricional de la población – dice el art. 5 inc. g) del decreto 1018/03 - deberá ser centralizada, evaluada y difundida por la Comisión Nacional de Nutrición y Alimentación. El 24 de noviembre de 2005 se dictó otro acto administrativo de autoridad, esta vez por la Comisión Nacional referida, con el fin de “expedir las normas” que contribuyan al cumplimiento del objeto de creación del Sistema Integrado de Alimentación y Nutrición creado por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 780 del 14 de noviembre de 2005. Esta nueva norma de la Comisión, además de ser nueva causa de un sin fin de actos administrativos consecuentes, define los programas sociales de alimentación como “instancias técnico administrativas con capacidad legal”...(si en este instante pensamos que va a decir con capacidad legal para “alimentar”, nos equivocamos, es solo para “diseñar, promover, ejecutar y evaluar actividades orientadas a la prevención y solución de un problema nutricional” que, en el año 2005, obviamente, aún no estaban diseñados, ni promovidos ni, mucho menos ejecutados). En el título 2 de esta normativa de la Comisión –que debió dedicarse a ejecutar la ley gestionando concretamente el derecho en la realidad social- se autoatribuye la definición de las políticas de alimentación y nutrición del país, sobre la base del estado situacional de la población beneficiaria y la capacidad institucional del Estado para su ejecución. Dos años después de la sanción de la ley que manda alimentar, la autoridad de aplicación recién se prepara para definir las políticas y los objetivos sobre los cuales deberán orientarse la planificación y ejecución de planes (artículos 14 y 15). Si a esta altura todavía se están definiendo la planificación y ejecución de los planes, quiere decir, inexorablemente, que todavía los planes no se han ejecutado, lo que se corrobora con la lectura del artículo 17 de la misma normativa, en el que ésta recién considera cuáles son los probables instrumentos a utilizar “para la definición de las políticas y con el objeto de garantizar la atención a los grupos vulnerables”. El 4 de setiembre de 2006 el diario La Nación informa, en su editorial “Hambre, un grito desesperado”, que el 70% de la población del país de menos de 18 años, esto es, nueve millones y medio de niños, continúan viviendo en la pobreza y la mitad ya casi carece de alimentación digna. Dice Gustavo Daniel Moreno, Asesor Tutelar del fuero en lo contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que el ordenamiento jurídico en materia de derechos económicos y sociales no ha superado su estado de imprenta: las leyes no se actúan, solo se declaman convenientemente desde el PE (en causa Villa 20 y otros c. Instituto de la Vivienda de la CABA, resolución de 1ª instancia del 4 de setiembre de 2007)

III. Obstáculos para la instalación de nuevos procesos de adopción de decisiones

A) *La inmutabilidad de la decisión administrativa unilateral*

Es imposible insertar la participación pública en el esquema de un procedimiento previsto para la emanación de un acto de autoridad. Concebido el procedimiento administrativo en el marco tradicional que lo estatuye en garantía del debido proceso pero limitado al esquema de emanación de un acto de autoridad, no admite el ejercicio pleno de la participación pública en la gestión del derecho. Todas las regulaciones vigentes -y, lamentablemente, aún las que se proyectan- exigen la calidad de "parte interesada" a quien pretende intervenir en el procedimiento, guiada por las categorías estancas del derecho subjetivo y el interés legítimo, con la consecuencia aberrante de una "denuncia de ilegitimidad" pergeñada como obstáculo para el acceso a la justicia.

Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires hace lugar a una excepción opuesta por una administración, a la que se demanda en virtud del dictado de un acto administrativo sancionatorio en el marco de una relación de empleo (17), y omite un pronunciamiento de fondo con sustento en que el referido acto administrativo ha adquirido *firmeza*, no solo vulnera de manera ostensible la garantía superior de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 15 de la Constitución provincial -priorizando disposiciones formales de normas procesales de inferior jerarquía-, sino que otorga inmutabilidad absoluta a la decisión de un órgano administrativo a quien atribuye *poder para decidir con alcance de inmutabilidad absoluta*. Y lo hace sobre la base de aceptación dogmática de una "verdad que reposa en una autoridad trascendente": la necesidad de otorgar seguridad jurídica al ejercicio de una función estatal que no puede verse obstaculizada por la ingerencia de ciudadanos que pretendan cuestionar ese ejercicio, principalmente cuando se refiere a la perentoriedad de los plazos en materia recursiva y a las consecuencias de su vencimiento, en un desarrollo argumental circular sin ninguna base de pensamiento que concluye, para el caso, en la imposibilidad de efectuar alguna dispensa "para abrir la revisión judicial de un acto firme" (18).

(17) En causa B. 63.237 Domínguez, Alfredo Luis contra Banco de la Provincia de Buenos Aires, resolución del 4 de agosto de 2004, con disidencia de Héctor Negri para quien la decisión mayoritaria comporta "una grave afectación de la garantía del acceso a la jurisdicción que en amplios términos consagra el artículo 15 del ordenamiento superior". También en causa Telefónica de Argentina S.A. c. Municipalidad de La Plata del 7 de marzo de 2007, en la que sentenció que la interposición de recursos improcedentes, aún cuando fueran sustanciados por la autoridad administrativa, no tiene la virtualidad de interrumpir el plazo de caducidad establecido en el artículo 18 del Código Procesal Administrativo (en Jurisprudencia Argentina 2007-III, suplemento del fascículo nº 4, con nuestro comentario D'ARGENIO, Inés La reglamentación del derecho de acceso a la Justicia por ordenanza municipal, según la Suprema Corte de Buenos Aires, en el que señalábamos que la Suprema Corte omitió inexplicablemente la aplicación directa del artículo 166 párrafo final de la Constitución provincial, que había sido admitida por ella misma con carácter de principio general en causa Gaineddu, resolución del 22 de abril de 2003 y los precedentes a que remite. Por el contrario, siempre elogiamos por su insuperable razonamiento, la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín, en causa Comper S.A. c. Provincia de Buenos Aires del 23 de septiembre de 2004 en la que se afirmó que la exigencia de agotamiento de la vía administrativa que resulta del artículo 14 del Código Procesal Administrativo, debe interpretarse en el marco de mayor jerarquía estatuido por el art. 166 citado de la Constitución provincial, por lo que, en principio, los particulares que intenten iniciar demanda contra los entes estatales, no tienen obligación de recorrer un procedimiento recursivo previo. En el mismo sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I, en causa Covimet S.A. Concesionaria Vial Metropolitana S.A. c. Ciudad de Buenos Aires del 11 de abril de 2003, entre otras, en la que se expresó que el ordenamiento normativo vigente no establece como principio la necesidad del agotamiento de la vía administrativa cuando se ejerce una acción contencioso administrativa).

(18) En el mismo sentido, la Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en causa B., C. J. c. Estado Nacional del 17 de noviembre de 2005 dijo: "El rechazo de una denuncia de ilegitimidad opera en el ámbito estricto del procedimiento administrativo y resulta manifiestamente extraño a la competencia del órgano jurisdiccional, ya que la valoración correspondiente al órgano administrativo a quien compete decidirla, se agota en sí misma, y su resolución no puede suscitar la reapertura de plazos perentorios". Destacamos la afirmación de que la valoración corresponde al órgano administrativo a quien compete decidirla para mostrar el énfasis en un poder de decisión inmutable confiado al órgano administrativo, sin perjuicio de advertir además que por aplicación de

En las antípodas, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por su Sala Segunda, declaró la inconstitucionalidad de una disposición de la legislación local de procedimiento administrativo por la cual “la decisión que resuelva la denuncia de ilegitimidad será irrecurrible y no habilitará la instancia judicial”. *Adviértase* –dice la Cámara en causa *Frávega S.A. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, del 28 de diciembre de 2006– *que la norma refiere a una decisión de la Administración, esto es una declaración unilateral de la voluntad que produce efectos jurídicos directos e inmediatos, y, por ende, un acto administrativo, al cual, independientemente del transcurso de plazo alguno, se excluye de plano e ipso iure de la posibilidad de revisión judicial; y considera entonces que mantener la validez constitucional de esa norma de procedimiento, implicaría consagrar de hecho en estos casos, la facultad de la Administración de resolver una controversia con fuerza de verdad legal*. La misma Cámara, y por la misma Sala II, dictó sentencia en una causa en que un grupo de vecinos de la Ciudad reclamaba contra la vulneración del sistema urbanístico vigente (*Asociación Civil de la Estación Coghlan c. Ciudad de Buenos Aires y otros*, del 10 de agosto de 2007), producido por el dictado de un acto administrativo que autorizó la construcción de un edificio de una superficie mayor a la permitida por el código de ordenamiento urbano. La empresa co-demandada adujo que dicho acto se encontraba firme porque había sido publicado en el Boletín Oficial el 7 de diciembre de 2004 y los vecinos recién habían deducido recurso jerárquico el 4 de mayo de 2005; temperamento éste que compartió la fiscal ante la Cámara señalando que el acto en cuestión era un acto administrativo de alcance particular y que, por consecuencia la pretensión debía ser examinada a la luz de la disposición del Código procesal pertinente que exige el agotamiento oportuno de la vía en el marco del procedimiento administrativo. La Cámara rechazó la consolidación de una transgresión a la legalidad urbanística por el mero transcurso de un plazo fugaz para interponer un recurso administrativo. *La respuesta del sistema urbanístico al fenómeno patológico de su vulneración o conculcación* –dice la sentencia en el punto 6– *requiere que se reintegre el orden transgredido a fin de hacer desaparecer del mundo jurídico los actos ilegalmente producidos y, en su caso, la posibilidad de reponer las cosas a su estado anterior*. Esa es la auténtica seguridad jurídica que se preserva en el caso, definitivamente superadora de la seguridad jurídica invocada por quienes prefieren mantener la vigencia de un acto administrativo ilegítimo, imposibilitando el control de su legitimidad, en la convicción de que la administración pública es un poder que dice el derecho en el caso concreto con fuerza de verdad legal, como si se tratara de una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada. Al priorizar la intervención de los vecinos por sobre la firmeza de un acto administrativo concebido como expresión de voluntad de un poder, la sentencia de Cámara tiene el mérito de restituir el agorá, la creación e institución de un espacio público verdadero cuya significación se hubiese perdido de haber resultado pasivizados los vecinos por el mero transcurso de un plazo fugaz. *Se trata de posibilitar la efectiva participación y el control comunitario en un tema vinculado a la protección administrativa y judicial de la legalidad urbanística*, dijo expresamente la sentencia de Cámara que además, se pronunció sobre la inoperancia de las normas procedimentales vigentes que concierne particularmente a estas reflexiones, del siguiente modo: *No se puede admitir una interpretación de las normas procedimentales que limiten el efectivo control en materia urbanística a una diligencia irrealizable por cada vecino de la Ciudad a la hora de cuestionar decisiones de esa índole*. La contienda judicial adquiere así en materia administrativa, la calidad de instrumento de control social que la justicia administrativa debe investir en estos tiempos, frente a la inoperancia de la administración pública en su cometido esencial de gestión del derecho.

La concepción del procedimiento como secuencia de actos ordenados respecto a la resolución final -dice Sabino CASSESE en *Las bases del derecho administrativo* ya citada-, en relación a la posi-

la doctrina del caso “Serra, Fernando y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallo del 26 de octubre de 1993), el acto administrativo que desestima una indemnización por las lesiones sufridas a raíz del secuestro del actor por autoridades militares y su detención ilegal a disposición del Poder Ejecutivo de la Nación, habilita la “vía reclamatoria” de acceso a la justicia en el marco del proceso administrativo nacional, que no requiere del agotamiento de la instancia administrativa ni del consiguiente plazo de caducidad de la demanda que se exige en el caso.

bilidad de control judicial de su legalidad, muestra su debilidad también bajo un aspecto más general; se pretende hacer descender de un dato procesal -añade- un orden que, en cambio, encuentra su explicación en la forma en que están distribuidas y reguladas las funciones y sus interconexiones entre las administraciones públicas. Quien quiera referirse a la distribución y regulación de funciones -concluye- debe reconocer *que no hay una única estructura procedimental y que ni siquiera es posible una tipología, sino solo un catálogo de riquísima variedad.*

B) La imposibilidad del particular de intervenir antes de que el acto le ataña

Todavía hoy se celebra como un logro de avanzada la posibilidad de demandar conferida al oferte desplazado en el marco de un procedimiento de selección del contratista, y todavía hoy se impide la intervención de empresas vinculadas a la actividad que se considera en el procedimiento previsto en la ley nacional de defensa de la competencia para obtener la declaración unilateral de la administración de que la fusión propuesta no lesiona la competencia. En una sentencia de avanzada en la temática que analizamos, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal autorizó la intervención de una afiliada de un programa nacional de salud para jubilados (PAMI) en un procedimiento de selección de prestadores del servicio de salud sustanciado entre estos y la administración pública, al considerar que se encontraba legitimada para demandar la nulidad de una cláusula del pliego de bases y condiciones respectivo, pues como beneficiaria del programa *tiene interés en que no se vean comprometidos sus recursos para fines distintos a los establecidos por la ley que lo creó, independientemente de la existencia de otros afiliados que estén de acuerdo con la contratación* (Sala I, en causa *Torello, Susana c. Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, resolución del 2 de febrero de 2000; en sentido similar, la Sala III de la misma Cámara en *Distribuidora de Gas del Centro c. Enargas*, del 30 de octubre de 2003).

La solución judicial expuesta, enmarca en los cometidos impuestos por las normas supranacionales de lucha contra la corrupción a que hemos hecho referencia, en cuanto mandan encarar esa lucha con el apoyo y la participación de personas y grupos como la sociedad civil, *promoviendo la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones.*

Sin embargo, como en todos los tópicos que abordamos, la jurisprudencia es contradictoria y, frente al avance que significa la sentencia dictada en causa *Torello*, se perfila otra posición judicial que bloquea la participación amplia en el procedimiento administrativo. La Sala 3ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal consideró incompatible con la estructura del *trámite de autorización de concentración económica previsto en el artículo 8 de la ley 25.156* -es decir, el procedimiento administrativo establecido al efecto- la solicitud de una empresa de ser tenida por parte en una actuación originada con motivo de la compra del paquete accionario de su competidora, porque "al no constituir dicho trámite un proceso contradictorio en el que estén comprometidos los intereses y derechos de terceros ajenos al acto de concentración económica, las garantías citadas no se encuentran vulneradas". Y destacó especialmente que *al no haber aún una decisión de la citada Comisión que autorice la operación indicada, no existe una afectación concreta de intereses y derechos* (19). Un supuesto ostensible de los límites puestos a la ciudadanía en su disposición a

(19) En causa *Casa Isenbeck* del 29 de octubre de 2002, citada especialmente en D'ARGENIO, Inés Un enfoque erróneo en la concepción del derecho administrativo, en *Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica Lexis Nexis Depalma*, director Juan Carlos Cassagne, número 48, 2004. Recibimos respuesta a ese trabajo -circunstancia que celebramos principalmente por su carácter excepcional- del profesor Alberto M. SANCHEZ en *Acerca de los cuestionamientos al Derecho Administrativo como régimen exorbitante*, en la misma *Revista*, N°50, donde expresa que nuestra posición procura como objetivo poner a los particulares y al Estado en un pie de igualdad "negando toda posibilidad de que éste ostente determinadas prerrogativas que le permitan una posición de cierta preeminencia en la consecución del bien común". Y esa es realmente nuestra posición, avalada nada menos que por Sabino Cassese cuando dice que el nuevo paradigma en el derecho administrativo indica un espacio donde no se prejuzga las posiciones de los sujetos que en él operan (en *La crisis del Estado*, citada) Una publicación del *Blog Direito Administrativo em Debate*, ya citado, da cuenta de la diferencia existente en el control de concentraciones y fusiones entre el esquema de la Comunidad Europea y el sistema norteamericano, señalando que si bien

participar en los procesos de adopción de decisiones para asegurar una mayor transparencia en el ejercicio de la función administrativa.

C) La falta de idoneidad del procedimiento administrativo tradicional para canalizar el derecho a la información vinculado a la transparencia

La legitimación acotada sobre cuya base se elaboraron las normas de procedimiento vigentes durante la segunda mitad del siglo XX no se compeadece con el derecho pleno de cualquier ciudadano de acceder a documentación pública o concurrir a una audiencia pública o intervenir en el procedimiento de elaboración de normas generales. Su vinculación histórica a la emanación del acto administrativo de autoridad lo transforma hoy en un instituto ajeno al consenso exigido desde la filosofía o la sociología como pilar del nuevo proceso social superador del Estado moderno concebido a fines del siglo XVIII.

Si la participación se limita solo a una intervención legitimada en calidad de parte interesada y el particular debe esperar a que el acto le atañe, la transparencia no está asegurada. Por el contrario. Entonces es necesario un nuevo concepto de procedimiento administrativo que no esté necesariamente atado a la emanación de un acto de autoridad, aunque como tal debe preservar su calidad de garantía de legalidad de la actividad en el ámbito de la autoridad o exorbitancia.

Nuestro país ha suscripto en el año 2006, el denominado *Código Iberoamericano de Buen Gobierno* en cuyas disposiciones se considera inaceptable *un gobierno que dificulte el escrutinio público sobre su toma de decisiones* (declaración inicial, punto 2), comprometiéndose por consecuencia a impulsar y garantizar el debate político *con transparencia y los mecanismos de información y participación* para el desarrollo de dicho debate (punto II-7, reiterando el anticipo efectuado en punto I-3 cuando enumera a la *transparencia entre los valores que guiarán la acción del buen gobierno*). Establece también reglas vinculadas a la gestión pública entre las cuales destacamos el deber de los miembros del Poder Ejecutivo de *fomentar la participación de los ciudadanos y los pueblos en la formulación, implantación y evaluación de las políticas públicas*; y, sin embargo, poco o nada se ha hecho al respecto en el ámbito de la regulación normativa interna para concretar tales postulados meramente declamatorios (20).

resulta similar en algunos de sus procedimientos, su naturaleza jurídica resulta distinta. Legislado a través del Reglamento N° 4064 del Consejo de Europa – dice el comentario de la Comisión de Defensa de la Competencia creada en Brasil por ley 8884 del año 1994, al que nos estamos refiriendo – este sistema confiere a la Comisión Europea no solo facultades investigativas sino poder de decisión respecto de las concentraciones y fusiones que tengan dimensión comunitaria.

(20) Podría tomarse el ejemplo de las Directivas relativas a la implementación del Open Government en los Estados Unidos de Norteamérica (Memorandum sobre Transparencia y Gobierno Abierto, 21 de enero de 2009, en el que el Presidente de la Nación instruye al Director de la Oficina de Administración y Presupuesto para concretar las directivas pertinentes) que manda a los jefes de los departamentos ejecutivos y agencias, adoptar acciones concretas para implementar los principios de transparencia, participación y colaboración, indicando, por ejemplo, que la información diseminada comience a presentarse de una manera clara y completa y que en su aspecto sustancial sea segura y confiable; para perfeccionar la información gubernamental disponible por el público – dicen las directivas – los conductores senior harán efectiva esta información conforme a guías de acreditación de calidad, poniendo a disposición estos sistemas y procesos mientras las agencias promuevan esa conformidad. Procura expresamente una institucionalización de la cultura del Open Government y la creación de tecnologías para abrir nuevas formas de comunicación entre el gobierno y la gente, mandando ejecutar la multiplicidad de acciones directas que describe con fijación de plazos breves a ese efecto, entre 60 y 90 días (por ejemplo, describir cómo las agencias pueden usar incentivos para hallar innovaciones o soluciones de costo efectivo para mejorar el Open Government, entre muchas otras conductas concretas que se imponen a los encargados de la gestión administrativa). Entre otras acciones positivas, cada agencia debe contar con su plan de Open Government, explicando claramente cómo esa agencia acude a la transparencia para incrementar el conocimiento público y promover el escrutinio público de los servicios de las agencias, perfeccionando el conocimiento público de las agencias y sus operaciones: ir al corazón de la misión de la agencia – dice textualmente al referirse a los componentes del plan – creando oportunidades o respondiendo a la necesidad y a la demanda como identificación de la consulta pública hasta el fondo.

En general, los proyectos y normas positivas vinculados a la *buena administración* y al derecho a la buena administración, no pasan de ser enunciados que no se condicen con la elaboración en la práctica de normas de procedimiento administrativo adecuadas para su real exigencia. Un autor español califica a la buena administración de “nuevo paradigma del derecho administrativo”; y sin embargo, a poco que ahondemos en la investigación en que así se expresa – y a pesar de que en ella destaca el *surgimiento de diversos principios jurídicos procedimentales* vinculados a esa institución y de *auténticas obligaciones procedimentales ligadas al surgimiento de un derecho a una buena administración* (21)- la solución, en su esencia, no se aparta de la concepción tradicional, brindando especial trascendencia a la discrecionalidad administrativa a la que pretende limitar desde otra óptica pero sin abandonar su calidad de elemento determinante en el dictado de actos administrativos de autoridad (22). Así, parte de la base de que el derecho *administrativo debe ser una herramienta útil para guiar a la sociedad* proponiendo orientarlo como *ciencia para la elaboración de decisiones públicas*, sobre cuya base acude al derecho administrativo alemán diciendo que tras el concepto de *Steuereingabe* late la idea de que el derecho administrativo debe ofrecer elementos que permitan la aplicación efectiva de las normas *ayudando a adoptar decisiones aceptables para los afectados*. La idea de que el derecho administrativo sea una herramienta útil para “guiar a la sociedad” no encuadra en la nueva concepción del proceso social a que venimos refiriendo que propende a la creación de un espacio público en el que el poder sea igualmente participado por todos de manera simultáneamente colectiva, y en el que la sociedad no puede ser pensada más que como una creación de sí misma. El propio autor afirma que en el derecho público norteamericano no se conoce el término legal “buena administración”, aunque la jurisprudencia y la doctrina jurídica –dice– usan un concepto similar al entender que *los procedimientos administrativos son importantes para la calidad de las decisiones*. Lo que realmente sucede, es que en el derecho público norteamericano no tiene cabida un instituto como el acto administrativo de autoridad pergeñado en el régimen francés y al que nos referimos siempre, explícita o implícitamente, en el derecho continental europeo o latinoamericano como expresión discrecional de voluntad administrativa. Ambos conceptos son incompatibles y como la buena administración se concibe en términos de derecho frente a la administración, no sale del esquema de la petición frente al ejercicio de prerrogativas públicas, una cuestión absolutamente ajena al sistema de regulación concurrencial angloamericano en el que la sociedad se autorregula a través de agencias que gestionan el derecho mediante un sistema de auténtica participación pública. Por esa razón PONCE SOLÉ llega solo hasta la propuesta de elementos como la actividad convencional, el desarrollo de las cartas de servicio, el diseño de una organización administrativa que abreve en las “agencias” para la mejora de los servicios públicos, pero siempre sin excederse del eje central del dictado final de un acto administrativo. Así, cuando se refiere expresamente a la *participación*, la vincula a la necesidad de que el procedimiento administrativo esté informado por el principio contradictorio, entendido como la posibilidad de los ciudadanos de aportar datos, de introducir sus intereses y de manifestar sus opiniones en la toma de decisiones administrativas, *a fin de que sean conocidos y ponderados por la Administración antes*

(21) PONCE SOLÉ, Juli Procedimiento administrativo, globalización y buena administración en Jurisprudencia Argentina 2008-IV, suplemento del fascículo nº10.

(22) Su apreciación relevante en el sentido de que el interés general es inmanente y no trascendente a los intereses de los ciudadanos, se pierde en dirección hacia los espacios discrecionales que debe tener la autoridad administrativa a ese fin, aunque limitada por los principios del derecho de audiencia, de acceso a la información, la obligación administrativa de motivar así como la de indicar los recursos disponibles, que surgen de la resolución del Consejo de Europa de 1977 y de la Recomendación adoptada por el Comité de Ministros en 1980, relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas. El artículo II-101 del Tratado sobre la Constitución Europea, equivalente según PONCE SOLÉ al artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconoce a las personas el derecho a una buena administración, consistente en que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable y en el que se incluye el derecho a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente, el derecho a acceder al expediente que le concierna; la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones, etc. Todas descripciones dentro del marco del sistema tradicional.

de decidir. Nada más alejado de la propuesta que encaramos en esta investigación y que propende, precisamente, a que el proceso de adopción de decisiones no desemboque en el ejercicio de un *poder de decidir* como prerrogativa pública de la autoridad administrativa (23).

Un poco más allá parece apuntar Vanice Lirio DO VALLE cuando afirma que la transparencia como vector característico del buen gobierno (*governança*), trasciende la condición de atributo del acto administrativo para convertirse en una cualidad de la actividad administrativa que no puede abdicar de la contribución de la participación social y el control. Cuando el artículo 3º de la Constitución Federal de Brasil – dice la autora – incorpora la idea de *governança*, introduce la percepción de que desde otras organizaciones humanas se puede construir un consenso ciudadano para alcanzar el bien común a través de la regulación económico social (24). También en Italia el artículo 97 de la Constitución centra en los principios de imparcialidad y de *buon andamento*, cánones jurídicos fundamentales referidos a los aspectos organizativo y funcional de la administración pública. Así lo expone Mario R. SPASIANO en *Il principio di buon andamento* considerando necesaria a los fines de una acción inspirada en ese principio, una configuración de la transparencia entendida como condición de real conocimiento de los actos y de los comportamientos de la administración pública. La relación de la transparencia con el buen andamiento (y la imparcialidad) del que constituye un lógico e indefectible corolario – dice – aparece evidente: ella desempeña una esencial función de tutela y de garantía de todos los intereses convergentes en el obrar de la administración pública; destaca que la ley de procedimiento administrativo (241/1990) impone al poder administrador estructurarse en forma dialogal a los fines de consentir la aplicación de todos aquellos institutos orientados a la *participación procedimental*; y afirma que si bien puede discutirse en orden a la individualización de más modernas formas de *participación en el procedimiento administrativo*, ningún estudioso de la disciplina puede poner en discusión la formidable capacidad de la par-

(23) Advertimos que los autores españoles no se permiten desbordar la idea central de la autotutela de la administración pública que, al decir por ejemplo de MENÉNDEZ Pablo, catedrático de la Universidad de Vigo, en el año 2003, otorga a la administración un “privilegio posicional”, al estar exenta de la carga de obtener, respectivamente, una sentencia declarativa o ejecutiva previa (en La capacidad procesal en la jurisdicción contencioso administrativa, Revista de Derecho Público Rubinzal-Culzoni Editores, “Proceso Administrativo I”, 2003-I; es interesante cotejar, una vez más en el marco de posiciones antagónicas que caracterizan hoy al derecho administrativo brindando la esperanza de un cambio reflexivo, con la sentencia del Juez en lo Contencioso Administrativo de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Luis Federico Arias, en causa Canero, Emilce Alicia c. Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 23 de mayo de 2011, en la que se declara la inconstitucionalidad del artículo 61 del decreto ley 9650/80 que autoriza al Instituto a formular y deducir de la prestación previsional, el cargo deudor por aportes no efectuados). También Jaime Rodríguez-Arana, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de La Coruña, aborda el tema del “derecho fundamental al buen gobierno”, con referencia a las normas europeas ya citadas a las que añade el artículo 103 de la Constitución Española que alude al derecho de los ciudadanos a gobiernos y administraciones adecuados, y a una implementación del poder como instrumento al servicio objetivo del interés general. Es menester – dice en El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de las instituciones públicas Ciberjure Portal Jurídico Peruano, 14 de abril de 2007- que ese poder sea abierto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo, atento a la opinión pública, dinámico y compatible...pero, apuntamos desde nuestra óptica, siempre poder y poder central no compartido. Sobre esa base, y al igual que el autor referido en el principal, afirma que el derecho al buen gobierno supone la obligación de la administración pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros, de que las instituciones públicas sean “manejadas y conducidas” por criterios de buena administración, de que los responsables públicos tengan una mentalidad abierta superando el pensamiento sistemático cerrado, todo, para que las aspiraciones de los españoles puedan hacerse realidad. El aparato administrativo – dice y esto es crucial – debe promover las condiciones para que se ejerzan los derechos, y como aspiración trascendente alude a una reforma del procedimiento administrativo con acortamiento de plazos para resolver. Es toda la reforma que se permite, permaneciendo siempre en el esquema tradicional en que se elabora su pensamiento.

(24) En Transparência e Governança: novas vertentes legitimadoras do agir do poder, Blog Direito Administrativo em Debate, director Farlei Martins Riccio de Oliveira, 20 de abril de 2010. El tránsito de información a lo largo del proceso de formación de la decisión –señala- debe ser apto para el diálogo con los destinatarios de la acción transparente, a saber: otras estructuras de poder, la sociedad organizada y la ciudadanía; aunque más adelante se refiere a la “contribución de la ciudadanía a la decisión del poder público”.

ticipación para erigirse en verdadera fuente de legitimación del poder, presupuesto indefectible de una eficaz acción administrativa (25). De tal modo, su pensamiento se extiende mas allá de la conferencia de servicios consagrada en la misma ley 241/1990 como el procedimiento participativo por excelencia (26), en cuanto alude al pleno desarrollo de la persona humana a través de la efectiva participación de los individuos en la organización política, económica y social (27).

IV. En qué consisten los nuevos procesos de adopción de decisiones

A) *Los procedimientos alternativos a que se refiere el artículo 42 de la Constitución Nacional*

El artículo 42 de la Constitución Nacional ha fijado una impronta con respecto a la participación pública en la gestión administrativa, mandando expresamente al legislador *establecer procedimientos administrativos* de distinta índole para la concreción de esa participación a la que apunta. Aunque limitado a usuarios y consumidores en su texto, la inspiración del constituyente alude a la constitución de asociaciones y a la participación de éstas en procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Agustín GORDILLO ha destacado la trascendencia de esta nueva normativa, unida a la del artículo 43 de la Constitución Nacional en cuanto consagra los derechos de incidencia colectiva, en sentido coherente con su doctrina acerca de la participación pública y el control social. En un elogio que formula a la Justicia, analizando la jurisprudencia de 1997 -en La Ley 1997-F, 1318- se ocupa muy especialmente de destacar estos avances afirmando, en lo que aquí interesa, que no tiene sentido entrar en grandes disquisiciones sobre cuán "afectada" es una persona para permitir su intervención procesal e insistiendo en que el concepto de "afectado" es el que prima en materia de legitimación y ha de ser interpretado con criterio amplio. Las salas del fuero federal en materia administrativa -dice- son ya virtualmente unánimes en reconocer la necesidad de realizar audiencias públicas antes de dictar actos de trascendencia como la renegociación de una concesión o

(25) Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico; con remisión a L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione, Nápoli, 1995; y La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostitutiva, Catanzaro, 2001, entre otras obras que cita.

(26) Esa ley general sobre procedimiento administrativo elevó a la conferencia de servicios al rango de instituto de carácter general y en su estructura actual, luego de la reforma de la ley 340 del 24 de noviembre de 2000, le dedica cuatro artículos como disciplina compleja y técnicamente sofisticada. Así lo explica Doménico D'ORSOGNA en Conferenza di servizi e amministrazione della complessità (en Nuovi problemi di Amministrazione Pubblica. Studi diretti da Franco Gaetano Scoca, 2002). Precisamente dice D'Orsogna que la jurisprudencia encuentra en la conferencia de servicios un instrumento idóneo de actuación del principio constitucional del buen funcionamiento de la administración pública, y que la doctrina administrativa advierte con claridad la exigencia de poner a la conferencia de servicios en el centro de la atención y el debate disciplinario, como una respuesta a la burocratización de los aparatos administrativos y a los problemas de legalidad y eficiencia de la administración y de la eficacia de la administración de resultados (con remisión a Scoca, para quien se trata de un instituto que puede influir sobre el comportamiento de la administración y en torno a una nueva concepción del poder como energía dirigida al logro de un resultado, en la que el procedimiento para obtener un resultado debe ser transparente y participativo). Se trata -añade D'Orsogna- de un modelo de administración concertada, un medio de actividad administrativa consensual, un módulo de armonización de la pluralidad de intereses públicos, fraccionado en una multiplicidad de centros orgánicos de imputación; y sintetiza: la conferencia de servicios rompe con el esquema tradicional de la decisión en la soledad del órgano decisor.

(27) Expone también acerca de una profunda revolución en el modo mismo de concebir la acción del poder público que, de ejercicio de actividad meramente conforme al dictado legislativo, ha pasado a responder a exigencias diferentes que se pueden definir sintéticamente, como "atención al resultado". Habla también de las consecuencias que una nueva filosofía managerial pudo producir en el contexto de la legalidad, aclarando que el resultado administrativo no constituye algo que se coloca fuera de la norma, sino que atribuye a la legalidad un significado más coherente con la efectividad de la tutela de los intereses en vista de los cuales encuentran legitimación los diversos centros de poder público. Y con remisión a Scoca: la relevancia atribuida al resultado administrativo constituye la innovación más profunda del modo de concebir jurídicamente la actividad administrativa a punto tal de modificar la manera misma de administrar.

licencia monopólica o de sus tarifas (28); y brinda especial atención al conocido caso *Youssefian* (29) que reconoce legitimación amplia para exigir a la administración la realización de una audiencia pública para considerar una eventual prórroga de la exclusividad de una licencia. Vincula especialmente las posibilidades que brindan estas normas constitucionales con el requisito de la publicidad en las contrataciones públicas exigido por el artículo III inciso 5° de la Convención Interamericana contra la corrupción, como medida preventiva de la corrupción (30).

La Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en causa *Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. INSSPJ*, y en fecha 10 de febrero de 1999, hizo lugar a la medida cautelar y suspendió un procedimiento licitatorio encarado por el Instituto demandado, hasta que se remitiera la información requerida en los autos, por aplicación del artículo 42 de la Constitución Nacional, considerando el carácter imprescindible que reviste el derecho a la información a los fines previstos por esa norma. En causa *Caplan, Ariel R. c. Ministerio de Economía* tramitada por ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8, a cargo en ese entonces de la Jueza Clara M. Do Pico (31), se hizo lugar a una medida autosatisfactiva solicitada por el representante de asociaciones de usuarios y consumidores en la Comisión de Renegociación de Contratos de Obra Pública y se ordenó al Ministerio de Economía no solo que, en forma inmediata, entregara al actor la información de la cual disponía la mencionada Comisión, sino y fundamentalmente, que permitiera su acceso sin restricciones a las reuniones de equipos técnicos efectuadas a los efectos de la negociación contractual (resolución del 16 de mayo de 2003). Es obvio que, como ya lo hemos advertido (32), el derecho de defensa del consumidor ha mostrado una faceta diferente del derecho público y ha expuesto otros modos de gestión del derecho ajenos al acto administrativo de autoridad, por lo que una nueva concepción del procedimiento administrativo deberá comprender, naturalmente, a los procedimientos alternativos que emergen del artículo 42 de la Constitución Nacional. Recordemos con Sabino Cassese citado supra, *que no hay una única estructura procedimental y que ni siquiera es posible una tipología, sino solo un catálogo de riquísima variedad*.

B) El principio de participación que "impregna" la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionada en el año 1996 proclama desde su inicio que la Ciudad *organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa* y que todos los actos de gobierno son públicos. En el enunciado del principio de igualdad ante la ley, compromete a la Ciudad *a remover los obstáculos que impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad* (artículo 11); e insistiendo en el compromiso de promover el desarrollo humano y económico equilibrado, crea

(28) Cita, entre otras, Sala III Adelco, La Ley 1997-C-836; Defensor del Pueblo del 31-3-97.

(29) *Youssefian*, Martín c. Estado Nacional-Secretaría de Comunicaciones, CNCA Fed., Sala IV, sentencia del 6 de noviembre de 1997

(30) Siempre remitimos a su trabajo *Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la corrupción*, La Ley 1997-E, 1091, entre muchísimos otros cuya lectura es altamente ilustrativa en el tema que estamos abordando; por ejemplo, los citados en la nota 36 del artículo sobre el elogio de la Justicia en La Ley 1997-F, 1318. Sólo por ejemplo.

(31) Es excelente el comentario que hacen a esta sentencia RODRIGUEZ PRADO Julieta y ZAYAT, Valeria en el Suplemento Administrativo de la Revista La Ley, bajo el título El derecho de la información: herramienta imprescindible para una efectiva participación de los usuarios, en el que efectúan un análisis crítico del decreto del PEN 311/03 porque reemplaza a la Comisión de Renegociación por una unidad de renegociación y análisis de contratos de servicios públicos, presidida por los Ministros de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, sin contemplar dentro de este nuevo ámbito, la participación de un representante permanente de los usuarios, a lo que suman que el Defensor del Pueblo ha renunciado a participar en la comisión, en fecha 7 de julio del 2002, por las conductas desarrolladas por el gobierno.

(32) También en D'ARGENIO, Inés El servicio público en el marco del derecho del consumo, en la obra colectiva *Manual del derecho del consumidor*, coordinador y coautor RUSCONI, Dante, Abeledo Perrot, 2009.

el Consejo de Planeamiento Estratégico, integrado por instituciones y organizaciones sociales representativas del trabajo, la producción, religiosas, culturales, etc. con obligación *de articular su interacción con la sociedad, a fin de proponer periódicamente planes estratégicos consensuados que ofrezcan fundamentos para las políticas de Estado, expresando los denominadores comunes del conjunto de la sociedad* (artículos 18 y 19). Al ordenar a la Legislatura el dictado de una ley básica de salud, le fija como lineamiento *promover la descentralización en la gestión estatal de la salud y la participación de la población*, creando el Consejo General de Salud con representación estatal y de la comunidad (artículo 21 inciso 9). Toda persona –estatuye en el artículo 26 in fine– tiene derecho, a su solo pedido, a *recibir libremente información* sobre el impacto que causan o pueden causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas; y en el artículo 31 promueve, en materia de vivienda, los planes autorregulados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterio de radicación definitiva. Crea el Consejo Económico y Social integrado por asociaciones sindicales de trabajadores, organizaciones empresariales, colegios profesionales y otras instituciones representativas de la vida económica y social; asegura el acceso a la información transparente a usuarios y consumidores e instituye un Ente Único Regulador de los Servicios Públicos que deberá promover mecanismos de participación de usuarios y consumidores (artículos 45 y 46; y artículos 138 y 139). Establece el carácter participativo del presupuesto señalando que la ley debe fijar los procedimientos de consulta sobre las prioridades de asignación de recursos (artículo 52) y añadiendo que los *sistemas de administración financiera y gestión de gobierno de la Ciudad deben propender a la descentralización de la ejecución presupuestaria y a la mayor transparencia y eficacia en la gestión*.

Sin perjuicio de otras disposiciones alusivas a la participación política a las que no referimos en esta investigación, en el título sexto del libro segundo crea las *Comunas* como *unidades de gestión administrativa con competencia territorial*, que ejercen en forma concurrente con el gobierno de la Ciudad, la fiscalización y control del cumplimiento de las normas sobre uso de espacios públicos y suelo; la decisión y ejecución de obras públicas y prestación de servicios públicos; la evaluación de demandas y necesidades sociales, la *participación* en la formulación o ejecución de programas; la *participación* en la planificación y el control de los servicios; la gestión de actividades en materia de políticas sociales y proyectos comunitarios; la implementación de un adecuado método de resolución de conflictos mediante el sistema de mediación, con participación de equipos multidisciplinarios (artículos 127 y 128). Cada comuna tiene un órgano de gobierno colegiado electivo y cada comuna debe a su vez crear un organismo consultivo (33) y honorario – integrado por representantes de entidades vecinales no gubernamentales, redes y otras formas de organización - de *deliberación*, asesoramiento, canalización de demandas, elaboración de propuestas, definición de prioridades presupuestarias y de obras públicas y *seguimiento de la gestión* (artículo 131). Al mencionar las atribuciones de la Legislatura de la Ciudad, perfecciona el alcance de la inserción social previsto en estas instituciones al decir que reglamenta el funcionamiento de las comunas, de los consejos comunitarios y la *participación vecinal en todos sus ámbitos y niveles* (artículo 80 inciso 3).

Los principios consagrados en esta estructura institucional han conducido la elaboración de una doctrina judicial en el fuero de la Ciudad a la que continuamente hacemos referencia en comentarios de sentencias o en ensayos integrales sobre la nueva justicia administrativa, con el elogio que

(33) La insistencia en la utilización de la expresión “consultivo” distorsiona el verdadero rol de la inserción social en el proceso de adopción de decisiones, intensificando reminiscencias de autoritarismo en los procesos de adopción de decisiones, en cuanto parece preservar el poder de decidir. En la misma línea, SCHEIBLER, citado en la nota siguiente, considera que no resulta compatible con el espíritu que abraza el estatuto porteño interpretar que el término “consulta” – utilizado en el artículo 52 - necesariamente implica una opinión no vinculante, y brega porque el legislador, al fijar los procedimientos sobre las prioridades de asignación de recursos, otorgue a la participación pública carácter vinculante. Exhibe como anticipo en tal sentido las disposiciones de la Ley de Sistemas de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad (Ley n° 70) que genera espacios públicos como “foros temáticos y zonales”, poniendo el énfasis en que la participación incluye expresamente el posterior seguimiento de la ejecución del presupuesto.

merece por su innovación en el diseño de una función administrativa con participación social y exigencia de resultados, especialmente en materia social. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires - ha dicho la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por su Sala II - constituye una pieza jurídica que se distingue en el universo federal de la República por definir a las instituciones de la Ciudad, en su artículo 1º, como una democracia participativa. Consecuentemente con ello -continúa (34)- la Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que impidan la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad (artículo 11 de la Constitución); y sobre tales bases, alude expresamente a *un principio de participación que impregna todo el articulado de la Constitución local*.

Al comentar precisamente esta sentencia dictada en causa Desplats, Gustavo M. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, del 6 de abril de 2004 - en el Suplemento Administrativo La Ley - Guillermo M. SCHEIBLER titula su aporte como *Presupuesto participativo: una redefinición de la relación administración - sociedad civil*. Y dice entonces que el presupuesto participativo implica una importante transferencia de ejercicio de función administrativa a una esfera pública no estatal, constituida por un complejo entramado de asambleas barriales, comisiones temáticas y consejo del presupuesto participativo, en el que el ciudadano no actúa en forma individual por afuera de la administración, sino que interactúa con ella en órganos que le son externos. No se trata de la cesión del ejercicio de función administrativa a personas públicas no estatales - insiste el autor - o inclusive a personas jurídicas del ámbito privado, sino de su ejercicio por parte de algo más inasible y dinámico: *la propia sociedad civil auto-organizada*. La presencia del mundo griego propuesta por CASTORIADIS se introduce en nuestro pensamiento sin necesidad de que su cita expresa lo ponga en evidencia. El presupuesto participativo -dice la sentencia de Cámara en el párrafo undécimo del considerando séptimo- *presupone la existencia de un nuevo tipo de ciudadano, activo, participante, crítico, que se diferencia del ciudadano tradicional, aquél que solo se afirma mediante demandas aisladas o que apenas ejerce su ciudadanía en ocasión del voto o por medio de revueltas aisladas e impotentes (35)*.

(34) En Desplats, Gustavo M. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, del 6 de abril de 2004 con expresa remisión a Comercio de Maderas S.A. y Denali S.A. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, del 8 de noviembre de 2001. La misma Sala revocó la sentencia que había rechazado una acción de amparo incoada por una asociación civil con el fin de obtener el acceso a la totalidad de las declaraciones juradas de los legisladores que integran la Legislatura de la Ciudad, considerando que no basta anteponer el criterio de defensa de la intimidad de los funcionarios, por sobre el claro mandato de la ley 104 de la Ciudad, de hacer público el contenido de aquellas manifestaciones juradas patrimoniales (en causa Campos Ríos, Maximiliano c. Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, sentencia del 9 de setiembre de 2005; en la publicación de La Ley se remite a Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº5, causa Fundación Poder Ciudadano c. Cámara de Senadores de la Nación, 22 de noviembre de 2001). La misma Sala II de la Cámara del fuero de la Ciudad se expidió en similar sentido en causa Halfon Samuel contra Procuración General de la Ciudad, en la que se pretendía información sobre listado de inmuebles y automóviles que se encuentren comprendidos en las previsiones de la ley 52 y sobre sucesiones vacantes, recordando que el Tribunal ya ha señalado - en autos ACIJ c.GCBA, del 23 de octubre de 2007 - que el principio constitucional que rige en la materia establece que la publicidad de los actos de gobierno y el acceso a la información en manos del Estado constituye la regla y un estándar básico de transparencia institucional, directiva ésta que deriva también de normas supranacionales; y que el manejo de fondos públicos exige que todo ciudadano pueda tomar conocimiento del modo en que se ejecuta la norma en cada caso concreto, de forma de permitir un control de la sociedad a la gestión de las finanzas públicas (sentencia del 14 de abril de 2009; la misma Sala se había pronunciado con anterioridad en Barcala, Roberto c. Policía Federal Argentina, del 26 de setiembre de 2002 considerando procedente una acción de amparo deducida para vencer la negativa gubernamental a informar sobre sus actos - en el caso, situación de los inmuebles de su dominio público y privado -). La Cámara en lo Contencioso Administrativo de San Martín, Provincia de Buenos Aires, se expidió en sentido similar en Galinelli, Patricia y otros c. Municipalidad de Lincoln, el 24 de noviembre de 2005, al decidir que los vecinos y concejales de un municipio poseen legitimación para promover una acción de amparo con el fin de que el departamento ejecutivo brinde información sobre el estado de ejecución del presupuesto de gastos

(35) Con cita de GENRO, Tarso El presupuesto participativo y la democracia en Genro, Tarso y De Souza, Uribatan Presupuesto participativo. La experiencia de Porto Alegre Eudeba, Buenos Aires, 1998. Como juez a cargo del

En lo que a nuestras reflexiones críticas concierne especialmente, debe señalarse que la legislación que abordó la regulación del procedimiento administrativo en la Ciudad de Buenos Aires no guardó coherencia con tan magna institución. La Constitución impregnada del principio de participación ciudadana no fue considerada por el legislador a la hora de configurar procedimientos administrativos adecuados para la concreción de ese mandato. Por el contrario, como se ha hecho en todas las jurisdicciones al hablar de *procedimiento administrativo*, las normativas vigentes o en vías de modificación se refieren solo al procedimiento administrativo pergeñado para la emanación de un acto administrativo de autoridad: siempre el *poder de decisión* que anula toda posibilidad de presencia de una sociedad auto-instituida. La Ley de Procedimientos Administrativos vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siguiendo en su articulado a todas las legislaciones vigentes sobre el tema en las restantes jurisdicciones, otorga firmeza a la declaración unilateral de voluntad de la administración pública por el mero transcurso de plazos que se imponen para su cuestionamiento. En contra de toda la normativa constitucional referida, impide de tal modo la participación pública en la gestión, priorizando la permanencia - por siempre - de actos administrativos viciados de ilegitimidad a los que dota de indemnidad a pesar de sus vicios. No otra cosa resulta del artículo 94 de la Ley de Procedimientos Administrativos que fue declarado inconstitucional por la Sala II de la Cámara del fuero. La armónica interpretación de las normas constitucionales -dijo en sentencia dictada en causa Frávega S.A. c. Ciudad de Buenos Aires del 28 de diciembre de 2006- impide en modo claro y terminante aceptar la existencia de una suerte de "zona franca" en cabeza de la administración, de una suerte de "blindaje" que pudiera otorgarse a sus decisiones unilaterales de voluntad, consagrando de hecho, en tales casos, la facultad de la administración de resolver una controversia con fuerza de verdad legal, como si se tratara de una sentencia judicial emergente de la realización plena del principio constitucional del debido proceso.

Es inexplicable que frente a la profunda modificación que significó la instalación de la Ciudad a través de una Constitución que tiende al desarrollo de la sociedad mediante mecanismos que permitan su inserción en la gestión administrativa (36), no se encuentre otro camino a la hora de prever procedimientos administrativos adecuados para esa gestión, que el del procedimiento administrativo tradicional estructurado en función del dictado de un acto final que implica la manifestación de un poder recoleto.

C) El sistema de agencias norteamericanas distorsionado en su traslado irreflexivo a nuestro ordenamiento jurídico

La revisión del concepto de procedimiento administrativo que se propone en esta investigación, no puede estar ausente a partir del momento en que se encara desde el poder público, el trasla-

Juzgado N° 13 del fuero de la Ciudad, Guillermo Scheibler dictó sentencia en la causa Parpagnoli, Máximo y otros c. Gobierno de la Ciudad, en fecha 18 de junio de 2009, haciendo lugar a una medida cautelar dirigida a impedir que entraran en vigencia decisiones adoptadas por el Ente Autárquico Teatro Colón sin que ese órgano estuviese integrado por el Director Vocal representante de los trabajadores. Comentamos esa sentencia en el Suplemento Administrativo de La Ley, bajo el título Un modelo de gestión administrativa caracterizado por la transferencia de poder hacia la ciudadanía, señalando entonces que la filosofía general que la sustenta es magnífica y que la resolución es sistemática en cuanto parte, para decidir, del principio de democracia participativa sobre cuya base han sido organizadas las instituciones de la Ciudad, consagrando un modelo de gestión de lo público que debe caracterizarse por estar signado por el diálogo, el consenso y la transferencia de poder hacia la ciudadanía.

(36) En un homenaje al profesor Agustín GORDILLO organizado por la Legislatura porteña en el mes de diciembre de 2010, tuve el honor de ser una de los expositores expresando entonces, y me parece procedente reiterarlo aquí, que en la Constitución de la Ciudad plasma el esfuerzo de su obra desarrollada desde mucho tiempo antes de la sanción de ella, en cuanto proclamó siempre la búsqueda colectiva de los consensos sociales necesarios a una sociedad madura. Por tal razón, lo comparé con el Kublai Kan de Italo Calvino - en Las ciudades invisibles - a quien Marco Polo describía las ciudades que había conocido, hasta que un día el Kan lo interrumpió en su narración resolviendo partir por cuenta propia y, desmontada la ciudad parte por parte, reconstruirla de otro modo: de una ciudad - dijo entonces a Marco Polo - no disfrutas las siete o las setenta maravillas, sino la respuesta que da a una pregunta tuya. Destaqué de tal modo, el método de interrogación permanente que utiliza GORDILLO en sus indagaciones vinculado claramente a los postulados de CASTORIADIS con que iniciamos este trabajo.

do a nuestro ordenamiento jurídico de sistemas de autorregulación de la sociedad del sistema angloamericano. El desconocimiento profundo en nuestro ámbito de la verdadera naturaleza de la gestión que realizan las “agencias” y de los procedimientos administrativos que desarrollan a tal fin, conduce a la distorsión que implica presentar a diversos organismos que toman de ellas solo su denominación, como sistemas novedosos para abordar una mejor manera de administrar el país.

La “manera más conveniente de administrar” fue propuesta por la titular del Poder Ejecutivo Nacional, al informar a la población por los medios de comunicación, su decisión de crear un Consejo Económico Monetario para la articulación de las políticas económicas (37), instituido por resolución presidencial e integrado por el presidente del Banco Central y el Ministerio de Economía. El juicio de mayor conveniencia se emanó con auxilio de la expresión “porque así lo hacen en todos lados”, en referencia a las agencias reguladoras independientes a cuyo sistema ya había dicho adherir al pronunciarse en una reunión del G-20 celebrada en Londres el 2 de abril de 2009 (38). El Consejo Económico Monetario se creó en definitiva como Consejo para la Coordinación de las Políticas Monetarias, Cambiarias y Financieras, compuesto por el Ministro y el Viceministro de Economía, el Presidente y el Vicepresidente del Banco Central, el Secretario de Finanzas y un director del ente monetario. Ninguna inserción social figura en su funcionamiento ni, por ende, ningún procedimiento administrativo especial para canalizar esa participación pública, por lo que la idea de considerarlo como un ente propio del sistema concurrential (39) es absolutamente descabellada. Y su carácter *consultivo* -agravado por su integración con funcionarios ubicados en la escala burocrática jerárquica del poder central- deja librado a la *decisión del Poder Ejecutivo* la adopción de las políticas a que se refiere, por lo que tampoco disciplina una modalidad diferente del ejercicio del poder basado en el consenso de distintas administraciones públicas, como las previstas, por ejemplo, en la nueva organización administrativa italiana a que ya nos hemos referido, en la que se diseñan mecanismos para la superación del disenso poniendo el acento en la obtención de resultados (40).

En agosto de 2010 se decidió desde el Poder Ejecutivo Nacional cerrar la Agencia Nacional de Desarrollo de Inversiones, creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 1225 del año 2006 para “apoyar el posicionamiento de la República Argentina como plaza de alto atractivo para la inversión nacional y extranjera”. El gobierno y administración de la Agencia estaba a cargo de un directorio compuesto por un presidente y dos vocales, designados todos por el Poder Ejecutivo Nacional, sin perjuicio de la presencia de un “consejo consultivo” cuyos miembros eran nombrados por el mismo Directorio. Su cierre resulta de la propia inoperancia de un organismo instalado en el seno de una burocracia centralizada, aunque así no se haya reconocido expresamente en el acto que dispuso su extinción.

También en agosto de 2010 se anunció la creación de un “consejo consultivo” en el marco de un proyecto de ley para declarar el papel de diario un insumo de interés público, es decir, a efectos de su regulación. A fines de ese mismo mes, el proyecto fue enviado a la Cámara de Diputados, confiriendo al Poder Ejecutivo la atribución para elaborar un marco regulatorio –cuyos alcances no se precisan– *para la fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa y de papel para diarios*.

Un autor brasileño a quien ya hemos hecho referencia califica a las “agencias reguladoras” instaladas en América Latina como “simulacros abastardados” respecto de sus instituciones de origen

(37) Entre otros, diario La Nación del 4 de febrero de 2010 “Crean un Consejo para coordinar las políticas”, página 6.

(38) Diario La Nación, jueves 2 de abril de 2009, sobre la cumbre en Londres, página 4.

(39) Para una acabada comprensión de este sistema siempre remitimos a COHEN TANUGI, Laurent *Le droit sans l'Etat*, segunda edición PUF, Paris, 1985; en la Introducción a la tercera edición, de 1986, insiste en que la exigencia americana del Estado de Derecho extiende la empresa de las regulaciones jurídicas a la sociedad civil y a la interacción Estado-sociedad.

(40) D'ORSOGNA, Domenico, en la obra ya citada.

(41). Precisamente, llama nuestra atención la toma de conciencia de las diferencias de sistemas por parte de los autores de derecho administrativo en Brasil, en comparación con lo que ocurre en Argentina. Desde Gerardo ATALIBA en los finales de 1960 –destacado por Agustín GORDILLO desde hace años entre las fuentes de inspiración de su obra– calificado por ellos como “persona inspiradora”(42), se han ocupado especialmente de cuestiones novedosas vinculadas a la participación y deliberación (43), proponiendo incluso en publicaciones periodísticas, debates sobre los límites para la actuación del gobierno en las agencias reguladoras (44), y una profunda discusión en el ámbito del derecho administrativo que implica la adaptación del sistema de agencias en el principio tripartito de división de poderes y de equilibrio entre los poderes estatales (45). También con relación al derecho urbanístico y el espacio público, ponen especial interés en la concreción de reformas legislativas o político institucionales para definir un marco regulatorio de democratización

(41) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo en *Direito regulatorio y Quatro paradigmas... ya citados*.

(42) Señala Carlos Ari SUNFELD en el Blog ya citado el 29 de octubre de 2010 Gerardo Ataliba: o entusiasta do directo público – que la producción escrita de Ataliba fue relativamente discreta y que su influencia provino más de su aptitud personal de seducir e inspirar, en cursos, seminarios y congresos que organizó y frecuentó incansablemente en toda su carrera; mucha gente – dice – no gustaba de Ataliba, con o sin razón; podía ser bien ríspido, ultrapasaba límites...hacía enemigos; un líder presente, juntaba grandes figuras con novatos, creaba polémica.

(43) Farlei Martins RICCIO DE OLIVEIRA cita a Moreira Neto, Denise Vitale, Vera Coelho y Marcos Nobre entre otros, en una publicación en el Blog del 4 de setiembre de 2008, referido a democracia y participación. El 10 de octubre de 2009, en el mismo Blog – recordemos que se refiere al “Derecho administrativo en debate” -, se publica el comentario a una obra de Giorgio Agamben *Signatura rerum*, en la que se coloca en lugar central el concepto de paradigma desarrollado por Thomas Kuhn, aportando que se trata de formas de conocimiento que no son ni inductivas ni deductivas, sino analógicas, cuyo objetivo no es devenir hipótesis sobre la modernidad a la caza de una causa, sino volver inteligibles fenómenos cuyo parentesco escapa al historiador. Y en 15 de agosto de 2009, una opinión sobre la entrevista con el sociólogo Zygmunt Bauman quien propone el concepto de “modernidad líquida” para definir el presente, en lugar del término post modernidad, y la define como un momento en que la sociabilidad humana experimenta una transformación, una metamorfosis del ciudadano, sujeto de derecho, en individuo en busca de afirmación en el espacio social. También el Blog cuenta con remisiones constantes a la obra de Jürgen Habermas y su propuesta de “domesticar al Leviatán”, por ejemplo, el 29 de junio de 2009 Jessé Souza analiza uno de los conceptos claves del pensamiento de Habermas, el de la “esfera pública”, y describe la centralidad de este concepto para el debate en el Brasil de hoy. Un año antes, en junio de 2008, el Blog publica un reportaje de Folha de Sao Paulo en el que Habermas dice, entre otras muchas cosas, que, cuando hablamos de política estamos hablando de acción de gobiernos que heredaron una autoconcepción como actores colectivos que deciden de forma soberana; más esa concepción del Leviatán – continúa – que desde el siglo XVII se desenvuelve junto con el sistema de Estados europeos, hoy ya no es más vigorosa.

(44) Por ejemplo un editorial de Folha de Sao Paulo del 15 de junio de 2008, con debate de especialistas en la misma edición: Ronaldo Fiani, de Río de Janeiro, critica la convicción generalizada de que las agencias reguladoras no deben sufrir presiones; mientras que para Paulo César Coutinho, de Brasilia, uno de los mayores problemas para la vigencia de ese sistema es, justamente, la ingerencia del Poder Ejecutivo: la independencia de las agencias – dice – va contra la manera centralizada con que el partido de Lula gerencia el Estado. Es obvio que el tema está presente. En el mismo Blog del 16 de junio de 2008 se transcribe la magnífica expresión de Moreira Neto a la que hemos referido: La falsa independencia – dice – consiste en subordinar políticamente a las agencias reguladoras, sea de derecho o de hecho, resultando una creación de simulacros abastardados del instituto que apenas sirven a la administración pública que pierde eficiencia y a la ciudadanía que pierde en garantías. Y en fecha 10 de mayo de 2009, un comentario del mismo autor que dice: para que se institucionalice y gocemos permanentemente de una democracia sustantiva, la cuestión no se limita a la elección de quien nos debe gobernar sino a la elección de cómo queremos ser gobernados. En coincidencia, el Procurador General de la República Antonio F. B. Silva de Souza, funda una presentación ante el Supremo Tribunal Federal, en mayo de 2008, en defensa de la participación ciudadana diciendo: Como sabemos, en una República Democrática, ni la ciudadanía ni los derechos políticos se resumen a votar y ser votado. Incluyen también la participación activa de los ciudadanos en el debido proceso político, peticionando a los poderes públicos, haciendo sus sugerencias, postulando lo que es de derecho, cuestionando las decisiones proferidas y, en fin, actuando plenamente en la civitas.

(45) Sérgio GUERRA, en Blog del 28 de diciembre de 2009 sobre los límites de la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria en su poder de policía.

de las formas de acceso planificado al suelo urbano, oportunidad en la que destacan la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, en la causa Amigos de la Estación Coghlan ya citada, como exponente de la defensa del principio de participación popular para la protección de la legalidad urbanística (46).

Por el contrario, en nuestro país, y retomando las reflexiones iniciales de este acápite, los intentos legislativos serios por abordar sistemas de gestión diferentes, inspirados en las agencias, ni siquiera han logrado que los organismos respectivos se constituyan como tales. La justicia federal ha tomado recientemente cartas en este asunto, censurando severamente la omisión y mandando constituir el organismo creado por la ley de defensa de la competencia así como distintos entes regulatorios de servicios públicos tal y como los prevé la ley aplicable (47), sin resultados efectivos a la vista. Si se ignora la integración misma del ente, no podemos aspirar a que se consideren procedimientos administrativos adecuados a esa forma de gestión.

Todo ello, en violación a la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, suscripta por nuestro país en la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado celebrada en Lisboa, Portugal, en junio de 2008, que manda recrear el vínculo de confianza de las administraciones con los ciudadanos, facilitando la información, la comunicación y la participación, entendiéndose por participación ciudadana en la gestión pública *el proceso de construcción social de las políticas públicas*. Entre los principios consagrados en el artículo 10 se destaca aquí el de *institucionalización* porque manda a los poderes públicos promover los

(46) RICCIO DE OLIVEIRA, Farlei Martins, sobre derecho urbanístico y espacio público, en el Blog, 14 de marzo de 2008.

(47) La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, por su Sala A, anuló la resolución dictada por el Secretario de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en virtud de la cual se subordinó la autorización de transacciones celebradas entre empresas de telecomunicaciones al cumplimiento de condiciones en el marco de la ley de defensa de la competencia. Dijo la Cámara, en sentencia del 1 de febrero de 2010 en causa Pirelli & CSPA y otros, que la ley de defensa de la competencia 25.156 fue dictada por el Congreso de la Nación en agosto de 1999 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 16 de setiembre de ese año, reemplazando a la ley 22.262 sancionada en agosto de 1980. Del cotejo de ambas normas cobra importancia, para la Cámara, la sustitución de la anterior Comisión de Defensa de la Competencia creada por ley 22.262, por un Tribunal totalmente independiente del poder político, en especial del Poder Ejecutivo, como se señala en el debate parlamentario de la nueva ley; y sobre tal base, la sentencia afirma que constituye un verdadero escándalo jurídico que la ley 25.156 dictada hace más de diez años, se encuentre incumplida por la demora del Poder Ejecutivo en proceder a la designación que le fue encomendada expresamente, mandándole integrar el organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la ley de defensa de la competencia. También la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Clara M. Do Pico condenó 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 de la actividad del gas natural - como su decreto reglamentario 1738/92 determinan que los integrantes del directorio del Enargas deben seleccionarse entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia con comunicación previa a una comisión del Poder Legislativo nacional (en causa Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria c/Estado Nacional, 14 de agosto de 2009). La Cámara Federal del mismo fuero contencioso administrativo se expidió también en causa Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c. Estado Nacional, por su Sala V, en fecha 10 de setiembre de 2009, ordenando 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 Electricidad sean designados de la manera establecida en la ley 24.065 y su reglamentación. Comentamos ambas sentencias en D'ARGENIO, Inés A. La manera más conveniente de administrar el país II en Suplemento Administrativo La Ley, Director Agustín GORDILLO, del 6 de mayo de 2010. La misma Cámara, por su Sala III, también había resuelto en fecha 16 de abril de 2007 ordenar a la Comisión de Defensa de la Competencia que se abstuviera de dictar medidas cautelares en las actuaciones administrativas en que tramitaba una operación de concentración económica, en la inteligencia de que la facultad específica atribuida por el art. 35 de la ley 25.156 al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia no fue delegada, transferida o asignada al órgano de aplicación existente hasta la puesta en marcha de dicho Tribunal (en causa Multicanal S.A. y otra v. Conadeco, reseñada en J.A. 2007- III).

mecanismos de participación informal y espontánea que hagan posible el ejercicio del derecho de inserción en la gestión pública, respetando la existencia de espacios públicos. Es decir que manda regular procedimientos alternativos al procedimiento tradicional para esos nuevos objetivos que consagra. Para garantizar la participación manda a las administraciones públicas propiciar *la gestión transparente de intereses a instancias de colectivos ciudadanos* (artículo 22 inciso g) y obliga a los Estados firmantes *a desarrollar medios de participación que posibiliten la incidencia ciudadana en las políticas públicas y que den poder a la sociedad, sea a través de la información, la comunicación, la consulta, la deliberación o la participación en la toma de decisiones* (artículo 27). Considera a la participación un proceso de doble vía que requiere como condición tanto que los órganos públicos sean receptivos a las propuestas de la sociedad, como que los ciudadanos y los colectivos sociales que ellos integran conozcan, dialoguen, deliberen e incidan sobre las competencias de las instituciones estatales (artículo 30); y manda institucionalizar *la toma de decisiones mediante formas deliberativas, desarrollar la rendición de cuentas a la ciudadanía como un proceso permanente, promover decisiones de la comunidad sobre inversiones públicas, facilitar la participación de sectores socialmente excluidos*.

He aquí un precioso material, impuesto por el ordenamiento jurídico positivo por sobre toda opinión doctrinaria que pretendamos, para desarrollar ideas originales en punto a la concepción de nuevos procedimientos administrativos. El sistema administrativo autoritario ha fracasado inexorablemente en la gestión del derecho porque nunca estuvo previsto para ese fin sino para imponer subordinación. El derecho administrativo se olvidó de la gestión del derecho que es su único cometido. Fracaso con sus métodos autoritarios en el objetivo de vigencia plena de la ley y arrastró en ese fracaso a todos los procedimientos administrativo propios del sistema autoritario, único concebido como idóneo al efecto. Ahora es necesario desarrollar un nuevo procedimiento administrativo idóneo para la participación social, que tienda a asegurar la información y la transparencia que van unidas a esa participación y permita la autorregulación de la sociedad si es que efectivamente se quiere instituir el sistema de agencias reguladoras, sin perder de vista, en tal caso, que estas nacieron y se desarrollan con un cometido específico de gestión del derecho ajeno por completo al sistema administrativo autoritario.

Régimen legal de aguas subterráneas. Una aproximación a la problemática del Acuífero Guaraní

POR **DIEGO DE ROSA** (*)

Sumario: I) Introducción. Importancia del tema. — II) Tratamiento del agua en el Código Civil. — III) Clasificación dominial de las Aguas en el Código Civil Argentino. — IV) Concepto origen y calificación de las aguas subterráneas. — V) Importancia del agua subterránea a nivel mundial y en Argentina. — VI) El agua subterránea en el Código Civil. — VII) Tratamiento del Agua en la Constitución Nacional y legislación federal. — VIII) Sistema del Acuífero Guaraní (SAG). — IX) El interés estratégico y político internacional en torno al SAG. X) Las aguas subterráneas a nivel internacional. — XI) Recientes resoluciones sobre acuíferos transfronterizos adoptadas a nivel internacional. — XII) Problemática en torno al SAG. — XIII) Conclusiones. — XIV) Bibliografía.

Resumen

El agua dulce y el acceso a la misma en los últimos tiempos fue cobrando cada vez mayor importancia, tanto en planos nacionales como internacionales, no sólo para la salud básica y supervivencia del hombre, sino también para la producción de alimentos y actividades económicas. Ella y su sana calidad es necesaria, a su vez, para la subsistencia y desarrollo de los ecosistemas. Los acuíferos subterráneos almacenan hasta el 98% de las fuentes de agua dulce fácilmente accesibles. He allí una de las motivaciones más importantes de este trabajo. Ello nos lleva a hacer este breve repaso y aproximación en torno a la ubicación, definición, clasificación y tratamiento legal de las aguas subterráneas en la legislación civil y federal nacional, estableciendo ciertos contrastes bajo el paradigma de la protección ambiental del agua. Por último se deja planteada la problemática alrededor del Sistema del Acuífero Guaraní - representante de una de las mayores reservas acuíferas del mundo- a la luz de las normas del Derecho Internacional.

Palabras claves: aguas subterráneas - sistema acuífero - Guaraní

Le Régime juridique des Meaux souterraines. Une approche de l'Aquifere Guaraní

Résumé

Dans ce derniers temps l'eau douce et son accès ont était de plus en plus important, tant au niveau national et international, non seulement en ce qui Touche aux activités économiques. En outré, elles sont nécessaires à la subsistance et développement des écosystèmes. Les eaux souterraines constituent le 98% des sources d'eau douce, dont l'accès est facile et dont nous disposons dans la planète. Voice l'une des motivations les plus importantes de ce travail. Cela nous amène à faire de un bref examen et approximation autour l'emplacement, la définition, classification et traitement juridique des eaux souterraines dans la législation fédérale nationale. Il est donc nécessaire d'établir des contrastes sou le paradigme de la protection environnemental de l'eau. En fin il se met en question la problématique autour du Système Aquifere Guaraní -qui represente l'une des la réserves souterraine les plus grandes au monde- à la lumiere des règles du droit international.

Mots-clés: eaux souterraines - système aquifère- Guaraní

(*) Profesor Interino Adjunto de Derecho Civil IV, Cátedra II. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

I) Introducción. Importancia del tema

El agua dulce resulta ser un recurso esencial y trascendental para todo tipo de vida en nuestro planeta, no sólo para la salud básica y supervivencia del hombre, sino también para la producción de alimentos y actividades económicas. Ella es necesaria, a su vez, para la subsistencia y desarrollo de los ecosistemas.

Para calcular en forma general la cantidad de agua a nivel mundial, inicialmente debe tenerse en cuenta que aproximadamente las masas continentales ocupan sólo el 30% de la superficie terrestre, siendo que el 70% restante es ocupada por agua. Pero de tal porcentaje solo un 2% se encuentra estimado que se trata de agua dulce, siendo el 98% restante agua salada. De este 2% de agua dulce existente, solo puede disponerse del 13%, el resto se ha estimado que se encuentra atrapada en mantos de hielo y glaciares, residiendo allí aproximadamente el 87% restante. En similares términos y ahondando en el análisis, los casquetes de hielo y glaciares contienen el 74 % de agua dulce del mundo. La mayor parte del resto se encuentra en las profundidades de la tierra o encapsulada en la tierra en forma de humedad. Sólo el 0,5% del agua dulce del mundo se encuentra en los ríos y lagos. Los acuíferos subterráneos almacenan hasta el 98% de las fuentes de agua dulce accesibles. Proporcionan, a su vez, el 50% del agua potable en el mundo, el 40% de esas aguas es utilizada para la industria y otro 20% para la agricultura.

Teniendo en cuenta tales cifras y considerando al agua apta para la vida humana como bien escaso (1), cabe poner de resalto en estas palabras iniciales, que tan importante ha sido la toma de conciencia en su escasez, como la dificultad en algunos sectores del planeta a su acceso, sumado a ello el problema de la contaminación, intoxicación humana directa o indirecta (2), y transmisión de enfermedades a través de tal líquido vital; que recientemente y luego de un largo y reñido debate, se la ha reconocido y consagrado internacionalmente elevándola a la categoría de “derecho humano de acceso al agua potable y a la sanidad”(3).

Pasando a un plano nacional, es notable observar como, poco a poco, acontecimientos de la realidad, condujeron a que paulatinamente cada vez fuera adquiriéndose mayor conciencia de tal situación, ya sea a través de la creación de nuevos organismos de control, y/o adoptándose medidas de índole legislativa y judicial en torno a la protección de tal bien. Un importante aporte en tal sentido lo ha realizado la novel rama jurídica constituida por el “Derecho Ambiental”.

A su vez, es destacable observar cómo la legislación y la doctrina, apartándose de concepciones tradicionales, comenzó a ocuparse del agua ya no sólo desde su punto de vista físico líquido, sino también abriendo sendero en el abordaje a su tratamiento desde su estado físico sólido y gaseoso (Marienhoff, 1966:45-48) (4).

II) Tratamiento del agua en el Código Civil

Preliminarmente y en forma general cabe referir que no puede negarse al agua su carácter de “cosa”, en los términos del art. 2311 del C. C., por tratarse de un “objeto material susceptible de tener un valor”.

(1) Aunque para determinados autores, como el español Pedro Arrojo, el problema no se trata de la “escasez” sino la mala gestión de los recursos disponibles, quien a su vez afirma ironizando que hay tanta agua en el planeta que en vez de llamarse “Tierra”, debería llamarse “Agua”. Ver Revista Noticias, “La verdad sobre el agua”, 14/4/2007, Pág. 82.

(2) Ya sea intoxicación directa por medio de la ingesta de aguas contaminadas; o indirecta a través de químicos (arsénico, plomo, etc.) acumulados a lo largo del consumo de productos ingeridos, los cuales se van tornando potencialmente tóxicos a lo largo de la cadena alimenticia.

(3) Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, plenario 64, reunión n° 198 del 28/7/2010, ver publicación de Valls, Mario, www.eldial.com, suplemento de Derecho Ambiental y trabajos por él recomendados.

(4) Ver también vgr. Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires, ley 12.257, en cuyo título V (arts. 90 a 92) incluye normas sobre agua atmosférica.

A su vez, dentro de la clasificación de las cosas vemos que la misma puede aparecer, en un primer lugar, tanto como cosa inmueble o mueble (5). Como inmueble puede serlo, por su naturaleza -como más adelante se analizará con detenimiento al hablar del art. 2314 C.C.-, y por accesión. En cuanto a esta última refiere el art. 2315 C.C., que quedan allí comprendidos supuestos tales como las aguas que corren por acueductos, canales, cañerías, o las que se encuentran en recipientes artificiales como piletas, represas o estanques. Ello, por tratarse de cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo con carácter de perpetuidad (Allende, 1971:45-48). Como cosa mueble refieren los artículos 2318 y 2319 CC. El primero contempla que: "Son cosas muebles aquellas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles". En tanto que el segundo especialmente estipula en su parte respectiva que "Son también muebles todas las partes sólidas o fluidas del suelo, separadas de él..."; pudiéndose citarse como ejemplo el agua separada de un río o una fuente.

Dentro de las demás clasificaciones de cosas que hace el Código Civil, puede admitirse subclasificar al agua dentro de las categorías de cosa fungible y no fungible; consumible y no consumible y divisible e indivisible (arts. 2324, 2325 y 2326, C.C.). Teniendo en cuenta ello, puede decirse que el agua resulta ser esencialmente cosa fungible (por regla), consumible y divisible (6).

III) Clasificación dominial de las Aguas en el Código Civil Argentino

En forma preliminar y en líneas generales es dable destacar que el Código Civil en sus artículos 2339, 2340, 2350 -entre otros- realiza una distinción entre:

1) Aguas del dominio público del Estado (provincial o federal, según donde se encuentren), donde encontramos a: a) el mar territorial, b) los mares interiores, c) los ríos, d) las aguas que corren por cauces naturales, e) las aguas subterráneas, f) las aguas susceptibles de satisfacer usos de interés general; g) los lagos navegables.

2) Aguas de dominio privado (las cuales pueden pertenecer a particulares o aún al propio estado), donde encontramos a: a) el agua de lluvia que cae en terrenos privados, b) las vertientes que nacen o mueren dentro de una misma heredad, c) los lagos no navegables.

IV) Concepto, origen y clasificación de las aguas subterráneas

Para abordar cuestiones terminológicas y distinciones clasificatorias, siguiendo a Guillermo Allende, 1971: 269/273 podemos decir que "aguas subterráneas" son aquellas que se encuentran debajo de la tierra.

Principalmente, las aguas del subsuelo son aquellas que forman parte del "ciclo natural del agua". Es decir, son aquellas que en mayor volumen provienen, en parte, de las que llegan a la tierra en forma de precipitaciones por lluvia, nieves o granizo, y se infiltran a través de capas permeables y se acumulan o circulan en el subsuelo. Algunas pocas podrán ser remanentes de las aguas llamadas "juveniles o vírgenes", es decir, de las que entraron al subsuelo durante la formación de nuestro planeta (7).

Otras podrán ser fósiles o cautivas, y son las que han entrado al subsuelo durante períodos geológicos pasados y no estarían en conexión con los horizontes de los acuíferos con alimentación actual.

Siguiendo con las distinciones trazadas, las capas o napas de agua superficiales reciben el nombre de aguas freáticas.

(5) El agua por sí misma no es cosa mueble o inmueble, sino que debe tenerse en cuenta el lugar donde se halla o su continente.

(6) En cuanto a estas clasificaciones cabe referir que bajo el paradigma ambiental y el concepto de "calidad de las aguas" podría válidamente ponerse en crisis estos encasillamientos.

(7) Como más adelante se verá al hablar sobre la formación del Acuífero Guaraní.

Aunque con algunas diferencias técnicas terminológicas, suele llamarse fuente, manantial o vertiente al lugar donde afloran naturalmente las aguas provenientes de las venas subterráneas. Son las denominadas “caput fontis” del Derecho Romano.

Cuando la que aflora se trata de agua profunda, el lugar por donde emerge suele denominarse pozo artesiano (8).

Estas aguas profundas, que pueden emerger en forma natural o artificial, suelen presentar características bien notables que las distinguen de las aguas superficiales, ello es altas temperaturas, gran cantidad de minerales y sales en disolución -poseyendo cualidades curativas-. Tales aguas reciben el nombre de minerales, termales o medicinales.

Según su modo de circulación dentro de la tierra, pueden encontrarse las denominadas “aguas libres” y “aguas confinadas”. Las primeras son aquellas que pueden circular más o menos libremente, tanto en sentido horizontal como vertical, por permitírsele la naturaleza física de las rocas que las contienen. Las segundas son las que poseen una movilidad restringida debido a la incapacidad de ciertas rocas para facilitar la circulación (9).

V) Importancia del agua subterránea a nivel mundial y en Argentina

En estas épocas en que la humanidad cada vez más se va aglomerando en zonas urbanas (10), comienza a sentirse la insuficiencia de los ríos y comunes fuentes de aprovechamiento. Globalmente, se consagra un 65% de los recursos hídricos subterráneos a la irrigación, un 25% al suministro de agua potable y un 10% a la industria en general. Las aguas subterráneas representan más de un 70% de los recursos hídricos consumidos en la Unión Europea y son a menudo una de las únicas fuentes, si no la única, en las zonas áridas y semiáridas del mundo: 100% en Arabia Saudita y Malta, 95% en Túnez y 75% en Marruecos. Los sistemas de la irrigación en muchos países dependen sustancialmente de los recursos hídricos subterráneos: 90% en la República Árabe Libia, 89% en India, 84% en Sudáfrica y 80% en España (11).

Las aguas subterráneas en Argentina, han tenido un papel fundamental en el desarrollo socioeconómico de las regiones áridas y semiáridas (sobre todo en la región noroeste del país), como fuente de abastecimiento a la población, la industria y el riego. Las áreas urbanas, así como la población rural se abastecen total o parcialmente con agua subterránea. No obstante se presentan limitaciones para determinados usos por su calidad y vulnerabilidad a la contaminación, ya sea natural o provocada por las actividades humanas (vgr. altos contenidos de flúor y arsénico, contaminación por nitratos). En cuanto a la salinización por sobreexplotación, cabe remarcar que en cercanías a las costas marítimas puede llegar a haber filtración de agua de mar en los acuíferos debido a que existe un equilibrio entre las aguas subterráneas dulces y saladas, donde estas últimas por ser más pesadas se mantienen profundas. Pero es dable tener en cuenta que una sobreexplotación de una cantidad excesiva de agua dulce podría generar que el agua salada ascienda. De este modo los pozos no sólo se tornarían inútiles, sino que también se reduciría la profundidad del acuífero de agua dulce del cual se tiene verdadera necesidad. Esto puede llegar a ser muy problemático ya que demanda bastante tiempo desalinizar los acuíferos cuyas aguas se han tornado salobres.

Otro de los problemas que hoy día se presenta, consiste en que paulatinamente la calidad de las aguas subterráneas se van degradando, justamente por la presencia de los citados elementos quí-

(8) Vocablo proveniente de Artois, región de Francia en donde se descubrió por primera vez un pozo de estas características. Algunos autores lo atribuyen desde antes a culturas pertenecientes a Oriente Medio.

(9) Esta clasificación y aclaración viene a colación de una errónea distinción que la doctrina hacía en cuanto a aguas corrientes o subterráneas subalveas, las cuales, en principio circulaban en forma paralelas a los ríos. Distinción, ésta en la cual se basaba Spota.

(10) Véase Phillippe Rekacewicz “Un Monde toujours plus urbain”

(11) véase: e-Boletín del Agua de la UNESCO N° 212: Hechos y cifras sobre la huella hídrica, 28 de enero 2009. http://www.unesco.org/water/news/newsletter/212_es.shtml

micos, teniendo en cuenta que las mismas consisten en las principales fuentes de abastecimiento de agua potable de la población rural y de ciertas zonas urbanas, llegándose a haber detectado el alcance de niveles peligrosos por su efecto acumulativo en la salud humana (12). En zonas urbanas se han visto graves problemas de contaminación por descargas no controladas de aguas residuales crudas Pigretti y otros, 2010:22 (13).

VI) El agua subterránea en el Código Civil

En lo que interesa profundizar, puede observarse que desde sus orígenes (1871), se encuentran intactos los artículos 2314 y 2518 del Código Civil. El primero de ellos ubicado dentro de las disposiciones relativas a la clasificación de las cosas establece: “2314: Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre”.

Por su parte, el segundo citado, ubicado dentro de las disposiciones referentes a la extensión del dominio, contempla en su parte respectiva que: “2518: La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo como los tesoros y minas, salvo las modificaciones dispuestas por leyes especiales sobre ambos objetos...” (14). Por tanto, y hasta aquí, según estos dos artículos estaríamos en presencia de la pertenencia de aguas subterráneas en manos de superficiarios particulares o del Estado, según el sitio donde las mismas se encuentren ubicadas (15).

Pero, pasemos a continuación al análisis del art. 2340 distinguiendo, su tratamiento antes y después de la reforma de la ley 17.711. Aquí podemos encontrar que en su redacción original del Código Civil, las aguas subterráneas se encontraban y quedaban englobadas dentro del art. 2340 inc. 3 el cual establecía: “Son bienes públicos del Estado general o de los Estados particulares:... inc. 3... los ríos y sus cauces y todas las aguas que corren por cauces naturales”.

Frente a este artículo determinados autores, sostenían que aquí se abría camino a interpretaciones diferentes, donde debía distinguirse aguas subterráneas corrientes (también denominadas aguas subalveas), y aguas subterráneas estáticas o inmóviles. Las primeras, debía considerárselas como pertenecientes al dominio público por tratarse de todos modos de aguas que corrían por cauces naturales; las segundas -según su ubicación- eran susceptibles de pertenecer, también, a los particulares (16).

Luego de la reforma del año 1968, la ley 17.711 modificó la redacción anterior del artículo in comento, dejando establecido que: “Quedan comprendidos entre los bienes públicos (del Estado): inc. 3... Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación”.

(12) Interesante aporte en tal sentido puede leerse en reciente fallo de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata, causa n° 10966, en autos “Florit C/ Fisco de la Pcia. de Bs. As. Y Aguas Bonaerenses S/ Amparo”, del 21/9/2010, sobre contaminación de aguas subterráneas en la localidad de Carlos Casares, Trenque Lauquen.

(13) Ver también Marienhoff b, 1996: 630.

(14) Contenido en esencia similar a estos artículos pueden encontrarse en los arts. 552 y 672 del Código Civil Frances. Anotación que hace Velez Sarfield, en el art. 2518 C.C.

(15) Obviamente basado esto en el principio del derecho romano romano “Cujus est solum et usque coelum et ad inferos”.

(16) Spota, 1958: 143. Este autor, quien haciendo una interpretación histórico evolutiva (pasando por la fuente del Código Civil Chileno y Francés y leyes de Indias) incluía aún a las aguas subalveas. Todas corren por cauces naturales. No así las aguas subterráneas que no constituían corrientes -percolating waters- que consideraba pertenecientes al dominio privado.

A grandes trazos una de las mayores críticas que se le hicieron a la reforma en esta disposición, fue el traspaso de las aguas subterráneas, que hasta antes de la reforma pertenecían a propiedad privada de los habitantes, pasaron a convertirse a la categoría de cosas pertenecientes al dominio público, otorgando al propietario del suelo una derecho de preferencia en el uso, marcadamente menor al que poseía con anterioridad.

En verdad lo que se produjo, siguiendo a Allende, fue un cambio en la condición jurídica de tal bien, habiéndose visto afectada en cierta medida la garantía constitucional del derecho de propiedad (art. 17 de la Const. Nacional), a través de la declaración de una expropiación de carácter general. Pero ello, sólo para aquellos casos en que dichas aguas hubieran estado siendo explotadas, pues sólo así existiría perjuicio patrimonial pasible de ser resarcido.

Se cuestiona, a su vez, que esta reforma tampoco fuera armonizada con otras disposiciones contenidas en el Código pertenecientes a un sistema privado de aguas subterráneas. Así se han mantenido intactos artículos referentes a fuentes, manantiales y vertientes (17), restricciones y límites al dominio y servidumbres. Repárese por ejemplo que no han sido derogados artículos tales como el 2637 el cual establece que:

“Las aguas que surgen (es decir, las aguas subterráneas), en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural”.

Puede agregarse como otras críticas válidas, aquellas que, basadas en propuestas previas a la reforma, sostuvieron la posibilidad de aplicar al régimen legal de aguas subterráneas, (regulación en su uso) los principios y disposiciones del Código de Minería para minerales de la segunda o tercera categoría (18). Ello fue, haber considerado el dominio originario de las aguas subterráneas como pertenecientes al dominio privado (y no público) del Estado -cosas dentro del comercio-; acordando a los particulares descubridores el derecho de propiedad particular emanado de una concesión legal otorgada por autoridad competente, pudiendo disponer de ellas como verdaderos propietarios (arts. 2342 inc. 2 del Código Civil y 2, 7, 8 y 10 del Código de Minería).

En conclusión, la reforma introducida consagra, por un lado, la existencia de dos propietarios superpuestos: el suelo perteneciente al superficiario y las aguas contenidas en el subsuelo, perteneciente al dominio público del Estado. Y por otro, el derecho derivado de los particulares de extraer aguas y utilizarlas en la medida de su interés privado, con sujeción a normas reglamentarias emanadas del Estado.

VII) Tratamiento del agua en la Constitución Nacional y legislación federal

Si bien existen diversos artículos en la Constitución Nacional que tratan sobre aguas, como son los arts. 12, 14, 26, 75 incs. 10 y 18 referidos a cuestiones de derecho de navegación; lo que aquí interesa resaltar, en mérito a la óptica dada a este trabajo, son aquellos que refieren a la dominialidad y protección de los recursos naturales, donde se encontrarían justamente las aguas subterráneas.

Producida la reforma constitucional de 1994, es necesario considerar varios artículos incorporados. El art. 124 en su última parte establece que: “...Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

Entendiéndose como recursos naturales aquellos “bienes o medios de subsistencia que nos proporciona la naturaleza y las fuentes que suministran dichos bienes”, o “bienes de la naturaleza en cuanto no han sido transformados por el hombre y pueden resultarle útiles” (19); queda en claro

(17) Que son los lugares donde el agua subterránea brota en forma natural o artificial sobre la tierra.

(18) Para profundizar las críticas, ver Laquis, Manuel A., “Derechos Reales Tº IV” Ed. Depalma 1984, pág. 441 y sigs. Ver también trabajo allí citado de Villa Perincioli, Julio A. “Antecedentes y perspectivas de la legislación sobre aguas subterráneas” Jurisprudencia Argentina, 1977-I, pag. 795.

(19) Miranda, 1994: 18 y autores que allí cita.

que dentro de esta definición quedan comprendidos los recursos hídricos, esto es el agua en todos sus estados físicos, comprendidas las aguas subterráneas (20).

Siguiendo con el análisis de la Constitución Nacional dispone el art. 121 que: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

Por su lado, el art. 41 contempla que:

“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 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 complementirlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales...”

Puede apreciarse desde estos preceptos que surgen profundas distinciones a tener en cuenta, según se trate del dominio, jurisdicción y competencia en materia de aguas. Ellas no siempre resultan ser del todo claras, lo que conlleva a mantener cuestiones, desde el punto de vista jurídico y judicial, irresueltas; las cuales tienen impacto directo sobre su uso y protección.

Así, en materia de aguas interprovinciales se da el fenómeno de la denominada “confluencia o concurrencia de competencias entre nación y provincia”. Mientras que la Nación tiene competencia en lo que hace a la navegación, habilitación de puertos, comercio provincial e internacional, canalización y exploración de ríos, energía de las caídas de aguas, el resto de los usos son competencia provincial.

A partir de la reforma de 1994 el art. 41 contempla una nueva concurrencia de jurisdicciones en lo que respecta a protección ambiental. Así, según lo establece el párrafo 3 del artículo analizado “...Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales...”(21).

Este último párrafo del artículo comentado tiene como fuente el derecho español, que posee un sistema de estándares mínimos ambientales. Según este sistema importado, la Nación establece los presupuestos mínimos ambientales y las provincias los complementan. Es un sistema extraño a nuestra tradición jurídica y a la relación jurídica tradicional entre Nación y las Provincias. Es por ello que a pesar de haber transcurrido bastantes años, al sistema le cuesta entrar en funcionamiento. Como decía Ihering un derecho que no nace del fondo viviente de la sociedad donde va a aplicarse, es un derecho que no se realiza, y un derecho que no se realiza no es un derecho Pigrtetti y otros, 2010b: 94.

(20) Con relación a este artículo creo oportuno mencionar, a modo de ejemplo, que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reafirma en su art. 28 la dominialidad provincial al contemplar en su parte respectiva que: “La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio, incluyendo el subsueloEn materia ecológica deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia; planificar el aprovechamiento racional de los mismos;... promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo....Asimismo asegurará políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica de flora y fauna.”

(21) Ver fallo citado en nota 6

Como consecuencia de lo nuevo y lo extraño, al novel sistema le es costoso consolidarse.

Por último, no debe pasarse por alto, que en materia de gestión de recursos naturales, la reforma constitucional de 1994 ha incorporado la participación de los pueblos indígenas al establecer en la parte respectiva de su art. 75 inc. 17 que: "Corresponde al Congreso Nacional: "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Asegurar su participación en la gestión referida a los recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones".

Ley de presupuestos mínimos para la gestión ambiental del agua

En el año 2002 se sancionó la ley 25.688 de presupuestos mínimos para la gestión ambiental del agua. Pero las provincias que ya gestionaban sus recursos hídricos se opusieron a la misma dado que la misma avasallaba sus derechos. En definitiva esta ley resulta ser programática y hasta el momento no tiene operatividad dado que a pesar del tiempo transcurrido la misma se encuentra sin reglamentar (22).

Como contrapartida a ello, las provincias elaboraron una serie de principios rectores de política hídrica los cuales nunca llegaron a tener fuerza de ley, habiendo quedado como meras declaraciones provinciales las cuales tampoco resultan ser obligatorias. Dentro de los citados principios figura la creación de un Consejo Hídrico Federal donde la Nación tiene una participación acotada y donde las provincias son renuentes a poner fondos, con lo cual los fondos del Consejo resultan provenir de organismos internacionales, los cuales imponen sus criterios. En enero de 2009 por ley 26.438 se le dio carácter de ley orgánica al Consejo Hídrico Federal (COHIFE) como persona jurídica de derecho público y como instancia federal para la concertación y coordinación de la política hídrica y la compatibilización de las políticas, legislaciones y gestión de las aguas de las respectivas jurisdicciones, respetando el dominio originario que sobre sus recursos hídricos les corresponden a las provincias. Esta ley invita a las provincias a su paulatina adhesión. A pesar de la salvedad puesta de manifiesto anteriormente esta ley 25.688 establece, como su nombre lo indica, los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional.

La norma entiende por agua aquella que forma parte del conjunto de los cursos y cuerpos de aguas naturales y artificiales, superficiales y subterráneas, así como las contenidas en acuíferos, ríos subterráneos hídricos y las atmosféricas.

La ley se encarga también de definir qué se entiende por cuenca hídrica superficial, aunque no subterránea; pero considera a la cuenca hídrica como unidad ambiental de gestión ambiental indivisible, idea que debería tomarse o asimilarse a los fines protectorios de un acuífero en su conjunto sumándole sus zonas de carga y descarga. Crea por su propio mandato para las cuencas interjurisdiccionales, los comités de cuencas hídricas cuya misión es la de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de las cuencas hídricas. Por otro lado, dentro de la enumeración de la utilización de las aguas, a los efectos de la ley, menciona la colocación e introducción de sustancias en aguas subterráneas, la toma de aguas subterráneas, su elevación y conducción sobre la tierra, así como su desviación; el estancamiento, la profundización y la desviación de aguas subterráneas, mediante instalaciones destinadas a tales acciones o que se presten para ellas. Deja sentado esta norma que para utilizar las aguas objeto de esta ley se debe contar con el permiso de la autoridad competente. Para el caso de impacto ambiental significativo en cuencas interjurisdiccionales, será vinculante la aprobación de dicha utilización por el Comité de Cuencas correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen.

Dentro de los deberes de la autoridad de aplicación de la ley se encuentra el de definir las directrices para la recarga y protección de los acuíferos, como así también el de declarar zona crítica de

(22) A través de resolución N° 39/07 del 4/6/2007 del Defensor del Pueblo de la Nación, se recomendó a la Jefatura de Gabinete que reglamente la citada ley - entre otras -, pero la misma hasta la fecha sigue sin ser operativa.

protección especial a determinadas cuencas, acuíferos, áreas o masas de agua por sus características naturales o de interés ambiental.

VIII) Sistema del Acuífero Guaraní (SAG)

El denominado Sistema Acuífero Guaraní desde el punto de vista geográfico es uno de los reservorios de agua subterránea más grandes del mundo, encontrándose en el subsuelo de un área de alrededor de 1.190.000 kilómetros cuadrados, por lo que también en un momento se lo denominó "el Acuífero Gigante del Mercosur" ya que se encuentra debajo del territorio de sus países miembros. En Brasil abarca una superficie - en kilómetros cuadrados - de aproximadamente 850.000 (9,9% del territorio) en Argentina 225.000 (7,8%) en Paraguay 70.000 (17,2%) y en Uruguay 45.000 (25,5%). De acuerdo a lo que actualmente se conoce, salvo en la Argentina -que se encuentra a profundidades por debajo de los novecientos metros- en los demás países se lo ilumina a profundidades muy variables (entre los 50 y 1.500 metros). En general posee presión de surgencia, de manera que realizada una perforación, cuando se alcanza la profundidad del acuífero, el agua se eleva naturalmente y en muchos casos emerge sobre el nivel del suelo; las temperaturas, producto de las profundidades alcanzadas (por gradiente geotérmico), van desde los 33° C a los 65° C. El agua subterránea del Sistema Guaraní se aloja en formaciones geológicas antiguas conformadas por coladas de lavas basálticas, correspondientes a los períodos Triásico, Jurásico y Cretácico Inferior, teniendo esas rocas edades entre los 200 a 132 millones de años.

IX) El interés estratégico y político-internacional en torno al Sistema del Acuífero Guaraní

Un pronóstico estima que el agua hacia el año 2015 será motivo de conflictos internacionales entre los países, estimándose que para 2025 existiría una falta de provisión del 52 % del líquido para los actuales receptores.

El Fondo Global para el Medio Ambiente, junto con el Banco Mundial, la Organización de Estados Americanos (OEA), los gobiernos de Holanda y Alemania, y la Agencia Internacional de Energía Atómica, con el consentimiento de los cuatro países del Mercosur, han subvencionado económicamente estudios en torno al funcionamiento del Acuífero, con el fin de adoptar medidas preventivas y de gestión antes de que tal reservorio de agua se contamine. Este proyecto requiere que en cada país se establezca una unidad o un consejo directivo con los máximos organismos de recursos hídricos, medio ambiente y cancillería, y un consejo técnico que coordine las acciones. Unos de los temores que se viven y quejas que se han hecho sentir, consisten en que se percibe un propósito privatizador de tales aguas. Así, hay quienes piensan que hay un camino primero de poner en el dominio público de los países todas las aguas (no sólo las del dominio público actual, sino aún las privadas que se encuentren en manos de particulares, ya sean personas físicas y jurídicas). De concretarse este punto de partida y luego de elaborar un convenio Internacional que atribuya la decisión sobre las aguas, podría llegar a privatizarse totalmente el caudal y venderse a países que en los próximos años requieran una provisión especial, por carecer totalmente de agua para su consumo. Por último, hay quienes consideran que el ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas) podría ser una forma de establecer una commodity (mercancía) sobre las aguas y entrar en el comercio, Pigretti y otros, 2010: 183 y sgtes. Entre el siglo que pasó y el presente aparentemente parece existir una privatización de la naturaleza, de modo tal que el uso público de las aguas está tendiendo a desaparecer (23).

X) La aguas subterráneas a nivel internacional

Siguiendo las enseñanzas del profesor Julio A Barberis podemos señalar que el arriba descrito proceso del ciclo del agua, puede tener lugar en su totalidad dentro del territorio de un Estado, ya sea que el acuífero como su zona de origen se encuentren dentro de las fronteras de ese estado, y no dependan hidrológicamente de otros acuíferos o de aguas superficiales internacionales. La regulación jurídica de explotación de aguas subterráneas, en este caso, están a cargo de sólo ese Estado.

(23) Véase Marc Laimé, *La marchandisation de l'eau s'accélére*

Pero existen numerosos casos en donde el ciclo hidrológico concerniente a determinadas aguas subterráneas se desenvuelva sobre el territorio de dos o más Estados. Los ejemplos en este sentido pueden ser de los más diversos. Desde el punto de vista del derecho, la cuestión que se plantea es la de determinar si existen normas jurídicas que regulen la explotación de aguas subterráneas dado que las fronteras internacionales han sido trazadas, en su mayor parte, a lo largo de la historia sin haberse tenido en cuenta la situación de las aguas subterráneas. Una aproximación simplista al tema podría llevar a la conclusión que una vez que la frontera internacional se encuentre establecida y trazada, la competencia territorial de cada Estado se encuentra perfectamente definida, eliminando así todo posible conflicto entre ellos. Pero esta concepción de frontera es insuficiente, desde que la realidad muestra que la utilización de los recursos naturales que haga un Estado puede tener consecuencias dentro de otro u otros Estados. Por tal razón, las aguas subterráneas constituyen un recurso natural que no puede ser dividido entre Estados a través del trazado de límites, dado que la utilización que de las mismas se haga dentro de una frontera, puede tener efectos en él o los Estados vecinos. En todos estos casos el compromiso que se presenta es la posibilidad de regular jurídicamente las actividades que tengan o puedan tener repercusión más allá del territorio de un Estado donde ellas se desarrollen.

Como significativos antecedentes merecen ser mencionados las resoluciones adoptadas por organismos internacionales e instituciones científicas sobre la utilización y explotación de aguas subterráneas internacionales. En este orden de ideas conviene citar en primer término el trabajo llevado a cabo por la Organización de Naciones Unidas a través de resoluciones de su Asamblea General y de recomendaciones de Conferencias. Aquí pueden citarse como unos de los más valiosos aportes: la resolución sobre soberanía nacional permanente sobre los recursos naturales (res. 1803 de 1962); las conferencias sobre: medio ambiente (Estocolmo de 1972 y Río de Janeiro de 1992), sobre agua (Mar del Plata de 1977), y sobre desertificación (Nairobi de 1977); Foros Mundiales del Agua: Marrakech 1997, La Haya 2000, Kyoto 2003, Estambul 2009 (24). A través de instituciones científicas es dable poner de resalto la tarea llevada a cabo por la International Law Association. En 1966 esta asociación aprobó la denominadas “Reglas de Helsinski” constituyendo las mismas un hito en el derecho internacional consuetudinario. Tal es así que en 1992 las mismas fueron transformadas en “Convención de Helsinski” por encargo de la Comisión Económica de la ONU para Europa. Es importante destacar que esta asociación confió a un comité sobre recursos de aguas internacionales la tarea sobre aguas subterráneas.

XI) Recientes resoluciones sobre acuíferos transfronterizos adoptadas a nivel Internacional

La reciente resolución 63/124 adoptada en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de enero de 2009, es un paso concreto hacia el compartir pacífico de los recursos hídricos subterráneos. Hasta esa fecha, no existía ningún instrumento de derecho internacional que pudiese proveer una serie de recomendaciones y pautas acerca de una gestión pacífica y sostenible de los mismos. Inspirada en gran medida, y sin lugar a dudas, por todos los antecedentes anteriormente citados, la resolución en términos generales consta de cuatro partes: I) Introducción, II) Principios Generales, III) Protección, preservación y gestión, y IV) Disposiciones diversas. Esta resolución se encarga de dar definiciones tales como “acuífero” y “sistema acuífero transfronterizo”, que se entiende por “utilización”, “zona de recarga y descarga”, entre otras.

Dentro de sus principios generales, la convención contempla que cada Estado del acuífero posea soberanía sobre la parte de su acuífero subyacente, estableciendo a su vez la utilización de los recursos acuíferos deben explotarse en forma equitativa y razonable, debiendo prestarse especial atención a las necesidades humanas vitales. Como otros principios de derecho internacional se encuentran establecidos son: la obligación de los Estados de no causar y prevenir causar daño sensible a otro Estado; la obligación general de cooperar a través del intercambio regular de datos e información, el de igualdad soberana, el de integridad territorial, el de desarrollo sostenible, el pro-

(24) Próximamente Marsella -Francia- 2012.

vecho mutuo y la buena fe, protección y preservación de los ecosistemas que estén situados en sus acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos o dependan de los mismos, incluidas medidas para garantizar que la calidad y cantidad de agua retenida en un acuífero. Se consagra a su vez el deber de los Estados de prevenir, reducir y controlar la contaminación, debiendo aplicarse un criterio de precaución en caso de incertidumbre. A su vez es dable tener en cuenta que los Estados tendrán la obligación de vigilar sus acuíferos o sistemas acuíferos elaborando y ejecutando planes para la adecuada gestión.

Inspirados en esta resolución, en la ciudad de San Juan, Argentina, los cancilleres de los países integrantes del Mercosur, el 2 de agosto de 2010, suscribieron un Acuerdo protectorio del Sistema del Acuífero Guaraní de carácter un tanto programático, estableciendo un compromiso de avanzar prontamente en aspectos para hacer efectiva su aplicación, y poner en marcha su Tribunal Arbitral.

En lo sustancial este Acuerdo consagra similares principios a la resolución 63/124 de ONU.

XII) Problemática jurídica en torno al Sistema del Acuífero Guaraní

Basadas en el principio consagrado en el art. 124 de la Const. Nac. ut supra citado, ciertas provincias argentinas han comenzado a legislar sobre el Acuífero. A modo de ejemplo la Provincia de Misiones, ha sancionado en el año 2007 la “ley 4326 sobre Sistema del Acuífero Guaraní y Aguas Subterráneas”. Esta ley si bien es protectoria del SAG; la misma se encarga de dar definiciones sobre “pozos” y “perforaciones”, dando por sentado límites de extracción, de aguas del acuífero (25).

Esta norma más allá de estar hablando expresamente de las aguas del acuífero con fines comerciales, está abriendo un interrogante más importante a tener en cuenta: ¿en qué medida resulta apropiado o no la posibilidad de extracción fijada unilateralmente, en comparación al uso autorizado y realmente dado en otras provincias y en los demás países del SAG? Por otro lado no puede escapar al análisis que vienen realizándose estudios de administración y recuperación del SAG en Brasil, ya que se han comenzado a ver las consecuencias de la polución que está sufriendo por la perforación desordenada (26); como así también han comenzado a alzarse quejas por la pérdida de poder de surgencia a medida que se perforan nuevos pozos cercanos a establecimientos termales (27).

XIII) Conclusiones

El agua como objeto de los derechos reales comienza a tener una complejidad tal, donde las categorías dominiales existentes se ponen en crisis, no colaborando éstas con la protección del recurso. La preocupación hoy día pasa por conservar la calidad de las aguas desde una visión antropocéntrica. Este elemento vital comienza a ser entendido, en forma consensuada, como un objeto mutable desde un punto de vista físico y cualitativo; y la legislación debe tender a regular su régimen legal ya no desde tales categorías, sino en forma más cercana a las reglas propias a su ciclo natural.

La dominialidad estatal pública de las aguas subterráneas debe pasar a cumplir un papel preponderantemente protectorio. En tal sentido, y en un corto plazo, el Estado debe desarrollar actividades en esa dirección, desde sus diferentes áreas ejecutivas. He aquí la confluencia de uno de los problemas más recurrentes en derecho: los paradigmas legales pueden ser los mejores, pero la falta de voluntad política y compromiso en su ejecución, frustran los ideales en ellos contenidos.

(25) En efecto, en lo que interesa destacar, el art. 9 establece que: “...Perforaciones: son aquellas aberturas profundas que se ejecutan en el subsuelo, incluyendo el basalto, con la utilización de maquinaria especial y compleja, alcanzando distintas profundidades y posibilitando el contacto, utilización y explotación del Acuífero Guaraní. Son perforaciones: con extracción de agua que no supere los 1.500 litros por hora y hasta 12 cm de diámetro: finalidad de uso doméstico, social y sin fines de lucro o no comercial. Con extracción de agua que supere los 1500 litros por hora y mayor a 12 cm de diámetro: finalidad comercial”.

(26) Véase Pigretti, 2010: 220.

(27) Datos extraídos de entrevista a la Geóloga María Santi, Jefa del área Aguas Subterráneas, de la Dirección de Hidráulica de la provincia de Misiones, para revista UNO, publicada en <http://www.maraustralis.com/110210acuifero.html>.

A nivel internacional, la renuncia a la soberanía absoluta de los Estados desde el punto de vista medioambiental permite observar un cambio cultural en torno del agua, propiciando tomar cada vez más conciencia sobre su escasez y vulnerabilidad.

Por último, noticias de venta de las aguas del Acuífero Guaraní (28), marca evidentemente una comercialización en torno a las aguas subterráneas que superan la idea de consumo con fines vitales de todos los seres humanos y su sanidad. En Argentina ya existe una tendencia a comercializar el derecho civil, con varios proyectos aun no aprobados de unificación de códigos civil y comercial. Si ello ocurre, espero que la idea triunfadora pueda llegar a ser la inversa: civilizar un poco al derecho comercial.

XIV Bibliografía

ALLENDE, Guillermo L. Derecho de Aguas, con anotaciones hidrológicas Buenos Aires: EUDEBA, 1971.

BARBERIS, Julio A. "Le Règime juridique International des eaux souterraines", EN: *Annuaire Français de Droit International*. París: CNRS, 1987 33,129-162.

"Comienzan a llevarse el agua del acuífero Guaraní", EN: *El Malvinense*, 16/7/07. Disponible en: <http://www.malvinense.com.ar/snacional/utj072007/00347.html> [Consulta: 5 febrero 2011].

INSTITUTO DE MEDIO AMBIENTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Cuencas Hídricas. Contaminación. Evaluación de riesgo y saneamiento. La Plata: IMPA, 1996.

LAIME, Marc. "La marchandisation de l'eau s'acceélère", EN: *Le Monde Diplomatique*, Disponible en: <http://www.monde-diplomatique.fr/carnet/2008-03-19-> [Consultado el 2/12/2010].

LAQUIS, Manuel A. Derechos Reales. Buenos Aires: Depalma, 1984, t. 4.

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, t. 6, Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas. 3a. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

MIRANDA, Marisa A., Los recursos naturales en el Derecho Agrario. La Plata: Platense, 1994

PIGRETTI Eduardo, CLABOT Dino Bellorio y CAVALLI Luis. Derecho ambiental de aguas. Buenos Aires: Lajouane, 2010.

REKACEWICZ, Phillippe. "Un Monde toujours plus urbain", EN: *Le Monde Diplomatique - Visions Cartographiques*, 1er avril 2010. Disponible en: <http://blog.mondediplo.net/2010-04-01-Un-monde-toujours-plus-urbain>. [Consulta 20 abril 2010].

"La huella hídrica", EN: e-Boletín del Agua de la UNESCO 212, 28 de enero 2009. Disponible en: http://www.unesco.org/water/news/newsletter/212_es.shtml [Consulta: 20 abril 2010].

SPOTA, Alberto G. Tratado de Aguas. Buenos Aires: Jesús Menéndez, 1941, t. 2.

(28) Véase: "Comienzan a llevarse el agua del Acuífero Guaraní".

El derecho al agua en Latinoamérica

POR MARÍA DE LAS NIEVES CENICACELAYA (*)

RESUMEN

El presente trabajo intenta describir brevemente la situación del derecho al agua en nuestro subcontinente. Luego de recordar que no obstante ser Latinoamérica una región especialmente favorecida en materia de recursos hídricos, una importante cantidad de su población no tiene acceso al agua en la cantidad y la calidad requerida para llevar una vida digna, se repasan los esfuerzos de la comunidad internacional y de las entidades nacionales para cambiar esa realidad, reconociendo jurídicamente este derecho como un derecho humano esencial y procurando mitigar los devastadores efectos que las privatizaciones incentivadas por las grandes corporaciones del agua causaron en las últimas décadas.

Palabras claves: Derechos humanos - Derecho al agua - Latinoamérica

The right to water in Latin America

Abstract

This work tries to describe briefly right to water's situation in our subcontinent. After remembering that nevertheless Latin America is a region which have important water resources, an important part of his population haven't access to water in the quantity and the quality needed to take a worthy life, there are revised both international community and national entities' efforts to change this reality, in order to not only recognize this right as an essential human right but to mitigate the devastating consequences that privatizations -stimulated by powerful world water corporations- have caused in last decades as well.

Key Words: Human Rights - Right to Water - Latin America

Introducción.

Comenzaremos el presente trabajo con dos obviedades que, sin embargo, es menester recordar.

La primera es que el agua es un elemento esencial para satisfacer necesidades humanas básicas. Una persona debe ingerir diariamente una cantidad de agua que represente por lo menos el 3% de su peso, lo que significa que el promedio necesario de agua por persona, sólo para beber, es de aproximadamente dos litros por día.

Pero para asegurar el resto de nuestras necesidades básicas necesitamos acceder a agua segura en cantidades y calidades adecuadas y al mismo tiempo, a un saneamiento adecuado (1).

Al respecto, es pertinente consignar que la Organización Mundial de la Salud estima en sesenta litros por habitante y día como la dotación mínima necesaria para llevar una existencia digna: para beber, cocinar, saneamiento e higiene personal; realmente muy poco en comparación con las grandes cantidades usadas en los países desarrollados (2).

Para comprender más acabadamente la necesidad de agua en nuestra vida urbana cotidiana, indicaremos a continuación un estimado de la cantidad empleada en las diversas tareas domésticas: ducha, noventa litros; baño de inmersión, trescientos cincuenta litros; lavado de dientes —sin

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Constitucional Cátedra I. Profesora Titular de Posgrado. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

(1) El uso del inodoro representa un 36% del consumo diario, seguido de la higiene personal con un 31% y el 33% restante se gasta en otras actividades menores.

(2) En Francia, por ejemplo, se utilizan, en promedio, mil quinientos litros por persona y por día.

cerrar la canilla—, seis litros, igual que el lavado de manos; lavado de diez kilos de ropa, ciento cuarenta litros; lavado de vajilla —sin cerrar la canilla—, noventa litros; lavado de automóvil —sin cerrar la canilla—, ciento cincuenta litros; y descarga del inodoro, veinte litros.

No obstante esta necesidad vital, mil cien millones de personas (18% de la población mundial) carecen de acceso al agua potable y dos mil seiscientos millones (42% de la población del mundo) de saneamiento básico (ACNUR, 2009:1) lo que, sin duda, constituye una afrenta masiva a la dignidad humana.

La segunda necesaria obviedad es que el agua es un recurso limitado. A pesar de que el 70% de nuestro planeta está cubierto por agua, sólo un 2,5% es agua dulce. Si consideramos que de esa pequeña cantidad, el 70% se encuentra en los casquetes polares en la Antártida y Groenlandia, y que otro gran volumen se encuentra en la humedad del suelo o en acuíferos subterráneos muy profundos que no se pueden utilizar para consumo humano, el balance nos indica que los seres humanos contamos con menos de 1% del agua dulce del mundo para nuestro uso.

Además, la disponibilidad de recursos hídricos está afectada por su distribución asimétrica en el territorio, lo que crea dramáticas desigualdades. Así China, por ejemplo, tiene el 7% del total del agua dulce renovable existente en el mundo, pero tiene el 22% de la población mundial; mientras que, por el contrario, Canadá, con cerca del 0,5% de la población del planeta, cuenta con el 9% del agua dulce renovable del mundo.

Con el 33% de los recursos hídricos renovables del mundo, el subcontinente latinoamericano es la región con la disponibilidad más alta del mundo. Sus 3.100 m³ de agua per cápita por año, representan el doble del promedio per cápita mundial y la gran mayoría de los países cuentan con disponibilidades catalogadas entre altas y muy altas en razón de su superficie y población.

Particularmente, América del Sur es una de las áreas más favorecidas del planeta pues cuenta con el 26% de los recursos hídricos globales para el 6% de la población mundial. Aquí se encuentra el Acuífero Guaraní, de ciento treinta y dos millones de años y una extensión de casi un millón doscientos mil kilómetros cuadrados cuyos orígenes se remontan a cuando África y América aún se encontraban unidas. Se lo conoce como el “Gigante del Mercosur” porque este inmenso reservorio de agua pura se extiende desde el Pantanal en el norte del Brasil, ocupa parte de Paraguay y Uruguay y finaliza en la pampa argentina, aunque se sospecha que, a enormes profundidades, el acuífero podría estar conectado con los lagos patagónicos. El volumen total del agua almacenada es inmenso. Con treinta y siete mil millones de metros cúbicos es el tercer acuífero más grande entre los que se conocen (3). Durante la Cumbre del Mercosur celebrada en San Juan, el 2 de agosto de 2010, los cuatro Estados Miembros acordaron declarar al Acuífero Guaraní como “recurso hídrico transfronterizo que integra el dominio territorial soberano” de los cuatro países, cada uno de los cuales ejerce “en sus respectivos territorios el derecho soberano de promover la gestión, el monitoreo y el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos” del mencionado sistema. Ello lo obliga a “promover la conservación y la protección ambiental” del área para “asegurar el uso múltiple, racional, sustentable y equitativo de sus recursos hídricos”. Y si se emprendieran “estudios, actividades u obras relacionadas con el Acuífero en sus respectivos territorios, deberán actuar de conformidad con los principios del derecho internacional” (4).

Ahora bien, esa disponibilidad del recurso no significa que éste sea accesible a la totalidad de la población. Por el contrario, la mayoría de los países que cuentan con niveles de disponibilidad altos, experimenten disminuciones en los niveles de cobertura de agua potable para sus poblaciones.

(3) Los otros son: Acuífero de Areniscas de Nubia con un volumen de 75 mil millones de metros cúbicos; Acuífero del Norte del Sahara con 60 mil millones de metros cúbicos; Gran Cuenta Artesiana con 20 mil millones de metros cúbicos; Acuífero Altas Planicies con 15 mil millones de metros cúbicos y Acuífero del Norte de China con un volumen de 5 mil millones de metros cúbicos.

(4) <http://www.mrecic.gov.ar/portal> [Consulta: 9 agosto 2010]

Al igual que en el resto del orbe, en nuestra región, la distribución irregular, las desigualdades sociales y regionales (5), la contaminación y la deficiente gestión del recurso exponen a amplios sectores de la población a situaciones de escasez. Más de ciento treinta millones de latinoamericanos carecen de suministro de agua potable en sus hogares y sólo uno de cada seis cuenta con redes de saneamiento adecuadas. Latinoamérica tiene, encima, uno de los mayores índices mundiales de consumo de agua por habitante, tanto por el uso doméstico y agrícola como por el empleo de ríos para la generación de energía y en la explotación de otros recursos naturales (6).

Con una población en aumento y un modelo de desarrollo sustentado en la explotación de materias primas, América Latina se encamina hacia una agudización del problema y de ser el continente más rico en términos de disponibilidad de agua per cápita, como decíamos más arriba, algunos de sus países (México o Perú, por ejemplo) ya sufren del denominado “stress hídrico” por sobreexplotación de sus acuíferos.

Esta escasez de agua nos amenaza a todos. En los países más prósperos la escasez de agua dificulta el crecimiento económico y disminuye la calidad de vida. En los países pobres —especialmente entre la gente de menores ingresos— la escasez de agua en cantidad y calidad adecuadas lleva a la muerte.

En nuestro país existe el mito de la Argentina húmeda que se remonta a la década de 1880, en la que la nación era identificada con la región pampeana. Sin embargo, la Argentina árida abarca el 75% del territorio; aunque claro, en el 25% húmedo está el mayor porcentaje de la población, de la capacidad económica y del poder (7). Si bien no se encuentra entre los países con peor situación, tampoco está entre los más favorecidos.

El agua: una preocupación internacional.

La situación es altamente preocupante: después de la Segunda Guerra Mundial se han perdido más vidas a causa de la falta de agua limpia que por todas las formas de violencia y guerra (8).

Tal vez por ello a partir de la década de los '70 en el siglo pasado, a través de distintas actuaciones, la ONU comenzó a involucrarse con la cuestión. Así, en una serie de conferencias internacionales se abordó la problemática relativa al acceso a los recursos básicos, entre ellos, al agua y al saneamiento. A modo de ejemplo, ello ocurrió en la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo, del 5 al 16 de junio de 1972; en la Conferencia sobre el Agua, desarrollada en Mar del Plata, del 14 al 25 de marzo de 1977, que es considerada auténtico punto de partida para la política mundial del agua—; en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986, (9) el informe denominado “Nuestro Futuro Común”, también conocido como “Informe Brundtland” de 1987; en la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro, entre el 3 y el 14 de junio de 1992; y en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, que tuvo lugar en Johannesburgo, del 26 de agosto al 4 de setiembre de 2002.

Ese mismo año, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de fiscalización del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicó su Observación General No. 15, “El derecho al agua” que deberá ser, a no dudar, la piedra angular de una futura convención sobre el agua. En este histórico documento se señala que “el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente” y que todas las personas deben disponer de “agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.

(5) Entre los millones de personas que no cuentan con agua potable, 2/3 habitan en zonas rurales.

(6) <http://www.eco.unicamp.br/projetos/agua/400blue.gif> [Consulta: 13 marzo 2010].

(7) Vivir sin agua, La Nación, Buenos Aires, 9/11/08, 12, Revista Dominical.

(8) Revista Noticias, Buenos Aires, 14/08/10, 64.

(9) A/RES/41/128.

Esta Observación General —como todas las de los órganos encargados de supervisar el cumplimiento de un tratado internacional— es mucho más que una mera guía o recomendación para los Estados; ella les impone cierto grado de autoridad legal (Villán Durán, 2005: 471) que deberán tener en consideración a la hora de dar cumplimiento a los compromisos asumidos.

Además de lo anterior, la Asamblea General resolvió declarar al período 2005 - 2015 Decenio Internacional para la Acción bajo el lema “El agua, fuente de vida” (10) como manera de efectivizar los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio acordados en setiembre de 2000, por ciento cuarenta y siete Jefes de Estado y de Gobierno para liberar a las poblaciones menos desarrolladas de las trabas de la pobreza extrema, el hambre, el analfabetismo y las enfermedades.

Uno de estos objetivos, el séptimo, se orientó a “Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente” estableciéndose dentro de él varias metas, entre ellas, “Reducir a la mitad, para el año 2015, y respecto de 1990, el porcentaje de personas sin acceso sostenible a agua potable”; lo que significa 274.000 personas más cada día.

Al ritmo en que se está avanzando actualmente, el mundo está a punto de cumplir antes de lo programado la meta del acceso al agua potable fijada para 2015, aunque algunos países todavía enfrentan grandes desafíos, siendo la situación aún muy difícil.

Precisamente manifestando su profunda preocupación por esta situación y teniendo presente el compromiso contraído por la comunidad internacional de cumplir plenamente los Objetivos de Desarrollo del Milenio, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el 28 de julio de 2010 el acceso al agua potable y a los servicios sanitarios básicos como derechos humanos básicos (11). En una resolución —cuyo texto fue propuesto por el representante de Bolivia quien, en realidad movió, sin éxito, que la parte resolutive dijese “se reconoce” en lugar de “se declara”; y copatrocinada por otros treinta y tres Estados miembros de la Organización— (12) adoptada por ciento veintidós votos a favor (entre ellos, Argentina), ninguno en contra y cuarenta y una abstenciones, la Asamblea insta además a todos los países y organizaciones internacionales a aportar recursos financieros y tecnología para lograr un acceso universal y económico al agua potable y el saneamiento (13).

No obstante todo lo dicho hasta aquí, y ser el acceso al agua potable una condición previa para el goce efectivo de muchos de los derechos enumerados en distintos instrumentos sobre derechos humanos adoptados por la comunidad internacional, (14) el derecho al agua no se ha previsto expresamente en ninguno de aquellos ni existe en las Naciones Unidas ningún organismo o programa específico sobre el agua.

Esto último tal vez explique por qué muchos de los encuentros internacionales sobre el agua, posteriores a la Cumbre de la Tierra de 1992, no fueron organizados por la ONU, ni tampoco fueron liderados por ella, aún cuando diversos organismos onusianos jugaran un papel preponderante en ellos.

Por el contrario, las decisiones acerca del agua fueron orientadas por organismos mundiales, tales como la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mun-

(10) A/RES/58/217, 9 de febrero de 2004.

(11) GA/10967 document A/64/L.63/REV.1.

(12) Angola, Antigua y Barbuda, Arabia Saudita, Azerbaijón, Bahrein, Bangladesh, Benin, Eritrea, el Estado Plurinacional de Bolivia, Burundi, Congo, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Fiji, Georgia, Guinea, Haití, Islas Salomón, Madagascar, Maldivas, Mauricio, Nicaragua, Nígeria, Paraguay, República Centroafricana, República Dominicana, Samoa, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Serbia, Seychelles, Sri Lanka, Tuvalu, Uruguay, Vanuatu, República Bolivariana de Venezuela y Yemen.

(13) <http://www.un.org/spanish/News> [Consulta: 30 julio 2010].

(14) Entre otros, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda, y el derecho al ambiente.

dial y los bancos regionales de desarrollo (15) que siempre han defendido la idea de que la forma de aumentar la disponibilidad de agua, es tratándola como un producto más del suelo y del subsuelo, que como el cobre, el oro o el petróleo, debe ser explorado y desarrollado por capitales privados que tengan el aliciente de la ganancia para animarse a invertir.

En este contexto, en 1996 el Banco Mundial creó el Consejo Mundial del Agua (World Water Council) una entidad no gubernamental y sin fines de lucro con sede en Marseille, Francia, que se define como un “think tank” que cada tres años, en torno al 22 de marzo —Día Mundial del Agua— organiza los Foros Mundiales del Agua, cinco hasta la fecha, (16) expresión de una visión neoliberal en la materia; lo que implica que el agua siga siendo considerada una commodity sujeta a los vaivenes de la oferta y la demanda.

Estas instituciones financieras internacionales, apoyando los procesos de privatización tan en auge en la última década del siglo XX, facilitaron créditos a las multinacionales del agua mientras se los negaban a las empresas públicas para su modernización (García, 2008: 82) lo que dio como resultado que las condiciones de suministro no hayan mejorado a pesar del disparatado incremento de las tarifas, provocando efectos devastadores sobretudo entre los sectores más desaventajados. Así ocurrió en países tan diversos como Argentina, Bangladesh, Costa de Marfil o Hungría. (Comisión de Derechos Humanos, 2004: 39).

En este sentido, en 2002, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó un informe sobre las posibles consecuencias de la liberalización de los servicios sobre el ejercicio de los derechos humanos en el que se advierte que si bien la inversión privada extranjera puede contribuir a mejorar la prestación de algunos servicios, modernizando las infraestructuras nacionales e introduciendo nuevas tecnologías, si la reglamentación para proteger los derechos humanos no resulta suficiente y adecuada, puede ponerse en riesgo el acceso a los servicios básicos de los sectores sociales menos favorecidos. Por ello es responsabilidad del Estado asegurar el acceso universal a los servicios esenciales.

Sin embargo, las grandes corporaciones del agua, que no son muchas, pero sí muy poderosas (17) difícilmente son sancionadas por suministrar agua de calidad inadecuada o por los excesivos y frecuentes aumentos de tarifas. Los plazos de las concesiones suelen ser muy largos y los contratos de difícil rescisión, no obstante el incumplimiento de lo pactado. Y cuando los gobiernos, presionados por una ciudadanía insatisfecha, han pretendido exigir las obligaciones contractuales —sobre todo las de ampliar las redes hacia los sectores más desfavorecidos— en muchos casos las empresas abandonaron la prestación del servicio para presentar más tarde abultadas demandas de indemnización ante la instancia que “arbitra” las diferencias entre las sociedades transnacionales y los Estados: el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones (CIADI) cuya sede es la del Banco Mundial y el Presidente de este último preside asimismo su Consejo Administrativo (18).

(15) Banco Europeo de Inversiones, Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Asiático de Desarrollo, Banco Africano de Desarrollo y Banco Islámico de Desarrollo.

(16) I Foro Mundial del Agua, 1997, Marrakech; II Foro Mundial del Agua, 2000, La Haya; III Foro Mundial del Agua, 2003, Kyoto; IV Foro Mundial del Agua, 2006, México; y V Foro Mundial del Agua, 2009, Estambul.

(17) Básicamente, las francesas Vivendi —ahora Veolia Environment— y Suez-Lyonnaise des Eaux (Ondeo), clasificadas en los puestos 51 y 99 respectivamente en el Global Fortune en 2001 (sobre 500) que controlan aproximadamente el 70% del mercado mundial; la alemana RWE, en el puesto 53 de ese ranking, que compró a la británica Thames Water y American Water Works Co, de Estados Unidos de Norteamérica, que adquirió a Azurix.

(18) El CIADI (ICTSD, por sus siglas en inglés) es una poderosa estructura en el seno del Banco Mundial que fue instituida en 1965 en Washington por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

Más aún. No obstante que la mayoría de las privatizaciones a favor de estas transnacionales del agua se han dado, a su interés, en grandes núcleos urbanos porque son mercados altamente rentables, han sido numerosas las experiencias de sus fracasos.

En relación a lo anterior, seguramente el caso más emblemático sea el de Cochabamba donde se desató una protesta masiva de la población que se conoce mundialmente como la “guerra del agua”.

En 1998, el Banco Mundial se había negado a otorgar un préstamo de US\$ 25 millones a Bolivia salvo que el gobierno vendiera su sistema de suministro público de agua de esa ciudad de quinientos mil habitantes al sector privado y que los costos fueran imputados a los consumidores. El gobierno, tras un procedimiento jurídico inusitado (licitación pública con cláusula de confidencialidad) en 1999 le otorgó la concesión al único oferente, Aguas del Tunari, una filial del conglomerado norteamericano Bechtel, que debía emprender un enorme proyecto para suministrar no sólo agua sino también energía hidroeléctrica y riego durante cuarenta años. Casi en simultáneo se aprobó la Ley de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario, marco jurídico que les otorgó el derecho de recuperación de costos a las empresas privadas. Y aunque éstas habían asegurado que las tarifas aumentarían “sólo” en un 35%, en realidad se duplicaron o triplicaron, de manera que llegaron a alcanzar hasta a una cuarta parte de los ingresos mensuales promedio de una familia a comienzos de 2000 (Centro Internacional de Políticas para el Crecimiento Inclusivo, 2008: 3).

Al respecto, cabe apuntar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 15, menciona entre las violaciones a la obligación de respetar el derecho al agua en que puede incurrir un Estado, los aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio y la interrupción o desconexión arbitraria o injustificada de los servicios o instalaciones.

De inmediato se produjeron protestas masivas que pronto se intensificarían ya que ni el gobierno ni Aguas del Tunari tomaron medidas para atender las inquietudes de los usuarios cochabambinos. Un masivo movimiento de trabajadores y campesinos crearon la Coordinadora de Defensa del Agua y de la Vida —más conocida como “la Coordinadora”— para “desprivatizar” el sistema de suministro de agua local. Decenas de miles de manifestantes tomaron las calles de Cochabamba para expresar su descontento por el aumento de las tarifas y los consecuentes cortes del suministro en una huelga general que paralizó totalmente la ciudad. La confrontación con la policía y las fuerzas militares resultaron en una muerte, docenas de heridos y centenares de arrestados. Sin embargo, las manifestaciones continuaron hasta que en abril de 2000 el gobierno dejó sin efecto la concesión, liberó a los manifestantes detenidos y derogó la Ley de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario mientras los directores de Aguas del Tunari y de Bechtel abandonaban Bolivia dejando detrás de ellos una empresa desmantelada y endeudada (Public Citizen, 2003: 5) El 25 febrero 2002 registraban una demanda ante el CIADI contra Bolivia en concepto de indemnización por unos US\$ 25 millones (19).

El servicio de agua y saneamiento en Argentina.

En nuestro país, la Nación asumió la responsabilidad del saneamiento urbano en el año 1892 creando por Ley 2.927 la Comisión de Obras de Salubridad y en 1912 al dar origen mediante la Ley 8.889 a un organismo pionero en Sudamérica, denominado Obras Sanitarias de la Nación, dedicado al estudio, construcción y administración de obras destinadas a la provisión de agua potable para uso doméstico “en las ciudades, pueblos y colonias de la Nación”, así como a expandir los servicios de provisión de aguas y desagües cloacales en Capital Federal y que en la década de 1940 alcanzó a varios distritos de la Provincia de Buenos Aires dando origen a un sistema unificado que perduró hasta la privatización a fines del siglo.

La prestación de servicios en las provincias se debió al mandato constitucional de promover el bienestar general y la salud de la población, que excede los límites interjurisdiccionales, pero fundamentalmente a la insuficiencia de medios financieros y técnicos locales.

(19) Aguas del Tunari SA c/República de Bolivia (ICSID Case ARB/02/3).

A mediados del siglo XX, el organismo era la responsable del 85% de la actividad del sector, ejerciendo su rol de planificador, constructor y operador de los servicios de provisión de agua y desagües cloacales en la casi totalidad del país.

Más tarde sufrió un retroceso que terminaría en 1980 —en plena dictadura— con el desmembramiento de OSN en empresas provinciales a las que se les transfirió la gestión del servicio y su patrimonio, pero manteniendo la prestación unificada para la Capital Federal y catorce distritos del conurbano bonaerense (20).

La calidad del servicio bajó notablemente no obstante que, en las últimas dos décadas se registró un notorio crecimiento de la provisión de estos servicios a nivel nacional. Así, mientras en 1980 la población servida por agua potable era del 57,3%, en 2001 llegaba al 83,2%; y respecto a los desagües cloacales, el incremento fue desde el 29,7% en 1980 hasta el 50,2% en 2001. Aunque hay que advertir —como dijimos al comienzo— que se constatan grandes asimetrías territoriales (Augé, 2007: 14).

En el último tramo del siglo XX Argentina (tanto el Estado federal como varias de las provincias) se embarcó en el modelo global de privatización de los servicios públicos que, como ya apuntamos, era impulsado desde los organismos internacionales de crédito que otorgaron apoyo financiero ad hoc, pre y posprivatización (Muñoz, 2004: 75) y que en el ámbito federal estuvo enmarcado por las Leyes 23.696, de Reforma del Estado y 23.697, de Emergencia Económica y que las provincias imitaron. En 1989 primero se intervino la empresa nacional a través del Decreto PEN 252/89 y luego de la declaró sujeta a privatización. Al año siguiente se dispuso la concesión de los servicios de distribución y comercialización prestados por la empresa y en 1992 se estableció mediante el Decreto PEN 999/92 el marco regulatorio del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales. En virtud del mismo, se definió a dicho servicio como la captación y potabilización, transporte, distribución y comercialización de agua potable; y la colección, tratamiento, disposición y comercialización de desagües cloacales, incluyéndose también los efluentes industriales cuyo vuelco fuera permitido por el régimen vigente.

Luego, como resultado del llamado a licitación pública internacional, por Decreto PEN 787/93 se aprobó la adjudicación de la concesión por el plazo de treinta años de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales hasta entonces prestados por la OSN a favor del consorcio Aguas Argentinas SA (en formación) constituido por las francesas Lyonnaise des Eaux-Dumez (39,9%) y Compagnie Generale des Eaux-Vivendi (7,6%), la española Sociedad General Aguas de Barcelona (25%), la británica Anglian Water (4,2%), el Banco de Galicia y Buenos Aires SA (8,3%), el Programa de Propiedad Participada (trabajadores de la empresa, 10%) y la Corporación Financiera Internacional (5%) por la capitalización de un préstamo otorgado por el Banco Mundial de quien depende. Su ámbito territorial era la Capital Federal y los partidos de Almirante Brown, Avellaneda, Esteban Echeverría (y luego Ezeiza), La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora, Morón (y más tarde Hurlingham e Ituzaingó), San Fernando, San Isidro, San Martín, Tres de Febrero, Tigre y Vicente López, que totalizaban poco más de nueve millones de habitantes. En 1996 se sumó Quilmes.

El contrato contenía compromisos de inversión por aproximadamente US\$ 4.000 millones, metas explícitas de cobertura y calidad del servicio y mecanismos de revisiones tarifarias ordinarias quinquenales, así como revisiones extraordinarias por incremento de costos. Sin embargo, apenas transcurridos ocho meses de iniciada la concesión, la empresa concesionaria solicitó una “revisión extraordinaria” de las tarifas, aduciendo pérdidas operativas no previstas. Se autorizó, en junio de 1994, un aumento del 13,5%, la incorporación de nuevas obras en reemplazo de algunas de las previstas originalmente y, de hecho, el perdón frente a los incumplimientos de inversión acumulados hasta allí.

Diversas renegociaciones contractuales se dieron desde teniendo todas ellas como denominador común el incremento real de las tarifas, en particular para los sectores de más bajos ingresos, por,

(20) http://www.mecon.gov.ar/Obras_Sanitarias [Consulta: 3 setiembre 2010]

entre otras causas, la creciente incorporación de cargos fijos sobre la tarifa básica, sin consideración respecto al tipo de usuario, zona de residencia, metros cuadrados totales y construidos o antigüedad de la vivienda.

Así, desde mayo de 1993 y hasta enero de 2002 la tarifa media del servicio se incrementó un 88% (mientras los precios minoristas habían aumentado un 7%). Peor aún, la tarifa mínima tuvo un aumento del 200%.

Después de la salida de convertibilidad en 2002 y durante el proceso de renegociación de los contratos con las empresas privadas en el marco de la Ley 25.561, Aguas Argentinas SA mostró claramente su falta de disposición a renunciar a los exorbitantes privilegios que había ostentado y hasta presentó una demanda ante el CIADI —luego suspendida— por US\$ 1.800 millones (21).

El 22 de marzo de 2006 el gobierno de Néstor Kirchner invocando, entre otros motivos, que la concesionaria había priorizado su interés económico proveyendo servicios en áreas rentables, dejando a los sectores más humildes desprovistos de agua; que existían elevadísimos niveles de nitrato en el agua proveída, superando lo permitido; y que se había incumplido el contrato en relación a la presión del agua, rescindió por culpa del concesionario por medio del Decreto PEN 303/06 el contrato de concesión de Aguas Argentinas SA, reasumiendo el Estado argentino transitoriamente la operación y la prestación del servicio. El mismo día se dispuso a través del Decreto PEN 304/2006 la constitución de la sociedad “Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima” (AySA) bajo el régimen de la Ley 19550, de sociedades comerciales, con un 90% de capital del Estado Nacional y 10% de los trabajadores a través del Programa de Propiedad Participada, lo que fue ratificado por Ley 26.100 que a posteriori dictó un nuevo marco regulatorio creando el Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS) por medio de la Ley 26.221 en sustitución del anterior ETOSS.

Esta nueva normativa, que viene a cumplir con el imperativo del Artículo 42 CN —antes incumplido— de que toda la reglamentación en materia de servicios públicos debe ser dispuesta exclusivamente por ley formal (Quiroga Lavié y otros, 2001: 321) modificó radicalmente en el nivel federal la regulación del servicio de agua potable y saneamiento (Bosch, 2008: 892) estableciendo, ya desde su Preámbulo, que el acceso al agua es un derecho humano, reiterando lo dicho en el Decreto 303/06, e indicando, además, que “el principio de eficiencia debe ser entendido y aplicado de forma complementaria con el principio de equidad, por lo que en ninguna circunstancia los intervinientes podrán utilizar argumentos fundados en la incompatibilidad de ambos principios rectores”. Además, entre sus objetivos se impone resaltar que se tiende a la protección de la salud pública, los recursos hídricos y el medio ambiente; asegurar que las tarifas y precios que se apliquen a los servicios sean razonables y contemplen criterios de equidad distributiva entre los usuarios, sin perjuicio de los subsidios que se establezcan para aquellos que económicamente no puedan acceder a pagar los servicios regulados; y promover la difusión y concientización de la población sobre la necesidad de la protección y la conservación del agua, los servicios sanitarios y sus bienes.

El agua en las Constituciones latinoamericanas

Una de las formas para hacer efectivos los derechos humanos —todos, también el derecho al agua— es adecuar la normativa nacional al derecho internacional de los derechos humanos, de conformidad con la obligación que surge, en este sentido, de varios instrumentos internacionales, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículo 2.1); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 2.2.) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 2). Y consagrar en la jerarquía suprema este derecho, lo óptimo.

Sin embargo aún son pocas las constituciones que reconocen específicamente el derecho al agua imponiendo obligaciones al Estado, en el sentido de asegurar la disponibilidad, calidad y accesibilidad de tan preciado recurso, con carácter universal. Esto significa que, mas allá de valorar que

(21) Aguas Argentinas SA, Suez (Francia), Vivendi Universal SA (Francia) y Sociedad General de Aguas de Barcelona SA (España) c/República Argentina (ICSID Case ARB/03/19).

numerosos textos supremos al proteger el derecho a la vida, a la salud, al ambiente sano o al desarrollo sustentable, por ejemplo, estarían indirectamente, incluyendo el derecho al agua —y al saneamiento—, en todo el mundo sólo unos pocos textos constitucionales tutelan autónomamente a este derecho (22).

La República Oriental del Uruguay fue pionera en este sentido a través de un mecanismo previsto en el Artículo 331.A de su Constitución que, por archidemocrático, es poco frecuente en el derecho comparado: la iniciativa popular constitucional, instrumento que habilita a que el 10% de los ciudadanos presente un proyecto articulado ante el Presidente de la Asamblea Legislativa, y luego de que las autoridades electorales certifiquen las firmas presentadas, en la elección más próxima, el proyecto sea sometido a la opinión del pueblo.

Esta forma de democracia semidirecta fue promovida por una treintena de organizaciones sociales y políticas que se oponían a ampliar la privatización de los servicios de agua potable y de saneamiento al país entero que habían comenzado en el Departamento de Maldonado, en primer lugar con la compañía Aguas de la Costa (subsidiaria de Suez-Lyonnesse des Aux) seguida luego por Uragua (subsidiaria de la española Aguas de Bilbao) y que, como ha sucedido en la mayoría de los casos, tuvo consecuencias más que negativas: amplios sectores de la población no podían acceder al agua potable por no poder pagar los costos del servicio, el que disminuyó considerablemente su calidad en comparación al ofrecido por la compañía estatal de agua, Obras Sanitarias del Estado (OSE).

El trabajo de los grupos promotores, quienes supieron transmitir el espíritu y el contenido de las normas propuestas, permitió un masivo triunfo de la iniciativa popular. El 31 de octubre de 2004 se impuso por el 57,90% de los electores habilitados y por el 64,61% de los votos emitidos el “SI” al proyecto de reforma constitucional del Artículo 47 que incorporaba en el supremo nivel normativo oriental el acceso al agua potable y el acceso al saneamiento como derechos humanos fundamentales; que el servicio sanitario sea provisto en el futuro exclusivamente por “agentes estatales” y que prime el uso del recurso como bien social por sobre cualquier interés económico particular.

En 2008, en Colombia —país que ocupa el segundo lugar en cuanto a disponibilidad de recursos hídricos en América Latina y el séptimo en el mundo— sesenta organizaciones ambientalistas, indígenas, sindicales y sociales aglutinadas en el Comité Nacional en Defensa del Agua y de la Vida (CNDV) iniciaron una campaña con similar propósito. Y si bien se juntaron y aún, superaron, las firmas requeridas, (23) luego de meses de evasivas por parte del Congreso debido a su falta de voluntad política (sobre todo por parte del oficialismo) ese referéndum terminó frustrándose.

A su turno, el 20 de octubre de 2008 entró en vigencia en Ecuador un nuevo texto supremo, aprobado por el pueblo en referéndum constitucional el 28 de setiembre anterior, que introdujo en los Artículos 14 y 32 la figura del buen vivir o *sumak kawsay*, concepción construida históricamente por los pueblos originarios como instrumento de transformación de un nuevo paradigma constitucional (Silva Portero, 2008: 111) y que también se incorporaría luego en la Constitución boliviana de 2009.

A instancias de diversas organizaciones sociales, ambientalistas, indígenas y campesinas que entendían que era necesario terminar con la idea de los gobiernos neoliberales de la década anterior que consideraban el agua como una mercancía más, la ley suprema consignó en los Artículos 12, 32, 66 y 318 que el agua es un bien esencial para la salud y la vida y que el acceso al agua potable y al saneamiento constituyen derechos humanos fundamentales; prohibiéndose además toda forma de privatización del agua; y estableciéndose que su gestión será exclusivamente pública o comunitaria; y que el servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.

(22) Constituciones de Bolivia, Congo, Ecuador, Etiopía, Gambia, Kenya, Nigeria, Sudáfrica, Uganda, Uruguay y Zambia.

(23) <http://www.registraduria.gov.co> [Consulta: 16 agosto 2009].

En Bolivia, luego de sortearse diversos obstáculos, el 21 de octubre de 2008 el Congreso Nacional sancionó la Ley 3942 convocando al pueblo a ratificar o no el día 25 de enero de 2009 el texto supremo en referéndum constitucional. La nueva Constitución fue publicada, dándosele gran difusión con el propósito de que fuera evaluada a cabalidad por la ciudadanía. Según la Corte Nacional Electoral dos millones sesenta y cuatro mil trescientos noventa y siete bolivianos, esto es, el 61,43% de los habilitados, votó a favor de esa norma suprema, (24) la que fue promulgada el 7 de febrero de 2009 en la Ciudad de El Alto de la Paz.

Ya desde el Preámbulo se sostiene que se está construyendo un nuevo Estado, “basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos”. Mas adelante, en el Artículo 16.I la Constitución señala que toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación y en el Artículo 13 que los “los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”. Por este motivo, y tras su presentación al Congreso Nacional, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través de una carta entregada el 14 de diciembre a la representante de Bolivia en esa organización, hizo conocer su complacencia por el nuevo texto constitucional calificándolo de “ejemplar para todos los pueblos del mundo”.

La nueva Constitución boliviana también estipula en el Artículo 20 que toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable y alcantarillado, siendo responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los mismos, a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias y respondiendo a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria, con participación y control social; constituyendo el acceso al agua y alcantarillado derechos humanos que no son objeto de concesión ni privatización y que están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a la ley.

En nuestro país, la constitución provincial que más ha avanzado en el reconocimiento del derecho al agua ha sido la de Entre Ríos, a partir de su última reforma. En ese extenso texto, sancionado en Paraná el 3 de octubre de 2008, expresamente se consagra en el Artículo 85 que el agua “es un recurso natural, colectivo y esencial para el desarrollo integral de las personas y la perdurabilidad de los ecosistemas. El acceso al agua saludable, potable y su saneamiento es un derecho humano fundamental. Se asegura a todos los habitantes la continua disponibilidad del recurso. El servicio público de suministro de agua potable no podrá ser privatizado, a excepción del que presten las cooperativas y consorcios vecinales en forma individual o conjunta con el Estado provincial, los municipios, las comunas, los entes autárquicos y descentralizados, las empresas y sociedades del Estado. Los usuarios tendrán participación necesaria en la gestión”.

Conclusiones

El agua, a la vez que elemento esencial para la vida humanas es un recurso escaso en el mundo. En el caso de nuestro subcontinente, no obstante que Latinoamérica es una de las regiones con más alta disponibilidad de recursos hídricos, ello no significa que toda su población acceda al agua en la cantidad y calidad necesaria para una existencia digna. Por el contrario son muchos —también en nuestro país— los que no gozan de este derecho fundamental que, además, está estrechamente vinculado con otros derechos humanos igualmente esenciales.

Luego de que la comunidad internacional decidiera encarar el arduo desafío de mitigar esta oprobiosa realidad y que incluso se reconociera —al menos formalmente— que el acceso al agua

(24) <http://www.cne.org.bo> [Consulta: 30 enero 2009].

potable y a los servicios sanitarios son derechos humanos básicos, algunos estados de nuestro hemisferio han avanzado aún más, consagrándolos en el supremo nivel normativo.

Se trata de válidas iniciativas —aunque en absoluto suficientes— que intentan tutelar jurídicamente la accesibilidad con carácter universal a tan indispensable bien.

Bibliografía.

ACNUR. “Walk for Water, Walk for Life”. World Water Day, 22 March 2009.

AUGE, Miguel. “Agua potable y saneamiento en Argentina”, EN: Defensoría del Pueblo de la Nación. Argentina. Foro Regional del Agua Problemática del Acceso al Agua Potable y al Saneamiento en Argentina, Córdoba, 2007.

BOSCH, Martín. “El régimen sancionatorio en el servicio público de agua potable y saneamiento”, EN: El Derecho, 2008 228: 888-902.

CENTRO INTERNACIONAL DE POLITICAS PARA EL CRECIMIENTO INCLUSIVO (CIP-CI), Grupo de Pobreza, Oficina para Políticas de Desarrollo, PNUD, Internacional Policy, Nro. 10, Brasilia, diciembre de 2008.

GARCIA, Aniza. El derecho humano al agua. Madrid: Trotta, 2008.

MUÑOZ, Alberto. “Santa Fe: hasta que se vaya Suez”, EN: AAVV. Las canillas abiertas de América Latina. La resistencia a la apropiación privada del agua en América Latina y en el mundo. Montevideo: Casa Bertolt Brecht, 2004, 74 - 79.

NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. El derecho a la alimentación. Informe anual del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler, E/CN.4/2004/10, 9 de febrero de 2004

PUBLIC CITIZEN. Water Privatization Fiascos: Broken Promises and Social Turmoil. Washington, 2003

QUIROGA LAVIE, Humberto, BENEDETTI, Miguel Angel y CENICACELAYA, María de las Nieves. Derecho constitucional argentino. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001.

SILVA PORTERO, Carolina. “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?”, EN: Avila Santamaría, Ramiro. La Constitución del 2008 en el contexto andino. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, 111 - 112.

UNHCHR. La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos. Informe. E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25 de junio de 2002.

VILLAN DURAN, 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 Cançado Trindade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, t. 4.

Los 7 “valores clave” de la ética policial en los países de la Unión Europea

POR MICHEL DEYRA (*) Y JUAN H. GARCÍA ZEBALLOS (**)

Resumen

El contacto dialéctico entre el orden y la libertad explica las relaciones, a veces difíciles, entre la policía y los ciudadanos. Para mejorar estas relaciones, necesitamos acciones de la policía “éticamente aceptables”. En los países de la Unión Europea, muchos textos definen estas reglas: la Convención Europea de salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950), las normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes (1987), la Carta de Derechos Fundamentales, (2000), el Código Europeo de Ética de la Policía (2001), y las leyes nacionales de los Estados. Podemos identificar siete valores fundamentales: la apertura, la transparencia, la lealtad, la integridad, la ejemplaridad, la dignidad de la persona humana, y la responsabilidad.

El objetivo de la policía, es sobre todo, hacer cumplir la ley, pero respetando la ley: un código de ética para la policía, con los siete valores clave, es el primer paso que logra estos objetivos, o al menos tratar de alcanzarlos.

Résumé

Le rapport dialectique entre l'ordre et la liberté explique les relations parfois difficiles entre la police et les citoyens. Pour améliorer ces relations, il faut des actions de police « éthiquement acceptables ». Dans les pays de l'Union européenne, de nombreux textes définissent ces règles : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950), les normes du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (1987), la Charte des droits fondamentaux de l'Union (2000), le Code européen d'éthique de la police (2001), et le droit national des Etats. On peut ainsi dégager 7 valeurs clés : l'ouverture, la transparence, la loyauté, l'exemplarité, l'intégrité, la dignité de la personne humaine, la responsabilité.

L'objectif de la police est avant tout faire respecter l'Etat de droit ... tout en respectant celui-ci: un Code de déontologie de la police, affirmant ces 7 valeurs clés, est le premier pas qui permet d'atteindre ces objectifs, ou en tout cas d'essayer de les atteindre.

Palabras clave: policía, valores, ética, Unión Europea.

1. Introducción

El contacto dialéctico entre el orden y la libertad explica las relaciones a veces difíciles entre la policía y los ciudadanos. Sin embargo, estos últimos aceptan, incluso aprueban, el ejercicio de la autoridad legítima por parte de la policía desde el momento en que se percibe que cumple sus misiones de manera éticamente aceptable y con fines democráticos: en estas condiciones la policía debería tener el apoyo de los ciudadanos, lo que la reforzaría en su acción.

Para sobrellevar la oposición entre orden y libertad, es necesario pues acciones de policía “éticamente aceptables”. El respeto de los 7 valores que constituyen esta ética (el arte de comportarse consigo mismo y con los demás), no es solamente una obligación, porque, además de la ventaja de reconciliar a la policía y a los ciudadanos, puede ser utilizado como instrumento de regulación en la organización de la policía.

(*) Instituto de Preparación para la Administración General. Universidad de Auvergne.

(**) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (U.N.L.P.).

Convendrá encarar el sentido y el alcance de estos valores en tres esferas de derecho:

- *Según la Unión europea (UE)*, con la Carta de derechos fundamentales de la Unión (2000), síntesis de los valores comunes a los estados de la UE, cuya fuerza jurídica es indiscutible desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009) y que será la futura referencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea (CJUE), con una fuerza idéntica a la de los tratados.

- *Según el Consejo de Europa* que propone un modelo de funcionamiento de las instituciones policial y judicial con las normas del Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes (CPT) creado en 1987 y el Código europeo de ética de la policía (CEEP) adoptado en 2001, simple recomendación del Comité de Ministros de CE, pero que brinda también una aclaración pertinente a la Convención Europea de salvaguarda de los derechos humanos y libertades fundamentales (CESDHLF), aclaración que sirve de referencia a la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), pero que se arriesga a una contradicción de jurisprudencia con la CJUE.

- *Según el Derecho administrativo y las libertades públicas en Francia*, ampliamente influenciadas por los textos precedentes (principalmente la CSDHLF), pero que a veces han anticipado, incluso sobrepasado, fundamentalmente de manera general el estatuto de la función pública (1983), y de manera particular el Código de Deontología de la Policía Nacional (CDPN) de 1986, actualizado en 2009.

Es de notar que el Derecho Internacional de los Derechos de la Persona, deberá ser dejado de lado, principalmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1965, que posee no obstante, una fuerza obligatoria para los Estados Partes (entre ellos Argentina) pero ¡"Quién puede lo más (Derecho europeo) puede lo menos (Derecho internacional)"!

Hay 7 valores claves que se pueden reagrupar en 5 puntos:

1. La Apertura y la Transparencia.
2. La Lealtad.
3. La Ejemplaridad y la Integridad.
4. La Dignidad de persona humana.
5. La Responsabilidad.

2. La Apertura y la Transparencia

La apertura ha girado hacia el exterior; la policía debe tener en cuenta lo que hay en el exterior de ella misma: la preeminencia del Derecho y el derecho a la libertad y a la seguridad. La transparencia, ha girado hacia el interior; la policía debe tener en cuenta lo que hay en el interior de ella misma: la información de los ciudadanos y la formación de los policías.

2.1. La preeminencia del Derecho

Para los Estados que practican el demo-liberalismo existen 5 implicaciones derivadas:

a) Los servicios de policía deben ejercer sus misiones en la sociedad civil bajo la responsabilidad de las autoridades civiles (CEEP). La estructura organizacional (civil o militar) de la policía difiere mucho según los países (1), pero siempre respetando la historia y las tradiciones de los Estados, es indispensable que el ejercicio de las misiones de policía en la sociedad civil, ya sea que estén

(1) En Europa del Oeste y del Norte, la policía es esencialmente civil; en varios PECO (países de Europa central y oriental) la policía está organizada según una estructura militar, mientras que en la parte meridional del continente, los dos modelos existen, incluso coexisten en algunos países.

aseguradas por servicios civiles o militares, esté puesto bajo la responsabilidad de las autoridades civiles (2).

b) Las operaciones de policía deben ser llevadas a cabo de conformidad con el Derecho y normas internacionales en vigor, y principalmente los Pactos Internacionales (PIDCP y PIDESC).

c) La legislación que organiza la policía debe ser accesible a los ciudadanos, es decir suficientemente clara y precisa, para que el ciudadano pueda defender sus derechos contra el poder de la policía.

d) El personal policial está sometido a la misma legislación que los ciudadanos, las únicas excepciones pueden justificarse sólo en vista de asegurar el buen desarrollo de las tareas de la policía. Es un principio esencial del Estado de Derecho que quiere que la ley se aplique igualmente a todos los ciudadanos, incluyendo a aquéllos que, como el personal de policía están encargados de aplicarla (concepción rusioneana del contrato social).

e) Toda medida disciplinaria tomada con respecto a un policía, debe ser sometida al control de un órgano independiente o de un tribunal. Con dos ventajas principales: es, para el personal de policía una garantía contra la arbitrariedad; y es también una apertura de la policía sobre la sociedad, ya que las audiencias de justicia son generalmente públicas

2.2. El derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad

Una persona puede ser privada de su libertad respetando el Artículo 5 de la CESDHLF (3). Pero el ejercicio regular de la policía, que está en la misma base del proceso regular del artículo, (artículo 6 CESDHLF) estará garantizado por tres reglas específicas que traducen también el respeto del valor “Dignidad”:

a) La trinidad de derechos prioritarios. Es necesario primeramente ponerlos en práctica para todas las personas detenidas. En primer lugar, el derecho para la persona de poder informar de su detención a un tercero de su elección (familia, amigo, cónsul) aunque el ejercicio de este derecho puede ser sometido a excepciones, destinadas a proteger los intereses legítimos de la investigación policial. En segundo término, el derecho de tener acceso a un abogado, aunque con el objetivo de preservar los intereses legítimos de la investigación policial, puede ser necesario retardar durante cierto tiempo el acceso de una persona detenida al abogado de su elección (4). En tercer lugar finalmente, el derecho de pedir un examen por un médico de su elección, además de todo examen efectuado por un médico llamado por las autoridades de policía.

(2) Ver en Francia, la Gendarmería Nacional puesta bajo el control del Ministerio del Interior, o en Europa del Norte bajo el control del Ministerio de Justicia.

(3) Artículo 5: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y según las vías legales: a) si es detenido regularmente después de condena por un tribunal competente; b) si ha sido objeto de un arresto o de una detención regular por resistencia a una orden dada, conforme a la ley, por un tribunal o en vista de garantizar la ejecución de una obligación prescrita por la ley; c) si ha sido arrestado y detenido en vista de ser conducido ante la autoridad judicial competente, cuando haya razones plausibles de sospechar que ha cometido una infracción o que hay motivos razonables de creer en la necesidad de impedirle cometer una infracción o huir luego de cometer ésta; d) si se trata de la detención regular de un menor, decidida para su educación vigilada o de su detención regular, para llevarlo ante la autoridad competente; e) si se trata de la detención regular de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un alienado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) si se trata del arresto o de la detención regular de una persona para impedirle penetrar irregularmente en el territorio, o contra la cual un procedimiento de expulsión o extradición está en curso”.

(4) Ver CEDH, 10 de noviembre de 2009, Bolukoç y otro c/ Turquía. Y los tribunales franceses en 2010 han condenado a Francia sobre la base del artículo 5-2 de la CESDHLF, tal como fuera interpretado recientemente por la CEDH que exige la presencia del abogado, desde el primer momento de la detención con la comunicación efectiva del expediente, (y no solamente la comunicación de la fecha de los hechos y de la naturaleza de la infracción).

b) El derecho a un proceso de interrogatorio regular. Además de la obligación de informar rápidamente a toda persona privada de su libertad de las razones de esta privación y de toda acusación dirigida contra ella, el procedimiento de interrogatorio según los informes del CPT, debería ser objeto de directivas claras que tratan entre otras las siguientes cuestiones: información al detenido sobre la identidad (nombre y/o matrícula) de las personas presentes en ocasión del interrogatorio; duración de los interrogatorios y períodos de descanso entre éstos; lugares en los cuales los interrogatorios puedan desarrollarse; obligación de consignar todo sistemáticamente desde el comienzo al fin de los interrogatorios. Por otra parte, la posibilidad de registro electrónico de los interrogatorios de policía es otra garantía útil contra los malos tratamientos de detenidos y presenta también ventajas considerables para la policía.

c) La obligación de separar ciertas personas detenidas. Es necesario tanto como sea posible, separar las personas privadas de su libertad por tres hipótesis: separar las personas sospechadas de una infracción penal de aquéllas privadas de su libertad por otras razones; separar los hombres de las mujeres; separar las personas mayores de los/las menores privados/as de su libertad.

2.3 La información de los ciudadanos

La transparencia, que deja percibir algo oculto, implica el respeto de cuatro puntos básicos por parte de la policía.

a) La obligación de proveer a los ciudadanos informaciones objetivas sobre actividades de la policía, lo que permitirá ganar la confianza de la población, sin por esto develar las informaciones confidenciales.

b) La obligación de actuar de manera de ser claramente identificado; porque el público debe poder reconocer fácilmente los puestos de policía, la policía de uniforme, los equipos (vehículos) (5). Esto forma parte de la exigencia general de transparencia de la policía, pero sirve igualmente, para facilitar el acceso a la policía en caso de urgencia.

c) La obligación de atestar su calidad de policía y su identidad profesional, lo que no implica necesariamente que el apellido del policía sea revelado. Esta prescripción según la cual los policías deben normalmente dar a conocer su identidad profesional antes, durante o después de una intervención, está estrechamente ligada a la responsabilidad personal de la policía por sus acciones u omisiones. En la ausencia de posibilidad de identificar al policía, la responsabilidad personal, del punto de vista del público, no es más que una fórmula vacía de sentido. Pero es claro que la aplicación de esta regla debe sopesar, caso por caso, el interés público y la seguridad del personal de policía.

d) El derecho para los administrados de poder acceder a los documentos, porque la transparencia administrativa se aplica también a los servicios de policía. La mayor parte de los países democráticos han adoptado leyes que contrarían la tendencia al secreto de toda burocracia, al imponer la transparencia del trabajo administrativo. Sin embargo, si la divulgación de informaciones presenta un riesgo o una amenaza para la seguridad pública molestando el mantenimiento del orden o debilitando la protección de las personas y de los bienes, es posible rechazar la comunicación de documentos referidos a esas informaciones (6).

2.4 La formación de los policías

Es necesario igualmente una apertura y una transparencia en el reclutamiento y la formación de la policía:

a) Un reclutamiento diversificado, que debe hacerse por concurso interno (promoción social de los policías) y externo (renovación y rejuvenecimiento de los efectivos).

(5) Salvo excepciones, como los coches ocultos.

(6) Así para la organización de los servicios de seguridad los equipos utilizados.

b) Una formación abierta hacia el exterior: un servicio de policía obligado a conducir sus misiones con el apoyo de la población, debe vigilar que su personal sea formado en un ambiente tan próximo como sea posible a las realidades sociales, tanto se trate del aspecto material (lugar y equipamiento) (7) o del aspecto intelectual de la formación (formación exterior, en donde se haga intervenir a otras instituciones, que la policía ofrezca además de la formación interna).

c) Una formación inicial y continua: es necesaria una formación inicial general, a la cual deben agregarse, dispensadas a intervalos regulares, sesiones de formación continua y de formación especializada.

3. La Lealtad

Es el hecho de respetar la condición requerida por la ley. La lealtad entendida como deber de defensa de las instituciones y de los valores republicanos, debe ser considerada como el primer deber de la policía. La lealtad reviste cuatro dimensiones.

3.1 La obligación de servir

El policía debe consagrarse exclusivamente a sus funciones (8). A veces, se agrega una obligación de residencia y prohibiciones de acumular dos actividades públicas y/o una actividad pública y una actividad privada lucrativa.

3.2 El deber de obediencia

La obediencia es debida a las instrucciones del superior jerárquico, salvo en el caso donde la orden dada es manifiestamente ilegal y cuya naturaleza compromete gravemente un interés público. Cuando las dos condiciones son satisfechas, el deber de obediencia llega a su fin y el deber de desobedecer le sucede (teoría de las bayonetas inteligentes).

3.3 El respeto del secreto profesional y la discreción profesional

La Policía no debe divulgar informaciones obtenidas con motivo del ejercicio de sus funciones que pudieran perjudicar la vida privada de la persona detenida; las relaciones de los policías con los periodistas de cualquier medio que sean, deberían tener primeramente en cuenta esta obligación de discreción y de secreto profesional. Pero la obligación no es absoluta: la revelación de los secretos adquiridos es a veces obligatoria, principalmente en los siguientes casos: la denuncia de crímenes o delitos cuyo conocimiento es obtenido por un funcionario en el ejercicio de sus funciones, la comunicación de informes, piezas y documentos a las autoridades de justicia o el testimonio en materia criminal o correccional.

3.4 La obligación de reserva

El principio de neutralidad del servicio público, prohíbe al funcionario hacer de su función el instrumento de cualquier propaganda y lo somete a una obligación de moderación en la expresión de las opiniones que puedan perjudicar la consideración. El alcance de esta obligación es apreciado caso por caso por la autoridad jerárquica, bajo control del juez administrativo. La obligación de reserva es, en Francia, una construcción jurisprudencial compleja que varía de intensidad en función de diversos criterios: ubicación del funcionario en la jerarquía, circunstancias en las cuales se expresó, lugar de expresión (Francia o extranjero), modalidades de esta expresión (obligación menos gravosa para los funcionarios investidos de un mandato político o de responsabilidades sindicales). El policía tiene libertad de opinión (9), pero no puede expresarse si esto atenta contra el buen funcionamiento del servicio: el servicio público (de la policía) está al servicio del público y la

(7) Por ejemplo no formar policías en las casernas cerradas al público, sino en las Escuelas abiertas al exterior.

(8) Ley del 13 de julio de 1983, artículo 25: "los funcionarios consagran íntegramente su actividad profesional a las tareas que les son conferidas".

(9) Artículo 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.

expresión de las opiniones o el comportamiento de un agente, no deben perjudicar el principio de neutralidad del servicio público.

4. La Ejemplaridad y la Integridad

La ejemplaridad, es lo que puede servir de ejemplo como modelo ideal y la integridad es la cualidad de una persona que no se deja llevar por ningún vicio.

4.1 La ejemplaridad

La ética profesional contiene valores y una moral más vastas que el conocimiento y la aplicación de los textos. La ética no se desarrolla sino en la acción y el ejemplo.

a) El valor del ejemplo: el funcionario de policía debe dar ejemplo de respeto a la ley en todo tiempo y en toda circunstancia, absteniéndose de todo acto que pueda desconsiderar su función (lenguaje obsceno, blasfemo o injurioso) y evitando ser culpable de hechos contrarios al honor, a la probidad y buenas costumbres.

b) El principio de no discriminación. La efectividad de este principio es una de las prioridades actuales de Europa (10). El principio de no discriminación tiene consecuencias: sobre las misiones, sobre la organización y sobre el reclutamiento.

- sobre las misiones. La imparcialidad impone a la policía, por ejemplo, no tomar parte en un litigio que sea objeto de una investigación; no debe pronunciarse sobre la cuestión de la culpabilidad.

- sobre la organización de la policía que debe permitir su integración en la sociedad y llegado el caso, una cooperación efectiva con otros organismos: las comunidades locales, las Organizaciones no gubernamentales y otros representantes de la población, incluidos grupos minoritarios étnicos (11).

- sobre el reclutamiento que debe basarse en criterios no discriminatorios. Conviene además, aplicar una política tendiente a reclutar hombres y mujeres que representen a los diversos componentes de la sociedad, incluidos grupos minoritarios étnicos; el objetivo final es hacer que el personal de policía sea un reflejo de la sociedad al servicio de la cual se encuentra (12).

4.2 La integridad

La integridad se traduce esencialmente en la lucha contra la corrupción.

No existe definición internacional común de la corrupción, pero la definición de la corrupción elegida por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa (18 de febrero de 2000) tiene el mérito de ser simple y límpida: La corrupción corresponde a “la utilización y abuso del poder público para fines privados”. Son incriminados el hecho de solicitar (corrupción activa) tanto como aceptar sobornos (corrupción pasiva). La expresión “corrupción de la policía” encierra principalmente los comportamientos siguientes: venalidad, fabricación o destrucción de pruebas, tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con la función pública (con un provecho financiero ilegal), concusión, desvío

(10) En la Europa de los 27, con la decisión del Consejo del 28 de febrero de 2008 que ha instituido un marco plurianual para la Agencia de derechos fundamentales de la Unión, (2007-2012) teniendo como ámbitos prioritarios: las discriminaciones fundadas en el sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, incapacidad, edad, orientación sexual, o pertenencia a una minoría y toda combinación de estos motivos. En la Europa de los 46, el principio general de no discriminación y de igualdad es un elemento fundamental de los DDHH. Luego de la adopción del Protocolo número 12 a la CESDHLF, hay a partir de ahora, una prohibición general de la discriminación.

(11) La “policía al servicio de la comunidad” (community policing) es una idea que apareció en el Reino Unido; se trataba de asociar el conjunto de la comunidad a la prevención del crimen, pero también a su detección. La inseguridad en las grandes ciudades de Europa es un ejemplo de fenómeno de aspectos múltiples, frecuentemente ligados a problemas tales como la pobreza, el racismo y la delincuencia juvenil, que no puede ser eficazmente combatido sólo mediante la intervención de la policía, sino que requiere una gestión que haga intervenir numerosos actores.

(12) Ver en Francia la experiencia reciente de las Clases preparatorias de integración, (CPI) para los concursos de Comisarios y de Oficiales de Policía y de Gendarmería.

de bienes, favoritismo-nepotismo. La tentativa de corrupción es igualmente un delito: así, solicitar o aceptar sobornos o dádivas antes o después del cumplimiento del acto (o la abstención) del mismo.

El delito de corrupción pues, no puede ser establecido más que en la lógica binaria (con un corruptor y un corrupto). La infracción está establecida solamente, si el ministerio público puede probar la existencia de un pacto de corrupción. El pacto de corrupción define lo que el corrupto se compromete a cumplir, como contrapartida de las ventajas procuradas por el corruptor. Un lazo de causalidad directo y cierto debe existir entre la realización del acto esperado y la recompensa financiera. En esta materia, la prueba es a menudo difícil de obtener (13).

La lucha contra la corrupción figura solamente desde hace algunos años entre las prioridades internacionales (14). Y la acción se enfoca esencialmente en la prevención del fenómeno, con algunos grandes principios de lucha: señalar en un informe todo “hecho dudoso” a la persona responsable en última instancia; prevenir todo conflicto de intereses, estando atento a todo riesgo real o potencial, tomando las medidas para evitarlo, informando al superior jerárquico tan pronto como sea posible; no dedicarse a ninguna actividad incompatible con el buen ejercicio de las funciones públicas; no solicitar ni aceptar regalos (concusión) o toda ventaja para sí mismo (15); no ser vulnerable a la influencia del prójimo, ni a la de los agentes públicos, no ser el blanco de tentativas que puedan comprometer, no ponerse en una situación que obligue a conceder como retorno un favor; no ofrecer ventajas ligadas a su situación de agente público a menos que haya sido autorizado legalmente, ni tratar de influenciar al prójimo para fines privados, sirviéndose de su posición oficial; no emplear el personal policial, los bienes y los recursos financieros de la función pública, para fines privados sin autorización.

Dos principios, conciernen a la jerarquía: proceder a verificaciones de integridad al tiempo de ser agente público que tiene responsabilidades en materia de reclutamiento, de promoción o de nominación de personal; y tomar medidas necesarias para impedir la corrupción, aplicando la legislación, asegurando una formación adecuada, permaneciendo atento a las dificultades financieras de los agentes y dando uno mismo el ejemplo. El agente encargado de funciones de control y de dirección, deberá responder por los actos y omisiones de su personal.

5. La Dignidad de la persona humana

Es el respeto que se debe a sí mismo y a los demás. Hay que respetar el derecho a la vida; la prohibición de todo acto de tortura o tratamiento inhumano o degradante; los derechos y libertades del prójimo.

5.1 El derecho a la vida

La CESDHLP implica que las intervenciones de la policía, no pueden infligir la muerte intencionalmente; pueden provocar la muerte como hecho del recurso a la fuerza, lo que no es contrario al deber de respeto del derecho a la vida, bajo ciertas condiciones (16).

(13) En el sitio de “Transparencia Internacional”, el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) ubica a la Argentina en la posición 105 (entra Argelia y Kazajistán)... y Francia en el puesto 25, exactamente después del Uruguay; Irak, Afganistán, Myanmar y Somalia, ocupan los 4 últimos lugares (175 a 178).

(14) CF Resolución 24 (1997) referida a los 20 principios directores para la lucha contra la corrupción; Convención penal sobre la corrupción (STE n° 173) y Convención civil sobre la corrupción, (STE n° 174) adoptada en 1999; y el Grupo de Estados contra la corrupción (GRECO), creado en 1998 para seguir estos problemas de corrupción en los Estados miembros. Ver la Convención de Mérida del 31 de octubre de 2003, con 67 Estados Partes, (ratificada por Argentina en 2006) en vigor desde diciembre de 2005 que pone el acento sobre los aspectos relativos a la prevención y a la detección.

(15) Con excepciones, la prohibición general de los regalos no se aplica ni a la hospitalidad convencional ni a los regalos menores, por ejemplo, invitaciones modestas para beber o comer, almanques, lapiceras de poco valor, material publicitario y pequeñas provisiones de oficina.

(16) El artículo 2 de la CESDHLP dice lo siguiente: “la muerte no es considerada como infligida en violación de este artículo en los casos en que resultara de un recurso a la fuerza totalmente necesario (...) para asegurar la

El recurso a la fuerza no puede ejercerse más que en caso de necesidad absoluta (es una medida excepcional) y únicamente en la medida requerida (el uso de la fuerza debe ser proporcionado) (17). Concretamente esto significa: no utilizar la fuerza física más que si ello es absolutamente indispensable, no utilizar las armas más que en caso de necesidad absoluta, no utilizar armas letales, limitando su empleo a lo estrictamente necesario, efectuar disparos a título de advertencia antes de disparar para herir, no infligir heridas más graves que lo estrictamente necesario (18). En este punto, se debe aplicar la ley del mal menor.

La necesidad y la proporcionalidad del recurso a la fuerza (arma de fuego, taser u otras) exigen personal en buena condición física, bien equipado, pero también, dotado de sólidas competencias en la materia, provistas por una formación apropiada (19).

5.2 La prohibición de todo acto de tortura de tratamiento o pena inhumano o degradante

Es evidente que un sistema penal que permite probar a través de la confesión, puede incitar a los investigadores- muchas veces bajo presión para obtener resultados- a recurrir a la coacción física o psicológica. Ahora bien, no se puede hacer valer ningún argumento racional para justificar el recurso a estos métodos, en un Estado regido por el principio de la preeminencia del derecho (20). Sin plantear la diferencia – aparente – entre tortura y tratamiento inhumano y degradante (21), está claro que los sufrimientos físicos y mentales están igualmente alcanzados por esta prohibición.

La jurisprudencia de la CEDH y los principios elaborados por el CPT han hecho de los tratamientos inhumanos y degradantes, una noción muy extensiva que se puede sintetizar alrededor de los puntos siguientes:

a) La “trinidad de derechos” para las personas detenidas: el derecho a informar a un tercero, (miembro de la familia, amigo, cónsul) a tener acceso a un abogado, a pedir un examen por un médico de su elección. Estos derechos constituyen garantías fundamentales contra los malos tratos hacia las personas detenidas y deberían aplicarse desde el comienzo de la privación de la libertad, porque el período que sigue inmediatamente a la privación de libertad, es aquél donde el riesgo de intimidación y de malos tratos es más grande.

b) Las condiciones materiales de la privación de la libertad. La policía es plenamente responsable de las condiciones en las cuales viven las personas privadas de libertad y retenidas en locales de policía. Se requieren ciertas condiciones materiales elementales:

defensa de toda persona contra la violencia ilegal; para efectuar un arresto regular o para impedir la evasión de una persona regularmente detenida; para reprimir, conforme a la ley, un motín o una insurrección.”

(17) En la sentencia McCann, Savage y Farrell contra Reino Unido (CEDH, 27 de septiembre de 1995), la Corte fijó una interpretación muy estricta de estas dos condiciones y no estuvo convencida de que la muerte de los terroristas, hubiera resultado de un recurso a la fuerza absolutamente necesario, (10 votos c. 9). Tratándose de la utilización del Taser, el Consejo de Estado, (2 de septiembre de 2009) anuló el decreto que autorizaba a los policías municipales a estar equipados con Taser X26, marcando que estas armas eran “susceptibles, bajo ciertas condiciones, de provocar directa o indirectamente la muerte de las personas alcanzadas”.

(18) Ver la analogía con los principios de Derecho Internacional Humanitario, (Derecho en la guerra): preferir la captura a la herida y la herida a la muerte.

(19) En septiembre de 2009, el Consejo de Estado francés anuló el decreto que dotaba a los policías municipales de Taser, (pistolas de impulso electrónico) por falta de formación profesional adaptada a éstas y por riesgos que puede engendrar la utilización mal empleada de un arma así.

(20) Quienes por otra parte, pueden solamente llegar a arrancar a las personas informaciones erróneas, des- acreditando totalmente a la policía que perdería así, toda posibilidad de ganar el respeto o la confianza de la población.

(21) CEDH, Irlanda contra Reino Unido, (18 de enero de 1978) Recordemos que los casos Tomasi, Selmouni, Rivas y R.L. son la prueba que de 1992 a 2004, el respeto de Francia a la obligación de proteger a sus ciudadanos contra las violencias policiales, no fue siempre una realidad. Francia ha sido pues, tristemente responsable de torturas y de tratos inhumanos cometidos por sus agentes.

- La policía debe garantizar la salud, la seguridad y la integridad física de los detenidos, incluso, contra el mal que ellos mismos pudieren hacerse (violencia entre las personas detenidas, tentativas de suicidio, incendios). Es necesario, por ejemplo, aislar a los detenidos peligrosos, poner en funcionamiento una vigilancia adecuada, principalmente garantizando que las personas detenidas estén siempre y en todo momento, en condiciones de entrar en contacto con el personal de vigilancia; si los detenidos están alejados, es necesario un sistema de llamada que permita atraer la atención de un policía.

- La policía debe asegurarles condiciones de higiene satisfactorias y una alimentación adecuada. Con celdas de medidas razonables (22) que dispongan de iluminación (la luz del día que complete lo más posible la luz artificial) y de ventilación apropiada, equipadas de manera que permitan el reposo (cama- con colchón y mantas limpias cuando la persona deba pasar allí la noche- silla y banqueta fijas). Por otra parte, estas personas deberían poder satisfacer sus necesidades naturales en el momento deseado, en condiciones de limpieza y de decencia y disponer de posibilidades adecuadas para poder higienizarse. Deberían recibir qué comer en los horarios normales, incluyendo, al menos, una comida completa por día. El CPT preconiza igualmente que las personas detenidas por la policía durante veinticuatro horas o más, puedan en la medida de lo posible, contar con un ejercicio diario al aire libre.

- las habitaciones reservadas para los interrogatorios deben estar iluminadas, calefaccionadas y aireadas; además, deben estar equipadas de manera que permitan a todos los participantes del proceso de interrogatorio sentarse en sillas de tipo y de confort similar. El policía que procede a escuchar, no debería encontrarse en posición dominante (p.e. en posición elevada) o ubicado lejos del sospechoso (23).

- En oposición con la práctica observada en ciertos países, según la cual cada servicio operacional (estupefacientes, criminalidad organizada, lucha contra el terrorismo) dispone en su seno de un establecimiento de policía con su propio cuartel de detención, administrado por policías del servicio afectado, el CPT considera que es necesario abandonar una práctica así, en provecho de un cuartel celular central, administrado por un cuerpo distinto de policías, específicamente formados en la vigilancia y custodia de personas detenidas (24).

5.3 El respeto de los derechos y libertades ajenas

De manera general, la policía debe siempre guardar el espíritu de los derechos fundamentales de cada uno, tales como la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión, de expresión, de reunión pacífica, de circulación y el derecho al respeto de sus bienes (CESDH/LF). De manera particular, la policía no debe perjudicar el derecho de cada uno al respeto de su vida privada (25) salvo necesidad absoluta y únicamente en la medida requerida para realizar un objetivo legítimo.

6. La responsabilidad

El objetivo de la policía -hacer respetar el Estado de derecho- implica dos deberes distintos pero ligados entre sí: el de vigilar la aplicación de las leyes y el de limitarse estrictamente a los poderes

(22) Alrededor de 7 metros cuadrados con 2 metros o más entre las paredes y 2,5 m. entre el suelo y el cielorraso, según el CPT.

(23) Para el CPT, locales con habitaciones enteramente revestidas en negro y equipadas con proyectores dirigidos sobre la persona interrogada, no tienen cabida en un servicio de policía. La práctica en los países consistente en vendar los ojos de las personas detenidas, en particular con motivo de los interrogatorios es igualmente condenada; ya que incluso en los casos donde no hay malos tratos físicos, el hecho de vendar los ojos a una persona detenida y sometida a interrogatorio, es una forma de opresión, cuyos efectos se emparentarán frecuentemente con un mal trato psicológico.

(24) Esto sería ciertamente benéfico para prevenir los malos tratos y además, quitar a los servicios operacionales esas tareas, lo que podría presentar ventajas sobre la gestión y la logística.

(25) Artículo 8 de la CESDH/LF: vida privada y familiar, libertad e inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.

conferidos. La responsabilidad declina de este modo: los policías deben asumir sus responsabilidades, si no, la responsabilidad de los servicios de policía puede verse comprometida.

6.1. *El personal policial debe asumir sus responsabilidades*

Es porque la policía se beneficia de una independencia operacional, que ella es plenamente responsable de sus actos y omisiones.

a) la responsabilidad en todos los niveles. Los policías deben ser, en todos los niveles de la jerarquía, personalmente responsables de sus actos, de sus omisiones o de las órdenes dadas a sus subordinados. No existe excusa basada en la orden del superior.

b) la necesidad de una cadena de mando. Es necesaria una cadena de mando claramente definida, para determinar cual es el superior responsable en última instancia, de los actos y omisiones de un miembro del personal policial. Hay responsabilidad de los superiores.

c) la existencia de un control externo de la policía. Ya que la policía es responsable frente al Estado y a los ciudadanos, es necesario un control externo de la policía, repartido entre los poderes (26): el poder legislativo que ejerce un control a priori al adoptar leyes que reglamentan la actividad de la policía o a posteriori a través de una comisión de investigación; el poder ejecutivo que ejerce un control directo sobre la policía que depende de él, la autoridad judicial que ejerce un control a posteriori mediante procedimientos civiles y penales llevados adelante por otros órganos del Estado o por los ciudadanos.

6.2. *La responsabilidad de los servicios de policía puede comprometer*

La reparación, prevista principalmente, en el último apartado del artículo 5 de la CESDHLF (27), puede hacerse de dos maneras en el derecho francés, siguiendo la escisión falta de servicio/falta de personal.

a) La responsabilidad de la potencia pública que, en principio, queda primeramente comprometida para indemnizar a las víctimas, por las faltas cometidas por la administración o sus agentes.

b) La responsabilidad personal civil y/o penal del agente, surge si la falta es separable del ejercicio de las funciones y desprovista de todo lazo con el servicio. Sin embargo, hay también faltas por fuera del servicio, pero cometidas gracias a los medios que están puestos a disposición del agente (28); y de igual modo, hay faltas cometidas en el ejercicio mismo de las funciones que pueden ser separables (29).

Si la falta personal es reconocida, esto despeja la responsabilidad personal del funcionario sobre la base del artículo 1382 del Código Civil: la víctima persigue al agente personalmente ante los estrados judiciales, quienes no pueden declinar sus competencias.

7. **Algunas reflexiones finales**

El policía ¿Debe ser un héroe, un sabio o un santo? Sin dudas los tres, según los textos en vigor...

Seguramente, es un propósito utópico (ir demasiado lejos en la propuesta, para estar seguro de haber ido bastante lejos)... Estos siete valores, apertura, transparencia, lealtad, ejemplaridad, integridad, dignidad y responsabilidad, son sobre todo, objetivos a alcanzar.

Pero el respeto de estos valores es una obligación (no son siete llagas), porque además de la ventaja de reconciliar a la policía y a los ciudadanos, puede servir como instrumento de regulación en

(26) La policía que investiga a la policía, suscita generalmente, dudas en cuanto a su imparcialidad.

(27) "Toda persona víctima de un arresto o de una detención en las condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tiene derecho a reparación".

(28) Es el caso de un agente policial que limpia su arma y lastima a una tercera persona, (Consejo de Estado, Asamblea, 1973 Sadoudi) o mata a su colega accidentalmente.

(29) Hipótesis donde un agente comete excesos de comportamiento: (excesos de bebida, palabras injuriosas, violencias físicas, brutalidades injustificadas).

la organización interna de la policía, a través de cuatro caminos: manteniendo un control de calidad de los agentes policiales; facilitando el ejercicio del mando; responsabilizando a los cuadros de la organización; y dando una norma para la solución de los conflictos internos.

La policía debe antes que nada, hacer respetar el Estado de derecho... respetando totalmente a éste: un Código de deontología de la policía, es el primer paso que permite alcanzar estos objetivos o en todo caso, tratar de alcanzarlos. ♦

Evolución del “Ius Mercatorum” como fuente del derecho internacional privado del comercio

POR LILIANA ETEL RAPALLINI (*)

Sumario: I. Aproximación a la “Lex Mercatoria”. El aporte de las leyes modelo.- II Sobre el contenido de la “Lex Mercatoria”.- III. La “Lex Mercatoria” institucionalizada.- IV. La “Lex Mercatoria” codificada como mejoramiento en su condición de fuente

Resumen

La “lex mercatoria” constituye un código para la práctica del comercio internacional. Tan antiguo como la necesidad del hombre de generar recursos, sus máximas recibieron pleno acatamiento por la comunidad internacional. Actualmente, su frondosa dimensión va camino a la reformulación del método empleado para su difusión. Diversos escenarios son los convocados a tal fin. Pero sin duda, el Derecho Internacional Privado aporta no sólo las propuestas para la resolución de conflictos sino, la diversidad de técnicas que han de tenerse en cuenta al momento de la codificación. Pues precisamente, el replanteo consiste si el “ius mercatorum” como estatuto jurídico requiere de ser compilado en un cuerpo único que propenda al máximo acatamiento por parte de los actores del comercio internacional.

Palabras Clave: ius mercatorum- lex mercatoria- comercio internacional

“Ius mercatorum” como a fonte do direito internacional privado da evolução do comércio

Resumo

A “lex mercatoria” é um código para a prática do comércio internacional. Tão antigo como a necessidade de gerar recursos homem, seu máximo recebeu plena conformidade com a comunidade internacional. Atualmente, sua dimensão exuberante está no caminho da reformulação do método utilizado para a sua divulgação. Vários cenários são convocados para esse fim. Mas, sem dúvida, o direito internacional privado traz não só as propostas de resolução de conflitos, mas a diversidade de técnicas que foram tidas em conta no momento da codificação. Portanto, a reconsideração é se “ius mercatorum” como estatuto jurídico exige ser compilado em um único corpo que propenda máximo respeito por parte dos intervenientes no comércio internacional.

Palavras-chave: ius mercatorum - lex mercatoria - comércio internacional

I. Aproximación a la “Lex Mercatoria”. El aporte de las leyes modelo

El Derecho Internacional Privado abarca un sinnúmero de relaciones jurídicas propias de los sujetos que actúan dentro del ámbito privado. Los albores del intercambio entre ordenamientos tuvieron merecido espacio dentro de las escuelas estatutarias y entre ellas, la flamenco holandesa priorizó el intercambio en función del ejercicio del comercio. (1) La idea no perdió vigencia y subsiste hoy día,

(*) Profesora Ordinaria Titular de Derecho Internacional Privado Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

(1) Sobre la teoría de la cortesía y de la utilidad –comitas gentium ob reciprocam utilitatem- es necesario llegar hasta el siglo XVII, para encontrar cómo los estatutarios holandeses principalmente Ulrich Huber, Pablo y Juan Voet idearon la doctrina de la comitas gentium seguida en el siglo XVIII por Bouhiér Boullenois y en el XIX por Foelix. Otro antecedente está dado por los Tribunales Consulares del medioevo; así, El consulado del Mar de Valencia creado en el siglo XIII fijó reglas de procedimiento en las transacciones mercantiles siendo el germen del Tribunal de Arbitraje Marítimo que se institucionalizará en 1954.

exponiendo una estrecha vinculación entre la disciplina internacional privatista y el ejercicio del comercio exterior si bien son campos diferenciados.

La autonomía de la voluntad, los usos y las costumbres sustentan como fuentes al Derecho Mercantil Internacional y nutren al comercio exterior, especialmente a la contratación comercial internacional.

Apronta entonces, la denominada “lex mercatoria” sobre la que pesa aún hoy su dificultosa identidad y contenido. Este nuevo orden jurídico ha recibido numerosas denominaciones; se la conoce como “new law merchant”, “derecho transnacional o a-nacional”, “derecho mercático” o “lex mercatoria” como tradicionalmente se la nomina.

Si bien se han detectado teorías negadoras de su existencia estas posiciones son actualmente desestimadas, dada la perdurabilidad de la “lex mercatoria”. Es así como suele atribuírsele una función interpretativa frente por ejemplo, a cláusulas oscuras de un contrato; o bien, entender que se trata de un mecanismo destinado a la cobertura de lagunas existentes en los ordenamientos nacionales. Pero es indiscutible que organismos internacionales como la CCI -Cámara de Comercio Internacional- o la CNUDMI -Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional- han propendido al encauce metodológico de la “lex mercatoria” muy por encima de abocarse al ensanchamiento de su contenido el cuál se observa como una cuestión de fluido espontáneo y de quehacer práctico. (2)

Se la reconoce como un derecho consuetudinario, de acatamiento universal conformado por reglas uniformes. Así entendida, es indiscutida su vastedad como también su tenor abstracto.

Por ello mismo es de hacer notar la tendencia a elaborar “leyes modelo” que caracterizadas por carecer de fuerza coactiva, invitan a los Estados partícipes a adoptar su contenido como hilo conductor de eventuales reformas legislativas o de nuevas leyes a crearse e incluso, a su recepción en los fallos nacionales.

La ley modelo constituye ante todo, un parámetro de contención y de sugerencia de adecuación. Típica modalidad de legislación proyectiva, requiere de posterior producción de normas nacionales e internacionales que respondan en su contenido a las máximas de la propuesta.

Emanada de un Organismo Internacional opera como una suerte de consejo o recomendación que por su tenor, carece en sí misma de función coactiva como antes mencionara. Comparativamente, una ley modelo actúa para los Estados de igual forma a como las Guías Prácticas -cuerpos de suma utilidad y difusión en la Unión Europea- lo hacen para con los ciudadanos.

Si bien es una técnica de unificación, debe precisarse que lo es de “pretendida unificación” por consistir en su espíritu en una expresión de deseos o expectativas, siendo las estructuras normativas empleadas directas o materiales, erradicando de ésta manera a la técnica conflictual que identifica al ámbito internacional privatista. Tampoco, y a diferencia de los Protocolos (3), acompañan a un Convenio o Convención precisamente por el perfil que las caracteriza.

En suma, suponen un instrumento “suave” pues los Estados gozan de plena libertad de disposición a diferencia de lo que acontece con las modalidades paccionadas de concertar fuentes con calidad de tratados internacionales, en caso de decidirse su ratificación y aún cuando se expresen reservas

(2) Los juristas ingleses Berthold Godman y Clive Schmitthoff coinciden en entender que la “lex mercatoria” consiste en un verdadero sistema de derecho incompleto pero en crecimiento y que su principal virtud es operar como filtro del método conflictual.

(3) Cito como ejemplo acerca de un Protocolo anexo a una Convención, al caso del Nuevo Convenio de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos para Niños y otros miembros de la Familia del 23 de noviembre de 2007; aún no cuenta con vigencia pero se trata por cierto, de un texto complejo acompañado de un Protocolo que forma parte de su cuerpo, y que constituye una pieza explicativa que facilita la inteligencia y comprensión del Convenio mismo. No obstante ello, Argentina suele incorporar a través de una ley al Convenio del que se trate y por otra al Protocolo o Anexo de manera que puede esto acontecer en dos etapas diferidas en el tiempo.

o se formulen declaraciones éstas invisten condición de obligatoriedad en cuanto a su aplicación, ejecución y cumplimiento. (4)

Empero, subsisten las incertezas en el tráfico jurídico externo con altos costes de transacciones fructíferas y de acceso a nuevos mercados cuestiones que redundan en dificultades al tiempo de poner en práctica el comercio internacional; dado que de ello se trata, la referida incerteza se ha intentado morigerar a través de dos postulados que obran como complemento. El primero es el elaborado por los propios operadores y agentes económicos hoy guiados por los organismos internacionales pero sin participación estatal directa; aquí ubicamos a la “lex mercatoria” e incluso al “arbitraje internacional”. El segundo postulado deriva de la acción de los Estados en procura de la creación de fuentes normativas internacionales que en la mayoría de los casos, acatarán máximas del primero.

II. Sobre el contenido de la “Lex Mercatoria”

Si precisamente, la dispersión del contenido de la “lex mercatoria” constituye uno de sus cuestionamientos lo menos sugerente es pretender realizar un exhaustivo detalle del mismo. Lo deseable a mi entender, es observar las áreas que se han visto tocadas por la misma necesidad de recurrencia a parámetros contenedores de la práctica comercial internacional.

El ámbito privado internacional está rodeado de problemas condicionantes. Factores políticos y económicos tales como la cooperación, la integración y la interdependencia y globalización de la economía ejercen fuerte influencia; por otra parte, los factores sociológicos como los condicionantes demográficos y la realidad multicultural subyacen en todo estudio de la disciplina; finalmente, los factores filosóficos- jurídicos conducen al valioso hallazgo de la seguridad jurídica.

Bajo ésta impronta, indudablemente el área de los contratos requirió la formación de tipos contractuales que dotaran a las diferentes especies de identidad y autonomía, cuestión conocida como “standard forms”. A su vez, tanto la CCI como también otras organizaciones de comerciantes de relieve reconocidas como “formulating agencies”, se encargan de recopilar y sistematizar modelos de contratos. (5)

La cláusulas contractuales y las nuevas combinaciones contractuales en el ámbito internacional cobraron un grosor tal que supera a los tipos contractuales contenidos en las leyes nacionales; así por ejemplo, los “contratos llave en mano”, “producto en mano” y “mercado en mano” que conforman una simbiosis de otras categorías como los contratos de ingeniería, de asistencia técnica, traspaso de marcas, patentes.

El resultado es un nuevo producto contractual transmitido por la “lex mercatoria” que a su vez es la inducción a la creación de normas de fuente interna como internacional que lo contenga. Aquí observamos una estrechez de vínculo en donde la “lex mercatoria” opera como fuente de creación de normas legales.

Consideremos que las “cláusulas tipo” facilitan el derecho aplicable y la interpretación del tenor contractual y de igual forma, el establecimiento de reglas contractuales para los contratos transfronterizos facilita la interacción.

Otra expresión la constituye la redacción de guías prácticas, de suma utilidad para realizar diversas operaciones comerciales como por ejemplo, la FCI -Factor Chain Internacional- sigla que identifica al Code of International Factoring Custom del año 1987.

(4) Sobre la calidad de las Leyes Modelo también puede verse con similares conclusiones a las expresadas, doctrina especializada en Derecho Internacional Público como el Derecho Internacional de Antonio Remiro Brotons -1997- o el de Benedetto Conforti compilado por Raúl Vinuesa (1995)

(5) Precisamente, con la alocución “standard form” se tiende a la formulación de un “modelo de contrato” sobre determinado tipo que esboce las condiciones generales de contratación.

Por otra parte, los usos del comercio internacional quedaron muchos de ellos plasmados en reglas de empleo universal; el ejemplo más tangible está dado por los INCOTERMS, de permanente actualización datando la última del año 2000.

Quizás de menor frecuencia de trato pueden referirse las Reglas y Usos Uniformes para los Créditos Documentados, las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías Pagaderas a su Reclamación y las Reglas sobre Prácticas Internacionales en Materia de Créditos Contingentes.

En este orden de ideas es de destacar a los “principios generales del comercio internacional” o “restatements of law”. Comúnmente volcados a estudios de derecho comparado y con vocación de uniformidad y universalidad, se reflejaron en proyectos que intentaron superar el conflicto de leyes a través de la creación de un ordenamiento único. (6)

Finalmente, los códigos de conducta, las convenciones internacionales aun no vigentes y las “model laws” constituyen hitos en la elaboración permanente de la “lex mercatoria”.

Como antes mencionara, una vía posible y alternativa para intentar la regulación de los casos internacionales está dada por las llamadas “leyes modelos”. Constituyen una valiosa opción ante el engorroso camino que implica lograr la concreción de un tratado internacional; redactada por un organismo internacional, constituye un “molde” o “pro-forma” tendente a ser imitado por el legislador nacional.

Junto con las leyes modelo, se ubican a los “códigos de conducta”, que en definitiva son también instrumentos legales que intentan regular algunos aspectos de las relaciones privadas internacionales como, principalmente, las actividades de las empresas multinacionales en los países huéspedes.

A diferencia de las leyes modelo, los “códigos de conducta” están dirigidos a los particulares en lugar de a los Estados; además, en su elaboración intervienen tanto organismos de carácter privado como organismos intergubernamentales. (7)

Peculiarmente se ha manifestado la influencia en el crecimiento de la “lex mercatoria”, de fuente convencional internacional que fue oportunamente creada pero que no alcanzó ratificaciones suficientes para adquirir vigencia; tal el caso del convenio de La Haya sobre Compraventa Mercantil Internacional.

El tratamiento del Derecho de los Negocios Internacionales no se agota en la “lex mercatoria” ni ésta llega nunca a la plenitud de su contenido, sustancialmente por su permanente actualización. Hablar de reglamentación de las relaciones comerciales transnacionales sería un enunciado genérico requerido de especificidad y de tenor interdisciplinario así por ejemplo, la estrechez de vinculación con el Derecho Internacional Económico y con el mismo Derecho Internacional Privado. (8)

Lo cierto es que la “lex mercatoria” en mayor o menor grado taxada, continúa formándose como una especie de costumbre jurídica instantánea y mutable. Visto así, conforma una fuente “consuetudinaria” del Derecho Internacional Privado.

(6) Un ejemplo de ello es la obra del Profesor Ole Lando encomendada por la Comisión Europea de Derecho de los Contratos.

(7) Cito a título de ejemplo: ICC-UNCID, Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission; ICC Rules of Conduct on Extortion and Bribery in International Business Transactions, 1996 Revision to the ICC Rule of Conduct; The United Nation Code of Conduct on Transnational Corporation.

(8) Podemos mencionar como temas de resolución sin pretensión de formular un enunciado exhaustivo, a: la codificación, armonización y unificación; los bienes inmateriales; las sociedades; la contratación comercial internacional; la compraventa mercantil internacional y los contratos auxiliares como el transporte, las garantías mobiliarias y reales, los contratos de financiación (leasing, factoring); el contrato de seguro; los contratos de colaboración (agencia, concesión, franquicia); la transferencia de tecnología y la propiedad inmaterial, la insolvencia transfronteriza; el arbitraje.

Buena parte de la doctrina especializada contemporánea, consigna entre las fuentes del Derecho Internacional Privado al Derecho Internacional Privado Transnacional, que aparece vinculado a la noción de “lex mercatoria” entendida como un derecho espontáneo nacido de la práctica comercial internacional. (9)

Como se observa, una pluralidad de fuentes normativas nutren al Derecho Internacional Privado pero ésta pluralidad explica el objeto y función de la disciplina, hacen a su identidad como reguladora del tráfico jurídico externo.

III. La “Lex Mercatoria” institucionalizada

Sin duda alguna, la fuerza expansiva del Derecho Mercantil obedece a representar la respuesta al tráfico económico mundial y razón suficiente de su permanente evolución. El Derecho Mercantil es entendido como la parte del Derecho Privado que comprende al conjunto de normas jurídicas relativas a los empresarios y a los actos que surgen en el ejercicio de su actividad profesional en el mercado interno o internacional; se califica como especial simplemente porque se aplica a ciertos individuos y a los actos que realizan. La dimensión internacional adquirida ha llegado a consolidar el Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI) que se identifica con la uniformidad de reglas entendidas como aspiración esencial del sistema desplazando a la técnica conflictual; es por excelencia un derecho previsor y no meramente resolutorio. Su principal asiento lo reconoce en la “lex mercatoria”.

Por otra parte, cuando se alude a “derecho institucionalizado” se enfoca hacia aquel que obedece su existencia a una autoridad con función legisferante o bien, que emana de determinadas organizaciones competentes a tal fin. Así, es derecho institucional el dictado por los órganos específicos pertenecientes a un bloque de integración y lo es también el elaborado dentro de organismos en el caso, internacionales. Los fenómenos de integración económica y jurídica propician un crecimiento inusitado del Derecho Internacional Privado institucional.

Ahora bien, cabe preguntarnos si la “lex mercatoria” nace en el seno de los referidos focos y en consecuencia conforma un derecho institucional.

Si nos remontamos a sus albores, sólo nos resta encontrarnos frente a asociaciones de mercaderes que preestablecían pautas y difundían reglas consuetudinarias.

Pero desde hace tiempo ya, considero que es menester admitir la tarea desempeñada por dos pilares del derecho y del comercio internacional. Puntualmente me refiero a UNIDROIT y a UNCITRAL (sigla en inglés) o CNUDMI (sigla en español).

El Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) con sede en Roma, es un organismo intergubernamental independiente que fuera creado en 1926 bajo el amparo de la Liga de las Naciones; en la decisión que le da vida se indica que el objetivo del Instituto será el de promover la armonización y unificación del Derecho Privado.

Por su parte, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil reconoce semejante tenor desplegando una frondosa misión al punto de ser vinculada de inmediato a numerosas convenciones y leyes modelo sobre la materia. Vale como ejemplo, la conocida como Convención de Viena sobre Contratos de Compra Venta Internacional de Mercaderías de 1980. Nuevamente, estamos frente a un Organismo Internacional parte de la Organización de Naciones Unidas que tiene por misión lograr la armonización y unificación del derecho comercial internacional en particular.

El nacimiento entonces, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional significó la aparición de un organismo con representatividad mundial destinado reitero, a armonizar y a unificar los aspectos jurídicos del comercio internacional; recordábamos que de ella

(9) Actualmente se evocan como fuentes del Derecho Internacional Privado al Derecho Internacional Privado Estatal o Nacional, al Derecho Internacional Privado Internacional o Convencional, al Derecho Internacional Privado Constitucional, al Derecho Internacional Privado Institucional y al referido Transnacional.

emana el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías pero su plexo se compone con leyes modelo elaboradas minuciosamente inclusive sobre temas rípidos, como el de la insolvencia transfronteriza.

Su obra se ve unida a la labor permanente de una célebre institución como lo es la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y de otro centro también trascendente, como lo es el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

Todos los centros se identifican con espíritu de sentar reglas interpretativas respetuosas de los ordenamientos nacionales bajo la máxima de buena fe y la imposición de criterios de comportamiento razonables.

Los intentos y proyectos europeos destinados a la unificación contractual fueron y son numerosos; así puede citarse al “Grupo Lando” hacedor del primer proyecto, al “Grupo Estudio del Código Civil Europeo” integrado por cincuenta profesores y abogados pertenecientes a los Estados miembros de la Unión subvencionados por Alemania y Holanda, al “Grupo Pavía” fundado en 1992 por el Profesor Gandolfi abogado a la elaboración de un Código de Contratos. (10) Estos proyectos se sustentaron mayoritariamente en el seno de UNIDROIT.

Como cierre del apartado, comento que se consideran a los principios de UNIDROIT como el eje del debate sobre el contenido de la “lex mercatoria” siendo asimilados al corazón de la misma.

Los principios del meritorio Instituto se hallan concebidos también para ser utilizados por jueces o árbitros elevados a la categoría de “principios generales del comercio internacional”; también aplicables cuando las partes aludieran a la “lex mercatoria”, cuyo contenido en más de una vez fue considerado enigmático atentando contra su valor científico. Es significativo como los países del “civil law” evocan a la “lex mercatoria” y los del “common law” a los “principios” precisamente por considerar que éstos últimos reúnen mayor precisión.

IV. La “Lex Mercatoria” codificada como mejoramiento en su condición de fuente

En verdad, el apartado debería presentarse como un interrogante. Sin duda, la aparición de su contenido es espontánea; el conflicto se presenta en que frente a la vastedad de su contenido y a lo imperioso de su conocimiento y acatamiento, la “lex mercatoria” debería reunirse en un cuerpo único y sistematizado. Pero no debemos descuidar si el tópico no conforma una suerte de elipsis pues trabajemos la hipótesis de entender que la mentada “lex mercatoria” se solidifica en un cuerpo único, en un sistema estructural de normas; de ser así, cabe preguntarnos si dará solución al conflicto de jurisdicción y al de ley y si la respuesta fuera afirmativa entonces contaríamos con un sistema de normas conflictuales propias de la disciplina internacional privatista y no frente a un “ius mercatorum” tradicionalmente concebido. Pero estos planteos si bien se presentan, son de disquisición académica y no de resultado práctico.

Su crecimiento ha dado lugar a la formación de una rama: el “ius mercatorum”. Su dispersa formación y la amplitud de su enunciado progresivamente se han ido reunido de alguna manera, a lo cual han contribuido los organismos internacionales idóneos para su creación y entendimiento al punto de conformar un frondoso acervo normativo atípico.

Si la búsqueda responde a verificar la condición de fuente del Derecho Internacional Privado de la “lex mercatoria”, debemos ante todo reconocer que su admisión importa la intención de erradicar la técnica conflictual y su reemplazo por la material o uniforme. En paralelo, el método aplicado a la nueva codificación del Derecho Internacional Privado no consiste en omitir la técnica conflictual pues ello significaría restar el aporte de solución que hace a su objeto, pero sí incorporar en los instrumentos normas uniformes equiparables a las materiales del derecho interno.

(10) Véase los exhaustivos estudios realizados sobre los proyectos de unificación por Díez-Picazo, Luis: “Reforma de los Códigos y Derecho Europeo” (2003: 1566).

También es aceptado que la “lex mercatoria” como fuente jurídica normativa se posiciona en el entorno de los ordenamientos nacionales, los rodea y opera como aporte; pese a ello, como sistema jurídico requiere de su incorporación fáctica y concreta, de lo contrario su naturaleza es “sui generis”.

Por otra parte, se habla de las modalidades en que se relacionan los ordenamientos jurídicos. Se proyecta el método de la unificación, el de la armonización, el de la coordinación, entre otros. Estimo que el de la coexistencia y adaptación responde a la expectativa planteada al proponer que diversos ordenamientos puedan aplicarse acumulativamente y en franco diálogo. Entre “lex mercatoria” y ordenamientos de fuente interna o internacional no debe existir un quebranto sino una actitud de acondicionamiento y acatamiento. Jerárquicamente la “lex mercatoria” ocupa una grada superior al sistema normativo estatal cuando se trata de operaciones que ocupan al Derecho Mercantil Internacional, circunstancia favorecida por el amplio espacio destinado al ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Quizás, las ambivalencias presentadas se deben a la necesidad de otorgar sede, rango científico a la “lex mercatoria”. En consonancia con la “lex mercatoria” se despliega el denominado “soft law” entendido como derecho flexible. (11)

Relacionando ideas, la actual tendencia evidencia la elaboración de “leyes modelo” como una creación alternativa y como cauce de aproximación de las legislaciones además de intentar con ellas escapar al tedioso camino que presupone la creación y puesta en vigor de tratados internacionales.

El “soft law” se expande y a la par de una ley modelo se estructura una guía práctica. En suma, son resortes que propenden a la sistematización científica y fundada difusión de la “lex mercatoria”. La idea de una codificación internacional única quedó en el olvido siendo la tendencia actual la de unificar ciertas normas de Derecho Internacional Privado en sectores materiales concretos y a ello propenden los organismos internacionales.

La noción de “situación de coyuntura” tiene especial valor y significación tanto para las disciplinas filosóficas como para las estrictamente sociales y económicas. Toda tentativa de conocer al Derecho Internacional Privado debe estar referida a una situación histórica y social concreta. El Derecho Internacional Privado supone “desplazamiento” de personas pero también de intereses.

Con estas reflexiones, me permito acercar ideas de contacto y observar que la “lex mercatoria” es una captación concreta de la realidad que exhiben las transacciones internacionales en el ejercicio del comercio. Se antepone al Derecho Internacional Privado y le provee material para procesar. (12)

Consideremos que la consideración estricta, puramente conflictual del Derecho Internacional Privado, prácticamente exclusiva durante decenios, ha sido víctima de considerable inflación conceptual acrecida por el progreso técnico que al inmiscuirse en las instituciones, ha descubierto horizontes nuevos, que ofrecen grandes posibilidades de desarrollo tanto para la doctrina como para la jurisprudencia.

El Derecho Internacional Privado actual está asentado sobre una contradicción congénita y no superable; dado el estado de desarrollo y evolución de la Comunidad Internacional que consiste en la tendencia y preocupación por lograr una regulación del tráfico jurídico externo que responda a las expectativas propias de la vida internacional de los individuos, y en los límites que a este esfuerzo conlleva el hecho de ser un legislador nacional el que dicta las leyes y el juez del foro quien conozca

(11) Si bien debe admitirse que no es suficiente la homogeneización normativa recurriéndose al “hard law” o al “soft law”. El primero se caracteriza por un tenor de mayor exégesis y es la técnica empleada al momento de interpretar tratados.

(12) Como todo tema de discusión será importante profundizar las investigaciones que ayuden a adoptar la decisión más acertada sobre el criterio a seguir. Cualquier propuesta ambiciosa de unificar tiene propensión al fracaso en cambio, dar unidad estructural a determinadas áreas del mismo “ius mercatorum” puede ser una acertada aproximación.

de los litigios con elementos extranjeros, sólo las tendencias convocantes a armonizar y flexibilizar son las armas para vencer la contradicción.

Y otro foco importante de visualizar, es la progresiva comunitarización del Derecho Internacional Privado con lo que el “*ius mercatorum*” es requerido y también creado dentro de los bloques de integración. Pero aquí, el Derecho Internacional Privado es fuente del Derecho Comunitario Derivado vale decir, el que ha de regir las relaciones entre los sujetos de derecho en el ámbito del Derecho Privado al que el bloque convoque. (13)

Finalmente, es necesario aclarar que tanto el orden de exposición como la abundancia de explicaciones no obedecen a una prelación o jerarquía especial sobre las fuentes que identifican al Derecho Internacional Privado. Sabido es reconocer su aporte.

Lo cierto es que la “*lex mercatoria*” puede adquirir mayor relieve en la medida de ser sistematizada científicamente y operar como un tratado dogmático (14) pero carecería de los caracteres de un tratado; sin embargo, el convenio internacional es el instrumento fundamental en la consecución de un derecho uniforme. En el ámbito del derecho aplicable la mayor parte de los convenios se limitan a unificar las normas conflictuales y sólo en muy pocos casos existen convenios que alcanzan a armonizar las normas del Derecho Internacional Privado material.

En nuestros días, el Derecho Internacional Privado dirige sus esfuerzos a la búsqueda del camino que permita alcanzar una regulación propia y autónoma de las relaciones privadas internacionales y que en el momento actual debe conformarse con una actuación conjunta de sistemas conflictuales diversos, encabezada por la constante preocupación de lograr una armonía internacional de soluciones o por lo menos, una actuación coordinada entre los mismos.

Más aún considerando que la concepción del Derecho Privado tenida en cuenta en la presente entrega, es la propia de la Escuela española contemporánea en cercanía a la ideología jurídica latinoamericana por sobre, las doctrinas francesas, alemanas y angloamericanas.

Vale decir, el mismo interés que tuvieron los mercaderes de la Edad Media subsiste en el presente siglo. La “*lex mercatoria*” nació con vocación de allanar dificultades; constituye instrumento de uso y fuente del Derecho Internacional Privado. La sistematización a través de su codificación no debe atentar contra su espíritu de creación espontánea y de permanente mutabilidad.

V. Bibliografía

AGUILAR NAVARRO, Mariano. Derecho Internacional Privado. 4a. ed. Madrid: Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, 1979.

BOGGIANO, Antonio. Derecho Internacional y Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Nacionales. Buenos Aires: LA LEY, 1997.

BORRAS, Alegría. “La proyección externa de la comunitarización del Derecho Internacional Privado”, en: Diario La Ley, Madrid, 13-9-2002, n° 5611.

BOUTIN, Gilberto. Derecho Internacional Privado. 2a.ed. Panamá: Maître Boutin, 2006.

(13) El Derecho Privado contribuye a la integración poniendo a disposición del agente económico los instrumentos propios del Derecho Civil/Mercantil a su vez, contribuye a la armonización procurando eliminar las diferencias de regulación que existen entre las instituciones de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

(14) La tríada de Tratados de interés para el Derecho Internacional Privado, expone a la especie dogmática, a la pragmática y a la de cooperación internacional entre autoridades. Por la primera se identifica a aquellos Tratados que forman un marco contenedor de declaraciones, derechos y garantías cuyo objeto más frecuente son los derechos humanos y la integración; por la segunda se dirimen los tópicos de búsqueda de jurisdicción internacionalmente competente y de derecho aplicable; por la tercera se instrumentan los mecanismos de la cooperación jurídica internacional.

BOUZA VIDAL, Nuria. Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e Interregional. Madrid: Tecnos, 1977.

BROTONS, Remiro Antonio. Derecho Internacional. McGraw-Hill: Madrid, 1997.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. Derecho Internacional Privado. 5a ed. Granada: Comares, 2008.

CONFORTI, Benedetto. Derecho Internacional. Raúl Vinuesa (comp.) Buenos Aires: Zavalía, 1995.

DIEZ-PICAZO, Luis. "Reforma de los Códigos y Derecho Europeo". Anuario de Derecho Civil. Madrid, 2003 56 -4-: 1566.

FAIREN GUILLEN, Víctor. Importancia de los Tribunales Consulares: El consulado de Mar de Valencia. Valencia: Cámara de Comercio, Industria y Navegación, 1983.

FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, ARENAS GARCIA, Rafael y de MIGUEL ASENSIO, Pedro. Derecho de los Negocios Internacionales. Madrid: Iustel, 2007.

FERNANDEZ ROZAS, José Carlos y SANCHEZ LORENZO, Sixto. Derecho Internacional Privado. 4a ed. Madrid: Thomson Civitas, 2007.

GONZALEZ CAMPOS, Julio [et.al.] Derecho Internacional Privado. Parte Especial. 6a. ed. Madrid: Eurolex, 1995.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar. El Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme. Madrid: Ramón Areces, 2003.

MORENO RODRIGUEZ, José Antonio. Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje. Asunción del Paraguay: Catena, 2006.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Derecho Internacional Privado. 5a ed. México: Harla, 1991.

SANCHEZ CALERO, Fernando y SANCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. Instituciones del Derecho Mercantil. 30a. ed. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2008.

SANTOS BELANDRO, Rubén. Derecho Comercial Internacional. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2008.◆

Aspectos de Derecho Internacional Privado en Malvinas: La discusión generada por un matrimonio celebrado en las islas y su reconocimiento en la Argentina

POR BRUNO M. TONDINI (*)

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusión. IV. Bibliografía.

Resumen

Una reciente boda civil en las Islas Malvinas de un ex combatiente argentino en la guerra contra Gran Bretaña de 1982, abrió un debate sobre la legalidad de ese vínculo en la Argentina, que disputa con el Reino Unido la soberanía del archipiélago. De vuelta en la Argentina, el matrimonio Azuaga enfrenta una cuestión típica del Derecho Internacional Privado Argentino, que esa unión sea reconocida en Argentina, que considera Malvinas territorio propio y usurpado por el Reino Unido, que lo ocupó en 1833. Hemos tomado una metodología de análisis dada la peculiaridad de cuestión generada por la identificación de “Malvinas” exclusivamente con problemáticas del Derecho Internacional Público; la importancia para la opinión pública de la problemática, que se observa por las decenas de opiniones incorporadas a los foros de discusión existentes a continuación de la publicación de los artículos y las diferentes inexactitudes conceptuales que observamos provocadas por abordar la problemática en forma aséptica olvidando el diferendo de soberanía que también afecta la cuestiones del Derecho Internacional Privado.

Palabras claves: Derecho Internacional Privado — Matrimonio — Malvinas

Abstract

A recent civil wedding in the Falkland Islands by a former Argentine soldier in the war against Britain in 1982, opened a debate on the legality of this link in Argentina, the UK dispute the sovereignty of the archipelago. Back in Argentina, the couple faces a question Azuaga typical Argentine private international law, that union is recognized in Argentina, which considers Malvinas own territory usurped by the United Kingdom, which occupied it in 1833. We have taken an analytical approach because of the peculiarity of the question generated by the identification of “Malvinas” exclusively with issues of public international law; the importance for public opinion on the issue, seen by tens of views incorporated in the forums existing discussion following the publication of articles and observe different conceptual inaccuracies caused by approaching the problem in aseptically forgetting the sovereignty dispute also affects the issues of private international law.

Key words: Private International Law- Marriage -Malvinas

I. Introducción

Una reciente boda civil en las Islas Malvinas de un ex combatiente argentino en la guerra contra Gran Bretaña de 1982, abrió un debate sobre la legalidad de ese vínculo en la Argentina, que disputa con el Reino Unido la soberanía del archipiélago. Carlos Azuaga y Claudia Fuertes, ambos de 47 años, y residentes en Lanús, periferia sur de Buenos Aires, contrajeron matrimonio el 16 de noviembre de 2009 en la oficina gubernamental de Town Hall, en Puerto Argentino, capital de Malvinas, después de siete meses de trámites, tras ser autorizada la ceremonia por el gobernador Alan Edden Huckle.

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Internacional Privado Cátedra II, y de Derecho Internacional Público. Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

Azuaga preguntó qué trámites tenían que hacer. La respuesta fue un extenso correo electrónico. Debían incluir documentos y partidas de nacimiento con traducciones legalizadas, certificados de trabajo y boletas de impuestos y servicios de los últimos dos años, de ellos y de sus padres. Todo con sellos incluidos del Ministerio del Interior y de la Cancillería.

El 8 de octubre pasado, el gobernador de Malvinas, Alan Huckle, autorizó el casamiento. La fecha del casamiento era el 16 de noviembre.

De vuelta en la Argentina, con el certificado de matrimonio en inglés, los Azuaga enfrentan una cuestión típica del Derecho Internacional Privado Argentino, que esa unión sea reconocida en Argentina, que considera Malvinas territorio propio y usurpado por el Reino Unido, que lo ocupó en 1833.

En diferentes publicaciones argentinas se reprodujo la noticia, (1) que obró como disparador de la problemática antedicha.

Hemos tomado una metodología de análisis que creemos innovadora dada la peculiaridad de cuestión, fundamentalmente por varias razones:

1. La identificación de “Malvinas” exclusivamente con problemáticas del Derecho Internacional Público.

2. La importancia para la opinión pública de la problemática, que se observa por las decenas de opiniones incorporadas a los foros de discusión existentes a continuación de la publicación de los artículos.

3. Las diferentes inexactitudes conceptuales que observamos de algunos especialistas en Derecho Internacional Privado seguramente provocadas por abordar la problemática en forma aséptica olvidando el diferendo de soberanía que también afecta la cuestiones iusprivatistas.

Por ello, en el trabajo, trataremos no hacer un simple trabajo de doctrina jurídica, sino que apuntaremos a dar respuesta a las cuestiones puntuales que surgieran del análisis de los comentarios de diferentes lectores de los artículos publicados.

Sin perjuicio de ello, la sistemática de las respuestas mantiene una lógica jurídica de redacción a los fines de que el presente trabajo sea también atractivo para los colegas docentes en diferentes asignaturas en general y de los integrantes de aquellas que con sus conocimientos nutren en particular este artículo.

II. Desarrollo

La prensa argentina nos brinda el puntapié inicial a nuestro trabajo; para ello reproducimos algunos contenidos señalados en diferentes medios:

“Argentina no reconoce la autoridad que los casó porque mantiene una disputa de soberanía con Gran Bretaña ante Naciones Unidas y el hecho no puede tener consecuencias para esa discusión”, señaló una fuente gubernamental argentina innominada señalada por AFP. Sin embargo, señaló que desde el punto de vista legal, la pareja “no violó ninguna norma” porque para casarse “utilizó los mecanismos previstos por el gobierno argentino dentro del ‘paraguas’ que existe en la relación con el Reino Unido”, al margen de la disputa de soberanía.

Aquí resulta conveniente destacar que el concepto de “paraguas de soberanía” se aplica al ámbito específico del Derecho Internacional Público, el cual rige esencialmente la relación como sujetos de

(1) La noticia fue publicada por diferentes medios de prensa argentinos, podemos señalar dos de ellos: La Nación, Domingo 6 de diciembre de 2009, Desafío a la diplomacia Malvinas: la boda que abrió un debate legal, Juan Pablo Morales, edición digital en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1208475. Diario Perfil, 5 de diciembre de 2009, Boda en Malvinas de ex combatiente abre un debate legal, Laura Términe, de edición digital en http://www.perfil.com/contenidos/2009/12/05/noticia_0024.html.

derecho principales, a los Estados. Por lo tanto, se aplica a relaciones donde las dos partes son Estados y tiene por referencia la temática de la Soberanía.

Vale recordar, como ya señaláramos en nuestro libro (Tondini, 2007: 102), sobre la finalización del

“...gobierno radical, la necesidad de impulsar algún camino diplomático que mantuviese mínimamente las negociaciones, llevó a la sugerencia de la fórmula del ‘paraguas de soberanía’ a través de la cual, excluyendo el tema de la soberanía, se discutirían aspectos relacionados como el restablecimiento de relaciones consulares, la explotación de los recursos ictícolas, hidrocarburiíferos, etc. Esta iniciativa, se abonó a través de los buenos oficios de España, Brasil, Uruguay y EE.UU. ...”

Asimismo posteriormente la aplicación concreta de esta fórmula se observó en el texto del Acuerdo de Madrid I Declaración Conjunta de las delegaciones de la República Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ratificado en Madrid el 19 de octubre de 1989 en sus puntos 2 y 3:

2. *“...Ningún acto o actividad que lleven a cabo la República Argentina, el Reino Unido o terceras partes como consecuencia y en ejecución de lo convenido en la presente reunión o en cualquier otra reunión similar ulterior podrá constituir fundamento para afirmar, apoyar o denegar la posición de la República Argentina o del Reino Unido acerca de la soberanía o jurisdicción territorial y marítima sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos circundantes.”*

3. *“...Ambos gobiernos se comprometieron a no efectuar reclamaciones contra el otro, ni contra los ciudadanos del otro, en relación con las pérdidas o daños ocasionados por las hostilidades y por cualquier otra acción en y alrededor de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur con anterioridad a 1989.”*

Esta cláusula fue reafirmada en el Acuerdo de Madrid II Declaración Conjunta de las delegaciones de la República Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en su punto 2do.

Ante ello, nos interesaría en principio señalar que en ningún caso, a pesar de la existencia de la fórmula, dentro de ella no se abordaron en particular los temas que son reflejo del ejercicio de soberanía como son los temas que hacen al ejercicio de jurisdicción sobre los particulares, que son consecuencia de lo antedicho.

Sin perjuicio de ello, se hace una mención general en el Acuerdo de Madrid II, en su parte 11 que señala que “Ambas Delegaciones acordaron examinar por la vía diplomática la factibilidad y conveniencia de un Acuerdo General de Cooperación”. Es precisamente en este marco en que se tendría que tratar estas cuestiones, situación que retomaremos en las conclusiones.

Vale avanzar a continuación en destacar que los conceptos de “soberanía”, “jurisdicción” y “competencia” que se encuentran aquí en danza, fuertemente vinculados al de “territorio”, no debemos confundirlos o identificarlos como sinónimos porque cada concepto describe una situación jurídica distinta. Así por ejemplo en la Argentina, el Estado Federal ejerce su soberanía sobre todo su territorio, pero no obstante no tiene jurisdicción sobre determinados bienes (embajadas, sedes diplomáticas o buques de guerra extranjeros) o personas (jefes de estado en visitas oficiales a nuestro país, o embajadores, personal diplomático), ni tampoco competencia cuando no se comprometa un interés federal en juego importante dado por razón de la materia-lugar-persona y por ello ciertos casos judiciales son de competencia ordinaria de juzgados provinciales. (Caparroz, 2010: 2 y ss.)

Por ello concluimos prima facie que si bien el acto fue realizado en territorio Argentino, fue celebrado por autoridades que no son reconocidas como válidas por nuestro país.

En este particular caso, el acto que fue registrado en el territorio de las Malvinas, ello resulta manifiesto para nosotros los argentinos a la luz de la recientemente promulgada ley argentina 26.552, y al artículo uno de la ley 23.775, si bien en contradicción de ello Gran Bretaña señala que las Islas resultan uno de sus territorios de ultramar, incluidos en el Tratado de Lisboa de la Unión Europea, que comenzó a regir el 1ero. de diciembre de 2009.

Lamentamos discrepar con aquellos que señalan que realizando un acto administrativo ante las autoridades locales (en ejercicio en ese momento) no se produce ningún tipo de reconocimiento de soberanía en términos de la legitimidad o no de esas autoridades, ya que otorgar validez a un acto realizado por una autoridad a las cuales nuestra ley no le otorga competencia, sería reconocer un acto público de una autoridad extranjera realizado en territorio argentino y ello es sin duda renunciar a nuestra soberanía.

La autoridad competente es el Registro Civil competente que es el de la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, República Argentina y las normas aplicables son las civiles internas argentinas (no las de derecho internacional privado) o sea el código Civil y las que regulan la registración de los mismos por la autoridad argentina. En ese sentido la Constitución Argentina desde el año 1853 otorga plena validez y oponibilidad a los actos públicos realizados por las autoridades públicas no sólo de la nación sino también de las provincias en su artículo 7° señala expresamente: “Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán”.

Vale recordar incluso que los problemas no son solo en razón de la autoridad de la cual emana el acto, sino también de la profunda discrepancia en la naturaleza jurídica del matrimonio para ambos Estados.

En sus aspectos generales, recordamos por ser profundamente gráficas, las sabias palabras de Emile Stocquart en la *Revue de Droit International et de Législation Comparée* del año 1887 en su página 581: “No contribuye a la comunidad jurídica humana la posibilidad de que una persona se considere válidamente casada en un país y no así en otro” (Ennis, 1953: 192).

De allí han surgido las particulares dificultades y disensiones que ha dado lugar la determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio, problema que se complica porque muchas veces se ha perdido de vista el doble significado jurídico del vocablo matrimonio. (Belluscio, 1996: 144)

Es clásica la oposición entre considerarlo como contrato o como institución, pero la doctrina moderna tiende a superarla ateniéndose al indicado doble significado.

Por otra parte, ha cobrado relevancia la opinión según la cual el matrimonio-acto no es contrato sino acto jurídico, aun cuando subsiste la discrepancia acerca de sus caracteres como tal:

a) Concepción contractual canónica. Para el derecho canónico, el acto de celebración del matrimonio es, a la vez que sacramento e inseparablemente de él cuando se contrae entre bautizados, un contrato. Lo sería en razón de reunir los elementos esenciales de su existencia: sujetos, objeto y consentimiento; en especial se toma en consideración la existencia de este último elemento. Se aclara, sin embargo, que tiene características especiales que lo distinguen de todos los demás contratos. Es distinto por su origen, ya que es un contrato natural, impuesto por la naturaleza en bien del género humano, en tanto los demás provienen de la voluntad del hombre; por el consentimiento, que es tan esencial que no puede ser suplido por ninguna autoridad humana ni hay tiempo de prescripción que pueda legalizar la unión sin consentimiento; por su objeto principal, ya que sus efectos y los deberes que de él derivan están determinados por la naturaleza y no pueden ser alterados por los contrayentes ni por la autoridad social; por su estabilidad y duración, ya que es perpetuo e indisoluble, no admite rescisión por mutuo acuerdo ni disolución por autoridad humana; y por su excelencia, ya que es sagrado y religioso por naturaleza, y no simplemente civil y profano. (Belluscio, 1996: 145)

b) Concepción contractual civil. Con remota base en las opiniones de los canonistas disidentes —que sustentaban la idea de la separabilidad entre el contrato y el sacramento— se fue elaborando en Francia la concepción del matrimonio como contrato de derecho civil, que constituyó la base de su secularización producida tras la Revolución de 1789. Alcanzó su máxima expresión legislativa en la Constitución de 1791, cuyo título II, artículo 7, estableció que la ley no considera al matrimonio

sino como un contrato civil (la loi ne considère le mañage que comme un contrat civil), fue la opinión unánime de los juristas del siglo XIX y persiste aun ya que buena parte de la doctrina italiana la sostiene aun, a pesar de no llegar a extraer de ella las extremas conclusiones de la época de la Revolución Francesa —disolubilidad por mutuo disenso o por incumplimiento de las obligaciones asumidas— y con la salvedad de algunos de tratarse de un contrato de derecho de familia.

En Inglaterra, durante el gobierno de Cromwell, se estableció el matrimonio civil. (Lagomarsino, 1964: 146)

c) Concepción institucional. Si bien la teoría de la institución, y su aplicación al matrimonio, tuvieron su desarrollo en Francia a partir de principios de siglo XX (enfrentándose a la concepción del matrimonio como contrato civil, y quizás como consecuencia de los excesos a que ésta podía dar lugar), antes la había conocido Vélez Sarsfield y quedó expuesta en la nota al título Del matrimonio de nuestro Código Civil.

Decía allí nuestro codificador entre otros conceptos:

“En un tiempo, la Iglesia católica lo consideró sólo como un sacramento y la idea religiosa dominó todo el derecho. Vino la revolución francesa, y el matrimonio fue legislado por sólo los principios que rigen los contratos. La lógica del jurisconsulto fácilmente dedujo del error de que partía, las formas que debían acompañarlo para su validez: el divorcio perpetuo y la omnimoda facultad de hacer las convenciones matrimoniales que los esposos quisieran. Los extremos no podían satisfacer ni la conciencia de los pueblos cristianos ni las relaciones indispensables de las familias, ni menos las necesidades sociales. Un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podría descender a las condiciones de una estipulación jurídica cualquiera. La sociedad no marcharía a la par de las leyes: serían necesarias tantas excepciones al contrato, que vendría a quedar sin ninguno de los principios que sirven de base a las convenciones particulares. Había otra manera de considerar el acto que dejaba completamente libre al legislador para formular las condiciones todas del matrimonio, y era reputarlo como una institución social fundada en el consentimiento de las partes; y entonces las peculiaridades de su naturaleza, su carácter y la extensión de las obligaciones, tan diferentes de las de los contratos, podían corresponder al fin de su institución”.

Añade que bajo ese punto de vista considerará al matrimonio, y transcribe luego conceptos de Lord Robertson, quien señala sus diferencias con todos los demás contratos y la inaplicabilidad de las reglas de éstos en su constitución y en los medios de ejecución y finalmente los siguientes conceptos de Savigny:

“Se ha querido colocar al matrimonio al lado de la venta o de la sociedad, como un mero contrato consensual, que por una singular inadvertencia olvidaron los romanos. Cuando el sacerdote pregunta a los esposos si quieren prometerse amor y fidelidad hasta la muerte y los esposos hacen la promesa, esta declaración no implica la promesa de ciertos actos determinados, ni la sumisión a una ejecución jurídica en el caso en que esos actos no se cumplieren. Esa promesa significa sólo, que los esposos conocen los preceptos del cristianismo sobre el matrimonio, y que tienen la intención de conformar a ellos toda su vida”.

En Francia, se cita como primera expresión de la tesis institucional del matrimonio una obra de La Breda, *Considérations sur le mariage au point de vue des lois*, publicada en Lyon en 1877. Un cuarto de siglo después la enunció algo vagamente Charles Lefebvre, para quien el matrimonio es una institución que no pertenece principalmente al orden jurídico de los contratos porque no se permite a los contrayentes estipular como verdaderos contratantes; inclusive restó valor al antecedente de la Constitución de 1791, pues en la expresión utilizada “contrato civil” habría prevalecido por sobre el tecnicismo del vocablo “contrato” la tendencia a la secularización del matrimonio expresada en la calificación de “civil”. (Belluscio, 1996: 146)

Pero el desarrollo de la teoría sólo iba a producirse a través de la exposición de Hauriou, aplicada al matrimonio especialmente por Renard y por Bonnecase, bien que este último no dejase de reconocer que la institución era puesta en movimiento por un acto jurídico.

La teoría de la institución ha influido también en el derecho canónico, pues algunos canonistas modernos han intentado introducirla en él; esta tendencia no ha tenido mayor acogida, pero la constitución pastoral "*Gaudium et spes*" del Concilio Vaticano II (7 de diciembre de 1965) parece admitirla al decir que "*del acto humano por el que los esposos se dan y se reciben mutuamente nace, aun ante la sociedad, una institución confirmada por la ley divina*".

En nuestro país, se adhieren a ella Frías y Borda, el segundo afirmando que es indudable que el matrimonio es una institución, y no un contrato, en razón de las diferencias entre una y otra señaladas por Renard.

d) Concepción mixta. La teoría contractual pone el acento en el consentimiento de las partes expresado en el acto de celebración; la institucional, por el contrario, en la inderogabilidad por las partes del régimen legal a que quedan sometidas como consecuencia de ese acto, del complejo de derechos y deberes de los cuales no pueden apartarse. Fácil es advertir que su contraposición es en cierta medida falsa, ya que la primera tiene en vista primordialmente el matrimonio-acto, y la segunda el matrimonio-estado.

e) Acto jurídico familiar. Gran parte de la doctrina moderna considera que el matrimonio es un acto jurídico familiar (negocio jurídico familiar en la terminología italiana y española). Claro está que se trata de caracterizar el acto de celebración del matrimonio, de modo que esta posición no es incompatible con ver en el matrimonio-estado una institución no sólo social sino también jurídica. Como antecedente de esta tesis pueden señalarse las opiniones de autores que señalaron que no se trataba propiamente de un contrato sino de una convención, ya que no habría diferencia entre acto jurídico bilateral y convención. Actualmente lo caracterizan como acto jurídico familiar en nuestro país Salvat, Lafaille, Rébora, Pavón, Spota, Mazzinghi, Díaz de Guijarro, Frías, Molinario, Borda, León y Zannoni. Como resulta de esta enunciación, algunos de los autores que lo califican de acto jurídico familiar también son partidarios de la teoría de la institución en cuanto al matrimonio-estado, o bien de la concepción mixta.

En definitiva, la discusión entre la concepción contractual y la institucional deriva de no haber fijado la atención en que el vocablo matrimonio tiene, jurídicamente, el doble sentido señalado al principio de este capítulo: matrimonio-acto y matrimonio-estado. En cuanto al matrimonio-acto, no me parece dudoso que es un acto jurídico familiar, como ya he expuesto en el capítulo respectivo. En cambio, el matrimonio-estado es un régimen legal, un complejo de derechos y deberes que las partes no pueden modificar y a los cuales quedan sometidos como consecuencia del matrimonio-acto. Pero entonces, como institución jurídica, se trataría de una institución-cosa, y no de una institución-persona. (Belluscio, 1996: 148)

En la actualidad, el Derecho comparado ofrece gran heterogeneidad. Señala Borda (Borda, 1959: 57-58) ha destacado la coexistencia de cuatro sistemas fundamentales:

a) Países que únicamente reconocen al matrimonio laico efectos civiles. En este sistema, que es el predominante, deben ser incluidos Francia, Bélgica, Alemania y casi todos los países latinoamericanos.

b) Países en que puede optarse por el matrimonio civil o religioso, pero en los que los efectos civiles están exclusivamente regidos por la ley del Estado. Siguen este sistema Brasil, Inglaterra, Estados Unidos, etcétera.

c) Países en que el matrimonio civil o religioso es optativo, pero en caso de celebrarse por la Iglesia es regido por el Derecho canónico. Este es el régimen impuesto en Italia y Portugal.

d) Países que obligan a los católicos a la celebración de las nupcias ante la Iglesia, permitiéndose solamente a los no católicos el matrimonio civil. Aquí deben citarse España y Colombia.

En la Argentina, el matrimonio es institución de carácter público, ello significa que la intervención de las instituciones, en un principio las eclesíásticas y luego de la ley argentina 17.711 del Estado

Nacional (Adla, XXVIII-B, 1810), que son las que le otorgan validez al acto, ello significa que sin las mismas, el mismo es nulo de nulidad absoluta. De allí la imposibilidad de revalidar el mismo ante las autoridades locales argentinas. Debemos ser precisos, no hay nada que revalidar porque el acto es inválido o sea nulo desde su origen.

En el Comon law, la naturaleza del matrimonio está vinculada a lo contractual.

En tal sentido históricamente, la necesidad de la forma ad validitatem, es decir determinada y sacramental, fue proclamada por el Concilio de Trento (1563) otorgando al matrimonio el carácter público que siempre conservó el matrimonio romano. Siglos después, en la tradición del Common law, continuaba considerándose el matrimonio un contrato, afirma William Blackstone, 1765-1769I 15.1 en sus famosos Commentaries on the Law of England, con los que se iniciaron en el Derecho, entre otros muchos, los juristas norteamericanos (Domingo, 2005: 5.): “Our law considers marriage in no other light than as a civil contract”.

En la actualidad cabe destacar que el matrimonio en Gran Bretaña (también en Gales) puede hacerlo tanto sea en forma religiosa como a través de una ceremonia civil.

También en los artículos periodísticos se citó lo siguiente: “El juez intentó ser claro cuando firmaron los documentos: “El apostillado de La Haya le da validez a este certificado en todo el mundo”.

A lo cual podemos señalar una opinión de un forista argentino que desconociendo el derecho aplicable, en el mismo sentido expresó: “si la justicia argentina no lo reconoce, no reconoce a la Haya... ante la cual irónicamente nos estamos quejando por el asunto de la papelera”.

En este sentido vale recordar que a través de la denominada Apostilla de la Haya, creada por el Convenio de La Haya de 1961, sobre eliminación del Requisito de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, un país firmante del Convenio reconoce la eficacia jurídica de un documento público emitido en otro país firmante de dicho Convenio. El trámite de legalización única —denominada apostilla— consiste en colocar sobre el propio documento público una apostilla o anotación que certificará la autenticidad de los documentos públicos expedidos en otro país (Díaz Solís, 2010: 5). (2)

La apostilla puede aplicarse entre otros a documentos emanados de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del Ministerio Público o de un secretario, oficial o agente judicial. Pero en el caso, no obstante es correcta la autenticidad (es decir que el documento ha emanado de una Autoridad), nuestro país no reconoce la autoridad de funcionario interviniente, ya que solo la ley argentina puede regir el reparto de competencias y la fijación de autoridades públicas dentro de su territorio y finalmente en consecuencia no sería aplicable la convención porque la misma se aplica a documentos realizados fuera del territorio nacional.

Otra de las inexactitudes que hemos leído de algunos críticos del hecho es que legalmente una pareja solo puede casarse ante el oficial público del domicilio de los contrayentes.

(2) La Apostilla de la Haya suprime el requisito de legalización diplomática y consular de los documentos públicos que se originen en un país del Convenio y que se pretendan utilizar en otro. Los documentos emitidos en un país del Convenio que hayan sido certificados por una apostilla deberán ser reconocidos en cualquier otro país del Convenio sin necesidad de otro tipo de autenticación. Países firmantes del Convenio: Alemania, Andorra, Antigua y Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bahamas, Barbados, Bélgica, Belice, Bielorrusia, Bosnia, Herzegovina, Botswana, Brunei, Darussalam, Bulgaria, Chipre, Colombia, Croacia, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Fidji, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Isla Marshall, Isla Mauricio, Israel, Italia, Japón, Kazajstán, Lesotho, Letonia, Liberia, Liechtenstein, Luxemburgo, Macedonia, Antigua República Yugoslava, Malawi, Malta, México, Namibia, Niue, Noruega, Países Bajos, Panamá, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, San Cristóbal y Nieves, San Marino, Seychelles, Sudáfrica, Suiza, Surinam, Swazilandia, Tonga, Turquía, Urania y Venezuela.

Ello resulta inexacto, los arts. 159 y 160 del Código Civil determinan que la validez del matrimonio se rige por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen. (Zannoni, 1998: 339). (3)

Por supuesto que ello resulta aplicable a los matrimonios celebrados en el extranjero en relación a la Argentina, situación que no sería el caso aplicable.

Otro comentario señala que para no perjudicar a los contrayentes podría reconocerse este matrimonio con algún tipo de reserva.

Lamentablemente ello no es posible, ya que el acto es inválido y nulo de nulidad absoluta y además los actos pueden reconocerse diferenciado ciertos efectos que podrían validarse que no es el caso. Cabe agregar que en el Derecho en general y en el Internacional en particular, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (UN DOC, 1969: 2), que entró en vigencia el 27 de Enero de 1980, fijada en Viena el 23 de mayo de 1969, en el art. 2 dedicado a los términos empleados en su punto 1. d) expresa:

“...se entiende por ‘reserva’ una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado...”

De ello, señalamos que las reservas son actos unilaterales que realizan sólo los Estados, en el ámbito internacional, es decir en sus relaciones jurídicas entre ellos, y no es una institución de derecho interno como se pretende hacer valer. Y además en este caso no es posible realizar una distinción dividiendo el acto ya que la presencia del oficial público argentino es condición para su validez y hace al objeto del acto.

Quienes plantean que podría reconocerse este matrimonio con algún tipo de reserva, señalan que ello se debe a que se debería aplicar la doctrina “...que se llama del “Stoppel” en donde un Estado tiene que ratificar en cada oportunidad que se presente su soberanía sobre un territorio”.

Ello también es erróneo porque la doctrina del Stoppel, no tiene una única definición.

Siguiendo al profesor Edgar De Jesús Florez Pérez, existen dos conceptos basados en doctrinas diferentes. En la doctrina anglosajona se encuentra:

“relacionada con el carácter irrevocable de los actos unilaterales, y consiste en que un Estado no puede dar por revocado un acto unilateral imputable a él, cuando otro Estado ha realizado a su vez determinados actos que han tenido como presupuesto dicho acto unilateral. Dicho de otro modo, Un Estado no puede tener pretensiones jurídicas frente a otro Estado, que sean contradictorias con las que en el pasado, hayan sido afirmadas por él mismo, mediante un acto unilateral” (Toro Jiménez, 1982: 277).

El Stoppel es formalmente una regla técnica del derecho Inglés en materia probatoria, según la cual, si una parte formula una declaración de hechos y la otra parte toma alguna medida basándose en ella, los tribunales no permitirán después a la primera que niegue la verdad de su declaración, si la parte que actuó sobre la base de tal declaración resulta perjudicada si se prueba que la misma es falsa.

Tal principio aplicado a las controversias internacionales significaría por ejemplo que un Estado que ha reconocido la titularidad de un determinado territorio, no podría ulteriormente negar la titularidad de tal estado, si este, sobre la base del reconocimiento, hubiera tomado medidas como la construcción de carreteras y aeropuertos en ese territorio, ya que el Estado que construye dichas obras estaría malgastando su dinero si su titularidad resulta defectuosa.

Para el derecho latino en general, el stoppel internacional impide a una parte que contradiga su declaración anterior, como acontece en el derecho Inglés, en tanto que en otros casos constituye tan

(3) CSJN, 21-05-02. Somoza, Silvia S. c. Bustelo, Elena. s/petición de herencia, en Fallos 325:1145 y en ED 200, 306.

sólo un medio de prueba, de modo que se limita a obstaculizar a una parte para que contradiga su declaración anterior. “El Principio de la forclusión o estoppel, o doctrina de los actos propios, como se le denomina en el derecho español, es un principio general del derecho cuya validez en el derecho internacional ha sido generalmente admitida ... El acto que puede dar lugar al recurso del estoppel es un acto unilateral del Estado” (Florez Pérez, 2004: 113).

Vale señalar en resumen que el Stoppel significa que a partir de ese momento no puede el Estado actuar de forma contraria a lo manifestado a través de un acto unilateral, a fin de evitar crear inseguridad jurídica internacional.

De aquí que sea imposible realizar una excepción reconociendo parcialmente el acto y además debe realizar al ser presentada el acta, una nota formal de protesta para reafirmar el acto unilateral incluido en la Constitución nacional en la Cláusula Transitoria Primera.

III. Conclusión

Sin duda la temática del matrimonio reviste suma actualidad de debate en el mundo y en tal sentido cada vez con mayor fuerza deberán brindarse desde el derecho respuestas al tema con la debida delicadeza que la cuestión merece a fin de ir acompañando los cambios fácticos por los cuales transitan las distintas sociedades a fin de ir limando las asimetrías que el denominado conflicto de civilizaciones denota.

La fuerte influencia de la cuestión de soberanía sobre las islas Malvinas, como hemos desarrollado, impide el tratamiento de un matrimonio celebrado por autoridades que la Argentina considera que “no se ajusta a derecho”, llevándonos a determinar la inexistencia de todo acto de esta naturaleza en las Islas bajo la égida británica.

Lamentamos no concordar en definitiva con lo señalado por Jorge Davis, profesor de Derecho Internacional en la Universidad Católica quien refirió: “El casamiento debería ser válido porque se celebró según las leyes que rigen en el lugar, sea territorio argentino o extranjero”.

Como ya afirmamos previamente, este razonamiento se da en función de los estatuido por nuestro Código Civil Argentino, pero que no tiene aplicación porque aquí existe una clara cuestión, ya que nuestro país no reconoce la autoridad instalada en las islas, como así también ningún acto que no sean los establecidos en los instrumentos internacionales firmados por la Argentina que ya mencionáramos en 1990, 1991 y 1995, aunque recordamos que este último ha sido denunciado por la administración Kirchner.

Incluso agregamos que la ley registral ya desde su primer norma, la ley 14586 dejaba incluso en suspenso la validez del acto realizado en el extranjero en función de las leyes de la nación (4) y la actual ley vigente en Argentina que derogó el Decreto Ley 8204/63 (Adla, XXIII-C, 1749) (que incluía una norma semejante a la citada), establece en su artículo 73 que extraña jurisdicción es la que excede el ámbito territorial de la dirección general ante la cual se pretende inscribir el documento, y por su artículo 1. “Todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

A modo de breve resumen señalamos las principales respuestas que hemos encontrado a partir de nuestra investigación:

* El concepto de “paraguas de soberanía” se aplica al ámbito específico del Derecho Internacional Público; no resulta aplicable a los aspectos de Derecho Internacional Privado, como resulta del análisis de la existencia y/o validez de un matrimonio celebrado hoy en el territorio de las islas por autoridad dependiente de la corona británica.

(4) Art. 64 – La inscripción de partidas extranjeras se hará en los libros que correspondan, con transcripción íntegra del documento y los recaudos de legalización y de traducción, efectuada ésta por traductor público debidamente autorizado. Todo ello sin perjuicio de la validez o no del acto a que se refiera, conforme a las leyes de la Nación y las del país de origen.

* La ausencia hasta el momento de un Acuerdo General de Cooperación entre las Argentina y el Reino Unido que aborde específicamente materias vinculadas al Derecho Internacional Privado que resulte aplicable a los actos celebrados en las islas, recordamos la mención general en el Acuerdo de Madrid II, en su parte 11 que señala que “Ambas Delegaciones acordaron examinar por la vía diplomática la factibilidad y conveniencia de un Acuerdo General de Cooperación”.

* Las profundas diferencias entre la naturaleza jurídica del matrimonio en la Argentina y el Reino Unido, que podrían provocar conflictos que llevarían a la utilización del Orden Público Internacional. (5)

* La inutilidad de aplicar la convención denominada de la Apostilla de la Haya, creada por el Convenio de La Haya de 1961, sobre eliminación del Requisito de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, ya que estos documentos, los vinculados al matrimonio celebrado en las Islas, emanan de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado que no es reconocido por la Argentina, por lo cual le es inoponible.

* Es imposible reconocer este matrimonio con algún tipo de reserva, ya que esta institución es parte del Derecho Internacional Público por ello no es de aplicación a la cuestión.

Finalmente creemos gráfica la opinión vertida por el presidente del Centro de ex Combatientes de Malvinas (CECIM La Plata), Ernesto Alonso, quien sostuvo que más allá de las razones personales, “hay que ser muy cuidadoso con las acciones individuales, porque pueden llegar a perjudicar el reclamo en conjunto por la soberanía de las islas”.

IV. Bibliografía

BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de derecho de familia*. 6ª ed. Buenos Aires: Depalma. 1996, t. 1 y 2.

BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino: Familia*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959.

CAPARROZ, Luciano. *Elementos del estado: el territorio*, 2010. Disponible en:

<http://www.terreleyasociados.com/estudio/derecho/ELEMENTOS%20DEL%20ESTADO.TERRITORIO.doc>. [Consulta: 29 marzo 2010].

Convención de Viena sobre el Derecho de Los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Viena, 23 de mayo de 1969. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html> [Consulta: 25 abril 2011].

DÍAZ SOLÍS, Antonio. “Requisitos para la eficacia de documentos públicos en el extranjero”, En: *Derecho matrimonial. Revista de derecho de familia y sucesiones*. España, enero-febrero 2010, 2 -7-. Disponible en: <http://www.derechomatrimonial.org/2009/07/requisitos-para-la-eficiacia-de> html [Consulta: 29 marzo 2010].

DOMINGO, Rafael. “Repensar el matrimonio civil”, en: *La Gaceta de los Negocios*, Madrid, 18 de junio de 2005. Disponible en:

<http://www.msperu.org/teologia/1derecho/derSacram/matrcivil/art216.html>.

(5) Sin perjuicio de ello vale destacar la amplitud en la aceptación de los matrimonios celebrados en el extranjero bajo instituciones con profundas diferencias en la naturaleza jurídica por nuestros tribunales, que se han inclinado en aceptar el matrimonio puramente consensual, como el realizado en Escocia (donde en Gretna Green lo simplificaba de manera llamativa) (CNCiv 2da., en Jurisprudencia Argentina T 29 p. 726 según cita ENNIS, 1953: 1992 y su posterior comentario realizado por GOLDSCHMIDT Werner, Matrimonio internacional por poder y prueba de la ley extranjera, en Jurisprudencia Argentina, 1960, III 63).

ENNIS, Humberto María. *Derecho Internacional Privado*. La Plata: Ediciones Nuevo Destino, 1953.

FLOREZ PÉREZ, Edgar de Jesús. “Los actos de los estados y la regla del Estoppel: Un breve análisis de sus vinculaciones”, En: *Anuario de derecho*. Edición digital, Puebla, México, 2004. Disponible en:

http://www.iberopuebla.edu.mx/micro_sitios/DCSH/derecho/documentos/anuarios/anuario2004/ci_eflores.pdf [Consulta: 29 marzo 2010].

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*. 9ª ed. Buenos Aires: LexisNexis Depalma, 2002.

LAZCANO, Carlos Alberto. *Tratado de derecho internacional privado*. Buenos Aires: [s.n.], 1928.

LAGOMARSINO, Carlos A. R. “Matrimonio”, En: *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. 19. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1964.

PIOMBO, Horacio Daniel. *Estructura normativa del derecho internacional privado. Sistemática de la dimensión normológica*. Buenos Aires: Depalma, 1987.

TONDINI, Bruno. “Análisis de la ‘Fortaleza Malvinas’ y la extensión de la zona de exclusión impuesta por Gran Bretaña”, EN: *Islas Malvinas, su historia, la guerra y la economía, y los aspectos jurídicos su vinculación con el derecho humanitario*. Edición electrónica gratuita, 2007. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2007b/278/28.htm> [Consulta: 29 marzo 2010].

TORO JIMÉNEZ, Fermín. *Manual de derecho internacional público*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1982, v. 1.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: Derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea, 1998, t. 1. ♦

Entendiendo el rol del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el Sistema de Solución de Controversias de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

POR **MARTÍN CABRERA MIRASSOU** (*)

Sumario: I. Diversificación de la Jurisdicción Internacional. II. El Sistema de Solución de Controversias en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. III. Procedimientos Voluntarios de Solución de Controversias. IV. Procedimientos Obligatorios Conducentes a Decisiones Vinculantes. V. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar. VI. Competencia del Tribunal. VII. La Relación entre el Tribunal y la Corte Internacional de Justicia. VIII. Consideraciones Finales.- IX. Bibliografía.

Resumen: La existencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el sistema de solución de controversias no ha estado exenta de cuestionamientos. Nos proponemos en el presente artículo, argumentar que el Tribunal ha sido creado con una clara finalidad, en respuesta a demandas existentes en la comunidad internacional. Comenzamos estableciendo la relación entre la multiplicación de jurisdicciones internacionales con la expansión del derecho internacional. Luego se describe el sistema de solución de controversias en el derecho del mar, y se analiza la competencia del Tribunal, comparándola con aquella de la Corte Internacional de Justicia. Este recorrido nos permite aseverar que el Tribunal, considerando su rol en el sistema, cumple una función única y se está consolidando como fuero. Su jurisprudencia ya ha establecido importantes criterios en cuanto a la interpretación del derecho internacional.

Palabras claves: Solución de controversias – Derecho del mar – Tribunal Internacional del Derecho del Mar

Understanding the Role of the International Tribunal for the Law of the Sea in the Dispute Settlement System of the United Nations Convention on the Law of the Sea

Abstract: The existence of the International Tribunal for the Law of the Sea in the dispute settlement system has not been exempt of questioning. In the present article, we argue that the Tribunal has been created with a clear goal, as a response to the needs of the international community. We begin establishing the relation between the multiplication of international jurisdictions and the expansion of international law. Afterwards, the dispute settlement system in the law of the sea is described, analyzing the competence of the Tribunal, comparing it with the competence of the International Court of Justice. This path will allow us to affirm that the Tribunal, considering its role in the system, has a unique function and it is consolidating as a forum. Its jurisprudence has already established important criteria in the interpretation of international law.

Key words: Dispute settlement – Law of the sea – International Tribunal for the Law of the Sea

I. Diversificación de la Jurisdicción Internacional

El vertiginoso desarrollo del derecho internacional en las últimas décadas es incuestionable. Si se analiza en perspectiva su situación en la década de 1940, puede verse un conjunto de normas

(*) Docente de Derecho Internacional Público Cátedra II; Becario de Investigación de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

jurídicas que regulaban exclusivamente las relaciones entre Estados, cuyo proceso de formación era notoriamente euro centrista, y con un ámbito material de aplicación restringido a solo algunos aspectos de las relaciones internacionales. Unos 70 años más tarde, los sujetos del derecho internacional no son sólo los Estados, se encuentran también las organizaciones internacionales, al individuo, y actores como las empresas transnacionales y las ONG, ampliando así el ámbito personal de éste sistema legal.

Se extiende, también, el ámbito normativo del orden jurídico internacional. Además de las normas que reglamentan la paz y la guerra, el derecho internacional pasa a regular temas como el medio ambiente, el comercio internacional, el derecho penal internacional y la protección de los derechos humanos. Los regímenes regionales, como la Unión Europea y su complejo entramado normativo junto a la interrelación entre las fuentes del derecho internacional, pueden generar múltiples obligaciones y no siempre es claro cuál es la norma aplicable a una relación entre dos o más sujetos.

Esta expansión del derecho internacional se ha caracterizado, entonces, por una ampliación de su ámbito material de aplicación, una multiplicación de los sujetos y actores llamados a participar, y en el esfuerzo por mejorar la eficiencia y eficacia de las normas y obligaciones internacionales (Dupuy, 1999:795). Estas características del sistema legal 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 esto también se suma la aparición de regímenes autónomos (1) -*self contained regimes*- en donde cada uno de ellos cuenta con sus propios principios e instituciones, a veces contrapuestos entre sí, como puede ser el caso de las normas que protegen el medio ambiente con aquellas que tienen por objetivo promover el comercio. Sin dejar de lado como parte de este fenómeno al regionalismo, un conjunto de normas vigentes para ciertos países o regiones con la finalidad de contemplar las particularidades propias de su ámbito de regulación.

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) se hace eco de este fenómeno y decide incluirlo como parte de su programa de trabajo en el año 2000. Con el título de “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, el informe final es aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2006. La CDI pone de manifiesto los posibles conflictos que pueden darse entre las normas existentes a nivel internacional, entre los cuales se encuentran: las relaciones entre el derecho especial y el general -en particular las dificultades que se derivan de la existencia de normas *lex specialis*, de los regímenes autónomos y el regionalismo- los conflictos entre las normas sucesivas -o sea, la cuestión de la *lex prior* y la *lex posterior*- aquellos derivados del diferente rango jerárquico normativo -en especial el Artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*- y, por último, el denominado entorno normativo o integración sistémica del apartado c) del párrafo 3 del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, que establece que al momento de interpretar un tratado habrá que tenerse en cuenta el contexto del mismo, como también toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes del tratado.

Un aspecto no abordado por la CDI, pero con importante incidencia en el proceso descrito, es la diversificación de la jurisdicción internacional. (2) Las razones detrás de la creación de tribunales

(1) Se le han dado diferentes significado al concepto de régimen autónomo, la Corte Permanente de Justicia Internacional utiliza el término para referirse a un conjunto interrelacionado de normas primarias y secundarias, un sistema de normas que abordan un problema particular de una manera diferente a las normas del derecho generales, “Case of the S. S. Wimbledon”, P.C.I.J., Series A, N° 1, 1923, p. 23 y 24. Luego, la Corte en el “Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (los Estados Unidos c. el Irán)”, I.C.J. Reports 1980, pág. 41, párr. 86, le otorga un significado diferente, como un conjunto especial de normas secundarias sobre el derecho de la responsabilidad del Estado que prevalecen sobre las normas generales relativas a las consecuencias de una violación. La tercera acepción, identificada por la CDI, se refiere a un conjunto de sistemas de normas interrelacionados con diferencias respecto al derecho general, donde las reglas de interpretación y orientación no son iguales, y aquí se produciría una separación entre el régimen y el derecho internacional general.

(2) Se utilizan indistintamente los términos organismos judiciales, instituciones judiciales, tribunales y/o cortes internacionales. Suele utilizarse el término proliferación para denominar el creciente número de jurisdicciones

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 derecho internacional.

La pregunta que ha generado un intenso debate académico es si esta multiplicación de tribunales internacionales amenaza la coherencia del sistema legal internacional (Aust, 2007:137). Entre los posibles efectos negativos de este fenómeno se han resaltado, el *fórum shopping* –la elección del fuero más favorable por las partes en una controversia– y la posibilidad de decisiones contradictorias entre los tribunales que ocasione una fragmentación del derecho internacional, afectando su unidad (3). Pero lo que esta visión ignora es que siempre existieron arbitrajes internacionales, y la Corte Internacional de Justicia (la Corte) nunca fue el único tribunal existente para resolver controversias internacionales. 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 los diferentes tribunales comparten visiones coherentes sobre el derecho internacional y que en la práctica judicial, los efectos negativos mencionados no se han producido.

En definitiva, la multiplicación de órganos judiciales es una respuesta al 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. (4). 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.”

II. El Sistema de Solución de Controversias en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

Un instrumento de la complejidad y detalle como la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (la Convención) necesita de un sistema adecuado de solución de controversias

internacionales. Su connotación negativa, debida a su asociación con las armas nucleares, nos lleva a decantarnos por el término más neutral de diversificación. Es común también utilizar como sinónimos jurisdicción y competencia, principalmente por que el Estatuto de la Corte así lo hace, y la mayoría de los autores consultados siguen el mismo criterio. Sin perjuicio de ser conscientes del diferente significado que ambos conceptos tienen en los ordenamientos internos de los Estados.

(3) Un análisis de la práctica internacional en OELLERS – FRAHM Karin -2001- y SIMMA Bruno -2009-, cita completa en la bibliografía. Estos autores relativizan las diferencias de criterio o interpretación del derecho internacional por parte de diferentes tribunales.

(4) Por varias décadas, tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional -1922-1946- como su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, eran los únicos tribunales permanentes a nivel internacional y con competencia universal. En la actualidad, además de la Corte y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, existe 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, el sistema de solución de controversias del MERCOSUR como del NAFTA, el Tribunal de Reclamaciones entre Irán y EE.UU. A estas instituciones permanentes, hay que sumar los tribunales arbitrales que se constituyen y los tribunales administrativos de las organizaciones internacionales.

para lograr su plena vigencia y cumplimiento. Durante la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (la Conferencia) este punto fue central, tanto que el primer Presidente de la misma, el Embajador Amerasinghe, ha dicho que: “*The provision of effective dispute settlement procedures is essential for stabilizing and maintaining the compromises necessary for the attainment of agreement on a convention. Dispute settlement procedures will be the pivot upon which the delicate equilibrium must be balanced.*”⁽⁵⁾

¿Cuál es ese equilibrio que mencionaba Amerasinghe? La Convención es fruto de varios compromisos cuyo fin era lograr un consenso en el texto final. El mayor conjunto de compromisos se relacionan con el establecimiento de la Zona Económica Exclusiva (ZEE). Por un lado, los Estados ribereños tienen derechos soberanos sobre los recursos naturales en la ZEE más allá del límite exterior de su mar territorial hasta las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base. Por el otro, el ribereño debe asegurar la libertad de navegación y sobrevuelo por parte de terceros Estados. El compromiso sosteniendo estos derechos fue la aceptación de la Parte XV, sobre solución de controversias. La salvaguarda esencial para la libertad de navegación, sobrevuelo y el tendido de cables y tuberías submarinos está suministrado por las disposiciones de la Parte XV (Rosenne, 1995:812).

Los delegados presentes en las reuniones durante el desarrollo de la Conferencia, tenían distintas visiones sobre cómo implementar un sistema de arreglo jurisdiccional. Sus pensamientos sin duda estaban dirigidos a que los Estados han sido tradicionalmente reacios a aceptar someter de manera incondicional sus controversias a órganos internacionales cuyas decisiones son vinculantes, y aquellos que la aceptan, tratan de limitar el alcance de la misma. Por esta razón, no era considerado realista requerir que todos los Estados Parte accedieran, sin reservas, a someter todas sus controversias que surgieran bajo la Convención a un único órgano judicial. Por el otro lado, había un reconocimiento general a la necesidad de asegurar que las controversias sobre la interpretación y aplicación de la Convención se resolvieran por medios pacíficos y, en lo posible, a través de medios jurisdiccionales (Mensah, 1998:308).

Esta era la situación en 1975, cuando en la reunión de la Conferencia en la ciudad de Montreux, nace la fórmula de elección de fuero que lleva su nombre. La solución de controversias era parte de un “*package deal*”, diseñado para lograr estabilidad entre intereses contrapuestos tales como los del Estado del pabellón y los Estados ribereños. Mientras había aceptación general de las ventajas de contar con procedimientos obligatorios y vinculantes, había menos acuerdo respecto al fuero. Algunas delegaciones preferían a la Corte, que ya había decidido cuestiones importantes relacionadas con el derecho del mar. Otros apoyaban la creación de un nuevo tribunal permanente que tendría un rol central en la interpretación y aplicación de la Convención. La necesidad de un tribunal especial para las controversias sobre la exploración y explotación de los fondos marinos, que involucran a personas jurídicas, era ampliamente reconocida. El resultado fue la fórmula de elección del fuero expresada en el Artículo 287, también conocida como la fórmula Montreux (Anderson, 2008:549).

El sistema de solución de controversias de la Convención, regulado en la Parte XV, se caracteriza por ser flexible, detallado y de fácil aplicación (*user friendly*). Es flexible porque permite a los Estados la opción de elegir entre diferentes fueros para solucionar sus controversias, detallado ya que en principio todas las controversias relativas a la interpretación y aplicación de la Convención y acuerdos relacionados pueden someterse a este sistema y “*user friendly*” por la posibilidad de acceso a entidades diferentes a los Estados y a sus mecanismos de fácil utilización.

III. Procedimientos Voluntarios de Solución de Controversias

El primer paso consiste en tratar de resolver las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la Convención por medios pacíficos a elección de las partes. Cualquier medio es

(5) Citado en Caso del Atún de Aleta Azul del Sur (Nueva Zelanda v. Japón, Australia v. Japón), laudo sobre admisibilidad y jurisdicción del 4 de agosto de 2000, en Reports of International Arbitral Awards (Vol. XXIII, Naciones Unidas, Nueva York, 2006), párr. 41.

válido, y lo eligen las partes de común acuerdo. Sólo cuando no se haya llegado a una solución por los medios elegidos y el acuerdo entre las partes no excluya la posibilidad de aplicar otro procedimiento, se aplicarán los procedimientos establecidos en la Parte XV de la Convención. (6) El Artículo 282 dispone que cuando las partes en una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de la Convención hayan convenido, en virtud de un acuerdo general, regional o bilateral o de alguna otra manera, en que esa controversia se someta, a petición de cualquiera de las partes, a un procedimiento conducente a una decisión obligatoria, dicho procedimiento se aplicará en lugar de los previstos en la Parte XV, a menos que las partes convengan en contrario.

Hay una clara interrelación entre estos artículos (280 a 282). En el caso del Atún de Aleta Azul se plantea justamente la coexistencia de dos sistemas de solución de controversias. Australia y Nueva Zelanda alegaban que Japón había emprendido de manera unilateral un programa de pesca experimental de una especie de Atún, y de este modo no había cumplido con las obligaciones previstas en los Artículos 64, 116 y 119 de la Convención relativas a la conservación de los recursos vivos en el altamar, como tampoco con la Convención para la Conservación del Atún de Aleta Azul de 1993, vigente entre las partes. Japón, en su defensa, sostenía que el sistema de solución de controversias previsto en este último tratado, tenía prioridad sobre aquel de la Convención y por lo tanto lo excluía, en el sentido del Artículo 281 de la Convención.

Esto implicaba, en la práctica, que al no haberse satisfecho los requisitos para conferir jurisdicción ya sea al Tribunal Internacional del Derecho del Mar (el Tribunal) o el arbitraje, se debían reanudar los procedimientos previstos en el tratado regional. El tribunal arbitral constituido, al momento de analizar si tenía jurisdicción sobre la controversia, entendió que el acuerdo regional aplicable excluye otros procedimientos, incluidos los de la Convención. (7) Por lo que se declara sin jurisdicción y deja sin efecto las medidas provisionales que había decretado el Tribunal, que entendía, *prima facie*, que poseía jurisdicción sobre la controversia.

En otro caso, el Tribunal entendió que los acuerdos a los que se refiere el Artículo 282, son aquellos que disponen de mecanismos de solución para controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención. Los derechos y obligaciones contenidos en otros tratados, por similares o idénticos que sean a los previstos en la Convención, tienen una existencia separada de estos últimos. Su interpretación o aplicación podría dar como resultado conclusiones diferentes, teniendo en cuenta el contexto de cada tratado, como su objeto y naturaleza, la práctica subsecuente de las partes al mismo y los trabajos preparatorios a su adopción. (8) Esto por un lado permitiría ampliar la competencia de los órganos judiciales de la Convención, que no se verían impedidos de conocer en una controversia, a pesar de que esta fuera sometida a otros fueros. Por otro lado, se reduce notablemente el ámbito de aplicación del Artículo 282, al exigir el Tribunal que las disposiciones del acuerdo general, regional o bilateral objeto de controversia se vinculen directamente con la interpretación o aplicación de la Convención. Se conoce esta construcción doctrinaria como el “paralelismo de tratados”.

(6) Arts. 279, 280 y 281 de la Convención.

(7) El Tribunal Arbitral del caso del Atún de Aleta Azul concluye: “59. For all these reasons, the Tribunal concludes that Article 16 of the 1993 Convention “exclude[s] any further procedure” within the contemplation of Article 281-1-of UNCLOS.” En cambio, el Tribunal, al decretar medidas provisionales entiende que: “51. Considering that the fact that the Convention of 1993 applies between the parties does not exclude their right to invoke the provisions of the Convention on the Law of the Sea in regard to the conservation and management of southern bluefin tuna;’ y ‘55. Considering that, in the view of the Tribunal, the fact that the Convention of 1993 applies between the parties does not preclude recourse to the procedures in Part XV, section 2, of the Convention on the Law of the Sea”.

(8) Caso de la Planta de MOX (Irlanda v. Reino Unido), medidas provisionales, orden del 3 de diciembre de 2001, párr. 48 a 53. Este fue el razonamiento dado por el Tribunal para otorgarle, *prima facie*, jurisdicción a un tribunal arbitral bajo el Anexo VII, y descartar la aplicación del art. 282 ante la negativa de una de las partes en la controversia, que consideraba que ésta caía dentro de un acuerdo regional, por lo que excluía al sistema de la Convención. “52. Considering that the Tribunal is of the opinion that, since the dispute before the Annex VII arbitral tribunal concerns the interpretation or application of the Convention and no other agreement, only the dispute settlement procedures under the Convention are relevant to that dispute.”

Un aspecto novedoso es el previsto en el Artículo 283, que tiene la finalidad de evitar el abuso en el inicio de procedimientos ante mecanismos jurisdiccionales, para que sea la negociación entre las partes la que pueda solucionar la controversia en cuestión. Lo interesante de la disposición es que obliga a las partes, cuando surja una controversia, a intercambiar sin demora opiniones con miras a resolverla mediante negociación o por otros medios pacíficos. Asimismo, deben proceder a intercambiar opiniones cuando se haya puesto fin a un procedimiento para la solución de una controversia, sin que ésta haya sido resuelta o cuando se haya llegado a una solución y las circunstancias requieran consultas sobre la forma de llevarla a la práctica. Lejos de considerar a este intercambio como una mera formalidad, por él se intenta facilitar la solución de una controversia sin poner en movimiento los procedimientos arbitrales o judiciales, y las partes deben tomarlo seriamente. (9) Resalta el Tribunal que debe existir una controversia para que se aplique el Artículo 283, y su contenido obliga a ambas partes por igual. (10) Solo cuando una de ellas concluye que las posibilidades de llegar a un acuerdo se han agotado, finaliza la obligación de continuar con el intercambio de opiniones. (11)

IV. Procedimientos Obligatorios Conducentes a Decisiones Vinculantes

De acuerdo al Artículo 286 de la Convención, toda controversia relativa a la interpretación o la aplicación de este instrumento, cuando no haya sido resuelta siguiendo los pasos explicados en el apartado anterior, se someterá, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, a la corte o tribunal que sea competente de acuerdo a lo dispuesto en la Sección II. (12) A primera vista escaparía al lector que por el solo hecho de ser parte de la Convención, un Estado queda sometido al sistema de solución de controversias, algo no muy común en el derecho internacional. Más allá de los límites y excepciones a la jurisdicción obligatoria, y la compleja interrelación entre los fueros disponibles, es destacable el avance logrado.

La flexibilidad del sistema está dada por la posibilidad de elección del fuero prevista en el Artículo 287, en el cual se enumeran los cuatro mecanismos existentes. Los Estados deben elegir uno o más de ellos, en caso contrario, la controversia se somete al arbitraje del Anexo VII, que funciona como mecanismo subsidiario en este caso. La aceptación de jurisdicción puede darse al momento de firmar, ratificar o adherirse a la Convención, o en cualquier momento ulterior. Se presume que el Estado que sea parte en una controversia no comprendida en una declaración en vigor ha aceptado el procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII. Si las partes en una controversia han aceptado el mismo fuero para la solución de la controversia, ésta sólo podrá ser sometida a dicho procedimiento, a menos que las partes convengan en otra cosa. Si las partes en una controversia no han aceptado el mismo procedimiento para la solución de la controversia, ésta sólo podrá ser sometida al arbitraje previsto en el Anexo VII, a menos que las partes convengan en otra cosa. Los cuatro mecanismos que los Estados pueden elegir son:

- a) El Tribunal Internacional del Derecho del Mar
- b) La Corte Internacional de Justicia;

(9) Véase la opinión disidente del juez Treves en el Caso M/V "Louisa" (San Vicente y las Granadinas v. Reino de España), medidas provisionales, orden del 23 de diciembre de 2010, en especial el párrafo 10. Como también la opinión disidente del juez Wolfrum en el mismo caso, párr. 28, donde estima que en dicha controversia, la norma se dejó sin sentido, al considerar la mayoría del Tribunal que se había cumplido su cometido, cuando para Wolfrum, el intercambio de notas no reflejaba que las partes consideraran que hubiera una controversia o que la quisieran resolver.

(10) Caso concerniente a la reclamación territorial de Singapur en y alrededor del Estrecho de Johor (Malasia v. Singapur), medidas provisionales, orden del 8 de octubre de 2003, párr. 36. y 38.

(11) Caso de la Planta de MOX, op. cit. en nota 20, párr. 60.

(12) Arthur WATTS -2001:37- expresa que: "The generality of states want to become parties to the Convention, for reasons which have nothing to do with the settlement of disputes. But once they have joined, they become subject to the Convention's dispute settlement provisions, and while these are somewhat complex, they do involve, in the last resort, what may be regarded as a flexible system of compulsory jurisdiction."

c) Un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII;

d) Un tribunal arbitral especial, constituido de conformidad con el Anexo VIII, para una o varias de las categorías de controversias que en él se especifican.

V. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar

Antes de adoptarse el diseño definitivo del Tribunal, existieron diferentes propuestas sobre cómo implementar una jurisdicción para asuntos de derecho del mar. Incluso con anterioridad a la Conferencia ya había ideas sobre el particular. Por ejemplo, en 1971 Malta propuso la creación de un Tribunal Marítimo Internacional, que tuviera competencia para conocer en todas las controversias relativas al espacio oceánico. Asimismo, existieron propuestas para la creación de un Tribunal para los Fondos Marinos, en consonancia con el descubrimiento de los recursos en esa Zona y su declaración como Patrimonio Común de la Humanidad. Ya durante la Conferencia, no hay dudas en cuanto a la creación de un órgano especializado en derecho del mar, lo que toma forma es la configuración del actual sistema. Las discusiones entre las delegaciones se dieron por el mayor o menor alcance de su competencia, su relación con los demás fueros del sistema, y el nombre que llevaría. (13)

El Tribunal no tiene jurisdicción automática sobre todas las controversias relativas a la interpretación y aplicación de la Convención. Excepto en los casos específicamente previstos, todas las partes en una controversia deben haber aceptado al Tribunal como el fuero al cual recurrir (Mensah, 2001:24). Sí cuenta con jurisdicción residual en determinados supuestos. Por un lado, el Tribunal puede decretar, modificar o revocar medidas provisionales a falta de constitución del tribunal arbitral al cual se le sometió una controversia, si estima prima facie que el tribunal a constituirse sería competente y la urgencia de la situación lo amerita. El otro supuesto se refiere a la pronta liberación de buques y sus tripulaciones, en el cual a falta de acuerdo de las partes sobre el fuero al cual someterlo, el Tribunal puede intervenir y decidir en dicho procedimiento. Existe dentro de la estructura de este órgano, una Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos, que cuenta con competencia exclusiva para entender en todas las controversias relativas a dicha zona.

Puede darse la inusual situación de que una de las partes en una controversia haya elegido al Tribunal como fuero competente, mientras que la otra parte prefiriera a la Corte. En cuyo caso, el fuero al cual las partes podrían recurrir sería el arbitraje del Anexo VII, de acuerdo a las disposiciones de la Convención. Es ciertamente peculiar que ambas partes en una controversia se inclinen por un órgano judicial permanente, pero que la misma no pueda ser sometida a éstos, sino a un arbitraje. Sin perjuicio de ello, las partes son libres de acordar en cualquier momento a que fuero recurrir, incluso si ambas hubieran elegido al Tribunal, pueden una vez surgida la controversia elegir otro fuero. (14)

VI. La Competencia del Tribunal

Uno de los puntos más importantes, y que caracterizan al Tribunal, es la amplitud de los sujetos que pueden litigar ante él. La Convención en su Artículo 291, como el Artículo 20 de su Estatuto, establecen los sujetos que pueden acceder a la competencia de la institución judicial. Por supuesto que los Estados Parte a este instrumento, como también aquellas entidades distintas a los Estados sólo en los casos en que ello se disponga expresamente en la Convención, como en la Parte XI, o un acuerdo que le confiera competencia. Cuando se habla de Estado Parte, hay que considerar la definición que da la Convención en su Artículo 1, *“Esta Convención se aplicará mutatis mutandis a las entidades mencionadas en los apartados b), c), d), e) y f) del párrafo 1 del artículo 305 que lleguen a ser Partes en la Convención de conformidad con los requisitos pertinentes a cada una de ellas; en esa medida, el término “Estados Partes” se refiere a esas entidades.”* Aquí se hace referencia a las organizaciones internacionales y a los Estados asociados autónomos, de esta manera se incluye a las Comunidades

(13) Los antecedentes del Tribunal son estudiados de manera detallada por ESCHER Anne-Katrin -2004:237-.

(14) De acuerdo al Art. 287, inc. 5 de la Convención.

Europeas como Estado Parte. (15) Las entidades distintas a los Estados se refieren a personas físicas y jurídicas, empresas comerciales, organizaciones internacionales, o incluso a una Organización no Gubernamental, que pueden acceder a la competencia contenciosa de la Sala (Mensah, 1998:321).

De acuerdo al Artículo 288 de la Convención, cualquiera de las cortes o tribunales mencionados en el Artículo 287 es competente para conocer de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de éste instrumento o las de un acuerdo internacional concerniente a los fines de la Convención que se le sometan. Mientras que el Artículo 21 del Estatuto establece que la competencia del Tribunal se extenderá a todas las controversias que le sean sometidas de conformidad con la Convención y a todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal.

Como se ve, la jurisdicción del Tribunal no está confinada a controversias con respecto a la interpretación o aplicación de la Convención. El Tribunal es competente para entender con cualquier controversia relativa a un tratado que le confiera jurisdicción. La única condición estipulada es que el tratado en cuestión debe relacionarse con los propósitos de la Convención. Como un fuero especializado, la jurisdicción del Tribunal está limitada por cuestiones relacionadas con el derecho del mar. Por otra parte, cuenta con una competencia especial respecto a los procedimientos de pronta liberación de buques y sus tripulaciones y la posibilidad de decretar medidas provisionales a falta de constitución de un tribunal arbitral.

Respecto a la primera, dispone el Artículo 292 que cuando las autoridades de un Estado Parte hayan retenido un buque que enarbole el pabellón de otro Estado Parte y se alegue que el Estado que procedió a la retención no ha observado las disposiciones de la Convención con respecto a la pronta liberación del buque o de su tripulación una vez constituida fianza razonable u otra garantía financiera, la cuestión de la liberación del buque o de su tripulación podrá ser sometida a la corte o tribunal que las partes designen de común acuerdo o, a falta de acuerdo en un plazo de 10 días contado desde el momento de la retención, a la corte o tribunal que el Estado que haya procedido a la retención haya aceptado conforme al artículo 287 o en su defecto al Tribunal. La solicitud de liberación del buque o de su tripulación sólo podrá ser formulada por el Estado del pabellón o en su nombre. La corte o tribunal debe decidir sin demora acerca de la solicitud de liberación y sólo conocerá de esa cuestión, sin prejuzgar el fondo de cualquier demanda interpuesta ante el tribunal nacional apropiado contra el buque, su propietario o su tripulación. Una vez constituida la fianza u otra garantía financiera determinada por la corte o tribunal, las autoridades del Estado que hayan procedido a la retención cumplirán sin demora la decisión relativa a la liberación del buque o de su tripulación.

Por su parte, el Reglamento del Tribunal en el Artículo 112 establece que debe darse prioridad a estas solicitudes sobre los demás procedimientos. Sin embargo, si el Tribunal tiene una solicitud de prescripción de medidas provisionales, debe asegurarse que ambas sean resueltas sin demora. A pedido del demandante, la solicitud va a ser tramitada por la Sala de Procedimientos Sumarios, siempre que el Estado demandado esté de acuerdo. El Tribunal va a fijar la fecha más próxima, dentro de los 15 días que se cuentan desde el primer día laboral siguiente a la recepción de la solicitud, para una audiencia en la cual cada parte tendrá un día para presentar evidencia y argumentos. La sentencia no podrá tardar más de 14 días desde la finalización de la audiencia.

La Convención contiene tres previsiones respecto a las cuales puede utilizarse este procedimiento. La prevista en el Artículo 73, otra en el Artículo 220 y en el 226, vinculadas a la protección del ambiente marino y los derechos del Estado ribereño sobre sus recursos naturales en la ZEE. (16)

(15) En el Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile/European Union), la Unión Europea aparece como parte en una controversia ante el Tribunal.

(16) ROSENE -1995:813-, solo considera que los arts. 73 y 220 permitirían iniciar el procedimiento. CAMINOS -2006:16-, adopta también una posición restrictiva, aunque admite el del art. 226. La discusión estriba sobre si

Este procedimiento es la contraparte del derecho del puerto de hacer cumplir reglas y estándares establecidos en acuerdos internacionales sobre buques sin importar el pabellón que enarboles (Escher, 2004:239).

En cuanto a las medidas provisionales, el Tribunal puede decretarlas en base a dos supuestos, de acuerdo al Artículo 290 de la Convención. El primero es el inciso 1, cuando una controversia se ha sometido a una corte o tribunal que, en principio, se estime competente, podrá decretar las medidas provisionales que estime apropiadas con arreglo a las circunstancias para preservar los derechos respectivos de las partes en la controversia o para impedir que se causen daños graves al medio marino, en espera de que se adopte la decisión definitiva.

El segundo es el inciso 5, donde hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia, cualquier corte o tribunal designado de común acuerdo por las partes o, a falta de tal acuerdo en el plazo de dos semanas contado desde la fecha de la solicitud de medidas provisionales, el Tribunal o, con respecto a las actividades en la Zona Internacional de los Fondos Marinos, la Sala podrá decretar, modificar o revocar medidas provisionales si estima, en principio, que el tribunal que haya de constituirse sería competente y que la urgencia de la situación así lo requiere. Una vez constituido, el tribunal al que se le sometió la controversia podrá, modificar, revocar o confirmar esas medidas provisionales.

Según el Artículo 95 del Reglamento, las partes deben informar al Tribunal sobre el cumplimiento de las medidas. En particular, deben enviar un informe inicial que contenga los pasos tomados o propuestas a tomar en orden a asegurar el pronto cumplimiento de las medidas. Y el Tribunal puede también solicitar información sobre cualquier tema con conexión con la implementación de las medidas que ha ordenado.

VII. La relación entre el Tribunal y la Corte Internacional de Justicia

La coexistencia de dos órganos judiciales internacionales con una competencia que en algunos puntos se solapa, se debe, por un lado, a la desconfianza que existía hacia la Corte durante la década de 1960, período en el cual algunas sentencias de la misma lejos estuvieron de conformar a los Estados de reciente independencia. (17) Lo que generó una de las etapas con menor actividad judicial por parte de la Corte. Además, era ya sabido que uno de los principales órganos de Naciones Unidas, con su actual Estatuto, reglamento y alcance de su competencia, en especial la personal, no iba a poder recibir las controversias que pudieran surgir relacionadas con las actividades en la Zona Internacional de los Fondos Marinos (la Zona).

Ni la Carta de Naciones Unidas o el Estatuto de la Corte, le otorgan a ella un monopolio sobre las controversias entre Estados. Además, los demás órganos judiciales internacionales no están de ningún modo subordinados a la Corte, o siquiera obligados por sus decisiones (Fleischhauer, 1997:329). La Corte y el Tribunal no están formalmente relacionados entre ellos, no existen acuerdos de cooperación y son independientes, por lo menos desde el punto de vista institucional. Nosotros consideramos que al momento de ejercer sus funciones jurisdiccionales, estos órganos deben estar conscientes uno del otro, y necesitan entablar un “diálogo” a través de sus decisiones.

La Corte tiene competencia contenciosa para resolver cualquier controversia sobre derecho internacional y competencia consultiva para emitir opiniones solicitadas por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad o por los órganos autorizados por la Asamblea de Naciones Unidas. El Tribunal, en cambio, tiene competencia contenciosa en controversias cuyo objeto se relacione al derecho del mar, ya sea a través de la Convención o por acuerdos relacionados con los fines de ésta. Y puede emitir

este procedimiento puede aplicarse exclusivamente a estos casos o, por el contrario, en cualquier situación en la cual un buque sea detenido. La mayoría de la doctrina, incluidos varios de los miembros del Tribunal, se inclina por una posición restrictiva.

(17) En especial la decisión de los miembros de la Corte recaída en *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) Second Phase*, Judgment of 18 July 1966.

opiniones consultivas solo si un acuerdo prevé expresamente dicha posibilidad, teniendo en cuenta que la Convención guarda silencio respecto al tema, y sólo se regula la competencia consultiva de la Sala, que versa sobre las cuestiones vinculadas a la Zona.

O sea, la competencia material de estos órganos difiere notoriamente. La competencia de la Corte es, al mismo tiempo, más amplia y estrecha que la del Tribunal. Es más amplia por que comprende controversias entre Estados en todas las áreas del derecho internacional, mientras que la del Tribunal se limita a las que surjan de la Convención o instrumentos relacionados. Pero decimos que en parte es más estrecha, ya que el Tribunal puede entender en controversias de derecho del mar que difícilmente puedan someterse a la Corte, entre ellas la pronta liberación de buques y sus tripulaciones (Fleischhauer, 1997:330).

En razón de la competencia personal, sólo los Estados pueden presentarse ante la faz contenciosa de la Corte, y los órganos mencionados más arriba con respecto a la solicitud de opiniones consultivas.⁽¹⁸⁾ El Tribunal cuenta, en este aspecto, con una competencia más amplia. Tanto los Estados Parte a la Convención, como las entidades distintas a los Estados en determinados casos pueden ser legitimados en una controversia. Ante la Sala, pueden comparecer también las personas físicas y jurídicas, entre ellas empresas comerciales y consorcios, como la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.

La existencia del Tribunal se justifica en este sentido ampliamente, al considerar que en las controversias relativas a la Zona, en las cuáles es probable que haya partes en la misma que no son Estados, y el objeto del diferendo sea de una complejidad, especificidad e incluso cuente con aristas no jurídicas, que requieran el conocimiento de otras ciencias. La Corte en estas controversias, se encuentra en desventaja, al tener una competencia personal limitada, con un procedimiento anacrónico y sin los recursos humanos especializados con los que sí cuenta el Tribunal. En otras áreas del derecho internacional si es posible encontrar un solapamiento de la competencia, básicamente, las controversias entre Estados por la interpretación y aplicación de la Convención, o las concernientes a delimitaciones marítimas, en las cuáles la Corte tiene una vasta experiencia (Fleischhauer, 1997:332).

No hay duda de que la jurisdicción de la Corte puede incluir casos concernientes a la interpretación o aplicación de la Convención. Desde la perspectiva de las partes, la elección entre estos dos órganos judiciales si es relevante. En la negociación que lleva a un acuerdo especial, el problema de elección del fuero va a tomar una dimensión que va más allá del usual dilema de elegir entre un arbitraje o la Corte. Esta nueva dimensión es la elección entre dos órganos judiciales permanentes con diferentes características (Treves, 1999:811).

En la práctica, el Tribunal ha estado más cerca de tener conflictos de competencias con tribunales arbitrales, con los órganos de solución de diferencias de la OMC o incluso con la Corte Europea de Justicia, pero no justamente con la Corte. Por otro lado, es importante que el Tribunal haya citado no en pocas ocasiones los razonamientos de la Corte, de esta manera reconociendo el rol que cumple la misma y llamando a un diálogo judicial. El Tribunal se ha mostrado consciente de esta situación y se ha cuidado de no generar conflictos o diferencias con la Corte. Incluso, los Presidentes del Tribunal en sus discursos han planteado la importancia de que ambos órganos se consideren partes de un sistema y por lo tanto, interrelacionados. ⁽¹⁹⁾

(18) Artículo 96 de la Carta de Naciones Unidas, 34 y 65 del Estatuto de la Corte.

(19) Por ejemplo, el Tribunal se ha basado en la jurisprudencia de la Corte en temas como el valor del derecho interno como prueba, en los requisitos que debe reunir el estado de necesidad, en cuestiones vinculadas a la jurisdicción, en el rol de las negociaciones al momento de solucionar una controversia, en la importancia de las minutas de una reunión entre las partes, también cita a la Corte en temas como el agotamiento de los recursos internos, las reglas de interpretación en los tratados, el carácter consuetudinario de la evaluación de impacto ambiental y la forma de reparar un daño en el derecho internacional. Y puede leerse el discurso del Presidente del Tribunal, Rüdiger Wolfrum, en ocasión de la ceremonia conmemorando el décimo aniversario del Tribunal, 29 de septiembre de 2006, disponible en http://www.itlos.org/start2_en.html (consulta el 20 de abril de 2011).

No hay evidencia para sostener la opinión de que la multiplicidad de las instituciones judiciales internacionales para la solución de controversias impide la unidad de la jurisprudencia. La Convención requiere al Tribunal que realice tareas que están más allá de la competencia de la Corte bajo su Estatuto, “*If only for that reason, the cautious observer will hesitate before crying redundant.*” (Rosenne, 1995:814)

VIII. Consideraciones finales

El Tribunal forma parte de un sistema de solución de controversias, en el cuál no cuenta con hegemonía o prioridad como fuero, siendo uno de los cuatro mecanismos existentes. Pero en la actual plétora de jurisdicciones internacionales, el Tribunal posee rasgos distintivos que lo diferencian de otros órganos. Su competencia tanto personal como material es de las más amplias actualmente a nivel internacional. La jurisdicción exclusiva de la Sala en temas relacionados con la Zona, permite entrever la atención que puede recibir en los próximos años, a medida que la explotación de dicho espacio sea una realidad.

El abordaje que sus miembros han hecho sobre algunos puntos de la Convención es ciertamente novedoso, aquí se mencionó el alcance dado a los Artículos 281, 282 y 283 sobre la relación entre los acuerdos especiales o regionales y la Convención y la importancia de las negociaciones antes de iniciar un procedimiento jurisdiccional. Asimismo, el Tribunal no ha dudado en referirse, cuando lo consideró apropiado, a la jurisprudencia de la Corte.

El Tribunal ha recibido 18 casos en 15 años, un número considerable, teniendo en cuenta que es una institución novel, y especializada en asuntos de derecho del mar. Los casos han involucrado ha Estados desarrollados y en vías de desarrollo, de todas las regiones del globo. Las controversias han versado sobre un amplio espectro de temas, como la protección del medio ambiente marino, la pronta liberación de buques y sus tripulaciones, la conservación de los recursos marinos, delimitación marítima, y las responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes en las actividades que se realicen en la Zona. Tampoco puede soslayarse la celeridad del Tribunal en llegar a una sentencia, considerando que desde el ingreso de una solicitud de medidas provisionales o un pedido de pronta liberación de buques, no transcurren más de 30 días, plazo inédito a nivel internacional.

Pero capaz el dato más importante, y que permite afirmar que el Tribunal se ha consolidado como fuero judicial y ocupa un rol esencial en el derecho internacional, es que ha sido el mecanismo, de aquellos que menciona el Artículo 287 de la Convención, que mayor número de controversias ha recibido, por supuesto, en el marco de la competencia prevista en la Parte XV. Además, tiene un monopolio en los procedimientos de pronta liberación de buques y sus tripulaciones, o sea, que es el único fuero en donde, desde 1996, se dirimen las controversias sobre esta cuestión.

El relativo éxito del Tribunal en sus 15 años de existencia se debe, en parte, a las características con las que cuenta. Entre ellas, y mencionadas a lo largo del trabajo, se destacan sus procedimientos especiales, la pronta liberación de buques y sus tripulaciones como la jurisdicción residual para prescribir medidas provisionales, la celeridad con la que actúa, la especialidad de su competencia y la posibilidad de acceso a sus procedimientos, tanto por los sujetos que pueden acceder como por las diferentes maneras de aceptar su competencia. Por último, se debe resaltar la existencia de la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos, la cual ha comenzado a cobrar un gran protagonismo, tras emitir su primera opinión consultiva, donde se confirma el pensamiento “state of the art” de los miembros del Tribunal.

IX. Bibliografía

ANDERSON, David. *Modern Law of the Sea: selected essays*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

AUST, Anthony. “Peaceful Settlement of Disputes: A Proliferation Problem?”, en: Rüdiger Wolfrum y Tafsir Malick Ndiaye, *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 131-141.

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 40 -XLVII-, 122-144.

CAMINOS, Hugo. "The International Tribunal for the Law of the Sea: An Overview of its Jurisdictional Procedure", en: *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Leiden, 2006 5-1-, 13-27.

CHARNEY, Jonathan. "The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals", en: *New York University Journal of International Law and Politics*, New York, 1999 31-4-, 697-708.

DUPUY, Pierre-Marie. "The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice", en: *New York University Journal of International Law and Politics*, New York, 1999 31-4-, 791-807.

ESCHER, Anne-Katrin. "Release of Vessels and Crews before the International Tribunal for the Law of the Sea", en: *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Leiden, 2004 3 -2-, 205-374.

FLEISCHHAUER, Carl-August. "The Relationship Between the International Court of Justice and the Newly Created International Tribunal for the Law of the Sea in Hamburg", en: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Leiden, 1997 2, 327-333.

MENSAH, Thomas. "The Dispute Settlement Regime of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea", en: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Leiden, 1998 3, 307-323.

MENSAH, Thomas. "The Place of the International Tribunal for the Law of the Sea in the International System for the Peaceful Settlement of Disputes", en: Chandrasekhara Rao y Rahmatullah Khan, *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law And Practice*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, 21- 31.

OELLERS - FRAHM, Karin. "Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction - Problems and Possible Solutions", en: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Leiden, 2001 5, 67-104.

ROSENNE, Shabtai. "Establishing the International Tribunal for the Law of the Sea", en: *American Journal of International Law*, New York, 1995 89-4-, 806-814.

SIMMA, Bruno. "Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner", en: *European Journal of International Law*, Oxford, 2009 20-2-, 265-297.

TREVES, Tulio. "Conflicts Between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice", en: *New York University Journal of International Law and Politics*, New York, 1999 31 -4-, 809-821. ♦

Derecho de la Navegación

Derecho ambiental, sustentabilidad e infraestructura para el transporte

POR MARINA L. LANFRANCO VAZQUEZ (*)

Resumen

En el presente trabajo se ha estudiado la infraestructura para el transporte diseñada para América del Sur, en el marco de la sustentabilidad ambiental. Para ello se ha realizado una búsqueda, recopilación y posterior análisis de fuentes primarias y secundarias y de diversos documentos internacionales, con el fin de indagar cual ha sido la distribución de los proyectos prioritarios seleccionados por los Estados en función de los modos de transporte. Se ha considerado como punto de partida que: en el marco de la infraestructura para el transporte diseñada para América del Sur, la sustentabilidad ambiental, explícitamente receptada en las discursividades oficiales, se encuentra relativizada en la praxis. La predominancia de proyectos de infraestructura para el transporte carretero sobre los otros modos como el ferroviario o el fluvio-marítimo, indica tal relatividad.

Palabras clave: Sustentabilidad ambiental – transporte – infraestructura

Environmental law, sustainability and transport infrastructure

Abstract

In this paper the importance of the environmental sustainability in the transport infrastructure designed for South America has been studied. It has been necessary to carry out a search, collection and posterior analysis of several international documents, to considerate how the priority projects selected by the States have been distributed according to the means of transport. As a starting point, it has been considered that: in the framework of the present transport infrastructure for South America, the environmental sustainability, explicitly on receipt in the official speeches, is relative on the *praxis*. The predominance of projects road transport infrastructure over the other means, such us rail or fluvial-sea transport indicated this relativity.

Keywords: Environmental sustainability - infrastructure - transport

1. Ambiente y principios del derecho ambiental

Zlata Drngas de Clément (2008) destaca que, con la Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo en 1972, se instauraron dos importantes principios generales en materia ambiental internacional: el principio de prevención y el principio precautorio.

Según la autora, el segundo (también denominado principio de precaución) reviste diversos alcances, los que pueden ser fuertes o débiles. Dentro de los primeros, encontramos “comportamientos concretos a adoptar” como lo establecido en la Carta de la Naturaleza de 1982 donde se expresó que “cuando los potenciales efectos adversos no son plenamente conocidos, las actividades no deben proceder” (Zlata Drngas de Clément, 2008: 25).

Dentro de las formulaciones débiles, existen, según la autora, las que “sólo invitan” a los Estados a tomar medidas, “generalmente, condicionan los compromisos adquiridos en esos instrumentos a

(*) Profesora Interina Adjunta de Derecho de la Navegación, Cátedra II. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

las capacidades de desarrollo del Estado, subordinan la amplitud del deber precautorio a la relación costo-beneficio". Un ejemplo de formulación débil estaría dado por el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en 1992 (ECO '92), el que establece que "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente" (Zlata Drnas de Clément, 2008: 26).

En nuestro país, la ley nacional 25.675/02 sobre presupuestos mínimos ambientales, también denominada Ley General del Ambiente (LGA) en su art. 4 establece dicho principio "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente", en una redacción muy similar a la de la Declaración de Río, por tanto y siguiendo a la autora antes mencionada, también débil.

A principios de 1992, se publicó un libro fruto de investigaciones de gran importancia, titulado *Las utopías del medio ambiente*. En el mismo, de cara a la ECO '92, se señaló que resulta necesaria "la aplicación de un modelo de desarrollo económico-social que suponga y establezca *vínculos equilibrados entre la sociedad y la naturaleza*, desde la premisa de considerar la degradación ambiental no como consecuencia ineludible de la actividad humana sino como una resultante de algunos estilos de desarrollo" (Di Pace, 1992:11).

Aparece innegable que, todas las actividades de las sociedades humanas generan impactos, por tanto, las obras de infraestructura para el transporte indudablemente también los genera y en gran medida.

En esta instancia resulta necesario definir a qué nos referimos cuando hablamos de *impacto*. Según el Diccionario de la Real Academia Española, en su 22° edición, deriva de latín tardío *impactus*, y en su segunda acepción significa "Huella o señal que deja".

Impacto ambiental para el mismo Diccionario es el "Conjunto de *posibles* efectos negativos sobre el medio ambiente de una modificación del entorno natural, como consecuencia de obras u otras actividades".

Cuando nos referimos al impacto ambiental no sólo observamos las modificaciones que sobre el ambiente se han realizado sino que se tratan de prever los futuros. En la definición de referencia, se menciona a los "posibles efectos negativos", los que alguna actividad generaría y que a su vez, podrían ser tenidos en cuenta con anterioridad. De allí que, fruto de tal previsión, reviste importancia tender a evitarlos, o una vez producidos a mitigarlos o minimizarlos.

A su vez, el impacto ambiental se puede clasificar según "las condiciones del ambiente receptor" en: insensible u oculto "de muy difícil identificación o medición"; acumulativo "lo que puede hacerlo irreversible o de difícil corrección"; "originado en la producción de bienes o prestación de servicios"; y de "repercusión a distintas distancias y en distintos momentos, a veces en las antípodas y a veces sobre generaciones venideras" (Valls, 2001:34).

En autos caratulados "Salas Dino y otros c/Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo" (1), la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), estableció la necesidad de la realización de evaluación de impacto ambiental *previa a cualquier actividad que pueda modificar el ambiente*, pero no solamente de cada una de las actividades por separado, sino en conjunto (en el caso consistían en actividades de tala y desmonte). Como no se había "efectuado ningún estudio relativo al efecto

(1) Datos completos del fallo: CSJN, 26-03-2009, Salas Dino y otros c/Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo.

acumulativo de todas las autorizaciones” (S.1144.XLIV:1) (2), la CSJN resuelve suspenderlas, en aplicación del principio precautorio.

La CSJN ha sentenciado entonces, que “la aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras”.

2. Ambiente y grandes obras de infraestructura

Sejenovich y Panario (1996:21) han sostenido que “el actual estilo de desarrollo (se ha) basado esencialmente en el paradigma tecnológico del petróleo dependiente y en el gigantismo”.

El gigantismo, que ha tenido como protagonistas a las grandes obras de infraestructura (como por ejemplo, las represas) generaron profundos cambios en los ecosistemas y en las sociedades humanas, situaciones que, por la magnitud que presentan, resulta sumamente complejo prever los posibles efectos que pueden llegar a producir en el futuro.

Frente a grandes obras de infraestructura, se presentan problemas vinculados con la fragmentación de un proceso que afectará a un ecosistema, en muchos casos más amplio que una provincia o que un Estado, y que desconoce de jurisdicciones.

Si pensamos en términos de *unidad ambiental*, como por ejemplo frente a una cuenca hidrográfica (Conf. Art. 3 Ley 25.688/2002 que establece el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas), podemos observar que existen recursos naturales compartidos por más de un Estado, que requieren de una tutela jurídica apropiada, y esta cuestión complejiza su efectiva protección trayendo aparejados diversos inconvenientes.

Por ejemplo, en la Hidrovía Paraguay-Paraná, se han autorizado tramos o segmentos de obras y no la obra completa debido en parte, a la fragmentación de jurisdicción. El mencionado, “Es un proyecto que abarca 3.400 kilómetros de río, por lo cual es fundamental contar con un estudio conjunto de todas las obras propuestas, analizando los impactos en forma integral, y considerar aquellos acumulativos e indirectos” (Vinocur, 2009: 397-423, citando a Stancich, 2006).

La problemática resulta sumamente compleja desde el punto de vista jurídico.

Según parte de la literatura, que las decisiones se tomen a nivel de Estados generan obstáculos en detrimento del ambiente, planteándose la supranacionalidad como una opción positiva (Conf. Gudynas, 2002).

Gudynas ha planteado alternativas (Honty, 2006: 119-135), proponiendo el concepto de “regionalismo autónomo”. Este autor expresa, refiriéndose a Mercosur, que “A lo largo de estos años se ha vivido una paradoja: un proceso de integración económica a la vez que se observa una desintegración ecológica, en tanto se mantiene, o se han agravado, los problemas ambientales” (Gudynas, 2002:178).

3. ¿Modos de transporte o modo de transporte?

En el año 2005 se produjo a escala global, un pico en la producción convencional de petróleo estimándose que para el año 2010 será aún más elevado. “Estamos justo en el medio de la era del petróleo, cuya primera mitad abrió un capítulo notable y relativamente corto de la historia. La segunda mitad traerá la decadencia de esas energías y de todo lo que depende de ellas. La transición será agitada y estamos mal preparados” (Atlas del Medio Ambiente, 2008:19).

Todos los modos de transporte: carretero, ferroviario, fluvio-marítimo y aéreo, dependen en la actualidad, de energía fósil, siendo el transporte carretero el que más la consume y produce mayor contaminación por gases de efecto invernadero (GEI).

(2) El texto de la sentencia se puede localizar en http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/cons_fallos.jsp con los datos de expediente citados.

En la Unión Europea (UE), se tiende a incentivar el transporte ferroviario o por agua (marítimo de corta distancia o en hidrovías), debido a que la problemática del transporte por carretera está instalada y es política comunitaria tratar de desvirtuar esa tendencia, estimándose que “Las cargas se desplazan básicamente por carreteras y representan el 75% del tráfico mundial” (Atlas del Medio Ambiente, 2008:20).

Hace tiempo que la UE ha identificado que la prevalencia del transporte carretero es un obstáculo hacia la sustentabilidad ambiental. Cádiz Deleito, en 1994 ha dicho para Europa que “en caso de mantenerse la actual distribución modal, con un tráfico de carretera que absorbe el 85-90% del total del transporte realizado, son previsibles mayores tensiones en la red vial, mayor necesidad de infraestructuras, mayor consumo de energía y mayores niveles de contaminación” (Cádiz Deleito 1994:349).

Fue agravándose la situación, y en un documento más actual de la Comisión Europea, denominado “Europa en la encrucijada. La necesidad de un transporte sostenible” de junio de 2003 (3) se mencionan desventajas respecto de la congestión vial y la contaminación. “Cada día se producen atascos en 7.500 kilómetros de carreteras europeas. La congestión de las carreteras y los aeropuertos añade un 6 % a la factura energética de la Unión Europea, con el consiguiente aumento de la contaminación. En resumen, *nuestros patrones actuales de crecimiento del transporte son insostenibles*” (Comisión Europea, 2003:4). La solución para las problemáticas europeas se aventura en forma de costos de peaje y transporte público, transporte de mercaderías por agua y fomento del ferrocarril (Comisión Europea, 2003).

En cuanto al transporte en ferrocarril y el transporte por agua, se expresa que *se encuentran infrutilizados*. Respecto del último mencionan que “éste es un modo de transporte seguro, fiable y silencioso que consume poca energía: *una única barcaza transporta la misma carga que 110 camiones*. Un mayor uso del transporte marítimo de corta distancia y de las vías interiores de navegación daría respuesta en gran medida a la congestión de las carreteras y al problema de una infraestructura ferroviaria inadecuada o ineficaz” (Comisión Europea, 2003:10).

Como puede observarse, el fortalecimiento de la inversión en infraestructura física para el transporte carretero en la UE, ha generado enormes problemas que al día de hoy intentan encontrar solución (4).

4. Declaraciones, proyectos y obras de infraestructura física en América del Sur en el siglo XXI.

Desde el año 2000, la infraestructura física se ha vuelto un tema central en la agenda de los países sudamericanos y en ese sentido se han elaborado proyectos tendientes a dibujar en el territorio vías de acceso para mejorar el comercio y desarrollo.

Este proceso se ha iniciado con la Reunión de Presidentes de América del Sur de Brasilia de 2000, reunión que, tal como el mismo Comunicado indica, constituyó un “evento de carácter histórico y pionero en la región” (Literal 1 del Comunicado). Allí surgió la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA), cuyo Plan de Acción obra como Anexo al Comunicado de Brasilia.

La misma, tiene desde entonces a su cargo, el diseño de la infraestructura física en el subcontinente, en materia de transportes, energía y telecomunicaciones. América del Sur se encuentra en un proceso de “*protección del medio ambiente —aplicando el concepto de desarrollo sostenible—, la superación de las injusticias sociales y el desarrollo de los pueblos*” (Literal 3 del Comunicado).

(3) Puede consultarse el texto completo en la página oficial de la UE http://ec.europa.eu/publications/booklets/move/39/index_es.htm, [acceso 30.3.2011]

(4) La inversión que cada Estado miembro hace en infraestructura física para ese modo, ha generado la “dominación del transporte por carretera en detrimento de los demás modos; la congestión y los cuellos de botella; los efectos perjudiciales para el medio ambiente y la salud humana; la fragmentación de los sistemas de transporte y la falta de buenas conexiones entre las redes regionales o nacionales” (Comisión Europea, 2003:10).

En el Consenso de Guayaquil sobre Integración, Seguridad e Infraestructura para el Desarrollo, fruto de la II Reunión de Presidentes de América del Sur en Guayaquil (julio de 2002) se recibió positivamente la actividad de la IIRSA.

Unos años más tarde, con motivo de la conformación de la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN), se dictó la Declaración de Cusco, producto de la Tercera Cumbre de Presidentes de América del Sur (diciembre de 2004), donde se estableció que el mejoramiento del nivel de vida de los pueblos, se logrará sólo si se tiene en cuenta el crecimiento económico; resultando imperativo generar “una conciencia ambiental responsable y el reconocimiento de las asimetrías en el desarrollo de sus países, (que) aseguren una más justa y equitativa distribución del ingreso, el acceso a la educación, la cohesión y la inclusión social, así como la *preservación del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible*” (Punto. 1, Párrafo 4 Declaración de Cusco).

Al año siguiente, en la Primera Reunión de Jefes de Estado de la CSN se aprobaron varias declaraciones, una de ellas titulada “Declaración sobre integración en el Área Infraestructura” (septiembre de 2005). Allí, se estableció que, los países sudamericanos deben tender al mejoramiento de la infraestructura para el transporte, determinando, a su vez, que los organismos que se creen en el área, deberán tener como referente a la IIRSA.

Del Documento del bloque subregional CAN: “Hacia la Comunidad Sudamericana de Naciones: elementos para un plan de trabajo” de 2005 (Documentos de Trabajo SG/dt 288), se desprende que la IIRSA “se constituye en eje central de los esfuerzos iniciales de la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones, al lado de una agenda de trabajo concreta y realista que incluya mecanismos financieros innovadores (...) al igual que temas específicos de cooperación política”.

En otro documento publicado por la CAN (Documentos Informativos SG/di 759) también de 2005 sobre la “Reunión de las Secretarías Técnicas de las Instituciones Regionales y Subregionales de la Comunidad Sudamericana de Naciones. Bases para un plan de trabajo conjunto”, se ha expresado en el punto referido a “Infraestructura y desarrollo descentralizado” que uno de los objetivos se basa en “*Construir sobre las bases de la iniciativa IIRSA un programa de desarrollo sostenible en los ejes de integración y desarrollo sudamericano*”.

En la Segunda Cumbre de Jefes de Estado de la CSN realizada en Cochabamba (diciembre de 2006), se emitió un nuevo documento sobre “Integración Física Sudamericana”, donde se vuelve a mencionar a la IIRSA como motor de la misma.

En el mes de mayo de 2008, los doce países que conformaban la CSN, dieron origen en Brasilia a la UNASUR por medio de su Tratado Constitutivo. Allí, se estableció que la “*armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible*” sería uno de los principios rectores (Párr. 6 ° Preámbulo, principio rector recepcionado como tal, desde la época de la CSN). Uno de los objetivos específicos ha sido el “desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos de acuerdo a *criterios de desarrollo social y económico sustentables*” (art. 3 Inc. e).

En la Declaración de Quito, de la III Reunión Ordinaria de la UNASUR (agosto de 2009) se ha expresado que el contexto histórico y político, se encuentra en un proceso de cambio, cambio que debería incluir *nuevos estilos de desarrollo*. La Declaración otorga prioridad nuevamente a “la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados” (literal 6, tercer párrafo).

5. La Iniciativa IIRSA

Según el Plan de Acción para la IIRSA, elaborado en la Reunión de Montevideo de Ministros de Transporte, Telecomunicaciones y Energía de América del Sur, (diciembre de 2000), se clasificó el territorio sudamericano dando lugar a la creación de los Ejes de Integración y Desarrollo (EID) y Procesos Sectoriales de Integración (PSI). Los EID, han cambiado de diseño en el tiempo y actual-

mente son 10 en total: 1. Eje Andino, 2. Eje Andino del Sur, 3. Eje de Capricornio, 4. Eje de la Hidrovía Paraguay-Paraná, 5. Eje Amazonas, 6. Eje del Escudo Guayanés, 7. Eje del Sur, 8. Eje Interoceánico Central, 9. Eje MERCOSUR-Chile, 10. Eje Perú-Brasil-Bolivia (5). Los proyectos de la IIRSA son o serán financiados en el futuro, si aún no se encuentran en marcha, por organismos multilaterales de crédito como el BID, la CAF y FONPLATA (6).

5.1. La Agenda de Implementación Consensuada 2005-2010 de la IIRSA.

Los proyectos más importantes de la IIRSA forman parte de una cartera especial denominada Agenda de Implementación Consensuada 2005-2010 (AIC). Allí se han seleccionado por parte de los gobiernos aquellos proyectos prioritarios o proyectos-ancla de los distintos sectores: transporte, telecomunicaciones y energía. Conforman en su totalidad 31 (7).

De esos 31 proyectos, 28 se destinan a obras para la modernización, mejoramiento y/o construcción de la infraestructura para el transporte. De allí que surge evidente que la prioridad estaría dada, para el fortalecimiento de la infraestructura para el transporte.

A su vez, de los 28 proyectos exclusivos para transporte 21 de ellos, lo son a su vez solamente para el transporte carretero, con la exclusión de otros modos (8). De acuerdo al número de proyectos-ancla prevalece el sector del transporte sobre el energético y las telecomunicaciones (el 90,32 % de los proyectos de la AIC 2005-2010 son exclusivamente para el transporte (Lanfranco Vázquez, 2009: 658)).

De los proyectos exclusivos para infraestructura para el transporte surge que el 75 % de los mismos está destinado a la infraestructura para el transporte carretero; 7,14 % para infraestructura del transporte fluvial; 7,14 para infraestructura del transporte ferroviario y 10,71 % para infraestructura física destinada al mejoramiento de pasos de frontera (9). (Lanfranco Vázquez, 2009: 658-668).

El 67,74 % de los proyectos ancla de la AIC, elegidos por los Estados, favorecen la infraestructura para el transporte carretero. El resto se reparte entre los otros modos —ferroviario y fluvio-marítimo— considerados a escala global, más sustentables (10).

En algún caso la sustentabilidad ambiental tampoco ha sido garantizada *con anterioridad* a la propuesta de los proyectos sino que, se ha puesto en funcionamiento la selección de los mismos por par-

(5) Información obtenida de la página Web de IIRSA <http://www.iirsa.org/Areas.asp?CodIdioma=ESP> último acceso 30.3.2011. Los EID originalmente establecidos en el plan de Acción de Montevideo de 2000 eran 12: 1. Eje MERCOSUR, 2. Eje Andino, 3. Eje Interoceánico Brasil-Bolivia-Perú-Chile, 4. Eje Venezuela-Brasil-Guyana-Suriname, 5. Eje Multimodal Orinoco-Amazonas-Plata, 6. Eje Multimodal del Amazonas, 7. Eje Marítimo del Atlántico, 8. Eje Marítimo del Pacífico, 9. Eje Neuquén —Concepción, 10. Eje Porto Alegre-Jujuy— Antofagasta, 11. Eje Bolivia-Paraguay-Brasil 12. Eje Perú-Brasil (Plan de Acción 2000:9)

(6) A su vez, y respecto de los proyectos prioritarios o proyectos ancla, también participan del financiamiento, los tesoros nacionales de los Estados, el Banco Mundial, el FOCEM, asociaciones público— privadas o el sector privado. Fuente web oficial de la IIRSA disponible en www.iirsa.org, [último acceso 30.3.2011].

(7) Hemos delimitado metodológicamente este trabajo, a los proyectos de infraestructura física para el transporte (dejando de lado los energéticos y los referentes a telecomunicaciones).

(8) El resto de los proyectos ancla han sido destinados a: pasos de frontera (3 para transporte/paso de frontera); 2 para infraestructura ferroviaria y 2 para infraestructura fluvial. La fuente utilizada para la realización de estos porcentajes ha sido tomada de la página de la IIRSA <http://www.iirsa.org> último acceso 3.12.09, y al Quinto Informe de Avance de la Agenda de Implementación Consensuada 2005-2010, de 2009 disponible a su vez en la Web de la IIRSA http://www.iirsa.org/BancoMedios/Documentos%20PDF/aic_informe_2009.pdf [último acceso 11.12.09]

(9) Destacamos a su vez, que los pasos de Frontera también beneficiarán al transporte carretero, pero no los hemos incluido como “proyecto carretero propiamente dicho”.

(10) No incluimos al modo aéreo porque es más contaminante aún que el carretero por los gases de efecto invernadero que emite a la atmósfera. No obstante, atenta contra la equidad entre los modos, debido a que en la AIC no se recepta ningún proyecto de infraestructura para el mejoramiento del modo más utilizado para el transporte de personas a nivel mundial a grandes distancias (Videla Escalada, 2007)

te de los Estados, propuesto el financiamiento por parte de los organismos multilaterales de crédito y luego se plantea la realización de estudios ambientales, e incluso también *a posteriori* se le daría la posibilidad a la participación ciudadana. (Conf. (Vargas 2005:71-79); (Herbas Camacho y Molina 2005:307-316); (Daneri 2005:1-6); (Vinocur, 2009:397-423))

6. Críticas

La IIRSA ha encontrado casi inmediatamente luego de su nacimiento fuertes cuestionamientos que tienen como destinataria la base ideológica en la que se sustenta.

Gerardo Honty (2006) analizando la infraestructura física para el sector energético expresa que la IIRSA aparece como una nueva versión de la teoría de los polos de crecimiento de Francois Perroux (1964), *aggiornados* en los denominados Ejes de Integración y Desarrollo (Lanfranco, 2009). Expresamente en el Foro de Reflexión Estratégica IIRSA “La Integración de América del Sur y el papel de la Infraestructura” (mayo de 2009), se hizo una defensa de dichas teorías, tanto de Perroux como de Doudeville, haciendo para su aplicación a IIRSA un “rescate de las visiones de espacio y región” de los referidos autores (11).

Mónica Vargas ha mencionado que la IIRSA se emparenta con el ALCA y con el Plan Puebla Panamá, formando parte de la “era del nuevo regionalismo” impulsada por el BID. Esta “integración silenciosa”, según la autora, no será beneficiosa para los pueblos de América del Sur porque “ninguno de los gobiernos ha consultado ni informado de manera exhaustiva a su población al respecto” (Vargas 2005:71). La ordenación del territorio que por medio de la IIRSA se realiza en base a los EID, constituyen “las rutas más adecuadas para el transporte de mercaderías, particularmente entre el Océano Atlántico y el Pacífico” para acceder a los puertos de donde se realizan exportaciones extrarregionales y “coinciden con las áreas más importantes en términos de recursos no renovables (minerales, gas, petróleo) y de biodiversidad” (Vargas 2005:72).

De manera categórica Vargas expresa que de los proyectos IIRSA resultará un “conglomerado de regiones de tránsito de mercaderías y extracción de recursos” y no redundará en beneficio de los pueblos, sino que “les afectará puesto que comprende megaproyectos (construcción de carreteras, represas hidroeléctricas, hidrovías, gasoductos, etc.) implicando considerables daños sociales que favorecerán únicamente al sector privado y a las compañías transnacionales en particular” (Vargas 2005:72).

Al igual que Vargas, Jorge Daneri considera que IIRSA es la materialización de proyectos del estilo del ALCA y del Plan Puebla Panamá, donde *el objetivo principal es la extracción de recursos naturales para la exportación*. También coincide con Vargas en la poca participación ciudadana en la Iniciativa, además “Hay un alto nivel de desconocimiento de IIRSA dentro de los mismos parlamentos y ministerios de los gobiernos sudamericanos y sus estados locales” (Daneri, 2005:3). Este autor, como otros, denomina a los proyectos IIRSA mega-proyectos o mega-infraestructuras, *donde se ve a los recursos naturales como barreras u obstáculos* en el caso de los Andes, el Pantanal, o la Amazonia y a los ríos como meras vías de transporte a gran escala.

Gabriel Herbas Camacho y Silvia Molina también han expresado que IIRSA existe con el objeto de hacer posibles en la práctica la multiplicación de Tratados de Libre Comercio (TLC), es la *continuación de una forma de “saqueo” de los recursos naturales de la subregión, pero mejorada, producto de la globalización actual*, y “antes que responder a las necesidades internas o regionales, lo hacen al mercado global y a los intereses de los centros de poder” (Herbas Camacho y Molina 2005:308).

No sólo consideran que IIRSA generará grandes deterioros ambientales, y la exportación de recursos naturales a otros mercados como los asiáticos, sino que además de ello, no se verán beneficia-

(11) De la presentación en Power Point al Foro celebrado en INTAL el 21 de mayo de 2009 de Clélio Campolina Diniz disponible en: http://www.iirsa.org/BancoMedios/Documentos%20PDF/foro_baires09_clelio_campolina.pdf, último acceso 20.6.09

dos los habitantes de la región, debido a que han sido totalmente olvidados. La integración, en estos términos es “*un proyecto ajeno a los pueblos*, incrementa los niveles de deuda externa y canaliza el rápido agotamiento de los recursos naturales” (Herbas Camacho y Molina 2005:314).

Pablo Villegas (2006) ha expresado que Brasil aprobó las EIA para represas del Río Madera, con un elevado riesgo de generar inundaciones en territorio boliviano y que los estudios no eran exhaustivos, además de haber sido realizados por las empresas que llevan adelante las obras.

A su vez, diversas organizaciones ambientalistas se han pronunciado en contra de los proyectos de la Iniciativa. Así en julio de 2005, 29 organizaciones de la sociedad civil, firmaron la Declaración de Lima para llevar adelante un diagnóstico de la situación y crear una “Articulación frente a IIRSA”. Allí se menciona la desconfianza que la Iniciativa inspira por amenazar con la expansión de la frontera agropecuaria y la destrucción de la Amazonia; la falta de transparencia por ser “inexistente la interlocución con la sociedad civil” (párrafo segundo de la Declaración), enclavarse en áreas de enorme riqueza natural “de alta diversidad biológica y cultural, que no integran pueblos, sino los perjudican al afectar los ecosistemas” (párrafo tercero de la Declaración); y por denunciar que muchos de estos proyectos carecen de “estudios de factibilidad económica, ambiental y social. Lo que obliga a abrir un debate previo, por ejemplo, algunas de las carreteras propuestas no son necesarias o se podría promover el transporte alternativo por otros medios más sostenibles como es el caso de los ferrocarriles” (párrafo cuarto de la Declaración) (12).

7. Algunos cuestionamientos respecto de los modos de transporte

Para la UE al 2003 los datos respecto de las emisiones de GEI son contundentes, “El sector del transporte es responsable del 28 % de las emisiones de dióxido de carbono (CO₂), el principal gas de efecto invernadero, de la UE. La mayor parte de esta cantidad, el 84 %, proviene de los vehículos de carretera, y un 13 % de los aviones” (Comisión Europea, 2003:14).

Pero en América del Sur con la AIC de la IIRSA, en los términos que ha sido definida, *se está incentivando un sector que es entendido a escala global como el más contaminante y que genera otros efectos desventajosos*.

Que la mayoría de los proyectos ancla de la AIC sean carreteros nos da la pauta de que se intenta fortalecer un modelo de desarrollo basado en la integración de la infraestructura vial en contra de lo que otros bloques de integración (como mencionáramos por ejemplo la UE) intentan revertir, quitándole el liderazgo al transporte carretero con políticas comunitarias.

Resulta sumamente importante incentivar los modos de transportes que en la actualidad aparecen más amigables con el ambiente, como el ferroviario (tratando de reacondicionar la infraestructura existente) y el fluvio-marítimo, y, en su caso, evitar transportar mercaderías (poniendo en funcionamiento un valor energético extremadamente costoso medido en términos ambientales) que puedan producirse en el lugar; lo que a su vez puede redundar positivamente en un fortalecimiento de las economías locales.

Roberto Bouzas ha dicho en el Foro de Reflexión Estratégica IIRSA “La Integración de América del Sur y el papel de la Infraestructura” celebrado en INTAL el 21 de mayo de 2009 que “*la integración física no es sinónimo de más equilibrio o equidad*” (13), a lo que añadimos *tampoco es sinónimo de sustentabilidad ambiental*.

En este contexto, la infraestructura física emerge como un tema central y prioritario y la sustentabilidad ambiental, como condicionante de la misma.

(12) Puede consultarse el texto completo de la Declaración de Lima en www.biceca.org/es/Page.LimaDeclaration.aspx [último acceso 5/10/08]

(13) Información tomada de la Presentación en Power Point al Foro celebrado en INTAL el 21 de mayo de 2009 publicada en http://www.iirsa.org/BancoMedios/Documentos%20PDF/foro_baires09_roberto_bouzas.pdf [último acceso 20.6.09]

De los documentos analizados, surge evidente la importancia de la integración de la infraestructura física, y el carácter protagónico de la IIRSA en ella.

Resulta innegable la recepción en nuestra época, de la sustentabilidad ambiental a nivel interno de cada uno de los Estados parte, y a nivel regional, y, por tanto, en los discursos y declaraciones dadas en el marco del actual proceso de integración.

Pero surge el presente interrogante: ¿esta infraestructura física para el transporte se presenta realmente sustentable, armónica con el ambiente? ¿Podemos observar en la práctica que los objetivos de los documentos antes enunciados puedan cumplirse con las obras proyectadas?

Frente a tan complejos cuestionamientos, que no proponemos responder en este trabajo sino, invitar a la reflexión, contribuyendo con este aporte a la misma, puede pensarse que la infraestructura para el transporte, tal como se plantea en la práctica, relativiza la mentada sustentabilidad ambiental.

La IIRSA, desde el punto de vista ideológico responde a una concepción neoliberal (regionalismo abierto), donde en caso de conflicto “comercio — ambiente” la segunda parte del binomio quedaría relegado.

La percepción de lo *ambiental* como una traba o barrera a la integración continúa tan arraigada, que resulta muy dificultosa en la práctica la tutela efectiva de los recursos naturales.

8. Algunas reflexiones

Transcurrida la primera década del siglo XXI, resulta imperativo extremar las medidas de prevención y precaución respecto del cuidado de los recursos naturales, así sea para la extracción, utilización de los mismos para la producción o para el diseño de una infraestructura física sobre el territorio.

De allí que la mirada está puesta sobre las formas de transformación del territorio a gran escala, en este caso por medio de la construcción de la infraestructura para el transporte y la relación que guarda con la sustentabilidad ambiental.

Se han observado los proyectos que conforman la Agenda de Implementación Consensuada 2005-2010 (AIC) de la IIRSA (14) donde constan los 31 proyectos prioritarios, también denominados proyectos-ancla.

La mayoría de estos proyectos-ancla redundan en el mejoramiento y modernización del transporte carretero. Aparece así un evidente desmedro de otros modos, por ejemplo el ferroviario y el fluvio-marítimo considerados a escala global, más sustentables.

En las declaraciones presidenciales, como hemos observado desde el año 2000, hasta esta parte, la sustentabilidad ambiental, se encuentra explícitamente receptada, pero con un claro sentido político. Resultaría impensable que temas de infraestructura física no incluyan en su discurso, al día de hoy, tal variable.

Sin embargo, se relativiza porque subsisten políticas que apuestan fuertemente a la mayor producción, y al fortalecimiento del comercio exterior vinculado a la exportación de recursos naturales y productos primarios, facilitándose la infraestructura física para el logro de tales objetivos.

Al predominar la integración de la infraestructura con un fuerte apoyo al transporte carretero sobre otros más sustentables, aparecen contrastes con las estimaciones a nivel global y regional y experiencias de otros bloques.

El modo de transporte carretero aparece según se ha visto, más caro y contaminante, en comparación con el ferroviario y fluvio-marítimo (sobre todo en mercaderías) y para el cual la infraestructura

(14) La gran cantidad de proyectos de la IIRSA, que se encuentran incluidos en la denominada “Cartera de proyectos IIRSA” (que en la actualidad está conformada por unos 514, se encuentran distribuidos en todo el subcontinente. La información actualizada de la mencionada cartera, se encuentra disponible en <http://www.iirsa.org/Cartera.asp?CodIdioma=ESP> [último acceso 20.6.09]

física es sumamente agresiva, debido a que genera desmontes, asfaltamiento, movimiento de suelos, terraplenes, innumerable cantidad de puentes, interrupción de corredores biológicos, entre otros impactos negativos.

El modelo de desarrollo preponderantemente extractivo requiere ser revisado. Y tal como reza el Tratado Constitutivo de la UNASUR, estar “en armonía con la naturaleza”, porque el planteamiento actual aunque se exprese en discursividades oficiales, se relativiza en la praxis.

La ordenación del territorio sudamericano es necesaria, la infraestructura física para el transporte también lo es, pero debemos extremar las medidas protectorias de nuestros recursos naturales, con tal ordenación.

9. Bibliografía

BERNAL-MEZA, Raúl. *América Latina en la economía política mundial*. Buenos Aires: GEL, 1994.

BERNAL-MEZA, Raúl: *América Latina en el mundo*. Buenos Aires: Nuevo Hacer, 2005.

CÁDIZ DELEITO, Juan Carlos. “El transporte y la contaminación. Posibles estrategias y soluciones”, EN: *Ciudad y territorio. Estudios Territoriales*. Madrid: Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, 1994 2 (100-101), 349-368.

CANO, Guillermo. *Derecho, política y administración ambientales*. Buenos Aires: Depalma, 1978

CAPALDO, Griselda Delia. *Daño ambiental y derecho aeronáutico (Breve teoría del Homo Ambiens)*. Buenos Aires: Universidad, 1997.

COMISIÓN EUROPEA. Dirección General de Prensa y Comunicación. “Europa en la encrucijada. La necesidad de un transporte sostenible”, EN: *Europa en movimiento* [Texto original terminado en junio de 2003] Disponible en: http://ec.europa.eu/publications/booklets/move/39/index_es.htm (Consulta: 16/6/09).

DANERI, Jorge. 2005. “IIRSA. La iniciativa de integración de la Infraestructura Regional Sudamericana. Estado de situación y conformación de estrategias de la sociedad civil”, EN: *Encuentro por una nueva cultura del agua en América Latina*. Disponible en <http://www.unizar.es/fnca/america/docu/3703.pdf>, 1-6.

DEVIA, Leila. *Nuevo rumbo ambiental*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2008.

DI PACE, María (coord.). *Las utopías del medio ambiente. Desarrollo sustentable en la Argentina*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1992.

FERNÁNDEZ, Roberto. *La ciudad verde. Teoría de la gestión ambiental urbana*. Buenos Aires: Espacio, 2000.

GOÑI, Ricardo y GOIN, Francisco. “Marco conceptual para la definición del desarrollo sustentable”, EN: *Salud colectiva*, Buenos Aires, 2006 2 (2), 191-198.

GUDYNAS, Eduardo. 2002. El concepto de regionalismo autónomo y el desarrollo sustentable en el Cono Sur. Disponible en: <http://bioregionalismo.com/biblioteca/GudynasRegionalismoAutonomo-ConoSur.pdf>, 177-211.

HERBAS CAMACHO, Gabriel y MOLINA, Silvia. “IIRSA y la integración regional”, EN: *Revista del Observatorio Social de América Latina OSAL [on line]*, Buenos Aires, CLACSO, 2005 6(17), 307-316. Disponible en: <http://osal.clacso.org/espanol/html/osal17/camacho.pdf> [Consulta: 10/10/08].

HONTY, Gerardo. “Energía en Sudamérica: una interconexión que no integra”, EN: *Revista Nueva Sociedad*, 2006, 119-135.

KUHN, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE, 2008.

LANFRANCO VÁZQUEZ, Marina Laura. "Ambiente e integración de la infraestructura física para el transporte en Sudamérica", EN: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2009 39, 658-668.

LANFRANCO VÁZQUEZ, Marina Laura. "La infraestructura para el transporte en la integración regional. La creación de la iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA)", EN: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 2007 37, 623-629.

LE MONDE DIPLOMATIQUE. *El atlas del medio ambiente*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2008.

LEFF, Enrique. "Límites y desafíos de la dominación hegemónica. La geopolítica de la biodiversidad y el desarrollo sustentable: economización del mundo, racionalidad ambiental y reapropiación social de la naturaleza", EN: Ana Esther Ceceña y Emir Sader (comps.). *La Guerra infinita, hegemonía y terror mundial*. Buenos Aires: CLACSO, 2002, 191-216.

LEFF, Enrique (coord.). *La complejidad ambiental*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2003.

MELLADO, Noemí, "Los modelos de ALALC, ALADI y MERCOSUR", EN: *Integración y Cooperación Atlántico —Pacífico*. Rosario: Cátedra Internacional Andrés Bello, 2003, 49-74.

MIRANDA, Marisa. *Temas agroambientales*, La Plata: EDULP, 1997.

MIRANDA, Marisa. "El derecho a la sustentabilidad ambiental (o la incorporación normativa de la ética intergeneracional)", EN: *Ética, planejamento e construção democrática do espaço, Anais do IX Encontro Nacional da ANPUR*, Río de Janeiro, 2001 3, 1265-1275.

OUR COMMON FUTURE. *The World Commission on Environment and Development*. Oxford: University Press, 1987.

PERROUX, Francois. *La economía del siglo XX*. Barcelona: Ariel, 1964.

SEJENOVICH, Héctor y PANARIO, Daniel. *Hacia otro desarrollo. Una perspectiva ambiental*. Montevideo: Redes, 1996.

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

VARGAS, Mónica. 2005. "Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA). Proyectos en Bolivia", EN: *Geopolítica de los recursos naturales y acuerdos comerciales en Sudamérica, FOBOMADE, Foro Boliviano sobre Medio Ambiente y Desarrollo*. Disponible en: <http://www.fobomade.org.bo/publicaciones/docs/5.pdf>, 71-79.

VIDELA ESCALADA, Federico. *Manual de derecho aeronáutico*. Buenos Aires: Zavallá, 2007.

VILLEGAS, Pablo. 2006. "Brasil aprueba EIA de represas que inundarán territorio Boliviano", EN: *FOBOMADE, Foro Boliviano sobre Medio Ambiente y Desarrollo*. Disponible en: http://observatorio.ddhh.bo.googlepages.com/FOBOMADEbrasil_madera_bolivia.pdf, 1-3.

VINOCUR, Gabriela. "La participación ciudadana en el monitoreo de los proyectos de infraestructura en América del Sur", EN: *Informe Ambiental Anual 2009 Premio Monografía Adriana Schiffrin Séptima Convocatoria*. Buenos Aires: FARN, 2009, 397-423.

ZARAGOZA RAMEAU, José A. "Medio ambiente e infraestructuras públicas como recursos activos de la política territorial", EN: *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*. Madrid: Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, 1994 2 (100-101), 211-212.

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT; *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*. Córdoba: Lerner, 2008.

Sitios consultados

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Disponible en: <http://www.pnuma.org>

Comunidad Andina de Naciones. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org>

Portal Oficial del MERCOSUR. Disponible en: <http://www.mercosur.org.uy>

Página Oficial de la IIRSA. Disponible en: <http://www.iirsa.org>

Página de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en:
<http://www.eclac.org>

Página de la Unión de Naciones Suramericanas. Disponible en:
<http://www.comunidadandina.org/sudamerica.htm> ♦

Derecho de Minería y Energía

Daño nuclear

POR CARLOS ALBERTO VILLULLA (*)

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto entregar a los lectores no acostumbrados a los temas de Derecho Nuclear una primera aproximación al estudio del daño nuclear a través del análisis de la Convención de Viena de 1963 sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear y su Protocolo de Enmienda de 1997, receptados por la legislación argentina por medio de las leyes 17.048 y 25.513 respectivamente. En virtud de la comprensible limitación impuesta a estas publicaciones se han elegido definiciones y particularidades especiales de la temática en cuestión con el fin de que, comprendidas estas, el lector pueda abordar la lectura y entendimiento de las normas citadas por sí solo. Así se describen, de la forma más sencilla posible, cuestiones vinculadas con la actividad nuclear, tratadas en ambas normas internacionales e indispensables para lograr el estudio acabado de las mismas.

Palabras clave: Derecho nuclear - Daño nuclear - Responsabilidad civil - Convención de Viena - Protocolo de Enmienda

Abstract

This paper aims to provide the readers unaccustomed to the topics of Nuclear Law a first approach to the study of nuclear damage through the analysis of the 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage and the Protocol of Amendment, 1997, the receptive Argentina legislation through laws respectively 17.048 and 25.513. Under the understandable limitation on these publications have been chosen definitions and special features of the topic in question so that, including these, the reader is able to address the reading and understanding those standards alone. So are described as simply as possible, issues related to nuclear activity covered in both international standards and essential for achieving the complete study of them.

Keywords: Nuclear law - Nuclear damage - Civil liability - Vienna Convention - Protocol of Amendment

Largos fueron los años transcurridos desde la bomba atómica hasta la concreción del uso pacífico de la energía nuclear. En todo ese tiempo, el temor de que cualquier inconveniente se convirtiera en otra Hiroshima fue creciendo entre las personas. La puesta en marcha de la primer estación comercial "occidental" de energía nuclear del mundo, Calder Hall, en el Reino Unido, en octubre de 1956, inquieto a la población sobre las posibilidades de resarcimiento de un operador privado frente a un desastre nuclear. Esta exagerada visión sobre un desastre nuclear impedía la habilitación de un seguro por daño a favor del operador. No existía compañía aseguradora capaz de asumirlo. Esta situación fue la que llevo a Organismos Internacionales a ver la necesidad de reunirse a efectos de solucionar este problema. De esta manera se realizaron varias convenciones internacionales para definir los lineamientos básicos de la temática en todo el mundo. Así, el 29 de julio de 1960 se firmó el Convenio de París con los auspicios de la Agencia de la Energía Nuclear de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE-NEA) que fuera modificado el 28 de enero de 1964, el 16 de noviembre de 1982 y el 12 de febrero del año 2004. Posteriormente el 31 de enero de 1963 se firmó el Convenio de Bruselas, bajo los mismos auspicios y que también fuera modificado en idénticas fechas que su antecesor. En ese mismo año y con el aval del Organismo Internacional de la Energía Atómica se firmó, en el mes de mayo, en Austria la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear, que fuera modificado en el mes de agosto de 1997.

Este esquema normativo tuvo como fin lograr la uniformidad internacional en el tratamiento de un tema tan delicado como la responsabilidad civil por daño nuclear. Por tratarse de un tema extenso, en

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho de Minería y Energía, Cátedra I y II; Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

este trabajo nos ocuparemos de parte de la Convención de Viena de 1963 y su Protocolo de Enmienda de 1997 en los aspectos que consideramos de difícil entendimiento para un lector no acostumbrado a las temáticas nucleares.

Tanto la Convención como el Protocolo de Enmienda referidos son acompañados de un grupo de definiciones que es necesario explicar antes de su estudio, paso previo fundamental para comprender el contenido de la normativa internacional que nos ocupa.

A tal fin pasaremos a revisar cada una de todas las definiciones incluidas en la Convención y en su Protocolo de Enmienda.

Así, el artículo 1º de la Convención de Viena de 1963 establece:

“Por ‘persona’ se entenderá toda persona física, toda persona jurídica de derecho público o de derecho privado, toda entidad pública o privada aunque no tenga personalidad jurídica, toda organización internacional que tenga personalidad jurídica con arreglo a la legislación del Estado de la instalación y todo Estado o cualesquiera de sus subdivisiones políticas”.

Ninguna persona que desarrolle alguna actividad de las contempladas por los Tratados en examen queda excluida de la obligación de responder ante un daño nuclear. La definición comprende todas las figuras jurídicas posibles para desarrollar la actividad en cuestión. Por su parte el art. 1 del Protocolo de Enmienda no define el concepto de “persona”.

El artículo 1º de la Convención de Viena de 1963 continúa describiendo:

“La expresión ‘nacional de una Parte Contratante’ comprenderá la Parte Contratante o cualquiera de las subdivisiones políticas de su territorio, toda persona jurídica de derecho público o de derecho privado y toda entidad pública o privada establecida en el territorio de una Parte Contratante, aunque no tenga personalidad jurídica”.

El párrafo en análisis hace mención a las personas que se encuentran dentro de un Estado que haya aceptado los términos de la Convención de Viena de 1963 a quien denomina parte contratante. Esta persona será considerada “nacional de una Parte Contratante” aún no teniendo personalidad jurídica según la legislación de la Parte Contratante.

También, entiende por “explotador” de una instalación nuclear a “...la persona designada o reconocida por el Estado de la instalación como explotador de dicha instalación”.

En el caso de nuestro país el explotador de nuestras centrales nucleares es una sociedad anónima constituida por el art. 1 del Decreto 1.540/94 llamada Nucleoeléctrica Argentina Sociedad Anónima cuya licencia de operación fue otorgada por la Autoridad Regulatoria Nuclear conforme lo impone el art. 16, inc. B de la Ley Nacional de Actividad Nuclear n° 24.804. En el caso particular de nuestro país las acciones de la sociedad Nucleoeléctrica Argentina nunca fueron vendidas y permanecen en poder del Estado Nacional a través de la Secretaría de Energía y de la Comisión Nacional de Energía Atómica. En la actualidad están en discusión en la Cámara de Diputados de la Nación algunos proyectos de ley que pretenden cambiar el status jurídico de Nucleoeléctrica Argentina a efectos de impedir que en un futuro sus acciones corran peligro de ser vendidas a capitales privados.

Por “Estado de instalación” respecto de una instalación nuclear, aclara la Convención de Viena “se entenderá la Parte Contratante en cuyo territorio esté la instalación nuclear o bien, si la instalación nuclear no está en el territorio de ningún Estado, la Parte Contratante que explote la instalación nuclear o haya autorizado su explotación”. Por ser la redacción originaria de esta definición poco feliz, el Protocolo de Enmienda de la Convención de Viena de 1963 aporta otra que dice: “Por ‘Estado de la instalación’ respecto de una instalación nuclear se entenderá la Parte Contratante en cuyo territorio esté la instalación nuclear o bien, si la instalación nuclear no está en el territorio de ningún Estado, la Parte Contratante que explote la instalación nuclear o haya autorizado su explotación”. Lo importante de este caso es entender de qué hablamos al decir “Parte Contratante”. A los efectos de la Convención se hace referencia a los Estados que han adherido a ella firmando el documento y aprobándolo por

ley como el caso de Argentina a través de las leyes 17.048 para la Convención de Viena de 1963 y 25.313 para el Protocolo de Enmienda del año 1997.

Además, “por ‘legislación del tribunal competente’ se entenderá la legislación del tribunal que sea competente con arreglo a la presente Convención, incluidas las normas de dicha legislación que regulen los conflictos de leyes”.

La Convención hace referencia a la legislación que se aplicará según los principios sobre jurisdicción del Estado de la instalación ante la producción de un daño nuclear. Para el caso de nuestro país, y por aplicación del art. 1 del Decreto 10.936 de 1950 que crea la Comisión Nacional de Energía Atómica, corresponde la jurisdicción federal para toda la actividad. También, en su parte final, el inciso hace referencia a la legislación en general del Estado de la Instalación.

Abordando las definiciones técnicas, la Convención dispone: “Por ‘combustibles nucleares’ se entenderá las sustancias que puedan producir energía mediante un proceso auto mantenido de fisión nuclear”.

La definición de combustibles nucleares no se autoabastece respecto a su sentido debiéndose también aclarar que es un “proceso auto mantenido de fisión nuclear”. En principio el término “combustible nuclear” abarca un grupo de sustancias que unidas ingresan al reactor nuclear para generar una fisión nuclear. Estos son haces de tubos metálicos herméticamente cerrados, dentro de los cuales se encuentran las pastillas de uranio que suministran su energía al reaccionar entre sí. (CNEA, 1979a) Por otro lado el “proceso auto mantenido de fisión nuclear” expresa lo que ocurre en el interior del reactor una vez que el mismo está preparado para empezar a funcionar con todos sus elementos combustibles. Muy de a poco se le van quitando elementos químicos hasta que espontáneamente se desarrolla la primera fisión que será la que originará la reacción en cadena y esta, el proceso auto mantenido de fisión.

El inciso siguiente del art. 1º de la Convención de Viena sostiene:

“Por ‘productos o desechos radiactivos’ se entenderá los materiales radiactivos producidos durante el proceso de producción o utilización de combustibles nucleares o cuya radiactividad se haya originado por la exposición a las radiaciones inherentes a dicho proceso, salvo los radioisótopos que hayan alcanzado la etapa final de su elaboración y puedan ya utilizarse con fines científicos, médicos, agrícolas, comerciales o industriales”.

Es importante establecer una definición de radiación como característica que desarrollan algunos elementos y de radioisótopos como productos industriales destinados a la medicina, agricultura y algunas otras ramas de la industria.

Se entiende por radiación a la “emisión y propagación de ondas que transmiten energía a través del espacio o de algún otro medio” (1).

También podemos agregar que “el término “radiación” es muy amplio: abarca emisiones como la luz visible, la luz infrarroja, y las ondas de radio. Sin embargo, también se emplea en el sentido de radiación ionizante, es decir la que altera el estado físico de los átomos en los que incide, haciendo que queden cargados eléctricamente o “ionizados” (CNEA, 1980). Es esta radiación, la que al ubicar iones en los tejidos vivos altera los procesos biológicos normales, pudiendo constituir, según la dosis, un riesgo para la salud humana.

Se llama radioisótopo a aquel isótopo que es radiactivo. La palabra isótopo, del griego “en mismo sitio”, se usa para indicar que todos los tipos de átomos de un mismo elemento se encuentran en el mismo sitio de la tabla periódica. Los átomos que son isótopos entre sí, son los que tienen igual número atómico (número de protones en el núcleo), pero diferente número másico (suma del número de neutrones y el de protones en el núcleo). Los distintos isótopos de un elemento, difieren pues en el

(1) Véase Gran Enciclopedia Universal Espasa Calpe.

número de neutrones (CNEA, 1979b). Algunos radioisótopos se utilizan en distintos procesos industriales vinculados a la medicina, el agro, etc. Uno de los más conocidos es el Cobalto 60.

La nómina de definiciones aporta a continuación la de sustancias nucleares la cual desarrolla de la siguiente forma: “Por “sustancias nucleares” se entenderá:

i) los combustibles nucleares, salvo el uranio natural y el uranio empobrecido, que por sí solos o en combinación con otras sustancias puedan producir energía mediante un proceso auto mantenido de fisión nuclear fuera de un reactor nuclear;

ii) los productos o desechos radiactivos”.

El primer apartado de la definición hace referencia a los combustibles nucleares, concepto que ya ha sido desarrollado ut supra. Al mencionar el uranio natural la Convención hace referencia al mineral tal como lo entrega la naturaleza, lo que requiere para su utilización como combustible nuclear, su transformación, mediante un proceso químico, en dióxido de uranio. El uranio empobrecido es aquel al que se le ha extraído la porción de uranio 235 apta para el proceso de fisión. Ninguno de estos dos elementos puede dar lugar a un proceso auto mantenido de fisión nuclear. Requisito indispensable para ser considerado combustible nuclear.

El texto de la Convención también explica que se debe entender por reactor nuclear de la siguiente forma: “Por “reactor nuclear” se entenderá cualquier estructura que contenga combustibles nucleares dispuestos de tal modo que dentro de ella pueda tener lugar un proceso auto mantenido de fisión nuclear sin necesidad de una fuente adicional de neutrones”.

La ciencia nuclear ha dado varias definiciones de reactor nuclear, por lo que podemos decir que: “es una máquina que se diseña para crear las condiciones especiales para que la reacción en cadena tenga lugar de manera controlada y sostenida dentro de los límites de seguridad” (NASA, 2004).

Continuando con las definiciones técnicas la Convención sostiene: “Por “instalación nuclear” se entenderá: i) los reactores nucleares, salvo los que se utilicen como fuente de energía en un medio de transporte aéreo o marítimo, tanto para su propulsión como para otros fines;

ii) las fábricas que utilicen combustibles nucleares para producir sustancias nucleares, y las fábricas en que se proceda al tratamiento de sustancias nucleares, incluidas las instalaciones de regeneración de combustibles nucleares irradiados;

iii) las instalaciones de almacenamiento de sustancias nucleares, excepto los lugares en que dichas sustancias se almacenen incidentalmente durante su transporte, en la inteligencia de que el Estado de la instalación podrá determinar que se considere como una sola instalación nuclear a varias instalaciones nucleares de un solo explotador que estén ubicadas en un mismo lugar;

iv) las demás instalaciones en las que haya combustible nuclear o productos o desechos radiactivos según cada cierto tiempo determine la Junta de Gobernadores del Organismo Internacional de Energía Atómica;

Del concepto de instalación nuclear se excluye a los reactores ubicados en vehículos de transporte aéreo o marítimo, ya sea que sirvan a la propulsión o a otros fines. Para la época de la Convención eran comunes los buques de profundidad o superficie propulsados por un reactor nuclear, pero en su gran mayoría cumplían propósitos militares, regulando en forma separada a la Convención en análisis los aspectos relativos a la responsabilidad civil. La segunda parte de este inciso contempla las fábricas para el tratamiento de sustancias nucleares, incluyendo dentro de ellas a las instalaciones de regeneración de combustible nuclear irradiado. En nuestro país existe el tratamiento de sustancias nucleares, pero no hay instalaciones de regeneración de combustible nuclear irradiado, el cual se mantiene depositado en las piletas de agua mineralizada construidas a tal efecto en las Centrales Nucleares, o algunos en silos de cemento seco como es el caso de parte de los elementos combustibles de la Central Nuclear Embalse. Por último el inciso IV, agregado por el Protocolo de Enmienda, incluye todo tipo de instalaciones donde exista combustible nuclear o productos o desechos radiactivos se-

gún lo que la Junta de Gobernadores del Organismo Internacional de la Energía Atómica determine, de acuerdo a lo que ellos crean conveniente.

A continuación la Convención de Viena desarrolla el concepto de daño nuclear. A nuestro entender esta definición es la piedra angular del tratado en estudio, en virtud de que cualquier situación fáctica que no coincida con los supuestos establecidos en este inciso, excluirá al hecho de la calificación de daño nuclear y como resultado directo no podremos usar esta normativa para solucionar el problema. El Protocolo adicional de Enmienda de 1997 amplió la definición del Convenio de Viena originario, agregando dentro del concepto de daño a aquellos perjuicios ocasionados al medio ambiente en respuesta a la evolución legislativa que la problemática de protección del ambiente tuvo, en todo el mundo en estas últimas décadas.

En ese sentido al definir al daño nuclear sostiene: “Por “daños nucleares” se entenderá:

1. la pérdida de vidas humanas o las lesiones corporales;
2. los daños o perjuicios materiales; y cada uno de los daños que se indican a continuación en la medida determinada por la legislación del tribunal competente:
3. la pérdida económica derivada de la pérdida o los daños a que se hace referencia en los apartados 1 y 2, en la medida en que no esté incluida en esos apartados, si la cubriere una persona con derecho a entablar una demanda con respecto a dicha pérdida o daños;
4. el costo de las medidas para rehabilitar el medio ambiente deteriorado, a menos que el deterioro sea insignificante, siempre que esas medidas realmente se hayan adoptado o hayan de adoptarse, y en la medida en que no esté incluido en el apartado 2;
5. el lucro cesante derivado del interés económico en algún uso o goce del medio ambiente que se produzca como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, y en la medida en que no esté incluido en el apartado 2;
6. los costos de las medidas preventivas y otros daños y perjuicios causados por esas medidas;
7. cualquier otra pérdida económica que no sea una pérdida causada por el deterioro del medio ambiente, si ello estuviese autorizado por la legislación general sobre responsabilidad civil del tribunal competente, en el caso de los apartados 1 a 4 y 7 supra, en la medida en que los daños y perjuicios se produzcan como resultado de la radiación ionizante emitida por cualquier fuente de radiación dentro de una instalación nuclear, o emitida por combustible nuclear o productos o desechos radiactivos que se encuentren en una instalación nuclear, o de los materiales nucleares que procedan de ella, se originen en ella o se envíen a ella, sea que se deriven de las propiedades de esa materia, o de la combinación de propiedades radiactivas con propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de esa materia.

Para dar una noción más acabada de las particularidades que rigen este concepto es conveniente mencionar lo expresado por el Dr. Jorge Martínez Favini en su trabajo “Madurez del Derecho Nuclear” al respecto:

“Entre las convenciones y leyes sobre responsabilidad civil en materia nuclear existe una sustancial armonía, derivada de un conjunto de particularidades del ‘riesgo nuclear’, que se sintetizan en los siguientes caracteres:

- a) Carácter clandestino: el daño por irradiación puede sufrirse sin que la víctima lo advierta.
- b) Carácter diferido: los efectos de una irradiación pueden manifestarse mucho después del accidente.
- c) Carácter itinerante: pueden producirse daños nucleares a gran distancia del lugar donde se originó el accidente y en lugares distintos (internacionalismo posible del daño).
- d) Carácter catastrófico (aunque tal probabilidad sea 10-723” (Martínez Favini, 1986).

El texto plantea la forma particular en la que el daño puede presentarse y que lo hace diferente de otros daños asegurable. Así, su carácter clandestino está determinando que el daño por irradiación puede no sentirse en el momento de producido el contacto entre la persona y la fuente contaminante. Es necesario tener en cuenta que si se trata de una nube radiactiva, la misma no adopta ninguna forma particular que la destaque de las condiciones meteorológicas imperantes en el lugar donde se encuentre, y es también importante destacar que esta es la de transmisión de la radiación. Esto, unido a su carácter diferido, que hará que la víctima de irradiación forma más común y masiva manifieste alguna sintomatología clínica recién con el paso de los años, importa asegurar que si el Gobierno del lugar de la instalación donde se produjo el accidente no adopta medidas preventivas generales o los medios de comunicación no informan sobre la situación, la persona podrá luego de varios años inferir la relación de causalidad que lo une al hecho y allí plantear su reclamo ante el Tribunal Competente, mientras tanto el número de personas a resarcir será desconocido para el operador y el Estado de la Central siniestrada.

Por otro lado el carácter itinerante del daño nuclear desafía toda posibilidad de cálculo de la magnitud del evento pues implica que la nube radiactiva viajará por la atmósfera siguiendo la dirección del viento provocando daño a las personas y el ambiente hasta que sus componentes peligrosos decaigan, lo que puede ocurrir en días o meses, según la cantidad y clase de material que haya alcanzado la atmósfera. También es necesario aclarar en este punto que lo más probable es que, en su viaje, la nube sobrepase las fronteras del Estado de la Instalación para llegar, no sólo, a los países limítrofes, sino lo que es peor, a muchos otros más lejanos (la nube, producto del accidente nuclear de Chernobyl, recorrió casi treinta países). Esto es lo que se plantea como la posible internacionalidad del daño a los efectos de su apreciación. Es importante señalar que la Ley Nacional de Actividad Nuclear n° 24.804 de 1997, adhiere en su artículo 9° a la definición de daño nuclear de la Convención de Viena de 1963, ratificada por Ley n° 17.048, en los términos anteriores a la reforma introducida por el Protocolo de Enmienda.

Siguiendo la definición en análisis los incisos 1 y 2 son abarcativos de todas las posibilidades de daño, por lo creemos innecesaria otra explicación. El inciso 3 refiere a situaciones donde lo reclamado fuera la reparación de un daño manifestado como pérdida económica, no incluido, pero derivado de lo atendido por los incisos 1 y 2 del presente artículo. El inciso 4 hace se dedica al costo de las medidas para rehabilitar el ambiente deteriorado, siempre que ya se hayan adoptado o sea segura su adopción. También es requisito que el daño sea importante, lo cual transforma en necesaria y costosa su reparación. También el inciso 5 se refiere al medio ambiente deteriorado, pero para contemplar la reparación del lucro cesante para los casos en que su afectación sea tan importante que su uso, de la forma anterior al impacto generado por el accidente nuclear, resulte imposible. En los dos supuestos previamente tratados es necesario que no estén contemplados por la norma del inciso 2.

El artículo continúa con el inciso 6 donde se incluye el costo de las medidas preventivas y el de los daños y perjuicios que la aplicación de esas medidas ocasione. Estas medidas preventivas, como ya se definirán más adelante, se pueden disponer para la protección del ambiente, las personas o las cosas.

El séptimo inciso se detiene en cualquier pérdida económica, no causada por el deterioro del ambiente y receptada por el tribunal competente, con exclusión de lo contemplado en los incisos 5 y 6, marcando lo requisitos básicos para hablar de accidente nuclear al determinar que estos

“daños y perjuicios sean producto de la radiación ionizante emitida por cualquier fuente de radiación dentro de una instalación nuclear, o emitida por combustible nuclear o productos o desechos radiactivos que se encuentren en una instalación nuclear, o de los materiales nucleares que procedan de ella, se originen en ella o se envíen a ella, sea que se deriven de las propiedades de esa materia, o de la combinación de propiedades radiactivas con propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de esa materia”.

La norma internacional impone como participantes obligados del incidente nuclear a la radiación ionizante, definida ya en este trabajo, que derive de tres elementos específicos, a saber: de cualquier

fuente de radiación, de los combustibles nucleares o de los productos o desechos radiactivos, incorporando, también la posibilidad de la combinación de las propiedades radiactivas de estos tres componentes, con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de otros elementos, a lo que hay que agregar la circunstancia de vinculación con la instalación nuclear pues la manda exige que se encuentren en una instalación nuclear, procedan de ella o se envíen a ella.

Sobre el final de su artículo I la Convención de Viena de 1963 abordaba la definición de accidente nuclear que fuera modificada por el artículo 2 del Protocolo de Enmienda, que incluso, cambió el término “accidente” por el de “incidente”, rezando de la siguiente forma: Por “incidente nuclear” se entenderá cualquier hecho o sucesión de hechos que tengan el mismo origen y hayan causado daños nucleares o que, solamente con respecto a las medidas preventivas, hayan creado una amenaza grave e inminente de causar tales daños. Haciendo un análisis de las definiciones de accidente e incidente podemos decir que, para el caso de los incidentes, se consideran así a los “eventos que sobrevienen en el curso de un asunto o negocio y tienen con éste algún enlace”, mientras que accidente sería un “suceso eventual que altera el orden regular de las cosas”, aclarándose, también que, el segundo, no forma parte de la esencia de la cosa (2). A nuestro entender el concepto de incidente nos lleva a la idea de un hecho que puede ser calculado como posible, a diferencia del accidente que es más imprevisto, y que a su vez puede tener como resultado último un accidente, se trata de un concepto más amplio que el utilizado por la Convención de Viena de 1963. Hechas estas diferencias se comprende el porqué del cambio por el término incidente en la revisión de la Convención originaria de 1963 por tratarse de un concepto más a fin con la idea de asegurar el resarcimiento de la mayor cantidad de daños posible.

El Convenio internacional continúa con la siguiente definición:

“Por ‘medidas de rehabilitación’ se entenderá cualquier medida razonable que haya sido aprobada por las autoridades competentes del Estado donde se hayan adoptado las medidas y que tengan por objeto rehabilitar o restaurar componentes del medio ambiente dañados o destruidos o introducir en el medio ambiente, cuando ello sea razonable, el equivalente de esos componentes. La legislación del Estado en que se hayan sufrido los daños determinará a quién ha de corresponder la facultad de adoptar dichas medidas”.

Para el caso de nuestro país el responsable, como se estableció *ut supra*, es el operador de la instalación nuclear, quien además por aplicación del artículo 41 de la Constitución Nacional tiene, *prima facie*, la obligación de recomponer, esto quiere decir, retrotraer la situación ambiental al *statu quo* anterior al momento del impacto o en este caso, del daño nuclear que produjera efectos negativos en el medio ambiente. Luego corresponderá a las autoridades ambientales provinciales determinar las medidas tendientes a mitigar el hecho, y si este es irreparable, la forma de sustituir lo dañado o destruido por instrumentos nuevos aptos para volver a una situación ambiental lo más similar posible a la anterior. Todas estas actividades entrarían dentro del concepto de medidas de rehabilitación.

El artículo prosigue estableciendo: “Por ‘medidas preventivas’ se entenderá cualquier medida razonable adoptada por cualquier persona después de ocurrido un incidente nuclear a fin de prevenir o minimizar los daños a que se hace referencia en los apartados i) a v) o vii) del párrafo k), lo que estará sujeto a la aprobación de las autoridades competentes exigida por la ley del Estado donde se hayan adoptado las medidas”.

El significado del adjetivo preventivo es prevenir o más exactamente impedir (3). Nos inclinamos a sostener que el Protocolo de Enmienda utiliza esta palabra en el sentido de “impedir”. Así considerado el término dichas medidas serán aquellas adoptadas, por cualquier persona, siempre que el incidente nuclear haya ocurrido, con el fin de impedir su expansión o un efecto más grave que el ya ocurrido sobre las personas, ambiente y cosas que mencionan los incisos referidos del apartado k. Por

(2) Véase Gran Espasa Diccionario Enciclopédico, 1997.

(3) Véase Gran Espasa Diccionario Enciclopédico, 1997.

último, para que estas no generen responsabilidad posterior en quien las decide y/o adopta deberán ser aprobadas con posterioridad por las autoridades del Estado de la Instalación.

A continuación el artículo en análisis define la expresión medidas razonables, siempre que sean consideradas o apropiadas según las leyes del tribunal competente y que además considere las circunstancias que la norma plantea de la siguiente forma:

“Por ‘medidas razonables’ se entenderá las medidas que, en virtud de la legislación del tribunal competente, se juzgue que sean apropiadas y proporcionadas, habida cuenta de las circunstancias, como por ejemplo:

- i) la naturaleza y magnitud de los daños sufridos o, en el caso de medidas preventivas, la naturaleza y magnitud del riesgo de que se produzcan tales daños;
- ii) en qué medida, en el momento en que sean adoptadas, existe la posibilidad de que dichas medidas sean eficaces;
- iii) los conocimientos científicos y técnicos pertinentes”.

La misma definición establece la condición para entender a una medida como “razonable”, sosteniendo que se trata de aquellas que sean apropiadas y proporcionadas a las circunstancias en las que se aplican, además, en los tres incisos del apartado la misma norma dispone los elementos a tener en cuenta

Para evitar los problemas derivados de los desequilibrios de la economía mundial, el Protocolo de Enmienda de la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear sustituye, en el tipo de moneda utilizada para la forma de calcular los valores a los que se refiere, sustituyendo el dólar norteamericano por el derecho especial de giro (DEG), que por ser utilizada como unidad de cuenta por el Fondo Monetario Internacional, tiene un equivalente fácil de calcular e el resto de las economías mundiales, de esta manera el apartado “p” sostiene: Por “derecho especial de giro”, en adelante denominado DEG, se entenderá la unidad de cuenta definida por el Fondo Monetario Internacional y utilizada por éste para sus propias operaciones y transacciones.

El texto del Protocolo de Enmienda, también modifica el párrafo 2 estableciendo lo siguiente:

“El Estado de la instalación podrá excluir del ámbito de la presente Convención cualquier instalación nuclear o cantidad pequeña de materiales nucleares siempre que lo permita la reducida importancia de los peligros inherentes a tal decisión y siempre que:

a) en lo que se refiere a instalaciones nucleares, la Junta de Gobernadores del Organismo Internacional de Energía Atómica haya determinado los criterios para esa exclusión y que dicha exclusión por parte de un Estado de la instalación se ajuste a tales criterios;

b) En lo que se refiere a cantidades pequeñas de materiales nucleares, los límites máximos para la exclusión de tales cantidades hayan sido determinados por la Junta de Gobernadores del Organismo Internacional de Energía Atómica y que dicha exclusión por parte de un Estado de la instalación no exceda de los referidos límites. Los criterios para la exclusión de instalaciones nucleares y los límites máximos para la exclusión de cantidades pequeñas de materiales nucleares serán revisados periódicamente por la Junta de Gobernadores”.

El Estado de la Instalación tiene la prerrogativa de excluir de la aplicación de la Convención y su Protocolo de Enmienda en examen ciertas instalaciones nucleares y ciertas sustancias nucleares siempre que el peligro que pueda causar su mal manejo sea de poca importancia y siempre que la Junta de Gobernadores del Organismo Internacional de la Energía Atómica haya establecido el criterio para la exclusión de instalaciones nucleares, el límite máximo permitido para la exclusión de alguna sustancia en particular y obviamente que la instalación nuclear este dentro de los parámetros de exclusión del Organismo y la cantidad de sustancia nuclear excluida por el Estado Parte no supere el máximo establecido como límite por la Junta de Gobernadores.

El artículo 3 del Protocolo de Enmienda de la Convención de Viena de 1963 incorpora a continuación del artículo 1 de la Convención originaria dos artículos:

El artículo 1 A establece:

“1. La presente Convención se aplicará a los daños nucleares independientemente del lugar donde se hayan sufrido.

2. La legislación del Estado de la instalación podrá, no obstante, excluir de la aplicación de la presente Convención los daños sufridos:

a) en el territorio de un Estado no Contratante;

b) en cualesquiera zonas marítimas establecidas por un Estado no Contratante de acuerdo con el derecho internacional del mar.

3. Una exclusión con arreglo al párrafo 2 del presente artículo sólo podrá aplicarse con respecto a un Estado no Contratante que en el momento del incidente:

a) posea una instalación nuclear en su territorio o en cualesquiera zonas marítimas que haya establecido de acuerdo con el derecho internacional del mar;

b) no conceda beneficios recíprocos equivalentes.

4. Las exclusiones con arreglo al párrafo 2 del presente artículo no afectarán a los derechos a que se hace referencia en el apartado a) del párrafo 2 del artículo IX y las exclusiones con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del presente artículo no se extenderán a los daños a bordo o a un navío o aeronave”.

Y el artículo 1 B, a su vez prescribe: “La presente Convención no se aplicará a las instalaciones nucleares utilizadas con fines no pacíficos”.

Ambas normas prevén la exclusión de la aplicación de las normas de la Convención a ciertas circunstancias, luego de establecer que se aplicara a todo daño nuclear sin importar el lugar donde el mismo se haya producido.

En lo que se refiere a la exclusión de los daños producidos en el territorio o en las zonas marítimas establecidas por un Estado no contratante, lo deja como potestad de la legislación del Estado Contratante, es decir debe emanar de una norma conforme con los procedimientos de producción de leyes establecido en la Ley Fundamental de dicho Estado. Por lo que sostiene el artículo a continuación y lo incorporado por el artículo 1 B la norma hace referencia sin dudas a situaciones de beligerancia entre naciones. En lo que hace a nuestra realidad, no existen en el territorio del país instalaciones nucleares utilizadas con fines no pacíficos.

El artículo 2 de la Convención de 1963, también resulta enmendado por el artículo 4 del Protocolo de 1997, por lo que dicha norma hoy impone: 1. El explotador de una instalación nuclear será responsable de los daños nucleares si se prueba que esos daños han sido ocasionados por un accidente nuclear:

a) que ocurra en su instalación nuclear;

b) en el que intervengan sustancias nucleares procedentes de su instalación nuclear o que se originen en ella, cuando el accidente acaezca:

i) antes de que el explotador de otra instalación nuclear haya asumido expresamente por contrato escrito la responsabilidad de los accidentes nucleares en que intervengan las sustancias;

ii) antes de que el explotador de otra instalación nuclear se haya hecho cargo de las sustancias nucleares, si la responsabilidad no se ha asumido expresamente por contrato escrito;

iii) antes de que la persona que esté debidamente autorizada para tener a su cargo un reactor nuclear que se utilice como fuente de energía en un medio de transporte, para su propulsión o para

otros fines, se haya hecho cargo de las sustancias nucleares si estaban destinadas a ser utilizadas en ese reactor nuclear;

iv) antes de que las sustancias nucleares hayan sido descargadas del medio de transporte en que hayan llegado al territorio de un Estado que no sea Parte Contratante, cuando esas sustancias hayan sido enviadas a una persona que se encuentre en el territorio de ese Estado.

c) en el que intervengan sustancias nucleares enviadas a su instalación nuclear, cuando el accidente acaezca:

i) después de que el explotador haya asumido expresamente por contrato escrito la responsabilidad de los accidentes nucleares en que intervengan las sustancias nucleares, que recaía en el explotador de otra instalación nuclear;

ii) después de que se haya hecho cargo de esas sustancias nucleares, si la responsabilidad no se ha asumido expresamente por contrato escrito;

iii) después de que se haya hecho cargo de esas sustancias nucleares la persona que tenga a su cargo un reactor nuclear que se utilice como fuente de energía en un medio de transporte, para su propulsión o para otros fines;

iv) después de que las sustancias nucleares hayan sido cargadas en el medio de transporte en que han de ser expedidas desde el territorio de un Estado que no sea Parte Contratante, cuando esas sustancias hayan sido enviadas con el consentimiento escrito del explotador por una persona que se encuentre en el territorio de dicho Estado. Quedando entendido que, si los daños nucleares han sido causados por un accidente nuclear que ocurra en una instalación nuclear y en el que intervengan sustancias nucleares almacenadas incidentalmente en ella con ocasión del transporte de dichas sustancias, las disposiciones del apartado a) del presente párrafo no se aplicarán cuando otro explotador u otra persona sea exclusivamente responsable en virtud de lo dispuesto en los apartados b) o c) del presente párrafo.

2. El Estado de la instalación podrá por vía legislativa que, con las condiciones que estipule su legislación nacional, un transportista de sustancias nucleares o una persona que manipule desechos radiactivos puedan ser considerados o reconocidos como explotadores en relación, respectivamente, con las sustancias nucleares o con los desechos radiactivos y en sustitución del explotador interesado, si ese transportista o esa persona lo pide y el explotador consiente. En tal caso, ese transportista o esa persona serán considerados a todos los efectos de la presente Convención como explotadores de una instalación nuclear en el territorio de dicho Estado.

3. a) Cuando la responsabilidad por daños nucleares recaiga en más de un explotador, esos explotadores, en la medida en que no se pueda determinar con certeza qué parte de los daños ha de atribuirse a cada uno de ellos, serán mancomunada y solidariamente responsables. El Estado de la instalación podrá limitar la cuantía de los fondos públicos aportados por cada incidente a la diferencia, si la hubiere, entre las cuantías estipuladas en el presente artículo y la cuantía determinada de conformidad con el párrafo I del artículo V.

b) Cuando la responsabilidad recaiga sobre más de un explotador como consecuencia de un accidente nuclear que ocurra durante el transporte de sustancias nucleares, sea en un mismo medio de transporte, sea en una misma instalación nuclear, la responsabilidad global no rebasará el límite más alto que corresponda aplicar a cada uno de ellos de conformidad con lo dispuesto en el artículo V.

c) En ninguno de los casos previstos en los apartados a) y b) del presente párrafo podrá exceder la responsabilidad de un explotador del importe que en lo que le concierne se fije de conformidad con lo dispuesto en el artículo V.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del presente artículo, cuando un accidente nuclear afecte a varias instalaciones nucleares del mismo explotador, éste será responsable en relación con cada una de estas instalaciones hasta el límite que corresponda aplicarle de conformidad con lo dis-

puesto en el artículo V. El Estado de la instalación podrá limitar la cuantía de los fondos públicos aportados con arreglo al apartado a) del párrafo 3 del presente artículo.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Convención, sólo podrá considerarse responsable de los daños nucleares al explotador. No obstante, esta disposición no afectará a la aplicación de ninguno de los acuerdos internacionales de transporte vigentes o abiertos a la firma, ratificación o adhesión en la fecha en que quede abierta a la firma la presente Convención.

6. Ninguna persona será responsable de las pérdidas o daños que no sean daños nucleares de conformidad con lo dispuesto en el apartado k) del párrafo 1 del artículo I pero que hubieran podido ser determinados como daños nucleares de conformidad con las disposiciones de dicho párrafo.

7. Sólo se podrá entablar acción directa contra la persona que dé una garantía financiera de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII si así lo dispone la legislación del tribunal competente.

La redacción del artículo 2 del Convenio originario empieza de manera poco feliz al vincular la responsabilidad del operador a la prueba de que los daños nucleares han sido ocasionados por un accidente, también debería haberse modificado el término por incidente, nuclear, estableciendo a continuación los supuestos a probar. No parece que estuviéramos en presencia de una responsabilidad objetiva basada en el riesgo que crea el operador para obtener un fin de lucro, ya que su efecto principal es la inversión de la carga de la prueba. Esta corresponde ser producida por el mismo operador para librarse de la responsabilidad, y no por un tercero para adjudicársela al primero.

Por su parte, el incidente debe ocurrir en su instalación nuclear, o deben intervenir en él sustancias nucleares que se originen en su instalación o procedan de la misma, explicadas al momento de hablar del vínculo entre las sustancias productoras del hecho y la instalación nuclear, antes de que otro operador asuma por contrato escrito la responsabilidad sobre dichas sustancias, o antes de que otro explotador se haga cargo de las sustancias sino se estableció previamente que debía hacerlo por escrito. También antes de que el responsable de un reactor que utilice estas sustancias como fuente de energía para el transporte u otros fines se haga cargo. A su vez se considera la situación de un accidente ocurrido antes de desembarcar las sustancias en viaje por un territorio no contratante, si quien debía recibirlas se encuentra en el territorio de ese Estado no contratante.

Por su parte el apartado "c" atribuye la responsabilidad del operador cuando el hecho acaeciere con sustancias que se envíen o se encuentran viajando rumbo a su instalación nuclear, siempre que ocurra luego de asumir la responsabilidad por contrato escrito, o en caso contrario, después de hacerse cargo si la responsabilidad no se atribuye por contrato escrito. Si opera un reactor nuclear para impulsar un medio de transporte, después de hacerse cargo de las sustancias, y también luego que estas hayan sido cargadas en el medio de transporte, se aclara que la suma disponible para resarcir nunca excederá el importe que se le ha fijado respetando lo establecido en el artículo 5.

El apartado 2 asigna al Estado parte, siempre que lo realice por vía legislativa, la posibilidad de considerar o reconocer como explotador, respecto de las sustancias que deba manejar, a un transportista de sustancias nucleares o a quien manipule desechos radiactivos. Esta situación de exclusión del operador de la instalación sólo puede darse mediante pedido expreso de las personas anteriormente mencionadas que se asemejarían, respecto a su responsabilidad por daño nuclear, a un operador o explotador de una instalación nuclear en dicho territorio. Este apartado es de singular importancia para el caso de nuestro país en virtud de que por aplicación de lo establecido por la Ley Nacional de Actividad Nuclear N° 24.804, el explotador de las Centrales Nucleares es Nucleoeléctrica Argentina Sociedad Anónima y el dueño de los residuos radiactivos o combustibles irradiados es la Comisión Nacional de Energía Atómica, tal como lo disponen los incisos "d" y "g" del artículo 2 de la norma referida.

El apartado 3 a aborda el caso en que la responsabilidad sea atribuida a varios explotadores y sea imposible determinar la cantidad de daño producida por cada uno, todos serán mancomunada y solidariamente responsables, es decir, responderán tanto por su parte como por el todo.

En el apartado b se apunta, también a un grupo de explotadores, pero dirigido directamente a la actividad de transporte sosteniendo que la responsabilidad global no puede exceder el límite que establece el mismo artículo 5, es decir, 300 millones de DEG.

El apartado 4 establece un límite a la responsabilidad del explotador que viera afectados varias instalaciones nucleares en un solo accidente a la suma que corresponde aplicar, 300 millones de DEG, si el Estrado de la Instalación no aporta ningún fondo público o 150 millones de DEG para el caso contrario, a su vez el Estado también puede limitar la cuantía de los fondos públicos, al igual que en el párrafo 3.

El párrafo 5 alude a otro tema de vital importancia de la Convención y es a la responsabilidad del explotador, sosteniendo que siempre será este el único responsable de los daños nucleares. Ya habíamos expresado que en este caso la responsabilidad es netamente objetiva y está basada en el riesgo creado, con lo cual si existe daño nuclear el responsable, prima facie, es el explotador de la Instalación Nuclear. Sin embargo, esta disposición no afectará los acuerdos internacionales sobre transporte de sustancias nucleares que establezcan otro tipo de responsabilidad u otra forma de atribución de la misma, ya sea que se encuentren vigentes o no a la fecha de la firma de la Convención.

El apartado 6 aclara que nadie será responsable de pérdidas o daños no nucleares, aún en el caso en que, en principio, hubieran podido ser determinados como daños nucleares. Al tratar la Convención específicamente el daño nuclear, al que también define, deja librado a la actividad judicial la determinación de las responsabilidades no nucleares.

Por su parte, el apartado 7 establece que sólo se podrá entablar una acción directa contra la persona que haya dado la garantía financiera necesaria al explotador, requerida para habilitarlo a realizar la actividad nuclear, si así lo permite la legislación del Estado del Tribunal Competente.

Por su parte el artículo 4, de la Convención originaria de 1963, que sostiene uno de los pilares jurídicos del sistema de responsabilidad por daño nuclear, también fue modificado por su Protocolo de Enmienda, surgiendo de dicho cambio el siguiente texto: 1. La responsabilidad del explotador por daños nucleares con arreglo a la presente Convención será objetiva.

2. Si el explotador prueba que la persona que sufrió los daños nucleares los produjo o contribuyó a ellos por negligencia grave o por acción u omisión dolosa, el tribunal competente podrá, si así lo dispone su propia legislación, exonerar total o parcialmente al explotador de su obligación de abonar una indemnización por los daños sufridos por dicha persona.

3. Con arreglo a la presente Convención no engendrarán responsabilidad alguna para el explotador los daños nucleares que, según él demuestre, se deban directamente a conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección.

4. Cuando los daños nucleares y otros daños que no sean nucleares hayan sido originados por un accidente nuclear, o conjuntamente por un accidente nuclear y otra u otras causas diversas, se considerará, a los efectos de la presente Convención, que los daños no nucleares, en la medida en que no puedan diferenciarse con certeza de los daños nucleares, son daños nucleares originados por el accidente nuclear. Sin embargo, cuando los daños nucleares hayan sido causados conjuntamente por un accidente nuclear cubierto por la presente Convención y por una emisión de radiaciones ionizantes que no esté cubierta por ella, ninguna cláusula de la presente Convención limitará ni modificará la responsabilidad que, sea respecto de cualquier persona que haya sufrido los daños nucleares, sea como consecuencia de la interposición de un recurso o de una demanda de repetición, recaiga en las personas a quienes incumba la responsabilidad por esa emisión de radiaciones ionizantes.

5. El explotador no será responsable con arreglo a la presente Convención por los daños nucleares causados:

a) a la instalación nuclear propiamente dicha y a cualquier otra instalación nuclear, incluida una instalación nuclear en construcción en el emplazamiento en que esa instalación esté situada;

b) a los bienes situados en el mismo emplazamiento que se utilicen o se vayan a utilizar en relación con cualquiera de dichas instalaciones.

6. La indemnización por daños causados al medio de transporte en el que al producirse el incidente nuclear se hallasen los materiales nucleares que hubiesen intervenido en él no tendrá por efecto reducir la responsabilidad del explotador respecto de otros daños a una cuantía inferior a 150 millones de DEG, o cualquier cuantía superior establecida por la legislación de una Parte Contratante o una cuantía determinada con arreglo al apartado c) del párrafo 1 del artículo V.

7. Ninguna de las disposiciones de la presente Convención afectará a la responsabilidad de una persona física que por acto u omisión dolosa haya causado un daño nuclear que de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 3 ó 5 del presente artículo no impone responsabilidad alguna al explotador con arreglo a la presente Convención.

En relación a lo ordenado en este artículo de la Convención de Viena y su modificación ya adelantemos algunos aspectos, pero es ahora el momento de desarrollarlos con mayor precisión. Tal como se manifiesta, la Convención adopta la forma de responsabilidad objetiva basada en el riesgo creado al desarrollar la actividad nuclear para obtener un lucro y como tal es al operador de la instalación nuclear a quien corresponde probar que el hecho que origina el daño no le es imputable, como única forma de evadir la responsabilidad. Las víctimas del daño nuclear sólo deberán probar la relación de causalidad que los une con los hechos. Es por todo esto que el inciso 2 comienza diciendo "Si el explotador prueba..." haciendo referencia a quien sufrió los daños nucleares los produjo o contribuyó a ellos por negligencia grave o por acción u omisión dolosa. En este supuesto el tribunal del Estado de la instalación podría liberar al operador de indemnizar total o parcialmente los daños sufridos por la víctima. Aun así la actividad es tan sensible que la negligencia grave, acción u omisión dolosa de un tercero, seguramente esta fundada en una negligencia o impericia del propio operador que por alguna circunstancia en particular disminuyo la esfera de protección que su actividad lo obliga a tener sobre todo el material sensible. Esta situación es la valorada por la Convención cuando no determina la eximición total del explotador para esta hipótesis y deja abierta la posibilidad de que la eximición sea parcial.

El apartado 3, en cambio, lo exime completamente de la responsabilidad de los daños nucleares que se originen, siempre que "...el demuestre..." se deban directamente a conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección. En este caso, observamos que se respeta celosamente la inversión de la carga de la prueba producto de la responsabilidad objetiva, aun en supuestos que naturalmente son de público conocimiento. La exageración de "demostrar" que pesa sobre el explotador está basada en el requerimiento de la explicación de que la misma esfera de seguridad que tratábamos en el punto anterior, y que debe cubrir la actividad y materiales, se mantenía intacta y conforme a las regulaciones internacionales y locales y que sólo por las causas mencionadas el daño llegó a producirse.

Para lo establecido en el apartado 4, el explotador es siempre responsable de los daños nucleares y también de los no nucleares causados por un accidente nuclear o por un accidente nuclear y otra circunstancia distinta, pero colateral o sucesiva, cuando no sea posible determinar o separar los efectos de los siniestros. En este supuesto todo se tomaría como daño nuclear, sin importar su distinta génesis. Sin perjuicio de ello, cuando se trate de daños nucleares producidos conjuntamente por un accidente nuclear cubierto por la Convención y por una emisión de radiaciones ionizantes, contemporánea, pero de distinto origen y no cubiertos por la Convención, esta no limitará la responsabilidad del productor de la segunda cuando hacia él se interponga un recurso o una demanda de repetición a efectos de que indemnice los daños ocasionados.

El apartado 5 hace referencia también a supuestos de eximición de la responsabilidad cuando los daños se produzcan sobre bienes donde se desarrolla la actividad nuclear o bienes ubicados dentro de los límites de su emplazamiento, aún aquellos en construcción. El inciso b agrega a todos aquellos bienes accesorios que fueran a utilizarse o se utilicen en las instalaciones, siempre que se encuentren en el perímetro de la instalación afectada. En el caso de que la titularidad de alguno de los bienes

correspondientes a este apartado no pertenezca al explotador de la instalación, su propietario deberá recurrir al derecho común para lograr el resarcimiento.

Por otro lado el apartado 6 hace expresa referencia al incidente ocurrido en el medio de transporte de las sustancias nucleares productoras del hecho sosteniendo que su indemnización no tendrá por efecto limitar la responsabilidad respecto de otros daños no producidos en el transporte, pero sí originados por la misma causa.

Ninguna de las disposiciones de la presente Convención, reza el apartado 7, afectará a la responsabilidad de una persona física que por acto u omisión dolosa haya causado un daño nuclear que de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 3 ó 5 del presente artículo no impone responsabilidad alguna al explotador con arreglo a la presente Convención. Tal como se establece, cuando el explotador es eximido de la responsabilidad la reparación del daño debe ser asumida por quien lo produjo, pero al no tratarse del explotador de la instalación nuclear, la Convención de Viena deja de tener efectos para pasar a regir el derecho común de Estado de la Instalación.

Bibliografía

COMISION NACIONAL DE ENERGIA ATOMICA. El núcleo atómico: sus transformaciones. Buenos Aires: CNEA, 1979a

La energía nuclear en la República Argentina. Buenos Aires: CNEA, 1979b.

La realidad sobre la radiación en dosis bajas. Buenos Aires: CNEA, 1980.

MARTINEZ FAVINI, Jorge. Madurez del derecho nuclear. Buenos Aires: CNEA, 1986.

NUCLEOELECTRICA ARGENTINA SOCIEDAD ANONIMA. 18 Respuestas sobre las centrales nucleares. Buenos Aires: NASA, 2004.

Obras de referencia consultadas

Gran Enciclopedia Universal Espasa Calpe. Buenos Aires: Planeta, 2005, t. 32.

Gran Espasa Diccionario Enciclopédico. Madrid: Espasa Calpe, 1997. ♦

La batalla del petróleo se perdió

POR ROBERTO CADENAS ARTURI (*)

“La historia del petróleo es la historia del imperialismo económico. Es una historia negra, manchada de sangre, donde triunfa la astucia, la mentira, la venalidad y la traición.”

(Adolfo Silenzi de Stagni, 1963)

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo analizar ciertos aspectos de la privatización de YPF realizada a partir la década de los 90 con la apertura de nuestro país a políticas económicas de corte neoliberal. Sabido es que la privatización y posterior venta de YPF constituye uno de los casos de corrupción paradigmáticos de la década menemista, cuyas consecuencias hacen y harán eco en la vida de todos los argentinos. Para lograr el fin indicado creo necesario hacer una síntesis del desarrollo tanto histórico como jurídico del sector petrolero y de la época en que se propició dicha transformación para generar entendimiento acerca del vaciamiento del cual estuvimos y estamos siendo víctimas.

Palabras claves: Políticas neoliberales – Privatización – Convertibilidad - Legislación del sector petrolero

The battle of oil was lost

Abstract

The present work aims to analyze some aspects of the YPF privatization which took place in the 1990's, with the opening of our country to neo-liberal economic policies. It is known that the privatization, and later sale of YPF, is one of the cases of paradigmatic corruption of the Menem's decade, which consequences affect the lives of all the Argentinean people. In order to reach this aim I think it is necessary to synthesize the historic and legal development of the oil sector and the time when this transformation was led to generate understanding about the emptying we were and are being victims of.

Keywords: Neo-liberal policies- Privatization – Convertibility – Oil sector legislation

I) Acercamiento al concepto de “política energética”

Los estados modernos pueden ser, a muy grandes rasgos, de tres clases de acuerdo a su organización económica. Pueden ser intervencionistas, en donde el gobierno planifica su economía e interviene para ello a través de empresas estatales; pueden ser liberales o no intervencionistas, donde el estado deja a libre iniciativa privada la actividad empresarial; o por fin, pueden ser mixtos, mezclando los dos conceptos. A comienzos de la década del 90, la Argentina decidió ser un moderno estado capitalista con una política económica de corte liberal y por consiguiente debió emprender una intensa etapa de privatización dejando el estado su papel de empresario, planificador y promotor del desarrollo a través de las acciones de las empresas públicas.

Pero todos los estados serios, incluyendo los capitalistas, tienen definido lo que se denomina el “interés nacional”. Esto no es otra cosa que lo que es vital para una nación; son cuestiones sin las cuales el país no podría subsistir y que por consiguiente deberían ser tratadas por políticas que trascienden los gobiernos y las banderas políticas a las que está sujeta un país. Si bien hay una larga lista, que varía de acuerdo al país del que se trate se puede dar como ejemplo del interés nacional, la seguridad, la salud, la educación, la alimentación del pueblo, etc. Pero en la actualidad no existe ningún país que no incluya en su lista de intereses nacionales, a la política energética.

Ya sea por iniciativa privada o por intervención estatal, la economía de un país necesita energía, en cualquiera de sus formas, para subsistir y crecer. Sin embargo, la argentina tomó la decisión de llevar

(*) Jefe de Trabajos Prácticos Ordinario de Derecho de Minería. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

a cabo la privatización de la única empresa estatal petrolera sin tener definido para que, o para quien, es decir, sin tener una política energética.

Una política energética es establecer cómo va a crecer un país a partir de los recursos con que cuenta. Si no tiene ninguno, será un país importador de energía (gas, petróleo, electricidad), con lo que su costo de producción será más alto y deberá buscar la reducción de los costos en algún otro eslabón de la cadena productiva (eximiendo de algunos impuestos, por ejemplo). Pero si es productor de energía, sus planteos serán sobre cómo conservarlos, cómo hacerlos más eficientes, más accesibles, etc. Si dentro de seis años se agota el petróleo en la Argentina, como lo suponen los estudios más optimistas al respecto, tendremos que plantearnos cómo ser más competitivos importando crudo, si es que queda alguna empresa que lo demande. O, tratando de prevenir ese lamentable suceso, podemos plantearnos hoy que, en lugar de seguir exportando todo el petróleo que queda, hay que asegurar el abastecimiento interno para nosotros y para nuestros hijos.

II) Participación de YPF en la producción de crudo antes de la privatización

YPF SE era la única empresa del país que abarcaba la casi totalidad de los eslabones del circuito productivo del petróleo, lo que la convertía también en la única empresa integrada verticalmente.

En 1989, el 90% de las reservas habían sido descubiertas por YPF, la que extraía por Administración el 62% del crudo, procesaba el 69% del mismo y participaba con el 64% de las ventas totales de derivados. Desde la década del '60 YPF SE monopolizaba por administración directa alrededor del 70% de la producción de petróleo y cerca de un 30% mediante celebración de contratos con el sector privado, lo que sugiere que la empresa estatal participaba directamente o por acuerdos contractuales con el sector privado nacional o internacional en el 100% de la producción de crudo de Argentina. A partir de las reformas estructurales iniciadas en 1989, que dio por consiguiente una evolución favorable a los contratistas, la empresa fue perdiendo territorio frente a otras empresas privadas. En el cuadro número 1 (ver anexo de gráficos) se presenta de manera detallada la participación de Y.P.F en la producción de crudo desde 1959 a 1990.

III) Dictadura, neoliberalismo, petróleo y endeudamiento

A fines de abordar las principales medidas en política petrolera en Argentina durante la década de los 90', resulta adecuado el planteo realizado por Germ, Palazzo y Tolosa (2007).

La periodización histórica que proponen estas autoras para abordar los orígenes políticos, históricos y económicos se remonta a la dictadura militar de 1976, como primera expresión sistematizada de las políticas neoliberales que serán profundizadas en la década de los 90'.

Es necesario hacer notar que si bien la política neoliberal se empieza a aplicar con fuerza a partir del último gobierno militar, los intentos de aplicación de políticas de racionalización económica surgen sin tanta fuerza a partir del régimen encabezado por Onganía. (1966-1970)

El proceso efectivo de privatización de YPF no comienza con las leyes del menemismo, ni con la transformación de YPF en Sociedad Anónima, en realidad tiene su origen en la Dictadura Militar de 1976 y en la irrupción del modelo neoliberal que impera en la Argentina hasta la actualidad.

Fue justamente el gobierno anticonstitucional liderado por Videla, Galtieri y Bignone quien forzó el endeudamiento catastrófico en el que se hundió el país y al que la petrolera estatal no estuvo ajena. La cuantiosa deuda en que dejaron sumida a YPF es uno de los casos más paradigmáticos de todo el proceso dictatorial y una de las causas (sumada a la nefasta política menemista) por las que Y.P.F se privatizó.

El gobierno dictatorial, encabezado económicamente por José Alfredo Martínez de Hoz, fue el encargado de llevar adelante el plan neoliberal de endeudamiento externo y destrucción del aparato productivo lo que posibilitó que se abriera el camino para el desarrollo de la economía especulativa. Dicho proceso se desarrolló simultáneamente en toda América Latina y estuvo impulsado esencial-

mente por los organismos de créditos internacionales (FMI, Banco Mundial, BID, etc.), con el auspicio de los Estados Unidos.

Las principales críticas al modelo anterior a la década de las privatizaciones, se inspiraron en un enfoque neoliberal, según el cual las fuerzas del mercado se hallaban básicamente sustituidas por un conjunto de instituciones públicas, que en su accionar ocasionaban importantes pérdidas sociales no sostenibles en el tiempo.

Este enfoque claramente confunde al estado con una empresa, que de acuerdo al enfoque de esta ideología debiera ser una generadora de ganancias. Pero no tiene en cuenta que un estado no es una empresa, su fin último no es el lucro sino el bienestar de su pueblo.

IV) El gobierno radical y el petróleo: Período 1985-1988

El gobierno radical de Raúl Alfonsín, instrumentó una serie de cambios en el sector petrolero que apuntaron a la preparación del terreno para lograr la desregulación y privatización. El retiro anticipado del gobierno radical, dejó en "suspense" dichos propósitos.

La primera política dirigida hacia el sector se produjo en 1985 con el denominado **Plan Houston I**. "A través del **Decreto presidencial 1.443/85** se creó dicho plan el cual ofertó 165 áreas para la exploración y la explotación. Esta propuesta fue presentada como una de las fórmulas de la administración alfonsinista para fundamentalmente ensanchar las reservas petroleras de la Nación a través del incremento de la tarea exploratoria". (Germ, Palazzo y Tolosa; 2007:6)

Hay que tener en cuenta que previo a los planes Houston I y II (este último instrumentado en el año 1987), las contrataciones con el sector privado en el ámbito de la extracción de los hidrocarburos se regían por las leyes 21.778/78 de contratos de riesgo y la ley 17.319. Los contratos generados a partir de estas leyes, no tenían las condiciones favorables a los contratistas que surgían de los planes Houston, por lo cual ante la caída de las reservas, se implementaron esos planes a fin de tentar al sector privado para actuar junto al estado para parar la caída de las reservas.

El **Plan Houston I** (1) estaba dividido en tres etapas: la **primera** estipulaba un período prospectivo de tres años para la realización de pozos exploratorios; la **segunda** que se extendía por cuatro años y estaba dividido en dos subetapas una de exploración y la segunda en donde las empresas privadas tenían un plazo de un año para estudiar las factibilidades de comercialización de las zonas exploradas, la **tercera** habilitaba a aquellas empresas que decidieran explotar las áreas en cuestión a hacerlo por el lapso de 20 años mientras los cuales sería YPF quien se encargaría de abonar las regalías petroleras correspondientes.

En la segunda etapa, si se encuentran hidrocarburos y si la explotación del pozo era económicamente viable, la contratista debía proponer una declaración de comerciabilidad del yacimiento ante la Secretaría de Energía dependiente del M.O.S.P, en este momento YPF podía ejercer la opción de asociarse, adquiriendo la forma de Unión Transitoria de Empresa.

El petróleo extraído por la contratista debía ser entregado a YPF y a cambio la contratista recibía de YPF un porcentaje del precio internacional pagadero en la moneda del país de origen. A su vez YPF tenía la opción de pagar en crudo o derivados.

A raíz del parcial fracaso del plan Houston I, por el Decreto 623/87 se crea el **Plan Houston II**, el cual vino a complementar y ampliar el Plan Houston I, otorgando mejores condiciones para los contratistas a fin de incrementar la participación privada en la etapa de exploración (etapa más costosa de la extracción de hidrocarburos).

(1) El Plan Houston I lleva el nombre de la ciudad desde donde sería anunciado por Raúl Alfonsín durante su visita a los Estados Unidos. A lo largo de su estadía polemizaría fuertemente con el entonces presidente Ronald Reagan sobre asuntos referentes a la política energética

Este plan mejora ciertas cuestiones del Plan Houston I a favor de los contratistas, por ejemplo, se amplía el plazo de exploración a 25 años, y se da a YPF la posibilidad de asociarse con los privados en las etapas de prospección y exploración.

Estos planes se dan por finalizados en el año 1991 por la resolución 38/91.

Es necesario mencionar que en el año 1983 existían en el país 390 millones de metros cúbicos de reservas de petróleo y para el año 1988 esa cifra cayó a 362 millones, lo que habla a las claras del fracaso del **Plan Houston I y II**. En lo que respecta a las inversiones, de los 61 contratos efectuados en el marco de dicho plan y a lo largo de cuatro años se produjeron inversiones del orden de los 232 millones de dólares mientras que YPF invirtió un promedio de 100 millones de dólares por año.

Los motivos de esta frustración están estrechamente ligados a la actitud adoptada por los empresarios privados, tanto nacionales como multinacionales, quienes prefirieron evitar las inversiones de riesgo que el gobierno de turno pretendía conseguir a partir de estos Planes.

Asimismo la política implementada desde la Secretaría de Obras y Servicios Públicos determinó que YPF disminuyera sus esfuerzos exploratorios y fue por eso que la cantidad de pozos perforados se redujo considerablemente.

Posteriormente, entre 1987 y 1988 y a través del **Decreto 1.758/87, la Resolución 631/87, 39/88 y 50/88**, fue instrumentado el llamado **Plan Huergo** que pretendió hacer aumentar la producción de petróleo entre las empresas privadas que operaban en el país.

Al mismo tiempo, y comenzando a develar los objetivos desregulatorios y a la vez privatistas, se puso en marcha el **Plan Comodoro Rivadavia** (1987) que tenía como su objetivo fortalecer las tareas de exploración en las áreas donde operaba la estatal YPF, especialmente porque como se ha visto anteriormente caían las reservas y los pozos exploratorios.

Los **Decretos 1.812/87 y 623/87** establecieron, también en 1987, la creación del **Plan Olivos I** con el cual los sectores privados consiguieron que la presión ejercida sobre el Estado diera como resultado que se fijaran precios para la producción básica equivalentes a los ya existentes en cada contrato y para los excedentes del 80% del precio internacional del petróleo.

El fin del plan Olivos era revertir la caída de la producción que se dio a mediados del año 1987, así se tomaron una serie de medidas aplicables a los contratos vigentes a fin de estimular la inversión privada.

El **Decreto 623/87** faculta a Y.P.F y a la Secretaría de Energía en su carácter de autoridad de aplicación a acceder a las áreas objeto de contratos para realizar inspecciones y fiscalizaciones, a exigir al contratista que compre la totalidad de la producción del yacimiento pagando el precio correspondiente si la calidad del crudo no resulta conveniente para su procesamiento en el país y a suspender los efectos de la declaración de comercialidad por un plazo no mayor a 10 años, en caso de descubrir yacimientos gasíferos.

En marzo de 1988 la administración radical que encabezaba Terragno en el área de los servicios públicos incorporará al marco regulatorio del petróleo el **Plan Olivos II o Petroplan**.

El **Plan Olivos II** poseía tres ejes centrales:

1. El primero propiciaba la renegociación de los contratos en las áreas marginales o de Interés Secundario (que son las que han permanecido 5 o más años inactivas y las que han tenido bajo nivel de productividad), en ellas YPF S.E. llamaba a concurso público internacional para su exploración y explotación. Estas zonas se otorgaban a las empresas que ofrecieran las sumas mayores en concepto de derechos de explotación, el pago de la misma debía hacerse de contado y de manera anticipada, y los hidrocarburos extraídos en esta modalidad serían de libre disponibilidad para los contratistas del sector privado nacional e internacional. Esta parte del plan importaba la entrega de 247 yacimientos. La explotación en este caso se daba por la figura de las Uniones Transitorias de Empresas (UTE) de donde YPF extraía el 12% de la producción total. De este trato YPF obtenía un beneficio garantido del 18%.

2. El segundo era el de las áreas centrales por medio de la figura del *joint venture*, se permitiría que el sector privado se asociara a YPF hasta en un 49% para explotar las 13 áreas centrales del país debiendo aportar inversiones de riesgo y tecnología. De este trato las empresas privadas obtendrían petróleo de libre disponibilidad en el porcentaje en que se habían asociado.

3. el tercer eje propiciaba la desregulación de todo el sector petrolero.

La transformación económica que se planteaba a partir de los distintos planes referentes al sector hidrocarburífero, solo podía ser lograda mediante el ofrecimiento de claros derechos y garantías suficientes, por no decir excesivas, para atraer a potenciales inversores. En ese momento, el marco regulatorio vigente en materia hidrocarburífero constituía una grave limitación en la consecución de los nuevos objetivos propuestos. Resultaba necesario delinear una nueva política en materia de hidrocarburos capaz de transformar la férrea regulación de los mercados, así surgen los **Decretos del PEN 1055/89, 1212/89, 1589/89 y 1216/90**, denominados conjuntamente “**Decretos Desregulatorios**”.

Básicamente, lo que estos Decretos hacen es reconocer ciertos derechos que funcionaban como garantías que el gobierno nacional brindaba a potenciales inversores para que estos desarrollen la subexplotada industria hidrocarburífera. Estas garantías se traducen mediante una amplia desregulación de todo el mercado, tanto el *downstream* como el *upstream* (2) (Germ, Palazzo y Tolosa; 2007)

Entre las medidas más importantes que se toman se encuentra la libre disponibilidad de los hidrocarburos extraído, la liberalización del precio en boca de pozo, esto último significa que los precios quedaban librados a las fuerzas del mercado desde el momento en que eran extraídos, se eliminaron expresamente derechos, aranceles o retenciones presentes o futuras para la exportación e importación de hidrocarburos líquidos o gaseosos, la libre instalación de refinerías y se elimina la **Mesa de Crudos** mediante la cual se distribuía la producción de acuerdo a una cuota preestablecida para abastecer las refinerías donde preveía ampliamente YPF sobre el resto de los competidores y el cual servía de corredor de precios impuesto desde el gobierno. En el anexo de gráficos se presenta el cuadro número 2 a modo de síntesis de los mencionados decretos.

La desregulación se completó mediante una serie de normativa que si bien son de menor jerarquía, contribuyeron a configurar un mercado sustancialmente distinto al vigente en las décadas anteriores.

Así se puede hablar de Decreto 2733/90 (28/12/90), mediante el cual se modificaron los impuestos a los combustibles, estableciendo un importe de suma fija para cada tipo de derivado del petróleo o del Decreto 44/91 (07/01/91), que reglamentó el transporte de hidrocarburos (marco regulatorio de oleoductos y poliductos). Mediante esta norma se establece que el transporte de hidrocarburos líquidos será efectuado como servicio público, asegurando el acceso abierto y libre, sin discriminación, por la misma tarifa en igualdad de circunstancias. Este decreto tiende a nivelar las tarifas de transporte por ductos con los valores internacionales.

V) El principio del fin

“El petróleo es la mercancía que más estima a los hombres públicos. Aunque no resulte evidente, por que estos negocios se manejan en la trastienda, la entrega de esta riqueza es el principal elemento de perturbación moral, de descreimiento y falta de fe en las instituciones y los gobernantes, acelerando de este modo el proceso de descomposición nacional.” (Adolfo Silenzi de Stagni, 1963)

A partir de la salida anticipada del radicalismo y la llegada de Carlos Saúl Menem al gobierno, el proceso de desregulación y privatización tuvo una profundización ya conocida, aunque no obstante es importante recordar cada uno de los pasos que dio el menemismo para irse desprendiendo de la petrolera estatal hasta convertirla en una Sociedad Anónima que luego sería vendida definitivamente a capitales multinacionales.

Un factor clave para explicar esta exitosa transformación que tuvo y tiene resultados catastróficos en la economía argentina, es el hecho de que el partido político que encabezó la reforma contó con el apoyo de gran parte de la dirigencia sindicalista logrando establecer un virtual dominio sobre la mayor parte del aparato sindical vinculado al área de las empresas públicas.

(2) Las nociones de upstream y downstream refieren a la división de las etapas de la producción de petróleo.

Con respecto a las reformas introducidas en el sector energético el esquema implementado se propuso poner fin al monopolio estatal en la prestación de servicios e implementar un sistema de mayor competencia en los mercados a fin de lograr una mayor eficiencia y proveer de más y mejores servicios a los usuarios, cosa que nunca sucedió.

Las normativas más importantes que se encontraban vigentes a finales de 1989 eran la **Ley de Hidrocarburos (17.369/67)**, la **Ley de Contratos de Riesgo (21.778/78)**, **Planes Houston (Decreto 1.443/85 y Resolución 623/87)** y los **Planes Olivos I y II**.

Al inicio de la administración menemista las reservas nacionales de petróleo se habían reducido a 345 millones de metros cúbicos lo que significaba un horizonte de 13 años; sosteniendo YPF la actividad exploratoria.

En el momento de la privatización, la urgencia que se observó en el proceso se puede comprender desde dos perspectivas. Desde el punto de vista **político**, la necesidad de ganar credibilidad ante el mundo de las finanzas, tanto local como internacional. Desde la perspectiva **económica**, las privatizaciones constituían el único instrumento disponible para evitar que se repitiera la experiencia hiperinflacionaria, si los activos públicos se intercambiaban por dólares en efectivo, el poder público se hacía de liquidez para cerrar transitoriamente las brechas interna y externa, si los activos se intercambiaban por papeles de la deuda pública interna o externa se lograba algún saneamiento patrimonial del estado y una mejor posición para negociar un arreglo con los acreedores externos.

Para comprender a fondo lo sucedido en el sector petrolero hay que tomar en cuenta una serie de normativas que no están estrechamente dictadas para el mercado en cuestión pero que modificaron el tablero petrolero. En ese sentido fueron de vital importancia la **Ley de Reforma del Estado (23.696/89)**, que habilitó las privatizaciones y la realización de sociedades mixtas en las áreas petroleras centrales; y la **Ley de Emergencia Económica (23.697/89)**. Esta última determinó la suspensión de los subsidios, la desafectación de los Fondos Energéticos, la fijación de precios y las variables en el pago de regalías petroleras. En referencia a este tema puntual estableció que las regalías serían abonadas en base al Valor de Boca de Pozo (VBP), que el mismo no sería menor al 80% del valor internacional del petróleo y que ese canon —que era del 12%— podía reducirse hasta el 8% del total producido.

En lo que respecta a las normativas específicamente vinculadas al sector petrolero hay que mencionar las que se dictaron entre octubre y diciembre de 1989. La transformación de YPF en Sociedad Anónima fue plasmada en la realidad por el **Decreto 2.778/90**.

Enarbolando las banderas de la “eficiencia” y la “competitividad”, se llevó a cabo la venta de todo aquello que no fuera considerado estratégico para el país. Dicha normativa fijó las características del estatuto de la futura SA, donde originalmente un 51% de las acciones quedaría en manos del Estado, un 39% en manos del personal, con la obligación de venderle a los Estados Provinciales el 50%, y un 10% al sector privado, aunque esto sufrió grandes modificaciones con los posteriores tratamientos legislativos.

Además se valuó en 1.170 millones de dólares el capital social de YPF, aunque la consultora Mc Kinsey había determinado dicho valor en 3.000 o 4.000 millones de dólares. Fuentes confiables habían calculado que el valor total de los activos de YPF podía ser estimado en 20.000 millones de dólares, lo que habla a las claras de que el objetivo fundamental de esta etapa fue achicar y malvender YPF.

Otra herramienta fundamental en la convocatoria de capital privado lo constituye el **Decreto P.E.N 2411/91**, llamado decreto de reconversión, el cual invitó a los productores privados que se encontraban vinculados a Y.P.F mediante contratos de servicios a transformar tales contratos en permisos de exploración o concesiones de explotación bajo los términos de la ley de hidrocarburos. En el decreto de reconversión, se reiteraron las garantías reconocidas en los decretos desregulatorios.

Entre los elementos destacados al final del análisis de los planes petroleros implementados por los distintos gobiernos hay que mencionar al llamado **Plan Argentina (Decreto 38/91)** que dio por finalizado el Plan Houston y estableció nuevas pautas de libre disponibilidad de crudo, tanto fue así que YPF no podía cobrarles a las operadoras ningún tipo de canon ni tampoco pretender asociarse con las privadas. A partir de este plan, la Argentina reconoció la necesidad de incrementar los niveles de reservas de hidrocarburos y fijó los términos y condiciones que definirían el llamado a concurso público internacional

para seleccionar aquellas empresas que resultarían adjudicatarias de permisos de exploración y eventual explotación de hidrocarburos en el marco de la ley 17.319. Este plan también se hizo eco de las garantías consagradas en los decretos desregulatorios y, así, reforzó la vigencia de tales garantías. Vale decir que las garantías y derechos reconocidos en los decretos desregulatorios, y ratificados en el decreto de reconversión y el plan Argentina, fueron incorporados a los contratos y concesiones de explotación adjudicados en el marco de la ley de hidrocarburos. Un claro ejemplo de esto último constituye el decreto PEN 214/94 a través del cual se aprobó la reconversión del contrato de servicio con Y.P.F S.E para la explotación del área Cuenca Austral 17. Este plan fue anunciado por Menem el 13° Congreso Mundial de Petróleo que se realizó en Buenos Aires en 1991, básicamente por este plan se entregaron 140 áreas de exploración cubriendo 1.400 mil Km² en todo el país, 840 mil Km² en continente y 560 mil Km² en mar. Esta vez YPF no participaba como socio de los consorcios explotadores. Si las empresas encontraban crudo obtenían de inmediato una concesión por 25 años para explotar el área. Toda la producción que lograban sería de libre disponibilidad, lo cual significaba que podían exportarla o comercializarla en el mercado interno. Recién en esta etapa el estado podía cobrar las regalías que correspondían al 12% de la producción obtenida, es decir que no estaba establecido el pago de un canon por estimación de ganancia.

Adosada a este plan, el gobierno menemista dictó el **Decreto 2.178/91** con el cual se argumentó que se buscaría incrementar las reservas porque la consultora estadounidense Gaffney, Clines & Asociados informó que sólo quedaba petróleo para 9 años, aunque existen muchísimas dudas sobre el informe efectuado por la consultora contratada específicamente por el gobierno de Menem para luego privatizar YPF. A simple vista se puede afirmar que en la Cuenca del Golfo San Jorge se relevó entre un 20 y un 45% menos de reservas que las medidas por YPF tan sólo un año antes.

Retomando el decreto 38/91 citado anteriormente, es preciso señalar que el Estado sacó a licitación el 66% de las superficies de las cuencas (140 áreas) lo que sumado al 28% de las áreas que habían sido entregadas durante la vigencia del Plan Houston le dejó en manos de YPF sólo el 6% del total.

Otro dato interesante es que entre 1991 y 1992, unos 25 decretos y resoluciones entregaron la totalidad de las áreas marginales y centrales por el lapso de 25 años, lo que generó beneficios adicionales considerables a las empresas privadas.

La privatización de YPF desde el punto de vista formal comenzó junto con el proceso de reformas que el gobierno de Carlos Menem llevó adelante durante su gestión de diez años entre 1989 y 1999. A partir de la **Ley de Emergencia Económica N° 23.697/89**, y la **Ley de Reforma del Estado N° 23.696 y sus Decretos Reglamentarios**, esta normativa de corte neoliberal fue la que posibilitó la destrucción total de la empresa pública. Entre estas leyes y decretos se encuentra el Decreto N° 2.778 del año 1990 (3) del Poder Ejecutivo Nacional, el cual transformó a “**Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado**” en “**YPF Sociedad Anónima**”, pasando a dominio privado todos los activos cuya explotación o su operación implique grandes inversiones y riesgo (el 49% de YPF S.A.) y manteniendo en cabeza del estado los activos productivos que empresarialmente son estratégicos y económicamente viables (el 51% del paquete accionario de Y.P.F S.A). También por el citado decreto, el Estado Nacional asumiría la deuda que existiera al 31 de diciembre de 1990.

Los argumentos que se dieron en ese momento eran los mismos que se daban para la privatización de cualquier empresa estatal: la mayor eficiencia en la producción (o explotación), de la actividad traerá más eficacia y por ende mayor calidad del producto a menor precio. Además, las privatizaciones mejorarían la situación social ya que al producir más disminuiría el desempleo (4). Pero en realidad, en aquella oportunidad, lo único que se buscaba eran beneficios a corto plazo, ya que la venta inicial se hizo por sólo 2.000 millones de dólares, destinados a cubrir rojos en los intereses de la deuda pública evitando así conflictos entre los grupos económicos internos y los acreedores externos, situación que se hacía necesario solucionar para poder consolidar la viabilidad del plan de convertibilidad puesto en marcha en abril de 1991.

(3) Algunas de las características relevantes de dicho decreto ya fueron señaladas anteriormente.

(4) Dicha argumentación surge de la exposición de motivos del decreto N° 2778.

La privatización de la industria petrolera argentina se realizó primero mediante una reestructuración de Y.P.F y luego se completó con su total privatización.

Estas transformaciones se basaron en un radical cambio acerca de la concepción del sector petrolero. Desde el punto de vista del gobierno menemista el valor de los hidrocarburos dejaba de estar dado por su valor estratégico, y por lo tanto perdían sentido todas las concepciones conservacionistas que se habían ido desarrollando con la empresa estatal. En conclusión, el petróleo pasa de tener un valor estratégico, económico, a tener un valor sujeto a la variabilidad del mercado.

Para lograr esto era necesario privatizar para descentralizar la actividad (5), desregular el mercado para fomentar competencia, poner fin a los contratos convirtiéndolos en concesiones o asociaciones y asegurar la libre disponibilidad del crudo, lo cual se logró poniendo fin a la mesa de crudos y al sistema de administración centralizada.

El Poder Ejecutivo dictó en octubre de 1992 la **Ley Nº 24.145/92** de federalización de los hidrocarburos y de privatización definitiva de la petrolera estatal.

Por esta ley se privatizó el resto del capital social disponible (51 % en cabeza del estado) de YPF S.A.; y se transfirió a las provincias el dominio público de los yacimientos de los hidrocarburos. Todas las áreas concesionadas pasaron a manos de las provincias, las que solamente podrán disponer de las mismas a partir del año 2017 (basándose esta decisión en la doctrina de los derechos adquiridos), quedándoles a los gobiernos provinciales para su administración concreta tan sólo el 0,2% de las áreas productivas del país. Específicamente en Chubut fueron 3 las áreas marginales otorgadas al Ejecutivo provincial. La *provincialización de los hidrocarburos* líquidos realizada por la ley Nº 24.145/92 dos años antes que lo hiciera la Constitución reformada, originó un grave inconveniente a los gobiernos provinciales, ya que tenían el recurso pero no podían explotarlo porque no tenían una empresa estatal para lograrlo. Además, el sector de hidrocarburos está regulado por la ley 17.319, que data de 1967, y que establece, entre otras cosas, que el recurso hidrocarburífero es de dominio nacional.

De esta manera, queda gravemente afectado el ordenamiento jurídico, puesto que mientras la Constitución reformada de 1994 otorga el dominio de los recursos a las provincias, al igual que la mencionada 24.145/92, la ley que está vigente (17.319/67), consagra el dominio nacional y, mientras que la gestión que se plantea por medio de las leyes 23.696/90 y 24.145/92 es la de iniciativa privada, en la 17.319/67 se mantiene la gestión estatal. Esta verdadera maraña legislativa no logra ningún objetivo, ni atraer inversiones al sector, ni alentar la opinión pública respecto de la situación.

La Ley además estableció que debía venderse no menos del 50% de las 353 millones de acciones de YPF S.A., que quedaron divididas en 4 tipos:

Acciones clase A: Pertenecientes al Estado Nacional, 51% del total del capital

Acciones clase B: A ser adquiridas por las provincias, hasta el 39% del stock total.

Acciones de clase C: Correspondientes al personal en el marco de PPP.

Acciones clase D: Vendidas a privados.

Por el lado de las empresas, el proceso de privatización continuó en 1993, cuando fondos mutuales de los Estados Unidos compraron acciones que habían sido colocadas en las Bolsas de Comercio de Nueva York y Buenos Aires. En esta ocasión, el paquete accionario alcanzó el 45 % por un total de 3.400 millones de dólares. Es en 1998 cuando aparece en el escenario la española REPSOL. Así el Estado se desprendió de la empresa en 1990 pero recién en 1998 apareció un comprador concreto.

VI) Período 1993-1999.

Esta etapa está signada por el desarrollo de YPF SA y por la venta de la petrolera a manos de Repsol. En ese marco resulta interesante develar si los tan mentados objetivos del “eficientismo” y la “productividad” alcanzaron los resultados deseados por quienes encabezaron el proceso privatista.

(5) Recordemos que Y.P.F S.E. participaba de una u otra manera en la cadena de producción petrolera y controlaba los precios por medio de la mesa de crudos.

La producción nacional en esta etapa tuvo un incremento más que notorio —si se lo mide con los últimos años anteriores de la privatización—, pero una de las variables que da por tierra con los principales argumentos privatistas se vincula al horizonte en años de las reservas obtenidas en el conjunto de las cuencas hidrocarburíferas del país. Mientras que en 1993 existían reservas para 10,2 años, en el lapso 1994-1998 esa perspectiva se redujo de manera alarmante. En dicho período se observa un crecimiento en la producción (35,2%) como en las reservas (38,5%) sin extender el horizonte en años de las mismas, una mayor explotación y una tasa de sustitución cercana a uno.

Antes de explorar las características particulares que tuvo la fase de venta accionaria, es de vital importancia caracterizar el posicionamiento que poseía YPF SA en el contexto mundial. “Según la revista Fortune, en 1992 la petrolera argentina —con una facturación anual de 3.906 millones de dólares— ocupaba el puesto número 365 del ranking de las 500 corporaciones más importantes del mundo” (Germ, Palazzo y Tolossa; 2007). Mientras que si se consideraban las ganancias, alcanzaba el puesto 139 —con 259 millones de dólares. Si se contemplaban las ventas de las empresas petroleras, YPF aparecía en el puesto número 41, debajo de la española CEPSA y de la coreana Honam Oil, y mejor ubicada que Petro-Canadá y que la portuguesa Petrogal. La relación entre ganancias y ventas ubicaba a la compañía argentina en el tercer lugar, con un 7 por ciento, luego de Petronas de Malasia y Petroleum Auth of Thailand. Al colocarla frente a las 500 corporaciones más importante de los Estados Unidos, YPF tenía el lugar número 126, dos puestos más arriba que Avon, y dentro del ramo de empresas petroleras se posicionaba en el décimo sexto lugar.

La entrega, con formato legal de venta de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, comienza en julio de 1993, cuando la composición accionaria contenía una fuerte presencia Estatal, tanto Nacional como Provincial, y la tenencia de la acción de oro que le otorga al Estado la potestad de dar acuerdo para la venta total de la empresa o su cambio de sede. El precio de la acción fue fijado en US\$ 19,00. En 1996, en el 2° Congreso Patagónico de Energía, se denunciaría que “mientras la ex YPF estatal explotaba el petróleo en forma moderada y hacía una exploración agresiva, ahora sucedía al revés: es agresiva la explotación, pero la búsqueda de petróleo se volvió moderada”. (Clarín, 1997: 30)

Hasta 1998 fue creciendo el porcentaje de participación privada, fundamentalmente orientado hacia fondos comunes de inversión extranjeros (estadounidenses) y sector privado argentino, manteniéndose la participación del Estado Nacional. El precio de la acción alcanzó los US\$ 30,68.

A principios del año 1999 el Estado Nacional vendió el 14,99 % de sus acciones a REPSOL. La participación privada estaba compuesta por fondos comunes de inversión extranjeros ingleses, franceses, estadounidenses, bancos nacionales y AFJPs, bancos internacionales y empresas petroleras. Entre mediados y fines de 1999 se concretó la venta del resto del paquete accionario del Estado y REPSOL adquirió el 98,23 % de las acciones.

La legislación surgida a principios de los 90´ cuyo objeto era desregular el mercado, fue la que agravó y posibilitó el vaciamiento del que nuestro país fue y sigue siendo víctima ya que las empresas tenían la libre disponibilidad del crudo, para exportar, y la libre disponibilidad de las divisas obtenidas por dichas exportaciones. La extracción de petróleo, para exportar, superó el 50% por encima de las necesidades del mercado interno. De allí la brusca caída de nuestras reservas, que se agravaron por la falta de inversión en exploración, desde mediados de la década del noventa hasta nuestros días.

VII) REPSOL: ganancia sin inversión

REPSOL también tiene una historia similar a la de YPF, ya que al igual que la argentina, la petrolera española fue privatizada. En efecto, en 1986 el Estado español creó la empresa Repsol, administrándola por medio de un organismo público de participación estatal (denominado INH), pero en 1997 finalizó su privatización con la venta de REPSOL a un grupo de accionistas mixtos y privados. De esta forma, quedó trazado el objetivo principal de REPSOL, garantizar al máximo la mejor rentabilidad posible al accionista.

Para asegurar su nuevo propósito REPSOL llevó a cabo una estrategia para incorporar a su actividad una empresa que le permitiera satisfacer sus objetivos en función a cuatro pilares fundamentales. El

primero era el mantenimiento del liderazgo en las actividades tradicionales de esta petrolera en el mercado español. El segundo, consistía en lograr un crecimiento en exploración y producción mediante el desarrollo de nuevos descubrimientos y adquisiciones, dando prioridad a las reservas de gas natural para el mercado doméstico. El tercer pilar para adquirir una empresa petrolera debía asegurar una expansión internacional, principalmente en Latinoamérica. Por último, el cuarto era la generación eléctrica con gas natural propio, para poder satisfacer el mercado eléctrico interno con bajos costos. La petrolera indicada para todo ello era la argentina YPF, que si bien ya estaba privatizada, fue adquirida por REPSOL.

Pero más allá de todo el fundamento empresarial, que además es el expresado por la propia REPSOL, hay una razón que resume lo anterior de manera más concreta y sirve para comprender cuál es el negocio de Repsol con YPF.

Si se evalúan las situaciones de REPSOL y de YPF antes y después de la compra en 1998, se podrá comprobar que la petrolera española usa a YPF para el trabajo duro y costoso, reservándose para sí el beneficio del esfuerzo.

Antes de 1998, los activos de REPSOL estaban repartidos de la siguiente manera: industrialización y comercialización 69%, Exploración y Producción 31 % (de los que la mayor parte corresponde a Producción). Los activos de YPF, por su parte, se componían así: exploración y producción, 64 %; industrialización y comercialización, 36 %.

Por lo tanto, se trataba de un “negocio redondo” para REPSOL, ya que sus activos y los de YPF se complementaban perfectamente para llegar a ser “una de las petroleras más grandes del mundo”, tal como rezaba uno de sus pilares, que se ordena a servir la rentabilidad de los accionarios de la española. Pero es sabido que la inversión destinada en los primeros segmentos del proceso productivo del sector de hidrocarburos, es decir Exploración y Producción (que incluye Perforación), es mucho más riesgosa y costosa que el Transporte y la Distribución. En el primer caso, la inversión debe ser permanente, ya que se debe mantener la actividad, que no siempre es segura; mientras que en el segundo, una vez hecha la instalación de la infraestructura necesaria (primera inversión), el mantenimiento es insignificante.

Por lo tanto la adquisición de YPF, le aportó a REPSOL “...el petróleo que no tiene en terreno propio. Ahora si esta totalmente integrada desde los pozos de exploración hasta las estaciones de servicio” (Clarín, 07/072000, 50, Sección económica)

De esta manera, el negocio redondo de REPSOL consistía en comprar una empresa que hizo el gran esfuerzo de explorar y perforar para disfrutar de los ingresos de la venta del producto y sus derivados.

A) El resultado de una venta fraudulenta

El resultado obtenido por REPSOL con la adquisición de YPF determinó una política a seguir por la empresa española que será la que guíe su relación respecto de la argentina.

Así, en el período transcurrido entre 1994 y 1998, es decir hasta la compra de YPF, el beneficio neto por acción de REPSOL creció anualmente a una media del 10,8 %. La rentabilidad sobre el capital obtenida como media en dicho período de tiempo fue del 12,3 % y la rentabilidad total para el accionista (revalorización de la acción más dividendos), alcanzó el 18,6 % anual. Asimismo, entre 1991 y 1999 las exportaciones de combustibles de Argentina se multiplicaron por cuatro, pasando a representar, en el mismo período, del 6,4 % al 12,7 % del total de las exportaciones del país. De esta forma, se comprueba que la idea que tiene Repsol sobre YPF es aprovechar su potencial, o sea las reservas comprobadas, sin invertir en ese segmento, y exportar todo lo que se pueda de esa producción. La razón de privilegiar las exportaciones radica en la diferencia entre el precio internacional y el costo local. Mientras el barril se paga en el mercado internacional entre 25 y 30 dólares (Precio promedio del barril de petróleo en ese momento, hay que tener en cuenta que en la actualidad el valor del mismo ha superado ampliamente los 100 dólares), el costo de producirlo en las cuencas más caras del país se estima en 10 dólares. Por lo tanto es más conveniente, para asegurar la rentabilidad de los accionistas, explorar poco y exportar mucho.

Cuando Repsol compró la totalidad del paquete accionario de Y.P.F pagó 15.000 millones de dólares aproximadamente. En ese momento explotó los yacimientos ya existentes y al tener libre disponibilidad del crudo, exportó enormes cantidades del mismo al mercado internacional, reinvertiendo las divisas obtenidas para comprar yacimientos más rentables en Bolivia, Trinidad Tobago, Libia y en otros lugares del mundo. Las ganancias obtenidas superaron los 2.000 millones de dólares anuales, por lo que en pocos años recuperó con creces lo invertido. Como los yacimientos de nuestro país no eran tan rentables, la inversión en exploración fue muy baja. De allí la alarmante baja en nuestras reservas.

Hoy, ante la necesidad imperiosa que tiene nuestro país en explorar nuevas reservas, a REPSOL le conviene vender por etapas todas sus acciones para así recuperar los 15.000 millones de dólares invertidos cuando compró Y.P.F. para continuar invirtiendo en el resto del mundo. Lo que REPSOL hizo en nuestro país implicó una descomunal transferencia de nuestro patrimonio, que no se conoció ni en las peores épocas de la Estándar Oil.

VIII) Conclusiones

“Entregar a empresas extranjeras áreas petrolíferas con reservas cubizadas es tan irracional como hacerles donaciones de las tenencias de oro que contiene el Banco Central”. (Silenzi de Stagni)

Todo este análisis no tendría más sentido que describir una situación favorable para una empresa concreta como es REPSOL – YPF, si no se incluyera cuál es el peligro que debe alertar a la Argentina.

El principal problema que debiera despertar las conciencias de los argentinos, más allá de todos los manejos fraudulentos comprobables en la privatización de YPF, es el manejo que se le da a las reservas comprobadas de hidrocarburos con que cuenta nuestro territorio.

La situación es la siguiente, si la Argentina tuviera reservas por 70 años, como es el caso de Venezuela, o la explotación de Repsol fuese racional, no sería tan oscuro lo que el futuro depara para nuestro país, pero como nuestras reservas comprobadas oscilan entre los 3 y 6 años (según se tome las fuentes más o menos optimistas), y la exportación del crudo es cada vez mayor, se corre el riesgo de pasar de ser un país productor que logró autoabastecerse con mucho esfuerzo, a ser un importador que verá encarecer todos sus costos de producción, determinando un futuro oscuro para la industria nacional.

De acuerdo a lo dicho, el 24 de septiembre de 1992 se produjo el triste desenlace de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF). La petrolera del estado era finalmente privatizada en su totalidad por decisión del gobierno de Carlos Saúl Menem y los legisladores nacionales que sancionaron la ley 24.145, la que dio por concluida la existencia de la principal empresa nacional.

De ahí en más todo fue una debacle de importancia en los pueblos y ciudades que nacieron a la orilla de los pozos petroleros que se descubrieron desde 1907. Las economías locales y regionales sufrieron mutaciones de importancia generándose inmensos bolsones de pobreza, desocupación y desesperanza. Un tipo de sociedad estaba llegando a su fin y el tan mentado Estado benefactor keynesiano era reemplazado por el eficientismo del libre mercado.

Miles de trabajadores perdieron sus puestos de trabajo, pero también se les escurrió por entre los dedos la esperanza de una vida digna. Algunos canjearon sus indemnizaciones por remises, taxis o pequeños comercios, una cantidad importante prefirieron jubilarse y muchos debieron reconvertirse a expensas de entregar su fuerza de trabajo al capital privado. Sólo unos pocos canalizaron sus fuerzas a través de la lucha contra el proceso privatista que se había enquistado en la conciencia de la mayoría porque “en YPF había muchos vagos que no querían trabajar o se robaban todo”.

En contrapartida, las petroleras privadas han asfixiado el suelo extrayendo de sus entrañas el vital fluido que mueve al mundo moderno. Poco les ha importado el uso racional de los hidrocarburos ni de las vidas humanas que subsisten a su alrededor, sólo fijaron su mira en la obtención de ganancias que siguen y siguen creciendo.

Finalmente es necesario comentar dos hechos acaecidos durante el gobierno del Dr. Néstor Kirchner que tienen relevancia en el tema, el primero es la creación de Energía Argentina Sociedad Anónima (E.N.A.R.S.A.), el 29 de diciembre del año 2004 por ley 25.943, una empresa con fines parecidos a los de YPF y que surge a partir de la necesidad de la existencia de una empresa que pueda ejecutar las políticas del estado en cuestiones relacionadas a los hidrocarburos, anteriormente operadas a través de YPF. Si bien la idea de la creación de E.N.A.R.S.A. es algo muy positivo, esa idea en la realidad no se ha plasmado como fue proyectada, ya que al día de hoy es una empresa petrolera fantasma que casi no posee bocas de expendio, ni instalaciones para realizar las misiones establecidas en la ley que la crea.

El otro hecho importante durante este gobierno fue la promulgación de la ley 26.197 el 3 de enero de 2007, que venía a dar cumplimiento efectivo al artículo 124 de la CN (modificado por la reforma constitucional de 1994) y a la ley 24.145 de “Federalización de Hidrocarburos”. Para esto la ley 26.197 estableció específicamente a quien pertenecen los yacimientos situados en el territorio y en su plataforma continental. El resultado de esto fue la eliminación de la unidad de criterio y de coordinación de las acciones de nuestro país en lo referente al petróleo nacional, a partir de este momento, las provincias carentes de una empresa estatal para explotar los yacimientos por sí mismas e inexpertas en las negociaciones con las empresas extranjeras, serían las encargadas de negociar los nuevos contratos de explotación. Ambos hechos no han sido de ayuda para revertir la caída libre en la que se encuentra el sector energético argentino desde la década de los 90.

Bibliografía

“El Congreso Patagónico de Energía denuncia”, EN: *Diario Clarín*, 6/1/1997, 30, Sección Económica.

ERIZE, Luis Alberto. (1997a). El Proyecto de ley de hidrocarburos [on line] Disponible en: www.abeledogtheil.com.ar. [Fecha de consulta: 24/10/07].

(1997b). Argentina’s Exploration Plan: The Return of Exploration permits and Exploitation Concessions”. Disponible en: www.abeledogtheil.com.ar. [Fecha de consulta: 24/10/07].

CERVO, Augusto. (2007). La Privatización y sus consecuencias. Disponible en: www.uca.edu.ar. Fecha de consulta: 24/10/07.

DE LORENZO, María Florencia. (2005). Los comienzos de YPF. Disponible en: www.uca.edu.ar. [Fecha de consulta: 30/08/06].

GERM, Erica, PALAZZO, Romina y TOLOSA, Mara. (2007). *Etapa Upstream del Sector Petrolero Argentino: Historia y Reformas de los 90*. Maestría en Energía de la Universidad Nacional de Cuyo. Disponible en: <http://opsur.files.wordpress.com/2009/07/etapa-upstream-del-sector-petrolero-argentino2.pdf>.

KOFFMAN, Diego. *Petrocidio: El saqueo del petróleo argentino 1976-2006*. Colectivo Último Recurso: Buenos Aires, 2006.

KOZULJ, Roberto. “Balance de la privatización de la industria petrolera en Argentina y su impacto sobre las inversiones y la competencia en los mercados minoristas de combustibles”. *Serie Recursos Naturales e Infraestructura*. Publicación de las Naciones Unidas. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2002.

SILENZI DE STAGNI, Adolfo “Los contratos de explotación de petróleo”, EN: *Revista jurídica argentina La Ley*. La Ley: Buenos Aires, 1963-109, 1142-1172.

YERGIN, Daniel. *La historia del petróleo*. Vergara: Buenos Aires, 1992.

Otras fuentes y documentos consultados:

LE MONDE DIPLOMATIQUE, julio 2001, 13, Sección Economía.

SECRETARÍA DE ENERGÍA Y MINERÍA DE LA NACIÓN. INSTITUTO DE GAS Y PETRÓLEO. Disponible en: www.energia.mecon.gob.ar

Cuadro 1. Participación de YPF SE en la producción de petróleo crudo antes de la década menemista.

Participación de YPF SE en la producción de petróleo crudo antes de la década menemista.		
PeríodoYPF	Administración (%)	YPF Contratos (%)
1959 — 1962	78.2	21.8
1963 — 1965	69.0	31.0
1966 — 1972	72.0	27.2
1973 — 1975	72.3	27.7
1975 — 1982	69.1	30.9
1983 — 1989	68.5	31.5
1990	62.3	37.7

Fuente: datos de la Secretaría de Energía de la Nación

Elaboración: KOZULJ, R (2002) “Balance de la privatización de la industria petrolera en Argentina y su impacto sobre las inversiones y la competencia en los mercados minoristas de combustibles”. *Serie Recursos Naturales e Infraestructura*. Publicación de las Naciones Unidas. Santiago de Chile.

Cuadro 2. Síntesis de las normativas

Decreto N°	Contenido Sintético
1.055/89	<ul style="list-style-type: none"> — Incrementar la producción de YPF — Asegurar a las empresas privadas la libre disponibilidad de crudo y sus derivados — Autorización de la libre exportación e importación de petróleo — Determinó cambios en las reglas de los contratos con los privados en las áreas Centrales (desde ese momento de Recuperación Asistida) y en las Marginales (de ahí llamadas Secundarias). En referencia a las Centrales precisó que serían otorgadas en concesión por un lapso de 25 años y que se producirían asociaciones con YPF de entre un 35 y un 50%
1.212/89	<ul style="list-style-type: none"> — Introdujo fuertes cambios en la intervención estatal en el rubro de los precios, apuntando a la desaparición del Estado en la regulación
1.589/89	<ul style="list-style-type: none"> — Creó las condiciones para que las privadas consiguieran una libre disponibilidad de petróleo dejando absolutamente de lado la mesa de crudos que venía funcionando hasta ese momento
1.216/90	<ul style="list-style-type: none"> — Elevó al 90% la asociación privada

Extraído de: GERM, Erica, PALAZZO, Romina y TOLOSA, Mara (2007).

Elaboración: CREEPaCe según datos de YPF, IDEE e IAPG.

Derecho Penal

La supervivencia de los delitos de sospecha: El caso del artículo 259 del Código Penal Argentino

POR MAURICIO ERNESTO MACAGNO (*)

Sumario: I. Introducción. II. Caracterización. III. Objeciones Constitucionales. IV. El artículo 259 del Código Penal Argentino. V. Conclusiones. VI. Bibliografía consultada.

Resumen

Los “delitos de sospecha”, se encuentran plenamente vigentes pese a ser tipos manifiestamente inconstitucionales por violar los principios de inocencia, culpabilidad, lesividad, legalidad y de acto. Para demostrar tal afirmación, luego de caracterizar a esta categoría, se verifican sus elementos analizando los delitos de admisión y ofrecimiento de dádivas a funcionarios públicos del artículo 259 del Código penal argentino.

Palabras Claves: Delito – Sospecha – Constitucionalidad – Dádiva – Funcionario

Survival of crimes of suspicion:

The case of article 259 of the Argentine Penal Code

Abstract

The “crimes of suspicion”, are effective totally in spite of being manifestly unconstitutional types to violate the principles of innocence, culpability, harmfulness, legality and of act. In order to demonstrate such affirmation, after to characterize to this category, their elements are verified analyzing the crimes of admission and offer of gifts to officials government of article 259 of the Argentine penal Code

Key words: Crime – Suspect – Constitutionality – Gift – Civil servant

I. Introducción

El devenir de la literatura jurídico penal muestra avances y retrocesos. Algunos atados a cambios de paradigmas o a vicisitudes políticas, otros a exigencias editoriales o de marketing. Muchos y variados son los cambios que siempre algo dejan en el camino. Entre ellos, se observa que los juristas dedican poco o ningún espacio al estudio de los llamados “delitos de sospecha” que han sido suprimidos, en general, de las clasificaciones de delitos.

Los progresos en materia constitucional y de Derechos Humanos nos los han hecho desaparecer —la pulsión entre Estado de Derecho y Estado de Policía es eterna—, sino que se los ha omitido en muchas obras. Los tipos penales donde se reprime la sola sospecha de la comisión de un delito, gozan de una lozanía que les permite ocultarse en el interior de los elencos punitivos, como señalan escasos pero agudos autores. Quizás la categorización ha perdido su interés en favor de las figuras de peligro abstracto, de tenencia o de mera actividad, desde donde se ha intentado su legitimación por distintas vías no huérfanas de críticas.

Cierto es que las clasificaciones poseen una utilidad que les da vida y valor científico, y también que las mismas pueden decaer con las idas y vueltas señaladas, sustituidas por otras más ventajosas, u olvidadas. Por la historia de arbitrariedades que tiñe a los delitos de sospecha, su vigencia autoriza a recorrer la ley penal bajo su óptica, en el entendimiento de que su valor reside en el carácter indicativo de inconstitucionalidad. Lo que no es poco.

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Penal II, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

Como claros ejemplos de esta forma de legislar —sin ser los únicos—, se halla el artículo 259 del Código penal argentino que prevé los delitos de admisión de dádivas a funcionarios públicos en razón de su calidad y el ofrecimiento o presentación de las mismas. Una norma nacida con la impronta del actuar sospechoso sin otro aditamento. No obstante, nuestros autores, ceñidos a la letra de la ley, omitieron —salvo raras excepciones— un análisis crítico de la figura legal y menos aún visualizaron las objeciones constitucionales que se pondrán de manifiesto. Su caracterización como delito de sospecha es sostenida por Edgardo Donna.

Las líneas que siguen no pretenden un acabado estudio general de esta clase de figuras ni de los tipos del artículo 259 utilizado como modelo, sino determinar sus rasgos distintivos —aspectos negativos bajo el lente constitucional—, para demostrar la plena utilidad de la clasificación en el análisis dogmático y la vigencia de una modalidad legislativa que debe ser denunciada y desterrada del ordenamiento jurídico.

II. Caracterización

En los delitos de sospecha —como en las contravenciones de igual clase—, (1) se castiga una conducta, estado del sujeto o de cosas porque se infiere de ello la comisión de un acto disvalioso ajeno al tipo. Se presume del comportamiento X que el sujeto ha cometido la violación a la norma penal, subvirtiendo el sistema probatorio del proceso judicial constitucional. En otras palabras, el legislador frente a las dificultades probatorias que le oponen ciertas acciones que estima dañosas, opta por resolverlas acudiendo al Derecho material, consagrando toda una serie de violaciones constitucionales a las cuales nos referiremos seguidamente. Con mayor precisión, podríamos hablar, en vez de “delito de sospecha” de “sospecha de un delito”. (Terán Lomas, 1980: 280; Sagüés, 1987: 507)

Manzini, adjudicándose la paternidad de la categoría, considera que el delito de sospecha es un estado individual —“no consisten en un hecho ni positivo ni negativo”— incriminado sólo por la sospecha que despierta (Manzini, 1948: 96). Ejemplifica con el delito de posesión injustificada de dinero u objetos de valor que no se encontraren en armonía con el estado del poseedor, del artículo 708 del Código penal italiano, lo que mereció fuertes críticas por parte de autores que sostenían que existe una acción voluntaria de ponerse en posesión de la cosa y una omisión, al no justificar la razón de tal posesión. (2) Más allá de que los argumentos de los censores necesitan desplazar los comportamientos típicos a momentos anteriores a la descripta en la figura legal o, posteriores, cuando ya se ha ingresado en la órbita del accionar estatal que coadyuva a su concreción —como en el enriquecimiento ilícito de funcionario público del artículo 268 2. del Código penal argentino—, dejando por ello incólume el “estado individual” o de cosas postulado por Manzini, no es menos cierto que la conceptualización del penalista italiano es deficiente por no aprehender otras hipótesis de “sospecha de delito” donde sí existen actos positivos u omisivos y no “estados individuales”.

Manzini define al delito de sospecha como un estado del sujeto, sumergiendo la categoría en las turbias aguas del Derecho penal de autor —su fundamento es la peligrosidad del agente (Jiménez de Asúa, 1951: 383)—; al no realizarse distinciones, la categoría pierde valor y utilidad. El error en que caen Manzini y sus detractores, es no haber contemplado que el delito de sospecha no se relaciona con la acción, omisión o estado de cosas típicas, sino con el verdadero objeto de castigo buscado por el legislador que no se describe en el tipo penal. Poco importa si se trata de una acción, omisión, calidad del sujeto o estado de cosas (3) —que agregan otros elementos de dudosa constitucionalidad—,

(1) Las ideas que se desarrollan sobre los delitos de sospecha son predicables respecto de las contravenciones de igual clase.

(2) Las críticas a la posición de Manzini pueden consultarse en JIMÉNEZ DE ASÚA (1951, t. 3: 382).

(3) Manzini, no logra acertar en ello, asumiendo la posición contraria al estimar que la sospecha de un delito que determina la incriminación de una acción u omisión no es un delito de sospecha precisamente por tratarse de una acción u omisión (1948: 97). El penalista italiano, a nuestro entender, confunde los ámbitos de análisis con un positivismo exagerado. Sin embargo, la postura asumida en este tema, donde la *præesumptio legis* en nada incide cuando se traten de comportamientos humanos, si parece poseer alguna significación en los delitos de peligro

sino la corroboración de que el legislador ha creado una norma punitiva motivado en la represión de un acto disvalioso que se infiere de la conducta o estado previsto en la hipótesis delictiva, pero que no la integra. La verdadera característica de esta clase de figuras legales es, justamente, la desvinculación entre el bien presuntamente lesionado que motivó la decisión legislativa y la conducta o estado atribuido a la persona, con la cual el legislador dio por existente y afectado al primero mediante una simple conjetura ajena a las circunstancias concretas del caso en juzgamiento.

Tampoco logra satisfacernos la caracterización de Octavio García Pérez, quien hace residir la singularidad de esos delitos en que “la existencia de ciertos elementos del tipo se infiere (presume) a partir de la concurrencia de otros”, distinguiendo si en el caso la ley permite refutar tal presunción *legis* (García Pérez, 1993: 630). No nos convence por estimar que el objeto o motivación perseguida por el legislador es un elemento implícito del tipo, inferida de la acción del agente. De esta manera, es posible dejar afuera aquellos casos en que los redactores de la norma tuvieron en miras la represión de acciones que no surgen prístinamente, permitiendo su conocimiento por el agente. Pensemos, por ejemplo, en el origen de la asociación ilícita, vinculado con la persecución del sindicalismo, lo que no sugiere el artículo 210, CP. El delito que se sospecha se ha cometido o se cometerá aparece como un elemento pretípico; fundamento de la existencia misma del precepto punitivo, su inferencia no siempre es clara o directa como cuando las propias disposiciones lo indican —por ej., la tenencia o portación de armas de fuego atenuada del artículo 189 bis, CP, aplicable cuando no hay intención de cometer otros delitos—, (4) o en aquellas que inconstitucionalmente varían la carga probatoria instando la justificación del acto o estado por el sujeto activo —como en el artículo 268 2., CP, o la tenencia injustificada de instrumentos aptos para abrir cerraduras del artículo 55 del Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires—.

De allí que propiciemos un concepto escueto pero de mayor amplitud que permite abarcar todos aquellos delitos donde se castiga una conducta, estado de cosas o calidad personal, porque se presume de ello la comisión de otro acto disvalioso que no integra el tipo penal. Por tal motivo, no es necesario que éste último sea comprobado. La inferencia con autoridad legal previene, así, obstáculos probatorios, menguando la tarea de los jueces.

Existen íntimas relaciones de esta clase de delitos con la “pena de sospecha” o *pena extra ordinaria* de los viejos sistemas inquisitivos, que resolvían la insuficiencia de elementos de cargo para arribar a la certeza condenatoria, imponiendo una pena de menor gravedad. En tales sistemas de enjuiciamiento de pruebas tasadas, la carencia de plena prueba respecto de la participación en el delito del imputado, no impedía al juez condenar cuando sospechaba de su intervención. Si el magistrado poseía una convicción sincera de la culpabilidad del reo, una completa certidumbre respecto de la existencia del delito y el imputado había actuado sospechosamente (Thot, 1940: 435), estaba autorizado a aplicar una pena más leve sin que fuera óbice la falta de plenitud probatoria exigida por las leyes. Se suavizaba la rigidez del sistema de pruebas legales exigiendo —al menos en lo discursivo— un convencimiento del juez.

Ambos institutos tuvieron una función primordial en los procesos llevados adelante por los tribunales de la Inquisición. De acuerdo con *El manual de los inquisidores* redactado en 1376 por Nicolau Eimeric y comentado por Francisco Peña en 1578 (Eimeric y Peña, 1996: 99 y ss.), las sospechas de herejía se dividían en consideración con la entidad de los indicios que se tenían contra el acusado en leve, fuerte o vehemente, y grave o violenta, considerando a los últimos como herejes y aplicándoles las mismas penas que a éstos. “La sospecha grave basta para la condena y contra ella no se admitirá la menor defensa” (Eimeric y Peña, 1996: 106). Además, ciertas personas o acciones eran consideradas

presunto donde se excluye toda investigación del mismo y poco importa si nos hallamos ante una acción u omisión (1948:88). El delito de sospecha puede ser de lesión o de peligro, sin perder por ello su impronta fundante.

(4) Tal parece ser la opinión de Langevin: “...la ley supone en la portación simple esa intención de cometer otros delitos, puesto que una interpretación sistemática...”, indica que la presencia de esa intención impide aplicar la figura atenuada (LANGEVIN, 2008: 368).

“suspectos de herejía” e incluidas, sin más, en alguna de tales divisiones, creando verdaderos tipos de sospecha. Así, junto a los herejes, aparecían las figuras especiales autónomas de “protectores” y “bienhechores” de herejes sobre quienes recaían las penas destinadas para las sospechas leves o vehementes. Proteger de cualquier modo a un cismático, apóstata o herético, llevándole alimentos a la cárcel, brindándole acompañamiento u oficiando como testigo de descargo durante el proceso, o resguardándolo en su vivienda, eran delitos canónicos.

En conclusión: en las penas extraordinarias, el problema procesal de la falta de elementos suficientes para condenar se resuelve procesalmente; en los tipos de sospecha, la solución a una cuestión procesal se busca en el derecho material, no requiriéndose prueba alguna ni convicción sincera del juzgador, a quien se lo libera de ello mediante una presunción *legis*. La figura típica contiene en su estructura la presunción legal, trocando la arbitrariedad judicial por arbitrariedad legislativa.

III. Objeciones Constitucionales

De lo dicho se aprecian contradicciones de estos tipos penales con la Constitución Nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos, a las que nos referiremos.

a. Estado de inocencia

Nuestra Ley Fundamental acoge la garantía de toda persona sometida a un proceso penal de ser considerado y tratado como inocente hasta que una sentencia firme declare su responsabilidad respecto del hecho delictivo atribuido. (5) “El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo” (Maier, 2004: 492). Su consecuencia es que el acusado no tiene necesidad de soportar la imputación activamente mediante la producción de prueba de descargo, sino que su estado de inocente debe ser destruido por la acusación, y que ante la duda sobre su culpabilidad, el juez deberá excluirlo del proceso mediante una resolución que declare que dicho estado se mantiene intacto.

De modo que a fin de considerarse penalmente responsable de la comisión de un delito, debe recaer contra el acusado una resolución jurisdiccional que compruebe todos y cada uno de los extremos de la imputación; en otras palabras, se demuestre que se han configurado todos los elementos del tipo penal que se endilga, lo que no resulta posible cuando alguno de ellos son presumidos por el juzgador, como sucede con los tipos de sospecha, donde el acto disvalioso tenido en miras por el legislador se infiere de circunstancias distintas, ajenas o desvinculadas con el mismo.

Cuando la presunción legal es incommovible — *iuris et de iure*—, se viola la garantía al permitirse el dictado de una condena sin la completa demostración de la conducta delictiva. Entonces, al ser una carga de la acusación comprobar todos los elementos de la imputación, se varía esta obligación en detrimento del imputado al exigírsele —explícita o implícitamente—.

que compruebe su inocencia. No se evita la crítica cuando la presunción es *iuris tantum*, pues se cae en el absurdo de que la efectividad de la garantía constitucional se utiliza en contra de su titular: si no se defiende, introduciendo al proceso prueba a su favor y espera que su estado de inocencia sea diluido por la acción del acusador, será inevitablemente condenado. Esta situación se produce, igualmente, cuando el imputado hace uso de su derecho a no declarar en su contra o prohibición de autoincriminación, (6) derivado del anterior. El uso de la garantía implica una condena segura, puesto que de esta manera el procesado no demuestra la inexistencia del hecho presumido por la ley.

(5) Así resulta de los artículos 18 de la Constitución Nacional, XXVI de la Declaración Americana de Derechos Humanos, 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 40.2.i. de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Adla, LIII-D, 4125; XLIV-B, 1250; L-D, 3693).

(6) Esta garantía se halla establecida en los artículos 18 de la Constitución Nacional, 8.2.g. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.2.g. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 40.2.iv. de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Sumado a ello, por tratarse el acto presumido de un elemento no constatado fehacientemente por el sentenciante, significa que el mismo pudo no existir en la realidad, dejando la situación inmersa en dudas suficientes que invalidan una resolución final contraria a los intereses del acusado. La inexistencia de datos ciertos que confirmen un elemento imputativo implica la absolución por imperio de la duda — *in dubio pro reo*—, consecuencia directa del principio de inocencia que venimos tratando.

b. Principio de culpabilidad

Sentado lo anterior, es menester incursionar rápidamente en la violación al principio de culpabilidad. Sin un lugar en el texto expreso de la Carta Magna, emerge de la *dignidad de las personas* que requiere su consideración como fines en sí mismas y no simples medios para la consecución de otros objetivos, del *libre desarrollo de la personalidad* que no tolera un accionar estatal que convierta su libertad de actuación en una excepción, signado todo por el valor *justicia* (Tozzini, 2005: 83).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde hace tiempo, sostiene la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad penal, considerando que “constituye... un corolario del axioma *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, toda vez que la repulsa de la punición *ex post facto* encuentra su base en la posibilidad de elegir libremente la realización de la conducta prohibida por el derecho”, (7) que se encabalga en el conocimiento de la antijuridicidad. En otro lugar, el Máximo Tribunal federal expresó que el principio de culpabilidad “exige que sean castigados únicamente aquellos que tengan la posibilidad real de ajustar sus conductas a los mandatos de la ley”. (8)

El principio de culpabilidad penal impera en el ámbito de la imputación subjetiva, por lo que debe existir entre la hipótesis delictiva y el agente una relación de esta clase, por la cual el sujeto posea conocimiento acerca de la antijuridicidad de la misma para motivarse o no conforme a la norma de deber y, por tanto, que de acuerdo con ese conocimiento haya obrado dolosa o culposamente. Se excluyen así las imputaciones de hechos fortuitos o ajenos, de todos aquellos en los cuales el autor no actuó con dolo o culpa típicos, (9) y en los que la situación del agente o las circunstancias que lo rodearon impidieron el conocimiento de la antijuridicidad del acto o elegir entre el cumplimiento o incumplimiento de la norma de deber. Es decir, la libertad y dignidad del ser humano fundan de este principio; su negación, es desconocer la esencia de la persona, degradar al sujeto a una mera “cosa causante” (Zaffaroni y otros, 2002: 139).

Por la propia conformación de los tipos penales de sospecha, no existe tal relación o vínculo subjetivo con el hecho presunto. Nadie puede exigir un comportamiento doloso o culposo respecto del acto delictivo presumido por el legislador —que como se dijo, puede no existir—; la responsabilidad personal del sujeto siempre habrá de recaer sobre una conducta real y no sobre una mera presunción. (García Pérez, 1993: 637) Tampoco es lógico ni razonable suscribir a un poder de videncia del autor con el que pueda verificar la idea que impulsó al legislador para motivarse en ella, como paso previo al comportamiento penalmente reprochable. Al mantenerse en una inferencia legislativa algunos elementos típicos, nadie tiene la posibilidad cierta y concreta de conocerlos para fundar su dolo o el incumplimiento de la norma objetiva de cuidado en casos de imprudencia, situación que se agrava al perseguirse estados o calidades personales, donde la subjetividad del agente ha sido previamente considerada como “peligrosa” y “antisocial” y, por ende, merecedora de pena, sin ninguna referencia a la libertad o la dignidad de la persona que les desconoce el propio Estado.

(7) Del dictamen del Procurador General en CSJN, 24/02/1981, “Lectoure, Juan Carlos y otros”. En: Fallos, 303:267.

(8) CSJN, 14/02/1989, “Cosecha Cooperativa de Seguros Limitada vs. Provincia de Buenos Aires”. En: Fallos, 312:149.

(9) La Corte Suprema de Justicia de la Nación receptó el principio de culpabilidad penal en distintos precedentes en los que exigió la atribución objetiva y subjetiva del ilícito penal a su autor. V., CSJN, 2/09/1968, “Parafina del Plata SACI”. En: Fallos, 271:297; 29/09/1969, “Donin, Hildo”. En: Fallos, 274:487; y 8/06/1993, “Morillas, Juan Simón”. En: Fallos, 316:1261.

c. Principio de legalidad

El principio de legalidad penal es consustancial con un Estado de Derecho; supone un recorte de la arbitrariedad del gobernante en favor de la voluntad general manifestada en la norma, como garantía del ciudadano, y técnicamente, importa el deber del legislador de utilizar cláusulas precisas y taxativas para sancionar las conductas estimadas perjudiciales: no hay delito sin una ley previa, escrita y estricta; como no hay pena sin ley ni sin juicio justo. (10)

Esta garantía se vincula profundamente con la motivación del sujeto en la norma, puesto que a nadie puede exigírsele que se abstenga de realizar algo que le es desconocido, o como cuando conociendo su existencia típica no logra comprender su alcance o ámbito de aplicación. Ello no sólo da sustancia al juicio de reprochabilidad, sino que es necesario para configurar el tipo subjetivo. Sólo es factible la producción de un acto doloso cuando se posee el conocimiento concreto de los elementos del tipo objetivo, al igual que hay que conocer la regla objetiva de cuidado en los delitos imprudentes, o la situación típica y la obligación de actuar emanada de la norma en los supuestos de omisión.

El principio se niega con estos delitos; el agente no puede libremente decidir sobre lo que desconoce ni fundar un actuar doloso o culposo cuando alguno de los elementos del tipo es supuesto. El ciudadano no puede ser sorprendido al hallarse cautivo de un proceso penal por el incumplimiento de un precepto que no fue materia de valoración, análisis y decisión. La persistencia de elementos presuntos no se condice con una ley penal escrita, estricta y taxativa. “El principio de taxatividad exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta dónde llega éste, hasta dónde puede o no puede actuar el ciudadano, dónde comienza el Derecho Penal”. (Carbonell Mateu 1996: 127)

d. Principio de lesividad

También puede fincarse la crítica de los tipos de sospecha en su negación del principio de lesividad u ofensividad, de la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional, el límite más importante al poder estatal: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. De este modo, sólo habrán de ser relevantes para el sistema penal de un Estado constitucional de Derecho, aquellas conductas que ofendan bienes jurídicos, individuales o colectivos, total o parcialmente ajenos.

La letra del precepto constitucional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de otros —la acción justa aristotélica— recogido por Ulpiano en su definición de derecho, denominado con la máxima latina *alterum non laedere* (11) (Sampay, 1973: 38). Así, si el acto de una persona que daña los derechos de otro se encuentra prohibido por una ley penal, el corolario es una sanción punitiva. Como cara opuesta de la moneda, sólo cabe inhibir expresamente la realización de aquellas conductas que afecten los derechos de terceros dejando el resto en el ámbito de la libertad —juego armónico con el principio de reserva de la segunda parte de la norma, “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”—. En nuestra materia, ello también se nombra con una frase latina: *nullum crimen sine iniuria*.

La ofensa al bien jurídico será actual o potencial o, en otros términos, una lesión en sentido estricto o un peligro, de allí que lo primordial es la lesión del bien jurídico como único dato verificable en

(10) Por supuesto que tampoco pueden subvertirse las normas establecidas —bajo iguales condiciones— para la ejecución de la pena. Esta faceta del principio de legalidad se vio acrecentada por la judicialización de este ámbito, antes considerado exclusivo de órganos del ejecutivo.

(11) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha seguido esta línea de pensamiento en distintos precedentes. V., CSJN, 29/08/1986, “Bazterrica, Gustavo”. En: Fallos 308:1392; CSJN, 21/09/2004, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”. En: Fallos 327:3753; CSJN, 28/06/2008, “Bernald, Darío c. Bertoncini Construcciones S.A.”. En: Fallos 331:1488, entre otros.

la realidad, lo que se impone en un derecho orientado a la protección de bienes jurídicos, función, que como regla de conducta, comparte el Derecho penal con las restantes ramas del Derecho y con el conjunto de medidas comunitarias formales e informales que conducen a realizar el deber de no dañar a otro.

En los delitos de lesión existe una afectación directa del bien jurídico en forma de destrucción o menoscabo de la relación existente con el sujeto titular o del interés que fundamenta la norma; se exige un resultado material dañoso. En los de peligro, en cambio, existe una probabilidad de que el bien resulte lesionado, ya que la conducta del agente ocasiona una disminución del contexto de seguridad del bien jurídico frente a un probable daño. Se trata de una extensión de la punibilidad a ámbitos temporo-espaciales previos al daño efectivo del bien jurídico, y en muchos casos, al principio de ejecución del acto perjudicial. Con ello aparece alguna similitud entre los delitos de peligro —dentro de la terminología clásica— abstracto o de peligrosidad con los de mera sospecha.

Debido a la falta de certeza en la elaboración típica de la categoría estudiada, la lesión al bien jurídico aparece discutible, al menos, en dos aspectos: en primer lugar, no es posible indicar con precisión cuál es el bien o interés de terceros que se ve ofendido por el comportamiento del individuo supuesto por una operación inferencial —menos aún en un estado de cosas o calidad personal—; y en segundo lugar, tampoco es factible determinar correctamente la extensión o ámbito de protección de la norma —en palabras de Roxin— para verificar la existencia y modalidad de lesión al bien jurídico. Esta nebulosa en la que el legislador penetra tipificando delitos de sospecha, incumple con la exigencia de una calidad dañosa, o potencial y concretamente dañosa, (12) de los actos relevantes para el Derecho penal.

Entonces, con la modalidad delictiva estudiada se supone la existencia de una ofensa al bien jurídico, lo que de ningún modo cumple con el mandato de la Carta Magna. Si la conducta puede no existir también, puede ser inexistente la afectación al bien jurídico o, aún más, puede faltar el propio interés que se pretende proteger. Poco importa ello cuando se soslayan las garantías constitucionales apelando a una confirmación *in abstracto* de lesividad.

e. Derecho penal de acto

Tal como explicamos, los tipos de sospecha cercenan el principio de culpabilidad penal porque no vinculan subjetivamente al autor con su acto presuntamente lesivo del ordenamiento jurídico y la convivencia comunitaria, fundamento y fin del Derecho. Cuando ello sucede, se accede a un ámbito donde el acto —como único fenómeno relevante para el Derecho penal— se cambia por situaciones totalmente desvinculadas con los comportamientos subjetivos o por calidades personales que evitan la responsabilidad personal y la transforma en una culpabilidad por conducción de vida o de carácter con base en la peligrosidad del individuo. De esta manera, se incumple con la manda de los artículos 18 y 19 de la Carta Magna que imponen que solo las acciones humanas puedan ser sometidas al sistema penal.

La recta interpretación constitucional de ambas normas, determina que las acciones que serán motivo de la ley penal sólo serán las humanas, públicas, lesivas de bienes jurídicos y por el principio de culpabilidad, que puedan serles imputadas subjetivamente a sus ejecutores. Pero es claro que tal atribución sólo es posible cuando su esencia se halle presente, es decir, un comportamiento, lo que no es de ningún modo asimilable a un mero estado o circunstancia personal del autor. Es el llamado principio constitucional de acto o de exteriorización. No puede ser sometido a proceso una persona por “degenerado” o porque se lo “presuma” tal, sino por haber cometido o intentado un acto que afecte la integridad sexual de otro. De otro modo, se reincide en un derecho penal de autor propio de un positivismo peligrósista que no quedó en el pasado y se manifiesta en muchos tipos penales vigentes.

(12) La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Bazterrica, Gustavo” citado, sostuvo a través de los considerandos 9º del voto de la mayoría y 16 del voto concurrente del ministro Santiago Petracchi, que sólo los tipos de lesión y de peligro concreto se compadecen con lo preceptuado por el artículo 19 constitucional.

“En un sistema penal respetuoso de la regla fundamental establecida en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional, los rasgos de carácter o personalidad, la maldad de ánimo, los motivos abyectos o perversos del autor, aun cuando se hubiesen manifestado en la realización de un acto injusto, no son aptos para fundar en ellos el reproche penal, ni legitiman un mayor grado de culpabilidad que el derivado estrictamente del disvalor de la decisión de la acción perturbadora”. (Magariños, 2008: 100)

De allí que, cuando del estado o calidad del sujeto se colige la presencia de un delito, el tipo de sospecha es, además, un claro prototipo inconstitucional de Derecho penal de autor.

En la jurisprudencia, algunas de las cuestiones de índole constitucional señaladas recibieron tratamiento por parte de los Tribunales Constitucionales de España e Italia.

Un hito es la sentencia 105/1988 del Tribunal Constitucional español, (13) que analizó la constitucionalidad del antiguo artículo 509 del Código penal de 1973 que reprimía al “que tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación”. Bajo el amparo del principio de conservación de las disposiciones legales, (14) se declaró inconstitucional la interpretación del precepto que entendía la sola posesión de los objetos como una presunción *juris tantum* de su destino ilícito, (15) trasladando la carga de la prueba que destruya tal inferencia al imputado en violación de la presunción de inocencia. Esta sentencia constitucional de carácter interpretativo, establece que todos y cada uno de los elementos del tipo penal deben ser probados por la acusación, incluso la finalidad delictual de la posesión de los elementos “sin que por exigencia de la Ley tenga el acusado que realizar prueba alguna”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional italiano en la sentencia 370/1996, (16) declaró la inconstitucionalidad del artículo 708 del Código penal sobre el que Manzini “creara” la categoría estudiada. Se fundó la decisión en la inidoneidad de la figura para hacer frente a los enriquecimientos de procedencia ilícita de las últimas décadas, la ampliación del delito para la persecución de simples “sospechosos” de haber cometido otros delitos contra la propiedad y el déficit de taxatividad típica que permite su limitación a una sola categoría de personas, en violación de la presunción de inocencia del artículo 27, 2º párrafo, de la Carta Magna italiana.

Como puede observarse en el caso español, la declaración de inconstitucionalidad sólo de aquella interpretación que violenta la garantía de la presunción de inocencia deja vigente otra que no logra rebatir el resto de los cuestionamientos indicados. Amen de la presunción de inocencia, la posesión de los instrumentos destinados a realizar un robo con fuerza en las cosas sólo debe tener relevancia penal cuando se enmarca en el *iter criminis* de dicho delito contra la propiedad y no dentro de la equívocidad de los momentos anteriores. Es observable que se persigue un mero estado de cosas y no un acto, en detrimento del principio de exteriorización antes comentado. La relación, por lo demás, inexistente con el robo aun cuando se compruebe el destino que puede o no concretarse en hechos, afecta el principio de culpabilidad y demuestra la ausencia de un bien jurídico lesionado concreto, cuya falta de concreción en la norma, atenta contra la taxatividad legal del principio de legalidad penal.

(13) STC, 8/06/1988, nº 105/1988. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx> (Consulta: 28/04/2011).

(14) Por el cual se impide la declaración de inconstitucionalidad de una norma que admita una interpretación no contradictoria con la Constitución.

(15) Esa era la posición del Tribunal Supremo español en la sentencia STS, 27/05/1983, nº 872/1983. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> (Consulta: 28/04/2011), entendiéndose además que el delito admita su clasificación tanto como acto preparatorio como delito de sospecha, “característica de sospecha que hace que ciertas legislaciones estimen el delito sólo en los reincidentes”.

(16) CCost.It., 17/10-2/11/1996, nº 370/1996. Disponible en: <http://www.cortecostituzionale.it/actionGiurisprudenza.do> (Consulta: 28/04/2011).

En cambio, la sentencia italiana es más completa. Da cuenta de la violación que el artículo 708 del Código penal hace del estado de inocencia, por presumir un delito de la mera posesión de valores no acordes con las características personales del portante. Pero también se hace eco de que el precepto pertenece a un derecho penal de autor que limita su accionar sobre un determinado grupo de personas, determinado por el déficit de taxatividad típica.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso “Antiñir, Omar M. y otros” expresó, de modo similar al Tribunal español, que “en tanto se sujete la interpretación de los arts. 95 y 96, del Código Penal, a límites estrictos, que eviten que su aplicación se convierta en la mera atribución de responsabilidad objetiva y en un ‘delito de sospecha’ que invierta el *onus probandi*, tales normas resultan constitucionalmente admisibles” (CSJN, 4/07/2006, en: *Fallos* 329:2367).

IV. El artículo 259 del Código Penal Argentino

El delito de *Aceptación y ofrecimiento de dádiva* es un típico delito de sospecha, ejemplo paradigmático de lo que se viene sosteniendo que, tal como lo hiciera notar Edgardo Donna, “no (es) aceptable en un Estado de Derecho Democrático” (Donna, 2002:255). La norma en vigor textualmente establece: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año”. La primera parte de la norma —inspirada en el artículo 304 del Proyecto de Código penal de 1891— (17) se mantiene desde la sanción de nuestro Código penal —ley 11.179— en el año 1921 (Adla, 1920-1940, 85); la segunda parte, en cambio, fue añadida en 1964 por la ley 16.648 (Adla, XXIV-C, 2080) ante el reclamo de que sólo el funcionario fuera perseguido penalmente, y no quien ofrecía o entregaba el obsequio.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891, al explicarse la norma, se lee:

“... Prevé el caso, por desgracia harto frecuente para despreciarlo, del funcionario que admite regalos que le son presentados en consideración a su oficio. Este caso se asemeja a los demás de cohecho, en que el delincuente se propone corromper la conducta del funcionario, predisponiéndolo a su favor, y se distingue en que no aparece manifiesto el propósito de obtener inmediatamente un acto ilícito determinado de parte del funcionario. En un país republicano, con más razón que en cualquier otro país civilizado, los funcionarios públicos deben estar a cubierto de toda sospecha de inmoralidad, y, para ello, la ley penal debe reprimir los hechos que tiendan a arrojar esa clase de sospechas, como los regalos que la amistad particular no justifica y que son, por así decirlo, la forma más refinada (“refinada” en el original) del cohecho”. (Zaffaroni y Arnedo, 1996, t. 2: 477).

Como puede observarse del texto transcrito, la sospecha de corrupción del funcionario daba vida a la norma y fundaba la presunción de un actuar futuro favorable al dádivo, un tipo con mayor similitud a una falta a las reglas de actuación funcional que a un delito. Circunstancia que resultó determinante para la supresión de la figura del Proyecto de Código penal de 1941; para su redactor, el profesor José Peco, “el artículo 259 carece de sustantividad propia. Su contenido pertenece más a lo ilícito moral que a lo ilícito jurídico. El hecho merece antes una sanción administrativa que una sanción penal. Sólo cuando la dádiva se vincula a un acto de su oficio, aunque sea justo, cobra relevancia

(17) El artículo 304 del Proyecto de 1891 expresa: “El funcionario público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio, será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años”. Fue receptado por el artículo 278 del Proyecto de Código Penal de 1906 pero su origen se halla en el artículo 401 del Código penal español de 1870. En España, luego de distintas variaciones legislativas, la Ley Orgánica 5/2010 reubica el tipo penal de cohecho pasivo impropio —como se lo denomina— en el artículo 422 del Código penal mientras que la figura del cohecho activo impropio se halla inserto en el artículo 424 inciso 1º. No existen sentencias del Tribunal Constitucional de ese país que analicen cuestionamientos de índole constitucional como los que efectuamos respecto de la norma nacional, y su Tribunal Supremo ha seguido la posición tradicional en su aplicación. Véase, entre otras, la TS, Sala de lo Penal, 13/06/2008, sent. STS 3976/2008. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> (Consulta: 7/05/ 2011).

jurídico penal". (Zaffaroni y Arnedo, 1996, t.5: 448) En similar sintonía se habla de una norma "híbrida", "innecesaria" y "superabundante" al abarcar el cohecho la hipótesis del artículo 259: "... los hechos que estamos estudiando o son cohechos o no son nada" (Mallo, 1951: 317).

A pesar de lo dicho, el artículo 259 no ha recibido, en general, el rechazo de nuestros penalistas quienes —sin hacerse cargo de las observaciones que seguidamente se realizarán— lo vieron con beneplácito como forma de prevenir las conductas atentatorias del correcto funcionamiento de la administración pública. Se consideró —con mayor o menor hincapié en cuestiones morales o en calidades personales del autor— que lo reprimido es la "conducta inmoral" del funcionario por el "desprestigio que importa para la administración pública" (Gómez, 1941: 517), fin que resulta "loable" por "encerrar una forma particular de soborno" (Ramos, 1938: 269), "una forma impropia y leve del cohecho" (Buompadre, 2001: 223), fundándose la disposición en el interés del Estado en la "irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios" que se mella con la sola aceptación de la dádiva y sin otra conducta por parte de éste (Soler, 1970: 167). En otras palabras, se deduce de la estructura del tipo penal que el fin justificaría los medios, lo que de ningún modo puede ser suscripto.

Por el contrario, estimamos que las distintas objeciones de índole constitucional dirigidas a los delitos de sospecha en general, pueden ser cabalmente demostradas con la *Aceptación y Ofrecimiento de Dádivas*: las conductas del artículo se sancionan "porque se sospecha que detrás de ellas existe un funcionario público infiel" (Donna, 2002: 252).

En un análisis intrasistemático, teniendo en consideración al cohecho, es necesario requerir una desvinculación entre la entrega, ofrecimiento o admisión del obsequio, y la realización, omisión o retardo de un acto perteneciente a la competencia funcional del destinatario de la dádiva. De lo contrario, el artículo 259 se confundiría con esa figura. Esta situación y necesidad de deslinde es subrayada por toda la doctrina; no obstante, al quedar la recepción, ofrecimiento o entrega de la dádiva sin ninguna relación con un acto de la función —sino con la sola calidad del beneficiario—, se pierde de vista que se da por confirmada una presunción legal de ilicitud penal —realizada o por realizarse— sin participación del órgano jurisdiccional. En este contexto, se materializa la sospecha legislativa de delito con la sola subsunción del comportamiento en los parámetros objetivos del tipo penal, sin que un proceso judicial ratifique la existencia de "aquel" delito como elemento integrante del artículo 259, que solo se infiere su presencia de la admisión, oferta o entrega del presente.

La presunción *iuris et de iure* de la figura analizada viola claramente el estado de inocencia, puesto que no sólo el acto disvalioso sospechado se presume de actos posteriores sin que sea objeto de corroboración procesal sino que —como dato necesario—, ni siquiera integra la imputación del acusador, quien posee la carga de demostrar cada uno de los elementos que la fundan. Aun cuando la norma no lo exprese literalmente como el artículo 268 2. citado, al no imponerse al acusador la carga de comprobar el suceso ilícito presumido que fundamenta la represión del comportamiento del artículo 259 —la verdadera lesión al bien jurídico—, se invierte implícitamente el *onus probandi* y con él se trastoca el debido proceso constitucional, colocando al acusado en la necesidad de resistir probatoriamente lo que nunca será acreditado en juicio y que, por tal razón, no debería determinar el dictado de una condena. Esta consecuencia decreta la desaparición de la presunción de inocencia como pilar del proceso penal. Además, y tal como dijimos, la mera inferencia no demuestra su existencia real y concreta, de lo que se deduce que el hecho presumido bien pudo no haberse concretado en la realidad. Pese a lo cual, se lo tiene por existente o, peor aún, por existir. (18)

Siguiendo la línea de análisis, es posible visualizar que el tipo penal se contradice con el principio de culpabilidad, ya que no puede vincularse subjetivamente la conducta desplegada por el agente de admitir, recibir u ofrecer una dádiva debido a la calidad de funcionario público del receptor, con

(18) En la doctrina española se ha entendido que el delito de cohecho pasivo impropio funciona como una garantía de la futura legalidad o imparcialidad de los actos administrativos por ser el preludeo de futuras ilegalidades venales (MIR PUIG, 2011).

un hecho del cual ni siquiera se puede predicar su existencia concreta. La presunción *legis* de que el funcionario que admite un obsequio que se le hace por su carácter de tal, es o será autor de conductas que afectan el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, o que quien la ofrece o entrega intenta que aquél cometa un ilícito, no puede formar lógicamente parte de la información que permita al agente motivarse en el cumplimiento de la norma y hacerlo reprochable penalmente. Es más, a nivel de la tipicidad subjetiva, nadie podría sostener válidamente que lo “presumido” es efectivamente conocido por el sujeto al recibir o entregar la dádiva.

Sentado ello, es observable que la falta de certeza de la disposición no puede admitirse desde la óptica de la *lex certa* del principio de legalidad penal. Los hechos disvaliosos supuestos por el legislador al crear el precepto, directamente no aparecen en la descripción típica, lo que contraría la certeza que debe poseer toda norma penal dictada conforme a los postulados constitucionales. De lo contrario, y tal como lo adelantamos, es ficticia toda la base de conocimiento fundante de la imputación subjetiva y de la culpabilidad a la que nunca accedió el sujeto.

Examinar la lesividad de las conductas, tampoco lleva a buen puerto. En primer lugar, no es posible salvar la endeble situación normativa aludiendo a la “insospechabilidad e irreprochabilidad” de los funcionarios como fundamento de la norma como lo hace Soler, sin caer en la cuenta de que se tratan de meras sensaciones eminentemente subjetivas del intérprete, o aún, calidades personales que se adjudican a ciertas personas. Pero de allí a imaginar una lesión a las actividades de la administración pública, hay un gran trecho.

El hecho de que un funcionario público, mientras ejerce su función y en razón de la misma, admita una dádiva que se le ofrece sin que por ello lleve a cabo ninguna acción perjudicial para la administración del Estado, no puede ser más que una conducta reprochable disciplinariamente pero nunca un delito por carecer de la lesividad que determina Carta Magna nacional. Del mismo modo, podrá ser éticamente censurable que un particular ofrezca un regalo a un funcionario público en razón de tal y sin exigir ningún acto de su parte, quizás mal visto socialmente, pero no parece que ello afecte de sobremanera el curso de las tareas de la administración pública si no desencadenó un actuar dañoso de parte de su destinatario.

La exigencia de una afectación a las funciones de la Administración resulta también de la formulación que tanto la Convención Internacional como la Convención Interamericana contra la Corrupción hacen de los ilícitos penales o “actos de corrupción”. (19) Ninguno de los tratados posee un tipo similar, sino solo las figuras de soborno o cohecho activo y pasivo, demandando siempre una acción u omisión funcional del destinatario del beneficio. (20) Por su parte, la ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, admite la recepción de “obsequios de cortesía o de costumbre diplomática” (21) —aun cuando los somete a un régimen especial— dejándolos fuera de la norma en estudio por no afectar el bien jurídico, ratificándolo su reglamentación que reconoce los obsequios entregados “por razones de amistad, cortesía, protocolo o costumbre diplomática”. (22) De igual modo, en la legislación específicamente administrativa, se rechaza la admisión de dádivas salvo de aquellos “regalos o

(19) Convención Internacional contra la Corrupción, Capítulo III “Penalización y aplicación de la ley”; Convención Interamericana contra la Corrupción, artículo 6º “Actos de corrupción. Ambos tratados fueron ratificados por el Estado argentino por las Leyes 26097 y 24789 y son de superior jerarquía al Código Penal de conformidad con la letra del artículo 31 constitucional.

(20) La Convención Internacional contra la Corrupción, en su art. 30 inc. 9º, somete la tipificación, persecución, sanción y medios de defensa de los delitos por ella previstos, al derecho interno del Estado Parte, lo cual no permite suponer que esos ilícitos puedan excluirse de la vigencia de los principios y garantías constitucionales que informan nuestro sistema legal penal.

(21) Art. 18, ley 25.188 (Adla, LIX-E, 5292). Ética en el Ejercicio de la Función Pública. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 01/11/1999.

(22) Art. 21, decreto 164/1999, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 07/11/1999.

beneficios que por su valor exiguo, (23) según las circunstancias, no pudieran ser razonablemente considerados como un medio tendiente a afectar la recta voluntad del funcionario”, (24) lo que deja indemne la necesidad de que el receptor genere una lesión a la actividad del Estado. (25)

Como bien dice Donna, en el fondo, el artículo 259 castiga tales conductas “porque se sospecha que detrás de ellas existe un funcionario público infiel” (Donna, 2002: 252), más no se persigue el acto de infidelidad lesivo de la administración, que es captado por alguna otra figura. El autor podrá ser “infiel”, “inmoral”, “corrupto” o “venal”, pero ello no justifica el mantenimiento de una disposición que lo sancione por sus características personales o por un acto que no produce un detrimento al funcionamiento normal de las actividades estatales. Se oculta un tipo penal de autor que desoye el principio constitucional de acto tras la aparente legalidad de concebir, como conductas vedadas, las aludidas por la norma.

V. Conclusiones

La supervivencia de delitos de sospecha es indudable. La pugna entre el Estado de Derecho y el de Policía hace posible que se filtren estas figuras en las legislaciones penales, aún de los países considerados de mayor desarrollo técnico-jurídico. Un recorrido por distintos Códigos penales así lo demostrarían, pero es una tarea ajena a estas consideraciones.

Lamentablemente, la supresión de la categoría referida de muchas obras generales de nuestra materia, se contraponen a la vitalidad aludida. Su valor no es meramente histórico; su utilidad radica en el cúmulo de información sintetizada que aporta, alertando al intérprete de las garantías y principios constitucionales violados mediante esta modalidad legislativa. Su desaparición de los Códigos penales es una preocupación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “la definición de un delito que se base en mera sospecha, ..., revierte el peso de la prueba, viola la presunción fundamental de inocencia y debe eliminarse”. (26)

Los tipos de sospecha o “sospecha de un delito” concretan la presunción legislativa de un acto dañoso basado en conductas, estados de cosas o calidades personales que pueden tener o no alguna vinculación con el hecho supuesto, que no es exigido ni siquiera confirmado en el proceso penal. Incluso, bien pudo no haber existido, ya que nada hay que probar ante la omnipotencia del legislador. Se verifica en ellos, una innegable violación a los principios de inocencia, culpabilidad, lesividad, legalidad y de acto como lo explicamos y que estimamos haber demostrado con el paradigmático artículo 259 del Código penal argentino.

La supervivencia de esta categoría es incuestionable. Por tal razón, merece un detenido estudio en pos de su completa eliminación de las legislaciones penales, vigorizando así su función esencial de denuncia, necesaria en el proceso de saneamiento.

VI. Bibliografía consultada

BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*. Corrientes: Mario A. Vieira, 2001.

(23) MUÑOZ CONDE (1999:961) entiende, con razón, que los obsequios o dádivas que no pasen de cuantías moderadas o propias de los usos sociales o amistosos, resultan atípicos a los fines del cohecho pasivo impropio.

(24) Art. 38 inc. c), Decreto 41/1999. Código de Ética de la Función Pública, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 03/02/1999.

(25) Aun cuando no resulte objeto de este trabajo, debemos observar que la no ejecución de las leyes que le incumben al funcionario público —como es la recepción de una dádiva contraviniendo las reglas de la función— lo pueden llevar a incurrir en una infracción al artículo 248 del Código penal; pero esta objeción es más bien relativa, ya que el “incumplimiento de los deberes funcionales” del tipo mencionado exige también una afectación al bien jurídico Administración Pública que, en casos como el estudiado, no logramos visualizar.

(26) CIDH, 14/03/1997, Informe Anual 1996 (Perú). Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/IA1996CapV4.htm> (Consulta: 1/02/2011)

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

CREUS, Carlos. *Delitos contra la administración pública*. Buenos Aires: Astrea, 1981.

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal. Parte especial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002, t. 3.

EIMERIC, Nicolau y PEÑA, Francisco. *El manual de los inquisidores*. Barcelona: Muchnik, 1996.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. "Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP", EN: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, 1993 46 2, 629-678.

GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1941, t. 7.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1951, t. 3.

LANGEVIN, Julián Horacio. "'Veritas non auctoritas facit iudicium'. Sobre la relación entre el principio in dubio pro reo y los delitos de robo con armas, portación de armas de fuego y tenencia de estupefacientes (arts. 166, inc. 2º; 189 bis, inc. 2º, Cód. Pen., y 14 de la Ley 23.737)", EN: *Revista de derecho penal*, 2008-I, Delitos de peligro-II, 363-397.

MAGARIÑOS, Mario. *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

MAIER, Julio Bernardo José. *Derecho procesal penal. Fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, t. 1.

MALAGARRIGA, Carlos. *Código penal argentino*. Buenos Aires: Librería Cervantes, 1927, t. 3.

MALLO, Mario Martín. *Código penal argentino comentado y sus leyes complementarias*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1951, t. 3.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1948, t. 2.

MIR PUIG, Carlos. "El delito de cohecho en la reforma del Código Penal", EN: *La Ley*, España, n° 7603, 4 de abril de 2011. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params> (Consultado: 1 de mayo de 2011).

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*. 12ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

RAMOS, Juan Pedro. *Curso de derecho penal*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1938, t. 5.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Problemática constitucional de los tipos penales abiertos, los delitos de autor y los delitos de sospecha", EN: *Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires*, 1987-A, 501-509.

SAMPAY, Arturo Enrique. *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1970, t. 5.

TERÁN LOMAS, Roberto. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1980, t. 1.

TERRAGNI, Marco Antonio. *Delitos propios de los funcionarios públicos*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005.

THOT, Ladislao. *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal (Arqueología criminal)*. La Plata: UNLP, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1940.

TOZZINI, Carlos Antonio. *Garantías constitucionales en el derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005

ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNEDO, Miguel Alfredo. *Digesto de codificación penal argentina*. Buenos Aires: A-Z, 1996, t. 2 y 5.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002. ♦

Las funciones de la Corte Suprema: en el tránsito hacia un nuevo modelo

POR ROBERTO O. BERIZONCE (*)

Sumario: I. La CSN “poder” de Estado: sus funciones institucionales como tribunal de garantías y como casación constitucional.- II. Los distintos caminos para lidiar con la sobrecarga.- III. La razonabilidad de los límites al acceso a los tribunales superiores.- IV. La misión institucional como tribunal de garantías: ¿cómo dar cobijo a la arbitrariedad de sentencia y a los crecientes conflictos de interés público?- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

“... la Corte *puede casi todo*. Es muy difícil –salvo su prudente e imprescindible *self restraint* –ponerle diques de contención *a priori* e intentar amarrarla a la órbita técnica que dibuja el rostro de una Corte de Garantías diferente al de una Corte de Casación, o a un Tribunal Constitucional concentrado... *Nuestra Corte es todo eso y mucho más*”.

(Morello, 2002: 122)

Resumen

En el presente trabajo se propone un análisis de las funciones institucionales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como tribunal de garantías en el marco de un creciente aumento del cúmulo de los conflictos. A través de un enfoque sociológico y valorativo, con sustento en el derecho comparado, se tematizan los distintos “filtros” de que se valen los tribunales para poder gobernar esa masa de conflictos y salvaguardar sus misiones institucionales.

Palabras clave: Corte Suprema de Justicia de la Nación – Tribunal de garantías – Conflictos

The functions of de supreme court: in transit to a new model

Abstract: The purpose of the present paper is to analyze the institutional functions of the Supreme Court of Justice of the Nation, as court of guarantees, in the context of a growing increase of conflicts. Through a sociological and evaluative approach, supported in Comparative Law, are treated the different ‘filters’ that use the courts to govern this mass of conflicts and to safeguard their institutional missions.

Key words: Supreme Court of the Nation – Court of guarantees – Conflicts

I. La CSN “poder” de Estado: sus funciones institucionales como tribunal de garantías y como casación constitucional

1. El modelo de la Constitución histórica y su evolución

Son bien conocidos los antecedentes del modelo (Taruffo, 2010: 649) (Carpi, 2010: 629)⁽¹⁾ adoptado por nuestros constituyentes históricos para la organización del Poder Judicial de la Nación, adscripto al paradigma instaurado por la Constitución de Estados Unidos de 1787, con la Corte Suprema en el vértice de un verdadero y propio poder de Estado (Morello, 1999: 7 y ss.) (Morello: 2005a: 150-151) (Oteiza, 2010: 669 y ss.) (2). Paralelismo que se concretó con el seguimiento sustancial que del esque-

(*) Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata.

(1) Para una comparación de los principales modelos de Corte Suprema -angloamericano, alemán y franco-italiano-, en referencia a las dos funciones tradicionales que se les adjudican, véase Taruffo -2010- y Carpi -2010-.

(2) En la obra de Oteiza -2010- véase especialmente pp. 708 y ss.

ma de la *Judiciary Act* de 1789, derivó en las leyes 27 de 1862 y 48 de 1863, especialmente esta última que estatuyera el recurso extraordinario federal, reglamentando la previsión constitucional (actual art. 116 CN).

I.1. La ulterior evolución de la organización y funciones de ambos Altos Tribunales permite advertir, todavía, trayectorias signadas por similares escollos –que, podría sostenerse, universalmente consustanciales a todos los órganos jurisdiccionales superiores o supremos- y que han derivado en la insuperable sobrecarga de tareas que, con flujos variables, termina por ahogarlos en su razonable capacidad de abastecer las respuestas que se les requieren como tribunal de garantías constitucionales.

Más precisamente, un similar paralelismo puede rastrearse entre al menos dos de los “remedios” que, aquí y allá, se han pergeñado para de algún modo contrarrestar la sobresaturación de las Cortes: el *writ of certiorari* americano y su *alter ego*, el *certiorari* “criollo” (Morello, 1989: 443); y, ahora, la cercanía entre las *Rules of the Supreme Court of the United States* (Bianchi, 2004: 1381) (Pizzolo, 2007: 34) y las reglas que disciplinan la técnica de nuestro recurso extraordinario a partir de la Acordada CSN N° 4/2007.

I.2. Bien que, huelga recordarlo, nuestras instituciones presentan singularidades típicas que las diferencian de sus modelos no solo en su formulación teórica sino también en la aplicación práctica realizada por el Alto Tribunal.

Su más genuina y original creación pretoriana ha sido, sin duda, la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, que le abrió el camino para revisar excepcionalmente lo decidido por los tribunales superiores cuando se debaten cuestiones de derecho común y de naturaleza procesal, particularmente la apreciación sobre los hechos y las pruebas. Fue suficiente para ello acordar al concepto de “cuestión federal” una inteligencia adecuadamente amplia. Semejante doctrina que no obstante su generalidad implicaba a través de su aplicación acotar el recurso extraordinario dentro de fronteras conceptuales aceptablemente determinadas (Carrió, 1982: 226-227), terminó erigiéndose paulatinamente en el principal factor determinante de la sobresaturación de causas a decisión del Tribunal. El principal instrumento de que se vale para cumplir su misión, en sus sucesivos desarrollos pasó de esa manera desde una etapa inicial restrictiva en cuanto a su ámbito, hacia otras instancias de sucesivo ensanchamiento por virtualidad de la doctrina de arbitrariedad de sentencia, generosamente acogida en diversos períodos (3), y aún a despecho de los diversos frenos y condicionamientos que se fueron ensayando.

En las tres últimas décadas se acudió primero a la reinterpretación del requisito del superior tribunal de la causa cuya sentencia abre la competencia de la Corte Federal (4); luego por vía legislativa a la creación del denominado “*certiorari argentino*”, que 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, texto ley 23.774 de 1990) (5) (Morello 1999: 583; 1997, *passim*); (Palacio, 1997: 26-30), y que generara una riesgosa juris-

(3) Otro factor de distorsión derivó en su momento del art. 19 de la ley 24.463, de 1995, en cuanto establecía un recurso de apelación ante la Corte en las causas previsionales que la convertía en un tribunal de instancia común, y que fuera declarado inconstitucional (véase el caso “Izcoovich Mabel c. ANSES”, s/reajustes varios). Conf.: Morello (2006c: 371); Gelli (2005: 1388). La Ley 26.025 suprimió ulteriormente la competencia de la Corte.

(4) Véase el fallo J. L. Strada y otros. Para el análisis de sus antecedentes y alcances véase Morello (1999: 280-300; 2005b); Palacio (1997: 99-116).

(5) Los datos estadísticos son naturalmente cambiantes, pero salieron de madre a partir de la aguda crisis económico-social de fines de 2001. Para evitar distorsiones, nos focalizamos en los guarismos correspondientes al año 2000; en ese período el número de causas ingresadas en la CS fue de 6.802, de las cuales se fallaron 6.167; el 85 por ciento de las mismas, aproximadamente, que tenían sustento en agravios canalizados por vía de la doctrina de la arbitrariedad, en sus diversas variantes, fueron descartados por aplicación del *certiorari*, con la sola mención

dicción discrecional (6) (Morello, 1997: 9-29; 1998a: 350-359; 1999: 674) y el paralelo “desfallecimiento” de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencia. En el mismo marco puede apuntarse el criterio que emplaza en instancia previa ineludible, como superior tribunal de la causa, a la Cámara Nacional de Casación Penal (7), con el agravante que deja abierto significativos interrogantes en punto a la capacidad de respuesta de la propia Casación frente al nuevo desafío de abastecer su ahora mucho más dilatada competencia (8) (Morello y González Campaña, 2005: 1149) (Ledesma, 2008: 57) y lo propio cabe señalar de aquella línea decisoria que limita el ámbito de su jurisdicción originaria (9). La última intervención ha provenido de la Acordada CSN N° 4/2007, tendiente a esquematizar y normalizar la técnica recursiva.

Todos ellos han sido inoperantes para frenar la avalancha de recursos y la saturación del Tribunal llegó –especialmente desde el colapso económico de fines de 2001– a niveles insoportables que prácticamente se mantienen hasta la actualidad (10).

2. La situación actual de extrema sobrecarga y sus consecuencias

La sobresaturación de asuntos produce varios y conexos efectos perversos:

a) incide negativamente en la capacidad razonable (humana) de respuesta del Tribunal. Cuantitativamente el desborde le impone la necesidad de sacrificar la debida atención de alguna de sus misiones institucionales y, en la elección, inevitablemente a menudo queda desvalorizado tanto el rol principal como tribunal de garantías como aquel de casación constitucional (11). Se socava la capacidad de respuesta en uno y otro cuadrante. Sin que, por ello, se genere una mejora cualitativa en las decisiones. La lógica interior no permite abastecer con solvencia ni la una ni la otra.

b) el cúmulo condiciona fuertemente los esfuerzos para el adecuado manejo de la masa de los casos (*case management*). En los conflictos individuales se superponen decisiones con riesgo cierto de soluciones contradictorias con el consiguiente desmedro de la igualdad y la seguridad jurídica particularmente en los procesos repetitivos, o que versan sobre derechos individuales homogéneos, a falta de una reglamentación que prevea su tratamiento conjunto o unificado.

c) al “desfallecer” la atención de los casos de arbitrariedad, consecuencia principalmente de la aplicación del *certiorari* negativo, se desbarata el objetivo esencial de la *uniformidad* de la exégesis normativa (12), no ya en términos de la casación de derecho común –que no constituye misión prístina

del art. 280 CPN. Conf. Morello (1998a: 138-141). La información actualizada se puede ver en www.csjn.gov.ar. Para un análisis exhaustivo véase Rojas (2005: 546).

(6) Instrumento exótico a los hábitos del foro, además de demostrarse insuficiente para descargar a la Corte del cúmulo de trabajo que la ahoga, ha generado sospechas en cuanto a su discrecional utilización, devaluando aún más la confianza de la gente en nuestro más Alto Tribunal. (Morello, 1999: 679).

(7) Véase CSJN, 23-08-2005, “Lucero C. A. s/ recurso de casación”.

(8) Véase nota a fallo del caso “Lucero” (Morello y González Campaña, 2005:1149).

(9) Otra significativa restricción de los límites de la competencia de la CSN se deriva de la reciente doctrina que limita el ámbito de su jurisdicción originaria; véase el caso Barreto A. D. y otra. Conf.: Morello (2006a: 597).

(10) A finales de 2005, la CSN difundió un exhaustivo estudio empírico de la situación límite en que se encontraba. Conf.: Morello (2006b: 304 y ss.).

(11) Sobre el rol político-institucional de la Corte véase: Bidart Campos (1984); Santiago (h) (1999); Morello (2005a); Oteiza (2010: 717-721; 2008: 339 y ss.).

(12) Bien que sea de resaltar la relatividad de tal mentada uniformidad en un sistema como el nuestro, en que los fallos del Alto Tribunal no generan por regla jurisprudencia vinculante, o estrictamente obligatoria. Sin abrir aquí capítulo sobre este tema tan arduo, conviene al menos resaltar la autorizada opinión que asevera que el acatamiento de los fallos de la Corte por parte de los tribunales inferiores tiene efectos similares al que produce en los países del common law y que nuestro máximo tribunal aplica de hecho y por vía de sus poderes implícitos, el principio *stare decisis* (Bianchi, 2001: 353, 362-369). La división en este aspecto entre los dos sistemas o tradiciones jurídicas –common law y civil law– hoy es más aparente que real, y hasta podría considerarse desactualizada

de la Corte-, sino del objetivo esencial de casación constitucional enderezada a mantener la supremacía de la Ley Fundamental a través de la revisión judicial de los actos de los poderes estatales.

d) lo último, aunque no menos principal, resta espacios y fuerzas necesarias para desarrollar y profundizar la tan valiosa tendencia que se avizora en el quehacer más reciente de la Corte, en el sentido de adentrarse en el conocimiento de los *conflictos de interés público, estratégicos*. Precisamente, es a través de la decisión de tales casos que el tribunal tiene oportunidad de ejercer en plenitud su rol trascendente de tribunal de garantías constitucionales, que brinda consistencia a todo el sistema.

Es a la vista de semejante estado de situación asaz complejo que cobran una nueva virtualidad ciertos interrogantes que, aunque presentes de uno u otro modo desde siempre acompañando las vicisitudes de su desarrollo, exigen ahora más que nunca respuestas sensatas y realísticas (13). Las principales pueden sintetizarse en: ¿cómo liberar al Alto Tribunal del pesado lastre que arrastra y posibilitar que, con una carga razonable y manejable, quede en condiciones de cumplir más cabalmente sus misiones político-institucionales? ¿Cómo preservar los límites de la completividad de su competencia constitucional sin desbaratar toda la trabajosa y tan fructífera construcción de la doctrina de la arbitrariedad? (14). Normalizada hipotéticamente la carga de trabajo, ¿cuáles serían las líneas operativas maestras en las que podría acentuarse la presencia rectora del Alto Tribunal? A tales interrogantes y sus respuestas nos referiremos a continuación.

II. Los distintos caminos para lidiar con la sobrecarga

Las extraordinarias dificultades que presenta el problema tan complejo de la sobrecarga, ha alentado la búsqueda obsesiva de técnicas, procedimientos e instituciones que sucesiva, y aun simultáneamente, han sido experimentadas en aras de un anhelado desahogo de las causas.

1. Conviene advertir inicialmente un dato esencial: las distintas proposiciones han apuntado, por diversos caminos, exclusivamente a resolver la asfixia del Alto Tribunal. A ese objetivo tienden las doctrinas del caso “Strada” y sus complementarias sobre el emplazamiento de los órganos locales como Superior Tribunal de la causa, para erigirlos en “filtro” de las cuestiones federales –y, entre ellas, de la arbitrariedad de sentencia-, tanto como el *certiorari* negativo, y aún la idea de los tribunales intermedios. Mientras el *certiorari* solo persigue la reconducción del ámbito de la competencia revisora de la Corte para, a través del alivio de su cometido, rescatar su primigenia y genuina misión institucional, en cambio la doctrina pretoriana del caso “Strada” tanto como la idea de los Tribunales intermedios –incluyendo la Cámara Nacional de Casación Penal-, de una u otra manera, se hacen cargo del “rezago” tan significativo de las sentencias arbitrarias derivándolo sea a los tribunales superiores locales ya a tribunales intermedios.

2. Sin embargo, *todas estas “soluciones”* y otras propuestas por la doctrina, como la división en salas del Tribunal (Bianchi, 1988: 971-977) (Rosales Cuello, 1993: 994), *parecen, apuntan más a los efectos del fenómeno* –la sobrecarga-, que por otra parte es común a la inmensa mayoría de los tribunales nacionales, locales y aún a los supranacionales, que a sus causas. Y ello conduce inevitablemente a *trasladar el problema antes que a resolverlo*. Por razones diversas y complejas que aquí no cabe abordar, la sobrecarga no solo ahoga a la Corte, también sufren la saturación los tribunales inferiores. La natural apertura de la jurisdicción por el mayor acceso a la justicia fruto del mejor conocimiento

(Bianchi, 2001: 363-365). El control difuso de constitucionalidad iguala a los sistemas jurídicos del common law y del derecho legislado, pues existe una Constitución suprema y una Corte que es su intérprete final (Solá, 2001: 213). Sobre el punto, asimismo, ampliamente: Oteiza (2010: 677 y ss.).

(13) Análisis exhaustivos de diversas propuestas pueden verse en Carrió (2003: 9 y ss.). Asimismo, Garay (2003: 25 y ss.).

(14) No pueden desconocerse los genuinos méritos de la doctrina de la arbitrariedad, notoriamente consolidada, y que –como expresa Morello– no hizo otra cosa que darle vida al principio preambular de afianzar la justicia, asignándole a la casación federal una función de carácter dikelógico con el propósito de que ésta no solo ejerza el control de razonabilidad de las normas generales, sino también la lógica en la norma individual “sentencia”. (Morello, 1999: 680).

de los derechos de los ciudadanos, la valoración constitucional de ciertos derechos y garantías preferenciados en la estimativa social, el fenómeno negativo de la exacerbación de la litigiosidad, entre diversos ingredientes y sin descartar otras razones con igual incidencia, integran un cuadro de situación común cuyas líneas tendenciales dibujan escenarios que, con tales características, cabe avizorar perdurarán y aún se acentuarán en su proyección en los tiempos venideros.

En ese contexto, parece irrefutable que el descongestionamiento de las causas debe erigirse en *objetivo de todo el sistema de justicia, no solo como respuesta para el agobio de los tribunales superiores*. Las propuestas al uso son conocidas –estímulo de medios alternativos de solución de conflictos e inserción en la instancia preliminar del proceso civil (Berizonce, 2010: 1306 y ss.), mejor preparación y concientización de los operadores jurídicos, especialmente los abogados; perfeccionamiento de los recursos humanos del Poder Judicial, adecuada selección, capacitación, estímulos; el mejoramiento de la gestión de las causas (*case management*); la regulación adecuada de los procesos colectivos y un largo etcétera. Sintéticamente: *si funciona de modo adecuado la primera instancia, automáticamente se alivia la carga de los tribunales superiores* (15). (Morello, 1998a: 139).

2. Técnicas procesales de desahogo integral de las causas que se acumulan en el sistema judicial. Una visión comparativa

Existen todavía otros mecanismos procesales cuya operancia puede contribuir eficientemente al objetivo central de evitar la multiplicidad de las causas. El propósito de estas reflexiones es, precisamente, llamar la atención sobre ellos, a partir de una visión de la legislación comparada.

A. Los procesos repetitivos

Al margen de la regulación de los procesos colectivos –todavía pendiente entre nosotros– existe una realidad que está constituida por las denominadas *causas repetitivas o seriadas*, que se promueven individualmente para reclamar los mismos derechos bajo idénticas o similares situaciones y que, por su extraordinaria cantidad, atiborran los estrados judiciales en todas las instancias, incluyendo la de los tribunales superiores. Semejantes conflictos envuelven generalmente a entes jurídicos privados que se enlazan con los particulares mediante contratos de adhesión –instituciones financieras de salud, y enseñanza, etc.– y, especialmente, a las administraciones públicas, como consecuencia de actos o situaciones que involucran a una pluralidad de sujetos –relación de empleo público, seguridad social, situaciones fiscales y tributarias, etc.–. La litis, en todos esos casos, se caracteriza por centrarse en cuestiones de derecho, mientras que las fácticas son accesorias y solo influyen en la cuantificación particular del resarcimiento, cuando corresponde.

Se trata de supuestos genéricamente denominados de reparación de daños individualmente ocasionados, que versan sobre intereses esencialmente divisibles cuyo tratamiento concentrado –“macro-litis”– se sustenta en su origen común y razones de estricta conveniencia. Es una especie dentro de la familia de los derechos individuales homogéneos. (Berizonce y Giannini, 2003: 63-65) (Giannini, 2007: 41; 2008: 97).

Para esas causas repetitivas es preciso articular un régimen propio, con dogmática específica destinado a brindarles solución prioritaria, racional y uniforme, diversa y complementaria de la regulación más genérica de la tutela de los derechos individuales homogéneos. (Carneiro da Cunha, 2010: 139 y ss.) Son “macro-litis” que requieren definición judicial urgente a fin de brindar orientación jurídica

(15) Más que restringir la competencia de los tribunales superiores con mecanismos de selección de los recursos, que inevitablemente por el camino de la “sana” discrecionalidad son propensos a desbarrancarse en la arbitrariedad, debe repensarse el sistema recursivo de modo de recrear la devaluada jurisdicción de primer grado (Baptista da Silva, 1999: 162-163). No deja de ser sintomático que nuestros legisladores pretendan reducir la morosidad de la justicia a través del perfeccionamiento del sistema recursivo, sin jamás preocuparse con la causa verdadera del fenómeno que reside, ciertamente, en el estilo de la función jurisdiccional, con el consiguiente menosprecio por la jurisdicción de primer grado (Baptista da Silva, 1999: 163). Desvío que ya denunciara Cappelletti en 1968 (Cappelletti, 1974: 278).

necesaria para los litigantes que evite la promoción nuevos procesos y, con ello, la congestión de todo el sistema jurisdiccional. La uniformización jurisprudencial de las decisiones constituye garantía de igualdad y de seguridad jurídica, de ahí la necesidad de articular un sistema de juzgamiento típico diferenciado, que se integra con técnicas procesales diversas exhibidas en la legislación comparada, como la de la causa “piloto” (16), el incidente colectivo (17), la acumulación o reunión de causas (18), el *group litigation order* incorporado a las *Rules of Civil Procedure* inglesas de 2000 (19), o las simples acciones asociativas (20).

En el derecho brasileño, se ha conformado un sistema para atender los procesos repetitivos, cuya proliferación se adjudica a la Administración pública considerada responsable de más del ochenta por ciento de los recursos pendientes ante los tribunales superiores. Tal sistema se ha integrado en el plano constitucional e infraconstitucional, comprendiendo una serie de técnicas diversas: a) creación de la “*súmula*” vinculante del Superior Tribunal Federal (STF); b) filtro de la “repercusión general” de las cuestiones para la admisibilidad del recurso extraordinario, creado por la Enmienda Constitucional n° 45/2004 y reglamentado por ley 11.418/06 (arts. 543-A y 543-B agregados al CPC), con trámite de “caso piloto” seleccionado por muestreo y virtualidad de la decisión sobre el fondo en relación a todos los procesos similares suspendidos; c) juzgamiento de los recursos especiales por el Superior Tribunal de Justicia (STJ) por muestreo (ley 11.672/08, que introdujo el art. 543-C al CPC); d) “*súmulas*” de jurisprudencia dominante impeditivas de recursos (arts. 479, 557, 515, CPC); e) juzgamiento anticipado de mérito (art. 285-A, CPC, introducido por ley 11.277/06), en casos de improponibilidad jurídica de la demanda, con contradictorio diferido. (Pellegrini Grinover, 2008: 1 y ss.) (Porto Sá Pinto, 2010: 117 y ss.)

B. Las “*súmulas*” vinculantes

En Brasil (21), las soluciones a la sobrecarga se fueron tentando primero a través de reformas orgánicas y la distribución de competencias entre los tribunales superiores (Barbosa Moreira, 2005: 31-35), luego mediante mecanismos específicos, la “argución de relevancia” y su versión más reciente a través del instituto de la “repercusión general” como requisito para la apertura de la competencia de los tribunales superiores (Arruda Alvim, 2005: 63 y ss.) (Baptista da Silva, 1999: 145 y ss.) (García Me-

(16) Sobre el sistema alemán de procedimiento modelo o patrón inspirado en la causa “piloto” ver Cabral (2007: 131 y ss.) y también Carneiro da Cunha (2010: 151-153).

(17) El anteproyecto de Código de Proceso Civil brasileño de 2010, que perfecciona el sistema de las *súmulas* vinculantes y el régimen de juzgamiento conjunto de recursos especiales y extraordinarios repetitivos, con la finalidad de la uniformación de la jurisprudencia, crea con inspiración en el derecho alemán el incidente de resolución de demandas repetitivas (Código de Processo Civil. Anteproyecto. Senado Federal. Presidencia, Brasilia, 2010, Exposición de motivos; arts. 895-906). Sobre el incidente en el anteproyecto véase Mendes Lobo (2010: 233 y ss.)

(18) En el ordenamiento jurídico portugués, el dec-ley 108/2006 que creó el régimen procesal experimental ha tenido entre sus finalidades instituir un tratamiento especial para los litigios de masa, caracterizado por la denominada acumulación de acciones. Un mecanismo similar se aplica a los procesos contenciosoadministrativos. Véase Carneiro da Cunha (2010: 153-157). Asimismo Ferreira da Silva (2010: 477 y ss.)

(19) El procedimiento se caracteriza por su extrema flexibilidad y los amplios poderes conferidos al juez para reunir en el grupo los casos cuya materia de hecho y de derecho sean los mismos. La decisión resulta vinculatoria para todas las partes registradas, incluso litigantes futuros, conforme al sistema de opt in, centrado en la adopción de un registro de pretensiones vinculadas al juzgamiento de las cuestiones comunes. (de Castro Mendes, 2002: 59 y ss.)

(20) Se utilizan en Italia, Francia y Alemania, mediante acciones individuales, por tal razón habitualmente criticadas. (Porto Sá Pinto, 2010: 129-130)

(21) Destaca Ovidio Baptista da Silva (1999: 156) que los recursos ingresados a la Suprema Corte crecieron 1856 % entre 1940 y 1997. Sólo en 1998 se recibieron 47.319, cuando el STF funcionaba ya como corte constitucional, y el STJ asumía las funciones casatorias. En 2006 el número de causas ingresadas trepó a 116.216, pero a partir de entonces fue mermando considerablemente ubicándose en 2009 en 42.729. Tal reducción se adjudica a la introducción del requisito de la repercusión general y a las diversas técnicas legislativas para el tratamiento de los procesos repetitivos (Porto Sá Pinto, 2010: 130-131)

dina y otros, 2005: 373 y ss.) (Pellegrini Grinover, 2008: 4-5), que fuera reglamentado por ley 11.418/06 (arts. 543-A y 543-B, CPC) (Arruda Alvim Wambier, 2008: 290 y ss.) y las denominadas “súmulas” vinculantes (Pellegrini Grinover, 2006: 281 y ss.) (Gusmão Carneiro, 2005: 137 y ss.) (Barbosa Moreira, 2005: 4, 26-28) (Arruda Alvim, 2005: 63 y ss.) (Pellegrini Grinover, 2008: 2-4) (García Medina y otros, 2005: 373) (Baptista da Silva, 1999: 158 y ss.) (22) –paradigmático en un sistema de raíz continental europeo–.

a. El STF instituyó la *súmula* de la jurisprudencia predominante por Enmienda de 1963 (23) a su régimen interno, con la finalidad de compendiar y publicar las tesis jurídicas y acordarles efectos vinculantes respecto de los tribunales inferiores. Por otro lado, “la citación de la *súmula*”, por el número correspondiente, dispensa ante el Tribunal la referencia a otros pronunciamientos; el ministro relator puede archivar o rechazar la petición o recurso, cuando contraría la jurisprudencia predominante del Tribunal consagrada en la *súmula* (ley 8038, de 1990). La ley 9576, de 1998, a su vez, sancionó el art. 557 CPC, en virtud del cual las *súmulas* de los tribunales superiores constituyen elementos útiles para declarar la inadmisibilidad de los recursos fundados en tesis jurídicas contrarias. Más recientemente, la ley 11.276, de 2006, introdujo en el § 1 del art. 515 CPC una modalidad más de *súmula* impositiva de recurso, ahora a cargo del juez de primer grado, que puede rechazar por sí la apelación cuando la sentencia estuviere en conformidad con la *súmula* del STJ o del STF.

La jurisprudencia constante en la *súmula* no se torna, sin embargo, inmutable. Se prevé su revisión, por iniciativa de cualquier ministro. El STF ha abandonado numerosas veces sus propias tesis incluidas en la *súmula*. Por otro lado, las *súmulas* no tienen obligatoriedad asimilable a la ley (Barbosa Moreira, 2005: 26-27) (Baptista da Silva, 1999: 160-163). Además, el CPC extendió la *súmula* a los demás tribunales del país (art. 479) (24).

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 (25), 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 (26). §2°. Sin perjuicio de lo que establezca la ley, la aprobación, revisión o cancelación de *súmula* podrá ser provocada por aquellos que pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad (27). §3°.

(22) Baptista da Silva (1999) critica el sistema de la vinculatoriedad.

(23) Inicialmente el STF aprobó 370 enunciados instituidos por la Enmienda de 1963; fue gradualmente aumentando hasta alcanzar a 621 en 1984, recién en 2003 se reinició, habiendo sido emitidas hasta la n° 736, en sesión del 26-11-03. Por otro lado, el derecho “sumular” ya está recepcionado en la propia administración.

(24) Sobre los antecedentes de la *súmula* en el derecho portugués y después en el derecho patrio véase Baptista da Silva (1999: 158, 161).

(25) En cambio, no vincula al Poder Legislativo que puede sancionar una ley contraria a la *súmula* (García Medina y otros, 2005: 378).

(26) Son las causas repetitivas donde la litis jurídica es siempre la misma, aunque las partes son distintas y los procesos se multiplican (ob. cit., pp. 385-386).

(27) La ley 11.417/06 disciplinó el procedimiento de edición, revisión y cancelación. De acuerdo al art. 103 CF pueden interponer la acción directa de inconstitucionalidad el Presidente de la República, las mesas del Senado, de la Cámara de Diputados y de la Asamblea Legislativa, el Gobernador del Estado o del D.F., el Procurador General, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, los partidos políticos con representación parlamentaria y las federaciones sindicales o entidades de clase nacionales. Se ha criticado que no se encuentren legitimadas las propias partes (García Medina y otros, 2005: 385), aunque no está excluido que la ley las legitime. Sobre la ley 11.417/06 véase Pellegrini Grinover (2008: 3-4).

La ley 11.417/06 amplió la nómina de los legitimados que pueden proponer la edición, revisión o cancelación de la *súmula*, previendo que el relator, por decisión irrecurrible permita la manifestación de terceros, en paralelo con el *amicus curia* ya adoptado en las acciones directas de inconstitucionalidad. Del acto administrativo o decisión judicial que contrarie la *súmula* o que la aplicare indebidamente, cabrá reclamación al STF (28) 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. Las *súmulas* ya existentes del STF solamente producirán efecto vinculante después de su confirmación por dos tercios de sus integrantes.

La *súmula* instituida para el STF produce efectos vinculantes *erga omnes* y –como destaca Arruda Alvim (2005: 65-67) (29)– tiende a minimizar la carga de trabajo no solo del STF, sino también de otros órganos judiciales, de la administración pública, y a aliviar la sobrecarga de la justicia en general (30). En cuanto al STF, la *súmula*, aunada al requisito de la “repercusión general” que minimiza cuantitativamente el acceso al tribunal, se espera ha de contribuir para establecer condiciones objetivas propicias a fin de que pueda asumir su misión esencial de producir decisiones paradigmáticas sobre las cuestiones fundamentales.

b. Como se ha señalado (Pellegrini Grinover, 2008: 3-4) (Barbosa Moreira, 2006: 555 y ss.), 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.

C. Caso “piloto” seleccionado por muestreo

La técnica del “caso piloto” o “caso testigo”, ya mencionada, se aplica en Brasil en el marco del recurso extraordinario ante al STF, procedente solo cuando se demostrare la “repercusión general” de las cuestiones debatidas; y también en los supuestos de juzgamiento del recurso especial ante el STJ.

a. Tratándose de los recursos extraordinarios ante el STF, la ley 11.418/06 introdujo el art. 543-B, CPC, que establece que existiendo multiplicidad de recursos con fundamento en idéntica controversia –proceso repetitivos–, corresponderá al tribunal de origen seleccionar uno o más recursos representativos y elevarlos al STF, suspendiéndose el trámite de los restantes hasta el juzgamiento definitivo. Desechada la existencia de repercusión general en el recurso enviado por muestreo, los recursos suspendidos serán automáticamente considerados denegados. En cambio, reconocida la existencia de repercusión general y juzgado el mérito del recurso seleccionado, los recursos pendientes que se encontraban suspendidos serán decididos por el tribunal a quo, siguiendo la doctrina fijada por el STF. Cuando aquél mantuviera la decisión o admitiera el recurso, el STF podrá casar o reformar, liminiamente el pronunciamiento contrario a su doctrina.

b. La misma técnica ha sido adoptada para el juzgamiento de los recursos especiales ante el STJ, conforme al art. 543-C incorporando al CPC por ley 11.672/08. Cuando hubiere multiplicación de recursos con fundamento en idéntica cuestión de derecho, el presidente del tribunal de origen admitirá tan solo uno o más recursos representativos de la controversia, los que serán elevados al STJ, que-

(28) Se discute la naturaleza jurídica de la reclamación. Para García Medina y otros, se trata de una acción en la que será parte el Ministerio Público (García Medina y otros, 2005: 387).

(29) La fuerza vinculante de las decisiones del STF no puede cuestionarse por la propia naturaleza de su función (García Medina y otros, 2005: 380, nota 13).

(30) Modalidades similares, asumen las tesis jurisprudenciales de la SC mexicana en materia de amparo (Ovalle Favela, 2005: 454-458), donde se relata los antecedentes de la institución a partir de la ley de amparo de 1882. Igualmente en Colombia, apoyándose en el texto constitucional de 1991 la Corte Constitucional ha establecido la doctrina de precedentes, como regla de obligatoria observancia de sus decisiones por parte de los inferiores, cuando está en juego la interpretación de los derechos fundamentales, en cuyo caso producen efectos *erga omnes* y vinculan frente a casos futuros (Parra Quijano, 2004).

dando los demás suspendidos hasta el pronunciamiento definitivo. A falta de tal selección, el relator del STJ, comprobado que sobre la controversia existe jurisprudencia dominante, podrá determinar la suspensión, en los tribunales de segunda instancia, de los recursos en los cuales esa controversia sea establecida. Dictada la resolución de mérito por el TSJ, los recursos pendientes en la instancia anterior serán decididos siguiendo la orientación del STJ.

c. Por último, el reciente proyecto de CPC, de 2010, siguiendo la opinión de Pellegrini Grinover (2008: 7), adopta la misma modalidad para los procesos repetitivos de primera instancia en que media un recurso ante el tribunal de segundo grado. Regula, con esa finalidad, el incidente de resolución de demandas repetitivas (31).

III. La razonabilidad de los límites al acceso a los Tribunales Superiores

1. Los “filtros” fundados genéricamente en la relevancia de las cuestiones constitucionales

a. Una visión comparativa. El sistema de “filtro” o “válvula de escape” legal a la admisibilidad de los recursos extraordinarios vigente en diversas legislaciones, si bien presenta en cada una de ellas matices diferenciales -*writ of certiorari* norteamericano, *certiorari* “criollo” argentino, *repercussão geral brasileira* (Arruda Alvim Wambier, 2008: 290), *grundsätzliche Bedeutung* de la ZPO alemana, art. 543 (Pérez Ragone y Ortiz Pradillo, 2006:128-131) (32), *certiorari* del CPC japonés de 1996 (Taniguchi, 2000: 61-62) (33)-, de todos modos responden a la premisa fundamental de posibilitar que los tribunales supremos sean reconducidos a su función esencial de velar por la supremacía de la Constitución, su eficacia y la uniformidad de su interpretación, en la medida que las cuestiones constitucionales llegadas a su consideración sean “trascendentes” o “relevantes” o de “importancia fundamental”.

b. Las críticas del *certiorari* “criollo”

La impugnación es bien sabido se centra esencialmente en el alcance conferido a las atribuciones de la Corte, por la posibilidad de que en uso de su “sana discreción”, y con la sola invocación de la norma, se generen rechazos arbitrarios de la impugnación extraordinaria con menoscabo de la tutela judicial efectiva. El estudio de las decisiones del Alto Tribunal permite encontrar fallos donde no es posible inferir en qué medida la cuestión debatida reviste gravedad en términos institucionales o supera el interés de las partes en conflicto. (Oteiza, 1998: 706-717) (Garay, 2003: 40 y ss.)

Las dudas que plantea la norma no se disipan, claro está, con la apodíctica manifestación de la propia Corte, cuando sostiene que la desestimación de la apelación federal por la sola mención del art. 280 CPCN, no importa afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida, sino que por no haber hallado en la causa elementos que tornen manifiesta la presunta arbitrariedad invocada, la Corte decide no pronunciarse sobre el punto, no conculcándose, de ese modo, derechos constitucionales (34).

Lo que está en cuestión es que se excepcione, respecto del Alto Tribunal, el deber fundamental de fundar sus resoluciones y, particularmente, la que clausura sin más el debate sobre cuestiones constitucionales, sin que se prevean otras garantías paralelas que, en otras legislaciones, constituyen contrapesos o salvaguardas de los derechos que se reclaman en la impugnación extraordinaria. A lo que se suman las consabidas quejas que de ello se derivan, haciendo pie en la sospecha, a veces objetivamente comprobada, de la contradicción o disimilitud de criterios que el tribunal utiliza como criba a la hora de resolver cada caso, o la sobreadundancia de disidencias en la interpretación que da “luz verde” para el descarte de los recursos (35).

(31) Código de Proceso Civil. Anteproyecto, ob. cit., arts. 895-904.

(32) Pérez Ragone y Ortiz Pradillo (2006), con sus remisiones a la doctrina alemana.

(33) Taniguchi afirma que se trata de un sistema que, en esencia, es similar al norteamericano.

(34) Véase CSN, 21-12-99, Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c/ Set Sociedad Anónima y CSN, 15-2-2000, Operto, Francisco Orlando c/ Comuna de Lehmann, entre otros.

(35) Ya en los primeros tiempos de la aplicación del art. 280, lo advertía agudamente Morello (1998b: 406-407).

c. Técnicas alternativas: la legislación brasileña.

Precisamente en los sistemas de las legislaciones similares, con alcances variados se establecen requisitos especiales de validez del acto de selección, condicionantes de la discrecionalidad. Son conocidas las *Rules* americanas y derrotero distinto seguido por nuestro art. 280, CPCN. En la búsqueda de mecanismos alternativos resulta de interés analizar sobre el punto la legislación brasileña.

La ley 11.418, de 2006, incorporó al CPC el art. 543-A con la finalidad de reglamentar el requisito de *repercussão geral* exigido para la admisión del recurso extraordinario por el art. 102, § 3 de la Constitución (Enmienda Constitucional N° 45/2004). Conforme la normativa legal, el STF, mediante decisión irrecurrible, no conocerá del recurso extraordinario, cuando la cuestión constitucional no contiene repercusión general; decisión que requiere una mayoría de dos tercios de sus componentes. A efectos de determinar su concurrencia, “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” (§ 1). Como se ha señalado (Arruda Alvim Wambier, 2008: 294), si bien el § 1 no definió de modo concreto las cuestiones que suscitan repercusión general, aunque se valió de otras expresiones igualmente genéricas, conceptos indeterminados cuyo sentido deberá desentrañar el propio tribunal, de todos existen en el texto criterios para su identificación, de manera que, se concluye, la decisión no resulta de naturaleza discrecional, sino que se trata de una hipótesis típica de interpretación jurídica de conceptos vagos o indeterminados.

Así, se entiende que existe *relevancia jurídica* cuando está en juego el concepto de un instituto básico del derecho, por ejemplo, el de derecho adquirido. En ese sentido, el inc. § 3 establece que “habrá repercusión general siempre que el recurso impugnare decisión contraria a *súmula* o jurisprudencia dominante del Tribunal”. Relevancia *social* se genera toda vez que está en cuestión un derecho fundamental a la salud, a la educación, a la vivienda; y, en general, en las acciones colectivas (Arruda Alvim Wambier, 2008: 297-298) (36). Relevancia *económica* contienen, por ejemplo, acciones sobre financiamiento de viviendas o privatización de servicios públicos esenciales u obras de saneamiento básico. Relevancia política cabe adjudicar, por fin, a causas en que la decisión pueda tener influencia en las relaciones entre los Estados extranjeros u organismos internacionales.

El recurrente tiene la carga de demostrar, en preliminar del recurso, para apreciación exclusiva del plenario del STF, la existencia de repercusión general; el tribunal actúa públicamente a través de sesión electrónica; pudiendo convocar a *amicus curia*. En su caso, el rechazo del recurso extraordinario debe ser *fundamentado*.

En resumen, en el derecho brasileño el rechazo del recurso extraordinario por falta de repercusión general requiere, con condición de validez: a) mayoría calificada de dos tercios de votos de los miembros del TSF; b) publicidad del trámite para formación de la decisión; c) eventual participación de *amicus curia*; d) fundamentación de la resolución. (Arruda Alvim Wambier, 2008: 299-304).

Relevancia y razonabilidad

a. La evolución del régimen brasileño en la preceptiva constitucional y legal, exhibe un notorio recorrido desde la idea originaria de un “filtro” precario, cual era el sistema de *arguição de relevância*, que no resultó operativo, hacia una técnica mucho más articulada, la *repercussão geral*, articulada por el texto constitucional y ulteriormente reglamentada por ley.

b. En realidad, lo esencial –y ello vale también para las técnicas similares que se dan en derecho norteamericano, alemán (37), japonés, nuestro certiorari “criollo”, ya aludidos –es que se viene a instituir un requisito especial como condición de admisibilidad del recurso extraordinario por inconsti-

(36) El STF consideró que tiene repercusión general la cuestión relativa a la obligatoriedad para el poder público de suministrar medicamentos de alto costo, tratándose de un derecho de innegable contenido colectivo.

(37) Para un análisis de la evolución del modelo alemán hasta la reforma de 2001 véase Taruffo (2010: 655-659).

tucionalidad, cuya apreciación como cuestión previa queda librada al propio tribunal, a través de un acto puramente discrecional e irrevisable, cuya naturaleza y alcances se debaten (38).

Se trata de un modelo de apreciación de supuestos normativos que instituyen típicos conceptos jurídicos indeterminados, vagos: suficiencia, insustancialidad, intrascendencia. Una técnica más precisa, de contornos más rigurosos, herméticos y por ende seguros, no resultaría funcional ni práctico y se tornaría contraproducente. No se aplica el raciocinio jurídico tradicional, sino el pensamiento “tópico” para el encuadramiento de una familia de cuestiones federales trascendentes (Morello, 1990: 29-30), (39) de matices, abierta, flexible y mutable. Se experimenta, por otro lado, una manifiesta alteración metodológica por cuya virtud la carga de argumentación se traslada a las partes, quienes deben convencer al tribunal que media una cuestión federal trascendente. A éste corresponde la apreciación de los aspectos institucionales, morales, económicos y sociales, junto a los jurídicos, para cualificar las realidades litigiosas como trascendentes o relevantes guardando sintonía con los valores fundamentales que, en cada tiempo histórico, profesa la comunidad; y, es por esa senda que, además, se encuentra el sustento del *certiorari* positivo (Morello, 1990: 32-36), un mecanismo rendidor para el logro de los fines institucionales de la CSN.

c. En cuanto a la crítica al sistema en punto a la falta de fundamentación del rechazo, la cuestión debe plantearse en términos de razonabilidad de la norma del art. 280 CPCN., si la atribución reconocida a la Corte de distinguir entre recursos extraordinarios “trascendentes” e “intrascendentes”, y reservarse el conocimiento tan solo de los primeros, cuya finalidad es resguardar su rol institucional esencial como guardián de la Constitución y verdadero tribunal constitucional, encuentra adecuación con el medio elegido. La técnica de selección de las causas “según su sana discreción”, por cuya virtud se preferencian los casos de relevancia o trascendencia, y se descartan los demás, constituye un medio apropiado –aunque no fuere el único- para satisfacer aquellos fines. Y ello así, si la propia esencia del método de selección requiere la utilización de un procedimiento simple y ágil, que sin demoras conduzca a su objetivo, no resulta irrazonable que pueda despacharse con la sola invocación del precepto, al cabo de una decisión apoyada en la “sana discreción”.

En el juicio de ponderación frente al choque de derechos fundamentales, no se desatiende la máxima de proporcionalidad al brindar prevalencia al valor superior, que no puede ser otro que el institucional y de interés general que está en juego cuando se trata de las funciones de la Corte (40).

Por lo demás, no es que no exista un fundamento para la denegación, sino que no se lo exterioriza. El resguardo para el recurrente reposa en el buen criterio de los jueces supremos, que desde luego cabe presumir. La “sana discreción” –como afirmara tempranamente Morello- no está en solitario ni gira en el cielo de los conceptos teóricos. Se arropa en reglas de experiencia y en la fuerza de los principios y valores superiores. Tal como la “sana crítica”, provechosa referencia para orientar el entendimiento del *certiorari*. (Morello, 1990: 37).

IV. La misión institucional como tribunal de garantías: ¿cómo dar cobijo a la arbitrariedad de sentencia y los crecientes conflictos de interés público?

En claro que una selección preliminar de los recursos propuestos, con el rechazo *in limine* de los que no ameriten ser conocidos por irrelevancia o falta de trascendencia, constituye técnica apropiada para el

(38) Se ha sostenido a la luz del derecho brasileño pero también recurriendo a las fuentes alemanas, que la resolución denegatoria que afirma la inexistencia de repercusión general no constituye un acto de juzgamiento y, si bien requiere de la previa deliberación, no tiene carácter jurisdiccional; configura en realidad un pronunciamiento de carácter político (Arruda Alvim, 2005: 63-64).

(39) En el mismo entendimiento, en relación al sistema brasileño de la argución de relevancia véase Arruda Alvim (1988: 15 y ss.).

(40) Es lo que el propio tribunal preferenció cuando, precisamente, para resguardar su misión institucional, declaró la inconstitucionalidad del art. 19 de la denominada “ley de solidaridad previsional” en el caso “Itzcovich”, del 29-3-2005. Conf.: Gelli (2005: 1388).

mejor logro de los altos fines institucionales de la Corte. Queda por resolver qué hacer con el rezago que integran la gran cantidad de impugnaciones que llegan sustentadas en la arbitrariedad de sentencia.

Se trata de la necesidad de preservar los alcances y límites de la completividad de su competencia constitucional, sin desbaratar su tan valiosa construcción de las doctrinas de la arbitrariedad (41) y del exceso ritual manifiesto y, por otro lado, abrir las compuertas a los denominados genéricamente conflictos de interés público o estratégicos. Está en juego, ha de convenirse, la redefinición del rol institucional de la Corte y su adecuación a las actuales circunstancias y necesidades.

a. Claro que en esa tarea de perfilar el modelo sobrevuela omnipresente la cuestión central de los alcances y límites de la competencia constitucional de los poderes, el régimen de equilibrio entre los mismos, con las idas y venidas hacia fronteras de una línea divisoria, es sabido, por demás tenue y frágil. Escenario de pujas abiertas y a menudo subrepticias en el que en el juego armónico de las instituciones, el activismo judicial encuentra su necesario contrapeso en el siempre presente *self-restraint*.

Semejante y necesaria armonización colaborativa interpoderes, se ve facilitada cuando existen previsiones constitucionales precisas. Así, en Brasil, especialmente a partir de la Enmienda Constitucional de 2004 –donde al cabo del acuerdo de un Pacto de Estado para la Justicia-, se reconocieron explícitamente las potestades del STF para editar “súmulas” vinculantes con operatividad no solo dentro del propio Poder Judicial alcanzando a los órganos inferiores, sino igualmente obligatorias para la Administración estatal, lo que implica reconocer una función cuasi legislativa a cargo del judiciario.

Entre nosotros, en cambio, no hay atisbo alguno de Pacto de Estado. Por otro lado, la idea de la extensión del efecto vinculatorio o de la fuerza expansiva (42) de las sentencias constitucionales sostenida desde autorizada doctrina (Bidart Campos, 1960: 750 y ss.; 1968: 7 y ss.; 1978: 512; 1997: 414-415), dista de ser aceptada. Ni siquiera en relación a los jueces inferiores, y naturalmente no podría alegarse efectos *erga omnes* –salvo los supuestos de acciones colectivas, incluyendo los derechos individuales homogéneos, a partir del caso “Halabi”- para vincular a la Administración.

En el fondo, el debate sobre los poderes jurisdiccionales, y específicamente los alcances y límites del ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad de los actos restantes poderes, aparte de los aspectos constitucionales, remite a cuestiones tan complejas como la de su legitimación democrática y, por ende, del derecho jurisprudencial, y la “cuota de poder” que le corresponde al judiciario en correlato con la responsabilidad de los jueces.

b. La asunción por la Corte de la resolución de los conflictos que anidan cuestiones federales y, entre ellas los supuestos de arbitrariedad de sentencia, deviene del imperativo constitucional del art. 116. Claro que, como doctrina pretoriana, la revisión de los pronunciamientos inconstitucionales puede ser “regulada”, tamizada por el propio Tribunal. Como lo ha señalado la Corte (43) (Ledezma, 2008: 57), el llamado objetivo político del recurso de casación de derecho común, sólo en muy limitada medida es compatible con nuestro sistema. De hecho resulta inevitable la disparidad interpretativa en extensa medida y solo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o la creación de interpretaciones carentes de fundamento. De ahí que no es concebible, en cambio, desprenderse lisa y llanamente de semejante competencia, máxime su relevancia para la preservación del principio de igualdad y la seguridad jurídica (Oteiza, 2010: 713-714).

(41) Por diversas causas –afirma Morello– el número de fallos arbitrarios obliga a su consideración, porque de lo contrario resolvemos el problema de la Corte... pero dejamos en orfandad los otros aspectos valiosos de la cuestión: no se satisface el deber de asegurar la defensa y el interés tutelable del justiciable al quedar éste sin la debida solución (Morello, 1999: 675).

(42) Aún en el sistema del common law, la eficacia persuasiva del precedente judicial es el factor que expande el ámbito de aplicación sucesiva de la solución que la Corte ha dado a una cuestión de derecho. El precedente no es formalmente vinculante, por lo cual es más correcto hablar de eficacia o fuerza expansiva del precedente (Taruffo, 2010: 651). Sobre la reciente reforma al CPC italiano (art. 374) y el sistema denominado de uniformación sincrónica de la jurisprudencia véase Chiarloni (2008: 53-56).

(43) Véase la sentencia: CSJN, 20-9-2005, “Casal”.

En todo caso, la búsqueda de un imprescindible equilibrio entre la función nomofiláctica derivada del conocimiento, en vía de apelación extraordinaria, en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes de la Nación, y la función político-institucional en la solución de los más relevantes conflictos de interés público, debe orientarse hacia una muy compleja articulación de un sistema de filtros o válvulas, descargas y alijes eficiente y operativo.

En este sentido las propuestas de creación de tribunales intermedios, tanto como aquellas que apuntan a modificar el art. 14 inc. 3º de la ley 48, con la finalidad de excluir de la competencia de la Corte las cuestiones que versan sobre la inteligencia de leyes, decretos y resoluciones federales, reduciendo el campo de denominadas “cuestiones federales simples” (Carrió, 2003: 10-11), conducen en definitiva a la implantación de otros tribunales superiores para que se hagan cargo de los rezagos, con lo cual se cae en problemas aún más complejos, por las diversas razones que son bien conocidas.

c. La propia Corte, nos parece, está en condiciones de convertirse paulatinamente en un verdadero tribunal de garantías, asumiendo en plenitud su rol institucional para fijar las grandes líneas directrices que guíen el desenvolvimiento armónico de la sociedad, el Estado y los ciudadanos.

Con la aplicación de la criba legal del art. 280 CPC, el *certiorari* en sus dos versiones, negativo y positivo, haciendo pié principalmente en el requisito de la trascendencia de las cuestiones iluminado desde la tradicional conceptualización de la gravedad institucional, y la asunción por los Tribunales Superiores de Provincia del mandato imperativo (44) de la propia CSN para pronunciarse de modo categórico y circunstanciado, bajo pena de nulidad sobre los requisitos de admisibilidad del recurso federal, y particularmente, en los casos de arbitrariedad de sentencia (45), están dadas las condiciones básicas para el alivio de las tareas y la ansiada reconversión. A ello se suma la operancia de la Acordada N° 4/2007, más allá de las dificultades en su aplicación y las críticas que ha suscitado.

La competencia del Tribunal va camino, entonces, a restringirse, para conocer tan solo en los supuestos de cuestiones trascendentes, relevantes, de notoria gravedad institucional, sin dejar de atender naturalmente a su función nomofiláctica en el análisis de la constitucionalidad de las normas inferiores, ni excepcionalmente a la arbitrariedad de sentencia, doctrina inevitablemente comprimida. (Sagüés, 2005: 456-459).

Semejante evolución resulta similar, en buena medida, a la que ha venido operando en otros modelos, como el alemán y en el cercano régimen brasileño, en los que se advierte una transformación notable de la misión de las Cortes. Desde un sistema de *civil law*, originariamente orientado a desarrollar un control de legitimidad y unificación de la jurisprudencia, en Alemania se ha virado a la conformación de una Corte de revisión con amplios poderes discrecionales para seleccionar los recursos, que son admisibles tan solo cuando conllevan una cuestión de derecho de *fundamental importancia*, o cuando la decisión se muestre necesaria para la evolución del derecho o para generar una jurisprudencia uniforme. Requisitos cuya evaluación corresponde al tribunal a quo que pronunció la sentencia, y que, si mediare denegatoria, solo posteriormente puede llegar a consideración a través de un recurso de revisión ante el más Alto Tribunal. De ese modo, se ha operado una notoria reconversión de su rol primario, ahora concentrado en la función de gobernar la legalidad del sistema jurídico en su conjunto y donde se reserva un razonable espacio de discrecionalidad para la apertura de su competencia, guiado por precisos criterios de selección de las causas (Taruffo, 2010: 655-659). Modelo que, como hemos señalado, ha seguido con variantes la normativa brasileña, particularmente en punto al requisito de la *repercussao geral*.

Importa acotar, que en el esquema que viene articulando sucesivamente nuestra CSN, a partir de la doctrina “Strada” - “Di Mascio”, y ahora con la translación explícita de los criterios de admisibilidad para ser puntualmente aplicados por los tribunales superiores de la causa, de hecho cuando opera la inadmisión del recurso federal por parte de aquellos, el recurso de queja ante el Alto Tribunal, dotado de la atribución del art. 280 CPCN, evoca de algún modo el mecanismo alemán de la revisión.

(44) Véase: CSJN, Fallos 147:149; 264:443; 212:51; asimismo la sentencia del 28-10-2008, “Capdevilla B. R.”

(45) Véase: CSJN, Fallos, 310:1014 y 2212 y nota a fallo de Barrancos y Vedia (1988: 571).

d. Para completar el cuadro, queda pendiente la regulación de los procesos colectivos, incluyendo la tutela de los derechos individuales homogéneos y, específicamente, el régimen de los procesos seriados o repetitivos. La reciente legislación brasileña ofrece un modelo típico a tener en cuenta.

e. La transformación que está en curso entre nosotros implica sumarse a lo que se ha considerado una línea tendencial que se expresa dentro del modelo de *civil law*, resumida en el sucesivo menguamiento, entre las finalidades de las Cortes, de la tutela del denominado *jus litigatoris*, para el exclusivo aseguramiento de la legitimidad de la decisión del caso singular, y el correlativo ensanchamiento de aquella otra finalidad que apunta predominantemente a la atención del *jus constitutionis*, es decir, el interés público que resulta propio del ordenamiento en su conjunto, y que es dirigido al desarrollo ordenado y coherente del derecho. (Taruffo, 2010: 665-667) (Oteiza, 2010: 717-721) (46).

El quid sigue siendo encontrar el apropiado balance entre las denominadas finalidades públicas y finalidades privadas, para posibilitar que la Corte mantenga la capacidad de brindar interpretaciones que consoliden y den consistencia al sistema. (Oteiza, 2010: 719)

f. En esa misma línea de sentido, no pueden pasar desapercibidos los avances que la propia Corte Suprema vienen realizando en punto a la firme apertura, dentro de su competencia, de un espacio singular para los denominados conflictos de interés público o estratégicos, que atañen a derechos colectivos en general, y especialmente a las cuestiones de la institucionalidad democrática (Fiss, 2007: 21 y ss.) (Bergallo, 2005) (Abramovich, 2009: 443 y ss.) (Thea, 2010: 16 y ss.) (47). Paulatinamente el tribunal ha venido diseñando un conjunto de técnicas y procedimientos para el manejo de estos procesos altamente complejos; así, el régimen de audiencias públicas (Acordada N° 30/2007), la intervención de *amicus curiae* (Acordada N° 28/2004). Es, precisamente, en los conflictos de interés público donde se trasunta el activismo de la Corte como verdadero tribunal de garantías constitucionales para la participación en el diseño y la construcción de las políticas públicas, a través de procedimientos típicos que destacan el *activismo judicial* en todos los tramos y especialmente en la ordenación e instrucción de las causas; el método *dialogal* público, verdadero paradigma cooperativo que permite la búsqueda de soluciones concertadas, incluyendo a los organismos de la administración; la función *remedial* que asume la jurisdicción y se proyecta aún en la ejecución escalonada de la sentencia (48). Ilustran sobradamente acerca de la actitud de la Corte en su actual composición los emblemáticos casos “Verbitsky Horacio s/habeas corpus” y “Beatriz Mendoza,” en los que se trasunta diáfananamente la asunción sin ambages de su misión de celoso guardián de las garantías fundamentales en el marco de una creciente judicialización de los conflictos. Los novedosos andamiajes procedimentales que el propio tribunal ha diseñado “a medida,” han permitido hacer realidad el diálogo interinstitucional, la democracia deliberativa en el espacio judicial, la participación comunitaria en el debate y construcción de las políticas públicas, los avances “experimentales” en la decisión y aún los métodos de control en la ejecución de los pronunciamientos. En la plenitud de su misión esencial, a través de los procesos de interés público, el Alto Tribunal legitima la propia función jurisdiccional, contribuyendo a consolidar las convicciones democráticas y a impulsar el activismo progresista como paradigma también de las instancias inferiores (49).

g. Conviene, finalmente, reflexionar sobre el fenómeno del activismo de las Cortes, sus causas y consecuencias más notorias.

En realidad, –como se ha sostenido (De Sousa Santos, 2009: 422 y ss.) - existe un estrecho vínculo entre el rol y los espacios de poder atribuidos a los jueces en un sistema determinado, en puja con los

(46) En la obra citada, Oteiza alude a las funciones públicas y privadas de las Cortes.

(47) Véase también D´Argenio, I. Trascendencia institucional del litigio de derecho público en www.adaciudad.org.ar.

(48) Un análisis más profundo puede verse en Berizonce (2010: 192 y ss.)

(49) Entre otras, véanse las sentencias: CContenciosoadministrativoyTribCABA, sala I, 25-6-2007, Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario c/ Ciudad de Buenos Aires, con nota de Inés D´Argenio; CContenciosoadministrativoyTribCABA, sala I, 23-12-2008, Acuña María Soledad c/ GCBA, con nota de Federico Thea.

que son propios de los otros poderes políticos, y la propia concepción del Estado contemporáneo en su evolución para adecuarse a las exigencias de la sociedad.

El creciente protagonismo que los propios jueces vienen asumiendo y el activismo que desarrollan, son síntoma y al mismo tiempo producto de una doble falencia del Estado que se deriva de la crisis del Estado de bienestar y, por otro lado, de la declinación del sistema democrático y representativo. Así, el mayor involucramiento de los jueces se verifica para contrarrestar los actos atentatorios de los principios republicanos, como la falta de transparencia de los negocios públicos, el menoscabo de la ética pública o el menosprecio del principio de separación de poderes. Y, también, especialmente, para asegurar la efectividad de los derechos a la salud, a la seguridad social, y en general, de los derechos económicos, sociales y culturales, la protección de los consumidores y del medio ambiente, ante la inercia del Estado y su impotencia para actuar positivamente en la aplicación de las políticas correspondientes y, aún, para proteger a los beneficiarios contra los abusos de los terceros prestadores.

Esa doble defeción del Estado, para algunos, ha inducido un hecho excepcional, una suerte de desplazamiento del núcleo de legitimidad del Estado, del Poder Legislativo y del Ejecutivo hacia el Poder Judicial, ahora dotado de legitimación democrática, lo que enfatiza más que nunca la necesidad de su independencia funcional, como condición necesaria para el desempeño cabal de sus roles. Este fenómeno –sostiene el prestigioso sociólogo lusitano Boaventura De Sousa Santos (2009: 425-426) si bien puede ser transitorio, apunta de todos modos a una nueva forma de Estado, superadora del Estado de bienestar. Se trata de una tendencia prácticamente universal, que se viene experimentando, claro que con distintas dimensiones y bajo sistemas diferentes de control de constitucionalidad, en los países centrales -EE.UU., Europa- al igual que en los que se encuentran en desarrollo –como los Latinoamericanos- y aún en los periféricos. Se alerta, sin embargo, que la *judicialización de la política* puede derivar en una verdadera trampa para la justicia, atrapada 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, de modo que las expectativas del activismo judicial pueden prontamente erosionarse, por exceder en mucho aquello que los tribunales pueden conseguir realmente. (De Sousa Santos, 2009: 426-428) (50).

V. Conclusiones

A partir de los análisis efectuados, estamos en condiciones de arribar a algunas conclusiones:

1º. La pervivencia del fenómeno de la sobrecarga en las tareas propias de la CSN y de los TS en general, con el correlativo e inevitable desmedro del cabal cumplimiento de la misión político-institucional del Poder Judicial, evidencian palmariamente la insuficiencia de los remedios arbitrados hasta el presente –entre ellos y principalmente, la acentuación pretoriana de las cargas técnicas del recurso extraordinario federal, el *certiorari* “criollo”, la descarga o “filtro” en tribunales superiores e intermedios en general–.

El fracaso de todas esas medidas puede justificarse como un equívoco metodológico, desde que apuntan más a los efectos de la saturación de asuntos que padece la CSN que a sus causas verdaderas y profundas, que son las mismas que atosigan y ahogan a todos los tribunales inferiores del país. El flujo siempre creciente de litigiosidad y aún la complejidad más pronunciada de los asuntos, la proliferación de los conflictos colectivos, repetitivos o “seriados”, junto con otros motivos operantes de no menos significación, imponen un sustancial cambio de estrategia: asumir que el objetivo principal debe ser el desahogo y la descarga del sistema general de impartición de justicia, como condición y presupuesto de la descongestión de los tribunales superiores.

2º. En ese escenario y con tales miras, deviene imprescindible la regulación de los procesos colectivos para la tutela de derechos supraindividuales colectivos y difusos, incluyendo los denominados derechos individuales homogéneos y específicamente los procesos repetitivos.

(50) Si algo evidencia el paradigmático caso de la SC norteamericana “Brown vs. Board of Education” es que hasta el tribunal más poderoso puede mostrarse relativamente impotente para alterar en concreto los patrones que rigen la vida de la sociedad (Barbosa Moreira, 2008: 123-124); o, si se quiere, las políticas públicas fijadas por los poderes políticos.

3°. Las tendencias que se avizoran en las recientes legislaciones de los países iberoamericanos, especialmente en Brasil, ponen de resalto la búsqueda de soluciones pragmáticas y creativas como respuesta al fenómeno común de la sobrecarga del sistema judicial. Instituciones como la de las “sumulas” vinculantes y los procesos repetitivos merecen la mayor atención desde que se gestaron en un sistema que, como el nuestro, proviene de la tradición continental europea apegada a la supremacía de la ley, lo que no ha impedido el paulatino reconocimiento del efecto extensivo y vinculatoriedad vertical y horizontal erga omnes de los pronunciamientos de los tribunales superiores en ejercicio del control de constitucionalidad.

4°. Aún en el marco acotado de su competencia constitucional y con los límites que se derivan de la regulación del recurso federal, la CSN ha ido encausando de modo paulatino el alcance de sus misiones esenciales, con el objetivo de fortalecer su presencia institucional y convertirse en un verdadero tribunal de garantías, en consonancia, en buena medida con las aludidas tendencias generales. En ese camino se destaca la predisposición del Tribunal para asumir su competencia para la decisión de los denominados conflictos de interés público o estratégicos, como celoso guardián de los derechos fundamentales en el marco de una creciente judicialización de los conflictos, y al margen de los riesgos notorios que de ello se derivan.

5°. Los ajustes pendientes, de todos modos, siguen siendo imprescindibles para la concretización del modelo que se viene gestando. Pasan principalmente por un mejor y más adecuado ensamblaje entre las misiones prioritarias de la Corte, de modo que se ponga el acento en el ejercicio de sus misiones político-institucionales sin desmedro de la esencia de aquellas otras propias del *jus litigatoris* y la búsqueda de las soluciones justas. Equilibrio que ha de rescatar la pervivencia, bien que marcadamente excepcional, de las tradicionales doctrinas de la arbitrariedad de sentencia y del exceso ritual manifiesto.

6°. No existen soluciones absolutas ni definitivas. Sin embargo, la concertación de un ansiado Pacto de Estado para la Justicia podría erigirse, en nuestras circunstancias, en un punto de inflexión indispensable para perfeccionar el sistema de enjuiciamiento y, con ello, redefinir el rol de los Tribunales Superiores.

VI. Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor. “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en: La ciencia del derecho procesal constitucional. Homenaje argentino a H. Fix-Zamudio. Santa Fe: Rubinzal Culzoni-UNAM, 2009, v. 2, 443 y ss.

ARRUDA ALVIM, Teresa. A argüição de relevância no recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, 15 y ss.

— “A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral”, en: Teresa Arruda Alvim y otros (coords.). Reforma do Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 63 y ss.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 290 y ss.

BAPTISTA DA SILVA, Ovidio. “A função dos tribunais superiores”, en: STJ 10 anos. Obra comemorativa 1989-1999, Brasília, 1999, 145-163

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao código de processo civil. 12a. ed. Río de Janeiro, 2005, v. 5

— “A recente reforma da Constituição brasileira e o Supremo Tribunal Federal”, en: Roberto Beronze, Juan Carlos Hitters y Eduardo Oteiza (coords.), El papel de los Tribunales Superiores. Primera parte. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello. Santa Fe: IIDP, Rubinzal-Culzoni, 2006, 555-567

— “O poder da Suprema Corte”, en: RePro, 2008-155, 123-124.

BARRANCOS y VEDIA, Fernando. "La concesión del recurso extraordinario fundado en la arbitrariedad de la sentencia", en: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1988-B, 571.

BERGALLO, Paola. Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio de derecho público en Argentina. 2005. Disponible en: <http://islandia.law.yale.edu/sela>, Panel 4: El papel de los abogados.

BERIZONCE, Roberto Omar. "Bases para actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica" en: Raúl Tavolari Oliveros (coord.). Derecho procesal contemporáneo. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, v. 1, 1306 y ss.

— "Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas", en: Roland Arazi (dir.). Revista de derecho procesal. Número extraordinario conmemorativo del Bicentenario. El derecho procesal en vísperas del Bicentenario. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010, 169-201.

BERIZONCE, Roberto Omar y GIANNINI, Leandro. "La acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos en el anteproyecto iberoamericano de procesos colectivos", en: Gidi Antonio y Ferrer Mac Gregor Eduardo (coords.). La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica. México: Porrúa, 2003, 63-65.

BIANCHI, Alberto. "La Corte dividida en salas (¿Una Corte o muchas Cortes?)", en: El Derecho, 1988-126, 971-977.

— Control de constitucionalidad. 2a. ed. Buenos Aires: Abaco, 2001, v. 1.

— "¿Ha fracasado el certiorari?", en: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 2004-A, 1381-1386

BIDART CAMPOS, Germán J. La Corte Suprema, el tribunal de garantías constitucionales. Buenos Aires: Ediar, 1984.

— "Relaciones de la jurisprudencia vinculatoria con la división de poderes y la igualdad jurídica", en: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1960-98, 749-754.

— "Problemas constitucionales y procesales de la jurisprudencia divergente", en: Revista argentina de derecho procesal, La Ley, 1968-1, 7 y ss.

— "Igualdad ante la ley y desigualdad en su aplicación", en: El Derecho, 1978-78, 512-515

— Manual de la constitución reformada. Buenos Aires: Ediar, 1997.

CABRAL, Antonio do Passo. "O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas", en: RePro, São Paulo, mayo 2007-147, 131 y ss.

CAPPELLETTI, Mauro. "Dictamen iconoclástico sobre la reforma del proceso civil italiano", en: Proceso, ideologías, sociedad; trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974, 278.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. "O regime processual das causas repetitivas", en: RePro, São Paulo, 2010-179, 139-157.

CARPI, Federico. "Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado", en: Oteiza, Eduardo (coord.). Reforma procesal civil. Santa Fe: AADP, Rubinzal-Culzoni., 2010, 629 y ss.

CARRIO, Alejandro. "La reformulación de la competencia de la Corte Suprema y el ejercicio de la misión de cabeza del Poder Judicial", en: XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Paraná, 2003, v. 2, 9 y ss.

CARRIO, Genaro Rubén. "Nuevas fronteras del recurso extraordinario", en: Temas de casación y recursos extraordinarios en honor al Dr. Augusto M. Morello. La Plata: LEP, 1982, 226-227.

CHIARLONI, Sergio. "Las tareas fundamentales de la Corte Suprema de Casación, la heterogeneidad de los fines surgida de la garantía constitucional del derecho al recurso y las recientes reformas", trad. de Juan José Monroy Palacios, en: Revista peruana de derecho procesal. Lima: Comunitas, 2008-12, 37-56.

D'ARGENIO, Inés. 2005. Trascendencia institucional del litigio de derecho público. Disponible en: www.adaciudad.org.ar

— "La imposibilidad de excusar la lesión de derechos humanos sobre la base de consideraciones de índole presupuestaria o invocando facultades reservadas de la administración", en: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 2007-E, 100.

DE CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves. Ações coletivas no direito comparado e nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Sociología jurídica crítica. Bogotá: ILSA, 2009.

FERREIRA DA SILVA, Carlos Manuel. "El régimen procesal civil experimental portugués (decreto-ley 108/2006, del 8 de junio)", en: Revista de derecho procesal. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010-2, 477-494.

FISS Owen. El derecho como razón pública. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

GARAY, A. F. "Competencia reservada para las causas federales trascendentes", en: XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Paraná, 2003, v. 2, 25 y ss.

GARCIA MEDINA, José Miguel y otros. "Repercussao geral e súmula vinculante", en: Reforma do Judiciário: Primeiras reflexoes sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 373 y ss.

GELLI María Angélica. "El caso 'Itzcovich' ¿un fallo institucional de la Corte Suprema?", en: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 2005-B, 1388.

GIANNINI, Leandro. La tutela de los derechos individuales homogéneos. La Plata: LEP, 2007, 41 y ss.

— "Los procesos colectivos y la tutela de los derechos individuales homogéneos", en: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 2008-A, 97.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. "A função da jurisprudencia e os metodos de uniformação", en: Revista iberoamericana de derecho procesal, 2005-7, 137 y ss.

LEDESMA, Ángela Ester. "Algunas reflexiones sobre la función de los Tribunales de Casación", en: Roberto Berizonce, Juan Carlos Hittters y Eduardo Oteiza (coords.). El papel de los Tribunales Superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello. Segunda parte. Santa Fe: IIDP, Rubinzal-Culzoni, 2008, 57-73.

MENDES LOBO, Arthur. "Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas", en: RePro, São Paulo, 2010-185, 233 y ss.

MORELLO, Augusto Mario. La Corte Suprema en acción. Buenos Aires: Abeledo-Perrot/LEP, 1989.

— La nueva etapa del recurso extraordinario: el "certiorari" (ley 23.774). Buenos Aires: Abeledo-Perrot/LEP, 1990.

— Admisibilidad del recurso extraordinario (el "certiorari" según la jurisprudencia), La Plata: LEP, 1997.

— (1998a) Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías. Buenos Aires: Abeledo-Perrot/LEP.

— (1998b) Estudios de Derecho Procesal. Buenos Aires: Abeledo Perrot/LEP, v. 1.

— El recurso extraordinario. 2a. ed., reelaborada con la colaboración de Ramiro Rosales Cuello. Buenos Aires: Abeledo-Perrot / LEP, 1999.

— La justicia de frente a la realidad. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

— (2005a) La Corte Suprema en el sistema político. La Plata: Lexis Nexis/LEP.

— (2005b) “A casi veinte años de ‘Strada’”, en: El Derecho. Suplemento, junio 23.

— (2006a) “La CSN y un doble blindaje”, en: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, B, 597.

— (2006b) “Bases para reformular a la Corte Suprema”, en: Opciones y alternativas en el derecho procesal. Buenos Aires: Lajouane, 304 y ss.

— (2006c) “La Corte Suprema reasume su rol institucional”, en: Opciones y alternativas en el derecho procesal. Buenos Aires: Lajouane, 371 y ss.

MORELLO, Augusto Mario y GONZALEZ CAMPAÑA, Germán. “La Cámara Nacional de Casación Penal como Superior Tribunal de la causa a los fines del recurso extraordinario”, en: Doctrina Judicial, Buenos Aires, 2005-3, 1149.

OTEIZA, Eduardo. “El certiorati o el uso de la discrecionalidad”, en: Jurisprudencia argentina, Buenos Aires, 1998-I, 706 y ss.

— “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en: El papel de los Tribunales Superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello. Segunda parte. Santa Fe: IIDP, Rubinzal-Culzoni, 2008.

— “La función de las Cortes Supremas en América Latina. Historia, paradigmas, modelos, contradicciones y perspectivas”, en: Oteiza Eduardo (coord.). Reforma procesal civil, Santa Fe: AADP, Rubinzal-Culzoni, 2010, 669 y ss., 708 y ss.

OVALLE FAVELA, José. “Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia”, en: J. Adamo Godar (coord.) Derecho privado. México: UNAM, 2005, 454-458.

PALACIO, Lino. El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica. 2a. ed. act. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

PARRA QUIJANO, Jairo. “El rol actual de la jurisprudencia y los métodos de uniformación”, Informe colombiano al VII Seminario Internazionale: Sistema Giuridico Latinoamericano e Processo. Uniformazione del Diritto, Roma, 20-22 mayo 2004.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “O Supremo Tribunal e a súmula vinculante”, en: Roberto Berizonce, Juan Carlos Hittters y Eduardo Oteiza (coords.). El papel de los Tribunales Superiores. Primera parte. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello. Santa Fe: IIDP, Rubinzal-Culzoni, 2006, 281 y ss.

— “O tratamento dos processos repetitivos”, en: Processo Civil. Novas tendências. Homenagem no Prof. Humberto Theodoro Jr. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, 1y ss.

PEREZ RAGONE, Alvaro. y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. “Estudio introducido al proceso civil alemán contemporáneo”, en: Código Procesal Civil alemán (ZPO). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, 128-131.

PIZZOLO, Calogero. “El límite de páginas y la sanción por incumplimiento de los requisitos formales en la Acordada 4/2007 de la Corte Suprema”, en: Jorge Alterini (dir.). Técnica jurídica de los recursos extraordinarios y de queja. Suplemento especial La Ley, abril 2007, 33-38.

PORTO SA PINTO, Luis F. “Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios. Tendência de coletivização da tutela processual civil”, en: RePro, São Paulo, 2010-185, 117, 129-131.

ROJAS, J. A. “Enfoque sistémico de la competencia de la CSN”, en: XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Libro de ponencias generales y trabajos seleccionados Mendoza, 2005, 546 y ss.

ROSALES CUELLO, Ramiro. "Un tribunal necesario (Factible creación de un tribunal para el control de las sentencias viciadas de arbitrariedad)", en: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1993-E, 994-1004.

SAGÜES, Néstor P. "Competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los Superiores Tribunales de Provincias", en: XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Libro de ponencias generales y trabajos seleccionados, Mendoza, 2005, 456-459.

SANTIAGO, A. (h.). La Corte Suprema y el control político. Buenos Aires: Abaco, 1999.

SOLÁ, Juan Vicente. Control de constitucionalidad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

TANIGUCHI, Yasuhei. "Um processo para o próximo século?"; trad. de José Carlos Barbosa Moreira, en: RePro, São Paulo, 2000-99, 61-62.

TARUFFO, Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas", en: Oteiza, Eduardo (coord.). Reforma procesal civil. Santa Fe: AADP, Rubinzal-Culzoni, 2010, 649 y ss.

THEA, Federico G. "Hacia nuevas formas de justicia administrativa. Apuntes sobre el 'Litigio Estructural' en la Ciudad de Buenos Aires", en: Suplemento administrativo La Ley, febrero 2010, 16.

Jurisprudencia citada

CContenciosoadministrativo y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 25-06-2007, Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Trib. c/ Ciudad de Buenos Aires, en: La Ley, 2007-E, 100, con nota de Inés D'Argenio.

CContenciosoadministrativoyTribCiudadAutonomadeBuenosAires, sala I, 23-12-2008, Acuña, María Soledad c/ Ciudad de Buenos Aires, en: Suplemento administrativo La Ley, febrero 2010, 16; La Ley, 2010-A, 309, con nota de Federico Thea.

CSJN, 1926, Fils, Masurel c/ Provincia de Buenos Aires, en: Fallos, 147:149.

CSJN, 1948, Santín, Jacinto, en: Fallos, 212:51.

CSJN, 31-05-1966, Banco Popular de La Plata S. A., en: Fallos, 264:443.

CSJN, 08-04-1986, Strada, Juan Luis c/ Ocupantes del Perímetro Ubicado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen, en: Fallos, 308:490.

CSJN, 28-05-1987, Santillán, Juan E. y otros c/ C. G. Z., en: Fallos, 310:1014.

CSJN, 20/10/1987, Spada, Oscar y otros c. Díaz Perera, E. A. y otros, en: La Ley, 1988-B, 572, con nota de Fernando N. Barrancos y Vedia; Fallos, 310:2122.

CSJN, 29-10-1987, Valles, Eleuterio Santiago s/ jubilación, en: Fallos, 310:2212.

CSJN, 21-12-1999, Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c/ Set Sociedad Anónima, en: Fallos, 322:3217.

CSJN, 15-2-2000, Operto, Francisco Orlando c/ Comuna de Lehmann, en: Fallos, 323:86.

CSJN, 29-03-2005, Itzcovich Mabel c/ ANSES, s/reajustes varios, en: Fallos, 328:566.

CSJN, 23-08-2005, Lucero C. A. s/ recurso de casación, en: Fallos, 328:3138.

CSJN, 20-09-2005, Casal, Matías Eugenio y otro, en: Fallos, 328:3399.

CSJN, 21-03-2006, Barreto A. D. y otra c/ Provincia de Buenos Aires, en: Fallos, 329:759.

CSJN, 28-10-2008, Capdevila, Benjamín Ramón, en: La Ley, 2009-A, 296; Fallos, 331:2302. ♦

Derecho Público Provincial y Municipal

Los sistemas electorales en el derecho público provincial argentino

POR VICENTE S. ATELA (*)

Sumario: 1. Introducción. 2. La selección de candidatos. 3. Sistemas electorales. 4. Clasificación de los sistemas electorales de acuerdo al método de conversión de votos en bancas. 5. Los sistemas electorales en el Derecho Público Provincial Argentino. 6. Separación de las elecciones locales de las nacionales. 7. Consideraciones finales. 8. Bibliografía.

Resumen

Los sistemas electorales son parte del derecho electoral, constituyendo mecanismos que establece el Estado para estructurar la voluntad popular expresada mediante el sufragio y traducirla en representaciones públicas. Los sistemas electorales se clasifican en: mayoritarios, proporcionales y mixtos. El derecho público provincial argentino como expresión de su autonomía política reconocida por la Constitución Federal, permite que cada Provincia adopte su propio sistema electoral.

Palabras clave: Derecho Público Provincial Argentino — Sistemas electorales — Concepto — Caracterización

Abstract

Electoral systems are part of the electoral law, they are mechanisms that the Estate use to structure the popular will expressed through the vote and to translate into public performances and public representations. Electoral Systems are classified as mayor, proportional or mixed. Argentine Public Provincial Law as an expression of their political autonomy recognized by the Federal Constitution allows each province to adopt its own electoral system.

Keywords: Argentine Public Provincial Law — Electoral Systems — Concept — Characterization

1. Introducción

El estudio de los sistemas electorales es una parte del derecho electoral, el cual comprende, de acuerdo a Nohlen [et al.] (2005: 1297), los siguientes aspectos: “el conjunto de normas reguladoras de la titularidad y del ejercicio del derecho al sufragio, activo y pasivo; de la organización de la elección; del sistema electoral; de las instituciones y de los organismos que tienen a su cargo el desarrollo del proceso electoral, y del control de la regularidad de ese proceso y la veracidad de sus resultados”.

Coincidimos con Nohlen y Sabsay (2005: 34) en la función cívica que cumple el derecho electoral, en la medida en que se constituye en una valiosa herramienta de educación ciudadana. Destacan los autores que el conocimiento de los diferentes aspectos que lo integran trae aparejada la observación de muchos de los momentos cruciales de la vida política dentro de un marco pluralista.

En tal sentido, consideramos importante dedicar el presente trabajo al análisis de los sistemas electorales vigentes en las Provincias Argentinas.

En el desarrollo del presente, se mencionan los distintos sistemas de selección de candidatos de cada partido político que luego competirán por los cargos, cuyo análisis consideramos relevante,

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Público Provincial y Municipal, Cátedra I y Docente Ordinario de Derecho Constitucional, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Constitucional II. UNNOBA.

pese a que se trata de un procedimiento previo a la aplicación de los sistemas electorales objeto del trabajo, atento la puesta en vigencia a nivel nacional y en la provincia de Buenos Aires de un nuevo sistema de elecciones primarias abiertas y simultáneas.

Posteriormente, se desarrolla una clasificación de los principales sistemas electorales y particularmente, de los que tienen aplicación en el Derecho Público local, y finalmente se relevan los distintos sistemas a los que recurren las provincias argentinas para la elección de sus Poderes Ejecutivo y Legislativo.

2. La selección de candidatos

Un aspecto a tenerse en cuenta está vinculado a los sistemas de selección de candidatos que formula cada partido político. El reconocimiento constitucional que se ha hecho de los partidos políticos como organizaciones esenciales, fundamentales del sistema democrático, (1) incluye la potestad de cada partido político de elaborar su propia propuesta de cara a una contienda general, para ello pueden utilizarse diferentes sistemas:

a) Internas cerradas. En este sistema, la selección de los candidatos se hace en el interior de los partidos políticos, dado que sólo sus afiliados pueden participar de la elección. Es el procedimiento que regía en la Nación y la Provincia de Buenos Aires con anterioridad a la modificación reseñada en el presente. Estas internas se rigen exclusivamente por la carta orgánica de cada partido político.

b) Internas abiertas con adhesión o semi abiertas. Se diferencia del anterior en que, además de los afiliados al partido, pueden participar quienes en forma previa a la elección manifiesten su voluntad de tomar parte de ella. A tales efectos, con anterioridad a la elección interna se abre un período para que los ciudadanos no afiliados al partido, manifiesten su intención de participar.

c) Primarias abiertas y simultáneas. La selección de candidatos se realiza en un acto electoral único, en el que participa toda la ciudadanía, que puede votar por el candidato de un solo partido.

Es el sistema establecido por la ley nacional 26.571 para la selección de candidatos a cargos públicos electivos nacionales y de parlamentarios del Mercosur. (2)

Cabe destacar que la participación en las elecciones primarias es obligatoria tanto para los partidos, aun en aquellos casos en que se presentare una sola lista, como para los ciudadanos, caso contrario no podrán participar de la elección general.

La elección de los candidatos a presidente y vicepresidente de la Nación de cada agrupación se hará mediante fórmula en forma directa y a simple pluralidad de sufragios, en tanto los senadores se elegirán por lista completa a simple pluralidad de votos. En la elección de diputados nacionales, y parlamentarios del Mercosur, cada agrupación integrará la lista definitiva mediante el sistema de distribución de cargos que establezca cada carta orgánica partidaria o el reglamento de la alianza partidaria.

Según lo dispuesto por la Ley Nacional 26.571 solo podrán participar de la elección general aquellos partidos políticos que hubieren obtenido votos en un mínimo equivalente al 1,5 % de los votos válidos emitidos para la categoría electoral.

3. Sistemas electorales

Los sistemas electorales son los mecanismos que establece el Estado para estructurar la voluntad popular expresada mediante el sufragio, y traducirla en representaciones públicas en cargos de gobierno.

(1) Art. 38 C.N.

(2) Además de la Nación y la Provincia de Buenos Aires adoptan este sistema de primarias abiertas, con ciertas particularidades, Neuquén, Salta, San Luis, Santa Fe y Río Negro.

Dieter Nohlen (1994: 34) señala que: “*Los Sistemas Electorales contienen el punto de vista técnico, el modo según el cual el elector manifiesta a través del voto el partido o el candidato de su preferencia, y según el cual esos votos se convierten en escaños*”. Y destaca que: “*...regularan ese proceso mediante el establecimiento de la distribución de las circunscripciones, de la forma de la candidatura, de los procesos de votación y de los métodos de conversión de votos en escaños*”.

Ningún sistema electoral resulta inocente o inocuo a las intenciones que se tenga para estructurar el poder, como así tampoco su utilidad teórica a veces no logra plasmarse en la realidad.

A partir de estos cuatro aspectos que describe Nohlen, se pueden realizar algunas distinciones respecto de los sistemas electorales:

a) Distribución de las circunscripciones electorales: comprende el territorio que se considera para la votación y el componente demográfico de los mismos, que en las elecciones de legisladores corresponde a la cantidad de ciudadanos a la que representa cada uno de ellos. Por otro lado, el tamaño de cada circunscripción electoral está dado por la cantidad de bancas que le corresponden. Según este criterio se distinguen dos tipos de circunscripciones: la circunscripción uninominal, donde se pone en juego una sola banca; y la circunscripción plurinominal, que implica elegir más de un representante.

b) Candidaturas: en este aspecto tenemos la candidatura unipersonal y el sistema de lista, la cuál puede ser cerrada y bloqueada, donde el orden de los candidatos es fijo; cerrada y no bloqueada, donde el orden de los candidatos puede ser modificado, ya sea mediante votos preferenciales o reubicación en la lista; y abierta, lo que permite la libre reubicación de los candidatos dentro de la lista y entre ellas.

c) Procedimientos de votación: son las distintas modalidades que adquiere el voto: el “*voto único*”, cada lector tiene un voto; el “*voto preferencial*”, cuando el elector expresa a través de su voto la preferencia por un candidato determinado; el “*voto múltiple*”, se da cuando el elector tienen tantos votos como los escaños disputados por circunscripción; entre otras.

d) Conversión de votos en escaños: Existen diferentes fórmulas para convertir los votos en representación, en este sentido se distinguen mayoría y proporción como principios de decisión. Dentro del principio mayoritario tenemos aquellas fórmulas que exigen una mayoría relativa, y los que exigen una mayoría absoluta o calificada. Dentro del principio proporcional, tenemos los diferentes métodos de cómputos, donde se encuentran los procedimientos del divisor, por el ejemplo el sistema D’Hondt y los procedimientos del cociente electoral.

4. Clasificación de los sistemas electorales de acuerdo al método de conversión de votos en bancas

4.1 Sistemas electorales mayoritarios

Poseen como elemento preponderante afianzar la mayoría de los cargos y representaciones a favor de quien obtenga la mayor adhesión de sufragios.

Encontramos entre ellos:

a) de mayoría simple: se adjudican el o los cargos al partido que mayor cantidad de votos obtiene, sin importar la diferencia con el resto de los partidos. Es el habitual para la elección de los Poderes Ejecutivos de las provincias o para cargos legislativos cuando son circunscripciones uninominales.

Para listas de candidatos plurinominales no permite ninguna representación de las minorías y además, si en una elección con tres listas la primera saca el 40% de los votos, la segunda y la tercera el 30%, la primera se llevará todos los cargos y las restantes no obtendrán ninguno pese a sumar el 60% de los votos, con lo que desvirtúa fuertemente la representación.

Se lo utilizó en el país para la elección de los Diputados Nacionales entre 1857 hasta 1902 y de 1904 a 1912.

b) de mayoría absoluta: se adjudican el o los cargos al partido que obtiene al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos.

c) ballotage o doble vuelta: es la alternativa al sistema anterior, cuando en primera vuelta ningún partido político obtiene la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos. Si ningún partido obtiene la mitad más uno de los votos se debe realizar una segunda elección con los dos partidos más votados.

La Constitución Nacional adopta para la elección presidencial un sistema de ballotage pero que no exige la mayoría absoluta, sino el cuarenta y cinco por ciento de los votos positivos válidamente emitidos para proclamar al presidente y vicepresidente de la Nación. También se evita la segunda vuelta si la fórmula hubiere obtenido el cuarenta por ciento o más de los votos y existiere una diferencia igual o mayor a diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos, de la que sigue en el número de votos. (3)

d) mayoría tasada o tarifada: el partido político que más votos obtiene se lleva una cantidad ya establecida de cargos, igual o superior a la mitad más uno de los cargos en disputa, sin que importe la cantidad de votos de diferencia con las otras listas. Los cargos restantes se distribuyen proporcionalmente o pueden estar tasados previamente. (4)

Este sistema tiende a asegurar el principio de gobernabilidad en tanto aseguran una mayoría al partido que gana las elecciones de legisladores, asumiendo que será el mismo que el que gane para los cargos del Poder Ejecutivo.

e) plurinominal de lista incompleta: se adjudica al partido que ha obtenido la mayor cantidad de votos válidos emitidos los dos tercios de los cargos y el tercio restante a la agrupación que le sigue en el número de votos. (5) (6)

f) circunscripciones uninominales: consiste en dividir un determinado distrito en tantas circunscripciones como candidatos deban elegirse, reduciendo la elección a la de un representante en cada circunscripción, siendo designado el candidato más votado. (7)

4.2 Sistemas electorales proporcionales

Poseen como rasgo esencial establecer mecanismos que permitan una esencial proporcionalidad, una distribución aritmética y exacta —o al menos una aproximación— entre los cargos a distribuir y la cantidad de sufragios que obtiene cada partido político.

(3) Arts. 97 y 98 C.N.

(4) Utilizado por la Provincia de Córdoba para la Cámara de Diputados con anterioridad a su reforma del año 2001, el artículo 78 establecía: La Cámara de Diputados se integra por sesenta y seis representantes elegidos directamente por el pueblo de la Provincia, considerada ésta como distrito único. Del número expresado, treinta y seis corresponden al partido político que obtenga mayor cantidad de votos. Los treinta restantes se distribuyen entre los cuatro partidos políticos que sigan a aquél en orden a los votos obtenidos y que superen un mínimo del dos por ciento de los votos emitidos. La distribución entre la minorías se hace del siguiente modo, conforme al orden que surja del resultado de la elección: veinte representantes al segundo; cinco al tercero; tres al cuarto y dos al quinto. Si alguno de los cuatro partidos no alcanza el mínimo electoral exigido, el número de representantes que le corresponde por su orden, es adjudicado entre las minorías que han alcanzado ese mínimo en forma proporcional conforme lo establezca la ley.

(5) Tercio excluido de la Ley Saénz Peña, ley nacional 8871.

(6) Este sistema actualmente se aplica en la elección de senadores nacionales art. 54 CN.

(7) "Es el clásico sistema de los países anglosajones, donde se lo conoce con el nombre de "sistema mayoritario simple", en cuanto a su origen, está incorporado a la tradición electoral inglesa desde el siglo XVI, continuando su aplicación sin cambios mayores al promulgarse en Inglaterra la primera Reform Act en 1832" (Carlos Fayt, 2003: 161).

Son sistemas proporcionales:

a) de cocientes: luego de realizado el escrutinio se suman todos los votos positivos emitidos y se los divide por la cantidad de cargos, obteniéndose así el cociente electoral, para luego adjudicar los cargos tantas veces como esté incluido el cociente en los votos obtenidos por cada partido.

Supongamos el ejemplo de una elección para cubrir 12 cargos, descripto en la *Tabla 1*.

El cociente resultante de la división se constituye en el “piso electoral” por lo que los partidos políticos que hubiere obtenido una cantidad inferior de votos no podrán acceder a ningún cargo. En el ejemplo todos superan el piso.

Luego de obtener el cociente repartidor, se dividen los votos obtenidos por cada uno de los partidos políticos por el cociente repartidor (votos del partido / cociente electoral), resultando en el caso lo detallado en la *Tabla 2*.

Luego de esta segunda operación, se adjudican los cargos según la cifra entera que hubiere obtenido cada partido: Lista 1: 2 cargos; Lista 2: 6 cargos; Lista 3: 1 cargo; y Lista 4: 1 cargo.

Para cubrir los cargos restantes se utilizan los residuos —se llama así a los decimales que arrojó la división, prescindiendo de la cifra entera—, adjudicándose de acuerdo a los residuos de mayor a menor, por lo que en nuestro ejemplo de 12 cargos ya tenemos que por cifra entera fueron cubiertos 10 cargos restando cubrir 2, que se adjudicarían al residuo “0,6508” de la Lista 4 y “0,6068” de la Lista 3.

Finalmente, de acuerdo al ejemplo utilizado, con la aplicación del sistema electoral proporcional de cocientes el resultado final es: Lista 1: 2 cargos; Lista 2: 6 cargos; Lista 3: 2 cargos; y Lista 4: 2 cargos.

b) Sistema de divisor común o D’Hont: (8) consiste en dividir el número de votos obtenido por cada partido por 1, 2, 3 y hasta igual número a la cantidad de cargos a elegir. El cociente menor que se obtenga correspondiente a la cantidad de cargos, será utilizado como divisor común, adjudicándose a cada partido tantos cargos como su cifra de votos contenga al divisor común.

Supongamos una elección para cubrir ocho cargos en la que participan 5 partidos que obtienen los votos detallados en la *Tabla 3*.

El cuadro con las divisiones de los votos de cada partido por los cargos, quedaría tal como se describe en la *Tabla 4*.

Ordenando los mayores ocho cocientes correspondientes a los cargos en juego, obtenemos los resultados que se observan en la *Tabla 5*.

El cociente divisor sería 12.354, y la cantidad de veces que está incluido —considerando números enteros— en los votos obtenidos por cada partido corresponde a los cargos que se le otorgan a cada uno de ellos.

Por ejemplo, al partido blanco corresponderían: $57.986 / 12.354 = 4,69$ esto es 4 cargos.

De cualquier modo, esta operación de dividir la cifra repartidora por los votos de cada partido no resulta necesaria, toda vez del orden de los mayores cocientes y la lista a la que pertenecen, surge a quién corresponde cada cargo.

Generalmente, se establece un porcentaje mínimo de votos —piso electoral— que deben obtener los partidos para acceder a la distribución de los cargos.

Este sistema es adoptado por el Código Electoral Nacional para la elección de Diputados Nacionales, que exige para participar del reparto de cargos que el partido político alcance un 3% de votos del padrón electoral.

(8) Creado por Victor D’Hont (1841-1901) en 1878.

c) de voto acumulativo: reconoce al elector el derecho de disponer de tantos votos como representantes se elijan, pudiendo dar sus votos a un solo candidato o distribuirlo entre dos o más, o darle un voto a cada candidato resultando electos aquellos candidatos que hayan obtenido la mayoría relativa.

4.3 Sistemas electorales mixtos

Este tipo de sistemas tiende a combinar elementos de sistemas de mayoría y proporcionales. Pretenden adoptar los aspectos más positivos o favorables de cada uno de los sistemas, lo que no significa que siempre se consiga. A veces se logra el efecto contrario y su combinación resulta en sistemas que eliminan la representación de las minorías.

Se encuentran entre ellos:

a) mixtos plurinominales: confieren a la mayoría una representación superior a la que resultaría de la aplicación del sistema proporcional integral, existen múltiples variantes en su aplicación, en algunos predomina el sistema de premios a la mayoría de las circunscripciones combinando la media mayor con el mayor residuo, en otros casos se beneficia a las mayorías nacionales;

b) mixto uninominal: consiste en dividir al territorio en circunscripciones uninominales destinadas a elegir la mitad de los representantes por el sistema de mayoría relativa y la otra mitad de los representantes se asignan a las listas presentadas por los partidos políticos proporcionales a los votos que cada uno haya obtenido, de manera que el elector tiene dos votos, uno para la elección en circuito uninominal y otro para la elección proporcional.

4.4 Ley de lemas. Combinación de selección de candidatos y sistema electoral.

Por otro lado, existen sistemas que conjugan ambas características, por cuanto establecen un procedimiento de selección de candidatos y simultáneamente, constituyen un sistema electoral. (9) Nos referimos al sistema de lemas o ley de lemas.

En este sistema, cada partido político constituye un lema, y cada uno de ellos puede tener varios sublemas, constituidos por las listas de candidatos de las fracciones internas del partido que decidan participar de la elección. Cada una de las listas de los sublemas se presenta con todos los candidatos que se eligen en el comicio.

Los electores votan por el sublema de su preferencia, pero luego, los votos que reciban los sublemas de un mismo lema se suman, y el lema que obtenga la mayor cantidad de sufragios será el ganador.

Si la elección es uninominal, el electo será el candidato que más votos haya obtenido, perteneciente al lema ganador.

En el caso de listas *plurinominales*, se usa un sistema proporcional. Se asignan los cargos según la cantidad de votos de los lemas y posteriormente dentro de cada lema se otorgan a cada sublema los correspondientes los sufragios obtenidos.

En el ejemplo de la *Tabla 6* se desarrolla el sistema para cubrir los cargos de un cuerpo colegiado de 5 miembros, aplicando un sistema proporcional de distribución.

Se observa en el ejemplo que el Lema "A" posee mayor cantidad de votos que los Lemas "B" y "C", pero que el sublema ganador dentro del lema "A", es el sublema "A1" con 89.554 votos contra el sublema "B1" que aun perdidoso en el proceso de acumulación total, por si sólo posee más votos.

Ese es el principal obstáculo de legitimación del sistema de lemas, nótese que si la elección fuera para un solo cargo, se le adjudicaría al candidato del sublema A3, pero individualmente, obtuvo menos votos que sublema B1.

(9) Alberto Montbrun (2007) sostiene que se asemeja más a un sistema de nominación de candidaturas más que a un sistema electoral

Además se pueden señalar otras notas positivas y negativas.

Entre las ventajas:

* Elimina la confrontación de los grupos internos, que resulta siempre desgastante y genera heridas internas y personalismos.

* Logra que cada candidato tenga su nivel propio de votos, personalizando la elección.

* Facilita a los pequeños grupos de afiliados de un partido la presentación de una lista.

* Ayuda a una renovación de las clases dirigentes.

Podemos citar entre las desventajas:

* Atomiza a los partidos políticos con sublemas que expresan pequeños grupos personalistas.

* El elector no sabe por quién vota, porque su sufragio se acumula a favor del que más votos obtiene.

* Desnaturaliza la representación electoral con resultados, frutos de la alquimia electoral de sumar votos ajenos.

* Debilita la disciplina partidaria en orden a posturas políticas orgánicas, generando la proliferación de posturas personales.

5. Los sistemas electorales en el Derecho Público Provincial Argentino

Por el sistema de organización federal que adopta nuestro país a partir de la sanción de la Constitución de 1853, los Estados provinciales gozan de autonomía, que incluye los aspectos institucional y político (10) por lo cual cada provincia puede establecer su propio régimen electoral.

En ejercicio de la potestad política, cada Provincia ha reglamentado su propio régimen electoral, dentro del cual han adoptado diversos sistemas electorales para la elección de sus autoridades. En el presente capítulo, se analizan los sistemas utilizados para elegir los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo.

5.1 La elección del Poder Ejecutivo

Las 23 provincias argentinas establecen a cargo del Poder Ejecutivo a un Gobernador, que es electo en forma conjunta con un Vice Gobernador, y con una duración del mandato de cuatro años.

En todos los casos la fórmula se elige por el voto directo del pueblo tomando a la Provincia como distrito electoral único. Sin embargo, hay diferencias en el sistema electoral utilizado.

1. El sistema más utilizado es el de mayoría simple, es decir que la fórmula que obtiene la mayor cantidad de votos es la ganadora.

Recurren a este sistema: Buenos Aires, Catamarca, Chubut, Córdoba, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, San Juan, San Luis, Salta, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán. (11)

Además, algunas de las Constituciones de estas provincias establecen el procedimiento de elección en caso de empate.

En San Luis, San Juan, Entre Ríos y Jujuy se debe hacer una nueva elección entre los postulantes que obtuvieron la misma cantidad de votos; por su parte, en las provincias de Neuquén, Río Negro, Salta, Santa Fe y Tucumán la decisión final se asigna al Poder Legislativo.

(10) Artículos 1, 5 y 121 CN.

(11) Respectivamente, los artículos de las constituciones de las provincias mencionadas en donde se adopta el sistema referido son: Art. 134; 130; 146; 140; 135; 73; 135; 107; 114; 185; 120; 172; 135; 126; 202; 173; 142; 70; 157; y 99.

2. Por su parte, Corrientes (12) y Tierra del Fuego (13) poseen un sistema de mayoría absoluta con doble vuelta, por lo que si ninguna de las fórmulas alcanza la mitad más uno de los sufragios, se hará una segunda elección entre las dos más votadas.

3. Finalmente, Chaco (14) posee un sistema de ballottage similar al establecido en la Constitución Nacional para la elección del Presidente. Cuando la fórmula que resulte ganadora en la primera vuelta hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados Gobernador y Vicegobernador. También si hubieren obtenido el cuarenta por ciento o más de los votos y además existiere una diferencia igual o mayor a diez puntos porcentuales respecto del total de los votos positivos válidamente emitidos, sobre la que sigue en el número de votos.

En caso contrario, deberá hacerse una nueva elección entre las dos fórmulas más votadas.

5.2 *Los sistemas electorales para la conformación de los Poderes Legislativos provinciales*

En este aspecto hay una diversidad mayor en las provincias argentinas que en el sistema para la elección del poder ejecutivo.

En primer lugar, hay dos organizaciones del poder legislativo: el sistema bicameral, que divide a la Legislatura en Cámara de Diputados y Cámara de Senadores; (15) y el unicameral, adoptado por la mayoría de las provincias, (16) con una sola cámara, de Diputados o Representantes.

En lo sucesivo se desarrollan las principales características de los sistemas electorales, que son sistematizadas en los cuadros del *Anexo I*.

1. Legislaturas unicamerales

a. Las provincias de Chaco, La Pampa, Misiones, Neuquén, Santiago del Estero y Tierra del Fuego (17) toman para la elección de los legisladores a la provincia como distrito único y utilizan el sistema proporcional D'Hont.

b. La provincia de Chubut (18) posee un sistema mixto, que combina el de mayoría tasada, adjudicando al ganador 16 de las 27 bancas de la Legislatura y el proporcional D'Hont, utilizado para distribuir las 11 bancas restantes entre los demás partidos políticos.

c. Por su parte, San Juan, Córdoba, Santa Cruz y Río Negro (19) tienen un sistema mixto con una representación regional y otra de todo el territorio provincial.

Las dos primeras provincias eligen un representante por cada departamento por el sistema de mayoría simple y el resto considerando a la provincia como distrito único, mediante el sistema proporcional D'Hont.

(12) Art. 108 Const. Pcial.

(13) Art. 202 Const. Pcial.

(14) Art. 133 Const. Pcial.

(15) Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, Mendoza, Salta, Santa Fe, San Luis.

(16) Chaco, Chubut, Córdoba, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Misiones, Neuquén, Santiago del Estero, San Juan, Río Negro, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Tucumán.

(17) Respectivamente, los artículos de las constituciones de las provincias mencionadas en donde se adopta el sistema referido son: Art. 90 inc. 4; 53; 48 inc. 5; 161; 118 —Sin perjuicio de adoptar el sistema de distrito único, el artículo constitucional santiagueño establece que la ley asegurará la participación de los ciudadanos del interior de la Provincia en no menos del 50% de las postulaciones expectables y de las suplencias—; y 201 inc. 4.

(18) Art. 124 Const. Pcial.

(19) Art. 123 Const. Pcial. Respectivamente, los artículos de las constituciones de las provincias mencionadas en donde se adopta el sistema referido son: Art. 131; 78; 85; y 123.

Santa Cruz utiliza para la representación regional a los municipios, cada uno de los cuales elige un representante por mayoría simple y con el sistema de lemas; y el D'Hont, sin lemas, para la elección que toma a la provincia como un solo distrito.

En tanto que en Río Negro se eligen tres por cada sección electoral y los demás en una lista provincial, tomando su territorio como distrito electoral único. En ambos casos se utiliza el sistema proporcional D'Hont.

d. La Rioja (20) divide el territorio en departamentos, y en la Constitución se establece la cantidad de legisladores que se eligen en cada uno. En los departamentos que tienen una sola banca se adjudica por simple mayoría de sufragios. En el resto, se aplica el sistema D'Hont, con una novedosa disposición que limita a la mayoría, pues se establece un límite de bancas al que puede acceder el partido ganador, aunque de acuerdo al sistema de reparto le correspondan más. Por ejemplo, el partido que obtenga la mayoría sólo podrá adjudicarse hasta un máximo de cinco bancas en el departamento Capital —se eligen ocho legisladores— y tres bancas en el departamento Chilecito —cuatro legisladores—.

Asimismo, se establece que nunca podrán las minorías tener un porcentual menor al equivalente a ocho bancas.

e. Las provincias de Formosa (21) y Jujuy (22) toman al territorio como distrito único y adoptan el sistema de Lemas. Ambas utilizan el sistema D'Hont, pero en el caso de Formosa primero entre lemas a fin de determinar la cantidad de cargos que corresponde a cada uno de ellos, y luego entre Sub-Lemas de cada Lema a fin de establecer a qué candidatos pertenecen dichos cargos.

En cambio, la ley electoral de Jujuy establece que primero se ordenarán los sublemas a fin de establecer la lista del lema, y luego se distribuyen los cargos legislativos entre los distintos lemas.

El resultado debiera ser el mismo.

f. Tucumán (23) divide a su territorio en 3 secciones a las que la Constitución le asigna la cantidad de legisladores que le corresponden a cada una. La asignación de los cargos en cada sección se realiza por el sistema D'Hont.

2. Legislaturas bicamerales

Ante la existencia de dos cámaras, varias provincias asignan distintas bases de representación a cada una de ellas, otras, en cambio, asignan la misma base territorial de representación a diputados y senadores.

a. Las provincias de Catamarca, (24) Entre Ríos (25) y Santa Fe, (26) eligen los diputados tomando a la provincia como distrito único y a los senadores uno por cada uno de los departamentos en que se divide su territorio.

Santa Fe adopta para la composición de la Cámara de Diputados un sistema mixto con una mayoría tasada para el partido que obtiene más votos, al que se le adjudican 28 diputados de los 50 que componen la Cámara; y proporcional para los 22 cargos restantes que se reparten entre los demás partidos con el sistema D'Hont.

(20) Art. 85 Const. Pcial.

(21) Art. 103 Const. Pcial.

(22) Art. 104 Const. Pcial.

(23) Art. 44 Const. Pcial.

(24) Arts. 72 y 79 Const. Pcial.

(25) Arts. 90 y 91 Const. Pcial.

(26) Arts. 32 y 36 Const. Pcial.

Entre Ríos utiliza el sistema proporcional de cocientes para los diputados, pero la Constitución entrerriana garantiza al ganador la mayoría absoluta de la representación, por lo que, cuando por el sistema de proporcionalidad el triunfador alcanza a la mitad más uno de las bancas, se le adjudica dicha mayoría y el resto de las bancas al o los partidos de las minorías por el sistema de cocientes.

Finalmente, Catamarca utiliza para la Cámara de Diputados el sistema D'Hont.

b. San Luis (27) y Salta (28) eligen los diputados por departamentos con listas plurinominales, mediante el sistema D'Hont; y un senador por cada departamento por mayoría simple.

c. En Corrientes tanto para la elección de diputados y como de senadores se toma a la provincia como distrito único, y se utiliza para la distribución de los cargos el sistema D'Hont.

d. Buenos Aires (29) y Mendoza (30) dividen el territorio en secciones electorales y utilizan sistemas plurinominales proporcionales para ambas Cámaras, mediante listas de candidatos de cada sección.

La provincia cuyana utiliza el sistema D'Hont, en tanto la bonaerense recurre al sistema de cocientes o, como se lo llama en su ley electoral: de *cuocientes*.

5.3 El sistema en Buenos Aires

La Constitución provincial establece en 84 los miembros de la Cámara de Diputados y 42 del Senado, aunque admite la posibilidad de ampliar hasta 100 aquellos y 50 estos últimos, mediante una ley especial y de acuerdo a los censos poblacionales. Actualmente, los diputados son 92 y 46 los senadores.

Para la elección de los legisladores la Provincia se divide en ocho secciones electorales. (31)

Estos legisladores se distribuyen en las ocho secciones electorales, de la forma que se describe en la *Tabla 7*.

La Ley electoral n° 5109 (Adla, VI-772) es la que establece el sistema de cociente o *cuocientes*. Para establecer el cociente electoral se divide el número total de sufragios válidos positivos —sin contar blancos ni anulados— por el número de candidatos que corresponde elegir, según la convocatoria. Luego, se divide por el cociente el número de votos obtenidos por cada lista, el número entero resul-

(27) Arts. 102 y 109 Const. Pcial.

(28) Arts. 94 y 100 Const. Pcial.

(29) Arts. 61, 69 y 75 Const. Pcial.

(30) Arts. 69 y 75 Const. Pcial.

(31) Los partidos que integran cada una son: SECCIÓN CAPITAL: La Plata. PRIMERA SECCION ELECTORAL: Campana, Escobar, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, Luján, Malvinas Argentinas, Marcos Paz, Mercedes, Merlo, Moreno, Morón, Navarro, Pilar, San Fernando, San Miguel, San Isidro, Suipacha, Tigre, Tres de Febrero y Vicente López. SEGUNDA SECCIÓN: Baradero, Bartolomé Mitre, Capitán Sarmiento, Carmen de Areco, Colón, Exaltación de la Cruz, Pergamino, Ramallo, Rojas, Salto, San Andrés de Giles, San Antonio de Areco, San Nicolás, San Pedro y Zárate. TERCERA SECCIÓN: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Coronel Brandsen, Cañuelas, Ensenada, Esteban Echeverría, Ezeiza, Florencio Varela, Lanús, Lomas de Zamora, Lobos, Magdalena, La Matanza, Presidente Perón, Punta de Indio, Quilmes y San Vicente. CUARTA SECCIÓN: Alberti, Bragado, Carlos Casares, Carlos Tejedor, Chacabuco, Chivilcoy, General Arenales, General Pinto, General Viamonte, General Villegas, Hipólito Irigoyen, Junín, Leandro N. Alem, Lincoln, Nueve de Julio, Pehuajó, Rivadavia y Trenque Lauquen. QUINTA SECCIÓN: Ayacucho, Balcarce, Castelli, Chascomús, De La Costa, Dolores, General Alvarado, General Belgrano, General Guido, General Lavalle, General Madariaga, General Paz, General Pueyrredón, Las Flores, Lezama, Lobería, Maipú, Mar chiquita, Monte, Necochea, Pila, Pinar, Rauch, San Cayetano, Tandil, Tordillo y Villa Gesell. SEXTA SECCIÓN: Los partidos de Adolfo Alsina, Bahía Blanca, Daireaux, Coronel de Marina Leonardo Rosales, Coronel Dorrego, Coronel Pringles, Coronel Surez, General Lamadrid, González Chavez, Guaminí, Juárez, Laprida, Monte Hermoso, Patagones, Pellegrini, Puán, Saavedra, Salliqueló, Tornquist, Tres Arroyos y Villarino. SEPTIMA SECCIÓN: Azul, Bolívar, General Alvear, Olavarría, Roque Pérez, Saladillo, Veinticinco de Mayo y Tapalqué.

tante de la división indica el número de candidatos que son electos en cada lista. Aquella cuyos votos no alcancen este cociente carecerá de representación.

Si la suma de todos estos cocientes no cubre el número total de representantes que comprende la convocatoria, se adjudicará un candidato más a cada una de las listas cuya división por el cociente electoral haya arrojado mayor número decimal, si agotada la consideración quedan cargos a adjudicar, se otorgarán a la lista que obtuvo mayor cantidad de sufragios. En caso de residuos iguales, se adjudica el candidato al partido que obtuvo mayoría de sufragios.

Si ningún partido político llega al cociente electoral, se toma como base el 50% del mismo a los efectos de adjudicar la representación y si aun así ninguno lo alcanza se disminuirá en otro 50%.

Si la cantidad de partidos políticos que alcanzan el cociente electoral es superior al de las bancas a distribuir, éstas se adjudicaran a los que hubieren obtenido mayor número de sufragios.

6. Separación de las elecciones locales de las nacionales

Recientemente, Pérez Hualde (2011) ha sostenido acerca de la decisión política de cada Gobernador de realizar simultáneamente las elecciones para cargos públicos provinciales junto a la elección de cargos nacionales —simultaneidad electoral— que:

“la acumulación y realización simultánea de elecciones de los distintos órdenes, provoca en casi todos los casos el total desdibujamiento y, con ello —inevitablemente—, la desatención de los temas y candidatos locales. Este fenómeno, que lleva la pérdida de interés y de calidad en el planteo y en la formulación de los temas políticos propuestos, consecuentemente, también produce la desvalorización del debate entre los candidatos sobre los temas más próximos al elector, que son los municipales y provinciales. Los temas provinciales y, respectivamente, los municipales se ven sumergidos en el debate de las cuestiones nacionales que son promovidas obligadamente por los esfuerzos publicitarios de las campañas realizadas en forma general en todo el país”.

Resulta propio de un ejercicio auténtico del federalismo que establece la Constitución Argentina, que las elecciones correspondientes a cada jurisdicción política (cargos nacionales, provinciales y municipales) se realicen en forma autónoma, independiente y diferenciada, reafirmando el principio básico de diversidad y autonomía, dentro de la organización federal.

No obstante ello, sólo dos constituciones provinciales establecen la obligatoriedad de la realización de elecciones provinciales y municipales separadas de las nacionales: Chaco y Tierra del Fuego.

Las constituciones de Chubut, Corrientes, Formosa, Jujuy, San Luis, Santa Cruz y Santiago del Estero (32) habilitan la posibilidad de que las elecciones provinciales se realicen en forma simultánea con las nacionales.

Las demás provincias no adoptan ninguna disposición constitucional al respecto. (33)

7. Consideraciones finales

El sistema de organización federal permite la autonomía del derecho electoral, por lo que cada provincia adopta su propio régimen.

Todas las constituciones provinciales establecen para la elección de Gobernador y Legisladores sistemas de elección por el voto directo de la población.

(32) Respectivamente, los artículos de las constituciones de las provincias mencionadas en donde se adopta el precepto son: art. 256, inc. 4; 83; 140; 87; 94; 78 inc. 2 y 45.

(33) En el calendario electoral del 2011 han desdoblado las elecciones para cargos públicos provinciales de los nacionales las siguientes provincias: Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, La Rioja, Misiones, Neuquén, Santa Fe, Tierra del Fuego y Tucumán. La provincia de Buenos Aires, mediante decreto PE nro. 333/11 declaró la simultaneidad de las elecciones provinciales y municipales con las de la Nación.

Para la elección de Gobernador veinte Provincias adoptan sistemas de mayoría simple, dos de mayoría absoluta y una el sistema de ballottage como el utilizado a nivel Nacional para la elección presidencial.

Sistemas proporcionales puros o sistemas mixtos para la elección de miembros del Poder Legislativo.

Las provincias que adoptan total o parcialmente los sistemas de circunscripciones uninominales tienden a la eliminación de las minorías.

8. Bibliografía

Fayt, Carlos Santiago. *Derecho político*. Buenos Aires: LA LEY, 2003, t. 2.

Fayt, Carlos Santiago. *Sufragio, representación y telepolítica*. Buenos Aires: LA LEY, 2008.

Montbrun, Alberto. "Bases de representación legislativa y sistemas electorales en el derecho público provincial", En: Pérez Guilhou, Dardo (dir.). *Derecho público provincial y municipal*. Buenos Aires: LA LEY, 2007, v. 3.

Nohlen, Dieter [et al.] (comps.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

Nohlen, Dieter y Sabsay, Daniel. "Derecho electoral", En: Nohlen, Dieter [et al.] (comps.) *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

Nohlen, Dieter. *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

Pedicone De Valls, María. *Derecho electoral*. Buenos Aires: La Rocca, 2001.

Pérez Hualde, Alejandro. "Las autonomías provincial y municipal y el desdoblamiento de las elecciones", En: *Diario LA LEY*, Buenos Aires, 01/04/2011, 1-4.

Anexo1

Composición de las legislaturas unicamerales y su sistema electoral

	Cantidad
	Sistema electoral
La Pampa	26
	distrito único D'Hont piso 3 %
Misiones	39
	distrito único D'Hont sin piso
Neuquén	35
	distrito único D'Hont con piso del 3 %
Santiago del Estero	40
	distrito único D'Hont con piso 2%

	Cantidad Sistema electoral
Tierra del Fuego	15
	distrito único D'Hont con piso 5%
Chaco	32
	D'Hont sin piso
Chubut	27
	Mixto 16 para el ganador y 11 entre los demas por sistema D'Hont sin piso
Formosa	30
	Ley de Lemas D'Hont
Jujuy	48
	Ley de Lemas D'Hont distrito único 5 %
Tucumán	49
	secciones electorales D'Hont sin piso
La Rioja	36
	Departamentos uninominales y plurinominales (D'Hont con piso del 3 %)

	Distrito único	Departamento
	Cantidad Sistema electoral	
	15	19
San Juan	D'Hont con piso del 3 %	Uno por departamento
	10	14
Santa Cruz	D'Hont	Uno por departamento con Ley de Lemas
	44	26
Córdoba	D'Hont sin piso	Uno por departamento
	19	24
Río Negro	D'Hont con piso del 5 %	Tres por departamento D'Hont con piso del 22 %

Composición de las legislaturas bicamerales y su sistema electoral

	Diputados	Senadores
	Cantidad	
	Sistema electoral	
Santa Fe	50	19
	distrito único tasado	uno por departamento
Catamarca	41	16
	distrito único D'Hont sin piso	uno por departamento
Entre Ríos	28	17
	distrito único cociente con mayoría absoluta	uno por departamento
Salta	60	23
	Departamentos D'Hont con piso 5 %	uno por departamento
San Luis	43	9
	Departamentos D'Hont con piso 3 %	uno por departamento
Mendoza	48	38
	secciones electorales D'Hont 3%	secciones electorales D'Hont 3%
Buenos Aires	92	46
	secciones electorales cocientes	secciones electorales cocientes
Corrientes	26	13
	distrito único D'Hont con piso del 3 %	distrito único D'Hont con piso del 3 %

Tabla 1

Partido	Votos	
1	1.279.688	
2	3.525.177	
3	883.155	
4	907.345	
Total	6.595.365	
Cargos	12	
Cociente electoral	votos : cargos	549.613,75

Tabla 2

Partido	Cociente
1	2,3283
2	6,4139
3	1,6069
4	1,6509

Tabla 3

Partido	Votos
Blanco	57.986
Negro	32.567
Verde	12.354
Azul	6.590
Amarillo	23.441
Total	132.938

Tabla 4

PARTIDO	1	2	3	4	5	6	7	8
BLANCO	57.986,00	28.993,00	19.328,67	14.496,50	11.597,20	9.664,33	8.283,71	7.248,25
NEGRO	32.567,00	16.283,50	10.855,67	8.141,75	6.513,40	5.427,83	4.652,43	4.070,88
VERDE	12.354,00	6.177,00	4.118,00	3.088,50	2.470,80	2.059,00	1.764,86	1.544,25
AZUL	6.590,00	3.295,00	2.196,67	1.647,50	1.318,00	1.098,33	941,43	823,75
AMARILLO	23.441,00	11.720,50	7.813,67	5.860,25	4.688,20	3.906,83	3.348,71	2.930,13

Tabla 5

BLANCO	57.986,00
NEGRO	32.567,00
BLANCO	28.993,00
AMARILLO	23441
BLANCO	19328,67
NEGRO	16283,5
BLANCO	14996,5
VERDE	12354

Tabla 6

Lema A	Votos	Cargos	Lema B	Votos	Cargos	Lema C	Votos	Cargos
Sublema A1	87.500		Sublema B1	93.561		Sublema C1	71.339	
Sublema A2	35.086		Sublema B2	43.775				
Sublema A3	89.554							
Total	212.140	3	Total	137.336	1		71.339	1

Tabla 7

Sección	Diputados	Senadores
Capital	6	3
Primera	15	8
Segunda	11	5
Tercera	18	9
Cuarta	14	7
Quinta	11	5
Sexta	11	6
Séptima	6	3

Derecho Romano

Encontramos los primeros atisbos del principio de legalidad en el derecho romano

POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU (*)

Sumario: I. ¿Cómo analizamos el principio de legalidad actual en el derecho romano? ¿Encontramos en Roma los primeros atisbos de este principio?- II. La redacción de la norma en materia de furtum.- III. La acción objetiva. IV. El aspecto subjetivo.- V. El concepto de cosa en el furtum: El concepto de cosa a los efectos del furtum.- VI. ¿Podían ser objeto de furtum las cosas sacrae, sanctae et religiosae?- VII. Responsabilidad “penal” por el furtum.- VIII. La autoría.- IX. El delito consumado y su tentativa.- X. ¿Cómo hubiese operado el desistimiento voluntario en Roma?- XI. ¿Quién se constituye como sujeto pasivo del furtum?- XII. Confluencias entre los interdictos recuperadae possessionis con el furtum.- XIII. El dolo en el derecho actual y el animus furandi romanus.- XIV. Elementos que integran el principio de legalidad en materia penal: El principio constitucional, paralelismos procesales. XV. La sentencia judicial.- XVI. El penado.- XVII. Conclusión.- XVII. Bibliografía

Resumen:

Desde la perspectiva actual del derecho público, en lo que se refiere a la persecución penal, se hará un análisis de cómo funcionaba en Roma desde la antigüedad; teniéndose en cuenta que había delitos públicos y delitos privados, éstos últimos son aquellos que regulaba el derecho privado tipificándolo y estableciendo la sanción que correspondía a cada especie, pero la persecución estatal era regulada por normas de derecho público. El presente trabajo consiste, por lo tanto en un análisis jurídico según las concepciones actuales adaptándolas a normativas antiguísimas como la ley de las XII Tablas hasta las compendiadas en el año 529 d.C. en el Corpus Iuris Civilis, con el único objetivo de determinar los primeros atisbos del Principio de Legalidad.

Palabrasclave: Legalidad- Derecho penal romano - Responsabilidad penal - Delitos Privados

Did we found the first signs of the legality principle in the roman law?

Abstract:

From the current perspective of public law in regard to the prosecution, will be an analysis of how it worked in Rome since antiquity, bearing in mind that there was public and private crimes offenses, the latter are those regulating the right defined and established a private penalty corresponding to each species, but the state prosecution was governed by public law. The present study is therefore in a legal analysis by adapting to current conceptions ancient regulations as the law of the Twelve Tables to the encapsulated in 529 AD in the Corpus Iuris Civilis, with the sole purpose of determining the first glimpses of the Principle of Legality.

Keywords: Legality -Roman criminal law- -Criminal liability- Private crime

I. ¿Cómo analizamos el principio de legalidad actual en el derecho romano? ¿Encontramos en Roma los primeros atisbos de este principio?

El principio de legalidad, se trata de una construcción jurídica muy posterior a los romanos, sin embargo existieron en Roma la redacción de normas jurídicas que contemplaban delitos públicos y privados.

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Romano, Cátedra III. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

Con respecto a los delitos privados, en las Institutas de Gaius aparece regulado en el libro IV, como fuente de las obligaciones, ellos eran el *furtum*, la rapina, el *damnum* y la iniuria.

Para comenzar el análisis tomaré la figura del *furtum*.

II. La redacción de la norma en materia de *furtum*

Para comenzar se tomará en general la figura del *furtum*, así la misma aparece regulada en la TABULA VIII, de la Lex de las XII Tablas, configurándose las distintas clases de *furtum* de la siguiente manera: SI NOX FURTUM FAXSIT, SI IM OCCISIT, IURE CAESUS ESTO (Justiniano, D.9,2,4,1; Ulp.,D.,48,8,9): *Si por la noche alguien comentó un hurto y se le mató, sea muerto conforme a derecho*; LUCI . . . SI SE TELO DEFENDIT, . . . ENDOQUE PLORATO (Justiniano, D., 47, 2, 55, 2 ; D., 50, 16, 23, 2 ; D., 9, 2, 4,), *Durante el día... si se defiende con armas,... pídase auxilio a gritos (y sea matado legítimamente)*. Ex ceteris - manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt (Xviri) ei, cui *furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent ; servos - verberibus affici et e saxo praecipitari ; sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri* (Gaius, 1967: 259). *Respecto a los demás ladrones flagrantes los decenviros establecieron que si eran libres se les azotase y entregase a quien hubiera sufrido del hurto; si fueran esclavos se le azotase y despeñase por la roca (Tarpeya); pero si fueran niños impúberes dispusieron que se les azotase, según el criterio del pretor, y que se reparase el daño causado*. Concepti et oblati (furti) poena ex lege XII tab. tripli est (Gaius, 1967: 258, 259, 356) (Justiniano D., 22, 5, 12) *La pena para el hurto descubierto y contra el que dio a otro el objeto robado es, según una ley de las XII Tablas, al triple*. LANCE ET LICIO (Gaius, 1967: 260); *con un plato y un lizo atado a la cintura...SI ADORAT FURTO, QUOD NEC MANIFESTUM ERIT - , [DUPLIONE DAMNUM DECIDITO]* (Justiniano, D., 4, 4, 9, 2; D., 2, 14, 7, 14) (Gaius, 1967: 259,299-300) *Si se reclama por un hurto que no fue flagrante - sanciónese el daño con el doble*.

Aquí, aparecen los elementos del tipo penal, la descripción de la conducta (prohibitiva), antijurídica, punible y culpable (en el sentido de la “culpabilidad” del que se desprenden el dolo y la culpa), siendo el *furtum* un delito doloso, se irán analizando éstos elementos en el desarrollo de la exposición.

III. La acción objetiva

El apoderamiento de una cosa ajena en contra de la voluntad de su dueño, comprendiendo a su vez la amotio (sustracción material) y la retentio invuito domino (retención de la cosa) de allí, se desprendería la ilicitud, o sea, el mandato de carácter prohibitivo que acarreará una sanción para quién decida transgredir la norma jurídica, ello en cuanto al aspecto objetivo.

En nuestro derecho argentino, el término “apoderamiento” es usado en algunos de los delitos contra la propiedad regulados en el Libro II, Título VI del Código Penal, así tenemos en la descripción del tipo:

“...el que se apoderare ilegítimamente de una cosa total o parcialmente ajena...” en los artículos 162 (Hurto) y 164 (robo) del Código Penal.

IV. El aspecto subjetivo

En lo que respecta al plano subjetivo, existe un animus, traducido en la intención o voluntad de transgredir la norma, cumpliendo con la descripción del tipo, por ello las fuentes refieren al animus furandi, (Justiniano, D. 41,3,37) que solo puede tener el ladrón. Alfredo Di Pietro nos señala que:

“...No hay delitos involuntarios, ya que en todos ellos debe haber una intención dolosa o al menos culposa (caso Lex Aquilia)...así el esclavo, el prodigus, la mujer, el impúber pubertati proximus son capaces de generar ésta clase de actio.”(Gaius, 1967: 256).

El hecho de cometer el *furtum* a sabiendas implica un “dolos malus”(Gaius, 1967: 262) , se señalan otras fuentes en las que se hace referencia al animus lucri faciendi (Gaius, 1967: 262) el apoderamiento le da un beneficio material al autor del *furtum*, que junto al adfectus furandi serian dos aspectos del

dolos malus, sin embargo el que comete apoderamiento por el solo hecho de hacer daño sin obtener una ventaja económica queda comprendido en las disposiciones de la Lex Aquilia.

El elemento que se trata, está contemplado de manera similar en el derecho penal argentino, no es posible establecer una sanción si el sujeto no tuvo la posibilidad de hacer o no hacer de acuerdo al mandato legal, en base al libre albedrío.

V. El concepto de cosa en el furtum: El concepto de cosa a los efectos del furtum

En el furtum el apoderamiento es de una cosa, para ello hay que distinguir:

1) En cuanto a las cosas muebles no hay lugar a dudas que están comprendidas en el furtum, ya que por su naturaleza, son fácilmente transportables, lo que facilita también su apoderamiento. En cuanto a la denominación moderna de semovientes, las características de éstos objetos hacen que se generen ciertas dificultades para que opere el apoderamiento, en el derecho penal actual operaría como una agravante el apoderamiento que se realiza venciendo obstáculos, lo que denota una mayor peligrosidad del agente que realiza la acción objetiva, así lo vemos en el art. 163 del Código Penal, en el hurto con escalamiento (inciso 4º), con rotura de cercos (inciso 1º), el uso de llave falsa o ganzúa (inciso 3º).

2) No estaría incluido por las cualidades esenciales de la cosa la cosa inmueble, la separación de una parte de ella para cometer el delito la transforma en cosa mueble que sí es pasible del furtum.

VI. ¿Podían ser objeto de furtum las cosas sacrae, sanctae et religiosae?

Si bien las cosas sagradas, santas y religiosas estaban fuera del commercium, no era impedimento para que fueran apropiadas en contra de la voluntad de su dueño. Pensemos en el siguiente ejemplo: una tumba: la protección especial de que gozaba encontraba su arraigo en la tradición romana y en las leyes, el dominium del mismo pertenecía a las sucesivas generaciones del difunto, si el suelo en el que se encontraba era vendido, no formaba parte de esa venta el sepulcro (Aramburu, 2010), se constituía una servidumbre perpetua a favor de los miembros de la familia del fallecido, de modo que quien violaba un sepulcro era declarado sacer (Aramburu, 2002: 131), por lo tanto no era obstáculo para que un furtador se apoderara ilegítimamente del mismo o de algún objeto allí dejado, aparece la discusión de que si se trata entonces de un furtum o la figura del sacer es de mayor gravedad y subsume a la primera. Otros sostendrían que habría que hacer un análisis particular de cada figura que comprende las variantes del furtum, ya que en el furtum nec manifestum, se autoriza entre las penalidades dar muerte al delincuente, de allí que llegado el caso, en la idiosincrasia romana ¿cuál sería más grave?

VII. Responsabilidad “penal” por el furtum

Nos dice Alfredo Di Pietro:

“La obligación delictual se extingue para los herederos del que ha cometido el delito...cuando se comete el delito por un alieni iuris se da la circunstancia de la responsabilidad de la persona a quién está sujeto y la posibilidad de la noxalidad. La poena si bien antiguamente tenía caracteres personales, consistió mas adelante en la datio de una suma de dinero.”(Gaius, 1967: 256-257). Nos tendríamos que preguntar cuáles eran los fines de la pena en Roma, ¿sólo el castigo del culpable? O sea, el castigo para quién cometía un delito, esperándose a su vez que no vuelva a delinquir, caso contrario deberá atenerse a las consecuencias; pero en realidad, cuando la penalidad consistía en darle muerte, allí desaparece en la concepción actual el fin preventivo y represivo de la pena ¿o los fines eran preventivos en relación al resto de los miembros de la sociedad? En el sentido de la prevención para que los individuos que no cometieron el delito no lo cometan nunca (Aramburu, 2009) (1), ya que saben qué sucederá en caso de quebrantar la norma jurídica.

Forma parte del análisis del principio de legalidad la aplicación de la pena pre- establecida para el delito, sin posibilidad de salir del margen fijado por la ley, caso contrario se incurriría en una grave

(1) Para ver con claridad cual era el fundamento en base a diversos análisis.

violación en la que el Estado ejercería un poder arbitrario en perjuicio de los particulares, los que estarían sometidos a la voluntad antojadiza de establecer penas, o peor aún de imponer sanciones penales en aquellas conductas que no son delictivas, en el derecho actual se constituiría como la violación del principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”.

VIII. La autoría

Sigue diciendo Alfredo Di Pietro:

“Es requisito siempre la exteriorización de la conducta del autor del *furtum*: por ello el que únicamente tiene ánimo de hurtar no sólo se transforma en ladrón, salvo el caso especial del tercero que aconseja...” (Justiniano, D. 47, 2,1,1). En las Institutas se dan ejemplo de aquellos que en determinadas acciones facilitan la acción del ladrón, sin embargo hay que determinar la intención que el sujeto contribuyente ha tenido, dado que no es lo mismo tener el *animus furandi*, que hacer una broma, trayendo como consecuencia un resultado *prima facie*, no previsto por el bromista: la posterior concreción del *furtum*, para ello “deberemos examinar si corresponde otorgar una *actio utilis*, ya que por la *Lex Aquilia* se ha penado el daño causado, aún por culpa leve” (Gaius, 1967: 264).

“Si alguien tiene el “ánimo” de hurtar, pero no alcanzó a robar nada pese a que trató de hacerlo, no se obliga por éste delito, si bien puede resultar responsable de la iniuria si es que ha actuado con violencia o también ser acusado de *directarius*” (Justiniano, D.47,11,7. D.47,18,1,2) , es el que se oculta en una casa para robar, de tal modo que se puede decir como regla genérica que la *actio furti* nace solo desde el momento que se produce la *contrectatio rei*. (Gaius, 1967: 263) (Justiniano, D. 47,2,21).

IX. El delito consumado y su tentativa

El derecho romano no distinguía jurídicamente entre el delito consumado y su tentativa, pero es evidente que, la figura castiga tanto uno como otro, por un lado, el que se apodera: el mismo comprende todo acto por el cual se saca de la esfera de poder de su legítimo titular, para introducirla a la esfera de poder del fur, ello implica que su titular no sepa donde está, a partir de allí el infractor puede ejercer actos posesorios pero no podrá alegar la buena fe ni sus consecuencias jurídicas.

En el *furtum manifestum* se admite la moderna figura de la tentativa, ya que la aprehensión del ladrón *in flagranti delicta* implica que éste aún no ha completado el desapoderamiento requerido para el delito consumado. De igual manera ocurriría con el que es sorprendido transportando las cosas robadas, se trata pues del comienzo de ejecución de los actos requeridos para la tentativa criminal, que ha quedado inconcluso por un factor externo que ha impedido su consumación, así se define: “la tentativa, constituye pues, la ejecución de un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, es decir antes de que se haya completado la acción como típica” (Creus, 1988: 354). Pero desde el punto de vista subjetivo, como se dijo anteriormente el *animus* que se requiere es el propio del desapoderamiento para obtener un lucro o ventaja económica, dos aspectos incluidos en la *adfectus furandi*.

X. ¿Cómo hubiese operado el desistimiento voluntario en Roma?

Es un concepto moderno definido en el artículo 43 del Código Penal.

“El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”, si bien se trata de un elemento subjetivo trasciende del mundo de las ideas a la realidad por intermedio de la mencionada interrupción. Si pensamos en la situación en la que el fur ya había penetrado en la morada ajena y había preparado las cosas que iba a llevarse, pero decide retirarse y es sorprendido por el dueño de la casa el que decide acusarlo, hay que distinguir dos momentos:

- Si había salido de la casa, en ese caso más allá de la presencia de testigos que pudieran integrar un plexo probatorio de la acusación, la cuestión no queda comprendida en la figura básica del *furtum*

por la ausencia del elemento subjetivo, el animus o intención que ha faltado en el último tramo si fuera una tentativa, pero está ausente completamente cuando hay desistimiento.

- Cuando el fur se arrepiante pero no alcanzó a irse de la casa, el caso se complejiza, por tratarse de un elemento subjetivo que aún no trascendió en actos materiales, ni trascenderán tampoco, por la llegada del legítimo titular. No pudiendo demostrar la ausencia del animus requerido, el caso planteado queda comprendido en la figura.

XI. ¿Quién se constituye como sujeto pasivo del furtum?

Hay que diferenciar distintas situaciones. En principio, la víctima es el dominus de la cosa, si sabe donde se encuentra la misma podrá ejercer la reivindicatio con el fin de recuperarla, sin perjuicio de que prosperen las acciones emergentes del furtum.

Puede ocurrir que se constituya como sujeto pasivo el poseedor de la cosa, (es aquél que además de tener el corpus con respecto a la cosa tiene el animus de comportarse como dueño de la cosa) a lo que se debe sumar la buena fe, que lo habilita para que ejerza una posterior acción por furtum, se puede tratar de un locador, de un comodatario, etc. sin perjuicio de la reivindicatio a cargo del propietario de la cosa.

XII. Confluencias entre los interdictos recuperandae possessionis con el furtum

El interdicto unde vis prospera contra quién tiene en su poder la cosa de mala fe, por el ejercicio de la vis, la violencia en cualquiera de sus manifestaciones, con excepción de la vis armata que aquí no se está analizando aún, el apoderamiento que implica furtum, conlleva el ejercicio de la violencia no porque se desprenda taxativamente de la figura sino porque tácitamente surge de la misma naturaleza del furtum, como quién lo haría rompiendo una puerta, o de noche, o atacando físicamente al titular del dominium de la cosa objeto del furtum, en la perspectiva moderna del derecho penal, no está sujeto a interpretaciones en éste caso la presunción de violencia, se tiene que desprender expresamente de la figura, como ocurre en el caso de la rapina, por ende no hay en principio vinculaciones expresas entre el furtum y ésta clase de interdicto, salvo en quién sería titular de la acción. .

El derecho actual diferencia entre el apoderamiento de cosa ajena contemplado en la figura básica del hurto, y el apoderamiento ejercido contra una persona o una cosa (figura básica del robo contemplado en el artículo 164 del Código Penal). Independientemente del ejercicio de la violencia o no para lograr el desapoderamiento en el furtum, la violencia se traduce según la descripción de diversas formas que puede asumir el furtum.

Dicho de otra manera el ejercicio de la violencia habilita la interposición del interdicto recuperandae possessionis unde vis que a su vez no desplazaría a la figura del furtum con sus variantes, sin perjuicio del ejercicio de la reivindicatio para el titular del dominio.

XIII. El dolo en el derecho actual y el animus furandi romanus

El dolo como ya se dijo, es el elemento subjetivo integrante del furtum, traducido en el animus del fur, el sujeto quiere realizar la acción, llevar a cabo la conducta, también tiene conocimiento de que se trata de una conducta prohibida y acarrea una sanción para el que la infrinja, pero también tiene la voluntad de llevarla a cabo, haciendo uso del libre albedrío y sin la existencia de causas que hagan que actúe coaccionado.

Se parte de la base que, quién ejerce el apoderamiento ilegítimo tiene la voluntad de cumplir con el elemento subjetivo de la figura.

El furtum no admitía la forma culposa, el dolo se desprende de su esencia, incluso en el furtum impropio o furtum de cosa propia se sustenta en las descripciones anteriores porque el agente tuvo la intención de apoderarse de la cosa que era ajena o la propia pero que un tercero tenía por un título jurídico que lo avalaba, por ejemplo: el depositario.

XIV. Elementos que integran el principio de legalidad en materia penal. El principio constitucional, paralelismos procesales

Las penas emergen del principio de legalidad estudiado en derecho público, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional estableciendo que “Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”, de allí surge claramente que la pena es impuesta por una sentencia judicial firme, como el resultado de un proceso judicial, para llegar a ella, primero tiene que existir la imputación penal, por la cual un ciudadano debe tomar conocimiento que se ha iniciado un proceso en su contra, por la eventual comisión de un delito, ese conocimiento jurídico importará el comienzo del ejercicio del derecho de defensa en juicio en relación a la acusación incoada, se establecen sanciones procesales para quién de alguna manera viole el consagrado derecho constitucional, así en la declaración de imputado del Art. 308 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires deviene en nulo si el abogado defensor no fue notificado de la realización de éste acto procesal, como así la notificación de qué se lo acusa y las pruebas que obran en su contra (art. 309 CPPBA).

En Roma había magistrados como el Pretor, designado por el Estado, que tenía a su cargo el proceso civil, ante el cual se llevaban a cabo estas “imputaciones” por delitos privados a los que estuve haciendo referencia, para ello de acuerdo con las pautas establecidas por éste, según la época en la que nos encontremos y la evolución de los distintos sistemas procesales debía haber un actor y un demandado, a diferencia de nuestro proceso actual en el que hay un denunciante y una víctima o sujeto pasivo, ambos con plena legitimación para actuar en un proceso judicial penal, volviendo a Roma, cuando quedaba trabada la litis se abría la etapa in indicio y estaba la posibilidad de esgrimir diferentes medios de prueba. En tiempos del procedimiento formulario la etapa in iure o primer etapa quedaba cerrada cuando se trababa la litis contestatio, así se denominaba al decreto del magistrado en el que quedaba planteado el conflicto ya que el actor había manifestado sus pretensiones y el demandado se había opuesto a través de excepciones, se abría la etapa apud iudicem o in indicio, quedaba perfectamente establecido sobre qué debía expedirse el iudex en su sentencia.

La litis contestatio acarrea consecuencias para las partes: ambas quedaban obligadas a continuar el proceso hasta el final; la cosa litigiosa no podía ser objeto de acto jurídico alguno; cuando operaba la extinción de la acción de la misma manera que en el procedimiento de las legis actionis ya no se volvía sobre el asunto: es el precedente de nuestro principio constitucional ne bis in ídem.

El procedimiento en la etapa Apud Iudicem o in indicio tenía las siguientes características:

- Se realizaba ante el iudex o conjunto de iudex designados al efecto.
- El mismo debía prestar juramento de que iba a tener un desempeño objetivo en los asuntos que les encomendaban.
- Si no fuera así debían excusarse (Justiniano, D.50,5,13).
- A partir de que prestaban juramento se convertía en una carga pública y no podían negarse a expedirse en el asunto que se le confiaba salvo causa justificada.
- La audiencia debía realizarse desde la salida hasta la puesta del sol.
- Los aplazamientos no debían ser muy extensos, por lo tanto los actos debían estar caracterizados por la consecutividad.
- Se realizaba la coniectio causae de la misma manera que se hacía en el sistema de las legis actiones;
- La aparición de los oradores en el proceso obedece a que había que poner a alguien que defendiese el interés de las partes en un proceso contradictorio, éste si bien no era un instruido en derecho, su habilidad estaba en esgrimir argumentos basados en las pruebas, y tratar de convencer al iudex de que su cliente tenía la razón independientemente de que fuera verdad o no o que alegara. Cicerón fue

un gran maestro en el arte de la oratoria, y quién empezó su carrera política como un gran orador fue julio César en su juventud.

- Los medios de prueba que se podían invocar eran: los testigos, documentos (se diferenciaban entre instrumenta publica e instrumenta privada), la confesión: que era una declaración jurada del actor que se hacía bajo juramento.

- Luego de los alegatos se dictaba sentencia: En principio inapelable, luego se podía apelar ante la autoridad del emperador. La misma era confirmada, modificada o anulada;

- El condenado debía cumplirla en el plazo de treinta días (2). Caso contrario el vencido ejercerá en su contra la *actio iudicati* con el fin de que el condenado ejerza su derecho de defensa y pruebe que cumplió con la disposición judicial, si vuelve a perder será condenado por el doble, además su patrimonio será ejecutado (3).

En cuanto a la legitimación para actuar en el proceso, los legitimados eran:

- Legitimación Activa: El pater ya que era un *sui iuris*; El filius hasta el límite de su *peculio* si se trata del castrense; El filius podía ejercer la acción por injuria; La filia podía ejercer la *actio rei uxoriae*; con el fin de obtener la devolución de la dote.

- Legitimación Pasiva: El pater; Los *alieni iuris*, pero para la ejecución de la sentencia había que esperar a que sean *sui iuris* dado que no tenían patrimonio propio; la otra posibilidad era demandar al pater mientras el filius estuviera bajo su potestas; o en el caso de que se demande solo al filius éste respondía hasta donde el monto del *peculio* se lo permitiese.

Debemos recordar que los esclavos no eran en ningún caso demandables, al que se demandaba era a su pater o amo.

En cuanto a las formas de intervenir en el proceso las partes podían actuar personalmente o por medio de representantes, que sustituían a las partes en los efectos del juicio, así el deudor era demandado pero en la *condemnatio* se ponía a otra persona que era quién iba a soportar los efectos de lo que resolviera el iudex, se hacía a través de la *actio iudicati* (4).

Las partes podían ser sustituidas o representadas por el *cognitor* o por el procurador:

- El *Cognitor* en un representante que se nombra en presencia del contrario en el juicio; cuando representa al actor éste ya no puede incoar nuevamente la acción y lo que se resuelva en relación a la ejecución va a ser a su favor.

- El Procurador: En cambio a diferencia del anterior los efectos de la sustitución del actor no son los mismos: no extingue la acción y no fue nombrado en presencia del adversario cumpliendo las formalidades, el procurador garantiza que con su intervención el actor va a cumplir con lo dispuesto por la sentencia y que no va a pretender ejercerla nuevamente en el futuro, ello lo hace a través de la garantía llamada *cautio dominum rem ratam habiturum* (caución por la que el dueño ratificará el negocio).

Si el demandado es representado, por un *cognitor* o *procurator*, la acción queda extinguida, la consecuencia que acarrea es que no podrá ser intentada de nuevo por el actor, pero en lo que respecta a la acción ejecutiva se ejercerá en contra del demandado cuando es representado por *cognitor*, pero, se va a dirigir en contra el representante si éste es un *procurator*. De manera similar opera la *cautio iudicatum solvi* que se le otorga al demandado representado por un *cognitor*, pero si el representante es un *procurator*, éste la otorgará a éste.

(2) Dispuesto de ésta manera por la Ley de las XII Tablas.

(3) Debía seguirse el Procedimiento concursal de la Bonorum Venditio.

(4) Sin embargo el Pretor en la *condemnatio* siempre ponía al involucrado y no al sustituyente.

- El *Procurator Praesentis* es el que ha sido presentado por el interesado, en este caso también se consume la acción.

De ésta manera viendo la actuación dentro del proceso civil para el juzgamiento de los delitos privados en Roma, y volviendo al constitucionalismo moderno el Artículo 18 de Nuestra Constitución Nacional establece una restricción importante en lo que respecta al poder represivo y punitivo del Estado, en cuanto al derecho de castigar que tiene en relación a los particulares que cometen delitos, es imprescindible una normativa que impida el Estado a cometer abusos a través de los funcionarios públicos, que, por delegación del estado, pueden vulneran gravemente los derechos y garantías constitucionales, por ejemplo un allanamiento sin orden de juez competente en un caso que no de los de urgencia consagrados en el art. 222 y concordantes de Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires; la detención de una persona sin que se cumplan con los requisitos del art. 147 y concordantes de la mencionada norma legal.

El Estado a través del sistema de división de poderes, primero dicta la norma penal -Poder Legislativo- a través del Congreso de la Nación que, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 67 de la Constitución Nacional la atribución de dictar los códigos de fondo corresponde al Congreso de la Nación, reservándose a las provincias los dictados de los códigos de forma, como lo es el Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires, dictada la normativa jurídico penal, será aplicada por funcionarios del Estado, que son los jueces los únicos autorizados a dictar sentencias, son los representantes del Estado a través del Poder Judicial.

El otro límite se encuentra en la tipicidad; el art. 18 de la Constitución Nacional fundamenta la existencia del tipo (5) característico del derecho penal y que no se encuentra en otras ramas del derecho (Creus, 1988: 110), por el la descripción de la conducta debe ajustarse a la que se imputa a una persona con exactitud, lo que significa que, producida una conducta no debe parecerse a la descripción del tipo, ni está sujeta a diversas interpretaciones, salvo que se pueda interpretar el alcance de ciertos términos pero no de la conducta imputativa, por ello no puede aplicarse el derecho penal por analogía, tampoco se aplica retroactivamente, salvo que, se trate de la ley penal mas benigna (art. 2 del Código Penal) en consonancia aparecen las normas procesales penales, se establece que no se puede interpretar restrictivamente la ley procesal cuando están en juego la libertad del imputado y otras limitaciones a sus derechos (art. 3º del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires); además la norma tiene que haber sido creada con anterioridad al delito que se investiga.

Otro de los límites son las penas, las mismas están preestablecidas por cada figura típica, para ello se fijan las escalas penales entre un máximo y un mínimo en proporción a la vulneración que se le provoque al bien jurídico protegido; para ello se tendrán en cuenta además otras cuestiones reguladas también por la ley como son la peligrosidad del delincuente, la reiteratividad delictiva, la calidad de primario en el delito, los medios y formas comisivos y omisivos (6), pero hemos visto lo que consagraba la Ley de las XII Tablas en la que la aplicación de las penas radica en el criterio discrecional del Pretor, en lo que respecta a los castigos corporales.

XV. La sentencia judicial

Nuestro sistema representativo republicano no admite otra forma posibilidad: solo los jueces, como integrantes del poder judicial, solo pueden dictar sentencias (Maier, 1999: 480), por ello la única sentencia admisible es la judicial, no existen sentencias de carácter administrativo, en virtud de la división de poderes.

Imputada una persona por la presunta comisión de un delito, sometida a partir de allí a proceso penal, con aplicación de las leyes penales y procesales penales, el punto culmine será la sentencia.

(5) Cuyos elementos son la descripción de la conducta prohibida, antijurídica punible y culpable ya explicados.

(6) Estos aspectos son tenidos en cuenta de acuerdo a lo establecido por el art. 41 y sus conc. del Código Penal para la graduación de la pena al momento de sentenciar.

La sentencia será la conclusión lógica a la que arriba el juez (Maier, 1999: 479), de modo que no se transforme en una decisión antojadiza, a través de ella esgrimirá una serie de argumentos de hecho y de derecho, por los cuales explicará porqué arriba a un resultado y no a otro. Por ellos las sentencias de estar motivadas (art. 106 Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires) las decisiones judiciales deben estar basadas en la norma que las respalda; así debe tratarse de un razonamiento lógico o sea en un conjunto de silogismos interrelacionados.

Ello debe ser necesariamente así porque, una vez que el imputado conozca las motivaciones y fundamentos de la sentencia, estará habilitado para interponer los recursos (7) pertinentes y manifestar sus pretensiones impugnativas ante el tribunal de alzada y pedir eventualmente la revisión.

XVI. El penado

El art. 18 de la Constitución Nacional hace referencia al “penado”, es el condenado por sentencia judicial que está firme y la misma ha pasado por autoridad de cosa juzgada, sin embargo el concepto es abarcativo al procesado, en el sentido de que aquél ha sido condenado por una sentencia dictada por un Tribunal Oral en lo Criminal o por un juez Correccional, que por encontrarse en la etapa recursiva no está firme, desde el punto de vista técnico reviste la calidad de procesado, a la espera de ver beneficiada su posición frente a la condena. No queda comprendido en éste aspecto el procesado durante la etapa de la investigación penal preparatoria, porque aún no está trabada la litis y por ende no existe aún el principio de contradicción ejercido fehacientemente salvo excepciones, como lo demuestra el caso “Benítez, Aníbal” fallado por la SCJN (Fallos, 329:5556) (8), por lo tanto, jurídicamente aún no están dadas las condiciones procesales para arribar a una sentencia, oportunidad que sí encontramos en lo dispuesto por el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, la Audiencia Preliminar, y en la del artículo 338 Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires: el inicio del debate oral, en el que se ejercerán los principios de inmediación, oralidad, publicidad, congruencia, etc. Cuya conclusión final será la sentencia.

La sentencia como acto procesal le pone fin al proceso penal, ya sea condenatoria o absolutoria, la misma se diferencia de otras resoluciones judiciales que resuelven otras cuestiones de menor cuantía, por ejemplo las que resuelven un incidente excarcelatorio (art. 169 y concordantes del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires-C. P. P), una libertad condicional (art. 13 del Código Penal, art. 311 del Código Procesal Penal), una salida transitoria (contemplados en las leyes 24.660 y 12.256).

Volviendo a la cuestión del “penado, es importante establecer las cuestiones abarcativas a los fines de evitar la violación del *non bis in idem*, no es admisible en nuestro estado de derecho que una persona sea más de una vez sometida a proceso penal por el mismo hecho histórico cuando tiene con anterioridad una sentencia firme que determina su culpabilidad o en el hecho que fue objeto de juzgamiento, de la misma manera rige la prohibición de vulnerar ésta garantía para quién ya fuera condenado en primera instancia (Maier, 1999: 595) (9), también se puede tratar de un penado que esté cumpliendo efectivamente la pena o no, por gozar de algún beneficio contemplado en las leyes de ejecución penal (10).

(7) Recursos de Casación, para impugnar las sentencias de los Tribunales Orales, y de Apelación en relación a los juicios correccionales (arts. 441 y conc. C.P.P.).

(8) En consonancia como ocurre con los antecios de prueba, regulados por el artículo 206 del Código Procesal Penal en relación a la incorporación por lectura en la audiencia del debate y la inviolabilidad de la defensa en juicio basada en el contralor de la prueba.

(9) Para poder ver allí los requisitos de ésta garantía.

(10) Porque en virtud del principio de oportunidad procesal hay otros institutos; como la suspensión del proceso a prueba, la pena menor de seis meses puede devenir en un arresto domiciliario, el juicio abreviado, el sobreseimiento, medios de los que dispone el fiscal, en las oportunidades previstas en los códigos de procedimientos.

No se puede dejar de lado el análisis que se realiza del art. 502 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires (Granillo Fernández, 2009) por el cual en

“...nuestra provincia los institutos previstos para los condenados pueden ser utilizados para los procesados, por estar así específicamente dispuesto en el título II, Régimen procesal, artículos 67 y concordantes...un procesado no puede sufrir más rigores que un condenado, los principios de inocencia, favor rei, proporcionalidad entre la medida y el objeto de la tutela así lo exigen (art. 1º y art. 146, inc.3º Código Procesal Penal); igualdad del trato en los beneficios otorgados por las leyes de ejecución”,

Forma parte del trato digno que debe recibir el ciudadano a proceso penal que fue condenado, consagrado en nuestras leyes y en los tratados internacionales incorporados en la Constitución Nacional en el año 1994.

XVII. Conclusión

En el presente trabajo se ha pretendido analizar como desde tiempos de los romanos se han establecido una vez más aspectos fundamentales de la regulación de los delitos y sus penas, basadas en lo que hoy conocemos como principio de legalidad en materia penal, si bien no se pretendió establecer paralelismos, éstos, a pesar de los siglos, han quedado evidenciados.

También se pudo señalar como crítica constructiva que las penas debieron ser más acorde a la mayor o menor gravedad del delito, así la muerte como sanción penal, se constituiría como un castigo a corto plazo, y no como compensación al daño causado, en forma de castigo propiamente dicho, hay que entender que la cuestión iba acorde a la mentalidad del romano, si en un momento dado estaba entre las potestades del pater el derecho de vida y muerte de los filii, piénsese con más razón darle muerte al autor del furtum bajo determinadas circunstancias.

A diferencia del derecho actual, en que la tipificación está regulada por el derecho público, los delitos en Roma comprendían los crimina privata, entre ellos el furtum, y los crimina publica, éstos últimos regulados para aquellos casos en que se perjudicaban los intereses del Estado, por ejemplo los delitos cometidos por funcionarios públicos (Aramburu, Romina, 2009) (11).

Pero por las elaboraciones realizadas se puede afirmar que desde hacía varios siglos antes de Cristo había una existencia de normas jurídicas penales que avizoraban lo que hoy conocemos como el principio de legalidad en materia penal.

XVII. Bibliografía

ARGENTINA. Código penal. Buenos Aires. Zavalía, 2011.

CREUS, Carlos. Derecho penal. Parte general. Buenos Aires. Astrea, 1988.

GAIUS. Instituciones (comentado por Alfredo Di Pietro). La Plata. Librería Jurídica, 1967.

JUSTINIANO. Digesto (tr. por A. D'Ors Pérez Peix). Pamplona. Aranzadi, 1969.

MAIER, Julio. Derecho procesal penal. Fundamentos. 2a. ed., Buenos Aires: Del Puerto, 1999.

GRANILLO FERNANDEZ, Héctor y HERBEL, Gustavo. Código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires: Comentado y anotado. Buenos Aires. La Ley, 2009.

Artículos y ponencias

ARAMBURU, Romina del Valle. “El homo sacer: La manifestación del elemento religioso en el derecho penal”, en: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 2002 42 -63-, 131-134

ARAMBURU, Romina del Valle. “Algunas generalidades de los crimina y los judicia publica en ROMA”. Ponencia presentada en el Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano realizado

(11) Para ver figuras delictivas públicas.

en la Universidad Nacional de la Rioja, Facultad de Derecho, mayo 2009. Disponible en: http://www.edictum.com.ar/miweb4/xix_encuentro_nacional.htm (Consulta 13 de marzo de 2011).

ARAMBURU, Romina del Valle. "Concepciones sobre la inviolabilidad del domicilio y el allanamiento de morada en Roma y en nuestro Derecho penal actual". Ponencia presentada en el XII Congreso Internacional, XV Congreso Iberoamericano y Encuentro Nacional Extraordinario de Profesores de Derecho Romano en homenaje al Bicentenario de la Revolución de Mayo, realizado en Buenos Aires, Universidad del Salvador, Facultad de Derecho, 26 a 29 de mayo de 2010.

Jurisprudencia

CSJN, 1-12- 2006. "Benítez, Aníbal Leonel s/ lesiones graves", en: Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 2006 329:5556. Disponible en:

http://www.defensapública.org.ar/jurisdiccional/jurisprudencia/CSJN/exceso_ritual/BENITEZ.doc ♦

Obligación natural: de la noción romana a la recepción en el Código Civil Argentino, con referencias al Derecho Civil francés y chileno

POR PAOLA ELISA ZINI HARAMBOURE (*)

Sumario: I. Noción romana de obligación natural II. Recepción en el derecho civil francés y chileno III. Recepción en el Código Civil Argentino IV. Conclusión V. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo se orienta a desarrollar la noción romana de obligación natural, tal como fue expuesta en las fuentes y analizar su recepción en el Código Civil Argentino, explorando las notas del codificador y los comentarios de Díaz Bialek sobre los manuscritos de dicho Código.

A fin de entender la inclusión del concepto de obligación natural en nuestro derecho civil, se toma en cuenta el precedente del Código Civil Chileno (tomando como fuentes las Leyes de Partidas) y la expresión de autores franceses, tales como Pothier, Duranton y Molitor.

A modo de conclusión, se trata de comprender las razones que llevaron a Vélez Sarsfield a reconocer las obligaciones naturales en nuestra legislación civil, examinando si dichas razones justifican su vigencia.

Palabras clave: Obligación natural – Solutio retentio – Derecho romano – Fuentes del código civil

Obligation naturelle: de la notion romaine à la réception dans le Code Civil Argentin, avec références à

Un Droit Civil français et chilien

Résumé

Cet article a l'intention de présenter la notion romaine d'obligation naturelle, telle qu'on la trouve dans les sources juridiques romaines, et aussi analyser la réception dans le Code Civil Argentin, en explorant les notes du codificateur et les commentaires de Díaz Bialek sur les manuscrits du Code.

A fin de saisir l'inclusion du concept d'obligation naturelle dans notre droit civil, on prend en compte le précédent du Code Civil chilien (prenant comme sources les Lois des Partidas) et l'œuvre d'auteurs français, tels que Pothier, Duranton et Molitor.

Pour conclure, on essaie de comprendre les raisons qu'ont amené à Vélez Sarsfield à reconnaître les obligations naturelles dans notre législation civile, en examinant si dites raisons justifient leur vigueur.

Mots-clés: Obligation naturelle – Solutio retentio – Droit romain – Sources du code civil

I. Noción romana de obligación natural

La obligación natural es aquella desprovista de acción para exigir su cumplimiento, pese a lo cual conserva la atribución de generar distintos efectos jurídicos, entre ellos la solutio retentio.

(*) Docente de Derecho Romano. Cátedra I, a cargo de la Comisión 3. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

Las fuentes romanas nos brindan una definición de obligación natural en el Digesto:

D.46.1.16.4 JULIANO, Digesto, Libro LIII – Las obligaciones se estiman naturales no solamente si por razón de las mismas compete alguna acción, sino también cuando no se puede repetir el dinero pagado.

D.44.7.10 Comentarios a Sabino, libro XLVII – Se estiman naturales las obligaciones, no sólo si por razón de ellas compete alguna acción, sino también si no se pudiera repetir el dinero pagado.

García Garrido define a la obligación natural como aquella “*que por estar desprovista de actio no permite a su titular la utilización de un medio judicial para exigir su cumplimiento del deudor, aunque sí pueden derivarse otros efectos jurídicos*”. (García Garrido, 2000: 257)

Respecto a obligaciones naturales, Iglesias manifiesta “*de las obligaciones naturales no dimana acción alguna, pero producen ciertos efectos jurídicos, entre los cuales, y como más importante, la solutio retentio, es decir, el derecho del acreedor ... a retener lo pagado, y sin que le sea dable al deudor –que tiene la facultad de no pagar—el ejercicio de la condictio indebiti*”. (Iglesias, 1965: 374)

En el período antiguo y principios del clásico, la noción de obligación natural no estaba muy desarrollada, al punto de que Gayo no la incluye en sus Institutas, salvo por una referencia indirecta relativa a las deudas del esclavo. (Gayo III 119 a)

Ya más adelante, a fines del período clásico y reflejado en la compilación justiniana, surge el concepto de naturalis obligatio, basado probablemente en la expresión de Juliano citada ut supra (D.46.1.16.4)

Sin embargo las fuentes romanas no destinan un título especial a las obligaciones naturales, sino que se limitan a exponer distintos casos en forma aislada.

Los casos más antiguos de obligación natural se refieren a los sujetos bajo potestad: los esclavos, los filiusfamilias entre sí y hacia con el Pater y la mujer in manu.

Se entendían entonces como obligaciones naturales aquellas contraídas por los esclavos, por un filius o una filia, ya sea entre los hermanos o con el Pater.

En relación, por ejemplo, a la obligación natural entre un filiusfamilias con el Pater encontramos:

D.12.6.38.1 Africano, Cuestiones, Libro IX – Se preguntó, si un padre hubiese prestado a su hijo, y éste, emancipado, se lo pagara ¿podrá repetirlo? Respondió, que si del peculio no hubiera quedado nada en poder del Pater, no lo habrá de repetir, porque permanece la obligación natural, siendo la prueba que ejercitando un extraño la acción de peculio dentro del año, el padre deduciría lo que el hijo le hubiese debido.

Posteriormente surgen como casos de obligación natural los siguientes: obligaciones extinguidas por la capitis deminutio, obligaciones contraídas por los pupilos sin la auctoritas del tutor, obligaciones nacidas de simples pactos, obligaciones extinguidas por la litis contestatio y el supuesto de los préstamos a filiusfamilias.

En relación a las obligaciones extinguidas por la capitis deminutio, el Digesto menciona:

D.4.5.2.2 Ulpiano, Comentarios al Edicto, Libro XII - Los que son disminuidos de cabeza permanecen naturalmente obligados por aquellas causas que precedieron a su disminución de cabeza.

Respecto a las obligaciones contraídas por los pupilos sin la auctoritas del tutor, encontramos este fragmento:

D.46.2.1 Comentarios a Sabino, libro XLVI – No importa que obligación haya precedido, si natural o civil, u honoraria, y si verbal, o real, o consensual, así, pues, cualquiera que sea la obligación que haya precedido, se puede novar con palabras, con tal que la siguiente obligación sea válida civil o naturalmente, como por ejemplo, si el pupilo hubiera prometido sin la autoridad del tutor.

Sobre las obligaciones nacidas de simples pactos (*nuda pacta*) Ulpiano manifiesta:

D.46.3.5.2 Ulpiano, Comentarios a Sabino, Libro XLIII – El Emperador Antonino resolvió por rescripto, juntamente con su Divino Padre, que cuando el acreedor recobra las sumas habiendo enajenado las prendas, si hubiera intereses debidos, y otros indebidos, lo que se paga por intereses corresponde a ambas causas de intereses, tanto a la de los debidos como a la de los indebidos; por ejemplo, se debían algunos en virtud de estipulación, y otros, naturalmente, en virtud de pacto.

También se destaca en el Digesto el caso de las obligaciones extinguidas por la *litis contestatio* (en el derecho ante-justiniano):

D.12.6.60 PR Paulo, Cuestiones, Libro III – Negaba Juliano que pudiera repetir el verdadero deudor que pagaba después de contestada la demanda, pendiente todavía el juicio, porque ni absuelto, ni condenado podría repetir, porque aunque haya sido absuelto, permanece, sin embargo, siendo naturalmente deudor.

En cuanto a los préstamos a *filiusfamilias* (en virtud del SenadoConsulto Macedoniano) el Digesto menciona:

D.12.6.40 PR Marciano, Reglas, libro III – El que tiene excepción perpetua, puede repetir lo pagado por error. Pero esto no es constante; porque si verdaderamente la excepción se da por causa de aquel contra quien se ejercita la acción, se puede repetir lo pagado, como acontece en el Senadoconsulto sobre fianzas; pero cuando se da la excepción en odio de aquel a quien se debe, no se repite lo mal pagado, como si un hijo de familia hubiere tomado dinero prestado contra el Senadoconsulto Macedoniano, y hecho padre de familia lo hubiere pagado, no lo repite.

Recordemos que el SenadoConsulto Macedoniano había establecido la prohibición de los préstamos hechos a *filiusfamilias* a fines de impedir que los mismos se endeudaran y se suscitaran conflictos en virtud de dichas deudas.

El fundamento histórico de este SenadoConsulto es que, en aquella época, los jóvenes romanos tomaban frecuentemente préstamos en dinero a intereses elevados para gastarlo en costumbres disipadas. Un joven de nombre Macedo, apremiado por su prestamista, mató a su Pater para heredarlo y así poder pagar la deuda y seguir gozando de crédito.

En base a estos casos, se discutió entre los romanistas el origen de este tipo de obligaciones, considerando que ellas provenían del *ius gentium* y por alguna razón no eran aceptadas por el *ius civile*, tal cual lo sostenía Pothier.

Sin embargo, tras un análisis pormenorizado de las fuentes Elguera expresa que este tipo de obligaciones surgen “*en la época clásica, del choque de la filosofía estoica con las normas del derecho civil*” y son por ende “*consecuencia de principios expuestos por el derecho natural*”. (Elguera, 2011: 2)

Por ello Elguera sostiene posteriormente que “*la doctrina básica que surge de los casos contemplados es que cada vez que un vínculo jurídico reconocido por el derecho natural es negado por el derecho positivo se forma una obligación natural*”. (Elguera, 2011: 4)

Más adelante, en el derecho justiniano, surgen las llamadas por Bonfante “obligaciones naturales impropias”

Se las ha llamado así ya que se basaban en deberes morales, sin que existiese un verdadero vínculo jurídico, y su único efecto era la *solutio retentio*.

García Garrido las define a las obligaciones naturales impropias como “*obligaciones llamadas así por los intérpretes a las incluidas por los compiladores entre las naturales, al tener un fundamento de carácter religioso, ético o moral*”. (García Garrido, 2000: 256)

Entre estas obligaciones naturales impropias encontramos diversos casos, todos motivados por imperativos de conciencia, de carácter moral más que jurídico.

Uno de estos casos es la prestación de servicios por parte del liberto hacia su patrono, sin que exista compromiso previo —*promissio iurata liberti*—. (Ulpiano, D. 12.6.26.12)

También se daba en el supuesto de prestar alimentos a ciertos parientes, por ejemplo a los hermanos, cuando no existiese obligación civil de hacerlo, ya que en esta situación se evidenciaba el deber moral que motivaba el acto —*officium pietatis*—. (Ulpiano, D. 27.3.1.2)

Otro caso es el pago de gastos funerarios de algún pariente, por ejemplo cuando el que los paga no resulta heredero de aquel pariente. (Ulpiano, D. 11.7.14.7)

Asimismo la mujer que constituía dote sin estar obligada a ello no podía repetir lo dado o pagado en razón de la *pietatis causa*. (Juliano, D. 12.6.32.2)

Por último se mencionaba también el caso del pago efectuado por la madre para rescatar al hijo de la esclavitud.

Efectos de la obligación natural en Roma

Uno de los efectos más trascendentes de la obligación natural es la *solutio retentio*. La *solutio retentio*, para los romanos, era la facultad que tenía el acreedor de retener lo pagado en virtud de una obligación natural. Enfocado desde la perspectiva del deudor, la *solutio retentio* era la imposibilidad de repetir lo pagado.

Este efecto está consagrado en el Digesto:

D.12.6.19 PR Pomponio, Comentarios a Sabino, libro XXII – Si el deudor quedó libre por causa de pena de aquel a quien se debe, subsiste la obligación natural, y por esto no puede repetirse lo pagado.

D.12.6.64 Trifonino, Disputas Libro XIII – Si lo que el señor debió a un esclavo, se lo pagó ya manumitido, aunque creyendo que le estaba obligado por alguna acción, no lo podrá, sin embargo, repetir, porque pagó una deuda natural.

Esto implica que una vez hecho el pago, el deudor natural no podía ejercer la *condictio indebiti*.

Asimismo las obligaciones naturales producían otros efectos en el derecho romano, tales como compensación, novación, posibilidad de ser garantizada por fianza o *pignus*, e incluso eran tenidas en cuenta para el cómputo de la herencia y el *peculio*.

En cuanto a la compensación, un crédito natural podía compensarse con una deuda civil:

D.16.2.6 Ulpiano, Comentarios a Sabino, libro XXX – Se comprende en la compensación, también lo que se debe naturalmente

Por otro lado la obligación natural podía convertirse en civil, mediante novación.

D.46.2.1 Comentarios a Sabino, libro XLVI – No importa que obligación haya precedido, si natural o civil, u honoraria, y si verbal, o real, o consensual, así, pues, cualquiera que sea la obligación que haya precedido, se puede novar con palabras, con tal que la siguiente obligación sea válida civil o naturalmente, como por ejemplo, si el pupilo hubiera prometido sin la autoridad del tutor.

Se observa también que la obligación natural podía ser garantizada por fianza, *pignus* o hipoteca:

D.46.1.7 Juliano, Digesto libro LIII – porque como no se puede repetir lo pagado, es conveniente que se pueda recibir fiador de esta obligación natural.

D.46.1.16.3 Juliano, Digesto libro LIII – Se puede recibir fiador siempre que hay alguna obligación civil o natural a la que sea aplicado.

Y como mencionamos, la obligación natural era tenida en cuenta para el cómputo de la herencia y el *peculio*. (D. 12.6.38.1 citado *ut supra*)

En base a estos efectos, Elguera sostiene que “*la obligación natural es en derecho romano un verdadero vínculo jurídico, que como tal se le incluye en el patrimonio, que se encuentra amparado por la excepción que produce la solutio retentio, que puede ser objeto de novación y de garantías y oponerse en compensación en ciertos casos, siendo necesario determinados medios para su extinción*” (Elguera, 2011: 6).

II. Recepción en el derecho civil francés y chileno

Derecho civil francés

En principio, a fin de comprender la noción de obligación natural en el derecho francés, citaremos las definiciones de Pothier y Molitor.

Pothier sostenía que “*on appelle Obligation Naturelle celle qui dans le for de l’honneur et de la conscience, oblige celui qui l’a contracté, à l’accomplissement de ce qui y est contenu*”. (1) (Pothier, 1764: 201).

En esta definición vemos que se considera a la obligación natural como un deber moral, cuyo único efecto es impedir la repetición de lo pagado. Así entendemos que se asemejan a las obligaciones naturales impropias, basadas en el officium pietatis, propias del derecho justinianeo.

Otros autores franceses han brindado una definición más acorde al derecho clásico romano, tal como Molitor, quien expresaba que “*l’obligation naturelle est un lien de l’équité naturelle, qui nous oblige devant la loi civile, mais imparfaitement et sans accorder d’action*”. (2) (Molitor, 1851: 34)

En realidad, de acuerdo a Elguera (2011: 7) la opinión imperante ha sido la de Pothier, lo cual se ha reflejado tanto en la legislación como en la jurisprudencia francesa.

Por esta razón, el Código Civil francés no dispone de un título especial para obligaciones naturales, sino que las menciona en uno de los artículos dedicados al pago como extinción de obligaciones. Artículo 1235: “*Todo pago supondrá una deuda: todo aquel que fuera pagado sin ser debido, estará sujeto a repetición. La repetición no se admite en relación con las obligaciones naturales que hayan sido pagadas voluntariamente*”.

Dado que no se brinda una enumeración de los casos de obligaciones naturales, será el juez quien deba resolver cuando procede, en virtud del artículo 4° del mismo Código. (3)

El criterio del código civil francés fue seguido por el código civil alemán y el código civil italiano; en América Latina por el código civil brasileño.

Derecho civil chileno

Otra de las fuentes directas que consultó Vélez Sarsfield fue el Código Civil Chileno. En dicho Código, a diferencia de la mayoría de las legislaciones civiles de aquel momento, se consagra un título para las obligaciones naturales (arts. 1470-1472 CC chileno, citados por nuestro codificador en las notas de los arts. 515, 516 y 518 CC argentino)

Según Moisset de Espanés (basándose a su vez en el trabajo de un académico chileno Fueyo Laneri) esto se debería a la influencia innegable de Las Partidas en el artifice del Código Civil Chileno, el destacado jurista Andrés Bello. (Moisset de Espanés, 2006: 4)

Cabe recordar que tanto Bello como Vélez Sarsfield eran grandes estudiosos, no sólo del derecho romano, sino también de este cuerpo de derecho castellano medieval, conocido como las Partidas de Alfonso X el Sabio.

(1) Traducción de la autora: “se llama obligación natural a aquella que en el fuero del honor y la conciencia, obliga a aquel que la ha contraído, al cumplimiento del contenido de la obligación”.

(2) Traducción de la autora: “la obligación natural es un vínculo de la equidad natural, que nos obliga ante la ley civil, pero imperfectamente y sin otorgar acción”.

(3) Código Civil Francés, Art. 4: El juez que se rehúse a juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia.

La influencia de esta legislación española en el código civil chileno se nota claramente tanto en la definición como en los supuestos de obligación natural mencionados en los distintos incisos.

Las Partidas definen la obligación natural en la Partida Quinta Título XII Ley 5, en el título destinado a las Fianzas, manifestando que *“La segunda manera de obligación es natural tan solamente, et esta es de tal natura, que el ome que la faze, es tenuto de la cumplir naturalmente, como quier que non le pueden apremiar en juicio, que la cumpla”*. (Las Siete Partidas, 1807: 279)

Esta expresión de las Partidas *“tan solamente”* se replica en una similar, tanto en el Código chileno (art. 1470) como en el argentino (art. 515) cuando mencionan que las obligaciones son *“civiles o meramente naturales”*.

En el art. 1470 del citado Código, se brinda una definición de obligaciones naturales y los casos en los cuales procede:

“Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas. Tales son:

1. Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos;

2. Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción;

3. Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado, impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida;

4. Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba.

Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes”

De hecho, el supuesto citado en el inciso 4º (las obligaciones no reconocidas en juicio por falta de prueba) es el que nos demuestra en forma evidente la vinculación con las Partidas, ya que este caso no se llegó a perfilar con nitidez en el derecho romano.

En efecto, mientras que en el derecho romano las fuentes son imprecisas, en la Ley 33 del título XIV de la Partida Quinta se establecía que si un deudor resultase favorecido por una sentencia que no reconoce la existencia de una determinada deuda, y sin embargo este deudor pagase la deuda voluntariamente, no podría repetir lo pagado.

De acuerdo a Moisset de Espanés, esto se confirma nuevamente con lo dispuesto en la Ley 16 Título XI de la Partida Tercera. (4) (Moisset de Espanés, 2006: 11)

Este supuesto especial relativo a las obligaciones no reconocidas en juicio fue también incluido por Vélez Sarsfield en el articulado del código civil argentino, lo cual probaría sin duda alguna que las Partidas fueron una fuente indirecta de nuestro derecho positivo en materia de obligación natural.

Por último, señalamos que el criterio aplicado por el Código Civil de Chile fue reflejado en distintos códigos latinoamericanos, más allá del argentino, como por ejemplo el uruguayo y el colombiano.

III. Recepción en el código civil argentino

En principio, cabría destacar las orientaciones que siguió nuestro codificador en materia de obligaciones. A tal fin, nos resultan especialmente útiles las notas del Código Civil, así como sobretudo los

(4) Ley 16, Título XI de la Partida Tercera: “...de manera, que aquel que es deudor de otri verdaderamente, moguer sea ende quito por sentencia, siempre finca, según derecho natural, deudor de lo que debía”

comentarios a los manuscritos de dicho Código, contenidos en la rica y detallada obra de Díaz Biale. (Díaz Biale, 1952)

Vélez Sarsfield presentó una concepción sistemática de las obligaciones basada en el Derecho Romano y en las Partidas “*donde se hallan los verdaderos principios de esta materia*” tal cual fue reflejado en la Nota al Libro II, Título XII “*De las Obligaciones Divisibles e Indivisibles*”. (Díaz Biale, 1952: 7)

Esta orientación se refuerza si tomamos en cuenta la nota que nuestro codificador asignó al Título I “*De las Obligaciones en general*” del Manuscrito 1 del Código Civil, nota que posteriormente no fue incluida en la edición oficial y que valiosamente destaca Díaz Biale: “*En esta materia de obligaciones, agregamos nosotros, es preciso tener siempre presente los códigos romanos sobre los cuales no han adelantado los códigos modernos*”. (Díaz Biale, 1952: 7)

Como expresa este autor “*la redacción de los artículos era hecha teniendo a la vista las Institutas y el Digesto*” afirmación que podemos comprobar con una simple lectura de todas las notas y referencias a las fuentes romanas en materia de obligaciones. Cabría aclarar que Díaz Biale se refería a las Institutas de Justiniano, hoy referidas como “*Instituciones*”. (Díaz Biale, 1952:8)

Respecto al tema particular de esta ponencia, el Código Civil Argentino, siguiendo el precedente del chileno, le dedica un título a las obligaciones naturales y las define en el artículo 515 de la siguiente manera: “*Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho a exigir su cumplimiento. Naturales son las que, fundadas sólo en el derecho natural y la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan a retener lo que se ha dado por ellas*”.

En la nota a este artículo el codificador expone el origen del concepto de obligación natural y los efectos que producían en el derecho romano, con las correspondientes referencias al Digesto.

515. “*La obligación civil se funda en el derecho civil, y es garantizada por las instituciones civiles, por medio de una acción. Hay obligación natural siempre que, según el ius gentium, existe un vínculo obligatorio entre dos personas. Este vínculo, a menos que la ley civil no lo repruebe expresamente, merece ser respetado; pero mientras no esté positivamente sancionado, no hay derecho para invocar la intervención de los tribunales, institución esencialmente civil, es decir, que el acreedor no tiene acción para demandar la ejecución de su derecho. Por el Derecho Romano no había obligación civil ni pretoriana, por los actos que originaban la obligación natural. Sólo ocasionalmente y por medios menos directos, podía el acreedor hacerla valer. Sin embargo, ella producía muchas veces los efectos de las obligaciones ordinarias. La obligación natural servía de causa de compensación como una obligación ordinaria (L.6 *Dig De Compent.*) Excluía lo que se había pagado aún por error (L. 10 *Dig De oblig et act* y L.19 *Dig De condit. Indebiti*) podía ser asegurada con fiador (Instit. *De fideiuss*, 1) o con prendas o hipotecas (L.5 *Dig De pign*) o ser transformada por la novación en una convención obligatoria. (L.1 *Dig De Novat*)”*

De acuerdo a Díaz Biale, el codificador tomó los fundamentos de la nota al artículo 515 en base a los textos de Maynz y Duranton. (Díaz Biale, 1952: 28)

Vélez Sarsfield invoca lo expresado por este último autor a fines de justificar la recepción de la noción de obligación natural en nuestro Código Civil.

515. “*... Por estos efectos de tanta importancia Duranton juzga que hay un blanco en los Códigos en materia de obligaciones, y que corresponde a los jueces en virtud del art. 4° del Cod. Francés, decidir cuando hay obligación natural ...*”

“*Creyendo justa la observación de Duranton, sobre la falta que advierte en los Códigos, respecto de las obligaciones naturales, tomamos lo dispuesto en el de Chile, el único en el que se encuentran leyes positivas sobre dichas obligaciones*”.

En la obra citada por nuestro codificador, Duranton desarrolla un concepto de obligación natural. (Duranton, 1844: 19)

“L’obligation naturelle est celle qui doit être exécutée, si l’obligé suit les lois de la conscience, mais à laquelle la loi civile, par des considérations particulières, n’a point attaché d’action, tout en approuvant toutefois l’accomplissement, qu’elle interdit la répétition de ce qui a été volontairement payé en conséquence d’une telle obligation (art. 1235)”. (5)

Unos párrafos más adelante, este mismo autor destaca la laguna existente en distintos Códigos en relación a la obligación natural, observación posteriormente compartida por Vélez Sarsfield. (Duranton, 1844: 20)

“... tout en reconnaissant l’existence de ces sortes d’obligations, notre Code néanmoins ne les définit nullement ; il n’explique non plus sur aucune des causes qui peuvent les produire; ce qui est peut-être une lacune dans la loi, ce qui peut du moins donner lieu à des difficultés fort délicates dans plusieurs cas. Mais le magistrat, dans ce silence de la loi, a un pouvoir de discrétion et de sagesse pour apprécier, suivant les circonstances, les caractères de l’obligation que l’on prétendrait exister naturellement (art. 4). En descendant dans sa conscience, il y puisera les règles de sa décision, et il se trompera rarement en prenant pour guide l’équité”. (6)

En el mismo artículo 515 se enumeran los casos de obligación natural admitidos en el derecho argentino:

1º...”Derogado por la Ley 17.711. Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son sin embargo incapaces por derecho para obligarse, como son la mujer casada, en los casos en que necesita la autorización del marido, y los menores adultos.

2º Las obligaciones que principian por ser obligaciones civiles, y que se hallan extinguidas por la prescripción.

3º Las que proceden de actos jurídicos, a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, como es la obligación de pagar un legado dejado en un testamento, al cual faltan formas substanciales.

4º Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba, o cuando el pleito se ha perdido, por error o malicia del juez.

5º Las que derivan de una convención que reúne las condiciones generales requeridas en materia de contratos; pero a las cuales la ley, por razones de utilidad social, les ha denegado toda acción, tales son las deudas de juego.”

Respecto al último inciso, referido a las deudas de juego, debemos aclarar que se trataría de los juegos prohibidos, ya que las deudas por juegos permitidos por el Estado están contempladas en los arts. 2055-2056 CC.

El código chileno no incluía las deudas de juego entre las obligaciones naturales, ya que en los juegos prohibidos el fin es ilícito y no merecería ninguna protección legal, por lo cual no generan ni obligación civil ni obligación natural.

(5) Traducción de la autora: “la obligación natural es aquella que debe ser ejecutada, si el obligado sigue las leyes de la conciencia, pero a la cual la ley civil, por consideraciones particulares, no le ha otorgado acción, aprobando sin embargo su cumplimiento, al punto que prohíbe la repetición de lo que ha sido voluntariamente pagado en consecuencia de una obligación de esta clase”.

(6) Traducción de la autora: “si bien reconoce la existencia de este tipo de obligaciones, nuestro Código no las define de ninguna manera; tampoco explica las causas que pueden producirlas, lo cual es quizás una laguna de la ley, que puede dar lugar en muchos casos a delicadas dificultades. Pero el magistrado, en el silencio de la ley, tiene un poder de discreción y de sabiduría para apreciar, según las circunstancias, los caracteres de la obligación que se pretendiese existe como natural (art. 4) Descendiendo en su conciencia, encontrará allí las reglas de decisión y rara vez se equivocará tomando como guía la equidad”.

Sin embargo nuestro codificador decidió incluirlas basado probablemente en la opinión de Pothier, quien sostenía que aquel que pierde en el juego bajo palabra, se encuentra obligado en conciencia a pagar la deuda contraída. Por esta razón se llama también a las deudas de juego como “deudas de honor”.

La *solutio retentio*, el efecto más importante de las obligaciones naturales, está plasmado en el artículo 516:

516. El efecto de las obligaciones naturales es que no puede reclamarse lo pagado, cuando el pago de ellas se ha hecho voluntariamente por el que tenía capacidad legal para hacerlo.

De acuerdo a Díaz Bialet, el artículo se fundamenta plenamente en el principio de Pomponio citado *ut supra*. (Díaz Bialet, 1952: 29)

La nota de este artículo se explaya sobre las razones del principal efecto de las obligaciones naturales y el alcance de esta retención del pago.

516. “En esta expresión lo pagado, se comprende no sólo la dación o entrega cualesquiera cosas, sino también la ejecución de un hecho, la fianza de una obligación, la suscripción de un documento, el abandono de un derecho, el perdón de una deuda ...

La razón de la disposición del artículo es que el pago voluntario de una obligación natural, es la renuncia de hecho de las excepciones, sin las cuales la acción del acreedor hubiese sido admitida. El pago pues, en tal caso, no es una mera liberalidad, ni el deudor de la obligación natural puede a su turno decir que ha pagado lo que no debía. La obligación natural puede así ser causa legítima de obligaciones civiles que se contraigan por la novación de ella, y ser considerada como obligación principal para admitir, en seguridad de su cumplimiento, obligaciones accesorias.

Vidal publicó en 1845, en la *Revista de Legislación* de Foelix, una larga y excelente disertación sobre las obligaciones naturales, la cual obtuvo el primer premio en el concurso abierto por la Facultad de Derecho de París en 1840. En ella hace ver las razones filosóficas que tuvieron las Leyes Romanas para dar a las obligaciones naturales los efectos que hemos indicado”.

En la mencionada disertación Vidal expresa sobre las razones que fundamentan las obligaciones naturales en el derecho romano. (Vidal, 1841: 315)

“Mais si l'on suppose une constitution politique telle, qu'à coté d'un droit antique et inflexible, d'ouí toutes les actions doivent dériver, se trouve placé un magistrat investi du pouvoir de tempérer ce droit rigoureux par les inspirations de l'équité; qui ait, pour exercer ce pouvoir, la libre disposition des exceptions, tandis qu'il ne peut qu'en des rares circonstances introduire une action, on comprendra sans peine que, dans une semblable organisation législative, tel fait qui n'avait pu donner naissance à une action, ait la force cependant de produire une exception.

Telle est la condition sociale qui s'est réalisée dans Rome: elle donne l'explication de la place qui occupe l'obligation naturelle dans la théorie du droit positif sur cette matière.” (7)

Cabe destacar, tal como se expone en el art. 517, que el pago parcial de una obligación natural no la convierte en obligación civil, ni le da al acreedor natural ninguna acción para exigir su cumplimiento.

(7) Traducción de la autora: “Si uno imagina una constitución política tal, que junto a un derecho antiguo e inflexible, de donde se derivan todas las acciones, se encuentra un magistrado investido del poder de moderar este derecho riguroso por inspiración de la equidad; y que tenga, para ejercer este poder, la libre disposición de las excepciones, mientras que sólo en raras circunstancias puede introducir una acción, se comprende entonces sin dificultad que, en una semejante organización legislativa, aquel hecho que no pudo dar nacimiento a una acción, tenga la fuerza sin embargo de producir una excepción. Esta es la condición social que se daba en Roma: es la que explica el lugar que ocupa la obligación natural en la teoría de derecho positivo sobre esta materia”.

Respecto al pago de una obligación natural, la jurisprudencia ha dicho:

“El pago espontáneo de la obligación natural es definitivo, quedando excluida la ulterior repetición o devolución, so pretexto de una alegación de ausencia de causa. Dicho pago tiene causa en la obligación natural, la cual constituye un título apto para justificar la recepción del pago por parte del acreedor”. (CNCiv., sala D, 1994/04/29. Rolnet S. A. v Obras Sanitarias de la Nación).

“Si se cree adeudar una obligación civil y se le paga pese a ser natural, ese error está tipificado como no esencial y no abre la repetición. Basta para que el pago sea reputado voluntario que haya sido hecho en forma espontánea”. (CNCiv., Sala G, 1995/10/03. Gelbwaser, Fanny c Consorcio de Propietarios Aguirre 621/623).

Otros efectos reconocidos por nuestro codificador respecto a las obligaciones naturales son los siguientes:

*Se pueden constituir hipotecas, fianzas y prendas para garantizar una obligación natural (art. 518 CC).

*Por medio de la novación, se puede transformar una obligación natural en obligación civil (art. 802 CC) con excepción de las obligaciones naturales surgidas de deudas de juego (art. 2057 CC).

*No pueden sin embargo ser objeto de compensación, ya que no cumplen con la condición de ser subsistentes civilmente y exigibles, tal como lo requiere la legislación (art. 819 CC) Cabe recordar que este efecto estaba admitido en el derecho romano, pero sólo en casos excepcionales, como por ejemplo el de sociedades con esclavos, que dada su particularidad no se podían transmitir a nuestro derecho positivo.

La jurisprudencia ha confirmado este criterio en relación a la improcedencia de la compensación de las obligaciones naturales:

“Para que la compensación funcione es indispensable que las obligaciones sean exigibles, es decir, que puedan reclamarse judicialmente por el respectivo acreedor y que ambas deudas sean líquidas, lo cual sucede cuando está definida la cuantía de su objeto. Bajo este enfoque no pueden oponerse en compensación las obligaciones naturales, las sujetas a plazo y las subordinadas a una condición suspensiva”. (CNCiv., sala E, 1997/04/17. Mancini de Romanelli, Irene B. c Mancini, Horacio A y otro).

Finalmente, este tipo de obligaciones también pueden ser transmitidas por causa de muerte, ya que se encuentran comprendidas en los alcances del art. 3417 CC, siendo el heredero acreedor natural o deudor natural de las obligaciones naturales que el causante le hubiera transmitido.

Analizados entonces los casos y efectos, coincidimos con Elguera cuando expresa que las obligaciones naturales “*son relaciones que de acuerdo con las reglas jurídicas generales deberían tener eficacia jurídica plena y solamente no la tienen en virtud de un principio excepcional, impuesto por un interés social, que se sobrepone a los intereses individuales*”. (Elguera, 2011: 8).

Por ende, podemos concluir que la obligación natural tal cual fue recepcionada en nuestro derecho civil es una clara heredera de la naturales obligatio del derecho clásico romano, con la mayoría de sus efectos salvo por la compensación, y con la adición de ciertos supuestos nuevos tomados del Código Civil chileno e inspirados en las Partidas.

IV. Conclusión

Habiendo explorado la noción romana de obligación natural y habiendo expuesto a continuación las razones por las cuales Vélez Sarsfield decidió incluir las obligaciones naturales en el Código Civil Argentino, nos queda ahora preguntarnos si estas disposiciones son aplicadas actualmente en la práctica jurídica.

A tal fin, invocamos el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 1992/09/01, G., M. A. c. K., E.; donde se refiere el caso de una obligación alimentaria prescripta como obligación natural.

Pese a no poder exigir su cumplimiento, la obligación natural subsiste por el derecho del acreedor natural, en este caso el derecho del hijo a recibir alimentos por parte de su padre durante la minoría de edad.

Así como manifiesta Gowland en su comentario al fallo “*No podrá ejercerlo en justicia, no podrá compeler al deudor su cumplimiento, pero nadie puede dudar que si tenía el derecho cuando la obligación se cumplía, y lo tiene ahora por el período no prescripto, su derecho no ha fenecido. Es el fundamento del derecho, no ya de la acción, el que está en juego*”. (Gowland, 1993: 292-294)

Y por último este autor expresa “*prescripta la obligación alimentaria, se extingue la exigibilidad de la misma en sede judicial, pero la obligación no desaparece, sino que mantiene toda su fuerza moral*” criterio con el cual coincidimos plenamente. (Gowland, 1993)

En conclusión, resulta evidente que en el caso de las obligaciones naturales lo que no existe o bien ya ha prescripto es la acción, pero el derecho que la motiva subsiste. Si bien en este comentario se fusiona la fuerza moral de la obligación alimentaria con el vínculo obligacional, se desprende claramente que lo que se extingue es la exigibilidad y no la obligación.

En mi criterio, la subsistencia de este derecho y su debido reconocimiento, como se ejemplifica en el fallo con la obligación alimentaria prescripta, es uno de los fundamentos que avalan la decisión de nuestro codificador de incluirla en nuestra legislación civil y justifican su plena vigencia.

V. Bibliografía

ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONNET, Juan Antonio. *Derecho romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

BONFANTE, Pedro. *Instituciones de derecho romano*, Madrid: Reus, 1929.

CHILE. Código Civil (on line). Disponible en: (http://www.paginaschile.cl/biblioteca_juridica/codigo_civil/codigo_civil_de_chile.htm).

DI PIETRO, Alfredo. *Derecho privado romano*. Buenos Aires: Depalma, 1999.

DÍAZ BIALET, Agustín. *El derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield*. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1952, vol. 3.

DURANTON, Alexandre. *Cours de droit français suivant le Code Civil*. Paris: Guilbert, 1844. Disponible en: (<http://books.google.com>) (Consulta: 26 de marzo 2010).

ELGUERA, Eduardo R. *El concepto de la obligación natural en el derecho romano y en el código civil argentino*. Buenos Aires, La Ley Online, 2011. Disponible en: (<http://www.laleyonline.com.ar>) (Consulta: 12 de abril 2011).

FRANCIA. Código Civil. Disponible en: (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso(editor). *Cuerpo del derecho civil romano*. Barcelona: Jaime Molinas, 1895.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. *Diccionario de jurisprudencia romana*. Madrid: Dykinson, 2000.

GAYO. *Institutas*. Texto y notas de Alfredo Di Pietro. Buenos Aires: Abeledo Pierrot, 1967.

GOWLAND, Alberto J. “La prestación alimentaria prescripta como obligación natural”, En: LA LEY, 1993-C, 292-294.

IGLESIAS, Juan. *Instituciones de derecho privado*. Barcelona: Ariel, 1965.

Las siete partidas. Madrid: Imprenta Real, 1807. Disponible en: (<http://fama2.us.es/fde/lasSiete-PartidasEd1807T3.pdf>) (Consulta: 12 de abril 2011).

MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Codificación civil y derecho comparado*. Buenos Aires: Zavalía, 1994.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Las obligaciones naturales y las Leyes de Partidas*. Córdoba: Academia de Derecho de Córdoba, 2006. Disponible en: (<http://www.acaderc.org.ar>) (Consulta: 12 de abril de 2011).

MOLITOR, Jean Philippe. *Les Obligations en Droit Romain*. Paris: Auguste Durand, 1851 Disponible en: (<http://books.google.com>) (Consulta: 26 de marzo 2010).

PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Universidad, 1994.

POTHIER, Robert Joseph. *Traité des Obligations*. Paris: Debure, 1764. Disponible en: (<http://books.google.com>) (Consulta: 26 de marzo 2010).

VÁZQUEZ, Humberto. *Diccionario de derecho romano*. Buenos Aires: Zavalía, 1998.

VIDAL, Saturnin. "XXV - De l'obligation naturelle selon le droit romain et le Code Civil français", En: *Revue Etrangère et Française de Legislation, de Jurisprudence et d'Economie Politique*. Paris, 1841-VIII, 312-335 y 367-384. Disponible en: (<http://books.google.com>) (Consulta: 26 de marzo 2010).

ZACHARIE, Karl S., AUBRY, Charles y RAU Charles. *Cours de Droit Civil Français*. Bruselas: Meline, 1850, t. I, 340-342. Disponible en: (<http://books.google.com>) (Consulta: 26 de marzo 2010).

Jurisprudencia

CNCiv., sala A, 1992/09/01. G., M. A. c. K., E., LA LEY, 1993-C, 292-294; DJ, 1993-2-582

CNCiv., Sala D, 1994/04/29. Rolnet S. A. v Obras Sanitarias de la Nación. *Jurisprudencia argentina*. Buenos Aires, 1995-I, 317-320.

CNCiv., Sala G, 1995/10/03. Gelbwaser, Fanny c Consorcio de Propietarios Aguirre 621/623. LA LEY, 1996-D, 2-6; *Doctrina judicial*. Buenos Aires, 1996-2, 397.

CNCiv., Sala E, 1997/04/17. Mancini de Romanelli, Irene B. c Mancini, Horacio A y otro. LA LEY, 1997-D, 740-741. ♦

Derecho Social

La situación social de las trabajadoras domésticas y la regulación legal de sus condiciones de trabajo

POR ENRIQUE CATANI (*)

Resumen

El mapa del trabajo doméstico remunerado. La regulación legal del trabajo doméstico remunerado. Las justificaciones tradicionales de la exclusión de las trabajadoras domésticas de las regulaciones laborales generales. La exclusión de las trabajadoras domésticas de las regulaciones laborales generales vista desde una perspectiva de clase y de género. El control de constitucionalidad de las normas que rigen el trabajo doméstico y la aplicación de la doctrina de las distinciones sospechosas. Los proyectos de reforma legislativa. La invisibilidad del trabajo doméstico en el estudio y la divulgación del Derecho del Trabajo.

Palabras clave: mujeres - trabajo doméstico - regulación legal - condiciones de trabajo

The social situation of domestic workers and the legal regulation of working conditions

Abstract

The map of paid domestic work. The legal regulation of paid domestic work. The traditional justifications for the exclusion of domestic workers in general labor regulations. The exclusion of domestic workers of labor regulations since a perspective of class and gender. The control of constitutionality of the rules which governing paid domestic work and the application of the doctrine of suspicious distinctions. The projects of legislative reforms. The invisibility of paid domestic work in the study and dissemination of Labor Law.

Key words: women - domestic work - legal regulation - working conditions

Planteo

Me propongo formular algunas reflexiones sobre un tema que es poco frecuentado en los debates del Derecho del Trabajo, pero que posee una importancia muy significativa en la realidad social: el servicio doméstico remunerado.

Es fácil advertir que, en nuestra disciplina, suele abordarse el tema exclusivamente a partir de su regulación normativa e incluyéndolo en la categoría más amplia de los “estatutos especiales”. Entiendo que ese enfoque adolece de dos problemas.

El primero de ellos es que reproduce la invisibilización que el tema padece en los demás ámbitos. En efecto, al homologarlo con los restantes casos de “estatutos especiales” se pasan por alto algunas características muy específicas y determinados problemas muy puntuales que no se observan en otras actividades reguladas mediante un estatuto. Del mismo modo, su tratamiento en esos términos (como uno más de los muchos estatutos especiales) connota una idea de que se trata de un fenómeno marginal o, al menos, de magnitud más bien modesta en la realidad social.

Intentaré, en consecuencia, abordar el tema desde un enfoque diferente.

El mapa del trabajo doméstico remunerado

En este trabajo utilizaré las expresiones “servicio doméstico” y “trabajo doméstico” en el sentido corriente, independientemente de lo que dispongan las regulaciones normativas; es decir que me referiré a las relaciones de trabajo remunerado prestadas por una persona en favor de otra —independientemente de la naturaleza de la actividad—.

(*) Docente de Derecho Social, Catedral I.. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

dientemente del tiempo de duración de los servicios—, que se desarrollan en el ámbito del hogar del empleador y que se relacionan con tareas reproductivas (1) y de cuidado.

El servicio doméstico representa el 8% del total de ocupados y el 10,4% del total de trabajadores dependientes. Es decir que, lejos de ser un fenómeno marginal o de dimensiones modestas, aparece como una realidad cuantitativamente muy importante en el mundo del trabajo (es, por ejemplo, cuatro veces más significativo que el trabajo rural, que sólo abarca un 2% de los ocupados, es cuantitativamente más importante que el transporte y las comunicaciones que abarca un 7% de los ocupados y posee la misma magnitud que la construcción y la enseñanza).

Ver Gráfico 1. Personas ocupadas según ramas de la actividad.

Estos datos se vuelven mucho más significativos todavía si recortamos por sexo la población ocupada y analizamos exclusivamente el universo de trabajadoras mujeres. Encontramos entonces que de un total de 3.918.000 mujeres que trabajan, 991.000 son empleadas domésticas, lo que representa un 23,25% del total.

Ver Gráfico 2. Porcentaje de trabajadores del servicio doméstico sobre el total de trabajadores dependientes discriminado por sexo.

El recorte de las estadísticas por sexo muestra otros datos especialmente relevantes, ya que se trata de una actividad económica feminizada prácticamente en su totalidad. La proporción de trabajadoras mujeres ocupadas en esta actividad alcanza el 97,6% del total, aunque —como bien se indica— *“Si se toma el servicio doméstico en sentido estricto, considerado el tipo de tareas desarrolladas y no ya la distribución por ramas de actividad, el total de ocupadas en estas tareas son mujeres”* (Contartese y Maceira, 2005:152)

Ver Gráfico 3. Índice de presencia femenina en porcentaje sobre el total de ocupados discriminado por actividad económica.

Los salarios de las trabajadoras domésticas son los más bajos de la pirámide salarial e incluso son muy inferiores a los que se pagan en el ámbito rural. El promedio salarial de la actividad alcanza apenas al 30,6 % del promedio general (y al 34 % del promedio salarial de las trabajadoras mujeres) (2). La mayoría de las trabajadoras domésticas son pobres (71%) y en muchos casos, migrantes (41%).

En conclusión, el mapa del servicio doméstico en el país nos revela que se trata de una actividad económica cuantitativamente muy importante, feminizada en términos prácticamente absolutos, que ocupa mayoritariamente a mujeres ubicadas por debajo de la línea de la pobreza, con ingresos notoriamente inferiores a las demás actividades y con una importante presencia de trabajadoras migrantes.

La regulación legal del trabajo doméstico remunerado

La regulación normativa del trabajo doméstico remunerado data de 1956 y (a excepción de los aspectos previsionales) no ha experimentado cambios de importancia desde entonces. No ha sido afectada por la sanción de la ley de contrato de trabajo -1974-, que expresamente previó la exclusión de las trabajadoras domésticas de sus disposiciones (art. 2 inc. b).

El estatuto en cuestión (regla estatal 326/56) contiene además una exclusión importante: sólo se encuentran comprendidas en sus disposiciones las empleadas domésticas cuya prestación de servicios cumple con un triple requisito temporal, que trabajen al menos un mes y que su jornada abarque al menos cuatro horas diarias y cuatro días por semana.

Las trabajadoras domésticas cuya prestación no cumpla con los tres requisitos temporales apuntados (que son acumulativos) se encuentran excluidas del estatuto y —según los criterios jurisprudenciales—

(1) Adopto aquí el concepto de tareas “reproductivas” en el sentido de aquellas que contribuyen principalmente a reproducir la fuerza de trabajo (Pautassi y Rodríguez Enríquez, 2004: 5).

(2) Esta brecha salarial se explica —en parte— porque el 46% de las empleadas domésticas cobra una remuneración menor a la que establece la normativa aplicable al sector.

ciales mayoritarios y tradicionales— no se encuentra alcanzada por ninguna norma protectoria de ninguna naturaleza (3).

No me demoraré aquí en un análisis de las disposiciones que contiene el estatuto, las que son suficientemente conocidas. Bástame decir que los derechos que reconoce a las trabajadoras domésticas son notoriamente inferiores a los contenidos en la normativa general e incluso también a los contenidos en otros estatutos que también han sido dictados a la baja de las regulaciones generales.

Ver 4. Cuadro comparativo de los derechos reconocidos en diferentes estatutos legales

En todos los institutos sujetos a comparación, la regulación del servicio doméstico es notoriamente menos protectoria no sólo que la regulación general, sino también que la prevista para los otros estatutos dictados a la baja de la regulación general (obreros de la construcción, peones rurales). Los institutos comparados en el cuadro son sólo algunos, pero si se amplía la lista la conclusión no se modificaría ni siquiera mínimamente.

Puede afirmarse entonces que la regulación legal del trabajo doméstico es la menos protectoria de todas las regulaciones laborales vigentes en el país. Esta característica se verifica tanto si comparamos globalmente las normas como también si comparamos una a una las regulaciones de los institutos del derecho del trabajo que contiene. Es más, puede afirmarse también que cada instituto del derecho del trabajo, individualmente considerado, es siempre regulado en su forma menos protectoria en el estatuto del servicio doméstico. Es decir, no existen vacaciones menores, jornada más ilimitada, sueldo mínimo más bajo, etc. que las normadas para el servicio doméstico.

En materia previsional, el régimen sí experimentó una modificación central y muy positiva a partir de la sanción de la ley 25.239 que reglamentó un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras domésticas.

El régimen —y sobre todo sus reglamentaciones posteriores— prevé un sistema muy simplificado de registración y pago de los aportes (sin dudas el más sencillo de los existentes en la actualidad). Se eliminan todos los requisitos de inscripción, tanto para el empleador como para la trabajadora y solo se requiera que esta última posea número de cuil. El registro en las bases de datos de los organismos previsionales se lleva a partir de los pagos efectuados, los que se pueden efectuar de diversas maneras (incluyendo las redes rápidas de pago) completando un formulario muy sencillo que se obtiene en internet.

Una de las innovaciones centrales de este régimen simplificado es que abarca también a muchas empleadas domésticas que se encuentran excluidas del estatuto, toda vez que prevé la inclusión de todas las que trabajen más de 6 horas semanales.

La implementación de este sistema sin dudas contribuyó a que la tasa de trabajo en negro de las empleadas domésticas descendiese del 96,2 % (III° trimestre de 2004) al 90,4 % (I° trimestre de 2007). Sin embargo y más allá del avance que ello significa, la tasa de clandestinidad en esta actividad sigue siendo (con mucho) la más alta de todas las actividades. También hay que señalar que las empleadas domésticas continúan excluidas del seguro de desempleo, la cobertura por accidentes de trabajo y el régimen de asignaciones familiares. Recientemente se las incluyó en el régimen de la asignación universal por hijo.

La actuación de la regulación legal del trabajo doméstico remunerado en la realidad social

Las estadísticas muestran que el universo de las empleadas domésticas se encuentra atravesado por varias condiciones de vulnerabilidad. Se trata de un universo de trabajadores compuesto en for-

(3) La jurisprudencia tradicional no ha ahondado demasiado en las posibilidades de aplicación del Derecho Civil a este tipo de relaciones. Por lo general, los razonamientos judiciales en estos casos se formulan del siguiente modo: Si trabajan menos de cuatro horas por día o menos de cuatro días por semana, están fuera del estatuto. Si están fuera del estatuto, se aplica el régimen del contrato de locación de servicios regulado en el Código Civil. Si se aplica la regulación civil del contrato de locación de servicios, no tienen derecho a reclamarle nada al empleador si las echa sin motivo. Me parece que la última de esas premisas no justifica la conclusión final. Los artículos 1204, 1637, 1642, 1643 y 1644 del Código Civil —entre otros— dan suficiente sustento normativo como para entender que el patrón que echa a su empleada sin justificación debe indemnizarla por el perjuicio sufrido.

ma casi exclusiva de mujeres, mayoritariamente por debajo de la línea de pobreza y con una significativa proporción de migrantes.

La regulación laboral y de la seguridad social para el sector lejos está de mitigar o atenuar dichas condiciones de vulnerabilidad. Por el contrario, las reproduce pautando condiciones de trabajo notoriamente inferiores a las reguladas para las restantes actividades, incluso para aquellas actividades que ocupan principalmente trabajadores sin calificación y que también están reguladas a la baja (obreros de la construcción, peones rurales).

A más de ello, las limitaciones que el propio estatuto del servicio doméstico establece para su aplicación (al menos cuatro horas diarias durante cuatro días a la semana por un lapso mínimo de un mes) provocan que la mayoría de las empleadas domésticas carezcan incluso de los magros derechos que el estatuto reconoce (4).

Debe tenerse en cuenta —además— que el ámbito hogareño en el que se prestan los servicios dificulta los controles estatales a través de los mecanismos tradicionales (policía del trabajo), lo que —sumado a ciertas pautas culturales muy arraigadas— contribuye a que el grado de incumplimiento de las obligaciones del empleador sea muchísimo mayor que en las restantes áreas de actividad.

Solamente comparando una de las principales variables de cumplimiento de las obligaciones del empleador (el registro de los trabajadores) se advierten asimetrías notables. El servicio doméstico no sólo es la actividad con el mayor porcentaje de trabajo en negro, sino que también es el sector que concentra el mayor número absoluto de relaciones de trabajo clandestinas.

Ver Gráfico 5. Trabajo sin registrar (excluyendo beneficiarios de planes sociales) por sector de actividad, en porcentajes sobre el total y en cantidades (miles de personas)

Por supuesto, esto es mucho más notable aun si introducimos la variable de género, ya que entonces veremos que el servicio doméstico representa aproximadamente la mitad del trabajo en negro de las mujeres.

Ver Gráfico 6. Trabajo femenino sin registrar (excluyendo beneficiarias de planes sociales) por sector de actividad, en porcentajes sobre el total y en cantidades (miles de personas)

Este grado absolutamente inusual de incumplimiento de una de las principales obligaciones del empleador (el registro de los trabajadores) puede fácilmente trasladarse al resto de las obligaciones patronales.

Las justificaciones tradicionales de la exclusión de las trabajadoras domésticas de las regulaciones laborales generales.

La mayoría de los autores de Derecho del Trabajo que se han ocupado del tema ha ensayado dos tipos de argumentaciones principales que justifican la exclusión de las trabajadoras domésticas de las regulaciones generales y la regulación peyorativa de sus condiciones de trabajo.

La primera de estas argumentaciones suele hacer centro en la ausencia de lucro en el empleador, quien no es un “empresario”. La argumentación trae más problemas de los que intenta resolver y se debilita notablemente a poco que intentamos definir las palabras “lucro” y “empresario”.

Con respecto a la ausencia de lucro, enseguida se advierte que ello es muy relativo. Muchas tareas desempeñadas en actividades lucrativas no generan un beneficio económico directo para el empleador, pero sí lo hacen en modo indirecto. Fácil es advertir que también —en todos o casi todos los casos— el empleador del servicio doméstico obtiene un beneficio económico en forma indirecta con las tareas prestadas por su empleada, toda vez que ellas le permiten contar con más tiempo para dedicar a actividades lucrativas.

Del mismo modo, es bastante discutible que un hogar familiar no pueda encuadrar en la noción de “empresa” contenida en el artículo 5 de la LCT (5), es decir, la “*organización instrumental de medios*

(4) El 52,8 % de las empleadas domésticas está excluido del estatuto.

(5) A más de ello, corresponde hacer notar que el régimen laboral general (LCT) no asimila las figuras del empleador y del empresario, de modo que admite perfectamente que un empleador no lo sea.

personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos" y, en todo caso, no se advierte por qué razón una casa particular no lo sería y sí en cambio un edificio de departamentos (que no es otra cosa en definitiva que un conjunto de hogares familiares).

Lo cierto es que aun cuando no tuviésemos dificultades para interpretar el sentido que quiere darse a las palabras "lucro" y "empresario", resulta forzoso admitir que existen muchos casos de trabajadores que se desempeñan en actividades no lucrativas (como —por ejemplo— los empleados de asociaciones benéficas), sobre los que no se duda de que deben gozar de las protecciones laborales generales.

El segundo tipo de argumentación hace centro en que las tareas se prestan en la intimidad del hogar, lo que conduce a la conveniencia de excluirlas de las protecciones generales para preservar la economía y la armonía de las familias.

La argumentación parece más un prejuicio que un razonamiento completo. Lo cierto es que existen muchos casos de trabajadores que prestan servicios personales en la intimidad de los hogares ajenos (los enfermeros profesionales a domicilio, por ejemplo) y de los cuales no se duda de que deben ser incluidos en las protecciones laborales generales.

Parecería entonces que la explicación de la particular situación en la que se encuentran las empleadas domésticas en la normativa y en la realidad social debería buscarse a partir de otras miradas.

La exclusión de las trabajadoras domésticas de las regulaciones laborales generales vista desde una perspectiva de clase.

Fue en nuestro medio Rodolfo Capón Filas quien con más agudeza señaló la perspectiva de clase como una de las explicaciones más adecuadas a la hora de analizar el por qué de la exclusión de las trabajadoras domésticas de las regulaciones laborales generales.

Ya hemos visto a la hora de analizar el mapa del servicio doméstico que la gran mayoría de las empleadas domésticas se encuentran por debajo de la línea de la pobreza (71 %) y que sus ingresos promedio son los más bajos de la pirámide salarial. Ello sin duda dificulta la identificación positiva de las clases medias con los intereses de estas trabajadoras.

A ello debe sumarse que la mayoría de los operadores políticos y jurídicos que se encuentran en mejores condiciones para influir en la modificación de la situación de las empleadas domésticas (funcionarios del Poder Ejecutivo, legisladores, jueces, abogados, especialistas en Derecho del Trabajo) son —casi en su totalidad— empleadores del servicio doméstico, lo que dificulta aún más esta identificación positiva con los legítimos intereses de las empleadas (6).

Otro fenómeno que dificulta la modificación del estado de cosas es la falta de una organización gremial poderosa (los intentos de sindicalización del sector son todavía embrionarios y débiles) que agrupe a las trabajadoras domésticas; ausencia que responde a causas diversas, pero entre las cuales no conviene descartar que en la especie no esté operando adecuadamente la solidaridad de los restantes estamentos del movimiento obrero, cuyos sectores de mejores ingresos también son empleadores del servicio doméstico.

Sin embargo, la perspectiva de clase —cuya mirada comparto en el punto totalmente— no parece explicar por sí sola la situación en que se encuentran las empleadas domésticas en la realidad social y en la regulación de sus condiciones de trabajo.

A poco que se profundiza esta mirada de clase se advierte que otros colectivos atravesados por situaciones de pobreza similares (peones rurales, obreros de la construcción) también cuentan con regulaciones normativas peyorativas con respecto a las regulaciones generales y también en estos casos se advierten altos índices de incumplimiento de las obligaciones del empleador; pero, con todo, su situación es notoriamente mejor que la de las empleadas domésticas.

(6) Un caso atípico e interesante existió durante el primer año de gobierno del presidente Morales en Bolivia con la designación de Casimira Rodríguez como Ministra de Justicia. Rodríguez había trabajado siempre como empleada doméstica y —al momento de arribar al funcionariado— lideraba el Sindicato de Trabajadoras del Hogar de Bolivia.

La exclusión de las trabajadoras domésticas de las regulaciones laborales generales vista desde una perspectiva de género.

Es muy significativa la comparación de la situación en que se encuentran las empleadas domésticas y los obreros de la construcción. Desde la mirada de clases, se trata de dos colectivos de trabajadores completamente equiparables en tanto ambos están fuertemente atravesados por situaciones de pobreza y cuentan con una significativa proporción de trabajadores migrantes. Sin embargo, existe una variable en la que difieren en términos absolutos: su composición sexual.

Basta repasar —en la primera parte de este trabajo— el cuadro que da cuenta del índice de feminidad en las distintas actividades económicas para advertir que así como el servicio doméstico es una actividad feminizada en términos prácticamente absolutos (el 97,6% son mujeres), la construcción es una actividad casi totalmente masculinizada (97% son varones). En otras palabras, la principal diferencia social entre una empleada doméstica y un obrero de la construcción (ambos suelen ser pobres y migrantes) es su sexo.

En ambos casos existen regulaciones normativas peyorativas con respecto a las regulaciones generales, pero la regulación del trabajo doméstico es notoriamente más desventajosa que la que rige en la construcción.

Es entonces a partir de la perspectiva de género —desechadas las explicaciones tradicionales— que podemos completar lo que ya nos había empezado a mostrar la perspectiva de clase. Las trabajadoras domésticas tienen muchos menos derechos que los demás trabajadores —incluso que sus maridos que trabajan en la construcción— (y en la mayoría de los casos no tienen ninguno, recordemos que más de la mitad está excluida de las disposiciones del estatuto) porque sus tareas son la más clara proyección productiva del clásico trabajo reproductivo de las mujeres y, según los paradigmas tradicionales de la sociedad patriarcal, esos trabajos no valen nada.

Más allá de los notables avances en la situación de las mujeres a partir del siglo XX (derecho al voto —1951—, capacidad civil —1968—, patria potestad compartida —1984), los paradigmas patriarcales continúan siendo dominantes. En el habla coloquial es frecuente escuchar que una mujer que se dedica principal o exclusivamente a los quehaceres de su hogar “**no trabaja**”. Del mismo modo, las estadísticas oficiales colocan a las mujeres que se dedican principal o exclusivamente a los quehaceres de su hogar fuera de la población económicamente activa.

Desde este paradigma patriarcal, el trabajo hogareño resulta invisible y es natural entonces que algo de esa invisibilidad se transporte a los casos en que esas tareas hogareñas son prestadas en forma remunerada en un hogar ajeno. En otras palabras, la cuestión no es sólo que se trata de un colectivo compuesto exclusivamente por mujeres, sino que además se trata de mujeres que hacen trabajos propios de mujeres “*que no trabajan*”.

El control de constitucionalidad de las normas que rigen el trabajo doméstico y la aplicación de la doctrina de las distinciones sospechosas.

La perspectiva de género puede darnos una nueva mirada especialmente significativa en materia de control de constitucionalidad. En efecto, si pensamos que se trata de un colectivo compuesto casi exclusivamente por mujeres (que justamente hacen “trabajos de mujeres” y, específicamente, “de mujeres *que no trabajan*”), deberíamos preguntarnos si las cláusulas que las excluyen de las previsiones normativas generales no constituyen un caso de discriminación prohibida por normas de rango superior.

Me refiero a todas las normas internacionales generales que prohíben la discriminación fundada en el sexo, pero específica y principalmente al artículo 11 de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuyo enunciado establece que “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos*”.

Teniendo en cuenta los datos abrumadores que hemos visto que surgen de las estadísticas sobre la feminización del trabajo doméstico, entiendo que la exclusión de las trabajadoras domésticas de las

protecciones laborales generales —de donde se deriva su regulación completamente peyorativa— se encuentra en contradicción con lo prescripto en la mencionada cláusula de la CEDAW (que posee jerarquía constitucional) y, por tanto, debe ser declarada inconstitucional.

Puede objetarse esta idea el hecho de que la norma excluyente (art. 2 inc. “b” LCT) no hace referencia directa a las mujeres e incluso está redactada en masculino (“los trabajadores del servicio doméstico”). Una objeción de ese tipo merece ser desechada porque no da cuenta siquiera mínimamente de la realidad social de cuyo contexto la interpretación constitucional no puede ni debe evadirse.

Otro tipo de objeción a esta idea —anclada en los criterios clásicos de control de constitucionalidad— puede plantearse del siguiente modo: aunque el fundamento de la exclusión (ausencia de lucro en el empleador, prestación de tareas en la intimidad familiar) pueda ser discutible en cuanto a su razonabilidad, la declaración de inconstitucionalidad de una norma sólo debe ser admitida en casos extremos, dado que se trata de la “última ratio” del ordenamiento jurídico.

Con respecto a ello, entiendo que corresponde en el caso utilizar los parámetros estrictos de control de constitucionalidad que se derivan de la doctrina de las “distinciones sospechosas”. Dicha doctrina —que tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana y alcanzó un marcado desarrollo en la jurisprudencia colombiana— fue receptada por la CSJN y —en apretado resumen— indica que cuando una norma establece un criterio de distinción “sospechoso” (entendido éste como las diferenciaciones basadas en los factores prohibidos explícitamente en los instrumentos de derechos humanos), pesa sobre esa norma una **presunción de inconstitucionalidad**, que sólo puede ser desvirtuada mediante una “*cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto.*” (CSJN, 16-11-2004, Hooft, Pedro Cornelio Federico c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad, EN: *Fallos* 322:3034).

En otras palabras, cuando una norma establece una distinción o diferenciación en razón de uno de los factores prohibidos por los instrumentos de Derechos Humanos —y el sexo es uno de esos factores, sin duda— la inconstitucionalidad deja de ser la “última ratio” del ordenamiento y —por el contrario— se presume. Quien quiera sostener la validez constitucional de la norma corre con la carga de alegar y demostrar que la distinción se encuentra razonablemente fundada en una finalidad superior y que existe una adecuada y razonable correlación entre dicha finalidad y los medios empleados para lograrla.

Si perjuicio de ello, las posibles dudas se disipan a poco que se advierte que la República Argentina reconoció indirectamente que la regulación laboral en materia de servicio doméstico constituye un caso de discriminación contra las mujeres cuando, a través de un norma de derecho positivo (decreto 254/98 (7)) se comprometió a revisar y reformar la legislación vigente en materia de regulación del trabajo doméstico. Dicho compromiso incumplido podría generar responsabilidad internacional a la República Argentina y, por tanto, todos los poderes del Estado se encuentran habilitados para hacer cumplir la obligación internacional asumida.

Entiendo que —hasta tanto no exista una reforma legislativa— se impone la declaración de inconstitucionalidad de la norma (art. 2 inc. “b” LCT) que excluye a las trabajadoras domésticas de las protecciones laborales generales (8).

(7) Dicha norma aprueba el Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral —elaborado en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la Declaración y en la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer— cuya cláusula 1.1.4. establece el compromiso asumido por el Estado Argentino de reformar el régimen normativo del servicio doméstico.

(8) Aunque no se acepte la inconstitucionalidad general de la norma excluyente, la perspectiva de género puede ser útil también para analizar la constitucionalidad de las diferentes disposiciones del Estatuto (la falta de licencia por maternidad y la omisión de penalizar el despido por matrimonio y por maternidad violan en forma mucho más directa y explícita las disposiciones del art. 11 de la CEDAW, por ejemplo). Del mismo modo, la indemnización por despido establecida en el estatuto no se compadece con la doctrina constitucional de la CSJN establecida en

Los proyectos de reforma legislativa.

Desde hace un tiempo existían en la Cámara de Diputados de la Nación diversos proyectos de reforma del régimen laboral aplicable a las trabajadoras domésticas. En casi todos los casos se trataban de propuestas que, en diverso grado, superaban las regulaciones existentes (9). Algunos de esos proyectos intentaban mejoramientos parciales de algunos aspectos (10), otros proponían la modificación del régimen para una parte del universo de empleadas domésticas (11) y otros pretendían una reforma bastante más completa (12).

El trámite de estos proyectos no había avanzado mayormente, ya que ninguno de ellos había obtenido despacho de comisión y, por supuesto, ninguno había recibido tratamiento en el pleno de la Cámara. La situación varió enormemente a partir de la iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional que envió a la Cámara el 9 de marzo de 2010 un proyecto de ley que modifica el régimen vigente y que resulta notoriamente más ambicioso que todos los que —hasta el momento— se encontraban en estudio y tratamiento. El proyecto del Poder Ejecutivo modifica en forma total el régimen vigente, evita las exclusiones de cualquier tipo y, en términos prácticos, equipara en forma completa a las empleadas domésticas con el resto del universo de trabajadores dependientes.

Al momento de redactar este artículo, el proyecto de ley mencionado ha obtenido la aprobación de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

La invisibilidad del trabajo doméstico en el estudio y la divulgación del Derecho del Trabajo.

La situación en la que se encuentran las trabajadoras domésticas en la realidad social responde a una suma de causas diversas y, por ello, no es dable esperar que la modificación de una sola de estas causas (la reforma legislativa o la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 inc “b” de la LCT, por ejemplo) la modifique por completo.

Ya vimos que en el tema se encuentran comprometidas determinadas pautas culturales propias del paradigma patriarcal con profundo arraigo en nuestra sociedad. Corresponde entonces también

“Vizzoti”. La índole de este trabajo me impide analizar en detalle las posibles inconstitucionalidades parciales del estatuto.

(9) La excepción en todo caso está dada por el proyecto de ley (expediente 1941-D-2009) iniciado por los diputados Laura J. Sesma, Silvia Augsburguer, Miguel A. Barrios, Ricardo O. Cuccovillo, Elda R. Gerez y Pablo V. Zancada (Partido Socialista) que establece que “El Poder Ejecutivo reglamentará las remuneraciones por servicio doméstico estableciendo como piso, para el monto más alto de la escala salarial, el correspondiente al salario mínimo vital y móvil, a partir del cual se fijaran los montos correspondientes a otras categorías.” Dada la política salarial seguida actualmente por el Poder Ejecutivo al fijar las remuneraciones del sector, la disposición proyectada constituiría una condición menos beneficiosa que la actual para las trabajadoras domésticas.

(10) En este grupo podemos ubicar el proyecto de ley (expediente 3188-D-2010) de la diputada Silvia Cristina Majdalani (PRO) que se limitaba a incorporar al estatuto los institutos de la protección de la maternidad; y el proyecto (expediente 1464-D-2009) del diputado Raúl Patricio Solanas (Frente para la Victoria) que incluía a las empleadas domésticas en el régimen de la ley de riesgos del trabajo.

(11) En este grupo podemos ubicar al proyecto (expediente 4193-D-2009) de las diputadas Elisa Beatriz Carca y Claudia Fernanda Gil Lozano (Coalición Cívica) que establecía la aplicabilidad del régimen laboral general (LCT) a las empleadas domésticas regidas por el estatuto, pero mantenía la exclusión de las que trabajaran por un tiempo inferior a un mes o a cuatro horas diarias o cuatro días por semana; y el proyecto (expediente 1025-D-2009) de los diputados Lía Fabiola Bianco, Miguel Ángel Iturrieta y Stella Maris Leverberg (Frente para la Victoria), que también mantenía idéntica exclusión.

(12) Es el caso del proyecto de ley (expediente 5374-D-2009) de los diputados Mabel Hilda Müller y Mariano Federico West (Frente para la Victoria); el proyecto (expediente 1026-D-2010) de los diputados Claudio Lozano, Alcira Susana Argumedo y Nora Graciela Iturraspe (Proyecto Sur); y el proyecto (expediente 0696-D-2010) del Diputado Juan Carlos Dante Gullo (Frente para la Victoria). Este último es —a mi juicio— el más completo y ambicioso de todos los reseñados.

reflexionar acerca del papel que jugamos quienes estamos comprometidos con la enseñanza, el estudio, la investigación y la divulgación del Derecho del Trabajo.

Los textos de nuestra disciplina no suelen ser generosos en el espacio que dedican al servicio doméstico. Veamos algunos ejemplos:

El Tratado de Derecho del Trabajo dirigido por Ackerman y Tosca le dedica al tema 53 páginas sobre un total aproximado de 6.000, prácticamente la mitad de las dedicadas a los encargados de edificios de propiedad horizontal (91 páginas). Recordemos que el servicio doméstico concentra el 8% de las personas ocupadas en el país y más del 10% del total de trabajadores dependientes.

La mayoría de los textos que analizan las obligaciones registrales del contrato de trabajo y las consecuencias que de su incumplimiento se derivan (leyes 24.013, 25.323, etc.) no suelen siquiera mencionar a las trabajadoras domésticas, pese a que se trata del sector que concentra el mayor porcentaje de trabajo no registrado y la mayor cantidad absoluta de relaciones clandestinas.

En el capítulo referido a “Trabajo de mujeres”, Vázquez Vialard omite por completo mencionar a las trabajadoras domésticas, pese a que una de cada cuatro mujeres que trabaja en relación de dependencia lo hace en el servicio doméstico.

Los programas de estudio de las Universidades repiten el mismo esquema invisibilizador. El programa de estudio de la Cátedra I de Derecho Social (del Trabajo y la Previsión) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata contiene 33 bolillas. La bolilla XV, denominada “*relaciones especiales de trabajo*” se encuentra dividida en 6 puntos. El último de esos puntos es el que incluye al servicio doméstico, al que se menciona solamente con las palabras “servicio doméstico” y aparece mezclado con “trabajadores a domicilio”, “régimen nacional de trabajo agrario”, “periodistas profesionales”, “encargados de casas de rentas”, “docentes particulares”, “jugadores profesionales de fútbol” y “trabajadores marítimos”.

De 5.374 palabras que contiene el programa de estudio mencionado, sólo dos (“servicio doméstico”) se refieren al tema que tratamos, que —como ya vimos— incluye el 8 % de las personas ocupadas en el país, a más del 10% de los trabajadores dependientes, a la cuarta parte de las mujeres que trabajan y a la cuarta parte de las relaciones clandestinas de trabajo.

De todos modos, el déficit que —a mi criterio— se observa en materia de estudio y divulgación del Derecho del Trabajo en relación al servicio doméstico no es solamente cuantitativo.

Creo que la costumbre de encasillar al tema en el de los “estatutos especiales” no aparece como el enfoque más adecuado. Es cierto —desde un punto de vista estrictamente positivista— que el estatuto del servicio doméstico es un “estatuto especial”, pero ese enfoque no da cuenta de la principal característica del tema: se trata de un colectivo de trabajadoras mujeres que se dedican a hacer las tareas que hacen las mujeres que “*no trabajan*”. Esta formulación parece una contradicción en los términos, y acaso lo sea, pero sólo a partir de esta contradicción pueden analizarse las cosas más profundamente. Resultaría mucho más adecuado incluir al servicio doméstico en los amplios espacios que suelen reservarse para abordar la problemática del trabajo de mujeres. El sólo hecho de que prácticamente la cuarta parte de las mujeres trabajadoras sean empleadas domésticas justifica plenamente que así sea.

Conclusión

Dentro del universo de trabajadores dependientes, el sector de las empleadas domésticas es el que presenta las mayores condiciones de vulnerabilidad. Se trata de un colectivo compuesto exclusivamente por mujeres, mayoritariamente pobres y, en muchos casos, migrantes.

Su importancia en la economía del país es mayúscula. Concentra el 8% de las personas ocupadas, el 10% de los trabajadores dependientes y es, cuantitativamente, comparable al sector de la construcción o de la enseñanza.

Las condiciones laborales imperantes en el sector son las peores: registra el mayor porcentaje y la mayor cantidad absoluta de relaciones de trabajo clandestinas, el mayor índice de incumplimiento de las obligaciones patronales y los salarios más bajos de la pirámide salarial.

La regulación jurídica de la actividad no sólo no reduce ni mitiga estas condiciones de vulnerabilidad, sino que, por el contrario, las reproduce; toda vez que establece condiciones de trabajo significativamente peores que las establecidas en el régimen general e, incluso, en los regímenes particulares de otros colectivos de trabajadores que también poseen regulaciones peyorativas (obros de la construcción, peones rurales).

La modificación del estado de cosas se ve obstaculizada en buena medida por el hecho de que quienes están en mejores condiciones de operar sobre la situación (legisladores, jueces, funcionarios del poder ejecutivo, abogados, especialistas académicos) son en casi todos los casos empleadores del servicio doméstico; a lo que debe sumarse el hecho de que se trata de un universo de trabajadoras que realiza tareas tradicionalmente atribuidas a las mujeres (y, específicamente, a las mujeres *que no trabajan*) y, según los paradigmas tradicionales de la sociedad patriarcal, esos trabajos no valen nada y resultan invisibles.

Los intentos de modificación de las condiciones jurídicas en que se presta el trabajo doméstico remunerado se han reducido hasta hace poco a algunos votos aislados y minoritarios en pocas sentencias judiciales y a algunos proyectos legislativos que no han tenido mayormente tratamiento. En 2010 la sorpresa la constituyó el fuerte impulso que el Poder Ejecutivo le ha impreso a la necesidad de reformar el régimen, lo que lo llevó a presentar un ambicioso y completo proyecto de reforma que ya cuenta con la aprobación de la Honorable Cámara de Diputados.

Si bien la definitiva modificación del régimen normativo que rige a las trabajadoras domésticas no puede darse por descontada, es dable esperar que el debate sobre el tema contribuya a disipar los antiguos prejuicios patriarcales que aún imperan en la cuestión.

Bibliografía

ACKERMAN, Mario E. y TOSCA, Diego M. *Tratado de derecho del trabajo*. Santa Fe: Rubinzal — Culzoni, 2005.

CAPÓN FILAS, Rodolfo E. "Servicio doméstico y Mercosur", EN: *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 2000-A, 788-794

CATANI, ENRIQUE, "La chica que me ayuda", EN: *La causa laboral*. Buenos Aires, 2009, 37-42.

CONTARTESE, Daniel y MACEIRA, Verónica. *Diagnóstico sobre la situación laboral de las mujeres. Segundo trimestre de 2005*. Buenos Aires: Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, 2005.

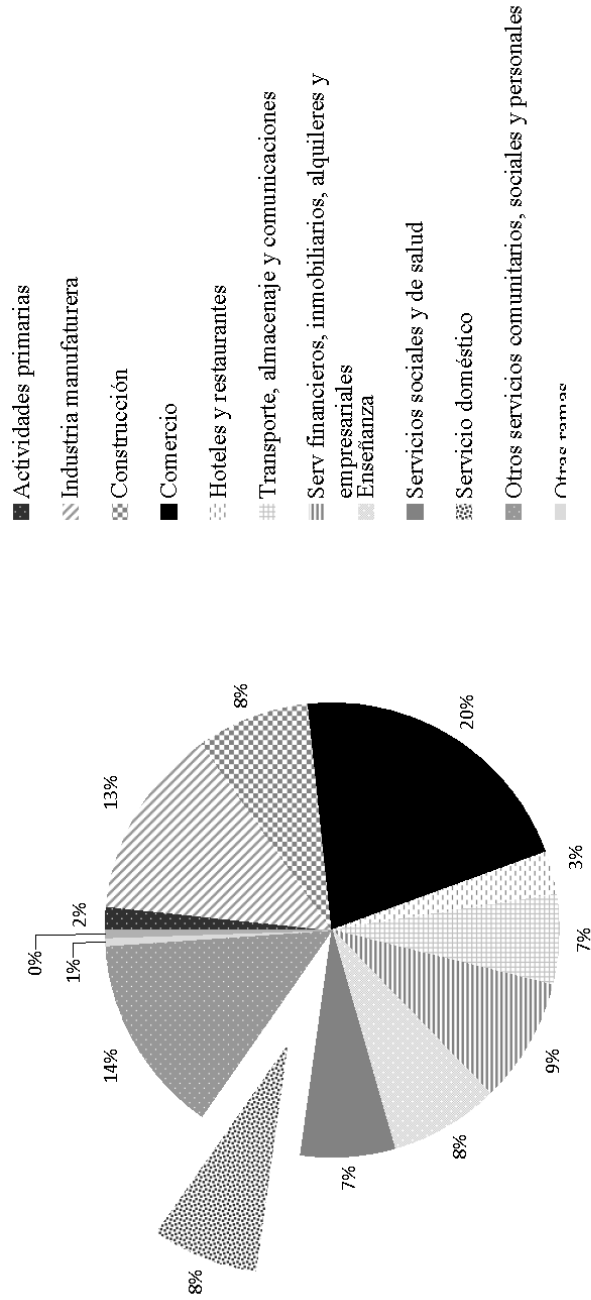
CURUCHET Eduardo E. y BARREIRO Diego A. "Discriminación y control de constitucionalidad estricto (El caso del trabajo doméstico remunerado)", EN: Ramírez, Luis Enrique (coord.) *Derecho del trabajo y derechos humanos*. Buenos Aires: BdeF, 2008, 155-196.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS. 2010. Serie histórica Trabajo e Ingresos. Disponible en "<http://www.indec.gov.ar>" [Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2010].

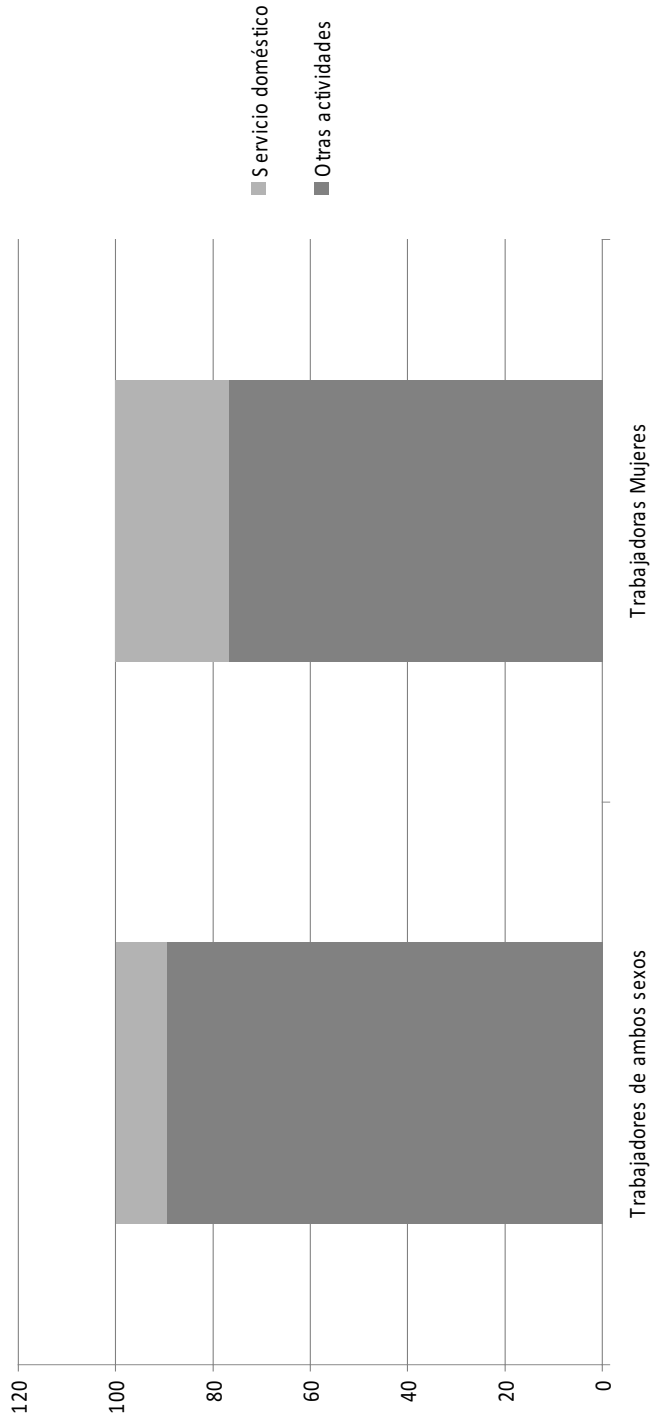
PAUTASSI, Laura y RODRÍQUEZ ENRÍQUEZ, Corina. *Vulnerabilidad laboral, instituciones sociales y género en Argentina*. Buenos Aires: Centro Cultural de la Cooperación, 2004.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. *Derecho del trabajo y la seguridad social*. Buenos Aires: Astrea, 1996.

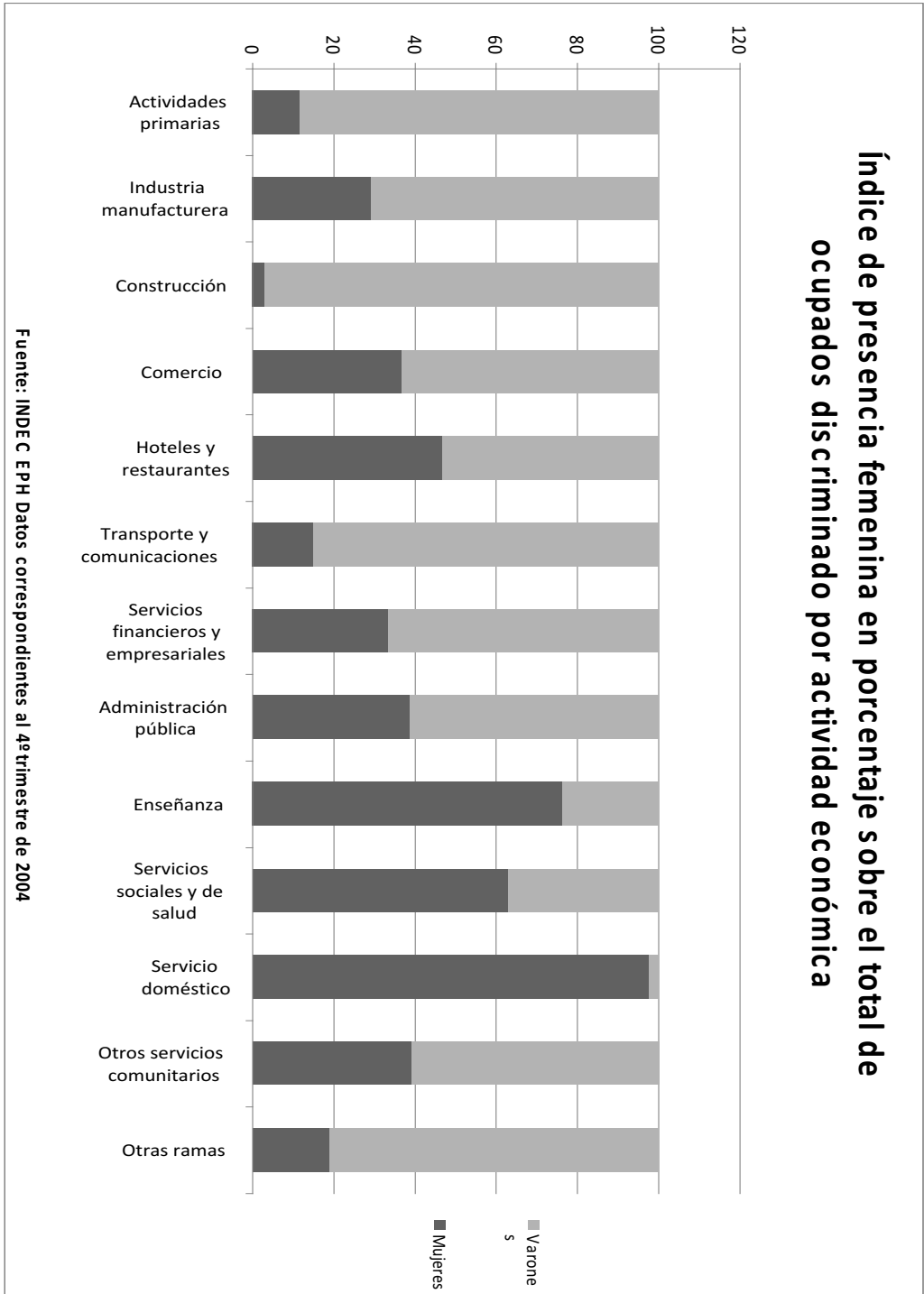
Personas ocupadas según ramas de la actividad
Fuente: Indec -EPH IVº trimestre de 2004



Porcentaje de trabajadores del servicio doméstico sobre el total de trabajadores dependientes discriminado por sexo



Fuente: INDEC EPH Datos correspondientes al 4º trimestre de 2004

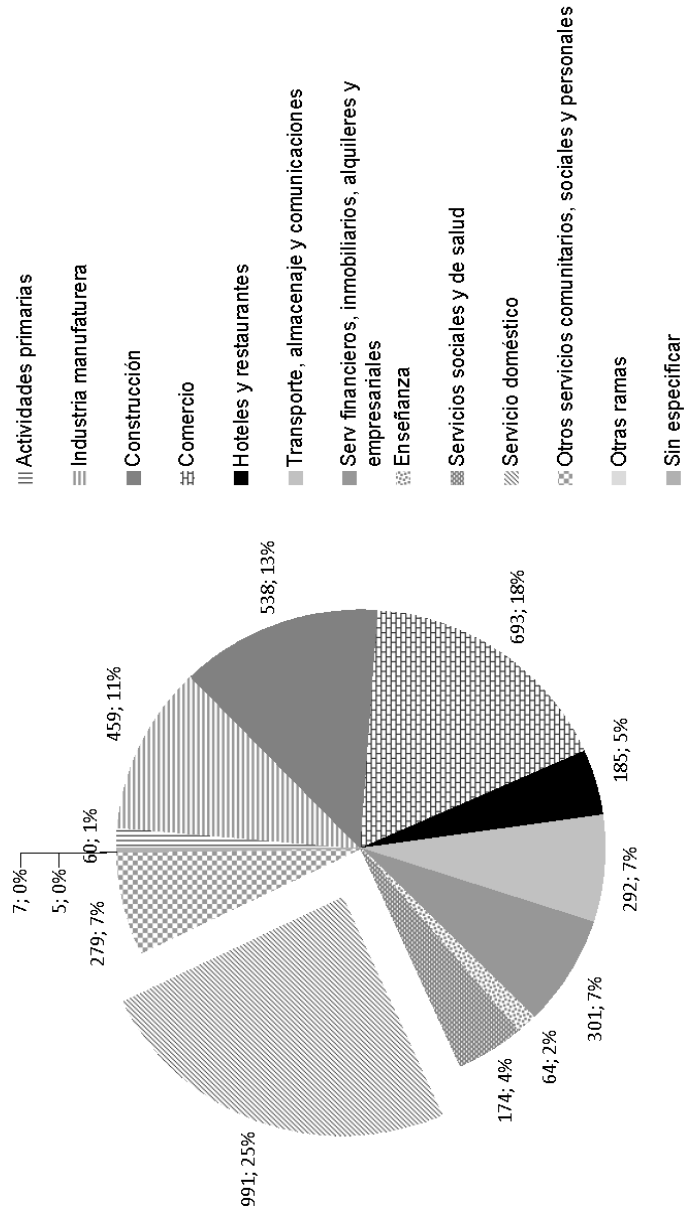


4. Cuadro comparativo de los derechos reconocidos en diferentes estatutos legales

	trabajadores de la LCT	obreros de la construcción	trabajadores rurales	servicio doméstico
jornada máxima	8 horas diarias o 48 semanales	9 horas diarias y 44 semanales	8 horas diarias y 48 semanales	ilimitada
sueldo mínimo mensual	\$ 1.500	\$ 1.647 (cat. sereno)	\$ 1.405 (cat. peón general)	\$ 1.347,56 (cuarta cat.)
pausa mínima entre jornadas	12 horas	12 horas	12 horas	9 horas
vacaciones	hasta 35 días	hasta 35 días	hasta 30 días	hasta 20 días
descanso semanal	desde las 13 hs. del sábado hasta las 24 del domingo	desde las 13 hs. del sábado hasta las 24 del domingo	domingos	un día por semana o dos medios días.
licencia por enfermedad	hasta 1 año	hasta 6 meses	hasta 6 meses	hasta 30 días
licencia por maternidad	90 días	90 días	90 días	carece
cobertura por accidentes de trabajo	ley de riesgos del trabajo	ley de riesgos del trabajo	ley de riesgos del trabajo	carece
lactancia	2 descansos de ½ hora por un año	2 descansos de ½ hora por un año	según prescripción médica	carece
despido	una mejor remuneración mensual, normal y habitual (sujeta a tope máximo) por año de servicio o fracción mayor a 3 meses (sujeta a tope mínimo)	fondo de cese laboral. 12% de las remuneraciones percibidas durante el primer año y 8 % de las remuneraciones percibidas en adelante	una mejor remuneración mensual, normal y habitual (sujeta a tope máximo) por año de servicio o fracción mayor a 3 meses (sujeta a tope mínimo) más un incremento que varía según la antigüedad	media remuneración promedio por año de servicio o fracción mayor a 3 meses
despido de un trabajador o trabajadora con una antigüedad de 10 meses y un sueldo de \$ 1.500	\$ 3.000 (preaviso \$ 1.500, despido \$ 1.500)	\$ 1.800 (fondo de cese laboral)	\$ 3.600 (despido \$ 3.000 -tope mínimo-, incremento por antigüedad \$ 600)	\$ 250 (5 días de preaviso)
despido de un trabajador o trabajadora con una antigüedad de 10 años y un sueldo de \$ 1.500	\$ 18.000 (preaviso \$ 3.000, despido \$ 15.000)	\$ 16.380 (fondo de cese laboral)	\$ 18.000 (despido \$ 15.000, incremento por antigüedad \$ 3000)	\$ 8.000 (preaviso \$ 500, despido \$ 7.500)

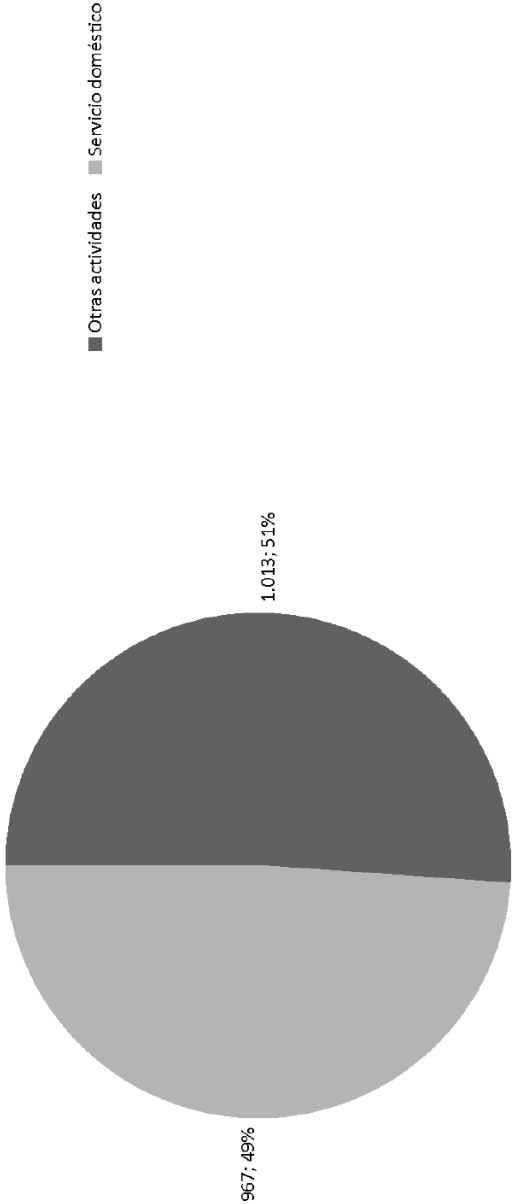
Trabajo sin registrar (excluyendo beneficiarios de planes sociales) por sector de actividad en porcentajes sobre el total y en cantidades (miles de personas)

Fuente: Indec -EPH Iº trimestre de 2007



**Trabajo femenino sin registrar (excluyendo beneficiarias de planes sociales)
por sector de actividad en porcentajes sobre el total y en cantidades (miles
de personas)**

Fuente: Indec -EPH 1º trimestre de 2007



Derecho y Nuevas Tecnologías

La propiedad intelectual en entornos digitales

POR NOEMÍ L. OLIVERA (*)

Sumario: Introducción. 1 aproximación al carácter de las creaciones intelectuales. 2 El contexto. 3 Desarrollos protegibles. 4 Protección de los contenidos. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Resumen

La propiedad intelectual es un tema dominante en la intersección del Derecho y la Informática. Los ‘derechos del creador’ de las diversas creaciones intelectuales que dan lugar a la apropiación de su explotación económica están siendo debatidos. En este trabajo se analizan, por un lado, los desarrollos en materia de TICs susceptibles de ser protegidos y la índole de la protección que tienen o merecen y, por el otro, la cuestión referida a la protección de los contenidos difundidos en la red, en tanto creaciones intelectuales.

Palabras Clave: Propiedad intelectual - Derecho de autor - Derecho de copia - Licencias

Intellectual property in digital environments

Abstract

Intellectual Property is a dominant topic in the intersection of Law and Computing. The rights that the creators of the different creations of the mind have, which allow the appropriation of their licensing rights, are under debate. This paper analyzes, on the one hand, the ICT related creations that are likely to be protected as well as the kind of protection they deserve and, on the other hand, the protection of content creation and dissemination in the net; such ‘contents’ are considered intellectual creations.

Key words: Intellectual Property - Authors’ Rights - Copyright - Licenses

Introducción

La propiedad intelectual es un tema dominante en la intersección del Derecho y la Informática. Los ‘derechos del creador’ de las diversas obras intelectuales que dan lugar a la apropiación de su explotación económica son la bandera bajo la cual se persiguen monopolios tecnológicos, como en el Caso Microsoft (1) y se libran batallas contra lo que se califica como ‘piratería’, en el campo de la legislación (en Francia, la Ley Hadopi o Ley promotora de la difusión y la protección de la creación en Internet). (2) Todo ello, claro está, en el marco del sistema, dominante en la época, de aplicación de las normas del derecho de defensa de la competencia a la regulación de los contratos de licencia y transferencia de tecnología (Cabanellas de las Cuevas, 2010:13).

En tanto, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art.19), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, también de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art.19 inc.2º), y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— (art.13 inc.3) consideran que el Derecho a la Información es un Derecho Humano. Sin embargo, el ejercicio de este derecho está condicionado por diversas cuestiones, entre las que en nuestras sociedades prevalecen las económicas, fundamento de las tecnológicas y, no po-

(*) Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Comercial I, Cátedra III, Directora del Grupo de la Complejidad en la Sociedad de la Información (GECISI).

(1) STATE OF NEW YORK, et al., Plaintiffs v. MICROSOFT CORPORATION, Defendant. Civil Action n° 98-1233 (CKK), <http://cyber.law.harvard.edu/msdoj/2002/FinalDecree.pdf>

(2) HADOPI es un acrónimo para “Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet”. El texto de la ley está disponible en <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl07-405.html>

cas veces, de las relativas a la educación/capacitación. Sorteadas estas vallas, la facilidad del acceso y la promoción de la difusión de Internet, generan la ilusión de que la información, dado que puede ser alcanzada sin restricciones aparentes, está allí para ser tomada. Esto hace perder de vista que, tras el programa que utilizamos y los contenidos que aparecen ante nuestros ojos, hay un autor que, en tal carácter, tiene derechos.

Lo expuesto sugiere delimitar, por un lado, cuáles son los desarrollos en materia de TICs susceptibles de ser protegidos y la índole de la protección que tienen o merecen y, por el otro, la cuestión referida a la protección de los contenidos difundidos en la red, en tanto creaciones intelectuales. En ese sentido van las siguientes páginas.

1. Aproximación al carácter de las creaciones intelectuales

La consideración de la naturaleza de la información y el conocimiento en tanto 'bienes' excede los límites del presente, sin embargo, y teniendo en cuenta que la cuestión aparecerá a lo largo del trabajo, 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), los consideran sea 'bienes públicos' (Stiglitz, 1999) o 'bienes comunes' (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 la temática, 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, "la falta de restricciones —la posibilidad de copiar sin pagar— hace que lo pierdan". (Lessig, 1996:32-33)

"Mi copia ilegal de algún software, dado que tal software existe, no va a reducir la habilidad de otros para copiar el mismo software. El problema, naturalmente, es que si cualquiera puede tomar un bien público sin pagar por él, muy poco del bien público va a ser prestado. El 'dado que existe' no va a ser dado. (3) Para asegurarse de que el 'dado' sea dado, debemos asegurarnos de que una proporción suficientemente grande de consumidores pague por lo que consume."

En consecuencia, considerándolo un 'problema de acción colectiva', apela Lessig a los 'incentivos selectivos' de Mancur Olson (*The rise and fall of nations*, 1982) y propone que desde el propio código del programa, utilizando tecnología de encriptación, se proteja la creación impidiendo su copia, "lo que lleva la cuestión del derecho público al privado". (Lessig, 1996:32) Esta solución se ha abierto camino, ya que, como se verá, Colorluris ha desarrollado un mecanismo contractual de protección de los derechos de autor (Ver 3.2).

Delimitados estos conceptos, y para comenzar a adentrarnos en los derechos del creador, genéricamente denominados 'propiedad intelectual', se impone caracterizarlos.

"Desde el punto de vista económico-social, la propiedad es —podríamos decir— la estabilidad o consolidación de la posesión exclusiva de los bienes; es el poder de hecho, transformado en poder jurídico; es lo que, considerado en relación al fenómeno de la producción de la riqueza, los economistas llaman 'capital', en contraposición al elemento 'trabajo'; la propiedad es el equivalente jurídico del concepto económico de capital." (Messineo, 1971: 248).

En nuestro medio, sin embargo, se tiende a circunscribir el concepto de propiedad a "las facultades que una persona puede tener sobre una cosa" (Mariani de Vidal, 2004:79), por lo que se ha controvertido el encasillamiento de los derechos intelectuales como derechos reales (Mariani de Vidal, 2004:88).

(3) El autor hace un juego con dos acepciones de la voz inglesa GIVEN, utilizando "given" (preposición, 'given it exists': 'dado que existe') y "given" (participio pasado del verbo 'to give': dar).

Para Messineo, “que, en el campo de la propiedad, se hable de derechos que tienen por objeto aquellos bienes (los derechos intelectuales), se explica considerando que tales derechos, aún cuando tengan un objeto incorporeal y no sean perpetuos (por lo que estamos ante figuras de propiedad incorporeal y temporal), son, por lo menos, absolutos y exclusivos, de naturaleza patrimonial y enajenables” (1971:376). Claro está que en el Código Italiano no hay distinción fundada en la corporeidad (art. 810), (4) lo que ha resultado una sabia regulación de cara a nuestro tiempo digitalizado.

Lo expuesto sugiere delimitar, por un lado, cuáles son los desarrollos en materia de TICs susceptibles de ser protegidos y la índole de la protección que tienen o merecen y, por el otro, la cuestión referida a la protección de los contenidos difundidos en la red, en tanto creaciones intelectuales. En ese sentido van las siguientes páginas.

2. El contexto

El desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones —TICs— ha ido de la mano de la preocupación por la protección de los derechos de los desarrolladores y la inclusión de los insumos y productos de las TICs en las nuevas reglas del comercio internacional acordadas en 1994. En consecuencia, los decisores en la materia se han ocupado tanto del soporte físico —hardware—, como el lógico —software— y de la difusión de contenidos.

2.1 *Internet, la web y los ‘Tratados de Internet’*

Si bien los orígenes de Internet se remontan a 1969, el reemplazo de ARPANET, en los ’80, por una red de alta velocidad —que sirve como enlace principal (backbone) para la actual Internet— puede ser considerado el punto de partida para la generalización de su utilización en el cuerpo social. Uno de los servicios que más éxito ha tenido en Internet ha sido la World Wide Web (WWW, o ‘la Web’), a punto tal que es habitual la confusión entre ambos términos. WWW es un conjunto de protocolos desarrollado en los ’90 que permite, de forma sencilla, la consulta remota de archivos de hipertexto, y utiliza Internet como medio de transmisión (Leiner, 2003). Ello consolidó el impacto de la red en la sociedad y la economía.

Los llamados ‘Tratados de Internet’ constituyen prueba palmaria de la importancia dada a la cuestión en análisis. Estos tratados, adoptados en la ‘Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual —OMPI— sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos’, que se celebró en Ginebra en 1996, son el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor —WCT—, que entró en vigencia el 6 de marzo de 2002 y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas —WPPT—, vigente desde el 20 de mayo del mismo año.

Pero no se agota allí la preocupación por esta cuestión en el tiempo de la Ronda Uruguay y la creación de la Organización Mundial del Comercio —OMC—. La Declaración Ministerial sobre el Comercio de Productos de Tecnología de la Información, producida en Singapur, el 13 de diciembre de 1996 somete el sustrato material de esas tecnologías al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (“GATT de 1994”), ya que las listas incluidas en los dos Apéndices que conforman el Anexo de esta Declaración comprenden todos los elementos que lo componen. (5)

De la más que simplificada reseña que antecede resulta la contemporaneidad del proceso de desarrollo de la Internet y la concreción de pactos dirigidos a la protección de los derechos intelectuales en entornos digitales, bien que sólo en la faceta de los Derechos de Autor y derechos conexos. En los tempranos ’80 en el seno de la OMPI se advierte la inadecuación del Convenio de Berna —en tanto convenio marco de los Derechos de Autor— ante el desarrollo tecnológico en el área de la información y las comunicaciones. Luego de una etapa en la que una cierta ‘equivalencia funcional’ (Rico Carrillo, 2007; Olivera, 2010) permitió el ‘desarrollo dirigido’, hacia fines de los ’80 se alcanzaron los

(4) Codice Civile Italiano, Art.810: Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti.

(5) OMC. Declaración Ministerial sobre el Comercio de Productos de Tecnología de la Información, 1996. http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/itadec_s.htm

límites de tal estrategia. Sin embargo, las dificultades en la Ronda Uruguay del GATT —que involucraba al comercio todo y cuyas “semillas se sembraron en 1982”, aún cuando, en un plano formal se puede considerar que se extendió entre 1986 y 1994, cuando se firmaron los acuerdos de Marrakesh (OMC b, n.d.) aconsejaron suspender la consideración de esta cuestión.

Entonces, alcanzado el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC/TRIPS), que es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en 1994, renace la preocupación. Tal como resulta de su Parte II “Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual”, este acuerdo comprende todos los institutos de la Propiedad Intelectual reconocidos hasta entonces (6) —Derecho de autor y derechos conexos; Marcas de fábrica o de comercio; Indicaciones geográficas; Dibujos y modelos industriales; Patentes; Esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados; Protección de la información no divulgada y Control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales—. En la materia en análisis, incluía:

“determinados resultados del período de ‘desarrollo dirigido’, pero no daba respuesta a todos los problemas planteados por las nuevas tecnologías y aunque, interpretado adecuadamente, el Acuerdo podía aplicarse generalmente a muchas de las cuestiones suscitadas por la asombrosa expansión de la tecnología digital, particularmente a través de Internet, no trataba específicamente algunas de esas cuestiones, por lo que se juzgó oportuno introducir aclaraciones”. (OMPI a, n. d.:5, pto. 10)

En vista de ello, se convoca la ‘Conferencia Diplomática de la OMPI sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos’, celebrada en diciembre de 1996, en la que se adoptan los dos tratados. Ambos entraron en vigencia en 2002, lo que puede considerarse tiempo record en relación al insumido por otras negociaciones internacionales referidas a cuestiones económicas, lo que da cuenta de la importancia acordada al tema.

3. Desarrollos protegibles

Las características de las TICs, así como de las aplicaciones a que ellas dan lugar, llevan a la necesidad de identificar los institutos que merecen protección antes de poder comenzar a analizar si, en el marco estricto del estado actual de la propiedad intelectual, tales desarrollos merecen la protección de los Derechos de Autor o la de algún otro de los títulos de la Propiedad Intelectual existentes o, aún, si se impone la creación de nuevos.

Al enunciar, desde la perspectiva europea, los desarrollos pasibles de la protección que confieren la Propiedad Intelectual y/o la Propiedad Industrial, el Prof. Dumortier (2010) cita:

a. Software (Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador (Versión codificada) Texto original: Directiva 91/250/EEC);

b. Chips de Computadoras (productos semiconductores, circuitos integrados) (Directiva del Consejo de 16 de diciembre de 1986 sobre la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores (87/54/CEE)) —no regulados en Argentina, a pesar de la obligación asumida al incorporarse el país a la OMC en 1995—;

c. Bases de Datos (Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996 Sobre la protección jurídica de las bases de datos) y

d. Nombres de Dominio de Internet.

Ahora bien, si no hay duda de que los dos primeros están formalmente comprendidos en el ADPIC (1994) y el tercero ha sido incluido en el régimen de los Derechos de Autor en el WCT (1996), la inclusión de los nombres de dominio sólo puede comprenderse considerando, desde la óptica de la OMPI, exclusivamente los nombres de dominios comerciales.

(6) En 1996 el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor —WCT— agregaría a esta nómina las Bases de Datos.

“Por nombre de dominio se entiende la dirección de un sitio Web fácil de identificar y de recordar, como *yahoo.com* y *ompi.int*. Esas direcciones de sitios Web favorecen la conexión en Internet. Como son fáciles de recordar y de utilizar, *los nombres de dominio han pasado a ser identificadores comerciales y sustituyen cada vez más a las propias marcas*, como en el caso de *amazon.com*. Al utilizar las marcas vigentes en calidad de nombres de dominio, por ejemplo, en el caso de *sony.com*, las empresas atraen a clientes potenciales a sus sitios Web” (OMPI c, n. d.).

3.1 Los programas de computación

Los programas de computación, conocidos como ‘software’, conforman el equipamiento lógico o soporte lógico de una computadora digital y comprenden el conjunto de los componentes lógicos necesarios que hacen posible la realización de tareas específicas, en contraposición a los componentes físicos, que son llamados ‘hardware—. Están bajo el régimen de derecho de autor, tal lo acordado en múltiples tratados internacionales. En nuestro país fueron expresamente incluidos en el art.1 de la Ley 11.723 por la Ley 25.036. Esto es, se los reconoce como expresión de una idea, de la misma manera en que lo es un teorema matemático o una partitura musical, y se les da un tratamiento legal acorde.

Sin embargo, siendo que las patentes no cubren expresiones de ideas, sino invenciones que ‘sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial’ (ADPIC, Art.27.1), existe una fuerte presión de algunas grandes empresas de informática para que se acepten las llamadas ‘patentes de software’. Tales patentes han sido reconocidas en algunos países. En EE.UU. el reconocimiento fue dado por vía jurisprudencial, pero en años recientes la tendencia ha empezado a revertirse (particularmente in re *Comiskey* —2007—; *Bilki* —2008— y Supreme Court Decision in *Bilski v. Kappos* —2010— (BITLAW, n.d.)). En el mismo sentido, en Japón, el Ministerio de Economía, Comercio e Industria —METI—, publicó en 2005 un reporte provisorio sobre la protección legal del software y la promoción de la innovación, que plantea que el “campo del software tiene una estructura estratificada, una estructura de comunicaciones (entre sus diversos componentes) y una tendencia a encerrarse en sí mismo. En este contexto, el patentamiento puede conducir a derechos monopolísticos demasiado fuertes. La competencia desleal puede fácilmente frenar la innovación”. (Lenz, 2006) La cuestión se debate en Europa, y hasta ahora no progresa en la medida que desearían quienes proponen. (APCNoticias, 2005; Dumortier 2010)

En las antípodas, tan tempranamente como 1985, los informáticos liderados por Richard Stallman iniciaron un movimiento tendiente a permitir el desarrollo de la disciplina en libertad. Así, ‘software libre’ es la designación del software que respeta la libertad de los usuarios sobre un producto adquirido. Por lo tanto, una vez obtenido, el software libre puede ser usado, copiado, estudiado, cambiado y redistribuido libremente —las cuatro libertades definidas por la Free Software Foundation, que en realidad son cinco, toda vez que el derecho de uso es la libertad 0—.

En este contexto, la ‘Licencia Pública General de GNU’, más conocida por su nombre en inglés ‘GNU General Public License’ o simplemente sus siglas ‘GNU GPL’, es una licencia inicialmente redactada por Richard Stallman en 1985 y adoptada por la Free Software Foundation en 1989 (la primera versión), cuyo propósito es declarar que el software cubierto por ella es software libre y protegerlo de intentos de apropiación que restrinjan esas libertades a los usuarios. Esta licencia ha sido reconocida jurisprudencialmente en Alemania, particularmente en el caso de una sentencia en un tribunal de Munich, lo que indica su validez en jurisdicciones de derecho civil. (Höppner, 2004)

3.2 Las Bases de Datos

“Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación.” (WCT, Artículo 5 Compilaciones de datos (bases de datos))

En nuestro ordenamiento las Bases de Datos están reguladas en el Capítulo IV “Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos” de la llamada Ley de Habeas Data (Ley 25.326),

que en su artículo 2 las define como el “conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso”. Como se advierte desde la propia denominación dada a la ley, el régimen está predominantemente orientado a la protección de los datos personales desde la perspectiva de los titulares de tales datos, cuestión que nuestra historia hace ciertamente comprensible y llevó a darle jerarquía constitucional en 1994 (CN, Artículo 43). En este contexto los derechos conferidos a quienes han creado y utilizan las Bases de Datos no resultan tan explícitos como en el régimen europeo. Sin embargo, alcanzan a satisfacer los requerimientos de la Directiva europea relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Directiva 95/46/CE), por lo que “se considera que Argentina garantiza un nivel adecuado de protección por lo que respecta a los datos personales transferidos desde la Comunidad” (Decisión de la Comisión 2003/490/CE de 30 de junio de 2003, Art.1). Ello ha permitido la instalación de múltiples ‘call centers’ (7) europeos en el país. Paradójicamente, Juan Antonio Travieso, el Director Nacional de Protección de Datos Personales manifestó en 2004 que: “... la mayoría de las quejas que tramitó el organismo tuvieron como destinatarias a empresas de telemarketing y bancos, aunque por razones distintas...” “En cualquier caso, quien realice la llamada tiene la obligación de responder de dónde obtuvo la información. Esa disposición alcanza a todos los demás responsables de bases de datos.” (Bourdin, 2004)

Resulta oportuno resaltar que en la Directiva europea de 1995 existe una ‘doble protección,’ compuesta por la que corresponde al derecho de autor o copyright (Capítulo II), y una denominada ‘protección *sui generis*’ (Capítulo III) que protege, no ya al autor, sino a la invención en mérito a la inversión realizada, tanto en lo cuantitativo —financiero— como en lo cualitativo —profesional— para obtener, verificar y/o presentar datos.

En el seno de la OMPI, en tanto, se discute desde fines de los ’90 la Protección de bases de datos no originales. Estas bases no están alcanzadas por la protección del derecho de autor en razón de que, para poder gozar de ella, una base de datos debe cumplir el requisito de la originalidad. Entonces, algunas bases de datos no resultan protegidas, incluso si su producción ha implicado inversiones substanciales. “Se ha discutido si tales inversiones merecen protegerse también, por ejemplo, a través de un derecho *sui generis*. Otra posibilidad es la de aplicar una protección basada en la apropiación indebida o en la competencia desleal.” (OMPI b, n.d.)

Como se advierte, tanto en la Unión Europea como en la OMPI se ha apelado a designar como ‘derecho *sui generis*’ situaciones no encasillables en los institutos reconocidos. Ambas situaciones son sustancialmente distintas. Sin embargo hay un factor común, cual es la inversión realizada. En el primer caso, para crear la base de datos; en el segundo, para producirlas, aun no siendo originales. Este factor común ha motorizado la creatividad de los decisores.

¿Cuántos derechos *sui generis* será necesario describir antes de que se reconozca que el modelo económico vigente ha decidido proteger como derecho intelectual la decisión del inversor de asumir un riesgo de cara al mercado?

3.3 Los Nombres de Dominio

La OMPI (1999 a) ha definido a los nombres de dominio como “una serie alfanumérica que corresponda a una dirección numérica en Internet”. (SCT/3/8, 1999, Anexo, Artículo 1, Definiciones, v), definición ampliada en las notas referidas a tal documento:

“Los nombres de dominio de Internet pueden describirse como cómodos sustitutos de las direcciones numéricas de Internet. Una dirección numérica de Internet (también conocida como “dirección

(7) Un centro de atención de llamadas (en inglés call center o contact center) es un área donde agentes o ejecutivos de call center, especialmente entrenados realizan llamadas (llamadas salientes o en inglés, outbound) o reciben llamadas (llamadas entrantes o inbound) desde y/o hacia: clientes (externos o internos), socios comerciales, compañías asociadas u otros. http://es.wikipedia.org/wiki/Centro_de_llamadas

del protocolo Internet o dirección IP”) es un código numérico que permite la identificación de un ordenador dado, conectado a Internet. El nombre de dominio es el sustituto nemotécnico de dicha dirección que, si se escribiera en el ordenador, se convertiría automáticamente en la dirección numérica” (OMPI, 1999 b).

La inclusión de los Nombres de Dominio en las discusiones relativas a la propiedad industrial suele ir de la mano de su confundibilidad con las marcas, como lo hace la OMPI (Ver 2). No está clara, sin embargo, su naturaleza. “(...) múltiples son las opiniones al respecto y, aunque parezca contradictorio, todas esas opiniones son válidas ya que se fundan en sistemas y soluciones legislativas diferentes y en consecuencia dan encuadramientos distintos a idénticas soluciones” (Fernández Delpech, 2004:56). Al respecto, Erick Iriarte Ahón expresa:

“El nombre de dominio es un bien jurídico inmaterial, susceptible de ser apropiado. ... Es decir un nombre de dominio generaría un derecho real de posesión, cuando no de propiedad sobre el mismo. ... Ahora bien cada administrador puede dar un tipo especial de cláusulas en los contratos que realiza....Pero entonces, ¿por qué no pensar que sobre el nombre de dominio se puede ejercer un derecho real de uso o simplemente una ‘licencia de uso temporal’? Dadas las características del derecho real de uso implicaría que el TLD o el ICANN serían los ‘dueños’ del bien en cuestión (el nombre de dominio), siendo que la renovación anual (y el pago inicial), no son más renovación del derecho de uso, que en cualquier momento pudiera el administrador cambiar de ‘usuario’. Pero, de ser así ¿qué ocurre cuando un nombre de dominio se transfiere de un registrante a otro? ¿se está transfiriendo el derecho de exclusividad de uso o está transfiriendo la propiedad del bien? ...¿Más si acaso fuera que, al final un TLD no hace más que subarrendar el nombre de dominio, que tiene en ‘depósito’ a raíz de su contrato con el ICANN?” (Iriarte Ahón, 2006)

La extensa transcripción justifica lo afirmado por Fernández Delpech en torno a que las distintas opiniones son válidas. Todas se fundan en el forzamiento de la interpretación de normas pertenecientes a sistemas jurídicos que no pudieron avizorar la emergencia de institutos como el aquí analizado.

En razón de ello, los conflictos a que da lugar la superposición de marcas y nombres de dominio, por otra parte, invitan a buscar estrategias que, más que facilitar la solución no judicial del conflicto, permitan evitarlo. Cabal ejemplo son las Políticas de Resolución de Disputas por Nombres de Dominio de la ICANN, tanto la Política Uniforme de Resolución de Disputas por Nombres de Dominio (UDRP) que se aplica para todos los dominios genéricos de primer nivel (gTLD) como las políticas adicionales de resolución de disputas que pueden aplicarse a circunstancias determinadas en TLD individuales, por ejemplo la Política de Resolución de Disputas sobre Elegibilidad de Estatutos. (ICANN)

4. Protección de los contenidos

Tal como expresa Vercelli, “Internet se transformó en pocas décadas en una red electrónica de millones de soportes de obras intelectuales distribuidos e interconectados a nivel global” (2009:187). Estas obras tienen autores y los autores, derechos. Estamos, ante un tema controvertido. Mientras los creadores reclaman, legítimamente, compensaciones por el ‘uso’ de sus obras, la red rompe moldes poniendo en circulación inmediata productos hasta ahora sólo accesibles a través del soporte papel, un sistema concreto, con mecanismos controlables de distribución. Más aún, algunas tecnologías disponibles permiten difundir contenidos, poniéndolos a disposición de los usuarios. Esto que, como expresa Sorkin, “unos consideran ‘piratería’ y otros ‘uso compartido’, según la propia perspectiva sobre la materia” (2002:2), no es considerado violatorio de las normas que protegen la propiedad intelectual en España, como resulta de la sentencia N° 83/2011, de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, recientemente recaída en autos Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) c. Jesús Guerra Calderón. (8)

(8) http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/201103/05/cultura/20110305elpepicul_1_Pes_PDF.pdf

Tal como sostiene Vercelli, entre la apropiación y la liberación de los bienes y obras intelectuales en la era digital, aparecen tensiones jurídico-políticas. (Vercelli, 2009) Todo sucede en un escenario en el que se sobreentendía que la “autorización de uso de una obra implica el derecho del autor a obtener una remuneración” y que “el autor debe participar, en principio, de toda explotación de su obra”. (Lipszyc, 1993:177)

Esto ha dado lugar a diversas reacciones, que pueden sistematizarse en dos corrientes: la que pretende mantener el *status quo*, mediante mecanismos tendientes a impedir el flujo de contenidos en condiciones que no conlleven satisfacción al derecho económico del autor —copyright, derecho de copia— y la que aboga por el desarrollo de nuevas formas de licenciamiento, sea desde el plano jurídico como desde el tecnológico. No se puede desconocer, sin embargo, una tercera faceta del abordaje de la problemática, cual es la planteada por Google Inc. en el caso de los Google Books.

4.1 *En pro del mantenimiento del status quo*

En la primera corriente y más allá de las apelaciones a la ‘piratería’, destaca Francia, donde la cuestión ha alcanzado el status de ley positiva con la sanción de la Ley Hadopi. Esta ley, también llamada ‘Ley Creación e Internet’, o ‘Ley promotora de la difusión y la protección de la creación en Internet’, regula y controla Internet para perseguir las infracciones de copyright. También se la conoce como ‘ley de los tres avisos o de la respuesta gradual’. Busca controlar la libertad en Internet, incluyendo el intercambio de cultura sin ánimo de lucro, por la vía de imponer a los Prestadores de Servicios de Internet —ISP— la entrega a las autoridades de la identidad de las cuentas involucradas, bajo apercibimiento de una multa de 1500 euros por cada dirección IP no identificada. (TORRENTFREAK, 2010; FAYERWAYER, 2010)

En España, en tanto, está en tratamiento una propuesta —originalmente incluida en el Proyecto de ‘Ley de Economía Sostenible’—, conocida como ‘Ley Sinde’ o ‘Ley antidescargas’ (Romero, 2010). A diferencia de la ley francesa, esta propuesta no persigue a los usuarios finales sino que está dirigida a las páginas de enlaces, con el objetivo de bloquear contenidos o cortar el servicio (facilitar el acceso y descarga del producto) ofrecido al usuario final —conocido por P2P—. El reciente fallo recaído en SGAE c. Jesús Guerra Calderón no consideró esta conducta violatoria de la ley vigente (Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual —TRLPI—). En la Ley Sinde se prevé la adopción de “medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o para retirar los contenidos que vulneren la propiedad intelectual por parte de un prestador con ánimo de lucro, directo o indirecto, o que haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial”. (FESABID, 2011)

4.2 *Nuevas modalidades de licenciamiento*

En la segunda corriente se ubican aquellos que, partiendo de que “Los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no sólo en el momento de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado” (Lipszyc, 1993:175), proponen nuevas modalidades de licenciamiento, con la pretensión de que ellas faciliten el ejercicio del derecho de autor y el derecho de copia en entornos digitales.

Entre éstos, Colorluris ofrece mecanismos de autogestión y cesión de derechos de autor en línea, en condiciones tales que “garanticen los efectos legales de las cesiones de derechos en los países de origen de los autores” (Colorluris). Esto se propone desde el centro del paradigma vigente y proclamando su cumplimiento de los diversos instrumentos que protegen el derecho de autor. Se puede considerar que esta propuesta se enmarca en el planteo relativo al desplazamiento de la protección de los derechos intelectuales del Derecho Público al Derecho Privado postulada por Lessig. (1996:32)

Pero también están los fieles a los principios de código abierto, que se han extendido más allá de los programas informáticos, alcanzando el terreno del derecho de autor o las patentes. En este ámbito, el

término inglés copyleft (9) se ha difundido en los sistemas de acceso abierto y en la literatura que los describe. El autor que distribuye sus obras bajo un régimen de licencia de código abierto o copyleft no las sitúa en el dominio público, renunciando a su derecho de autor, sino que lo ejerce, en condiciones diferentes. (Dusollier, 2005:50)

En esta línea, Creative Commons (bienes comunes creativos), organización no gubernamental sin ánimo de lucro, fundada por el propio Lessig (Tobar, 2010), manifiesta buscar la reducción de las barreras legales a la creatividad, por medio de nueva legislación y nuevas tecnologías. Las licencias Creative Commons o CC están inspiradas en la licencia GPL (General Public License) de la Free Software Foundation (Ver 2.1). La idea principal de estas licencias es posibilitar un modelo legal ayudado por herramientas informáticas, para facilitar la distribución y el uso de contenidos. Existe una serie de licencias Creative Commons, cada una de ellas con diferentes configuraciones o principios, como el derecho del autor original a dar libertad para citar su obra, reproducirla, crear obras derivadas, ofrecerla públicamente y con diferentes restricciones, como no permitir el uso comercial o respetar la autoría original (CC).

Las licencias de acceso abierto suelen exigir que los licenciarios distribuyan la obra u obras derivadas de ella bajo el mismo sistema de copyleft, lo que impide su regreso al sistema propietario. Esto, al decir de Dusollier (2005:57), ha dado lugar al “efecto viral o efecto copyleft, en cuanto a que la distribución ‘libre’ de obras se expande en forma epidémica por la cadena de distribución y a través de las sucesivas modificaciones de la obra inicial”. Afirma la autora que “Se dice pues que la concesión de licencias de tipo copyleft contamina cada obra derivada,” opinión que es ciertamente discutible si se la analiza desde la perspectiva del ejercicio que de su derecho ha hecho el autor, titular de la primera licencia.

4.3 La tecnología digital aplicada a la gestión de los derechos de autor

“Las tecnologías digitales e Internet permitieron que, con grandes diferencias, cada grupo social fuera definiendo sus ‘problemas’ y desarrollando sus propias soluciones’ frente a la gestión de derechos” (Vercelli, 2009:188). Como se expuso más arriba, ya en 1996 Lessig proponía la utilización de tecnología de encriptación para proteger la creación desde el propio código del programa, impidiendo su copia (1996:32). Luego amplió la propuesta hasta llegar a considerar que la verdadera ley del ciberespacio es el código de programa (Lessig, 1999 y 2000). Lo cierto es que, desde entonces se han realizado diversos intentos de aplicar la tecnología para proteger los derechos de autor.

Ariel Vercelli hace referencia en su tesis a “procesos de co-construcción entre las regulaciones de derecho de autor y derecho de copia y las tecnologías digitales orientadas a la gestión de estos derechos” (2009:5), sobre las que sostiene que “La co-construcción indica que, en el mismo momento (en el mismo acto, simultáneamente) se construyen regulaciones para tecnologizar las sociedades y tecnologías para regular las sociedades” (187), y analiza tres casos:

* El primero es un artefacto anticopia diseñado por la corporación comercial SonyBMG Music Entertainment —en línea con la propuesta de Lessig en 1996—.

* El segundo es el sistema de licencias abiertas de reserva selectiva de derechos de autor y derechos de copia de Creative Commons Corporation —al que ya se ha hecho referencia—.

* El tercero es el sistema de gestión de obras intelectuales del mundo virtual llamado Second Life, (10) si bien, como el mismo Vercelli explica, “Linden Lab no estableció una estrategia para regular todas las obras intelectuales en Internet sino una estrategia para gestionar estas obras dentro de su

(9) ‘Copyleft’ resulta de un juego de palabras basado en la palabra que designa al derecho de copia (copyright). Se sustituye ‘right’ (que también quiere decir ‘derecha’) por ‘left’ (‘izquierda’), así se contraponen ‘right’ (el derecho del autor en tanto propietario) a ‘left’, participio pasado del verbo ‘to leave’ (abandonar o renunciar), aplicado a los derechos de propiedad.

(10) <http://secondlife.com/whatis/>

Intranet” (Vercelli, 2009:176) —bien que ella consiste en replicar sobre bienes inmateriales los hechos humanos voluntarios pasibles de ser realizados sobre cosas—.

El caso de Second Life justifica un párrafo aparte. Se trata de un mundo virtual en el que ‘residen’ (11) los ‘avatares’ (12) creados por los usuarios. Sin embargo, dejando atrás todo lo avanzado en el campo de los derechos intelectuales, las obras allí creadas se denominan ‘ítems’, ‘objetos’, ‘objetos virtuales’ o ‘bienes virtuales’, al modo de las denominaciones utilizadas en el mundo material o físico, modo que se extiende hasta los negocios de los que pueden ser objeto tales obras. En Second Life las obras intelectuales se pueden ‘vender’ (eHow Contributor, n.d.) como los bienes materiales. ¡Hasta pueden ser ‘robadas’! (13)

4.4 El caso de los Google Books

En un tiempo en el que la publicación de ‘libros’ en forma originalmente digital va dejando de ser noticia, sea porque en 2002 el ‘libro electrónico’ (e-book o eBook) fue reconocido como sujeto de código ISBN (14) o por la difusión de los dispositivos desarrollados para leerlos (e-reader), somos testigos del desarrollo de un gigantesco proyecto que pretende la digitalización de todos los libros existentes, Google Books. El proyecto pertenece a Google Inc., sin duda la mayor empresa de Internet.

“Que las tecnologías de Google Inc. sirvieran para buscar y gestionar información en formatos digitales ya no era ninguna novedad a principios de siglo, pero, ¿podía Google, una empresa de la nueva economía, utilizar sus algoritmos de búsqueda dentro de las obras intelectuales literarias impresas en soportes libro y distribuidas en las diferentes bibliotecas del mundo? Obviamente, la respuesta fue positiva y Google Inc. comenzó en 2002 un proyecto tan ambicioso como descomunal” (Vercelli, 2010:3)

En la actualidad, en el marco de una compleja arquitectura jurídico-tecnológica diseñada al efecto, Google gestiona 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 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. (15) Cabe esperar que se abra un nuevo proceso de negociación. Sin duda será difícil alcanzar algún día acuerdos que satisfagan a tantas partes con intereses contrapuestos. Mientras tanto, Google sigue digitalizando obras intelectuales.

(11) Se considera residentes los usuarios-finales que han configurado una cuenta, han creado un avatar (o representación) y están activos en su uso. (Vercelli, 2009: 164)

(12) Dentro de la cultura digital por avatar se entiende la representación o personificación de un usuario en dos o tres dimensiones. La palabra avatar proviene del sánscrito (avatâra) e indica para la religión hindú la corporización, reencarnación o el descenso de alguna deidad como, por ejemplo, Visnú. (Vercelli, 2009: 170).

(13) En la nota 245, Vercelli (2009:177), citando una fuente digital no disponible en la actualidad, da cuenta de que “En el mes de octubre de 2008 un tribunal Holandés condenó a dos menores de edad a trabajos comunitarios por “haber robado” a un ex compañero del colegio unos “ítems o bienes virtuales” de un mundo virtual. El tribunal declaró que la violencia sobre una persona para que transfiera, transmita o ceda alguna forma de valor económico (como pueden ser créditos acumulados, obras intelectuales como los avatares, poderes dentro de un juego u otros valores de un mundo virtual que pueden traducirse en dinero) puede ser encuadrada en el delito de robo”. (Carver, 2008, <http://www.radionetherlands.nl/currentaffairs/region/netherlands/081022virtualtheftisreal>),

(14) International Standard Book Number System for Books, Software, Mixed Media etc. in Publishing, Distribution and Library Practices. <http://www.isbn-international.org/>

(15) http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2011/03/books.pdf o <http://amlawdaily.typepad.com/googlebooksopinion.pdf>.

“Tal vez no fue la gestión de las millones y millones de obras intelectuales aquello que tanto atrajo a Google Inc. para embarcarse en un proyecto tan ambicioso como descomunal. Tal vez fue la irrefrenable idea de disponer en sus servidores de todos los bienes intelectuales que estaban expresados, incorporados y codificados en esas obras intelectuales a través de la historia letrada de la humanidad. ¿Existe alguna relación entre el algoritmo de búsqueda de Google Inc, su principal joya tecnológica, y estas líneas de investigación y desarrollo de la principal corporación de Internet?” (Vercelli, 2010:7)

5. Conclusiones

Dadas su apropiabilidad y valor económico, los institutos descritos en el punto 3 merecen protección —sean ellos desarrollos tecnológicos o la apariencia que tienen ante nuestros ojos, como los nombres de dominio—. Sin embargo, no resulta fácil su inclusión en las categorías existentes. Como se dijera en relación a las Bases de Datos, ¿cuántos derechos sui generis será necesario describir? Los desarrollos tecnológicos de nuestro tiempo son difícilmente subsumibles en las categorías del sistema jurídico decimonónico que rige en todo el mundo occidental, con mayor o menor adaptación al presente en los distintos órdenes nacionales. Es más, entre la globalización y los acuerdos internacionales, este sistema alcanza al mundo todo.

El hecho de que coexistan la licencia GPL y las CC da muestra de que, en la práctica, los programas de computación —software— y las creaciones científicas, literarias, artísticas o musicales, amparados todos por los Derechos de Autor, tienen una naturaleza diversa y merecen distinta protección.

Cierto es que no siempre está muy clara la medida del perjuicio económico que sufre el titular de los derechos intelectuales. El caso Windows es ilustrativo en materia de software. Fuera del primer mundo, muchas personas y organizaciones, incluidas no pocas públicas, utilizan versiones apócrifas de software propietario. También es cierto que la proliferación de ese sistema operativo alienta la adquisición de versiones legales a quienes buscan la seguridad derivada de las actualizaciones.

En cuanto al derecho de autor y el derecho de copia vinculados a los contenidos, cabe preguntarse cuántos de esos autores pretenden el ejercicio del segundo —económico— y cuántos demandan el reconocimiento del primero —derecho moral—.

Por fin, en los denominados ‘procesos de co-construcción entre las regulaciones de derecho de autor y derecho de copia y las tecnologías digitales orientadas a la gestión de estos derechos’ se advierte un desplazamiento desde el cumplimiento voluntario de la ley, de parte del obligado consciente de su obligatoriedad, a un cumplimiento forzoso, impuesto desde tecnologías que vedan el acceso a los incumplidores. La observación de los actores de uno y otro lado permite evocar la ‘ley del más fuerte’.

La información y el conocimiento, sea que se los considere bienes públicos o bienes comunes, son bienes que no pueden ser apropiados de modo que otro sea excluido de la posibilidad de obtenerlos. Se impone, entonces, desarrollar mecanismos que, satisfaciendo a los titulares de los derechos económicos derivados de las creaciones intelectuales, no vedan el acceso a ellas a quienes, necesitando, no pueden pagar precios fijados unilateralmente por empresas que, no pocas veces, son monopólicas.

6. Bibliografía

APCNoticias. Europa dice “no” a las patentes de software y la comunidad activista festeja Budapest, Hungría, 29 julio 2005, <http://www.apc.org/es/news/europa-dice-no-las-patentes-de-software-y-la-comun>.

BITLAW. The History of Software Patents: From Benson and Diehr to State Street and Bilski. Disponible en: <http://www.bitlaw.com/software-patent/history.html>. (Consultado: 13-1-2011).

Bourdin, María del Carmen. Datos personales: call centers y bancos lideran las quejas. *iprofesional.com*, 1 de diciembre de 2004, <http://www.iprofesional.com/notas/10147-Datos-personales-call-centers-y-bancos-lideran-las-quejas>.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Contratos de licencia y transferencia de tecnología en el derecho económico*. Buenos Aires: Heliasta, 2010.

Campanillas Ciaurruz, Jorge. IURISMATICA. Erick Iriarte Ahon – “Nos van a faltar mecanismos de armonización normativa regional en materia de protección de datos,” 21/12/2009. Disponible en: <http://www.iurismatica.com/blog/erick-iriarte-ahon-nos-van-a-faltar-mecanismos-de-armonizacion-normativa-regional-en-materia-de-proteccion-de-datos>.

ColorIuris. Sobre nosotros. Disponible en: <http://www.coloriuris.net/es:info>.

CORREA, Carlos (coord.). *Nuevos temas de derecho económico, propiedad intelectual y bioética*. Buenos Aires: La Ley, 2008.

CC. Creative Commons, Licencias. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/>.

Dumortier, Jos. IT Law 1: Intellectual/Industrial Property Legal Protection of Software, Databases, Computer Chips & Internet Domain Names. Postgraduate Studies in ICT & Media Law, Faculty of Law, Katholieke Universiteit Leuven, Course Block I: European ICT & Media Law, 2010.

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.

eHow Contributor. How to Sell Items to Make Money in Second Life, n.d., Disponible en: http://www.ehow.com/how_2036833_sell-items-money.html#ixzz1GnWeuLHy.

Fallon, Sean. Video Piracy Was Big Business In 1979, Gizmodo. Entertainment, July 16, 2009. Disponible en: <http://www.gizmodo.com.au/2009/07/video-piracy-was-big-business-in-1979/>.

FAYERWAYER. Comenzó a operar la Ley Hadopi en Francia. ZooTV en Internet hace 4 meses, 2010. Disponible en: <http://www.fayerwayer.com/2010/09/en-francia-comenzo-a-operar-la-ley-hadopi/> (Consultado: 13/01/2011).

FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio. *Internet. Su problemática jurídica*. 2ª ed. actualizada. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.

FESABID (Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística) Sobre la Ley Sinde, Hadopi y las bibliotecas. Enviado 04/01/2011. Disponible en: <http://www.fesabid.org/bpi/noticia/sobre-la-ley-sinde-hadopi-y-las-bibliotecas>.

HÖPPNER, Julian P. “The GPL prevails: An analysis of the first-ever Court decision on the validity and effectivity of the GPL.” EN: *Script-ed. A Journal of Law, Technology & Society*. Scotland, 2004 1-4-. Disponible en: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/SCRIPT-ed/issue4/GPL-case.pdf>.

ICANN. Políticas de Resolución de Disputas por Nombres de Dominio (n.d.). Disponible en: <http://www.icann.org/es/udrp/>.

Leiner, Barry M. (et al.) A Brief History of the Internet, version 3.32, 2003. Disponible en: <http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml>.

Lenz, Karl-Friedrich. TRIPS and software patents in Japan. University Aoyama Gakuin, Tokyo, Law School, 2006. Disponible en: <http://k.lenz.name/e/TRIPJapan.pdf>.

Lessig, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. Basic Books, 1999.

*The Code in Law, and the Law in Code, Phoenix, AZ. 2000. Disponible en: <http://www.lessig.org/content/articles/works/pcforum.pdf>.

*Reading the Constitution in Cyberspace. Emory L J 1996 46 -3-. Disponible en: <http://www.plambeck.org/oldhtml/journal/lp9702281.pdf>.

LIPSZYC, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993.

MARIANI DE VIDAL, Marina. *Derechos Reales*. 7ª ed. actualizada. Buenos Aires: Zavalía, 2004.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971, t. 3.

OLIVERA, Noemí. "Estado de la cuestión en la relación entre Derecho e Informática" En: *Anales. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. UNLP, La Plata, 2010 40 (Nueva Serie), 507-517.

OMC a. ADPIC/TRIPS. ACUERDO DE LA RONDA URUGUAY Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, n.d. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm.

OMC b. Entender la OMC: Información Básica. La Ronda Uruguay, n.d. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact5_s.htm.

OMPI a. El WCT y el WPPT - descripción detallada de los Tratados Internet de la OMPI preparada por la Secretaría de la OMPI. Tratados Internet de la OMPI. Documentos, n.d. Disponible en: http://www.wipo.int/copyright/es/activities/wct_wppt/wct_wppt.html.

OMPI b. Protección de bases de datos no originales, n.d. Disponible en: <http://www.wipo.int/copyright/es/activities/databases.html>.

OMPI c. Controversias relativas a los Nombres de Dominio de Internet, n.d. Disponible en:

http://www.wipo.int/about-ip/es/studies/publications/domain_names.htm#1.

OMPI. Convenio de París para la protección de la propiedad industrial. Argentina-ratificado por el Decreto Ley 12.088/57. Texto oficial español, GINEBRA 1996. Disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/wipo_treaties/text.jsp?doc_id=131045&file_id=177595

OMPI, SCT/3/8. Recomendación conjunta relativa a las disposiciones sobre protección de marcas notoriamente conocidas, preparada por la Oficina Internacional. Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas, Ginebra, 1999 a.

OMPI, Notas relativas al proyecto de disposiciones sobre la protección de las marcas notoriamente conocidas (documento SCT/2/3 Prov.), 1999 b. Disponible en: http://www.wipo.int/sct/es/meetings/session_2/doc/sct2_3p_notes.doc.


RICO CARRILLO, Mariliana (coord.). *Derecho de las nuevas tecnologías*. Buenos Aires: La Rocca, 2007.

Romero, Pablo. INTERNET. El Congreso tumba la 'Ley Sinde' EL MUNDO.es, 21/12/2010. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/12/21/navegante/1292966844.html>.

STIGLITZ, Joseph E. "Knowledge as a Global Public Good" IN: Inge Kaul, Isabelle Grunberg, and Marc A. Stern (eds.) *Global Public Goods; International Cooperation in the 21st. Century*. New York: Oxford University Press, 1999. Chapter 14.

Tobar, Eugenia. Lawrence Lessig de Creative Commons, Maestros del Web, 2010. Disponible en: <http://www.maestrosdelweb.com/editorial/lawrence-lessig-de-creative-commons/>.

TORRENT FREAK. France Starts Reporting 'Millions' of File-Sharers. Written by Ernesto, 21-9-2010. Disponible en: <http://torrentfreak.com/france-starts-reporting-millions-of-file-sharers-100921/> Consultado: 13/1/2011.

VERCELLI, Ariel. *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*. Derecho de Autor © 2009 Ariel Hernán Vercelli. Algunos Derechos Reservados - Copyleft, , Buenos Aires.

VERCELLI, Ariel. Google Books y los cambios en las industrias editoriales. Ponencia preparada para el 'II Encuentro Iberoamericano de Editores Científicos', Buenos Aires, 11 y 12 de noviembre de 2010. La obra es Derecho de Autor © 2010, Ariel Vercelli. Algunos Derechos Reservados. Obra liberada bajo la licencia copyleft de Creative Commons Atribución - Compartir Derivadas Igual 2.5 de Argentina: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.5/ar/>, 2010. Puede descargar la obra visitando <http://www.ariolvercelli.org/gbylcelie.pdf>,

Notas

Todas las páginas web citadas estaban disponibles el 22 de marzo de 2010.

El documento referenciado como Vercelli (2010) no se encontraba disponible a esa fecha en el sitio indicado por el autor.

La traducción de originales escritos en inglés a los fines de su transcripción en este trabajo es responsabilidad de la autora. ♦

Derecho 2.0 de la formación analógica a las problemáticas digitales

POR ALEJANDRO BATISTA (*)

Sumario: 1. Introducción. - 2. La enseñanza del derecho: tintes tradicionales y algunas particularidades.- 3. La referencia empírica. Tres estudios de campo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. - 4. Algunas conclusiones (sólo por ahora...).

Los primeros trazos que aquí se exponen fueron objeto de discusión en el XI Congreso de Sociología Jurídica en el mes de octubre de 2010, y ahora retomados y ampliados con motivo de la lectura del trabajo titulado "La formación de los abogados en la Provincia de Buenos Aires: análisis comparativo desde los planes de estudio vigentes", publicado en el Número 40 de esta Revista Anales.

Resumen: La Sociedad de la Información y el Conocimiento con su constante evolución tecnológica ha traído aparejados grandes y acelerados cambios sociales en los más variados aspectos de nuestra vida diaria. Y que ocurre con el Derecho? Por supuesto aprovecha las TIC como herramientas de apoyo o de trabajo. Pero ello se trata de un aspecto simplemente instrumental. Sin embargo, el cambio más profundo se relaciona con la influencia sustantiva de las TIC en el derecho. Es decir, como parte de su objeto de estudio. No tenemos dudas que el derecho es un producto social y que como tal no puede alejarse de estos nuevos fenómenos sin perder la razón de su propia existencia. Para conocer este proceso resulta pertinente observar la formación de los futuros abogados, para saber si estas temáticas están o no presentes. En este sentido, el presente trabajo basado en investigaciones de campos en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata, aporta una aproximación empírica para comenzar a entenderlo.

Palabras clave: Derecho - Tecnología - Sociedad - Formación - Abogados

LAW 2.0. FROM ANALOGICAL TRAINING TO DIGITAL ISSUES

Anderson SMITH

Abstract:

The Information and Knowledge Society with its constant technological developments has brought large and rapid social changes in the most varied aspects of our daily lives. And what happens with law? Of course that it takes advantage of ICT as a support or work tool. Even though, this aspect is simply instrumental. On the other hand, the deepest change is related to the substantial influence of ICT on the legal framework. That is, as part of its object of study. We have no doubt that law is a social product and, as such, can not get away from these new phenomena without losing the reason for his existence. To know this process is pertinent to observe education of future lawyers, to know whether these issues are present or not. In this sense, the present work, based on field research that took place in the Faculty of Law and Social Sciences of the University of La Plata, provides an empirical approach to initiate its understanding.

Key words: Law - Technology - Society - Formation - Lawyers

1. Introducción

Es notable como en el transcurso de las últimas décadas asistimos a un proceso revolucionario y que, como toda revolución, genera una crisis en los conceptos con los que tradicionalmente nos hemos manejado.

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Introducción a la Sociología, Cátedra 3- Fac. Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. Master en Finanzas Públicas (F.Cs.E. U.N.L.P.). Especialista en Derecho de Alta Tecnología (U.C.A.).

He aquí algunos signos de los tiempos que corren (1):

* SMS	215 millones de mensajes/día (Arg.)
* Facebook	500 millones de usuarios
* Twitter	150 millones de usuarios
* LinkedIn	70 millones de usuarios
* Voto electrónico	135 millones de votantes (Bra.)
* Teléfonos móviles	50 millones de líneas (Arg.)
* Youtube	1.000 millones reproducciones/día. 500 millones de usuarios
* E-books	4 millones de e-books (EEUU)
* E-Commerce	1.000.000 millones dólares
* Mercadolibre	30 millones de productos. 2.700 millones de dólares. 43 millones usuarios (AL)

Estos números hablan por sí solos de la dimensión del cambio, y también de su velocidad. Twitter, la red de microblogging del momento, se creó en el año 2006, Facebook con sus millones de usuarios no tiene más de 7 años, LinkedIn, apareció en 2002 y el omnipresente Google, el anciano del grupo, en 1998.

¿Quién de nosotros, usuarios (hoy) habituales de Internet, telefonía celular o fotografía digital, no se ha visto en “aprietos” al intentar explicarle a un “nativo digital” que hubo una época en la que había que dar manivela a un aparato negro para pedir una llamada o que había que esperar a terminar un rollo y revelarlo para ver una foto, o como en mi caso, explicarle a mi hijo que ese aparato raro que señalaba en el Museo, no era otra cosa que “una máquina de escribir” (2)? Del mismo modo, sucede por caso en el ámbito jurídico donde las ya tradicionales (valga el oxímoron!) nuevas (3) tecnologías de la información y comunicación (TIC) proveen una serie de herramientas que agilizan la tarea de los abogados.

Han de ser pocos los estudios que aún conservan y utilizan las tradicionales máquinas de escribir como no sea para completar algún formulario que escapando a la digitalización sólo nos deja la opción “mecánica” o manuscrita. Estos artefactos, que llegaron a ser un icono de cualquier oficina, fueron “jubilados” formalmente en el ámbito de la Justicia de la Provincia de Buenos Aires (4). No obstante, en estos supuestos nos ubicamos en una de las dos facetas posibles de incorporación de las TIC en el quehacer jurídico, aquella que podríamos denominar instrumental. A su vez, existe otra influencia que se da en el ámbito sustantivo del derecho, esto es en su propio objeto de estudio y de aplicación.

Mientras que la primera avanza de manera constante, incremental y sin demasiada discusión, la segunda subyace y se multiplica en los hechos sin que necesariamente esa influencia se vea reflejada en las normas jurídicas y, sobretudo, en las pautas que se imparten durante la formación de los abogados.

Desde luego ello no ocurre en todos los casos, contamos, es cierto, con algunas regulaciones jurídicas que se han hecho eco de las nuevas circunstancias, pero en términos generales no es así y por

(1) Elaboración propia con datos a diciembre de 2010.

(2) Algo parecido al “karma” ha de haber para que conociera una máquina de escribir en una visita al Museo de Ciencias Naturales de La Plata. Estábamos observando una réplica de la oficina del Perito Moreno.

(3) En sus comienzos se las conocían como NTIC, Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación, luego pasaron a ser solamente TIC. Lo cierto es que el adjetivo “nuevo” sigue siendo pertinente en razón de la constante evolución de estas tecnologías. Desde luego, Internet no es algo “nuevo” pero lo son los usos que cada día surgen.

(4) Así se desprende de la aplicación del programa aprobado mediante Resolución N° 580/2010 de la SCBA.

lo demás no cabe esperar del legislador que pueda abordar el fenómeno tecnológico en su totalidad, de la manera que tradicionalmente lo ha venido haciendo en el resto de los hechos sociales. De modo que será cada vez más necesario contar con una formación de base capaz de dotar de herramientas para “pensar el derecho” en su aplicación en un contexto de permanente transformación, propio de lo que algunos denominan una modernidad líquida (5). En ocasiones ello se logrará mediante la creación de institutos novedosos, mientras que en otras a partir de aggiornar los existentes.

Los siguientes son algunos de los desafíos que se presentan para los operadores jurídicos en función del nuevo paradigma social:

1. Intervenir en situaciones desconocidas o manifestaciones nuevas de fenómenos conocidos.
2. Necesidad de generar herramientas normativas específicas o de adecuar o reinterpretar las existentes.
3. Interactuar con realidades que se modifican permanentemente, lo cual torna ineficaz la mera casuística jurídica.
4. Replantear las aptitudes que tradicionalmente se han considerado como deseables para la praxis jurídica.
5. Repensar los modelos formativos y reconocer la necesidad de un proceso de actualización continuo.

De allí la importancia de comenzar a indagar hacia el interior de las Facultades de Derecho para apreciar hasta qué punto las TIC han permeado el proceso de enseñanza del derecho, en el doble sentido ya mencionado; herramienta de apoyo a la tarea docente y como parte del objeto de estudio; por cuanto ambos hacen a la formación (lato sensu) del futuro profesional.

Sin que sea el motivo central del presente trabajo, podemos mencionar algunas de las ideas que hoy se ven afectadas. Pensemos por caso en las categorías conceptuales vinculadas a contratos (electrónicos), documento (digital), firma (digital), (tele) trabajo; voto (electrónico), delitos (informáticos), enseñanza (virtual); grupos (redes) sociales; comercio (electrónico); notificaciones (electrónicas) (6) por mencionar algunos de ellos.

2. La enseñanza del derecho: tintes tradicionales y algunas particularidades

Cada una de las profesiones y de las carreras, como es lógico, tienen desde luego su propia impronta y sus particularidades (7).

Tradicionalmente se ha percibido a la carrera de abogacía como una opción que requiere básicamente habilidades de lectura, comprensión e interpretación de textos, e igualmente cierta capacidad de expresión, exposición y argumentación pero que, a diferencia de otras profesiones, no demanda la necesidad de adquirir habilidades especiales para el manejo de herramientas o instrumental adicional, como sucede con arquitectos, odontólogos, ingenieros, médicos, etc.

(5) Zigmunt BAUMAN (2008) plantea que los fluidos no se fijan en el espacio ni se atan al tiempo. Los sólidos tienen una clara dimensión espacial, mientras que neutralizan o disminuyen el impacto del tiempo. Los fluidos no conservan una forma durante mucho tiempo, antes bien son proclives a cambiarlas, de ese modo lo que cuenta en estos casos es el flujo del tiempo más que el espacio que puedan ocupar. (...) estas propiedades mencionadas, parecieran ser las adecuadas para conceptualizar la naturaleza de nuestra fase actual de la modernidad.

(6) Por cierto muy recientemente la CSBA ha suscrito el Acuerdo 3540/2011 por el que se prevé hacer “obligatoria” la notificación electrónica según la Ley 14.142, que a la fecha se viene aplicando, pero con carácter voluntario.

(7) En lo puntual, la formación de los operadores jurídicos presenta una potencialidad adicional en el sentido que el propio transcurso de la carrera de abogacía permite, si así se la aborda, un muy buen ejercicio anticipado de las actividades que su futuro desempeño laboral demandará.

Es claro que esta mirada desconoce el carácter también instrumental que los elementos señalados ostentan, y deja entrever cierta subestimación respecto de la carrera de abogacía —de buena parte de las ciencias sociales, en rigor— para diferenciarlas de otras rotuladas como “difíciles”. En la práctica es bastante diferente. En todo caso podríamos coincidir en que para el profesional del derecho “la palabra” constituye su principal instrumento; pero lejos de representar ello una “facilidad”, implica, como lo han señalado importantes autores (Carrió, 2006), un esfuerzo mayor para aprender a dominarla.

2.1. La enseñanza del Derecho en la Sociedad de la Información.

Felipe Fucito, (2000) al estudiar mediante el método de entrevistas a los profesores de derecho de las Universidades Nacionales de La Plata y Buenos Aires analiza los métodos pedagógicos y técnicas de enseñanza por ellos utilizados. De esta manera, y sin que ello llame la atención, ninguno de los entrevistados, salvo dos excepciones, contempló la utilización de las nuevas tecnologías en el proceso de enseñanza.

A su vez, quienes la contemplaron lo hicieron: a) como una manera de enviarse mails, pero restringido a una Universidad Privada y no la Pública, y b) como la mera expresión de un anhelo (“...me gustaría usar otras técnicas, en el sentido de disponer, por ejemplo, de una computadora...” (Fucito, 2000))

Es claro, si apenas había lugar para formas consideradas como “no tradicionales”, tales como el método de casos, menos posibilidades podría haber para técnicas que, además de ser no tradicionales, son innovadoras. Ello, puesto que a la nota de ser no comunes debe adicionársele la inevitable obstaculización con la que todo cambio se enfrenta. Pese a lo dicho, y en honor a la verdad, debe también contemplarse que el estudio sociológico analizado tiene una década de antigüedad.

Sin embargo, como se ha expresado, la irrupción de las TIC en la vida social ha modificado buena parte de las relaciones sociales conocidas y ha generado nuevas formas de vinculación, que no se remiten a la interacción social informal sino que avanza sobre relaciones profesionales, laborales, comerciales y educativas. (Batista, 2010b)

Siendo como es el derecho, un “emergente cultural”, es dable esperar que de alguna manera estas transformaciones comiencen a filtrarse en su ámbito de aplicación y también en el proceso de formación de los abogados. La incorporación de las TIC en el ámbito educativo “...supone nuevos retos y oportunidades en los métodos y procesos de aprendizaje, teniendo la calidad como objetivo”. En lo que refiere al ámbito propiamente universitario, las ventajas que se han señalado de las TIC, incluyen, entre otras, “...mejorar la calidad del aprendizaje, ofrecer a los alumnos las destrezas cotidianas de la tecnología de la información que necesitarán en el trabajo y en la vida, ampliar el acceso a la educación y la formación” (Delgado García & Oliver Cuello, 2003)

No obstante, no es suficiente la simple utilización de las TIC por el Docente y/o por los alumnos si es que ello no forma parte de una estrategia educativa que involucre a estos dos actores fundamentales junto con las instituciones que los cobijan. Se entiende que este proceso no será lo suficientemente generalizado y aprovechado en el ámbito jurídico hasta que los docentes sean conscientes de su utilidad en la enseñanza del Derecho.

Cabe recordar que históricamente el desarrollo de la docencia en el derecho se ha manifestado en “...clases magistrales, que tienen por objeto de estudio, generalmente, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia a través de las explicaciones orales del profesor más o menos expositivas... y, en su caso, la remisión a manuales u otras obras doctrinales para la profundización o ampliación de determinadas cuestiones”. (Delgado García & Oliver Cuello, 2003)

Naturalmente este modelo replica el más puro concepto de la comunicación unidireccional donde el profesor es el poseedor y el transmisor de información y de conocimientos y el estudiante se limita a “tomar apuntes de las explicaciones magistrales del profesor” (8). De allí que se requiera del Pro-

(8) Hay que decir que lo peor de este esquema es su permanente convalidación cuando la evaluación completa este círculo y entonces aprueba aquel alumno que más fielmente puede reproducir lo dicho por el Docente.

fesorado una mirada atenta a las innovaciones disponibles, para no quedar al margen del proceso de cambio desatado por el desarrollo tecnológico en toda la sociedad. Pero para ello debe ser capaz de repensar su rol frente a una clase. Necesita asumir una actitud de "...orientador y dinamizador del proceso de aprendizaje" valorando adecuada y contextualmente "...las ventajas que la utilización de las TIC supone en la tarea docente, para que se decida a incorporarlas" (Delgado García & Oliver Cuello, 2003)

Solamente sobre tales bases, y con un compromiso expreso, deliberado y planificado institucionalmente podremos afirmar su incorporación al proceso de enseñanza - aprendizaje. Por ahora se trata más bien de esfuerzos o impulsos que tienen más que ver con preferencias, inquietudes e inclinaciones del Docente que con un "Plan" propiamente dicho.

3. La referencia empírica. Tres estudios de campo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP

Los datos que seguidamente se presentan fueron obtenidos a partir de trabajos de investigación exploratorios realizados en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP durante el primer y segundo cuatrimestre de 2009, y primero de 2010, por los alumnos de los respectivos cursos de la asignatura Introducción a la Sociología, como parte de las prácticas que integran los temas de la materia (9).

El universo abordado en todos los trabajos, refiere a los cursos cuatrimestrales de la Facultad en cada uno de los períodos mencionados y se orientaron respectivamente a obtener datos sobre:

- 1) La modalidad de evaluación que los docentes emplean en sus cursos.
- 2) La presencia de contenidos vinculados con las TIC en las diferentes asignaturas.
- 3) La utilización por parte de los docentes de las TIC aplicadas al proceso de enseñanza aprendizaje.

El primero de ellos fue seleccionado en el entendimiento que la modalidad de la evaluación resulta ser un indicador bastante aproximado de la metodología de enseñanza que el Profesor aplica, puesto que en general es de esperar un grado de correlación alto entre la "evaluación tradicional", léase parcial escrito individual, con la "enseñanza tradicional", entendida como la clase más o menos magistral pero dominada por un formato básicamente unidireccional en el que el docente "transmite" conocimientos al alumno que los recibe de un modo pasivo. Por el contrario, se puede afirmar con bastante certeza que la presencia de otras modalidades de evaluación trasuntan, en mayor o menor medida, formas organizativas del proceso enseñanza - aprendizaje, diferentes, innovadoras, etc. (10).

El segundo estudio se enfocó en el "leit motiv" de este trabajo, es decir, indagar "si efectivamente los cambios a nivel social han decantado en cambios en los contenidos de las asignaturas que se imparten en la Facultad" (11). Para auscultar esta presencia se revisaron los Programas de cada asignatura, partiendo de la base de un listado previo en el que a cada una de ellas correspondía uno o más tópicos novedosos que presumiblemente podían estar incluidos, así con cibercrimen en Derecho Penal, teletrabajo en Derecho Laboral, firma digital en Derecho Administrativo, Civil y Notarial, etc.

(9) Como parte de los contenidos de la asignatura, se trata la temática de investigación sociológica. En la comisión 40, desde hace algunos años el abordaje se hace desde un enfoque teórico-práctico. Es decir que además de las clases teóricas, el Docente define en cada cuatrimestre un "tema", que en la segunda mitad del curso se traduce en un trabajo de campo. A su vez, la etapa preliminar que va desde la propuesta del tema, hasta la construcción del "objeto", la muestra, las herramientas y la hipótesis, también es materia de discusión colaborativa durante el curso, con la dirección del Profesor. De esta forma, se introduce a los alumnos en la práctica de la investigación social.

(10) Un ejemplo claro suele ser la presencia de parciales domiciliarios, grupales o a "libro abierto", que necesariamente demanda del alumno una actividad reflexiva y no meramente repetitiva de conceptos o definiciones que, por otra parte, las tiene a su disposición.

(11) Tal la pregunta que se planteó para debatir en el curso y que disparó el trabajo de campo posterior.

En el tercer informe la meta fue detectar concretamente la utilización de las TIC por parte del Docente con el objetivo específico de complementar su metodología de enseñanza. En este sentido se han contemplado no sólo las herramientas que la propia Facultad ofrece al respecto, que se enfocan particularmente en actividades educativas, sino también aquellas que se encuentran a disposición de cualquier usuario de Internet (12).

A continuación se presentarán los resultados y las principales conclusiones de los trabajos de investigación.

3.1. La modalidad de evaluación que los docentes emplean en sus cursos.

Como se mencionó antes, la metodología de enseñanza, conjuntamente con su complemento validante, la modalidad de evaluación, tienen una influencia que trasciende el mero marco de un curso. En efecto, para el caso particular de la carrera de abogacía conforma uno de los elementos más salientes en el proceso de socialización profesional anticipada al incentivar y legitimar determinadas habilidades y aptitudes, a la par de inhibir o desalentar otras.

Para algunos esto es lo que se engloba en la idea de “currículo oculto”, a partir del cual “... junto a los contenidos jurídico-normativos, se les está introduciendo contenidos de conciencia a los estudiantes de una manera sutil sin que logren percatarse” (Cisterna, 2007). Así se han destacado (De Bianchetti, 2002) algunas de las capacidades y actitudes que se favorecen mediante técnicas de evaluación alternativas a las tradicionales:

* Método de casos: Capacidad de análisis y resolución de problemas.

* Debates: Capacidad de análisis y crítica, actitud de rigurosidad científica, capacidad de argumentar y expresar ideas.

* Juegos de rol: Capacidad de análisis para la resolución de problemas, capacidad de descentración (ponerse en el lugar del otro), capacidad para oír y criticar, actitud flexible, capacidad de argumentación, capacidad de observación y de liderazgo.

* Trabajo en Grupo: Capacidad de liderazgo, habilidad para la asunción de roles diferenciados, capacidad para el diseño, desarrollo y evaluación de proyectos, actitud abierta y flexible.

En suma, entendemos que ambientes pedagógicos orientados a una conducta proactiva, a la reflexión crítica y al pensamiento abstracto promoverán sin dudas condiciones y cualidades en los futuros abogados, bien diferentes a las que se propugnan bajo un esquema limitado a la memorización y reiteración de conceptos.

Bajo este contexto, y con la hipótesis básica que indica que “la metodología de evaluación en los cursos cuatrimestrales se mantiene sobre la base del típico parcial escrito individual”, se encaró el primer trabajo de campo. De manera preliminar se acordó definir “evaluación” como “toda actividad, escrita u oral, individual o grupal, presencial, o domiciliaria que siendo planteada por el docente mereciera una calificación vinculante con el resultado final del curso” (13). Seguidamente se confeccionó un menú de opciones con las principales alternativas de evaluación que fueron volcadas luego en un cuestionario de tipo cerrado que fue aplicado a estudiantes que estaban cursando cada una de las asignaturas cuatrimestrales (14).

(12) Incluyendo entre ellas desde las más simples, como la comunicación mediante correo electrónico, hasta las más “amplias” como las redes sociales actualmente en boga.

(13) En la FCJyS-UNLP la normativa vigente exige que el alumno al final del curso tenga una calificación promedio de seis (6) o más puntos para promocionar la asignatura. Si el promedio es mayor a cuatro (4) pero menor a seis (6), debe dar un coloquio integrador de la materia, y si es menor a cuatro (4), desaprueba.

(14) Se trabajó en las comisiones a cargo de los Profesores adjuntos que dictan cuatro de las seis horas semanales que implica un curso cuatrimestral, por ser quienes, en la generalidad de los casos, y dado su contacto más directo y más frecuente, tienen la tarea de evaluación.

Tabla 1

Nº	Código	Descripción
1	PEI	Parcial escrito individual
2	PE-LA	Parcial escrito con libro abierto
3	POI	Parcial oral individual
4	POG	Parcial oral grupal
5	TPI	Trabajo práctico individual
6	TPG	Trabajo práctico grupal
7	TL	Test de lectura
8	TP-art.	Trabajo práctico sobre artículos
9	TP-jur	Trabajo práctico sobre jurisprudencia
10	TP-leg	Trabajo práctico sobre legislación
11	MC	Método de caso
12	ECarp	Entrega de carpetas
13	Esc-Mod	Escritos y/o modelos de contratos
14	Mon	Monografía
15	V/F	Verdadero / Falso
16	MCh	Multiple-choice
17	MCh-f	Multiple-Choice con fundamentación

Se procesaron un total de ochenta y ocho (88) encuestas en las que, además de relevar el tipo de evaluación aplicado se indagó sobre la cantidad de evaluaciones de cada curso, también se interrogó a los estudiantes en relación a sus percepciones respecto de la relación que apreciaban entre el tipo de evaluación y su posterior desempeño profesional, así como sobre la modalidad con la que con mayor frecuencia habían sido evaluados hasta ese momento en la carrera.

El primer ítem analizado, y que luego nos permitirá elaborar los porcentajes pertinentes para cada modalidad, es la cantidad de evaluaciones que se practican en cada curso. De este modo, identificamos comisiones con una cantidad de evaluaciones que va desde un mínimo de dos (2) evaluaciones a un máximo de diez (10), lo que para el universo analizado arroja un total de 388 evaluaciones (15).

(15) Los porcentajes relativos a cantidad de evaluaciones son los siguientes: 2 (10%), 3 (17%), 4 (34%), 5 (16%), 6 (7%), 7 (6%), 8 (6%), 9 (1%) y 10 evaluaciones (3%).

Tabla 2.

Tipo de evaluación	Total	%
PEI (Escrito individual)	168	44%
PE-LA (Escrito a libro abierto)	8	2%
POI (Oral individual)	45	12%
POG (Oral grupal)	6	2%
TPI (TP individual)	64	17%
TPG (TP grupal)	29	8%
TL (Test de lectura)	0	0%
TP-art. (TP sobre artículos)	0	0%
TP-jur (TP sobre jurisprudencia)	10	3%
TP-leg (TP sobre legislación)	9	2%
MC (Método de casos)	15	4%
ECarp (Entrega carpetas)	3	1%
Esc-Mod (Escritos, modelos)	1	0%
Mon (Monografía)	0	0%
V/F (Verdadero - falso)	3	1%
MCh (Multiple choice)	12	3%
MCh-f(Multiple choice fundado)	7	2%
TOTAL	380	100

La hipótesis inicial se confirmó claramente, tal como se aprecia de los datos obtenidos, ya que casi la mitad de las evaluaciones del cuatrimestre, un 44%, se materializó en la forma del tradicional parcial escrito individual. Esta impresión se corrobora cuando se adicionan los resultados de la pregunta efectuada a los entrevistados, no ya sobre el tipo de evaluación recibido en la asignatura en curso, sino respecto del tipo de evaluación con el que más frecuentemente había sido evaluado hasta el momento (16).

En este caso se corrobora la idea del parcial escrito como metodología de examinación prácticamente excluyente, ya que el 91% de los encuestados lo sindicó como el tipo de evaluación más practicado (17).

Consultados sobre la modalidad de examen en la que cada uno se percibe con mejor desempeño, los resultados, como no podía ser de otra manera, muestran en el primer lugar al parcial escrito individual (57%) (18), pero existe un porcentaje importante del 31% que mencionó la modalidad de

(16) Recordemos que el estudio se hizo sobre cursos cuatrimestrales de todas las asignaturas, de modo que los datos corresponden a todos los años de la carrera. Por lo tanto, el cuestionario así planteado recogió dos tipos de respuesta: la que corresponde a la modalidad de evaluación más utilizada en el curso actual, y la modalidad de evaluación más frecuente recibida hasta el momento en el desarrollo de la carrera. Para estudiantes del primer año la diferencia no es relevante, pero sí en cambio en las respuestas de los alumnos de años superiores.

(17) Los porcentajes de tipo de evaluación más frecuente, son: PEI (91%), POI (6%), TPG (1%), y TPI (2%).

(18) Cabe preguntarse si esta percepción en definitiva no está fuertemente condicionada por el hecho de ser ese tipo de evaluación el excluyente.

exposición oral, dato éste interesante, si nos atenemos a su impacto en el desempeño profesional de una actividad como la abogacía.

Tabla 3

Tipo Evaluación con mejor desempeño	Total	%
PEI	49	57%
POI	27	31%
MCh	6	7%
MCh-f	1	1%
POG	1	1%
TP-art	1	1%
TPI	1	1%
TOTAL	86	100

En cuanto a la consideración que los estudiantes tienen respecto de la relación que el tipo de evaluación (precisamente por las habilidades que cada una de ellas demanda) puede tener con su posterior desempeño profesional, los resultados muestran que más de dos tercios, un 69%, entiende que existe conexión entre **ambos elementos**.

Tabla 4

Relación Evaluación	Ejercicio Profesional	Total	%
Alta		20	23%
Media		40	46%
Baja		19	22%
Ninguna		8	9%
TOTAL		87	100

III.2.La presencia de contenidos vinculados con las TIC en los diferentes cursos.

Para el segundo trabajo se confeccionó un listado de temas para cada una de las materias del Plan de Estudios con aquellos aspectos más novedosos que se han ido incorporando a partir del surgimiento y desarrollo de las TIC. Desde luego que tal repertorio se incluyó a título meramente ilustrativo y por tanto abierto a la posibilidad de que pudieran surgir otros. La hipótesis de partida fue que “tales temáticas, o bien no se encontrarían integradas a los temas que se imparten en los cursos regulares, o bien que de estar representarían un porcentaje mínimo” (19).

La modalidad del relevamiento fue de carácter netamente exploratorio, apelando para ello a los Programas Oficiales de las 31 materias de la Carrera. No obstante ello, en las definiciones operacionales previas, para la metodología del trabajo de campo se tuvo en cuenta el hecho que los programas de las materias en general no suelen reformarse o actualizarse con demasiada frecuencia. Para compensar esta característica se optó por complementar la información base recogida de los respectivos programas con los registros del Libro de Actas en los que cada Docente debe consignar, clase por clase, los temas a tratar (en la clase del día y la próxima) en la comisión a su cargo (20). Los resultados

(19) Tanto el listado como esta hipótesis de partida se construyeron en el curso, como parte del trabajo de investigación.

(20) Se recurrió a dicha fuente en la idea que es perfectamente posible que sobre el contenido delimitado por el Programa el Docente incorpore, adapte, sume en definitiva, temáticas relacionadas, de modo que para nuestro trabajo podría ser un parámetro mucho más fidedigno del punto investigado.

confirmaron largamente la hipótesis, dado que sobre el total de las treinta y un (31) asignaturas teóricas solamente se encontraron contenidos vinculados con las TIC en siete (7) de ellas.

Si bien, como se ha mencionado al comienzo, se trata sólo de una aproximación, no deja de ser un escenario preocupante, pues nos daría la pauta de cierta formación anacrónica que se basa en categorías conceptuales tradicionales a la par que la realidad social va conformando nuevos desafíos. De modo que habrá que ver qué sucede cuando los egresados deban dejar “los casos teóricos” para abordar los problemas reales.

III.3. La utilización por parte de los docentes de las TIC, aplicadas al proceso de enseñanza-aprendizaje.

El relevamiento buscó identificar la presencia de herramientas TIC como apoyo a los cursos cuatrimestrales en el marco de alguna estrategia docente. Se trabajó encuestando a alumnos de todas las comisiones cuatrimestrales (un total de 329 encuestas), aplicándoseles un cuestionario previamente confeccionado con preguntas de tipo cerrado en el que se incluyeron nueve (9) opciones de herramientas tecnológicas factibles de ser utilizadas por el profesor a cargo.

Tabla 5. (21) Utilización de herramientas

Utilización herramientas TIC por el Docente	%
Correo electrónico	74%
Herramientas de Cátedras Virtuales en el sitio de la Facultad	28%
Sitios webs	25%
Campus Virtual Derecho – CVD	16%
Redes Sociales (Facebook, Twitter, etc)	10%
Grupos de trabajo (Yahoo, Google, etc)	6%
Sitios web de la cátedra	6%
Foros de discusión	5%
Paginas wiki	4%

La hipótesis inicial para el trabajo fue que “las herramientas TIC están presentes en el proceso de enseñanza aprendizaje en la mayoría de los cursos, aunque limitadas en cuanto a sus potencialidades”. Los resultados mostraron, como era de esperar, un uso ampliamente generalizado del correo electrónico como un medio de contacto en el ámbito de la cursada, y así lo expresaron un 74% de los consultados.

De cualquier manera, en tanto se trata de una “herramienta típicamente de comunicación”, habría que efectuar algún análisis complementario para desagregar sus aplicaciones. De esta manera, el mail puede ser usado simplemente para que el docente envíe avisos, recordatorios, etc., para que los estudiantes canalicen sus dudas, o bien para enviar y recibir trabajos prácticos u otras evaluaciones.

Bastante más lejos aparecen las herramientas incluidas en el sistema de cátedra virtuales del sitio web de la Facultad, (22) las páginas webs y las aulas virtuales del CVD (23). En lo que respecta a las

(21) El cuestionario admitía respuestas múltiples pues se pueden utilizar más de una herramienta, de allí que el total exceda el 100%.

(22) Ver en: <http://www.jursoc.unlp.edu.ar/>

(23) Ver en: <http://www.cvd.edu.ar/camp18/>

Cátedras Virtuales y al CVD, al estar montados sobre plataformas de e-learning (24), incluyen entre sus aplicaciones una gran cantidad de herramientas, que van desde la posibilidad de publicar material, enviar anuncios, organizar el cronograma del curso, o plantear foros de debates, hasta la opción de ofrecer a los alumnos chats, videoconferencias y actividades de evaluación y autoevaluación en línea.

También se incluyó una pregunta sobre los principales usos de las herramientas TIC, cuyos resultados fueron coincidentes en torno a su utilización fundamentalmente para la comunicación (43% en CVD y 45% en JURSOC) y para poner material a disposición de los alumnos (22% en CVD y 36% en JURSOC) (25).

Dado que es el Docente quien decide cuáles herramientas usar en cada caso, (26) sería interesante continuar con este tipo de relevamientos.

Al igual en los estudios anteriores, se consultó a los alumnos acerca de la percepción que tenían respecto de la utilidad, en este caso, de las herramientas TIC en el desarrollo de sus cursos. Aquí, más de la mitad, el 57%, consideró que eran “muy útiles”, un 22% las encontró un “poco” útiles, y un importante 21% estima que no son “nada” útiles.

IV. Algunas conclusiones (sólo por ahora...)

“Ubi societas, ubi ius; ubi ius, ubi societas”

Lo que aquí hemos someramente desarrollado es sólo un abordaje exploratorio acerca de las modificaciones que el derecho, tanto en su objeto como en la metodología de enseñanza podría presentarnos en virtud de los grandes cambios que se han generado en los últimos años como consecuencia del desarrollo tecnológico.

Como se puede apreciar, el proceso de adaptación de los profesionales (y futuros profesionales) a la nueva sociedad de la información, si nos atenemos a las evidencias empíricas disponibles en el ámbito académico, se viene desarrollando a un ritmo muy lento.

Vemos que la metodología de enseñanza sigue siendo en su concepción la misma que hace un siglo atrás. Parfraseando a Negroponete, que cita a Seymour Papert (27), podemos afirmar que si un cirujano del siglo XIX fuera transportado en el tiempo al presente, a un moderno quirófano, no podría reconocer prácticamente nada, no sabría qué hacer o cómo colaborar, mientras que un Docente Universitario en la Facultad de Derecho del siglo XVII (algunos afirman que también mucho más atrás) podría, salvo detalles menores, dictar clases como su colega del siglo XXI. Las TIC como herramientas tienen una interesante presencia en el proceso de enseñanza - aprendizaje, aunque muy por debajo de sus potencialidades; lo cual traduce, o bien una baja capacitación digital por parte de los docentes, o bien la ausencia de una planificación institucional al respecto; o ambas a la vez.

En tercer lugar, y lo más preocupante en lo inmediato, se nota la ausencia entre los contenidos de las asignaturas de aquellas temáticas que ya están entre nosotros como derivación del impulso tecnológico y que representan buena parte de las problemáticas sociales en las que estarán llamados a intervenir los operadores jurídicos.

Claro está que la necesidad del ordenamiento de adaptarse a las transformaciones sociales en modo alguno es una novedad, pero lo es en cambio la velocidad con que hoy debe hacerlo.

(24) La primera sobre la base de Moodle y la segunda sobre Dokeos, dos de las opciones no sólo gratuitas, sino fundamentalmente libres más difundidas.

(25) Siempre sobre las 329 encuestas ya referidas.

(26) Para ello tiene atributos de “Administrador” del Aula Virtual.

(27) Seymour Papert (Pretoria, Sudáfrica, 29 de febrero de 1928) es un pionero de la inteligencia artificial, inventor del lenguaje de programación Logo en 1968. Ver: http://es.wikipedia.org/wiki/Seymour_Papert

Si nos atenemos al aforismo que abre estos párrafos finales, la distancia cada vez mayor entre sociedad y derecho puede terminar de aislar a los operadores jurídicos de lo que en definitiva es la causa y fin de su existencia.

Ello demanda, ante todo y en primer lugar, un profundo cambio de quienes hemos asumido el compromiso de la docencia en derecho, lejos de la estática meramente repetitiva y mucho más cerca de la dinámica creativa.

Bibliografía de referencia

BATISTA, Alejandro. (2010a). La responsabilidad civil de los certificadores licenciados en el marco de la Ley 25.506 de Firma Digital. La culpa de Bíró. El Dial.com Suplemento de Derecho de Alta Tecnología. [elDial.com - DC1347].

BATISTA, Alejandro. (2010b). Trabajo, teletrabajo y trabajo nómada. elDial Suplemento de Derecho de Alta Tecnología. [elDial.com - DC142F].

BAUMAN, Zygmunt. Modernidad líquida. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.

BIANCO, Carola y otros. "La formación profesional de los abogados en la Provincia de Buenos Aires: análisis comparativo desde los planes de estudio vigentes", EN: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, 2009/2010 40, 619-631.

CABRERO, Julio. Tecnología educativa. Diseño y utilización de medios en la enseñanza. Barcelona: Paidós, 2001.

CARRRANZA TORRES, Luis R. (2007). Influencia de la informática en el concepto de domicilio. Disponible en: Abeledo Perrot Lexis N° 0003/013174.

CASTELLS, Manuel. La era de la información. México: Siglo XXI, 2002.

CISTERNA, Fresia (2007). "Forma tradicional de enseñar derecho en las aulas", EN: Critica.cl Revista Digital. Disponible en: <http://www.critica.cl>.

CLARO, Magdalena. La incorporación de tecnologías digitales en educación. Modelos de identificación de buenas prácticas. Santiago de Chile: CEPAL, 2010.

de BIANCHETTI, A. E. (2002). La enseñanza del derecho. Facultad de Derecho y Cs. Sociales y Políticas - UNNE www1.unne.edu.ar/cyt/2002/01-Sociales/S-053.pdf.

DE BIANCHETTI, Alba. (2002). La enseñanza del derecho. UNNE. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Disponible en: <http://www1.unne.edu.ar/cyt/2002/01-Sociales/S-053.pdf>.

DELGADO GARCÍA, Ana María y OLIVER CUELLO, Rafael. (2003). Enseñanza del Derecho y tecnologías de la información y la comunicación. Universidad Oberta de Catalunya (UOC). Disponible en: <http://www.ouc.edu/dt/20310/index.html>

DOUEIHI, Milad. La gran conversión digital. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

FELDSTEIN de CARDENAS, Sara Lidia (2005). "La lex informática: la insoportable levedad del no ser", EN: elDial.com Suplemento de Derecho de Alta Tecnología. Disponible en: elDial.com-DC6B2.

FELDSTEIN de CARDENAS, Sara Lidia (2006). "Internet un Golem de la posmodernidad", EN: elDial.com Suplemento de Derecho de Alta Tecnología. Disponible en: elDial.com-DC977

FUCITO, Felipe. El profesor de derecho de las Universidades de Buenos Aires y Nacional de La Plata. La Plata: EDULP, 2000.

GRANERO, Horacio R. El orden público tecnológico. Buenos Aires: Educa, 2003. ISBN: 950-523-267-5.

IRIBARNE, Héctor Pedro (2005). "Acerca de la enseñanza del derecho. Limitaciones que impone la dogmática. Cauces para su superación", EN: Revista Persona N° 45 [on line] Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona45/41Iribarne.htm>.

IVOSKUS, Daniel. Obsesion digital. Usos y abusos en la red. Buenos Aires: Norma, 2010.

NEGROPONTE, Nicholas. Ser Digital. Buenos Aires: Atlántida, 1995.

OYARZABAL, Mario J. (2004). Juez competente y contratos electrónicos en el derecho internacional privado. Disponible en: Abeledo Perrot Lexis N° 0003/009137.

PARDINI, Aníbal A. Derecho de internet. Buenos Aires: La Rocca, 2002.

PEREZ GIL, Julio (2006). Prueba electrónica y documental en el proceso civil: los límites de su equivalencia funcional. Disponible en: elDial.com-DCA49.

PISCITELLI, Alejandro. Nativos digitales. Buenos Aires: Santillana, 2009.

SUNKEL, Guillermo. Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la educación en América Latina. Una exploración de indicadores. Santiago de Chile: CEPAL 2006. (Serie Políticas Sociales).

TORRES, Ariel. Bit bang. Viaje al interior de la revolución digital. Buenos Aires: Atlántida, 2009.

VIBES, Federico (2005). ¿Qué ley gobierna en Internet? Disponible en: Abeledo Perrot Lexis N° 0003/011277.

ZABALE, Ezequiel y BELTRAMONE, Guillermo (1998). Acerca de la autonomía del derecho informático. Disponible en: elDial.com-DC12. ♦

La identidad digital

POR ERNESTO LICEDA (*)

Sumario: 1. La identidad.- 2. Los datos personales.- 3. y 4. Los conceptos de intimidad y privacidad.- 5. La imagen - 6. La reputación.- 7. La identidad digital

Resumen

El presente trabajo busca, a través del análisis de distintos conceptos vinculados a la temática, tales como la imagen, la reputación, los datos personales y su protección legal, establecer la existencia y, en su caso, utilidad para el derecho de la llamada “identidad digital”.

Palabras clave: Identidad - Datos personales - Imagen - Intimidad - Privacidad

Digital identity

Abstract

This paper aims to establish the existence of the so called “digital identity” and, if so, its usefulness for law, by means of analyzing different concepts related to the topic, such as image, reputation and personal data and their protection.

Key words: Identity - Personal data - Image - Privacy

Introducción

Este trabajo tiene por fin determinar la utilidad del concepto de identidad digital para mejorar el marco de la protección de las personas en el ciberespacio.

Desde hace ya tiempo se plantea desde distintos sectores sociales la existencia de una identidad digital y la falta de protección de ella desde el marco normativo. Para comenzar a analizar este fenómeno deberemos clarificar algunos conceptos pre-existentes, inherentes a la identidad, que se vinculan con la llamada identidad digital.

Por tanto, comenzaremos por determinar cuáles son dichos conceptos y en qué se diferencian de aquella. Una vez hecha la diferenciación, comenzaremos a analizar el marco normativo existente en lo referente a cada concepto.

Los conceptos que tomaremos a priori son:

- 1- La identidad.
- 2- Los datos personales.
- 3- La intimidad.
- 4- La privacidad.
- 5- La imagen.
- 6- La reputación.

(*) Docente de los Seminarios: Derecho Informático y de Derecho de la Información y Protección de Datos Personales, Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información (GECESI). Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

1. La identidad

El concepto de identidad ha sido muy trabajado desde distintas áreas del conocimiento científico, así encontramos una multiplicidad de definiciones desde el campo de la psicología, de la antropología, de la sociología, etc. y en forma transversal, desde el análisis de las cuestiones de género, el derecho, entre otras.

En general, podemos decir que dichas teorías sobre la identidad van desde su entronización como hecho fundamental de la vida humana hasta la negación de existencia. (Hurtado, n.d.). Como dice claramente Stuart Hall

“En los últimos años ha habido una auténtica explosión discursiva alrededor del concepto de ‘identidad’, al tiempo que era sometido a una penetrante crítica. ¿Cómo se explica este desarrollo paradójico? ¿Y cómo nos ubica con respecto al concepto? La deconstrucción ha sido conducida dentro de una variedad de áreas disciplinarias, todas ellas de algún modo críticas a la noción de una identidad integral, originaria y unificada. La crítica al sujeto autosostenido en el centro de las metafísicas occidentales poscartesianas ha sido comprensiblemente avanzada en filosofía. La cuestión de la subjetividad y sus procesos inconscientes de formación ha sido desarrollada dentro del discurso de una crítica cultural y feminista, influida por el psicoanálisis. El yo infinito y performativo ha sido propuesto en variantes celebratorias del posmodernismo. En medio de la crítica anti-esencialista de las concepciones étnicas, raciales y nacionales de la identidad cultural y de las ‘políticas de locación’, algunas aventuradas concepciones teóricas han esbozado sus formas más territorializadas. ¿Cuál, entonces, es la necesidad de un mayor debate acerca de la ‘identidad’? ¿Quién la necesita?” (Hall y du Gay, 1996).

Entendiendo que el análisis de las distintas teorías desarrolladas en cada campo del conocimiento excede el marco del presente trabajo proponemos, partiendo de las definiciones dadas por la Real Academia Española (1), entender a la identidad como el conjunto (universalidad) de datos personales de un sujeto en un tiempo determinado. A esta definición podríamos agregarle que la persona debe aceptar esos datos como propios, pero esto no sería válido para todos los casos como veremos más adelante. En otras palabras, la identidad es la conciencia de una persona de esa universalidad, que la hace única.

Partiendo del concepto dado a la identidad debemos, entonces, proceder al análisis de su naturaleza jurídica. La pregunta que se impone por tanto es ¿qué es la identidad para el derecho? Para ello deberemos ver las normas que a ella se refieren. En este punto difícilmente encontremos una norma que se refiere a la identidad como tal, salvo el caso de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en sus artículos 8 y 29.1.c. Sí encontraremos la protección de algunos de los conceptos que la integran, como la protección al nombre -a modo de ejemplo podemos tomar el Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 24.2; la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 18; la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, artículo 8; y la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 7 y 8.-, la protección de la familia -Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su artículo 9- y la protección de la identidad cultural -tales los artículos 41, y 75 incs. 17 y 19 de la Constitución Nacional- entre otros.

De las normas analizadas surgen algunos caracteres comunes:

- Es algo que debe ser protegido.
- Es algo que debe ser respetado.
- Es algo intrínseco a la persona o a una colectividad.

(1) 2. f. Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás.
Y 3. f. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás.

Hasta aquí podemos decir que la identidad como tal, es un algo que hace a una persona única entre sus iguales, por lo que configura un Derecho Humano. Por tanto, el bien jurídico tutelado sería la persona. Pero nos falta analizar una norma que viene a complicar un poco las cosas, se trata de la ley 25.326 (o de protección de los datos personales) puesto que permite el comercio de algunos de los datos personales que conforman la identidad de las personas. Y, por tanto, al permitir que sean objeto de actos con contenido económico, esos datos personales serían bienes.

Entonces tenemos que la identidad puede ser entendida como una universalidad de datos personales donde algunos tendrían el carácter de bienes y otros no.

1.1 El ataque a la identidad

El Estado es, en principio, el único que puede afectar la identidad de una persona. Para que la identidad de alguien pueda ser atacada por un particular se debe dar la circunstancia de que el mismo se encuentre en una situación tal que le permita conocer alguno de los datos troncales de la persona y tenga la capacidad de cambiarlo (en un instrumento público), de modo que la persona afectada no pueda conocer su situación anterior. Es fundamental que la situación anterior no sea conocida por el afectado (caso de los hijos de desaparecidos), puesto que de otro modo se estaría atacando la imagen o la reputación (como veremos más adelante). Esto es así puesto que no es comprensible un ataque a la identidad en el que el sujeto no se identifique con ella.

2. Los datos personales

La ley 25.326 en su artículo 2° establece cómo deberemos entender algunos de los términos que utilizará la ley. La definición de “dato personal” es sumamente amplia, comprende cualquier tipo de información personal (sobre persona física o jurídica), sea relativa al estado civil, a la familia, económicas, de contacto, etc.

No ocurre lo mismo con el concepto de “dato sensible”. En este caso el legislador realiza un listado de tipos de datos que van a contar con una protección especial. Puede entenderse que este listado es taxativo y por tanto sólo los “Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual” (Ley 25.326, Art. 7) serían “sensibles”. Sí bien puede plantearse válidamente que esta definición sólo es obligatoria en el marco de la Ley de Protección de Datos Personales, difícilmente podamos separarnos de ella toda vez que no existe otra definición de este concepto en nuestro marco legal.

No analizaremos en el presente las cuestiones relativas a la identidad ni a los datos personales de las personas jurídicas dado que para dar una respuesta deberíamos entrar en un vasto análisis sobre los datos referidos a los entes de existencia ideal reconocidos como sujetos por el derecho más allá del Código Civil (Ley 11683 art. 5, por ejemplo). Por tanto, hecha dicha salvedad, deberemos ver en qué se diferencian los datos personales de la identidad, partiendo de los conceptos antes definidos.

2.1 Clasificación de los datos

Entendemos que la diferencia entre datos personales e identidad es clara. La identidad es una universalidad compuesta por datos personales. Pero, para el análisis de la identidad, deberemos cambiar un poco la clasificación de la ley 25.326, que sólo distingue datos personales de datos sensibles (art. 2), puesto que ella es, a nuestro juicio, demasiado simplista e incompleta. Por tanto, para el análisis de los datos desde la identidad, proponemos la siguiente clasificación.

- a- Datos atribuidos por el Estado
- b- Datos biológicos
- c- Datos históricos
- d- Datos generados por la persona

2.1.1 Datos atribuidos por el Estado

En este primer grupo encontraremos los datos que el Estado (sea nacional, provincial o municipal) atribuye a las personas. Una característica de los datos personales que encontraremos en esta categoría es que tienen su origen en una norma (ley, decreto, o acto administrativo) o una sentencia judicial. Como claros ejemplos podemos citar el número de DNI o el CUIL/CUIT, pero existen algunos casos que requieren un análisis de mayor profundidad para comprender su integración en esta categoría. Tales son los casos de la adopción, los antecedentes penales y el matrimonio.

El caso de la adopción se toma como un dato atribuido por el Estado, puesto que la misma no se perfecciona si no media reconocimiento por parte del Estado de ese cambio en las relaciones familiares del menor.

En cuanto a los antecedentes penales, ellos sólo pueden provenir de una sentencia judicial, y su anotación en el registro de antecedentes penales surge de una decisión en lo relativo a la política criminal que tomó el Estado en un momento dado. Distinto sería el caso de una persona sobre la que pesa una condena moral por parte de la sociedad por un determinado comportamiento, puesto que en ese caso el dato surgiría sólo de la propia acción de la persona.

En cuanto al matrimonio y la unión civil, lo que se toma como dato es el reconocimiento por parte del Estado de la existencia de una pareja que decidió formalizar, legalmente, su situación. Como expresara la Procuración General de la Nación y la CSJN en distintos considerandos, al fallar en la causa Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio:

“.....debe tenerse en cuenta que las normas que rigen el estado de familia y la disolución del vínculo conyugal han sido dictadas más en vista del orden público que en miras al interés particular de las personas....” o “....estableciendo el legislador de 1888, a través de la ley 2393, un sistema de forma matrimonial exclusivamente civil, común a católicos y no católicos, y único al cual el Estado reconoce efectos jurídicos....” (CSJN, 05-02-1998. Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio)

2.1.2 Datos biológicos

En el grupo de los datos biológicos encontraremos todos los datos que se desprenden de la condición del ser humano como ser vivo. Es decir, la cuestión relativa al ADN, a los familiares de sangre y las cuestiones relativas a las enfermedades, sean hereditarias o no.

En esta categoría encontramos también al sexo, el que presenta no pocas dificultades para su interpretación. Para salvar dicha dificultad, aclaramos que, al hablar de sexo en este trabajo nos referimos únicamente al sexo según el ADN (XX o XY) y no a la llamada identidad sexual que presenta un abanico mucho más amplio de posibilidades (Izquierdo, 1998), (Izquierdo, 2008: 61-91), (Haraway, 1995), que serán tratadas en el punto 2.1.4 del presente trabajo.

La diferencia antes nombrada nos permite plantear el problema que surge de la identificación sexual en el DNI, puesto que por un lado escapa al Estado determinar el sexo de una persona (dato que sólo puede constatar y fijar en los distintos documentos) y por el otro, que el hecho de publicar el sexo de una persona sin tener en cuenta la identidad sexual de la misma puede ser visto como un caso de discriminación o de publicación indebida de datos personales relativos a la sexualidad. Por tanto, entendemos que lo ideal sería la eliminación del sexo como dato en los instrumentos públicos del Estado a partir del DNI que debe sacarse a los 16 años. La elección de ese momento se debe a que, según las teorías preponderantes, a esa altura del desarrollo de una persona ya se ha fijado su sexualidad (Money y Ehrhardt, 1982), (Sánchez Medina, 2006). Entonces, una vez determinada la identidad sexual, el dato relativo al sexo queda circunscripto a la historia clínica y ya no a la vida en sociedad.

2.1.3 Datos históricos

Los datos históricos se refieren a todos aquellos que exceden al control de la persona o sólo tangencialmente incluyen su voluntad. Tal es el caso del lugar de nacimiento, nombre, la comunidad a la que pertenece, las instituciones de educación primaria a las que asistió entre otros.

El nombre, como dato personal, presenta distintas particularidades. Por un lado, tenemos su configuración, como bien explica Rivera, el nombre “[E]stá compuesto por el prenombre o nombre de pila y por el apellido. El primero es la forma de designación de un individuo y se adquiere por su inscripción en el Registro Civil; el segundo es una designación común a todas las personas pertenecientes a una familia” (Rivera, 2004: 593). Por el otro, debe ser escogido por los padres (tutores o quien ejerza la patria potestad), debe ser reconocido por el Estado y debe ser mantenido por la persona por lo que, según cómo se lo analice puede ser parte de este grupo o de las categorías Datos atribuidos por el Estado y Datos generados por la persona.

Nosotros preferimos mantenerlo en esta categoría puesto que los cambios al nombre puede realizarlos la persona sólo a partir de la mayoría de edad y que el Estado sólo se limita a reconocer la voluntad de los padres o la decisión judicial recaída ante la pretensión de la persona, luego de alcanzada la edad necesaria.

2.1.4 Datos generados por la persona

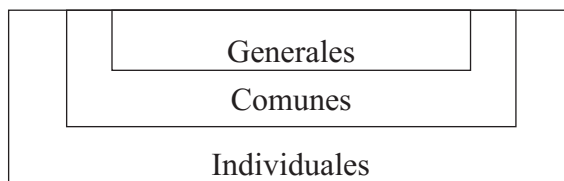
Los datos generados por la persona son aquellos en los que la voluntad de la persona participa en forma activa. Es decir, aquellos datos que se van conformando a partir de determinadas elecciones de una persona a lo largo de su vida. Es preciso aclarar que en este trabajo no se tendrá en cuenta cómo se genera la voluntad de la persona al realizar la elección sino el hecho de que lo haga, como sujeto independiente dentro del contexto social (es decir que no se tendrán en cuenta la cuestiones relativas al condicionamiento social o familiar, puesto que de seguir ese lineamiento podríamos llegar a interpretar que nadie es libre de elegir nada) (Montagut, 1997, 185).

En esta categoría encontraremos datos como las uniones de hecho (que sólo dependen de la voluntad de dos personas de formar una pareja, sin que medie reconocimiento por parte del Estado), los gustos en general (tanto en lo referente a la ropa, la educación superior, comida, etc.) y la manifestación de la elección sexual. A fin de no entrar en conflictos con las múltiples teorías sobre la conformación de la elección sexual (entre otros, los citados Izquierdo, Haraway y Money), en esta categoría se toma como dato la manifestación pública que hace una persona sobre dicha opción. Obviamente que no nos referimos a que la grite por la calle sino a que viva conforme a ella.

Esta clasificación nos permite realizar otra distinción entre éstos que nos será útil cuando abordemos la cuestión de la llamada identidad digital. Esto es que, mientras los datos de los tres primeros grupos pueden considerarse rígidos o de muy compleja modificación, los del último grupo pueden cambiar, en general, muy fácilmente puesto que sólo dependen, en principio, de la voluntad de la persona. Nada le impide a una persona, salvo su propia determinación, cambiar sus hábitos de consumo, su lugar de residencia, sus gustos, etc. Es más, claramente una persona cambia muchos de estos datos a lo largo de su vida y no por ello van a tener menor validez que los otros datos puesto que participan, y en un grado muy importante, en la identidad de la persona. Esto es así puesto que una persona puede no identificarse con un dato atribuido por el Estado o, incluso, no conocer su existencia, pero difícilmente pueda desconocer que prefiere vestir un cierto tipo de ropa o tomar alguna bebida en particular.

2.2 Régimen legal aplicable a la protección de datos personales

Para determinar cuál va a ser el régimen legal aplicable a la protección de los datos personales en cada caso en particular, encontramos necesario clasificarlos en tres categorías excluyentes según el tipo de dato de que se trate, su titular y el acto por el cual se ve perjudicado. Las categorías que proponemos son: “general”, “común” e “individual”.



2.2.1 Categoría “general”

La categoría “general” va a estar integrada por aquellos datos personales que estén tutelados por la generalidad de las legislaciones (nacionales e internacionales) y que, en nuestro país, sean objeto de tratamiento según lo dispuesto en la ley 25.326.

Esta categoría va a contener dos tipos de datos, por un lado los datos sensibles enumerados en la ley 25.326 y por el otro, los datos personales que se encuentren registrados en una base de datos. También podemos encontrar aquí dos tipos de titulares de datos, las personas físicas y las personas jurídicas.

Las cuestiones relativas a los datos de esta categoría se encuentran bajo la órbita de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.

2.2.2 Categoría “común”

En la categoría “común” encontramos aquellos datos personales que según los usos y costumbres de una determinada comunidad, deban ser tutelados. En este caso los datos van a estar protegidos por la legislación civil y penal y por la Constitución nacional (bloque de constitucionalidad) y las provinciales. Es importante resaltar que los datos de esta categoría no son objeto de tratamiento, según lo dispuesto por la ley 25.326, pero sí pueden formar parte de una base de datos siempre que ésta no sea de las tipificadas por aquella.

En estos casos podrían llevarse a cabo acciones colectivas y de clase, es decir, existe una multiplicidad de sujetos que podrían ser legitimados activos para iniciar las acciones pertinentes.

2.2.3 Categoría “individual”

Por último, en la categoría “individual” vamos a encontrar aquellos datos que sean entendidos como personales según cada individuo en particular. Estos datos van a estar protegidos sólo por la legislación civil y penal y por la Constitución Nacional (bloque de constitucionalidad) y las provinciales. A diferencia de los “comunes”, no existe otra persona legitimada para iniciar las acciones que aquella que sufre el perjuicio. En cuanto a su tratamiento e inclusión en una base de datos el caso es similar a los datos de la categoría “comunes”.

3. y 4. Los conceptos de intimidad y privacidad

Es común confundir un ataque a la identidad con un ataque a la privacidad o a la intimidad, en los casos donde se genera un daño a través de la información, puesto que el cambio en la publicación de datos personales puede interpretarse de diferentes maneras. Para distinguir cuál es el bien jurídico atacado es necesario tener en cuenta algunos puntos fundamentales:

- 1- El único que puede afectar la identidad de una persona es el Estado, salvo los casos antes nombrados.
- 2- El ataque a la identidad implica, necesariamente, un cambio en cuanto a la situación dada.
- 3- El daño a la privacidad o a la intimidad sólo implica la publicación de un dato.
- 4- El dato publicado debe ser cierto, puesto que de ser falso lo que se estaría atacando es la imagen o la reputación del presunto titular de ese dato.

En este último caso, en el considerando 8 del fallo José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros, la Corte establece que “no se daña la reputación de éstas (las personas) mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa.

Intimidad y privacidad son conceptos distintos, basta con leer el Diccionario de la Real Academia Española para dar cuenta de ello. “Privacidad. 1. f. Ambito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”. “Intimidad. 2. f. Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. Sin embargo, es común la confusión entre ambos, tanto en la jurisprudencia y la normativa como en la doctrina, probablemente ello se vincule a la influen-

cia de los textos en idioma inglés, donde ambos conceptos suelen quedar comprendidos en la voz “privacy”. También se les suele atribuir distintos contenidos/significados. En el presente trabajo nos atenderemos a la definición dada por la Real Academia Española, dejando de lado las otras posibilidades como la que propone el Dr. Adolfo Roberto Vázquez en el fallo “Maradona, Diego Armando s/ lesiones leves, agresión, daño y amenazas reiteradas”. El Dr. Vázquez postula que:

“corresponde reconocer la existencia de tres esferas dentro de las cuales las personas realizan su existencia: pública la primera, privada la segunda, íntima la tercera. La primera y la segunda se interseccionan con un espacio común que puede ser mínimo o máximo, según las circunstancias. En cambio la tercera respecto de la segunda tiene una relación de inclusión. Se encuentra dentro de lo privado y no admite la intromisión ilegítima de la prensa. La intimidad no es simplemente el derecho a la soledad sino un conjunto de aspectos de la vida individual y familiar de las personas que no deben ser conocidos por los demás, pertenecen por entero a cada cual y a partir de ese segmento de vida liberada de la mirada y opinión de los demás todo ser humano tiene el dominio de su imagen, su identidad y personalidad.” (CSJN, 03-10-2002. Maradona, Diego Armando s/lesiones leves, agresión, daño y amenazas reiteradas).

Compartimos con el Dr. Vázquez el planteo sobre que la intimidad es más que el derecho a estar solo pero entendemos que confunde intimidad con privacidad, siendo este último el que encontraría resguardo en el derecho.

Como hemos dicho antes, entendemos que existen diferencias entre los conceptos intimidad y privacidad, pero el uso común y legal los ha ido equiparando y por tanto, en este momento, entendemos que resultaría de un purismo idiomático innecesario (y seguramente inútil) sobreabundar en estas cuestiones. Sí creemos que es necesario tener en cuenta estas diferencias al momento de acceder a textos legales o con contenido jurídico para comprender cuál es el uso que se le está dando a cada palabra.

5. La imagen

En general, sobre todo en los temas relativos al mundo digital, se suele asociar a la imagen con la fotografía o el video de una persona, es decir, con su proyección visual.

En el marco del presente trabajo entenderemos al concepto imagen en sentido amplio y no como la proyección meramente visual de una persona. De este modo la imagen estará conformada tanto por lo visual como por la percepción de la misma por los terceros, a partir del accionar y la historia de vida de ese individuo. Tal es una de las definiciones que nos da el diccionario de la Real Academia al caracterizar la imagen pública como el “Conjunto de rasgos que caracterizan ante la sociedad a una persona o entidad”. Desde este concepto es claro que una persona puede tener tantas imágenes como distintos sean los ámbitos en los que participa, sin desconocer que tendrá tantas imágenes como personas lo perciban.

6. La reputación

La reputación, en cambio, es la valoración que hacen terceros de la imagen que proyecta una persona. Por esto, la reputación de una persona deviene de las acciones que lleva a cabo a lo largo de su vida en determinados ámbitos y puede ser positiva o negativa.

Al poderse valorar algunos aspectos de la vida de una persona en forma autónoma (o cuasi-autónoma), cada una de ellos puede comprender una reputación distinta. Por dar algunos ejemplos, una persona puede tener una buena reputación en las cuestiones de negocios pero una mala reputación frente a sus relaciones personales; un excelente médico puede ser reconocidamente violento, etcétera.

Otra particularidad de la reputación es su vinculación con cuestiones económicas. Tal es el caso de la llamada reputación de la empresa, donde la valoración realizada por terceros, sobre su accionar en el mercado, puede afectar la cantidad de personas dispuestas a tratar con ella (dejando a salvo

el lenguaje que parece personalizar un ente que en nuestro derecho no es sujeto de derecho, salvo en el ámbito tributario). Un ejemplo claro de este contenido económico de la reputación en entornos digitales lo podemos ver en el portal www.mercadolibre.com donde los usuarios y consumidores califican públicamente a la contraparte (positiva o negativamente). Esto puede generar beneficios o perjuicios para el calificado puesto que una buena calificación, muchas veces, es determinante al momento de concretar un negocio.

7. La identidad digital

Como consecuencia del uso de las nuevas tecnologías, principalmente Internet, muchos de los datos de una persona se han convertido, prácticamente, en datos de acceso público. Este fenómeno se ha incrementado con el uso de las redes sociales en la web (Lezcano, 2010). Cuando un conjunto de datos personales se asocia a una persona en un marco digital, algunos lo llaman “identidad digital” (Sullivan, 2011). Entendemos que el concepto de identidad digital es erróneo por las razones que a continuación daremos.

En primer lugar, la identidad digital sólo puede ser creada por una persona, con lo que rápidamente se comprende que sólo encontraría correspondencia, en el marco de la clasificación aquí propuesta, con los datos generados por la persona. Claro está que ello será así siempre y cuando exista correspondencia entre el conjunto de datos en la red y los de una persona real.

En segundo lugar, una persona sólo puede tener una identidad real; pero puede crear varias identidades digitales, dependiendo de la forma en que conforme el conjunto de datos en los diferentes ámbitos que habilitan las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones -TICs- (distintas redes sociales, foros, servicios de mail, etc.).

En tercer lugar, mientras que la universalidad de datos que conforman la identidad real siempre encuentra correlato con una persona, existe la posibilidad de encontrar identidades digitales “vacías” es decir, que no existe una persona física que se vincule realmente con esa universalidad.

Pero es cierto que existen casos donde los esos datos “digitales” encuentran plena identificación con una persona real. ¿Sería correcto hablar en esos casos de identidad digital?

Entendemos que en esos casos no estamos frente a una identidad digital sino ante una imagen de la persona. Es decir que sería la proyección de una persona en entornos digitales y no la identidad en sí de la persona.

En general, aquellos que nos hablan de identidad digital lo hacen teniendo en vista la protección de la persona (cuando no para vender servicios de seguridad informática), pero en realidad pierden de vista que, al querer darle un nombre “marketinero” a algo que ya cuenta con ciertas protecciones, corren el riesgo de que aquellas normas destinadas a protegerlo pierdan contenido y, por tanto, devengan inútiles. En otras palabras, sí en lugar de hablar de imagen o reputación digital hablamos de identidad, los mecanismos legales previstos para los primeros quedarían al margen y, por tanto, serían sólo aplicables los vinculados a la identidad la que, como vimos más arriba, sólo puede ser afectada por el Estado.

Para dar mayor claridad a la cuestión, veamos algunos casos prácticos que son los que en general se plantean en los distintos foros donde se habla de la identidad digital (por citar algunos de estos foros, las Cuartas Jornadas de ADIAr (Asociación de Derecho Informático de Argentina, los seminarios de CXO Community y las redes profesionales tales como elderechoinformatico.com y Alfa Redi, entre otros).

7.1 Perfiles

El perfil es el conjunto de datos que se vinculan con un usuario de un determinado servicio (Loftudo y Olivera, 2009). Muchas veces se plantea que se generan daños a través de la creación de

perfiles falsos en, por ejemplo, las redes sociales. Analizaremos dos posibles situaciones relativas a este caso:

- que el perfil no encuentre vinculación alguna con una persona real o
- que sí se de ese vínculo.

En el primer caso no vemos daño alguno a la identidad de nadie. Sí puede darse el caso de que el perfil se haya creado para realizar algún tipo de delito, pero poco y nada tiene que ver eso con la identidad.

El segundo caso tampoco tiene que ver con la identidad, porque la misma no puede ser afectada por ese medio. En cambio, sí puede afectarse la imagen (al realizar una proyección falsa de determinados datos), el honor o la reputación (sí es que se dan datos falsos o se realizan acciones negativas por medio de ese perfil), la intimidad o la privacidad (si se brindan datos ciertos que el perjudicado no quería que se dieran a conocer a terceros).

7.2 *Uso de datos*

Otro de los casos que se suele nombrar como vinculado a la identidad digital es el del uso de datos de una persona para llevar a cabo negocios en Internet, como puede ser el de los datos correspondientes a las tarjetas de crédito. Claro es que, en estos casos, el bien jurídico tutelado no será la identidad, ni tan siquiera la imagen, sino la propiedad, como bien señala Sullivan -2011-. Este tipo de delitos se cometían desde antes de que existiera Internet y en general se los conocía (en su mayoría) como fraude o estafa. De ello se sigue que quedan comprendidos en el Título VI (Delitos contra la propiedad), Capítulo IV (Estafas y otras defraudaciones) del Código Penal. Y, en principio, no parece ser necesaria una reforma para sancionar conductas dañosas ya tipificadas.

Conclusión

Una persona puede elegir participar en forma activa en Internet o no, lo cierto es que muchos de sus datos personales van a estar “colgados” en la red. Esos datos van a configurar su imagen digital, es decir la proyección de esa persona en los entornos digitales. En el caso de que la persona participe en forma activa en internet, va a tener la posibilidad de generar varias imágenes digitales según los datos que aporte en cada servicio. Tanto los datos que brinde la persona como aquellos que aporten terceros (sean ciertos o no) van a afectar su reputación (dado que modificarían o generarían su imagen y por tanto la valoración que de ella hagan los terceros). Pero en forma alguna podemos aceptar que exista una “identidad digital” puesto que, al menos en estos momentos, no existe la posibilidad de plasmar la universalidad de datos y la conciencia de ella en Internet.

Entendemos que uno de los factores que han llevado a plantear la existencia de una identidad digital es la confusión entre los conceptos de identidad y de identificación. Esto es, confundir a la persona en su individualidad con el reconocimiento de ella, por parte de terceros, a partir de una serie de datos.

Bibliografía

HALL, Stuart y du GAY, Paul (eds.). Questions of cultural identity. Traducción de Natalia Fortuny. Londres: Sage Publications, 1996.

HARAWAY, Donna. Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza. Traducción de Manuel Talens. Madrid: Cátedra, 1995. Colección Feminismos.

HURTADO GALVES, José Martín. “La identidad”, en: A Parte rei. Revista de Filosofía, [n.d.]. Disponible en: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/hurtado28.pdf>. (Consulta efectuada el 10 de abril de 2011).

IZQUIERDO, María Jesús. El malestar de la desigualdad. Madrid: Cátedra, 1998. Colección Feminismos 48.

IZQUIERDO, María Jesús. “Los órdenes de la violencia: especie, sexo y género”, EN: Viceng Fisas (ed.). *El sexo de la violencia*. Barcelona: Icaria, 2008, 61-91.

LEZCANO, José María. “Las redes sociales en Internet. Herramientas para la comprensión de un fenómeno en progreso”, EN: XI Congreso Nacional y I Latinoamericano de Sociología Jurídica: Multiculturalismo, Identidad y Derecho. Buenos Aires: Argentina, 7, 8 y 9 de octubre de 2010. Actas. ISBN 978-987-25475-1-6.

LOFEUDO, Ismael y OLIVERA, Noemí. “Redes sociales y derecho. Vista desde la perspectiva de los principios jurídicos y del derecho argentino”, EN: Simposio de Informática y Derecho, 38º JAIIO, Mar del Plata, agosto de 2009. Anales 38 JAIIO. ISSN 1850-2776.

MILLARAY, M. C. y ROMERO, LL. La identidad cultural en los procesos de modernización: un análisis de los cambios de nombres en sujetos mapuche 1970-1990. Disponible en: <http://www.prodiversitas.bioetica.org/nota77.htm>

MONEY, J. y EHRHARDT, A. A. *Desarrollo de la sexualidad humana: Diferenciación y dimorfismo de la identidad de género*. Madrid: Morata, 1982.

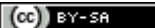
MONTAGUT, T. *Servicios sociales y educación social*, en: Petrus, Antonio (coord.), *Pedagogía Social*. Barcelona: Ariel, 1997, 178-195.

OYARZABAL, Mario J. A. “El nombre y la protección de la identidad. Cuestiones de derecho internacional público y privado”, EN: *Prudentia Juris*, Buenos Aires, mayo 2004 58. Disponible en: <http://www.eldial.com/home/prudentia/pru58/04.asp>

RIVERA, Julio César. *Instituciones de derecho civil*. 3a. ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, t. 1.

SANCHEZ MOLINA, G. *Identidad sexual. Una perspectiva biopsicosocial*. Bogotá, Colombia: Academia Nacional de Medicina, 2006.

SULLIVAN, Clare Linda. *Digital Identity - An Emergent Legal Concept*. Australia: University of Adelaide Press, 2011. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1803920>.

VERCELLI, Ariel. *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*. Derecho de Autor © 2009 Ariel Hernán Vercelli, Algunos Derechos Reservados - Copyleft,  Buenos Aires.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

CSJN, 11-12-1984. Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida, S. A. s/daños y perjuicios, EN: Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1984 306, 1892

CSJN, 05-02-1998. Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio s/ información sumaria. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

CSJN, 03-10-2002. Maradona, Diego Armando s/ lesiones leves, agresión, daño y amenazas reiteradas. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

CSJN, 24-06-2008. Patitó, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros s/recurso de hecho. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

- Docente de los Seminarios: Derecho Informático y de Derecho a la Información y Protección y Protección de Datos Personales. Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información (GECSI). Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. ♦

Enseñanza del Derecho

Enseñar metodología de la investigación socio-jurídica

POR OLGA SALANUEVA (*) y MANUELA GONZÁLEZ (**)

Resumen

En muy pocas carreras de derecho de las universidades argentinas se enseña metodología; en la mayoría se la ignora, no se enseña a investigar por considerar la investigación innecesaria para formar un buen abogado. El derecho que se enseña y se trasmite en las sociedades actuales es una construcción de los seres humanos enraizada en sus conductas, ya sea para economizar esfuerzos, evitar conflictos y/o alcanzar el poder. Estas afirmaciones acerca del derecho lo ubican como un constructo creado por algunos para regular la vida social. Investigar su génesis, los problemas de su aplicación, el nivel de eficacia y el desinterés de sus operadores por los efectos sociales que producen sus decisiones, son temas verbalizados pero poco investigados mediante métodos y técnicas de investigación social. En este artículo se describirán algunos problemas que la enseñanza de la metodología tiene en las Facultades de Derecho en la Argentina y que se refleja en las investigaciones como así también, en la falta de reflexión sobre cómo investigar en una disciplina donde parte de su objeto de estudio es de carácter prescriptivo.

Palabras claves: investigación- enseñanza- metodología- derecho

The teaching of methodology in legal sociological research

Abstract

The teaching of methodology is rarely included in the syllabuses of Argentinian Universities. It is often ignored because the assumption is that it is unnecessary for the education of lawyers. The law taught and transmitted in present day societies is a construct deeply rooted in human conducts in order to save efforts, avoid conflicts and /or to obtain power. These statements on law define it as construct created by some people as a tool for the regulation of social life. Researching on its origins, the difficulties in its enforcement, the level of efficiency and the actor's lack of interest as regards the social effects of their decisions, are issues which are often verbalized but seldom researched, applying the sociological method. This article describes and pinpoints some of the problems observed in the teaching of methodology in the country's Schools of Law and it focuses on the lack of reflection upon how research is done in a discipline, such as Law, whose subject of study is of a prescriptive nature.

Key words: research-teaching-methodology-law

En muy pocas carreras de derecho de las universidades argentinas se enseña metodología, en la mayoría se la ignora, no se enseña a investigar, por considerar la investigación innecesaria para formar un buen abogado.

El derecho que se enseña y se trasmite en las sociedades actuales es una construcción de los seres humanos enraizada en sus conductas, ya sea para economizar esfuerzos, evitar conflictos y/o alcanzar el poder. Teubner (2002:537) refiriéndose a las teorías constructivistas elabora una tesis acerca de las percepciones del derecho respecto de la realidad. Afirmando que:

“...no se corresponden con algún tipo de realidad social que está ‘ahí afuera’. Por el contrario, es el Derecho el que, como sujeto epistémico autónomo, construye su propia realidad social”. Llegando incluso a afirmar que: “No son los seres humanos los que mediante sus acciones intencionales pro-

(*) Profesora Ordinaria Titular de Introducción a la Sociología. Cátedra III. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

(**) Profesora Ordinaria Adjunta de Sociología Jurídica Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

ducen el Derecho como un artefacto cultural. Muy al contrario, es el Derecho el que, como proceso comunicativo, crea actores humanos como artefactos semánticos a través de sus operaciones jurídicas”.

Estas afirmaciones acerca del derecho lo ubican como un constructor creado por algunos para regular la vida social. Investigar su génesis, los problemas de su aplicación, el nivel de eficacia y el desinterés de sus operadores por los efectos sociales que producen sus decisiones, son temas verbalizados pero poco investigados mediante métodos y técnicas de investigación social.

En este artículo se describirán algunos problemas que la enseñanza de la metodología tiene en las Facultades de Derecho en la Argentina y que se refleja en las investigaciones como así también, en la falta de reflexión sobre cómo investigar en una disciplina donde parte de su objeto de estudio es de carácter prescriptivo.

Para el análisis se parte de las siguientes fuentes: el caso Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (FCJyS) de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP) (1) y los resultados de la investigación “El proceso de enseñanza-aprendizaje y evaluación en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (2005-2008)”. Ambos enriquecidos por la experiencia adquirida por las autoras a través del dictado de diversos cursos de metodología para el grado y el postgrado en la FCJyS-UNLP, en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de Universidad Nacional de La Pampa (UNLPam); en la carrera de doctorado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT) y en la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Misiones UNM.

La pregunta que permanentemente recorre este artículo es ¿porqué y para qué necesitan los abogados/as aprender metodología de la investigación social?, la cual se intentará responder a lo largo de este trabajo.

La complejidad del derecho actual, se debe a la existencia de multiplicidad de definiciones como así también, a que bajo un mismo nombre se adunan perspectivas desde las cuales se lo estudia, por ejemplo, como hechos manifestados a través de las conductas humanas, como cuestión constitutiva de la conducta junto a la ética, a las costumbres, a los hábitos; como capacidad normativizadora de los seres humanos para la construcción de reglas y procedimientos que permiten construir, medir y ordenar la sociedad; como el instrumento necesario de expresión del poder; como manifestación concreta de la política, de la ideología, y de las instituciones. Algunos lo han relacionado también con la religión y, por ello, desde antiguo el intento de separarlos para darle un contenido secular como es el caso del derecho romano, que separó el ius del fas (2).

Esta enumeración múltiple, habilita para trabajar desde el concepto teórico de “campo jurídico”(3), y así formular dos preguntas: ¿cómo investigar el campo jurídico? y ¿porqué y para qué necesitan los abogados/as aprender metodología de la investigación social? Ambas preguntas constituyen un

(1) Se utilizarán en forma indistinta las abreviaturas FCJyS para mencionar la Facultad y UNLP cuando nombremos a la Universidad de La Plata.

(2) El fas, en Roma era el derecho divino. Dictado por los dioses a los sacerdotes y augures que eran sus representantes e intérpretes. Derecho y Religión, en la antigua Roma, eran nociones que se confundían. El fas era interpretado exclusivamente por los pontífices que tenían el monopolio del derecho. Y, representaban el orden en el mundo de las divinidades. El jus traducía ese mismo orden en el campo humano. O sea que primitivamente jus fue el lugar de la justicia y luego se usó para designar la norma de derecho. La secularización se produjo a partir del Siglo I D.C.

(3) La referencia a “campo” se hace porque es una definición tomada de Bourdieu (2000) amplia, incluyente de elementos constitutivos del mismo. El campo jurídico se conforma con la organización articulada y jerárquica de las instituciones, donde los operadores, siguiendo los intereses y motivos de los justiciables, activan prácticas y conocimientos para dirimir los conflictos ante alguien (el juez y otros funcionarios judiciales) que tienen “el derecho a decir el derecho”. Si se refiere a “derecho” solamente, se podría caer en doctrinas jurídicas que entienden al derecho como conjunto de normas positivas instituidas por el Estado y reconocidas por los ciudadanos.

desafío. En primer lugar, porque solo se puede investigar si se sabe cuál es el objeto a investigar o si se sabe qué es un campo complejo, (campo jurídico) al reunir hechos sociales y normas con la pretensión de prescribir y regular las conductas instituidas, o sea el “ser” y el “deber ser”. Por otro lado, al campo jurídico, se lo configura además, con el conjunto de operadores (jueces, abogados, litigantes) cada uno de ellos con intereses y motivaciones diferentes, los cuales se encuentran en competencia, porque cada operador quiere interpretar la ley o cualquier otro instrumento jurídico en relación al interés que dice representar. Los abogados a sus clientes e intereses personales; los jueces a su propios rituales, rutinas y creencias, sobre cómo entender el derecho y, los justiciables, cómo ganar o zafar del entuerto; como hacer castigar, (con el máximo posible), o como eludir o atemperar, de la mejor manera, el castigo.

Es un campo el jurídico que, al decir de Bourdieu (2000), sus partícipes al interior del mismo luchan por tener el derecho a decir el derecho. ¿Con qué o con cuáles métodos podemos investigarlo?

Existen algunas propuestas por parte de sociólogos jurídicos que intentan responder a cómo investigar. Orler (2006: 14), afirma *“El derecho es pensado aquí como práctica social específica, que además es representativa, y significa bastante más que el conjunto de actos, lenguaje, formas e imaginario que parecen llenarlo”*.

El derecho es más que normas emanadas del “legislador” o de la voluntad de dios o de la sociedad. El derecho, que nosotros incluimos en el campo jurídico, es un producto del hacer social por lo tanto es “una práctica específica” que ante la complejidad requiere para ser investigado de *“coherencia teórica y rigurosidad metodológica”*

Este abordaje, muestra una preocupación en torno a la investigación del derecho que mantiene algunas incógnitas. Por ejemplo, el campo jurídico no ha sido teorizado, o mejor expresado, no tiene teorías, aún entendiendo éstas en su sentido más amplio. Tiene sí, doctrinas, saberes y haceres de “autoridad” denominadas “teorías,” como la “pura del derecho” que consiste centralmente en aplicar la lógica a partir de premisas o enunciados que postulan “la validez” inicial, casi como los axiomas de la geometría euclidiana, pero sin llegar a las aplicaciones y resultados de la geometría, que al menos indubitadamente, sirve para construir, medir, sacar superficies.

La denominada “teoría pura”, de Kelsen (4), dice que el derecho es un orden jerarquizado de normas cuya validez deriva de una “norma hipotética fundamental”: *pacta sum servanda* (5), que no se puede contrastar a partir de ningún método o técnica que no sea el “juego” verbal de: “llegué a esta afirmación”. De esa norma trascendente y presupuesta, deriva otra más concreta que afirma la existencia de “una norma fundamental” denominada constitución, vértice de una pirámide jerarquizada de normas que culmina en una base donde se ubican las leyes, decretos y sentencias. El orden jerárquico kelseniano se reduce primordialmente a la validez, cómo se produjeron las normas, si emanan o no de una norma fundante básica presupuesta (6) y a la eficacia de las normas: quién las aplica y para quiénes está destinada. La teoría Pura del Derecho ha sido resistida y criticada en ambientes académicos porque admite, sin rubor alguno, que todo orden jurídico es válido y aplicable, sea éste el régimen nazi o el derecho de las juntas militares en Latinoamérica y es válido si quienes lo generaron

(4) La obra citada corresponde a la primera época de sus trabajos. Se elige ésta porque es la que se enseña en las Facultades de Derecho, pero existe otro Kelsen, de la madurez, que por ejemplo niega la lógica como la única forma de expresar el derecho.

(5) Significa: los pactos se cumplen o atado a los pactos. Esta afirmación, tomada como norma hipotética, puede o no cumplirse, puede o no ser tenida como válida. Algo para recordar, para Hitler los pactos eran hojas de papel.

(6) En la página 205 de la Teoría pura del Derecho, Kelsen afirma: “Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico”

tienen la fuerza suficiente para hacerlo cumplir. Sólo a modo ilustrativo, se utilizará la Constitución Argentina, norma fundamental de la cual “deriva” nuestro sistema jurídico, que ha sido violada por los gobiernos militares que usurparon los cargos gubernamentales, judiciales y legislativos y, por los gobiernos constitucionales, que han practicado y practican variadas formas de conculcación de derechos, garantías y procedimientos constitucionales. A esa norma constitucional no se le puede aplicar el principio de validez científica.

Frente a esta complejidad del derecho surge la pregunta cómo investigarlo. La sociología jurídica puede constituirse, al interior del campo jurídico, por su carácter multiparadigmático en el nexo necesario entre las ciencias sociales y las particularidades de las ciencias jurídicas.

Cierto es que se requiere alcanzar una interrelación metodológica entre ciencia social y derecho, porque una coloca el acento en los hechos (el ser) y la otra en normas (el deber ser) y no existe una metodología holística que permita abordar un objeto complejo, sin cisuras. Siempre, aún con los recaudos más específicos, los objetos multifacéticos se atacan desde distintas perspectivas metodológicas e ideológicas. Hasta el momento y a pesar de los esfuerzos intelectuales de metodólogos como Vasilachis de Gialdino, se puede trabajar con una articulación de métodos, una triangulación, pero el objeto queda igualmente fragmentado y los métodos articulados lo abordan desde diferentes ópticas.

Ante las dificultades señaladas para investigar el derecho, las Autoras plantean que el derecho es un producto social y en consecuencia se puede investigar siguiendo los métodos y técnicas de las ciencias sociales, porque “el deber ser” del derecho es solo la expresión conectiva que se usa para ocultar las ideologías, los intereses de grupos determinados, las mentiras políticas... porque en definitiva el “deber ser” es la forma que los seres humanos han encontrado, desde tiempo inmemorial, para imponer las reglas que creen y que exhiben como si fueran beneficiosas para todas las personas y colectivos. Las normas y reglas se presentan bajo el “deber ser” como buenas y adecuadas; se pregona de ellas que hay que cumplirlas porque son las que resultan más apropiadas o beneficiosas para el colectivo. Ese “deber ser”, que también oculta a la autoridad, cualquiera sea el origen de ésta, permite incluir en el campo jurídico la sanción, la pena, el castigo sobre los cuerpos o sobre las ideas, juicios y pensamientos de los seres humanos.

El “deber ser”, que sostienen algunos juristas, lo colocan en el centro del campo jurídico, la razón primordial es que reducen el campo a lo normativo. Y, las Autoras entienden que lo normativo también puede ser investigado siempre y cuando en vez de aceptarlo como algo “dado” a priori se utilicen los marcos teóricos de la sociología jurídica que parte de admitir que el derecho: *“es una compleja elaboración social, constructiva, que por su propia dificultad intrínseca exige la clarificación y refinamiento de los instrumentos metodológicos para su estudio”*. (Salanueva, 1982: 409)

El otro problema es el de cómo enseñar y para qué enseñar en las facultades de derecho metodología de la investigación social tiene respuestas difíciles, aunque no suscita controversias como sí los problemas epistemológicos, que se señalaron en párrafos anteriores. Para ello, como se dijo, se apelará a las situaciones y experiencias vividas a través de los años enseñando ciencias sociales y derecho en las facultades mencionadas y, en distintos niveles de grado y postgrado.

Algo de ayer

La FCJyS de la UNLP fue organizada por una persona que poseía suficientes conocimientos jurídicos y sociales: Joaquín V. González (7). Esos conocimientos sociales se basaban en que era un

(7) Joaquín V. González nació en Nonogasta, pueblo de la provincia de La Rioja— Argentina, en 1863, y murió en Buenos Aires, en 1923. Diputado, senador, gobernador de su provincia y ministro de dos Ministerios de Interior y Justicia e Instrucción Pública, durante la presidencia de Quintana. En 1905 el presidente Figueroa Alcorta, lo designa Presidente de la Universidad de La Plata, pocos meses después de asumir, la Universidad pasa a ser Nacional. Ello amerita decir de Joaquín V. González que fue el fundador. Se mantiene en el cargo durante doce años. Escribió sobre temas jurídicos, políticos, educativos y literarios. Entre los temas jurídicos se destaca el “Manual de la Constitución Argentina” de 1897.

observador calificado de la sociedad que le tocó vivir y, un operador político atento a los vaivenes y caprichos del gobierno nacional del que formaba parte. Además, era un lector avezado de los avances del conocimiento científico. Un ejemplo de ello es que cuando muy pocos en el país conocían la disciplina sociología jurídica, él ya la proponía como materia en la currícula de la carrera de abogacía, a la cual llamó de ciencias jurídicas. Y, no era caprichosa la denominación de ciencias, sino que como hombre de comienzo del siglo XX su obra fundante, la Universidad de La Plata, no debía inspirarse en los saberes y haceres de los explotadores de la fertilidad de la pampa húmeda, sino en los haceres y saberes de “sabios” a los que convocó y trajo de Europa para fundar las carreras de física, por ejemplo, y por supuesto ese modelo científico lo usó para darle forma a los contenidos de la carrera de ciencias jurídicas. Conjugó el liberalismo con el positivismo y en consecuencia la universidad y las facultades que la integraron originalmente tenían y debían ser científicas. No quería una escuela de derecho solamente, esa era para formar abogados que supieran las leyes y los códigos y escribieran sin errores de ortografía, pero eso no agotaba el conocimiento de lo jurídico, había que preparar juristas o sea los cientistas del derecho. De allí que desde sus comienzos, la carrera (1906) tenía un doctorado en ciencias jurídicas y sociales.

González y Marano, 2010 en referencia al plan de estudios, que organizaban los contenidos disciplinares que se trasmitían en la Facultad, dicen que predominaban los contenidos integradores, anti-dogmáticos, anti-enciclopédicos, basados en los hechos y su verificación y en la explicación histórica-contextual por sobre los contenidos codificados.

En 1905, Matienzo refiriéndose al Plan de Estudios de la Carrera en Ciencias Jurídicas y Sociales hace mención a “que no sería provechoso para el país”, que la carrera solo preparara buenos abogados, debía preparar “*jueces, jurisconsultos, legisladores capaces de perfeccionar la ciencia del derecho*”.

Este modelo curricular de formar por un lado un buen abogado dominador del arte de litigar y por otro un jurista o sea un creador de nuevos conocimientos jurídicos, siguiendo un método, comenzó a declinar al final del mandato de González al frente de la Universidad. En 1922, cuatro años después de la Reforma Universitaria se produce el cambio de paradigma científico en la Universidad. Se rechaza el positivismo y se anclan los conocimientos en los estudios históricos y filosóficos, que para la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales fue el comienzo de un largo período de declinación de la investigación, durante el cual no se realizaron ni importantes estudios históricos del derecho, ni se reflexionó sobre el derecho desde la perspectiva filosófica. Persistieron algunas islas de conocimientos innovadores como los que se desarrollaron en el Instituto de Altos Estudios Jurídicos cuyo director era Lascano (8).

Entre el modelo profesional (escuela de derecho) y el modelo científico (facultad de ciencias jurídicas) predominó el primero. Formar un buen abogado, es formar un sapiente lector de leyes y códigos. Un hombre, especialmente un hombre, que supiera tanto de los códigos que hasta pudiera repetir, varios capítulos, de memoria e indicar las incorrecciones. Si ese abogado llegaba a la docencia debía “impresionar” a los estudiantes repitiendo la sabiduría velezana (9) y de otros, sin leer los códigos, utilizando la “memoria”. Y ello, para casi todos los textos normativizados.

Así, la labor de investigación se hizo personal, ametodológica, inspirada en reflexiones orientadas a suministrar soluciones a planteos particularizados del hacer y saber jurídicos. Se volvió a una especie de iusnaturalismo empequeñecido, ni basado en la divinidad ni en la razón y, a un positivismo reducido a “comentar la ley”. A formar solo un abogado que se desempeñara en el litigio con la lógica

(8) Bajo la dirección de Lascano se investigó la necesidad de hacer un nuevo código civil. Ese proyecto de investigación tiene dos aspectos significativos, uno que se trabajó en equipo y el otro que había una preocupación metodológica primordial. El proyecto de modificación del código civil, iba a ser una obra colectiva, de un conjunto de investigadores que trabajaban teniendo en cuenta un método de revisión y análisis de los nuevos contenidos a proponer. Como resultado del mismo se publicaron dos libros, “Metodización y Consolidación de Leyes” en 1929 y “Estudios Críticos y Proyectos” en 1935.

(9) Velezano por Vélez Sarfield, autor del código civil argentino y coautor del código de comercio.

ganador-perdedor. Persiste hasta el presente, un abandono y en algunos casos temor a criticar, por ejemplo, la labor legislativa, la “inflación o fiebre legislativa”, a dar opinión fundada sobre las leyes nacionales y provinciales, a comprometerse con los reclamos sociales sobre la justicia. No obstante, en ese largo período hubo notables docentes y juristas, entre otros, Julio Cesar Cueto Rúa, Silvio Frondizi, Acdeel Ernesto Salas, Eduardo Schaposnik, Bartolomé Fiorini quienes supieron percibir que el derecho no es solamente la dogmática jurídica.

Fue un largo período donde la cotidianeidad se hacía cada vez más compleja y, el derecho se mostraba tanto en su producción (leyes, jurisprudencia, doctrinas) como a través de sus operadores, como un conjunto de haceres y saberes simples, al alcance de aquellos que mediante el pago de tasas y honorarios, tuvieran problemas de una entidad tal que la organización judicial o los estudios jurídicos los consideraran dignos de atención.

Algo de hoy

La sociedad compleja se muestra al final del siglo XX y en las primeras décadas del XXI con rostro crispado: los conflictos, las inequidades, los movimientos sociales, la fragmentación de índole social implican la existencia de colectivos que requieren o demandan derechos, justicia, reparaciones, un protagonismo judicial diferente. Aparecen nuevos problemas que no tienen las respuestas sencillas del saber de autoridad. El profesional abogado tiene que investigar como pueda y como sea, para dar respuesta a los conflictos jurídicos y a los justiciables con sus reclamos.

La enseñanza del derecho comienza a fines de la década de los 80 del siglo pasado a mostrarse como complicado, por un lado porque las aulas están colmadas de estudiantes, por otro, porque la pedagogía no suministra las respuestas adecuadas para transmitir conocimientos a masas. A ello se aduna lo que se denomina derecho que no solo está encerrado en códigos, leyes, jurisprudencia y doctrinas sino que es un saber que hay que ir construyendo, cambiando, modificando y esa demanda proviene de la sociedad y del propio hacer jurídico que pretende dar respuestas a las demandas sociales. Este marco histórico de creciente dificultad motiva a distintos grupos de docentes a investigar.

En esas investigaciones aparece la necesidad de utilizar la metodología de las ciencias sociales y las perspectivas interdisciplinarias como instrumentos adecuados para que produzcan resultados en la formación, en la generación de nuevos conocimientos socio-jurídicos y la transferencia de esos resultados al exterior del campo jurídico. Ejemplo de ello lo constituyen, por un lado, las investigaciones empíricas que se están llevando adelante en las Facultades de Derecho de La Plata, Córdoba, UBA, Mar del Plata, desde el año 1994 y, por otro, la anualidad de los Congresos de Sociología Jurídica que desde el año 2000 se realizan en distintas Facultades de Derecho del País y, que en el año 2010 generó el I Congreso Latinoamericano de Sociología Jurídica.

El Programa de Incentivos al Docente-Investigador

El Programa de Incentivos, se crea mediante el Decreto 2427/93, que promueve la investigación, categorizando docentes, otorgando mayores deducciones y estandarizando formas de presentación de proyectos de investigación e informes de avance y finales, así como también el registro administrativo de los mismos (10).

Con la creación del Programa comienza en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata labores de investigación en forma continua, sistemática e institucionalizada, mediante equipos integrados por investigadores de distintas disciplinas jurídicas y sociales.

Las temáticas que abordan los diferentes equipos que se fueron conformando, son nuevas y pretenden encontrar respuestas jurídicas a problemas y conflictos sociales.

A consecuencia de ello, en la FCJyS de la UNLP se incorporan nuevos actores —los *docentes investigadores*— que una vez categorizados empezarán a tener ingerencia, de acuerdo a la categoría de

(10) Para ejecutarse y recibir subsidios, los proyectos deben ser evaluados por docentes categorizados I o II internos y externos a la universidad de origen de los proyectos.

investigador que obtienen, sobre la gestión del Programa y, a medida que se va consolidando el mismo, en la evaluación de proyectos y asignación de becas, así como decidirán criterios para las nuevas incorporaciones al sistema.

En líneas generales, en todas las universidades nacionales, el Programa de Incentivos contribuyó al afianzamiento y a la jerarquización de la figura de los *docentes investigadores*, resultando un estímulo importante para la incorporación a la investigación y como consecuencia, desalentando estilos de investigación con baja dedicación, salvo en las Facultades de Derecho donde no había una historia de investigación institucionalizada y ese proceso aún hoy es precario y en construcción.

La implementación del Programa significó también, la expansión de criterios cuantitativistas y productivistas en la evaluación de una actividad académica que profundizó su dependencia respecto de la lógica impuesta por los circuitos hegemónicos de producción del saber. Un ejemplo es el “Boletín de Indicadores Científico-Tecnológico de las Universidades 1998-2006” En esa publicación hay indicadores cuantificados de resultados de la aplicación del Programa de Incentivos, tales como: cantidad de proyectos con publicaciones, libros, capítulos de libros y revistas por proyectos, cantidad de proyectos e investigadores que pertenecen al Programa y están incentivados, cantidad de investigadores categorizados y distribución de docentes en las cinco categorías con que cuenta el Programa.

Actualmente se encuentran dentro del programa alrededor de 32.000 docentes que trabajan en 6.850 proyectos de investigación, por los que cobran el incentivo 20.248 docentes investigadores de todas las áreas del conocimiento.

Otros Programas como el “Fondo Para el Mejoramiento de la Calidad Universitaria” (FOME) y el de “Financiamiento Para el Desarrollo de la Enseñanza Universitaria” (PROFIDE), implementados a partir de la mitad de los años 90, proveyeron créditos y subsidios para financiar investigaciones, provenientes de instituciones financieras internacionales. La implementación de esos programas trajo, al menos en el ámbito de la UNLP y dentro de la FCJyS, discusiones sobre si era o no conveniente suscribirse a ellos porque, y en el caso específico del FOME, los recursos financieros a otorgar eran bajo el sistema de créditos que endeudaban a las universidades, únicas instituciones que en ese momento, bajo el gobierno neoliberal de Menem, (1989-1999) no tenían deuda externa con ningún organismo internacional.

Tal como se había señalado, en párrafos anteriores, estos programas fortalecieron además el poder político interno de algunos sectores académicos en cuyas manos fue depositada la gestión y administración de los mismos, quienes tenían como contrapartida la obligación de adaptar programas, carreras y proyectos institucionales a una serie de pautas propuestas por los organismos internacionales que en esos años impulsaron reformas similares en toda Latinoamérica. La FCJyS solo aceptó instrumentar el PROFIDE para financiar algunos proyectos del programa, los beneficios no fueron incorporados ni institucional ni curricularmente (11). (González-Marano, 2009)

En síntesis, podemos concluir afirmando que el Programa de Incentivos influyó decididamente en la profesionalización académica de una parte del profesorado de la carrera de Abogacía, pero no así en la otra parte, que continúa con la matriz académica tradicional. Esto habla de la generación de una fragmentación de tipo específica, ya que es diferente a la de otras carreras donde se encuentra también el llamado “alto y bajo clero”, porque, en este caso, los tradicionales (12) son los que tienen mayor peso curricular. Esa sería una de las razones por las cuales se pone freno a las reformas y las innovaciones se escapan por la vía de la expansión al postgrado. (González-Marano, 2009)

(11) Un ejemplo de esto es una investigación financiada por el Profide V, sobre seguimiento de egresados que debía culminar con la creación de un dpto. de estadística en la FCJyS que nunca se puso en práctica. La investigación fue dirigida por Salanueva, González, Cardinaux en 1999, y se denominó La profesión jurídica: nuevas realidades.

(12) Los “tradicionales” son los profesores que piensan, actúan y creen que enseñando más derecho codificado, más leyes se producirá un mejor abogado. En general son refractarios a la incorporación de materias de ciencias sociales y sobre todo a modificar los contenidos de los programas y del plan de la carrera. Lo que está sirviendo, solo hay que ser más exigentes en los exámenes o sea aplazar a más estudiantes.

La presencia del docente-investigador en las Facultades de Derecho lleva a que las autoridades los convoquen, a veces, para el dictado de la asignatura metodología de la investigación en las carreras del postgrado, especializaciones, maestrías y doctorados y se sigue convocando también a especialistas de otras disciplinas sociales, con los inconvenientes que esto trae a los estudiantes, que resisten y resienten la presencia de docentes de otras disciplinas. Generalmente, los motivos de la desconformidad están sostenidos en las dificultades que los científicos sociales tienen para ejemplificar la aplicación de métodos y técnicas de investigación al campo jurídico. Esto lleva a los estudiantes de los postgrados a realizar comentarios banales como *“qué nos pueden enseñar los antropólogos, sociólogos, psicólogos a nosotros, si no conocen el derecho”*.

La metodología en el grado

Dentro de la currícula de grado en la FCJyS de la UNLP no hay una materia destinada a la enseñanza de la metodología de la investigación. Algunas materias como Introducción a la Sociología o Sociología Jurídica tienen una “unidad” dentro del programa donde se ven estos temas, siempre de manera subsidiaria y dentro de materias que al interior de la carrera son consideradas no troncales, complementarias. Por lo tanto, el alumno de grado, asiste a las clases que el docente dicta sobre metodología con la cabeza puesta en dos cuestiones, una que es una materia difícil porque está alejada del ejercicio de la profesión y, otra porque ese alejamiento lo lleva a preguntarse y... esto, *¿para qué me sirve?* La cuestión entonces se resuelve o no, cuando llega el parcial.

Durante la carrera, se aprenden reglas, principios, instituciones, normas y formas de aplicarlas, dejando de lado la contextualización histórico-social de las instituciones jurídicas. Se pondera la repetición de normas jurídicas y/o anécdotas de la actividad procesal. (Gerlero, 2006). Incluso se verifica una tendencia en las últimas décadas, que marca claramente un retroceso de aquellos espacios curriculares que promueven la formación general y crítica, que permite relacionar el derecho con la vida social en su conjunto. (Cardinaux y González, 2006) Un ejemplo, que se podría mostrar, es que cuando se crea la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA) organizada en Escuelas y Departamentos, la Escuela de Ciencias Económicas y Jurídicas, no incluyó en su plan de estudios la materia Sociología Jurídica o Sociología. Sí, tiene Derecho Político, Economía Política y Filosofía del Derecho, pero en esas materias no se incluyen unidades referidas a metodología de la investigación. La carrera tiene una gran abundancia de contenidos tradicionales dispersos en materias denominadas derecho privado (7 en total); varios derechos comerciales y una débil presencia del derecho público en relación con el privado.

La metodología en el postgrado

El postgrado se relaciona con la profesionalización del docente-investigador al interior del campo académico (13). Y, como se ha desarrollado en otra parte del artículo, el Programa de Incentivos influyó decididamente en la profesionalización académica de una pequeña parte del profesorado de la carrera de Abogacía, aquella vinculada a las disciplinas sociológicas. Sin embargo, se encuentra otro sector, más vinculado a las materias codificadas que continúan con la matriz académica tradicional. Se podría afirmar que las dificultades para incorporar la metodología y técnicas de la investigación socio-jurídica, es directamente proporcional al tipo de carrera de postgrado que se trate, cuanto más ligada a las materias codificadas, hay menor presencia de metodología en la organización curricular de las carreras y mayor dificultad en realizar el trabajo final.

Los profesores tradicionales son los que tienen mayor peso curricular y por lo tanto, fueron los primeros en crear Especializaciones para sus áreas de conocimiento, al mismo tiempo que tienen mayor peso en la resistencia al cambio curricular. Como las Especializaciones tienen por objeto:

(13) Se entiende por “profesionalización académica” al proceso por el cual la actividad docente en la universidad se convierte en una verdadera profesión, constituida por la producción y la distribución de conocimientos de alta complejidad. La profesionalización del trabajo académico va de la mano del papel otorgado a los estudios de postgrado para contribuir a la formación de avanzada en un campo especializado.

“profundizar en el dominio de conocimientos teóricos, técnicos y metodológicos en uno de los aspectos o áreas de la disciplina profesional emergente de una profesión o de un campo de aplicación de varias profesiones ampliando la capacitación profesional a través de un entrenamiento intensivo. Estas actividades deberán completarse con un trabajo final de integración, cuya modalidad será definida por cada unidad académica. Conduce al título académico de Especialista con especificación precisa de la profesión o campo de aplicación”. (Art. 4º inc. a) Ordenanza 261 de la UNLP)

Este enfoque que en el postgrado de la FCJyS, se sostiene en la mayoría de las Especializaciones, los libera de la carga y justifica la no inclusión de la metodología de la investigación socio-jurídica.

Sin embargo, cuando algunos estudiantes al final de las carreras de especialización tienen que realizar el famoso “trabajo final de integración” concurren al taller de tesis de la maestría en Sociología Jurídica para poder darles forma y contenidos coherentes a sus trabajos.

En otros casos, los estudiantes de las especializaciones, asisten a talleres organizados por docentes de carreras no jurídicas. Allí aparece tímidamente la metodología de la investigación aislada del conocimiento troncal, la que servirá para un ejercicio específico de una rama del derecho y el único valor que tiene en esa instancia es “sortear una dificultad”.

Distinta es la situación en las carreras de maestrías (14) y en los doctorados de la FCJyS. Todas tienen metodología de la investigación como materia o como taller obligatorio con una carga horaria mayor a 48 horas. Tanto las maestrías como los doctorados culminan con un trabajo de tesis y toda tesis, aunque sea de menor alcance como las de maestría, deben realizarse en base a investigaciones socio-jurídicas previas y “*que demuestren la destreza en el manejo conceptual y metodológico correspondiente al estado actual del conocimiento en las áreas disciplinares o interdisciplinares del caso...*” (15).

Las modificaciones que se han producido a través del Programa de Incentivos, del exponencial desarrollo del postgrado y de la gestión, pareciera que aún sigue sin tener mayor impacto en la formación de los abogados en su carácter tradicional y profesionalista donde la enseñanza de la metodología ocupa un carácter absolutamente residual circunscripto a la voluntad de docentes y alumnos con una absoluta deslegitimación del valor que la misma puede adquirir en la formación profesional.

Por otro lado, existe a nivel universitario internacional una presión para ajustar la duración de las carreras de grado, haciéndolas más cortas y, si se prefiere, específicas para el ejercicio profesional y se propone la fuga hacia delante, hacia los postgrados, de los contenidos curriculares nuevos y generales, entre ellos, la metodología ya que el escaso valor que la misma tendría en el ejercicio profesional solo justificaría su inclusión en el nivel superior.

Las comisiones sobre epistemología y metodología en los congresos de Sociología Jurídica

La metodología y las técnicas de la investigación socio-jurídica tienen tan baja visibilización y aceptación al interior del campo jurídico, que en los Congresos de Sociología Jurídica, donde predominan las ponencias realizadas por abogados, la presencia de comisiones específicas sobre metodología y epistemología han sido azarasas.

Se han realizado desde el año 2000 hasta la fecha once [11] congresos anuales (16). Un repaso por las comisiones nos da un panorama de la cuestión: en el I y II congresos no hubo comisiones referidas a epistemología o metodología de la investigación; en el III congreso hubo una comisión de sociología del derecho y ciencias sociales: nuevos desafíos epistemológicos, donde se presentaron cuatro po-

(14) Las maestrías son: en Relaciones Internacionales, en Integración Latinoamericana; en Bioética Jurídica, en Derechos Humanos, en Ciencias Políticas, en Sociología Jurídica y en Inteligencia y Estrategia Nacional; los doctorados son en Ciencias Jurídicas y en Relaciones Internacionales.

(15) Art. 4º inc. b) Ordenanza 261 de la UNLP.

(16) En el año 2011 se realizará el XII Congreso Nacional y II Latinoamericano en la ciudad de Santa Rosa La Pampa en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la U.N.L.P. los días 3, 4 y 5 de noviembre. Hasta el momento no parece que se organice una comisión sobre el tema.

nencias una de México, otra de Brasil y dos de Argentina; el IV congreso no tuvo comisión del tema; el V la comisión se denominó “La investigación socio-jurídica sobre la justicia” se presentaron cuatro ponencias; en los congresos VI, VII y VIII hubo comisiones sobre investigación e interdisciplinariedad con nueve [9] ponencias. En el VII la comisión se denominó “Los problemas epistemológicos y metodológicos de la Investigación en el campo jurídico” se presentaron siete [7] ponencias; en el VIII hubo una comisión: La investigación en las Facultades de Derecho: problemas epistemológicos y metodológicos” se presentaron cuatro [4] ponencias. Los congresos IX, X y XI no tuvieron comisiones sobre el tema. En ocho [8] congresos se presentaron 28 ponencias.

El número más que exiguo con respecto a otros temas como delincuencia, migraciones, globalización, movimientos sociales, profesiones jurídicas, enseñanza del derecho, familia y género, salud reproductiva, crisis de la representación política, hicieron que los organizadores de estos congresos dejaran de incluir comisiones referidas a epistemología y metodología de la investigación en el campo jurídico. Esta poca presencia de la metodología podría estar relacionada con la socialización profesional tradicional donde la reflexión crítica sobre la propia práctica está ausente.

Por otra parte, en las comisiones de otros temas, concurrían muchas personas, quienes participaban con interesantes reflexiones e inclusive señalando críticas metodológicas a los trabajos expuestos. En las comisiones de epistemología y metodología iban solo los tres o cuatro autores de las ponencias y un público reducido de amigos y algún distraído que entraba y luego no sabía cómo hacer para escaparse sin alterar la serena y desesperanzada voz del expositor.

La metodología y el lenguaje jurídico

Hace unos pocos años que las prácticas jurídicas han comenzado a interesar a otras disciplinas sociales como la sociología o la antropología jurídica para constituir las en objeto de sus investigaciones, utilizando la metodología social para llevar a cabo las mismas. En ese trayecto los científicos sociales han entrado en diálogo con los operadores jurídicos con el objeto de interpretar el sentido que los mismos les otorgan a sus prácticas.

Por ejemplo, con respecto a la construcción del testimonio en la investigación social y su relación con el testimonio judicial, la antropóloga Tiscornia (2004: 7) decía que en “sus investigaciones al entrar en contacto con funcionarios judiciales es común que el antropólogo sufra el efecto de ‘encantamiento’, comience a hablar en la lengua jurídica y olvide entonces que el problema, una vez aprendido el lenguaje, es desembarazarse de él...”

El lenguaje, siempre es un medio y un obstáculo, especialmente para los profesionales que provienen de otras disciplinas y pretenden observar el fenómeno jurídico y/o participar del mismo. Así, se observa que cuando investigadores sociales que no son abogados pretenden enseñar metodología en las Facultades de Derecho encuentran grandes barreras ya que al utilizar diferente lenguaje les resulta difícil ejemplificar la metodología dentro del lenguaje jurídico, entonces el alumno-abogado interpreta que la metodología es un conjunto abstracto de instrumentos alejados del mundo jurídico que debe aprender a utilizar instrumentalmente para aprobar el Taller de Tesis de Maestría o Doctorado o para realizar el trabajo integrador de la Especialidad; pero la Metodología tiene una total desvinculación con el fenómeno jurídico.

Las Autoras ven con asombro que el sistema judicial puede identificar al ejecutor de un homicidio mediante una prueba balística, un ADN, sofisticados sistemas de escuchas de llamadas o cualquier otro medio de una serie de pruebas que el avance de otras ciencias ha hecho posible. Sin embargo, a la hora de interpretar testimonios judiciales, pareciera que nada de los modelos desarrollados en el campo de las ciencias sociales ha sido tenido en cuenta. Las revistas jurídicas todos los días dan cuenta de más o menos imaginativos análisis de contenidos —en general no lo son de testimonios, pero sí de relatos— que no reconocen matriz metodológica alguna, y no para replicarla —porque evidentemente se trata de otro tipo de trabajo— sino para ordenar y dar sentido a los datos de acuerdo a una teoría subyacente.

En definitiva, tanto la sociología jurídica como la antropología jurídica y otras ramas científicas que se han ocupado de los discursos que se producen en el campo del derecho han producido complejos armazones metodológicos para analizar el discurso jurídico, estructurados sobre bases teóricas también muy elaboradas y sujetas a diálogo argumentativo al interior de la comunidad científica pero han sido hasta el presente, ignorados al interior del campo jurídico. Es decir, que todas estas discusiones y estas marchas y contramarchas permanecen prácticamente inadvertidas para los juristas y los operadores jurídicos.

Reflexiones finales

Al volver a las preguntas iniciales ¿cómo investigar el campo jurídico? y ¿por qué y para qué necesitan los abogados/as aprender metodología de la investigación social? Se puede esbozar algunas respuestas. La primera si se admite que el derecho lo hacen los hombres, lo usan, lo transforman, forma parte de su comportamiento, se admite también que lo piensan y pueden consecuentemente conocerlo empírica y científicamente, para ello, las ciencias sociales y específicamente la sociología jurídica pueden investigar el campo, valiéndose de las teorías, los métodos y técnicas de la sociología, disciplina que le permite construir proposiciones coherentes, claramente estructuradas, relacionadas con reglas de correspondencia con la realidad social, siempre cambiante e interpretable.

La segunda pregunta lleva a admitir que el ejercicio de la profesión jurídica no queda reducido a esperar sentado en un sillón, detrás de un coqueto escritorio y entre paredes cubiertas de códigos y libros encuadrados en cuero, la llegada de clientes con problemas que pueden ser resueltos leyendo y aplicando algunos de esos textos. La profesión jurídica es hoy, recibir en situaciones diversas y en distintos ambientes sociales los problemas y demandas de las personas y de los colectivos, que exigen respuesta y soluciones que frecuentemente ya no están en los vetustos y aquilatados saberes jurídicos. Sino más bien exigen un cúmulo de nuevos conocimientos sociales y formas específicas de abordarlos, por ejemplo, entre otros, los problemas ambientales, los derechos sociales, los derechos humanos, los derivados de la aplicación e interpretación de las normas constitucionales, los procesos de judicialización de las decisiones políticas de los gobiernos y las nuevas configuraciones familiares. Esta escueta enumeración no admite un abogado que solo sepa leyes y códigos, tiene que saber investigar y para ello requiere indispensablemente estudiar metodología. Lista, (2007:28) señala que hay que *"incorporar o favorecer la formación en investigación de los alumnos"* porque ello les permitiría tempranamente adquirir conocimientos y habilidades básicas para superar los saberes anteriores.

A su vez, y esto ya se contempla, la formación de postgrado incluye el aprendizaje de la metodología, que es, con resultados diversos, metodología y técnicas de la investigación socio-jurídica.

La comprensión de la complejidad, los problemas y los desafíos que presenta el escenario actual de la profesión jurídica, pueden ayudar a pensar en alternativas posibles para incluir la enseñanza de la metodología y técnicas de investigación social, en el grado. Un ejemplo a seguir sería el reemplazo de la materia introducción a la sociología, por metodología y técnicas de la investigación socio-jurídica y la ubicación de la misma después de la materia sociología jurídica.

Bibliografía

ARGENTINA. Ministerio de Educación. Secretaría de Políticas Universitarias. Disponible en: <http://www.me.gov.ar/ministerio.html>. Consulta 16 de marzo 2011.

ARGENTINA. Ministerio de Educación. Secretaría de Políticas Universitarias. Programa de Incentivos a Docentes Investigadores. Decreto 2427 /1993 del PEN. Disponible en: <http://incentivos.spu.edu.ar/j15/index.php> Consulta 16 de marzo 2011.

BOURDIEU, Pierre. *La fuerza del derecho*. Santa Fe de Bogotá. Uniandes-Instituto Pensar- Siglo XX, 2000.

CARDINAUX, Nancy y GONZÁLEZ, Manuela. *Tres crisis de las Universidades Públicas: su impacto sobre el perfil del estudiante de derecho*. Ponencia presentada en el VII Congreso Nacional de Sociología Jurídica, UNLP, La Plata 2006.

- CASTORIADIS, Cornelius. *La institución imaginaria de la sociedad*, t. 1. Barcelona: Tusquets, 1983
- EGUÍA, Amalia. y PIOVANI, Juan. "Metodología de la investigación", EN: *Revista Tramas de la comunicación y la cultura*. La Plata, 2003 2(17), 34-52.
- EHRlich, Eugen. *Libre investigación del derecho y ciencia del derecho libre*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FERNÁNDEZ BERDAGUER, Leticia. "La Participación de las Facultades de Derecho en el sistema nacional de investigación" Mesa Redonda sobre *La investigación en Derecho*, realizada en La Plata, en el marco del Congreso Nacional de Sociología Jurídica FCJS-UNLP, 2000.
- GERLERO, Mario. *Introducción a la Sociología Jurídica: actores, sistema y gestión judicial*. Buenos Aires: David Grinberg, 2006.
- GONZÁLEZ, Manuela y CARDINAUX, Nancy. *Los actores y las prácticas. Enseñar y aprender derecho en la UNLP*. La Plata: EDULP, 2010.
- GONZÁLEZ, Manuela y MARANO, Gabriela *Un nuevo escenario para la enseñanza del Derecho*. Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Universidad Nacional de Córdoba - Córdoba 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. México: Porrúa, 1993.
- KLUGER, Viviana. "Historia del derecho e investigación: una alianza estratégica", EN: *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*. Buenos Aires, UBA, Facultad de Derecho, 2004 2 (3), 223-233.
- KUNZ, Ana. y CARDINAUX, Nancy. *Investigar en derecho. Guía para estudiantes y tesistas*. Buenos Aires: UBA. Facultad de Derecho, 2004.
- LISTA, Carlos. *La investigación en la formación de los abogados: reflexiones críticas*. Ponencia presentada en el VIII Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2007.
- ORLER, José. "Caracterización de la investigación científica en Derecho" Ponencia presentada en el Workshop, *La problemática de la investigación científica en el campo de las ciencias jurídicas*; organizado por el Instituto Gioja-UBA en Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los días 9 y 10 de marzo de 2006.
- SALANUEVA, Olga. "Aportes para una teoría de las relaciones jurídicas". Comunicaciones 2 del Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, Instituto de Cultura Jurídica-FCJyS-UNLP, La Plata, 1982, 391-409.
- SALANUEVA, Olga. "La labor de investigación en las Facultades de Ciencias Jurídicas". Mesa Redonda sobre *La investigación en derecho*, realizada en La Plata en el marco del Congreso Nacional de Sociología Jurídica FCJS-UNLP, 2000.
- SALANUEVA, Olga. "La investigación en el campo de las disciplinas jurídicas", EN: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, 2007 4(37), 655-662.
- SALANUEVA, Olga, GONZÁLEZ, Manuela, CARDINAUX, Nancy y otros. *La profesión jurídica: nuevas realidades*. La Plata: EDULP, 1999.
- TEUBNER, Gunther. "El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho", EN: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Madrid, 2002 25, 533-571.
- TISCORNIA, Sofía (comp.) *Burocracias y violencia. Estudios de antropología jurídica*. Buenos Aires: UBA, Facultad de Filosofía y Letras, 2004.
- ZAMUDIO, Federico. *Metodología, docencia e investigación jurídicas*. México: Porrúa, 2002. ♦

Posibilidades metodológicas en la enseñanza del Derecho

POR MARÍA JULIA AMILCAR (*), MARÍA MARTA LAGUYÁS (**), y LEONARDO P. PALACIOS (***)

Sumario: I. Introducción. II. Contexto. III. Del perfil deseado al perfil posible: ¿Cómo es y qué hace un profesor universitario? IV. Algunas cuestiones sobre el perfil institucional del docente de derecho. V. El docente de derecho: ser abogado y enseñar derecho. VI. Palabras de ustedes. VII. Jornadas de profesorado. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

Resumen

Este trabajo pretende enfocar la enseñanza del Derecho mediante la indagación de algunas herramientas pedagógicas que, ante la naturalización de prácticas tradicionales, se encuentran relegadas o ignoradas. De igual manera, pretende revisar algunos mitos, como la idea generalizada de que basta con sentarse, abrir los libros y leer para aprender Derecho; lo que justifica el dictado del tipo de clase magistral. Dicho enfoque surge a partir del curso conocido como “Posibilidades metodológicas de la enseñanza del Derecho”, dictado en el marco del Programa de Formación y Capacitación Docente de la Universidad Nacional de Mar del Plata, teniendo como desafío el de generar un cambio en la enseñanza del Derecho, mediante la valoración de la didáctica como brújula del accionar docente, para superar así el enciclopedismo, la fragmentación y el aprendizaje mayormente memorístico. Asimismo, se podrá desarrollar de manera eficiente sólo en nuevos contextos, como ser el aula, mediante cuestionamientos profundos y controversias genuinas que den lugar a una articulación persistente entre fenómenos jurídicos y pedagógicos.

Palabras clave: Didáctica — Aula — Cuestionamientos

Methodological possibilities in teaching law

Abstract

This work tries to focus law teaching methods by researching some pedagogic tools which are pushed into the background or ignored due the naturalization of the traditional practices. Likewise, it also intends review some myths, like widespread idea which states that learning is acquired only by sitting down and reading books, being this the justification of the magisterial classes. This approach arises from the course known as “Methodological Possibilities in Teaching Law”, taught in the framework of the Programme of Teacher Education and Training of National University of Mar del Plata, and it has the challenge of generating a change in the teaching of Law, through the valuation of didactics as a compass for the teaching actions to overcome the encyclopaedism, the fragmentation and the rote learning. This new view could be efficiently developed only in new contexts, for example in classrooms, by means of profound questions and genuine controversies which can give place to persistent articulation between legal and pedagogic phenomena.

Key words: Didactics — Classroom — Questions

(*) Profesora Investigadora, ayudante de primera ordinaria de Derecho Político. Miembro del Grupo de Investigación “Pensamiento Crítico” del Instituto de Investigaciones Dr. Carlos Santiago Nino y del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau”. Facultad de Derecho UNMdP

(**) Profesora en Ciencias de la Educación, Profesora de Posgrado en la UNMd. Miembro de Bitácora Pedagógica - Docencia Universitaria: estudios y desarrollo de cursos de formación para el profesorado universitario.

(***) Abogado. Master en “Sistemas penales comparados y problemas sociales”, Universidad de Barcelona. Docente regular de primera de Historia Constitucional Argentina. Facultad de Derecho. UNMdP. Miembro de Bitácora Pedagógica.

I. Introducción

El estudio del Derecho en la mayoría de las Universidades argentinas, comparte desde la época colonial un linaje que la desprende de la Teología y la Filosofía. Este particular origen explica que sea una de las disciplinas pioneras en el diseño de cursos universitarios específicos y títulos propios, reconocidos por las diversas formaciones estatales y que facultan para el desempeño en dos actividades específicas: la judicatura, y el ejercicio de la abogacía.

Como uno de los programas universitarios tradicionales, es casi por definición también, uno de aquellos en que menos conciencia existe respecto de las pericias con que se comunican los contenidos disciplinares.

Las preguntas que son más habituales en otras carreras, que en casi dos siglos de historia universitaria nacional han ido consolidando un estatus académico independiente gracias a luchas en el campo (1) un tanto más arduas que las que necesitó el Derecho para imponerse, no son tan usuales —o no lo eran hasta hace poco— en el ámbito del Derecho.

Asuntos como cuál es la relación entre la enseñanza y el objeto de conocimiento de la disciplina, o qué formación mínima deben poseer los docentes, cuál es papel que se espera de la profesionalización de la misma, o cuál es el modelo de formación de abogados que ostenta cada casa de estudios, quedan al margen de otras inquietudes que se ponderan como medulares.

El universo del Derecho parece ser ese que elabora pocas preguntas respecto a la formación de abogados porque hace tiempo cree tener las respuestas; o mejor dicho ese que posee implícita una definición de su objeto de estudio, y por lo tanto estima redundante discutirla; o en todo caso ese que no le urge otro tipo de docentes que aquellos versados en la asignatura respectiva y a priori juzgados como capaces de divulgarla eficazmente.

Esta es la problemática que ambicionamos afrontar en el presente análisis. Ciertamente, como todo estudio del mundo, tiene que limitarse en el espacio y en el tiempo, y consiguientemente, hemos encarado la actualidad de la disciplina en la Universidad Nacional de Mar del Plata, a partir de los resultados evaluados de dos cursos de posgrado organizados en el 2009 y el 2010.

Será el punto de partida en el intento por entrever que los aspectos sobrentendidos que habitan ese mundo, cuando profundizamos en ellos, generan más controversias que aquellas que asoman en la superficie.

II. Contexto

Como adelantamos, este trabajo es consecuencia de prácticas recogidas en sendos cursos organizados en la Facultad de Derecho y ceñidos a la enseñanza del Derecho. El primero fue dictado entre noviembre y diciembre del 2009 y llevó por título "Posibilidades metodológicas en la enseñanza del Derecho". El marco institucional que permitió su realización fue el Programa de Formación y Capacitación Docente en acuerdo paritario entre la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP) y la Agrupación de Docentes Universitarios (ADUM).

El proyecto contó asimismo con el auspicio de la Unidad de Graduados de la Facultad de Derecho. Sostenido por dicho andamiaje, y estimulado por la masiva participación de abogados titulados aunque no pertenecientes al plantel docente de la Facultad, en el 2010 se instrumentó un segundo curso, destinado especialmente a estos últimos.

Fue así que los participantes del primer curso sumaron sesenta y cinco, quince de ellos docentes de la UNMDP y el resto graduados de la misma institución, movidos por el interés en el ejercicio de la actividad docente.

(1) Aquí usamos campo en el sentido que le otorga Bourdieu, como el lugar en que los agentes y las instituciones luchan permanentemente por apropiarse de productos específicos que se encuentran en disputa, de acuerdo a las reglas propias constitutivas del campo y con distintos niveles de fuerza y distintas posibilidades de éxito. (Morales de Setién Ravina, 2000: 62).

El segundo, bajo idéntico título, se realizó entre octubre y noviembre del 2010. Atento lo advertido en la convocatoria anterior, dirigimos el llamado especialmente a graduados sin práctica docente, pero aspirantes a comprometerse con la enseñanza universitaria del Derecho.

En ambos, la modalidad en la coordinación de los encuentros consistió en parejas pedagógicas, integradas por una docente de Ciencias de la Educación que alternaba con dos profesores de la carrera de Abogacía, de materias correspondientes a distintos años del plan de estudios.

III. Del perfil deseado al perfil posible: ¿Cómo es y qué hace un profesor universitario?

Desde la concepción misma de los itinerarios, asumimos la postura de enseñanza enfocada en el alumno, esta ubicación implica otorgar más relevancia a las apreciaciones de aquél que a la labor del docente frente a la clase.

A pesar de lo señalado, nos detuvimos previamente a considerar el perfil docente en la Facultad de Derecho. ¿Cómo se explica esto? Obedece a que entendemos como una necesidad ineludible el escrutinio de ciertas características personales y profesionales a la hora de aproximarnos a la instrucción. Resulta forzoso franquear algunos límites, ligados a la relación del docente y los alumnos, con el imprescindible protagonismo de quien aprende durante las intervenciones didácticas.

¿Pero qué significa centrarse en el alumno en la enseñanza universitaria? No deseamos prescribir un listado-receta de “cómo-ser-un-buen-docente-universitario”. Más bien decimos que el nudo de nuestra formación es encontrarse e inmiscuirse con los principios de la disciplina para poder luego comunicarlos eficazmente a los estudiantes. Convenientemente lo explicita Edith Litwin: “Se intenta construir un puente entre la comprensión experta del docente y la comprensión inicial del estudiante. Los docentes previamente tuvieron que profundizar, comprender y ponderar las ideas clave, los hechos, los conceptos y la interpretaciones de su disciplina” (Litwin, 2000: 102).

Por descontado que esa derivación exige animarse a resignar protagonismo, de modo que sean los estudiantes quienes transiten la rutina, y encuentren su propia voz para expresarse. Nuestro encargo como profesores consiste en brindarles algunas herramientas, ayudar a utilizarlas, estimular la búsqueda de otras, a fin de cuentas, acompañarlos en la lectura de cierta cartografía para ensayar nuevos y entusiastas recorridos, hasta cierto punto sirviéndonos de los errores, para desembocar en la construcción del conocimiento.

Coincidimos con Biggs en que “el aprendizaje es una forma de interactuar con el mundo. A medida que aprendemos, cambian nuestras concepciones de los fenómenos y vemos el mundo de forma diferente” (Biggs, 2006: 45). Sobre esta base, acordamos que el arte de la buena instrucción consiste en sembrar la urgencia de trascender la mera adquisición de datos, para que la motivación sea un fruto de la buena enseñanza y no su prerequisite.

La expectativa al referir estas vivencias es, justamente, revelar la incidencia de las acciones docentes en el adiestramiento de alumnos que hoy son educadores en la universidad o anhelan serlo, y cómo esas funciones docentes se instituyen en un marco dado del desarrollo institucional y del adelanto característicamente académico de la disciplina.

Se trata de una especulación sobre la realidad, que carece de sentido si no se esgrime como fuerza propulsora de cambios emancipadores. Al dar la palabra al alumno nos ocupamos de la escucha atenta y la búsqueda de autocrítica, que supere los preceptos teóricos, en la aceptación incondicional del otro. Un otro con déficits y talentos, que aporta su historia y posee comprensiones que le servirán de acicate en el propósito didáctico que enfrente.

El aprendizaje tiene que procurar huir de la alienación, y esta aptitud exige fomentar la autonomía, desmenuzar los discursos, recapacitar esquemas previos y conjuntamente avivar en los alumnos el apetito por ser activadores de un cosmos heterogéneo y dinámico.

Aquello que se espera de un docente universitario ha cambiado en los últimos años. Pero subsiste la duda en el campo específico del Derecho, de si hemos advertido dicha mudanza, y si tenemos clara

razón de la huella que nuestro arte deposita en los aprendizajes de los estudiantes. Y aun habiendo tomado debida nota del asunto, cabe indagar de todos modos ¿qué hicimos, qué hacemos y qué estamos dispuestos a hacer en tal contexto?

Preexiste, mal que nos pese, un “inevitable”, que en el rol docente somos en principio un modelo para los alumnos que, en términos formativos, incorporan lo que hacemos, lo que decimos y hasta lo que callamos... Ninguna actitud ante ellos debe ser minimizada porque si algo escapa a la percepción de un sujeto, es advertida no obstante por otro. Nos comprende una ciencia social, motivo por el cual se trata “...de situaciones conformadas por múltiples relaciones, por plexos de fuerzas interactuantes. Es allí donde se produce el sentido que debe ser interpretado por el investigador social” (Díaz, 2003: 25).

Resulta a la sazón, que los abogados que opten por la docencia, tendrán un conjunto de referentes que orientarán su perfil. Cada uno como individuo cultural y perteneciente a la historia, se nutrirá de las situaciones vividas positiva o negativamente; y sobre esta urdimbre de experiencias tejerá una particular forma de ser profesor universitario.

Pero aquellas rutinas se han dado sobre un arquetipo institucional de formación de abogados, el cual no se acierta a explicitar, y por lo tanto no permite a los alumnos ni a los docentes, y tampoco a quienes desde la disciplina encaran la tarea de la gestión universitaria, preguntarse si hay o pueden instituirse otros modelos creadores de abogados.

Vistos los hechos, es poniendo en crisis varios de estos puntos, inquiriéndonos sobre las prácticas naturalizadas en la enseñanza del derecho, cuando llegamos a no pocas conclusiones útiles. Perfilar los condicionamientos existentes es la esencial tarea previa a la ejecución de cualquier reforma. Muchas veces trazar acabadamente dificultades pretéritas configura un principio de innovación.

IV. Algunas cuestiones sobre el perfil institucional del docente de derecho

El fondo que dispara este apartado tuvo un desarrollo específico en los cursos, y constituyó un tema debatido entre los docentes y futuros docentes de Derecho, ¿cuál es el graduado que esperamos? O mejor aun ¿qué tipo de capacitación pretendemos para los hombres y mujeres que luego de varios años transitando las aulas, egresan calificados como abogados?

Se puede coincidir o no con el perfil de graduado elaborado por la institución educativa, se lo puede censurar, se puede proyectar modificarlo, robustecerlo o solamente cumplirlo, pero no se lo puede soslayar. Es imperioso advertir que si participamos de una cátedra, la misma no es una isla, por el contrario la asignatura se halla inserta dentro de un plan de estudios, y se relaciona con el conocimiento científico en general y con otras materias en particular, en función de determinados objetivos. Es la manera en que la actividad docente obra como mediadora en el pasaje del estudiante al experto, que debe comenzar a ejecutar las tareas para las cuales recibió las nociones técnicas y las habilidades concretas de la profesión jurídica.

Institucionalmente, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, en su presentación del esquema de estudios general de la carrera, plasma una justificación del mismo, un diseño del graduado pretendido, y de los objetivos buscados. Discurrimos que es importante no sólo conocerlos, sino contrastarlos con lo que efectivamente sucede en la cotidianeidad de la entidad, sobre todo con las actitudes que los profesores despliegan en el aula, para que este diagnóstico nos permita emprender más cabalmente la exploración del contexto vigente del educador de Derecho.

En la fundamentación de dicho plan prestamos especial atención a que la Facultad reconoce y alienta una fuerte correspondencia entre la sociedad y la función del abogado. Así, supone una sociedad que requiere y merece ser cambiada, y dentro de las profesiones, describe a la abogacía como una de las especialmente involucradas en “las actividades políticas y económicas” y para la cual plantea “rumbos de transformación académica necesarios para que los egresados comprendan que papel cumple y cuál puede llegar a cumplir su profesión en una sociedad más amplia”.

Pese a que admite entonces, un tipo diferente de profesión y por lo tanto de graduado, no señala con claridad cuál es la preparación que cuestiona. Esto sin duda constituye un escollo, ya que marcar aquellos puntos que se programan cambiar resulta útil para admitir también la correlativa modificación en el accionar docente.

Rotundamente asevera que no quiere un egresado sólo apto para la contienda judicial, a la que califica como “la patología del Derecho”. De dicho postulado se entrevé una indubitada opción por una formación del abogado que supere la simple disposición para la causa ventilada en sede judicial. Y así lo expresa, indicando que pretende una formación flexible y crítica, por lo que sugiere una Comisión Permanente de Carrera, “que revise y evalúe, constantemente su marcha y su evolución, proponiendo todas las modificaciones que se entiendan convenientes”. Esto comporta, y así lo referencia, que el cambio universitario es análogo al cambio social preconizado.

El perfil de graduado que la Facultad traza conlleva un sujeto que se desembarace “de un sistema de ideas y conceptualizaciones preestablecidas, dogmáticas e inmodificables”. Pero esta declaración estimula nuevamente la pregunta: ¿cuáles son esos sistemas de ideas y conceptualizaciones preestablecidos?

En referencia a los objetivos específicos el programa indica:

“Dentro de las posibilidades del perfil propuesto, se aspira a que el profesional egresado con el título de Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, sea capaz de:

a. patrocinar y representar en actuaciones judiciales y administrativas con seriedad, cientificismo y eficiencia.

b. asesorar en asuntos que requieran opinión jurídica con sentido crítico y fundamentación técnico-científica.

c. desempeñarse en la magistratura y otras funciones judiciales con solvencia, integridad y conocimientos.

d. intervenir como asesor, mediador o representante en todas las actividades de la administración pública y/o privada, donde sea necesario el conocimiento del Derecho.

e. manejar conocimientos de técnica y política legislativa para realizar funciones electivas o no y ocupar cargos en el Gobierno del Estado con idoneidad y ética.

f. emprender proyectos y trabajos de investigación jurídica especializada con metodología científica.

g. transmitir los conocimientos y la experiencia adquirida con métodos pedagógicos adecuados para desempeñarse en la docencia.

h. desarrollar un conocimiento cabal y acabado de la problemática jurídica regional, para colaborar con su saber a la solución de los problemas”.

Como vemos, procura muchas y diversas posibilidades. No obstante, en lo que hace al aspecto concretamente formativo, debemos señalar que, a nivel institucional, y sin ignorar los esfuerzos particulares que realizan algunos docentes, incluso por fuera de la organización interna de las cátedras, se comprueban algunos absurdos entre lo requerido y la metodología implementada en la enseñanza.

Pongamos por caso el punto c) en cuanto a que proyecta que el graduado pueda “desempeñarse en la magistratura y otras funciones judiciales con solvencia, integridad y conocimientos”. Sin embargo a lo largo de la carrera no se enseña cómo elaborar un fallo, cómo organizar un juzgado, cómo gestionar una audiencia de conciliación, cómo rendir un examen con casos en el Consejo de la Magistratura, es decir, que hay insuficiente entrenamiento acerca de cómo emplear discernimiento contextualizado.

Otro ejemplo surge en el análisis del punto e), “manejar conocimiento de técnica legislativa”. El inconveniente es que en ningún curso se enseña técnica legislativa. La redacción de una ley es un

acto complejo, que pone en juego mucha destreza, elementos jurídicos pero también idiomáticos, y en general el alumno peregrina la Facultad sin siquiera interesarse por cómo se elabora una ley o proyecto de ley, ni mucho menos se los ejercita en la redacción de escritos sencillos, aquellos llamados de mero trámite, típicos de la profesión, o en la preparación de contratos; con que el aprendizaje se agota en la reproducción de modelos plagados de fórmulas rituales de las que a veces se desconoce el sentido, la etimología, o el idioma en que están expresadas.

El caso más evidente de los desequilibrios a que aludimos es el punto g) que manifiesta: “Transmitir los conocimientos y la experiencia adquirida con métodos pedagógicos adecuados para desempeñarse en la docencia”. La incoherencia entre el proyecto institucional y el día a día de la Facultad de Derecho, emerge sin hesitación ya que no hay un solo ítem dentro del programa de estudios de ninguna de las materias dictadas, que afronte algo próximo a la pedagogía. Falta en el diseño curricular, y además las prácticas docentes persisten bastante apartadas de comprensiones teóricas pedagógicas mínimas.

Lamentablemente la realidad exhibe que los docentes de Derecho no están estimulados ni consueñidos por la institución a capacitarse en pedagogía universitaria. Cualquier conato de superar el modelo “abogado que dicta clases” y escapar al método estándar de la enseñanza superior que es la clase magistral, además encorsetada por los textos exigidos por la cátedra y dirigidas frecuentemente a grupos numerosos, es una tentativa personal y las más de las veces solitaria. De hecho, los docentes que emprenden la enseñanza interactiva lo hacen guiados por la intuición, pero no porque hayan sido ilustrados en alternativas a la exposición unidireccional.

En cierto modo, hay una toma de posición epistemológica no explícita, ya que el diseño del plan de estudios de la carrera enuncia como otra pretensión, que los alumnos “aprendan a pensar y relacionar jurídicamente, mucho más que a memorizar teorías, definiciones y leyes. Es decir, *enseñar Derecho y no sólo legislación*, dotando al graduado de herramientas conceptuales por sobre la información”. (2) Teniendo en cuenta que el Derecho es el objeto de conocimiento de la disciplina, esta postura debería ser incontestable y correspondida con una metodología de la enseñanza paralela a lo que se desea del ejercicio disciplinar. Por lo que se refiere a las incumbencias del oficio de abogado, se han ampliado, exigiéndole en la actualidad una mayor versatilidad, dado que no se circunscriben al pleito en sede jurisdiccional.

V. El docente de derecho: ser abogado y enseñar derecho

Relacionado con esa fundamentación, perfil y objetivos propuestos por la institución, tratamos en los cursos la situación y la función del docente de Derecho.

Algunas de las preguntas planteadas fueron ¿qué imagen de profesor lleva consigo el abogado que imparte clases? Y ¿cuál es esa imagen al momento de diseñar un programa, una bibliografía, un método de evaluación, una estrategia para transmitir conocimiento? Y al desplegar esas tareas ¿pondera el perfil institucional?

Partimos de la base que hay un modelo de profesor que cada uno posee, y uno general, pero también cabe examinarse cuál es el que reflejamos nosotros mismos. Es saludable para la labor en clases indagar si se busca ser el docente que todo lo sabe, que apela a desatinadas proezas memorísticas; si se compite por demostrar más erudición que los compañeros de cátedra, o que otros colegas docentes, desentendiéndose del proceso de enseñanza aprendizaje; si como educador se cuestiona a la institución y a la profesión y en todo caso hasta qué punto; si se privilegia el vínculo enseñanza-aprendizaje o las necesidades hacia el interior de la cátedra, de la institución o de la propia carrera académica o política.

Muchas veces en el puesto de “abogado dictando clases”, cobra especial importancia la pintura de profesional que se propone, implícita o explícitamente a los alumnos. Contrariando el perfil de egre-

(2) El destacado es nuestro.

sado planteado por la institución, parecería que los docentes de Derecho plantean, mayoritariamente, el ícono del abogado litigante. En ocasiones, ni siquiera está presente en los docentes la posibilidad del abogado que puede llegar a ser funcionario judicial, cuando la realidad revela que es una de las principales y más sugerentes salidas laborales apetecidas por estudiantes y graduados; omiten también al abogado político que puede ocupar funciones administrativas, de gestión, o legislativas, todo lo cual resalta el divorcio entre la enseñanza del Derecho y la realidad social.

En general, el inconsciente colectivo del proceso de enseñanza (tanto del alumno como del profesor) se ubica en la concepción descripta. Se sobreentiende incluso que el abogado que no litiga o no litigó nunca, sufre de una *capitis diminutio*. En el puesto docente, no abundan los ejemplos de abogados como docentes, investigadores, gestores, consultores o asesores, etcétera, y menos aun dedicados con exclusividad a dichas esferas.

Se olvida de modo semejante que el abogado es un trabajador social y que sobre todo la Universidad Pública tiene que ser capaz de examinar el mundo del que forma parte, y constituir un espacio de enseñanza y de investigación, pero también una atmósfera que despabile el compromiso social, abierto, flexible y pluralista. En síntesis, una institución que sea denunciante y no cómplice de la iniquidad y marginación. Si los universitarios, docentes como estudiantes, son movilizadas a través de propuestas orgánicas, pueden aportar mucho a las políticas públicas y a las comunidades, en rigor ello les representa experiencias de un valor educativo insustituible.

Queda por ende de manifiesto el imperioso desafío que importa aventurarse en las posibilidades metodológicas de la enseñanza del Derecho, como asimismo en las contingencias distintivas del Derecho en cuanto objeto de investigación y sus alcances como saber para la función de abogar.

Sin embargo, encarar su enseñanza asumiendo los desafíos de la formación continua no se puede reducir a la enumeración de los diferentes métodos que permitan transmitir adecuadamente conocimientos teóricos y saberes prácticos. La cuestión es mucho más compleja, ya que las asignaturas en las que nos desempeñamos como docentes, por un lado, pretenden funcionar autónomamente dentro del plan de estudios, pero en realidad, están insertas dentro de un currículum que supone un modo de transmisión de conocimientos acorde con el modelo de profesional también presupuesto por la institución.

Entonces, la pregunta no es por la metodología más adecuada, o por lo menos no es sólo esa. Podemos adecuar nuestras estrategias de intervención como docentes a varias posibilidades: la clase magistral típica de nuestras aulas, la exposición dialogada, el análisis de documentos, el cotejo de textos normativos, el estudio de fallos, la realización de casos en sus diferentes combinaciones, los trabajos grupales o individuales de recopilación de información, las lecturas guiadas, la elaboración de resúmenes para sí mismo o para compartir, la redacción de monografías y la reescritura de las mismas, el armado de porfolios a lo largo de la cursada, las clases activas que combinen diferentes tareas y habilidades y hasta el desempeño en clínicas jurídicas.

De lo que se trata es de tomar decisiones coherentes para poder maximizar dichas intervenciones, y para ello tenemos que tener en cuenta todos los aspectos institucionales que influyen en esas decisiones, como por ejemplo el currículo formal y oculto de la institución, lo que se pretende "extra muros" de los profesionales del derecho, los objetivos formales, generales y específicos de la materia, el número de alumnos de la comisión, la carga horaria, el cargo del docente en la cátedra, entre otros.

A su vez, debemos fijar como meta, tener en claro y poder clarificar hacia fuera, especialmente a los alumnos, el tipo de conocimiento que es necesario en la etapa de formación en que intervenimos como docentes y en relación a los contenidos que estamos enseñando en cada etapa, la extensión de esos mismos contenidos, que muchas veces atentan contra la profundidad con que se pueden aprender, los objetivos parciales de cada parte de la cursada, las competencias en relación a la profesión que pretendemos que adquieran nuestros estudiantes en ese curso.

Si tenemos estos aspectos medianamente presentes, podremos pensar en diseñar las metodologías a desarrollar a lo largo del curso en general y en cada clase en particular, otorgándole un sentido concreto a cualquiera tarea que propongamos realizar a los alumnos.

A estas previsiones hay que agregar el proceso de evaluación que llevaremos adelante, ya que como sostiene Biggs “el qué y el cómo aprendan los estudiantes depende en gran medida de cómo crean que se les evaluará” (1999: 179). Es por ello que la evaluación lejos de ser un apéndice del proceso de enseñanza, se adentra en las raíces del mismo, por lo que no se puede romper la ligazón entre objetivos, conocimientos, tareas e intervenciones pedagógicas, estableciendo tipos de evaluación que nada tengan que ver con lo anterior, ya que eso produce el desplome de toda la estructura diseñada.

En cada fase que se planifique, esta estimación debe estar presente, pues optar por un ejemplo de ejercicio y de intervención en el aula que no se refleje posteriormente en los instrumentos de apreciación provoca una disociación cuyo efecto es doblemente perjudicial: por un lado los alumnos no obtendrán el tipo de conocimiento o de habilidad que intentamos transmitir, y por otro, es muy posible que fracasen en los exámenes atento no estar familiarizados con las pautas de pericia y de juicio exigidas en la evaluación.

En definitiva, alimentados por los desasosiegos recogidos en los cursos de capacitación, pensamos que explicar la docencia como una de las elecciones valederas del graduado de convertirse en un facilitador del aprendizaje, y la promoción institucional de la profesionalización de la actividad, son todavía una opción postergada en la mayoría de nuestras Facultades de Derecho. “La Universidad como formadora de recursos humanos que interactúan socialmente requiere de docentes formados, con conocimiento de herramientas teóricas y prácticas que faciliten el acceso a la información, promoviendo así el deseo de aprender, participando activamente del proceso desde sus inicios”. (Laguías, 2007: 498)

VI. Palabras de ustedes

Varios de las temas que venimos considerando se revelaron en uno de los trabajos grupales coordinados en el curso, y que dio lugar a una especial sección que llamamos “Palabras de ustedes”, porque fueron los alumnos, docentes y futuros docentes, que por escrito, en breves sentencias, expresaron las contrariedades que apreciaban en las prácticas docentes, y los remedios tendientes a suprimirlas.

Entre los alcances de los encuentros, nos habíamos propuesto compartir una experiencia de formación metodológica en la que se estimulara la participación y la creatividad y se vinculara el trabajo de clase con las realidades y limitaciones del docente de derecho en relación a las demandas de la sociedad actual. Enfocados en dichos afanes, bosquejamos una actividad que explorara la propia formación.

Algunos de los desalientos compartidos fueron los que abajo reproducimos tratando de ser fieles a las exactas palabras de los participantes.

Respecto a las debilidades en la intervención didáctica, puntualizaron:

- * La sobreabundancia de clases magistrales a lo largo de toda la carrera.
- * El método expositivo sin abrir el juego a disentir con los postulados de la cátedra, que genera un clima de aburrimiento, desinterés y hasta hostilidad.
- * Evaluaciones improvisadas, consignas poco claras y que son redactadas minutos antes del comienzo de la prueba.
- * La exaltación de la memorización, y por ende el ahogamiento de todo intento de pensamiento crítico.
- * Las clases donde se leen los códigos o se repiten textuales pasajes de los libros propuestos por las cátedras.
- * ...la clase netamente teórica... Se pierde atención, la motivación... Mucho más en aquellas en donde el docente se limita a dictar.
- * El dictado, que no incentiva el pensamiento y no logra alcanzar el conocimiento en su plenitud.

* La tendencia en formar meros operadores de normas, desconociendo la función social del derecho.

* La falta de exigencia en ciertas materias que se aprueban con un múltiple *choice* sin tener que argumentar demasiado.

* A veces el titular de cátedra es un eminente doctor, de solvencia intelectual incuestionable, pero su exposición es desordenada porque se nota que no prepara sus clases.

* El alejamiento entre profesor alumno, la falta de empatía y de humanización del vínculo.

* El docente que se refiere siempre al libro de su autoría o que sólo lee los artículos de los códigos sin explicarlos.

* Algunos profesores que entorpecen la libertad de aprender, declamando el texto único exigido o con un discurso siempre idéntico.

* El docente aferrado celosamente a una opinión doctrinaria, idea o postura política.

Uno de los grupos de trabajo, abordó la consigna estableciendo un *ranking* del mal profesor, inspirados en el *Top Ten* utilizado en algunos programas televisivos.

* 10 El profesor que dice “No tomen apuntes, sólo escúchenme a mí”.

* 9° El profesor monocorde para hablar, es súper aburrido y te dormís en sus clases.

* 8° El profesor asistemático.

* 7° El profesor que comenta trivialidades.

* 6° El profesor que da una exposición demasiado elevada, como si fuera de postgrado.

* 5° El profesor desconsiderado: llega tarde, se ausenta sin previo aviso, pide trabajos prácticos que luego no corrige.

* 4° El profesor que incluye en el examen contenidos que nunca mencionó en las clases.

* 3° El profesor autoritario y burlón, aquél que descalifica y humilla al alumno.

* 2° El profesor que únicamente lee el libro de la materia en la clase.

* 1° El profesor que lucra con sus alumnos: pide como único texto un libro de su autoría y no permite fotocopiarlo. Sólo evalúa sobre temas de esa obra o fallos que explicó en un seminario pago que él mismo da en forma paralela a la cursada.

Otro de los ejercicios consistió en estimular a los grupos a delinear cambios propicios en la enseñanza-aprendizaje. Concentrados por temas fueron principalmente los que siguen:

En cuanto al currículum:

* Opinamos que las materias deberían ser anuales, al menos las más extensas, sería bueno entonces que con mayor tiempo de cursada se adicionara a la asignatura una bolilla práctica específica.

* Habría que anexar los contenidos de algunas materias y darlas relacionadas (por ejemplo derecho sustantivo y procesal de la rama respectiva)

Con respecto a la formación de sus docentes:

* ...existe una falta de formación docente. Creemos que es necesaria la exigencia de preparación en ese aspecto, y que sería acertado que el plan de estudio incluyera orientación optativa en ese sentido.

* ...cualquier propuesta debe ir acompañada de un repensar el perfil del docente de nuestra facultad de Derecho y los criterios de selección.

* ...hacerles asimilar que dejen de ser abogados impartiendo clase y pasen a ser docentes de derecho.

En relación a la parte práctica de la carrera:

* ...creo que debería existir, en aquellas materias en las que se puede implementar, una relación más directa entre el marco teórico y la práctica propiamente dicha.

* Como parte de lo curricular hacer pasantías o tutorías en estudios jurídicos.

* ...una fase práctica luego de las clases magistrales que muestre como se materializa lo visto en clase.

* Ejercitar la "argumentación jurídica".

* No deberíamos dejar a la suerte el saber ejercer como abogados, porque le dificultamos a una importante cantidad de egresados su inserción laboral.

* ...conjuguar las diferentes estrategias (...) para lograr esa motivación necesaria que facilite el objetivo propuesto para cada docente.

* Acceder a la inspección de expedientes judiciales y administrativos desde el inicio de la carrera.

* Realizar pasantías, trabajos de campo, contactarse con otras disciplinas afines a la profesión de abogado...

Acerca de las características y exigencias institucionales:

* Figurarse una opción al actual sistema de promoción con nota cuatro sin rendir final.

* Reclamar por la falta de elementos en el aula (mobiliario, micrófono y parlantes, luces adecuadas).

* Nombrar a aquellos abogados adscriptos *ad honorem* de las cátedras, y que permanecen en la misma situación a veces por años.

* Convocar más concursos, y elevar el número de dedicaciones exclusivas y parciales.

* Que los ayudantes de primera y jefes de trabajo prácticos no cumplan funciones ajenas a su competencia.

Los testimonios hasta aquí expuestos, dicen mucho de los vínculos entre docentes y alumnos y de ambos con el contenido disciplinar. Vemos, por un lado, que el campo a intervenir es claramente atravesado por las relaciones humanas. Por otro, que el graduado tiene clara conciencia de las situaciones de aprendizaje que no favorecieron la correcta apropiación del objeto de estudio y hasta obstaculizaron dicho proceso.

A propósito de lo dicho, procuramos siempre en cada encuentro complementar las inyectivas con la elaboración de propuestas juzgadas idóneas para morigerar los defectos del sistema y encauzar su mejoramiento. Uno de los momentos más trabajosos en el itinerario de los cursos es cuando apremia abandonar la etapa testimonial, en que los asistentes vuelcan sus expectativas, vivencias y frustraciones, para después de esta necesaria catarsis, construir sobre dicho acopio disposiciones positivas, pensando en aparejos adecuados que permitan alzarse por sobre las dificultades ya graficadas.

Si no se consigue apurar ese estadio, el grupo pelagra en quedar atrapado y agotarse en la purga de recuerdos molestos y perturbadores, rumiando infortunios, pero sin llegar a establecer nuevas y beneficiosas variables.

VII. Jornadas de profesorado

En otro orden de cosas, tuvimos la fortuna de participar en las VI Jornadas Nacionales sobre la Formación del Profesorado: "Currículo, investigación y prácticas en contexto(s)" que se realizaron entre

el 12 y 14 de mayo de 2011, en la sede de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

El encuentro propuso dos temas de discusión predominantes: *Eje 1: Políticas El currículo*: Las políticas de formación / Las Nuevas Tecnologías / La Enseñanza / El Aprendizaje / La Evaluación / La Investigación. *Eje 2: Las Prácticas*: Narrativas / Prácticas en docencia, gestión y extensión en la Educación Superior / Experiencias / Formación / La Investigación.

Es en el segundo eje donde se enrolan nuestras actividades de los cursos “Posibilidades metodológicas en la enseñanza del Derecho”, de forma que las Jornadas de Profesorado fueron un espacio más que atractivo para esclarecer con otros colegas las actuales circunstancias de las prácticas docentes.

Doblemente gratificante resultó este intercambio por cuanto los fundamentos de la convocatoria se correspondían con muchas de nuestras inquietudes, y se reflexionó en torno a que la formación docente constituye al presente una de las claves necesarias en el momento de inquirir en una reforma educativa.

De igual modo se puso de relieve el talento de los educadores para articular las relaciones entre cultura y poder, interés y teoría/práctica, y su función de intelectuales transformadores que pueden entender los condicionamientos a los individuos derivados de las ideologías dominantes de etnicidad, clase, género y raza.

Examinar dicha situación postula la urgencia de un diálogo crítico comprometido que ayude a situarlos como agentes de transformación social en una época de neoliberalismo pedagógico, para instalar las circunstancias necesarias y posibles de un cambio educativo.

Cabe añadir que estos desvelos subrayan la jerarquía del aporte de la investigación educativa al conocimiento de los procesos de enseñanza y de aprendizaje centrados en el aula, en el análisis y en la mejora de la formación profesional. Y es en este punto donde la perspectiva narrativa contribuye con una mirada metodológica que nos reencuentra con la cotidianidad, la memoria y la vitalidad en las aulas. En otros términos, se teoriza pero con el apoyo de las prácticas concretas de formación.

Contactarse con la realidad es el único medio de asegurar la sensatez de las prácticas pedagógicas, porque es a través de una permanente investigación educativa que el sistema se interroga a sí mismo.

VIII. Conclusiones

Nos interesa afirmar que compartir estas experiencias, desde el pensamiento de la clase hasta su efectiva realización, tiene un solo compromiso: lograr que el alumno aprenda, pero madurando que lo que recoge de sus docentes tiene que ver consigo y lo proyecta hacia un genuino futuro profesional.

Ahora pues, no podemos dejar de lado que nuestras prácticas se insertan en una realidad institucional enmarcada por un perfil de graduado y profesional determinado. Esa silueta de graduado que la institución en algún momento discutió y cristalizó en su régimen de estudios, apareja una toma de postura epistemológica con respecto a la disciplina que en algún momento se debe volver a discutir, por lo menos para transparentarla.

Sabemos ya que el primer lugar de porfía debe ser el aula, en los cursos de grado o de posgrado que abordan la práctica disciplinar, porque es un espacio que convendría reputarse como un laboratorio de ideas, y un terreno inmejorable para el debate riguroso. Cuanto más serio y tenaz sea el cuestionamiento, devendrá una introducción hacedera y eficiente a las actuales implicancias.

Por ello recreamos algunas de las perplejidades que nos provocaron al análisis: ¿Es factible optimizar nuestras intervenciones? ¿De qué manera? ¿Existe un campo receptivo a los cambios? Estas preguntas que nos hacemos desde hace tiempo, se renuevan en cada curso y actualizan el empeño por razonar las implicancias de nuestras mediaciones docentes en la formación de los estudiantes como diagnóstico para la superación.

Sugerimos abandonar paulatinamente el arquetipo del profesor aislado, enfrascado en seguir y completar el cronograma, y que acota a estas mínimas exigencias sus perspectivas didácticas. De dicha mezquindad vale la pena escapar, y codiciar un conocimiento que facilite percibirnos y corregirnos. Ergo, incitemos en los alumnos y en nosotros mismos, la aprehensión del mundo para actuar sobre él, y someter el entorno a una diatriba constructiva. En palabras de Esther Díaz: “En los estudios sociales, el hombre desde sí mismo capta el sentido de las realizaciones humanas y desde ellas interpreta su propio ser” (Díaz, 2003: 26).

La función del profesor debe consentir la asunción de especificidades cada vez mayores, y su saber pedagógico para no menguar reclama cimentarse en una filosofía de vida y una concepción del ser humano y de la interacción social.

En suma, juzgamos valiente pugnar por un encuentro auténtico con los estudiantes y con otros profesores para gestar un vínculo pedagógico que sea costumbre que humanice. No desconfiemos de nuestra capacidad de reforma, ni de la de los otros, sin la presencia de los cuales ninguna evolución es operable; pero si abogamos por el cambio tendremos que poner en juego además de estudio y buena disposición, cierta cuota de imaginación y entusiasmo, para arribar a algo diferente de la que ya existe.

IX. Bibliografía

Biggs, John. *Calidad del aprendizaje universitario*. Madrid: Narcea, 2006.

Beillerot, Jacky. *La formación de formadores*. Buenos Aires: Novedades Educativas, 2006.

Camilloni, Alicia R. W. de [et al]. *El saber didáctico*. Buenos Aires: Paidós, 2007.

Carlino, Paula. *Escribir, leer y aprender en la universidad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.

Díaz, Esther. “Conocimiento, ciencia y epistemología”, En: *Metodología de las ciencias sociales*. Buenos Aires: Biblos, 2003.

Domenech, Ernesto. “Abogados, escuelas y colegios” En: *Hacia el Octavo Congreso Provincial de la Abogacía*. Colegio de Abogado de la Provincia de Buenos Aires, 1997.

Gozáini, Osvaldo. *La enseñanza del derecho en la Argentina*. Buenos Aires: Ediar, 2001.

Laguyás, María. “Una propuesta para la formación docente en la Facultad de Derecho”, En: *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales. IX Jornadas de Investigadores y Becarios*. Mar del Plata: Suárez, 2007.

Litwin, Edith. *Las configuraciones didácticas. Una nueva agenda para la enseñanza superior*. Buenos Aires: Paidós Educador, 2000.

Lucarelli, Elisa. *El asesor pedagógico en la universidad*. Buenos Aires: Paidós Educador, 2000.

Menin, Ovide. *Pedagogía y universidad. Curriculum, didáctica y evaluación*. Rosario: Homo Sapiens, 2004.

Morales De Setién Ravina, Carlos. “La racionalidad jurídica en crisis”, en: Bordieu, Pierre y Teubner, Gunther, *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2000. ♦

Para un conocimiento de la teoría pura del derecho

POR CARLOS ENRIQUE PETTORUTI (*)

Reseña

El alcance y la importancia de la obra de Kelsen no puede ser comprendida cabalmente si nos limitamos al análisis de sus expresiones, frases y afirmaciones, sin atender al ámbito social, histórico, político y cultural en el cual el pensamiento kelseniano se desarrolló.

Entre los días 30 de septiembre de 2010 y 27 de febrero de 2011, en el Museo de Josefstadt (uno de los distritos de la ciudad de Viena) se realizó una muestra en homenaje a Hans Kelsen. En dicha ocasión se presentó el libro “Hans Kelsen y la Constitución Federal”, en el cual se publican numerosos trabajos destinados a difundir la vida y obra de quien fuera el autor de la actual Constitución Federal de la República de Austria.

Signado por una vida plena de vicisitudes que influyeron en su perspectiva jurídica, política y filosófica, Hans Kelsen no puede ser entendido sólo como un “jurista positivista” ya que son muchos los ideales, sentimientos y valoraciones se aprecian en diversas facetas de su extensa labor.

Este artículo que a continuación se traduce concentra y refleja su vida y obra como jurista, filósofo y constitucionalista. Ha sido escrito precisamente por uno de sus discípulos y durante muchos años director del Hans Kelsen-Institut de Viena, el Prof. Dr. Robert Walter, quien tuvo la oportunidad de disertar en nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales con motivo del Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, en 1982. Éste es un tributo a su trayectoria académica.

La posibilidad de acceder a este, su último escrito publicado, llega a nuestro ámbito universitario merced a la cortesía del Prof. Klaus Zeleny, Secretario del Hans Kelsen-Institut, quien es el portador de los derechos intelectuales de la obra del Prof. Walter.

Aspiro a que esta tarea de difusión contribuya a comprender un poco más el sentido de la obra kelseniana, ya que solamente conociendo su “vocación pura” para que el derecho y la política estén al servicio de los altos ideales humanos, podremos comprender mejor el propósito de su “Teoría Pura”.

Abstract

We can not understand completely the sense of Kelsen’s work if we analyze only his expressions, phrases and assertions, without looking for the social, historical, political and cultural environment in which Kelsen’s thought has been developed.

Between September 30th, 2010 and February 27th, 2011, at the Museum of Josefstadt (a district of the city of Vienna) an exhibition in honor of Hans Kelsen took place. On that occasion the book “Hans Kelsen and the Federal Constitution” has been presented. The book contains numerous papers about the life and work of the author of the Federal Constitution of the Republic of Austria.

Marked by a life full of events that influenced his legal, political and philosophical perspective, Hans Kelsen can not be understood only as a “positivist lawyer” as there are many ideals, feelings and values that we can observe in various facets of his extensive work.

The article below focuses in his life and work as jurist, philosopher and constitutionalist. It has been written just by Prof. Dr. Robert Walter, who was founder and director of the Hans Kelsen-Institut in

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Profesor Titular Ordinario de Introducción al Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, y miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Vienna, and spoke about Kelsen's theory at our Faculty of Law on occasion of the First International Congress of Law Philosophy in 1982. This is a tribute to his academic career.

The ability to access this last published writing, is possible thanks to the courtesy of Prof. Klaus Zeleny, Secretary of the Hans Kelsen-Institut, who is the holder of the copyright of Prof. Walter's work.

I hope that this task contributes to understand the sense of Kelsen's work, because only knowing about his "pure vocation" for law and politics on duty for the highest human ideals, it is possible to understand the purpose of his "Pure Theory".

En el año 1934, exiliado en la ciudad de Ginebra a raíz de las persecuciones nacionalsocialistas, el jurista austríaco Hans Kelsen terminó de escribir un pequeño libro que tituló "Reine Rechtslehre", que fue traducido al español como "Teoría Pura del Derecho".

Quizás como un ejemplo de que con pocas palabras es posible realizar grandes obras, el título de este libro pasó luego a ser tomado como sinónimo de toda la teoría kelseniana, desarrollada a lo largo de numerosos trabajos, conferencias y publicaciones.

A la soledad de su exilio Kelsen debió sumar la soledad hermenéutica. Digo esto porque en su momento, y también hasta nuestros tiempos, la Teoría Pura del Derecho fue duramente criticada en los ámbitos académicos, jurídicos y políticos, debido tal vez a la desinterpretación de los objetivos que se propuso su autor: construir las bases de una ciencia jurídica depurada de influencias ideológicas ("depurada" no significa "desvinculada").

El alcance y la importancia de la obra de Kelsen no puede ser comprendida cabalmente si nos limitamos a un puntilloso análisis gramatical de sus expresiones, frases y afirmaciones, sin atender al ámbito social, histórico, político y cultural en el cual el pensamiento kelseniano se desarrolló. Como bien señala el filósofo y novelista hispano-norteamericano Jorge Santayana, aquellos que desconocen el contexto en el cual se desarrollaron las ideas, están destinados a malentenderlas.

Por ello, nada hay mejor que conocer holísticamente a Kelsen, de manera tal que su teoría no trate de ser explicadas por partes aisladas, sino en función de todo el sistema abarcativo de los factores, teorías, situaciones y personas interactuaron en este proceso. No es casual que la Viena de Kelsen fuera la misma que la Viena de Freud, Popper, Wittgenstein, Schönberg, Klimt, Loos y tantos otros genios de las ciencias y las artes.

Lo que ocurrió a principios del siglo XX en la capital austríaca no fue producto de un momento, sino de la larga trayectoria de un país que, por muchos, es considerado el corazón de Europa, y, como tal, portador de una fructífera historia que contribuyó a la conformación de un pueblo muy variado culturalmente, pero de un gran respeto institucional, leal y conservador, a la par de ser respetuoso de las diferencias. Esta marca espiritual se proyecta hasta las ideas filosóficas de la Austria moderna.

En los finales del siglo XIX, Austria constituía una potencia con un vasto territorio, con una asentada estructura de poderes y con una notable estabilidad institucional. Y no es casual que la arquitectura, el arte, el periodismo, el derecho, la música y la filosofía ocurrieran en un mismo lugar y en un mismo tiempo: la vida artística y cultural era la ocupación de un grupo de artistas, músicos y escritores que tenían por costumbre encontrarse y discutir todos los días y que concebían apenas la necesidad de una especialización profesional. La filosofía no era para ellos una disciplina autónoma y separada de otras disciplinas sino que tenía múltiples facetas y estaba interrelacionada con todos los aspectos de la cultura.

La Viena en la que vivió Kelsen era una ciudad en la que se cultivaba una conciencia nacional y cosmopolita en donde la burguesía había encontrado en el esteticismo un instrumento de educación en la verdad metafísica y en la moral. Por lo notable de esta sociedad, su cultura y los desarrollos del pensamiento, la ciudad fue considerada por algunos como la Atenas del siglo XX.

Ahora bien, una de las consecuencias de la finalización de la Primera Guerra Mundial fue la caída del poder imperial y el surgimiento de la República de Austria (año 1919). Como consecuencia

de esto generó en los ámbitos académicos y universitarios la necesidad de hallar nuevas teorías que permitieran fundamentar la unidad del Estado sobre nuevas bases filosóficas, políticas, psicológicas y sociales. Es por eso que podemos afirmar que la Teoría Pura del Derecho tiene gran importancia también desde el punto de vista político pues sostiene y se preocupa por el Estado de Derecho.

En el marco de esta realidad surge el llamado Círculo de Viena del cual Hans Kelsen formó parte. Este círculo fue integrado por un gran grupo de pensadores que trabajaron sobre temas en común que estaban interrelacionados, como una manera de compartir inquietudes e ideas.

Es importante influencia del Círculo de Viena en las ideas kelsenianas, especialmente en lo que hace a la búsqueda de la objetividad del conocimiento, la verificación empírica y la preocupación por la determinación del objeto de conocimiento.

Kelsen fue un pensador que enmarcó el positivismo jurídico austríaco de la época con base en una verdadera “teoría del conocimiento”, pero no se quedó solamente en el aspecto teórico: fue un excelente abogado, constitucionalista, juez, y también —aunque en una versión no tan conocida— poeta. Es impensable que una persona con tanta capacidad intelectual y tanta sensibilidad hubiese pretendido limitar sus investigaciones a una mera exposición sistemática del derecho: signado por una vida plena de vicisitudes que influyeron en su perspectiva jurídica, política y filosófica, Hans Kelsen exorbita al mero modelo de “jurista positivista” pues son muchos los ideales, sentimientos y valoraciones se aprecian en diversas facetas de su extensa labor.

Como reconocimiento a su gran trayectoria científica, jurídica e institucional recientemente, entre los días 30 de septiembre de 2010 y 27 de febrero de 2011, en el Museo de Josefstadt (uno de los distritos de la ciudad de Viena) se realizó una muestra en su homenaje. En dicha ocasión se presentó el libro “Hans Kelsen y la Constitución Federal”, en el cual se publican numerosos trabajos destinados a difundir la vida y obra de quien fuera el autor de la actual Constitución Federal de la República de Austria.

El artículo que a continuación se traduce, fue publicado en el libro mencionado, y concentra y refleja su vida y obra como jurista, filósofo y constitucionalista. Ha sido escrito precisamente por uno de los más directos continuadores de la Teoría Pura del Derecho y quien fuera durante muchos años director del Hans Kelsen-Institut de Viena, el Prof. Dr. Robert Walter, quien tuvo la oportunidad de disertar en nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales con motivo del Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, en 1982.

El reciente fallecimiento del Prof. Walter el 25 de diciembre del pasado año 2010 me obliga a manera de homenaje a recordar su trayectoria profesional y académica: Se recibió de abogado en 1953, y fue designado Juez en 1957. Se doctoró en 1960 con Adolf Merkl con tema “Constitución y judicialidad”. Fue profesor de la Universidad de Graz y en 1975 de la Universidad de Viena, donde en el año 1999 se lo designó profesor emérito. Compartió las bases teóricas de la Escuela de Viena, fundamentalmente las ideas de Kelsen y Merkl. Fascinado por la obra jurídica de Kelsen como principal representante austríaco de la “Segunda República” propuso siempre continuar los desarrollos de la Teoría Pura del Derecho, y es así que en el año 1971 fundó el Hans Kelsen-Institut. Escribió 24 libros y 250 trabajos, destacándose por su tarea como profesor, en la cual formó una gran cantidad de discípulos. El valor más alto siempre fue para él la verdad científica.

La posibilidad de acceder a este, su último escrito publicado, llega a nuestro ámbito universitario merced a la cortesía del Prof. Klaus Zeleny, Secretario del Hans Kelsen-Institut, quien es el portador de los derechos intelectuales de la obra del Prof. Walter.

Aspiro a que esta tarea de difusión contribuya a comprender un poco más el sentido de la obra kelseniana, ya que solamente conociendo la “vocación pura” de Kelsen y sus discípulos para que el derecho y la política estén al servicio de los altos ideales humanos, podremos comprender mejor el propósito de la “Teoría Pura”.

Hans Kelsen vida y obra. Una introducción

POR ROBERT WALTER (*)

(TRADUCCIÓN POR CARLOS E. PETTORUTI)

El 11 de octubre de 1881, es decir hace casi 130 años, nació en Praga el hijo del matrimonio de habla alemana formado por Adolf y Auguste Kelsen, quien llevó el nombre de “Hanns”. En varios documentos posteriores, el nombre de Kelsen aparece también como “Johann” (1). Luego de ello, nuestro protagonista ingresó en la historia de la ciencia como Hans Kelsen.

Unos pocos años después de su nacimiento la familia se mudó a Viena donde Kelsen inició su escuela primaria, y luego completó sus estudios secundarios en un renombrado colegio académico. Kelsen no se sintió atraído por la mayoría de las materias que allí se impartían. Su interés se dirigía hacia la literatura y más tarde hacia la filosofía, donde las enseñanzas de Kant comenzaron a ejercer influencia sobre él.

Luego del bachillerato, en el año 1900 cumplió con las previsiones del servicio militar como “voluntario anual”. Para Kelsen esto fue un paso significativo, pues luego fue nombrado “auditor” en el área jurídica del ejército, lo cual posteriormente le posibilitó —finalmente como auditor general— desempeñarse en la función de consejero jurídico del último ministro de guerra de la monarquía, y como tal vivir de cerca el desmoronamiento de esta última (2).

El camino de Kelsen en la Ciencia del Derecho.

Kelsen apuntó sus estudios jurídicos hacia aspectos prácticos relativos a su futuro profesional, ya que después de la finalización de los mismos, él consideraba la posibilidad de ser abogado o juez. Pero estos estudios lo decepcionaron amargamente. Mas tarde, Alfred Verdross hizo el interesante ensayo de explicar esa impresión negativa de Kelsen en que no había ningún sistema que posibilitara la unificación de las por entonces asiladas ramas jurídicas. Uno poseía un manojito de partes en la mano, pero faltaba una unidad intelectual. Esa unidad-abarcativa y demarcatoria de la ciencia jurídica fue creada luego a través de la teoría kelseniana. Mientras tanto, Kelsen se conformó con desarrollar sus habilidades al parecer para convertirse en escritor, y así es como escribió un trabajo sobre la Teoría del Estado en Dante Alighieri, la cual el muy crítico profesor Edmund Bernatzik incluyó en su serie de publicaciones (1905). En los seminarios de los profesores Bernatzik y Menzel, Kelsen abordó temas importantes que rápidamente se concretaron en publicaciones. En 1907 Kelsen escribió un comentario a las normas del régimen electoral del Imperio, un trabajo del cual hasta hoy día pueden extraerse cuestiones fundamentales. Paralelamente, Kelsen concluyó su año judicial.

Estas actividades le mostraban a Kelsen que la ciencia debería ser su medio de vida. De allí que yo no pueda negar que él —para el mantenimiento de su familia— debió ocuparse de variados empleos temporales. Prontamente tuvo una meta frente a sí, y quería hacerla realidad en 1911: elaborar un trabajo teórico para su habilitación docente el cual, poniendo todos los esfuerzos de investigación, tuviera como punto central a la proposición jurídica. A lo largo de sus estudios él se había percatado de lo importante que era establecer un concepto central para el replanteo de muchos problemas que eran tratados en forma aislada.

(*) Profesor Emérito de la Universidad de Viena y fundador y director del “Hans-Kelsen Institut” de Viena.

(1) Nota del traductor.: Los nombres “Hans”, “Hanns” y “Johan” se utilizan indistintamente en idioma alemán para el nombre “Juan”, si bien los dos primeros son más utilizados por los austríacos, y el tercero generalmente por los alemanes.

(2) Nota del traductor: el texto hace referencia a la llamada Monarquía Dual o Imperio Austrohúngaro que bajo el mandato del emperador Francisco José I de Austria se desmoronó luego de la Primera Guerra Mundial.

La Escuela de Viena.

Como fruto de los esfuerzos de Kelsen, apareció en 1911 su exitoso trabajo de habilitación “Problemas Capitales de la Teoría del Estado” en su primera edición. Con ella obtuvo el carácter de catedrático para Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena. En el verano del mismo año comenzó con sus tareas docentes. Contrariamente a lo que uno pudiera pensar, este trabajo nuevo y fundamental no se ocupa totalmente de la ciencia jurídica, ni de debate sobre ella en sentido positivo o negativo. El biógrafo de Kelsen, Métall se refiere más exactamente a que la obra tuvo escaso eco y una fría aceptación. Fueron los primeros alumnos de Kelsen —nombro solamente a Adolf Merkl y a Alfred Verdross— quienes encaminaron sus trabajos científicos hacia Kelsen y de esta manera hicieron más claro el significado de esta nueva teoría. Los esfuerzos de su círculo de alumnos fueron apreciados por Kelsen en el prólogo a la segunda edición de los “Problemas Capitales” publicada en 1923. Se evidencia ya el surgimiento de una nueva escuela en la teoría jurídica que ya no podría ser olvidada.

De la evolución de la Teoría Pura del Derecho entre las dos ediciones de los “Problemas Capitales” surgen dos puntos de gran significación: la teoría de la norma fundamental y la teoría de la estructura escalonada del orden jurídico.

Algo breve respecto de la teoría de la norma fundamental: a partir de un análisis del ordenamiento jurídico de la Monarquía, Kelsen destacó que cada una de las numerosas y sucesivas normas deben ser remontadas a una base centralizada —la norma fundamental—. Advierte más tarde que la norma fundamental no es la máxima norma constitucional, sino que debe ser entendida como una hipótesis jurídica.

Ahora respecto de la teoría de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico: en los “Problemas Capitales” Kelsen se esfuerza por desarrollar un concepto fundamental de la ciencia jurídica. Lo encuentra en la llamada “proposición normativa” (que se extrae de la norma), con cuya ayuda uno puede comprender resumidamente la el material jurídico. Lo que tentativamente a Kelsen aún no le interesaba era cómo se constituía la proposición normativa, la cual él ubicaba en el campo de la política, y tampoco le interesaba el desarrollo interno del derecho. De esta manera, su sistema era estático.

Fue uno de los primeros discípulos de Kelsen, a saber Adolf Merkl, a quien no le satisfizo este punto de vista: el también quería incluir dentro de la ciencia jurídica el tratamiento de la génesis y evolución de las normas en otras formas jurídicas, con lo cual el sistema estático de Kelsen —tal como él lo formulara— sería un proceso de génesis en el cual el derecho es producido por el derecho, llegando a través de una serie de gradas intermedias a los actos individuales. Kelsen aceptó este enfoque, y desde entonces la teoría de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico juega un rol central en el sistema de la Teoría Pura del Derecho.

Vida privada.

Permítaseme exponer en esta parte un pequeño panorama de algunos puntos importantes de la vida privada de Kelsen: se casó en 1912 con Margarete Bondi, hija del próspero matrimonio vienés integrado por Ferdinand y Bertha Bondi. Con ella como incesante apoyo e incansable ayudante llevó adelante una vida llena de vicisitudes. La pareja tuvo dos hijas: en 1914 nació Hanna, quien luego contrajo matrimonio con el médico Rolf Oestereicher. Una segunda hija, María, nació en 1915, quien —luego de finalizar su carrera— se casó con el economista Ernst Feder y terminó viviendo y trabajando como bibliotecaria en Berkeley. De este matrimonio nació Anne, quien se casó en Hawai, vive, y es la madre Geoffrey, bisnieto de Kelsen.

Kelsen como colaborador de la Constitución Federal de 1920.

Ya durante la época en la cual cumplió funciones en el Ministerio de Guerra Kelsen se ocupó de problemas relativos a modificaciones constitucionales —referentes a la separación del ejército austro-húngaro—. Esos proyectos devinieron obsoletos cuando se produjo el derrumbe de la monarquía.

No obstante ello, Kelsen dirigió su tarea hacia la elaboración de una constitución destinada a la nueva República Austríaca con resultados altamente significativos. El canciller Dr. Karl Renner le dio para ello la directiva de que la nueva constitución debía contener una estructura federal y una organización democrática. Así es como Kelsen vuelca dichos principios políticos de la manera más técnica y correcta posible, incorporando garantías eficaces para la constitucionalidad de las funciones del Estado. El último punto estaba dirigido a la implementación de una Corte Constitucional como tribunal examinador de las leyes, una institución que lentamente, pero cada vez en mayor medida se fue imponiendo y hoy en día es un componente integrante de todas las constituciones.

Para facilitar la tarea técnicas —especialmente las consultas con las provincias— Kelsen elaboró seis proyectos que si bien tenían algunas variantes internas, se asemejaban en cuanto a su redacción y estructura, y así facilitó el intercambio de algunos pasajes. Así fue como la comisión constitucional del Parlamento se valió de uno de esos proyectos tomando algunos puntos sin cambiarlos totalmente, y sobre esta base fue relativamente fácil lograr una unificación que permitió que el 1 de octubre de 1920 se votara la Constitución Federal. Se ve cómo gracias al método escogido por Kelsen es posible el surgimiento de las constituciones. Lamentablemente esto ha sido olvidado.

Kelsen como juez constitucional

En 1919 Kelsen comenzó a prestar funciones en la Corte Constitucional provisoria, como integrante neutral —es decir, no fue propuesto por ningún partido político—. Con el mismo carácter fue luego nombrado en la Corte Constitucional que se conformó luego de la sanción de la Constitución Federal. Kelsen valoró mucho esa posición neutral. Esto permite explicar porqué declinó su reelección luego de la reorganización política de la Corte en el año 1930. Ésta hubiese sido posible con la propuesta favorable del partido de los socialdemócratas (quienes más allá de ello también le aseguraban a Kelsen su independencia). Pero Kelsen no quería deber su puesto a ningún partido político —una conducta que hoy en día casi nadie logra comprender—. Así finalizó sus funciones el 15 de febrero de 1930.

La realización de una breve investigación de la tarea de Kelsen en la Corte Constitucional nos muestra que participaba constantemente en el tribunal, era uno de sus máximos referentes e intervenía en todos los debates. La mayoría de las veces Kelsen hacía valer su opinión en el cuerpo colegiado. Únicamente en el caso de la compleja cuestión de las dispensas se apartó de la Corte. Esto tuvo efectos posteriores, en última instancia en la renovación de sus funciones en la Corte Constitucional, de la cual Kelsen nunca más formó parte (3).

La carrera de Kelsen

La carrera de Kelsen fue muy accidentada:

En el año 1911 obtuvo un cargo docente fijo en la entonces “Academia de Exportación” —actualmente “Universidad de Ciencias Económicas”—, en la cual luego fue profesor. Esto no llegó a concretarse debido a que en el año 1918 obtuvo el cargo de profesor extraordinario en la Facultad Jurídica de la Universidad de Viena. En 1919 fue profesor ordinario en esa facultad.

Luego de su separación del cargo como juez de la Corte Constitucional y con numerosas enemistades, Kelsen decidió dejar Viena en el año 1930 a fin de obtener un cargo en la Universidad de Colonia.

(3) Nota del traductor: Según lo señala el biógrafo de Kelsen, Rudolf Aládar, Métall, el tema de las dispensas matrimoniales constituyó un escándalo único en la historia jurídica austríaca. La “dispensa administrativa” dejaba sin efecto el matrimonio celebrado ante un organismo administrativo y proporcionaba una suerte de autorización para contraer un segundo matrimonio. Ante ciertos planteos, los tribunales ordinarios comenzaron a declarar la anulación de esas dispensas, lo cual hizo que los perjudicados acudieran a la Corte Constitucional que comenzó a pronunciarse declarando la incompetencia de los tribunales ordinarios para decretar la ilegalidad del acto administrativo. Consecuentemente anulaba la sentencia que invalidaba el matrimonio dispensado. En realidad, la Corte no se pronunciaba sobre la legalidad o no de las dispensas, sino que simplemente mantenía los límites de la competencia entre los tribunales y las autoridades administrativas, pero la presión de los círculos católicos sobre la prensa social-cristiana generó una campaña contra de la Corte Constitucional, y Kelsen, como destacado integrante del mismo, fue objeto de estos duros ataques en los que, entre otras cosas, se lo acusaba de favorecer la bigamia.

Pero en el año 1933 fue relevado por la fuerza de su cargo por los nacionalsocialistas. Le quedó todavía como posibilidad emigrar a Suiza, y desempeñarse allí como profesor invitado en el “Instituto de altos estudios internacionales” de Ginebra.

Por supuesto que Kelsen aspiraba a tener una buena posición. En el año 1936 pudo obtener un cargo como profesor en la Universidad Alemana de Praga. Esta función, por supuesto, finalizó como consecuencia del desarrollo de los acontecimientos políticos a partir del año 1938. Kelsen nuevamente debió preguntarse hacia dónde debía marchar.

En 1940 decidió emigrar a los EEUU, donde continuaría trabajando incansablemente en su tarea científica durante más de treinta años hasta su muerte en el año 1973. No le fue sencillo ubicarse en una buena posición entre los entonces académicos de nivel mundial (y doctores honoris causa de la Universidad de Harvard). Pero en 1942 encontró un puesto permanente en la Universidad de Berkeley, California, donde en el año 1945 fue nombrado profesor de tiempo completo, un cargo que el hacía ya más de un cuarto de siglo ya había obtenido en Viena. Esto tal vez permita mostrar lo duro que fue el destino con Kelsen, pero él, por supuesto, lo pudo superar siempre con su trabajo perseverante e incansable.

Áreas de trabajo de Kelsen

Si realizamos una mirada a las áreas de trabajo de Kelsen desde el origen de la Escuela de Viena, se puede observar que con el correr de los años —a pesar del decaimiento de esa escuela en el año 1930— su teoría se ha ido extendiendo por todo el mundo, y todos los trabajos teóricos se hallan obligados a tenerla en cuenta. Esa teoría que Kelsen expone resumidamente en 1934 en el libro “Teoría Pura del Derecho” promueve significativamente a la reflexión. Esto no significa de ninguna manera que Kelsen hubiera abandonado la continuación del desarrollo de su obra. En numerosas publicaciones continuó construyendo su teoría y defendiéndola de los ataques de los que fue objeto. La intensidad de este desarrollo posterior se evidencia cuando en 1960 se publica la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho —más trabajada y completa—. La magnitud de este trabajo se ha redoblado y no puede ser ignorado por ninguna nueva discusión en el ámbito de la teoría jurídica.

Internamente Kelsen continuó trabajando en teoría del derecho. Elaboró la “Teoría General de las Normas”, la cual no publicó —a pesar de estar prácticamente concluida—, fue editada en forma póstuma en el año 1979 y demostró ser un éxito editorial. Dentro de poco será traducida al inglés, francés, italiano, portugués, checo y coreano, tendrá recepción y será ampliada por la teoría jurídica mundial.

Los desarrollos posteriores de la Teoría Pura continuaron principalmente merced a la tarea del mismo Kelsen, a pesar de su edad. En el año 1970, con ocasión de la fundación del Instituto Hans Kelsen en homenaje al cumpleaños 90 del maestro, se conformó en Austria un círculo de discípulos que se preocupa por difundir y continuar la obra de Hans Kelsen. Como consecuencia de ello se alcanzaron algunos ecos en la teoría alemana —anteriormente tan negativa— y se, lograron seguidores en distintas direcciones en el exterior.

Mis comentarios serían equivocados si solamente presentara a Kelsen como un teórico del derecho. Sus áreas de trabajo fueron también especialmente el derecho constitucional y el derecho internacional, el cual aborda teóricamente, pero también en sus muchos detalles, e inclusive elaborando varios dictámenes.

Pero Kelsen también se extendió en importantes trabajos de construcción de la teoría política. Al respecto me refiero a sus discrepancias con el socialismo y su trabajo “Sobre la esencia y el valor de la democracia”, que fue traducido a numerosos idiomas y aún hasta ahora es objeto de atención internacional.

En el ámbito filosófico, Kelsen se ocupó desde su época en Viena, de la filosofía griega, por sobre todo en las obras de Platón y Aristóteles. Resulta paradigmático que la obra de Kelsen —editada póstumamente— sobre la filosofía de Platón lleve el título “La Ilusión de la Justicia”; fue publicada en

1985. En ese trabajo filosófico subyacen todavía numerosas ideas que requieren de más elaboración.

Un indicio del trabajo realizado por el maestro surge de la circunstancia que se han hecho alrededor de 400 publicaciones editadas en 29 idiomas.

El fallecimiento de Kelsen

Cuando Kelsen estaba escribiendo su segunda autobiografía en el año 1947 lo hacía dirigiendo su mirada al Océano Pacífico, vista de la que el podía disfrutar desde su escritorio. Allí vino a su mente el epitafio de Heine (4) “¿Dónde hallará finalmente reposo el cansado caminante? No es de sorprender que él relacionara el Océano Pacífico con ese lugar de descanso. A Kelsen le gustaba recordar en la poesía de Goethe “Canto de los espíritus sobre las aguas”:

El alma del hombre es como el agua

Viene del cielo, y al cielo asciende,

Y debe nuevamente bajar a la Tierra,

Cambiando eternamente.

¡Alma humana cómo te pareces al agua! (5)

Referencias bibliográficas

Actualmente Thomas Olechowski trabaja en una nueva biografía sobre Kelsen.

KELSEN, Hans. “Selbstdarstellung (1927)”, IN: Jestaedt (Hrsg). Hans Kelsen Werke, Bd 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, 19.

KELSEN, Hans. “Autobiographie (1947)”, IN: Jestaedt (Hrsg). Hans Kelsen Werke, Bd. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, 29.

MÉTALL, Rudolf A. Hans Kelsen, Leben und Werk, Wien, 1969.

WALTER, Robert. “Hans Kelsen (1881-1973)”, IN: Eler/Ehrlich/Heid (Hrsg), *Meinetwegen ist die Welt erschaffen*, 1997, 333.

WALTER, Robert. *Hans Kelsen Rechtslehre (Würzburgen Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechts-theorie und Rechtssoziologie, Bd 24)*, 1999.

(4) Nota del traductor: Se refiere al famoso poeta alemán Heinrich Heine (nacido en Düsseldorf el 13-12-1797 y muerto en París el 17-02-1856). Su epitafio está grabado en tres placas, cada una con una estrofa en el Cementerio de Montmartre de París.

(5) Nota del traductor: Resulta sorprendente la vocación que han tenido grandes filósofos por la poesía. Kelsen compuso el poema “Carpe Diem” (“Pronto, oh! Pronto empalidecerás, dejarás este bello mundo y serás olvidado. Por ello no debes preocuparte, siempre es hoy, nunca es mañana. El tiempo es una ilusión. No sueñes con lo distante pues perderás dichas cercanas. ¡Sólo lo que tú alcanzas te pertenece!”) y gustaba de los poemas de Goethe y Heine. De igual manera el iusfilósofo argentino Carlos Cossio (quien tanto debatió sus teorías con las de Kelsen) también escribió un libro de poemas titulado “Agua herrada”, y también admiraba particularmente a Amado Nervo de quien solía citar su poema “En paz”: “Muy cerca de mi ocaso, yo te bendigo vida, porque nunca me diste ni esperanza fallida, ni trabajos injustos, ni pena inmerecida; porque veo al final de mi rudo camino que yo fui el arquitecto de mi propio destino; que si extraje la miel o la hiel de las cosas, fue porque en ellas puse hiel o mieles hermosas: cuando planté rosales, coseché siempre rosas. Cierto, a mis lozanías va a seguir el invierno; ¡mas tú no me dijiste que mayo fuese eterno! Hallé sin duda largas noches de mis penas, mas no me prometiste tú sólo noches buenas; y en cambio tuve algunas santamente serenas...Amé, fui amado, el sol acarició mi faz. ¡Vida, nada me debes! ¡Vida, estamos en paz!”. Sirva este poético recuerdo como homenaje a estos dos extraordinarios pensadores del derecho.

WALTER, Robert. "Hans Kelsen, Ein Leben im Dienste der Wissenschaft", IN: Walter/Jabloner/Zeleny (Hrsg). Hans Kelsen stete Aktualität (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 25), 2003, 65.

WALTER, Robert. Hans Kelsen als Verfassungsrichter (Schriftenreihe del Hans Kelsen-Instituts, Bd. 27), 2005.

WALTER, Robert und JABLONER, Clemens. "Han Kelsen (1881-1973) Leben-Werk-Wirkung", IN: Lutter/Stiefel/Hoeflich (Hrsg). Der Einfluss deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in der USA und in Deutschland, 1993, 521.

WALTER, Robert, JABLONER, Clemens und ZELENY, Klaus (Hrsg). 30 Jahre Hans Kelsen-Institut (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd 24), 2003.

WALTER, Robert, JABLONER, Clemens und ZELENY, Klaus (Hrsg). Hans Kelsen stete Aktualität (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd 25), 2003.

WALTER, Robert, OGRIS, Werner, OLECHOWSKI, Thomas (Hrsg) Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd 32), 2009. ♦

El pasaje del hombre de la sociedad moderna a la posmoderna

POR JULIO CÉSAR SCATOLINI (*)

Sumario: Sumario: 1. Introducción. 2. Acontecimientos históricos. 3. Los inicios de la modernidad. 4. La consolidación de la modernidad. 5. Visión filosófica. 6. El contrato social. 7. La cultura moderna y el hombre. 8. Posmodernidad: sus inicios. 9. Visión filosófica. 10. Sentimiento epocal. 11. Conclusión.

Resumen

Nuestro objetivo es reflexionar sobre el hombre en el cambio de paradigma desde la modernidad hasta la posmodernidad. A tales efectos, se realizó un estudio sobre acontecimientos históricos, conjuntamente con una selección de autores sobre el pensamiento filosófico en ambas épocas, para determinar cómo influyeron en la constitución de cambios socio- político-culturales, configurando la cultura occidental del hombre actual. Utilizando el método histórico-comparativo. La indagación fluctuó en el pasaje de transformaciones culturales y en la forma de producción de las sociedades, a partir de la constitución de la modernidad hasta llegar al sistema del capitalismo tardío y como afectó la cosmovisión del hombre en cuanto a su sentido epocal.

Palabras claves: hombre - modernidad - posmodernidad

Le passage de l'homme dans la société moderne à la postmodernité

Résumé

Notre objectif est de réfléchir sur l'homme dans le changement de paradigme de la modernité à la postmodernité. À cette fin, nous avons mené une étude sur des événements historiques avec une sélection d'auteurs sur la pensée philosophique dans les deux saisons, afin de déterminer comment ils ont influencé la création de changement socio-politico-culturels qui façonnent la culture occidentale de l'homme moderne. Utilisation de la méthode historique comparative. L'enquête a varié dans e passage des transformations culturels et la façon dont les sociétés de production, de la constitution de la modernité que le système du capitalisme tardif et comment elle affecte la vision du monde de l'homme comme à son sens de l'époque.

Mots-clés: homme - modernité - postmodernité

1. Introducción

Partiendo del supuesto que el hombre es un ser que se transmuta, trataremos de delinear algunos tópicos que inciden en su configuración actual.

Su naturaleza es egoísta y los procesos socializantes son los que le han dado, en el devenir histórico, un sentido altruista o solidario, que es una construcción social o cultural. La exacerbación del individualismo, es el fruto de volver su naturaleza salvaje al grado extremo, contribuyen a ello, las más de las veces, el sistema capitalista, la sociedad de consumo, los medios masivos de comunicación y el sentido de pertenencia o no, a una sociedad política excluyente.

2. Acontecimientos históricos

Abordar la problemática planteada nos induce a pensar en el hombre, históricamente considerado a la luz de los acontecimientos que han incidido en él, desde el punto de vista moderno, con la

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

convergencia de tres hechos importantes: el primero, la revolución industrial, trae como resultado un impacto en la economía, al cambiar el modelo de producción, con la sustitución del trabajo manual por el proceso de industrialización, e incorporar las máquinas, tanto en la fabricación textil como en el transporte, que tienden a la expansión de las fronteras comerciales, y de esa forma, se produce un cambio en el individuo, comparado con la premodernidad, debido a que el hombre debe migrar del campo a la ciudad para trabajar en las fábricas, dejando a su familia lejos. El segundo, la revolución francesa, que constituyó un cambio político que ocasionó la caída del Estado Absolutista Monárquico, que basaba su régimen en los privilegios concedidos a la nobleza, dejando de lado a la burguesía, como clase social económicamente poderosa. Ésta planteaba la necesidad de acceder al poder político, ya que no se conformaba con ser espectadora de las decisiones del antiguo régimen, por considerarlas injustas y contrarias a las ideas liberales, vigentes en ese período histórico, coincidiendo con la filosofía de la Ilustración que se basaba en la razón cuyo lema era “Libertad, Igualdad y Fraternidad”. El tercero, la crítica marxista. Marx tomando la dialéctica hegeliana, analizando el capitalismo del siglo XIX, considera que existen dos clases sociales antagónicas: la burguesía y el proletariado, una oprime a la otra. En este movimiento dialéctico propugna una sociedad sin clases sociales como síntesis superadora de una sociedad desigual y antagónica, en la que el proletariado, sólo tiene la fuerza del trabajo y la burguesía, los medios materiales de producción. Ello fue estructurando al hombre como sujeto dentro de proyectos colectivos impulsados por la necesidad de pertenecer o estar incluidos en la sociedad.

3. Los inicios de la modernidad

En su faz fundacional la modernidad se ha cimentado sobre las bases racionalistas, empiristas e historicistas. La primera, de R. Descartes, que en su pensamiento gnoseológico considera que todo conocimiento es dubitable, esta duda llevada a su máxima expresión, hiperbólica, hace que si pensamos sobre la realidad, ésta o el contenido de nuestros pensamientos nos pueden engañar, lo que es indubitable es el yo pensante y “si pienso luego existo”, comienza la génesis del racionalismo continental europeo. La segunda, el empirismo de J. Locke, para quien, gnoseológicamente, la experiencia es la que forma nuestra conciencia, se pronuncia a favor de un hombre razonable que utiliza la razón analítica para justificar los hechos que son susceptibles de ser entendidos, contrario al pensamiento cartesiano. La tercera, la historicista de J.B. Vico, para quien el objeto de conocimiento es la historia que evoluciona en forma continua, siendo el hombre artífice de ella, y las historias singulares se engloban en una concepción de la historia eterna, que se puede identificar con la concepción platónica idealista. Plantea tres edades por la que la humanidad debe pasar: la edad divina, la heroica y la humana, desde lo político, van a corresponder a tres formas de gobierno: la teocrática, la aristocrática y la humana, concepción que en siglo XIX es retomada por A. Comte con la ley de los tres estados: Teológico, Metafísico y Positivo. La idea de progreso es concebida como un renacimiento continuo en la evolución histórica de la humanidad, que no es lineal sino cíclica, ley de los retornos. Vico realiza aportes importantes sobre la historia, que luego, en el siglo XIX, desde una concepción romántica, la Escuela Histórica del Derecho va a retomar, es un autor que se ubica en las antípodas del racionalismo cartesiano.

Debemos de realizar una observación, todos estos autores que representan las corrientes filosóficas expuestas ut supra vivieron en una edad de transición ya que la modernidad está iniciándose conjuntamente con el renacimiento de las ciencias y de las artes, estamos viviendo la reacción antropocéntrica, aunque parezca confuso ubicarlos en la modernidad, fueron los que dieron los primeros pasos en una época llena de contradicciones.

Todas estas posturas criticaron la visión histórica de la sociedad del Medioevo para dar lugar a una nueva sociedad, es decir, a un cambio de paradigma cultural y social, que con el devenir histórico culminará con el ideal revolucionario burgués. Las corrientes mencionadas y la evolución científica serán las directrices que influirán al iluminismo o Ilustración como movimiento intelectual de raigambre histórica en el siglo XVIII, que van a sostener a la razón soberana que se apoya en los hechos.

4. Consolidación de la modernidad

No dejan de ser menos importantes los aportes de Kant, con su idealismo trascendental, que trata de universalizar la razón con una concepción racionalista de la ética, ya que para él, el sujeto es el

creador del conocimiento y también es un sujeto que no sólo teoriza sino que obra, en ese sentido, el obrar es un propósito que el hombre siempre realiza desde su subjetividad moral, es por ello, que concibe un imperativo categórico, que desde lo histórico, funcione y fusione a la sociedad en un contrato social moral, que es el verdadero ser de la modernidad, ya que formamos parte de ese contrato. Hegel, se puede considerar el último filósofo moderno que contribuye en el proyecto de la modernidad, con su idealismo absoluto, en el que la razón, como máxima expresión de la realidad, es una idea que no es subjetiva, sino que es la única realidad objetiva. La razón es la creadora de todo. Para él "...todo lo racional es real..." y "...todo lo real es racional..." Él postula que la historia determina racionalmente los fenómenos, en la búsqueda de la plena libertad. Así, los grandes hombres, son los que persiguiendo los propios fines no hacen otra cosa que cumplir con los designios de la historia. Siendo uno de sus aportes el método dialéctico: tesis— antítesis y síntesis.

Si bien, tanto Kant como Hegel han profundizado la modernidad, es importante resaltar que la filosofía política-jurídica se fue modernizando, dejando a un lado la visión teológica del mundo, para estudiar esos fenómenos desde las concepciones racionalistas y empiristas de las ciencias, cuyos paradigmas comenzaban a ser contruidos por el renacer científico, ya que en el Medioevo la razón era prisionera del dogma religioso, y como ya manifestamos en un proceso histórico.

5. Visión filosófica

En la modernidad la razón debía dar respuestas a todos los problemas existentes, se plantea la necesidad científica de buscar un método que pueda ser aplicado a todas las ciencias. Desde el punto de vista filosófico R. Descartes hace su aporte con un método racional, formal y demostrativo, como en su geometría analítica, que pudiera aplicarse también a la ciencia de Galileo o Newton, no se puede negar que Grocio, Spinoza o Pufendorf buscaron axiomas que se puedan aplicar al derecho o a la política. Pero es el cartesianismo el que concibe la formalización metódica en búsqueda de la verdad, por medio de la deducción, abarcando todo el saber científico de la época. Así, el estudio del fenómeno jurídico y político se asentó en el proyecto filosófico racionalista, apoyado en axiomas, postulados o principios. En ese contexto histórico, los avances científicos se ubicaron en las ciencias formales más que en las fácticas. Por tal motivo es que todo hombre de ciencia quería demostrar a través de axiomas lo que ocurría con su objeto de estudio. Resulta importante resaltar que en ese derrotero el derecho natural había cambiado el paradigma de fundamentación, ya que ahora es la razón la que le da sentido, con un sistema de valores de índole lógico normativo, aunque cuestionable, ya que la naturaleza humana no sigue los cánones de verdad ni de moralidad inmutable, con la que se la quiere analizar.

6. El Contrato Social

Toda sociedad se fue constituyendo lentamente sobre bases jurídicas y políticas, pero es en la modernidad cuando se desarrollan las posturas del contrato social con los aportes de T. Hobbes, J. Locke y J.J. Rousseau.

Los aportes contractualistas hobbesianos se basaron en el instinto de autoconservación, ya que el miedo al otro era un factor fundamental para decidir realizar un orden social diferente al natural, empujado por la ética del egoísmo. Pues en estado natural el ser humano desconoce organizaciones políticas y jurídicas que le impidan el ejercicio de su libertad, y a su entender eso conlleva el dañar al otro, la utilización de la violencia y el exterminio, al convertirse "el hombre en lobo del hombre". En este contexto concibe realizar un pacto de sujeción, en el cual, la libertad natural sea dejada por completo en manos del Estado, esta delegación recaería sobre el monarca para vivir pacíficamente. En su concepción el derecho natural era el que le permitía al hombre ejercer la libertad sin límites, en el contrato social el individuo es, el que a través de reglas emanadas del soberano, debe adecuar su existencia y sus libertades a las reconocidas por el derecho positivo.

Por su parte, J. Locke no coincide con Hobbes, en el sentido que el hombre es un enemigo, sino que el hombre es un ser libre, independiente e igual, que en ese estado de naturaleza vive conforme a la razón, pero en un estado de precariedad, ya que las pasiones humanas atentan contra la razón y la libertad, que rige en el estado natural. Se necesita de un tercero imparcial que pueda juzgar los actos de

los hombres que atenten contra los derechos subjetivos derivados de esa libertad natural. Por tal motivo es que surge la necesidad de organizarse políticamente en un nuevo orden. Este contrato social tiende a reconocer los derechos a la propiedad privada, la libertad de trabajo y la libertad personal. A tal fin, los hombres deben de consentir en que sus libertades no son las mismas que en el estado de naturaleza, ya que se restringieron. En ese sentido, el Estado es el depositario de la confianza de los individuos, que no deben ser traicionados, pues debe de existir observancia, de parte del que gobierna, a ese contrato social establecido entre todos, y de parte de los individuos, el deber de obediencia al que gobierna. Esta concepción política establece que la soberanía radica en la representación popular (de todos los integrantes del pacto) que eligen quién los va a gobernar. El contrato social es una construcción histórica, empirista y racionalista.

J.J. Rousseau, concibe que el hombre en estado de naturaleza es un ser bueno, que se corrompe con el advenimiento de su estado social, pero ya no hay retorno, entonces, es importante, que en el estado social impere la ley civil, con el mismo sentido que en el estado de naturaleza. Planteaba que el contrato social era una necesidad política tendiente a no regresar al pasado, el paradigma estaba en el futuro, para ello, cree que se debe regular los derechos y deberes de los individuos, a través de un pacto, en que se delega la libertad para favorecer la igualdad entre los contratantes. Esa libertad delegada es un bien protegido por el Estado, que la regresa a los individuos como derechos regulados. Sostiene la realización de un contrato social sustentado en la unidad de la sociedad que debe ceder sus intereses particulares en favor de la Voluntad general, ya que para él en este pacto se pretende la unidad de todos en una comunidad. De lo que se desprende es que la soberanía es indelegable, ya que la libertad de los individuos está representada por la Voluntad general. Ésta no puede ejercerse en contra de los intereses de los individuos, La Voluntad general es la voluntad de la comunidad y no la de los integrantes de la misma, ya que en ellos residen los intereses particulares que muchas veces contradicen lo que se considera mejor para el cuerpo social. Este Contrato es una asociación de individuos que conservan su libertad e igualdad, es ideal y apriorístico, que se manifiesta en el orden jurídico de un Estado que indica, no como es o ha sido históricamente, sino como debe ser, en este sentido, los derechos de los ciudadanos son el resultado de los postulados racionales. En este autor subyace una concepción jusnaturalista que parte del supuesto que el Estado es la causa original de la cual se derivan los derechos civiles de los ciudadanos.

7. La cultura moderna y el hombre

La cosmovisión del hombre moderno reside en la razón que lo guía a través de la historia, tal como lo concibió Hegel. La verdad, el progreso, el futuro son considerados postulados que se asocian al conocimiento científico y filosófico. La razón le hace tomar conciencia al hombre de su superioridad con respecto a las demás especies. Necesita legitimarse discursivamente: 1) a nivel filosófico, la razón es la que legitima al sujeto con verdades científicas, postulados morales e idearios políticos; 2) a nivel político, la legitimación la pone en práctica el Estado cuando cumple las funciones de educar y formar al pueblo hacia una idea de progreso emancipador.

Existía una organización que planteaba y trataba los problemas vinculados con la moral, la política, el Estado y el derecho como manifestaciones que encierran un ideario hacia el futuro, capaz de ser unificado en un discurso uniforme.

Esta cultura se introdujo en lo cotidiano postulando creencias de autorrealización, “ser modernos es encontrarnos en un medio ambiente que nos promete aventura, poder, alegría, crecimiento, transformándonos a nosotros mismos y del mundo — y que al mismo tiempo amenaza con destruir todo lo que tenemos, lo que sabemos, lo que somos” (Berman, 1989:67-91). El hombre se realizaba en el ser colectivo, que era la sociedad humana, adhería a proyectos colectivos y utópicos. Los hechos sociales de la realidad circundante poseen un significado homogéneo, una unidad programática: en la política, se afianzaba, aunque más no sea discursivamente, lo institucional. El hombre era el centro de ese programa inmerso en lo absoluto, que era la sociedad y el estado, al rebelarse contra toda la normatividad tradicional o premoderna, cree que la democracia es la mejor forma de construir la sociedad. Adhiere a valores como justicia, libertad, igualdad, solidaridad, que independientemente del

significado histórico que se le pueda asignar, son los anhelos que sostenían para construir el tejido social (a pesar de las contradicciones en el mundo real). La idea de autonomía de la libertad individual, es el principio institucional sobre el que se asientan los derechos republicanos, unidos a la idea de progreso. La unidad de desarrollo en lo social, económico y político es lo que definió la secularización de la modernidad. Entenderemos por modernidad a la fundamentación de la historia, la política y el derecho por el predominio de la razón.

8. Posmodernidad: sus inicios

La era posmoderna se construye en las últimas 4 décadas del siglo XX, ubicándola en Europa y los Estados Unidos, con la emergencia del capitalismo tardío, posindustrial o posfordista, en la década del '50. Es una manifestación cultural iniciada durante la guerra fría por la generación nacida después de la segunda guerra mundial, que convulsionó el ambiente cultural, social y político de esos años.

Los '60 fue la década contestataria que se presenta como punto de inflexión entre la modernidad y la posmodernidad, tal vez pueda denominarse "la generación utópica", a los jóvenes sesentistas. Estamos en ciernes de "...La crisis del proyecto político e ideológico alternativo al sistema capitalista. Crisis teórica, política, ideológica, pragmática, de los proyectos socialistas, comunistas, nacionalistas, que son los que impregnaron, —utópicamente quizás— por última vez en este siglo, los procesos de los años "60..." (Casullo y otros, 1999:196), comenzando a ser estudiada por filósofos y sociólogos en la década del 60 y 70 como François Lyotard y Alain Touraine.

1960 se puede considerar como una década de sucesos que marcaron, para bien o para mal, lo que el futuro depararía. Debemos aclarar que, cuando nos referimos a décadas no pretendemos ser tajantes, ya que existieron acontecimientos que se pueden agrupar como pertenecientes a esa década, aunque cronológicamente no coincidan con ella, pero tuvieron gran relevancia en las décadas siguientes. Algunos son: la revolución cubana, que si bien data del 59, impregnó toda la década; el cosmonauta soviético Yuri Gagarín es el primer hombre lanzado al espacio y rescatado sano y salvo, luego de haber girado en torno a la órbita terrestre. Se produce la crisis de los misiles; Estados Unidos rompe relaciones con Cuba; la trágica muerte de Kennedy. En lo religioso se realiza el Concilio Vaticano II. En Estados Unidos existen disturbios raciales en la lucha por los derechos civiles y políticos de la raza negra o afroamericana. Le otorgan el premio Nobel de la paz a Martin Luther King que, posteriormente, es asesinado. Es muerto en Bolivia el Che Guevara, convirtiéndose en mito de los jóvenes. La China Maoísta, con su concepto de hombre nuevo. La Primavera de Praga en Checoslovaquia. El mayo francés del '68, como un movimiento estudiantil cuestionador del sistema capitalista, siendo las bases filosóficas de los estudiantes las obras de Herbert Marcuse, con sus repercusiones con la matanza de Tlatelolco, en México. Los juegos Olímpicos de México de ese mismo año, en donde dos competidores afroamericanos obtuvieron la medalla de oro y saludaron al mundo, que los miraba por televisión, con el brazo en alto y el puño cerrado, simbología del movimiento radicalizado de las Panteras Negras. El Cordobazo en nuestro país y la posterior instauración de la violencia. Esa década transcurre bajo las sombras de la guerra de Vietnam y ciertos movimientos contraculturales como los Hippies, la reivindicación de la igualdad de sexos, que se manifestó con la revolución sexual y el surgimiento de los movimientos gay.

Sería demasiado complejo y osado de nuestra parte interpretar fidedignamente todos los sucesos enunciados y omitidos, pero es un pantallazo que nos advierte de las convulsiones de una época y su incidencia en el futuro, que generó un debate cultural e ideológico.

Los años setenta sientan las bases de la revolución conservadora, que en el terreno político les dará soporte el triunfo de Margaret Thatcher, en Inglaterra y por su parte Ronald Reagan en Estados Unidos, en los '80.

En la década del '80 se produce el desmembramiento de la Unión Soviética y con ella el fin definitivo de la guerra fría, la caída del muro de Berlín y el fin de la historia de Fukuyama que darán paso en los '90 a la desaparición de Yugoslavia, en el marco de conflictos étnicos, la consolidación del neoliberalismo y el mundo globalizado. Todos estos acontecimientos contribuyen a la constitución del paradigma de la posmodernidad.

9. Visión filosófica

La posmodernidad ha sido analizada por distintos pensadores, entre ellos, J.F. Lyotard, quién considera que comienza en los años 50 con el capitalismo postindustrial o tardío, desde el conocimiento plantea que el capitalismo modifica el saber por el impacto de la tecno-ciencia y la mercantilización que sustituye a la forma de producción conocida hasta ese momento. El prefijo post presenta una variedad semántica "...se trata de palabras de orden que tienen indudable seducción para los medios masivos y, por lo tanto, sobre el imaginario colectivo; pero que en el plano conceptual son escasamente confiables..." (Maldonado, 1989: 260-261). Tanto Daniel Bell, Lyotard y Toffler consideran que la sociedad posindustrial se identifica con la sociedad de servicios o terciarizada, telematizada, construyendo una sociedad totalmente informatizada. Para Lyotard, la posmodernidad es "el estado de la cultura después de las transformaciones que han afectado a las reglas de juego de la ciencia, de la literatura y de las artes a partir del siglo XIX. Aquí se situarán esas transformaciones con relación a la crisis de los relatos." (Lyotard, 1987:5) En otra obra nos dice "Posmoderno indica simplemente un estado de ánimo o mejor, de pensamiento. Podría decirse que se trata de un cambio de relación con el problema del sentido." (Lyotard, 1992:1)

La modernidad ha incluido los grandes relatos de la revolución francesa, del idealismo alemán hegeliano, del capitalismo y el marxismo que, hoy en día, están en crisis. Si la modernidad fracasa, ya que la razón no tuvo efectos emancipadores, lo importante reside, en la cultura posmoderna, en la concreción de cambios, que no operan sobre la verdad o la justicia, sino sobre la tecno-ciencia del saber, que en la sociedad actual, es la operatividad de lenguajes informativos, desde donde el capitalismo intenta legitimarse.

Podemos observar que esta era se rebela contra las prácticas y formas discursivas de la modernidad, al plantear que las ideas inmersas en ese proyecto ya no dan respuesta a las problemáticas de los cambios que se suceden en la sociedad, en la historia, y en la cultura actual. "La posmodernidad es un estilo de pensamiento que desconfía de las nociones clásicas de verdad, razón, identidad, objetividad, de la idea de progreso universal o de emancipación, de las estructuras aisladas, de los grandes relatos o de los sistemas definitivos de explicación" (Eagleton, 2004:11).

La posmodernidad es considerada por Habermas como antimodernidad debido a que se apoya en el plano emocional que exalta el presente con concepciones conservadoras, en los jóvenes, que plantean el antimodernismo subjetivo descentrado y alejado de los mandatos del capitalismo en su relación producción/trabajo/utilidad, que hacen sentir lejana tanto a la imaginación como a la propia subjetividad desde la sensibilidad. La concepción de los viejos conservadores ve con desazón como la modernidad ha introducido la razón, la ciencia especializada, la moralidad y lo artístico en el plano cultural, teniendo una posición negativa hacia esos cambios, planteándose el retorno a la premodernidad. Los neoconservadores ven como positivo todo lo que implique el desarrollo y mejoramiento del sistema capitalista por los avances de la tecnociencia y consideran que la política no puede ni debe justificarse por juicios morales. En el plano artístico observan la esencia pura de la obra de arte, desvinculándola del ámbito público, privilegiando el ambiente privado del espectador. Para este autor la modernidad aún sigue vigente ya que no se ha podido cumplimentar. (Habermas y otros, 1989:131-144).

Desde el arte en los años 60 y 70 surgen manifestaciones consideradas posmodernas como el *por art*, arte conceptual, y expresiones que nos indican la existencia de disparidad de sentidos con respecto a lo que se considera arte. Ya no existe un arte que se base en concepciones apriorísticas, de tal forma, arte es cualquier obra realizada por un artista abandonando los cánones preestablecidos. (Danto, 2009:35-38) Esta visión tuvo gran impacto en la cosmovisión del hombre posmoderno.

Lipovsky (1986:17-47) considera que la sociedad actual ha tomado el paradigma de la adolescencia, en donde el individuo pretende perpetuar la juventud, sin comprometerse sobre temas como el estado, el poder, la institucionalidad, predominando la indiferencia y el relativismo, con el culto al cuerpo, redefiniendo el significado de la autonomía como derecho al ejercicio de la libertad personal,

desde lo privado y sin importarle el ámbito social (indiferencia de masa). Se pretende vivir el aquí y el ahora, sin importar el futuro. De alguna manera esa adolescencia miedosa posmoderna nos plantea el no compromiso con el otro, la soledad, en definitiva, sentirnos vacíos. Las conciencias de los individuos son manipuladas por una cultura impuesta por los medios de comunicación, que inhibe el ejercicio de la razón y el pensamiento crítico.

A. Touraine (2000:201-250) en su obra plantea la armonización de conceptos como razón, ciencia, sujeto y libertad. Pues la razón y la ciencia han contribuido, mutuamente, a la construcción del capitalismo tardío, que generó desequilibrios en el mundo, con la construcción de un orden social injusto, en donde existen países muy ricos y otros tremendamente empobrecidos. Dese esa óptica, el ejercicio de la libertad de mercado ha fragmentado el universo y le ha otorgado disparidad de sentidos. El sujeto ha transitado desde la utópica idea de progreso indefinido hasta la idea de vivir la inmediatez del presente en una sociedad en la cual se valora más los espacios privados que los públicos. Para él, el concepto de modernidad es aceptado, pero debe ser redefinido en sus valores, ya que no se debe asimilar con la concepción individualista de la historia, sino con un espíritu crítico que se oponga al poder opresivo tecnocientista. Entonces, se necesita una modernidad racional y con un sujeto responsable con respecto a sí y al cuerpo social. Es importante que el sujeto se comprometa con movimientos sociales que aboguen por la no dominación de parte del Estado a los individuos, o de parte de los partidos políticos cuando ambos representan el sistema excluyente del capitalismo tardío. En ese sentido, la razón y el sujeto deben sentirse libres en los movimientos sociales, dejando de lado, los espacios privados para poder transformar los espacios públicos. Ya que las instituciones no representan al individuo sino al sistema que se pretende imponer. El apuesta a un modelo de racionalidad que afiance a la modernidad desde una visión positiva e incluyente de la misma, pronunciándose en contra de la exclusión social imperante.

10. Sentimiento epocal

La posmodernidad constituye una época de desencanto en que se esboza la crisis de la modernidad debido a la caída de la concepción histórica del mundo que se regía por la razón., aparece la conciencia del cambio incesante, la cultura de lo efímero, el vértigo del presente, la muerte del progreso, el miedo a la vida cotidiana, la búsqueda de la felicidad en el presente, el fin de las concepciones ideológicas o utópicas, se producen cambios en la tecnología con la informática, la robótica, la telemática y la industria de los servicios. Los valores modernos son agotados, surge una disciplina que se podría denominar "crisiología" pues siempre vivimos en un mundo en "crisis". Culturalmente se admiten rebeliones individuales siempre que no afecten el "statu quo" y que se apoyen en apetencias personales y no sociales. Denuncian la unidad de sentido que se le otorgan a los hechos sociales y establecen la dispersión y la heterogeneidad.

Nace con el posmodernismo el pluralismo ilimitado conjuntamente con el relativismo cultural. Se comienza a vislumbrar la fragmentación del sujeto. La cultura hedonista e individualista se afirma. La noción de progreso oculta el etnocentrismo europeizante y civilizador, todo se dispersa, no hay centro ni periferia sólo fragmentos aislados sin armonizar.

El hombre ya no es coherente consigo mismo, pues en el mundo consumista es un valor de cambio, como el dinero, y viéndose reflejado en un espejo observa como al consumir se consume y surge la sensación de vacío. Existe una gran indiferencia hacia las masas y se produce un proceso de desmasificación como forma de control social. Las identificaciones ya no se dan en el plano social sino en la diferencia, se acepta el pluralismo ilimitado, pero condicionado a las apetencias o a los deseos personales; se suprime todo accionar identificado con lo colectivo, se plantea un nuevo concepto económico vinculado con la producción en pequeñas series (todo es descartable) y crece el sector de servicios que con las tarjetas de crédito inserta al hombre en la sociedad de consumo.

Los posmodernos conciben a la política como un mal despreciando lo institucional. Se niegan a buscar modelos alternativos en lo social. El ideario del derecho les parece vacío. Asimismo, entra en acción otro gran problema la globalización, como una manifestación capitalista que tiende a proce-

sos de desnacionalización y despersonalización (entendida como una pérdida de la identidad tanto individual como nacional por la primacía de una posición cosmopolita), el hombre se aísla y se van perdiendo los valores sociales y culturales de cada pueblo.

Se focaliza la atención hacia el plano internacional, con especial énfasis en los países desarrollados y los organismos internacionales, tendientes a conformar un nuevo orden internacional impuesto, en desmedro de las soberanías nacionales. Se plantea la universalización de los derechos humanos y de los valores democráticos, aunque se vulneren. Se afirma, paulatinamente, el modelo consumista capitalista, flexibilizando los mercados, con la desregulación del Estado que permite la dominación de las empresas nacionales o transnacionales. Se incrementa el comercio mundial de bienes y servicios, las comunicaciones acortan las distancias debido a la inmediatez del presente.

El individualismo se profundiza al agonizar los valores colectivos, en esta crisis el individuo busca todo lo que produzca placer (hedonismo) fundamentado en la relatividad de la moral. Emerge la cultura del “todo vale”. No se interesan por las concepciones filosóficas integrales que planteaban que es el mundo o el hombre, simplemente, simplifiquemos, vivamos frívolamente, no nos preocupemos, no nos problematicemos.

Existe poco respeto por la vida en sí, no se mira como sagrada, se ve como posibilidad de brindar/ brindarse agrado y placer. Su postulado ético va a ser la calidad de vida y no la sacralidad de la vida. Ya no existen lineamientos que nos permitan distinguir el bien y el mal. Las decisiones se realizan de acuerdo a nuestras conveniencias. Los descubrimientos físicos y biológicos han generado un dilema en el hombre pues tienen poder para realizar lo que quieran al no poseer barreras éticas que lo detengan.

El hombre es aislado por la tecnología: Ciberespacio, televisión, videocaseteras, DVD, los medios de comunicación le ofrecen todo y el no es un protagonista tan sólo un espectador que se extiende a todos los ámbitos de la vida.

Conciben a la política como un mal, con un gran desprecio por las instituciones, se exalta la libertad individual y los derechos personalísimos, para no ser juzgados por los actos que realizan.

El olvido, la negación del ser, la nada, eso es el hombre, pues todo está ahí al alcance de la mano, entonces, no es necesario pensar, y se sustituye la capacidad crítica. Se presenta un mundo en el que el ideario del derecho es vacío y aparece la conciencia de la crisis.

Dejando de lado los intentos de definición de la posmodernidad como sinónimo de una época podemos asimilarlo al fin de la historia asociada con las doctrinas políticas y económicas neoliberales y una concepción global del mundo.

La sociedad postindustrial, basada en las reglas de la tecnociencia, impactan sobre la sociedad de consumo, presentándose fragmentadas por la impersonalización, con el peligro de la autodestrucción del hombre, que genera incertidumbres, indiferencia y hasta un dejo de individualismo subjetivo narcisista, que hace sentir al hombre como un ser indestructible a la espera de la destrucción del mundo y de él mismo como, por ejemplo, la crisis mundial nuclear en Japón, en marzo 2011.

11. Colofón

A nuestro entender, el hombre como ser mutable, cambia y se adapta a los nuevos escenarios que se le presentan. Con el advenimiento del capitalismo tardío cambian sus relaciones con la forma de producción, consigo mismo y con los demás. Los vínculos societarios se ven resentidos por el individualismo que rige, como un nuevo sentir, elevando el egoísmo— hedonista-utilitarista y destructivo, desde la competitividad excluyente, atentando contra la solidaridad, como construcción valorativa histórico social de la modernidad, sacando del hombre lo más oscuro de su ser, que se refleja en el no cumplimiento de normas, o en todo caso el cumplimiento de sus propios mandatos, viendo al otro desde la lógica amigo-enemigo, siendo sus herramientas la violencia, la desconfianza, entre otras, sin tomar conciencia que, en estas instancias, la lógica amigo-enemigo se le vuelve en contra en cualquier momento, por la volatilidad de las relaciones humanas, que se basan en

el placer del instante, asentándose sobre bases desiguales cada vez más profundas. Se rompe el paradigma contractualista de la modernidad, ya que si bien siempre existieron las desigualdades sociales, actualmente se profundizan, para legitimar la necesidad de un Estado, que en la realidad, aparece ausente ante los requerimientos de los individuos. Los Estados, dentro de un sistema de consumo armamentista, realizan guerras lejanas, para justificar la organización internacional y de esta forma lograr la paz, deseo ilusorio del ser humano. Por la competitividad del sistema, tanto el Estado como los propios individuos, se han convertido, por el darwinismo social, en la supervivencia del más idóneo y autosuficiente. El hombre se empobrece cada vez más por la inequitativa distribución de la riqueza y la ausencia de políticas que lo tengan como fin en sí mismo. Este nuevo contractualismo social tiende a la desmasificación como técnica de control social, ya que le teme a todo movimiento social comprometido. Al mismo tiempo, tiende a fomentar en el individuo la frivolidad, el consumo injustificado, para que se sienta no contenido, vacío y necesite del mercado para justificar su existencia. El hombre se siente en este nuevo orden anestesiado, adormecido, resignándose al sistema de la sociedad de consumo y no logrando la reacción necesaria, para que desde lo político, se instrumenten alternativas de crecimiento y reformulación de valores que impulsen al hombre hacia una racionalidad subjetiva, comprometida, en dónde se posibilite una nueva visión del otro, como de sí mismo.

Bibliografía

- BERMAN, Marshal. "Brindis por la modernidad", EN: Casullo, Nicolás (comp.) *El debate modernidad-posmodernidad*. Buenos Aires: Punto Sur, 1989, 67-91.
- BORÓN, Atilio. *Imperio e imperialismo*. Buenos Aires: Clacso, 2002.
- CARPIO, Adolfo P. *Principios de filosofía*. Buenos Aires: Glauco, 1995.
- CASULLO, Nicolás y otros. *Itinerarios de la modernidad*. Buenos Aires: EUDEBA, 1999.
- DANTO, Arthur. *Después del fin del arte*. Buenos Aires: Paidós, 2009.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch, 1991.
- EAGLETON, Terry. *Las ilusiones del posmodernismo*. Buenos Aires: Paidós, 2004.
- FASSÓ, Guido. *Historia de la filosofía del derecho*. Madrid: Pirámide, 1982, t. 2.
- HABERMAS, Jürgen. "Modernidad, un proyecto incompleto", EN: Casullo, Nicolás (comp.) *El debate modernidad-posmodernidad*. Buenos Aires: Punto Sur, 1989, 131-144.
- HARDT, Michael y NEGRI, Antonio. *Imperio*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- La historia presente*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1975, t. 1, 2, 3 y 4.
- LIPOVETSKY, Gilles. *La era del vacío*. Barcelona: Anagrama, 1986.
- LYOTARD, Jean-François. *La condición posmoderna: Informe sobre el saber*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1987.
- LYOTARD, Jean-François. "Qué es lo Posmoderno", EN: *Zona Erógena*, 1992 12.
- MALDONADO, Tomás. "El movimiento moderno y la cuestión 'post'", EN: Casullo, Nicolás (comp.) *El debate modernidad-posmodernidad*. Buenos Aires: Punto Sur, 1989, 259-265.
- REIGADAS, María Cristina. "Neomodernidad y posmodernidad: preguntando desde América Latina", EN: *Posmodernidad*. Buenos Aires: Biblos, 1989.
- SABINE, George. *Historia de la teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.
- SMITH, Juan Carlos. *El desarrollo de las concepciones jusfilosóficas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.
- TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas*. México: Rei, 1990
- TOURAINÉ, Alain. *Crítica de la modernidad*. Buenos Aires: FCE, 2000. ♦

Una reflexión sobre los valores jurídicos

POR RUBÉN MARCELO GARATE (*)

Sumario: 1. Introducción. - 2. Sobre el valor y los apegos. - 3. Los valores jurídicos según la teoría egológica de Carlos Cossio. - 4. Decisión jurídica y contexto axiológico. - 5. Sentido y significación. - 6. La justicia como criterio de corrección. - 7. La justicia como razonabilidad natural. - 8. Conclusión. - Bibliografía

Resumen

Uno de los temas más discutidos en los últimos tiempos, se refiere al tema de los valores no solo porque se discute sobre ellos, sino también, porque se discute si ellos deben formar parte de la problemática jurídica. Nosotros entendemos que los valores tiene la pretensión de universalidad en sentido abstracto, por más que se manifiestan socialmente dependientes de las formas culturales que adquieran. En este sentido no hay ninguna amenaza en la necesidad de establecer la universalidad de los juicios de valor; ya que estos encuentran su validez en una fundamentación inteligible y racional. Los valores cumplen funciones de organización y equilibrio de la vida socialmente compartida; y sólo pueden comprenderse por referencia a esa vida misma. La axiología jurídica hunde sus raíces en la ontología social, porque supone un momento de conflicto, en tanto que exista libertad humana. Nosotros intentamos profundizar la problemática axiológica desde el pensamiento de Carlos Cossio, la teoría trialista y la teoría discursiva, las que dan fundamento a nuestra afirmación de que “es justo” aquel ordenamiento que se funda en criterios de igualdad jurídica, seguridad jurídica y bien común. De modo tal que la justicia, debe ser entendida como corrección o justo medio.

Palabras claves: Valores – Teoría trialista – Teoría discursiva

abstract

to think about legal value

One of the issues most discussed in the last times, refers to the values not only because we discuss about them, but also because it is discussed if they must be a part of the juridical problematic. We understand that the values have the pretension of universality in abstract sense, even though they manifest socially depending on the cultural forms that they acquire. In this respect there is no threat in the need to establish the universality of the judgments of value since these find its validity in an intelligible and rational foundation. The values fulfill functions of organization and balance of the shared socially life and they can be only understood in reference to life itself. The juridical axiology sinks its roots in the social ontology because it supposes a moment of conflict while human freedom exists. We try to deepen the axiological problematic from Carlos Cossio's thought, the trialist theory and the discursive theory, which give foundation to our assertion that “*it's fair*” a system based on criteria of juridical equality, juridical safety and common good. So that justice must be understood as correction or fair medium.

Key words: Value - Trialist theory - Discourse theory

1. Introducción

Si bien el problema de los valores surge a partir de la reflexión contemporánea, no podemos decir que los antiguos griegos se ocuparan de la axiología. No obstante, ellos entendían que lo “valioso” se daba en el *ser*, en tanto que no hay nada independiente al mismo *ser*. Clasificaban a las conductas, como mejores o peores, en función de la virtud o el vicio que ellas contenían. Así por ejemplo, para Platón, lo valioso se relacionaba con las ideas resplandecientes del mundo suprasensible, mientras que para Aristóteles, lo valioso tenía que ver con una virtud que se debe alcanzar.

(*) Jefe de Trabajos Prácticos con Funciones de Profesor Interino Adjunto de Introducción al Derecho, Cátedra II. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

Fue la filosofía contemporánea la que logró hablar en forma acabada, sobre los valores, fundamentando el capítulo de la axiología en tres aspectos esenciales: 1) existe una diferencia tajante entre el *ser* y el *valer* (Frondizi, 2001: 11), porque las cosas son independientes a los valores. 2) En segundo término, se subraya la distinción entre *valores* y *bienes*, estableciendo que todos los valores son bienes pero no todos los bienes son valores. 3) Se estableció una distinción entre *objetos ideales* y *valores*, reconociendo que estos últimos son cualidades estructurales.

Estos aspectos mencionados, nos permiten llegar a comprender que los valores se relacionan con la realidad, que son capaces de despertar el interés vital de la persona en cuanto tal, y que posibilitan satisfacer alguna de sus necesidades, o porque estimulan el perfeccionamiento personal. (Leocata, 1995: 27)

Los valores nos remiten directamente al mundo cultura, en el cual la vida humana se despliega temporalmente, abriéndose a un marco de posibilidades y de desarrollos, que a cada persona impele a descubrir continuamente la mayor perfección. En este sentido, la cultural es el producto de la búsqueda de distintas finalidades que conforman el patrimonio experiencial. En tanto que el lenguaje, como producto cultural resulta ser un elemento esencial a la hora de permitir las relaciones intersubjetivas, expresando la experiencia que tenemos sobre los valores. El derecho también es un producto cultural, porque no solo utiliza como herramienta principal al lenguaje, además teje la trama de las relaciones jurídicas intersubjetivas.

2. Sobre el valor y los apegos

Seguramente todos compartimos la búsqueda de lo valioso, como objetivo personal. En principio, los valores parecen ser el gran nexo común de toda la humanidad. La pregunta central y sobre la que siempre se ha discutido tiene que ver con su universalidad o con la existencia de un núcleo sólido de valores. Esto, no significaría que ellos no pudieran cambiar de por sí con el paso del tiempo. Creer en la universalidad de valores es tener una visión esperanzada del futuro. Sin embargo todo depende de saber conciliar la creencia en la universalidad de los valores, con un correcto entendimiento de la diversidad. Sabemos que la diversidad, es producto de creencias equivocadas o de elecciones que pueden resultar indiferentes para otros. Toda parcialidad depende de las opciones realizadas (aquello que elegimos hacer). No obstante, la parcialidad es legítima sólo cuando la elección esta gobernada por un pensamiento de optimización. Esta afirmación, intenta establecer un nexo lógico entre el valor y la razón (Raz, 2004: 52). Pensamos que las razones, hacen inteligibles las elecciones que realizamos y las opciones que tomamos, por eso calificamos a determinadas acciones como necesarias. Solo podemos dar razones para la acción, cuando la acción resulta inteligible frente a otras alternativas. El nexo que hemos reconocido valor-razón, nos fuerza a llevar a cabo la mejor acción posible en cualquier situación posible. Consecuentemente, siempre es preferible lograr un beneficio para dos personas que para una sola.

Nuestros apegos nos definen como personas, porque se relacionan con nuestra identidad. Sobrevivir y prosperar implica necesariamente ser capaces de conciliar con distintas personas diferentes tipos de apegos. Por lo tanto, los objetos de los apegos puede, que no sean tan únicos como pensamos; hay otros que tienen nuestros mismos apegos, a pesar que a veces puede suceder que pensamos, que la singularidad es el paradigma de la naturaleza de nuestros apegos.

Los valores, cuando son significativos para nuestra vida, se constituyen en el objeto de nuestros apegos. El propio apego confiere valor al objeto. Esto no quiere decir que todos los apegos, se relacionen con un valor (Raz, 2004:33), sino que cuando nos apegamos a algo, creemos que es apropiado para nosotros. En general, un apego se relaciona con un objeto digno de ser considerado como valioso. Resultando que cuando nos apropiamos de un objeto valioso, sabemos íntimamente que nos conducimos hacia el éxito, porque lo contrario sería considerado como fracaso.

Solo cuando asumimos determinados deberes, nos sentimos obligados y responsables ante los apegos. Los deberes y las responsabilidades, son la clave para tener una vida plena, porque si negamos nuestros deberes, nuestra vida pierde significado. Ahora bien, algunos deberes son impersonales y pueden ser la condición para la existencia de un futuro apego, de tal forma que los deberes que adquirimos a lo largo de nuestra vida resultan ser el resultado de nuestros apegos.

Hay objetos que por su valor resultan ser insustituible, si lo sustituyéramos no sería exactamente lo mismo. La singularidad del objeto hace que sus cualidades sean consideradas como insustituibles. Ciertos apegos personales, consideran que algo es excepcionalmente valioso. Sin embargo, resultaría equivocado creer que cuando un apego es único resulta ser arbitrario y no puede reunir condiciones de universalidad. Sobre todo cuando vemos en nuestras responsabilidades la fuente de nuestros apegos, en tanto que nos asumimos como ciudadanos, padres o académicos. En este sentido, existe una identidad grupal definida en nuestra cultura, en la memoria colectiva y en las responsabilidades comunes surgidas de la misma sociedad. Tengamos en cuenta que en algunas ocasiones, el Estado como agente puede actuar separado de sus miembros, con la finalidad de proteger determinados intereses, siempre que encuentre razones válidas para ello.

Por lo tanto, no hay ninguna amenaza en establecer la universalidad de los juicios de valor; ya que estos encuentran su validez en la fundamentación inteligible y racional. Cuando consideramos a un apego como singular desde su particular concreción, debemos recordar que nos encontramos en una esfera personal en la cual la singularidad, no hace más que vincular al objeto con la persona, y nada tiene que ver con una singularidad considerada universalmente. El significado personal surge por medio de nuestra historia individual y colectiva, que desafía la creencia en valores universales inmutables. Los apegos no hacen más que reconocer el valor que los objetos que tienen para nosotros, en tanto que resultan ser especiales y únicos (Raz, 2004:59). Estas cualidades que descubrimos en los objetos, lo convierten en algo significativo y valioso. Esto explica porque es posible que el valor de nuestros apegos, sean inteligibles para nosotros y para el resto de las personas. En este sentido podemos afirmar que los valores tienen pretensión de universalidad en sentido abstracto, mientras que su manifestación social siempre depende de las formas culturales que adquieran.

El derecho nos permite explicar determinados apegos grupales, por medio de la construcción de un sistema normativo, que protege determinados intereses que resultan valiosos para la sociedad.

3. Los valores jurídicos según la teoría egológica de Carlos Cossio

La teoría egológica, centra el análisis jurídico, en la experiencia humana coexistencial, como un elemento central del derecho, en tanto que el objeto de estudio de la ciencia jurídica es la *conducta humana en su interferencia intersubjetiva* (1). Los valores, constituyen un elemento característico de la vida coexistencial, porque la vida social implica preferencias y criterios de acción comunitarios.

La axiología jurídica hunde sus raíces en la ontología social, porque la *libertad* individual puede llevarnos en algunos casos a situaciones de *conflicto*. Los valores cumplen *funciones de organización y equilibrio de la vida socialmente compartida*; y sólo pueden comprenderse en referencia a esa vida misma. Carlos Cossio, explica que hay ciertos valores que son indisociables de la experiencia normativa (Cossio, 1987: 68). La característica de los valores jurídicos, se encuentra en la relación dialéctica que se produce entre los valores de *autonomía* y *heteronomía*, porque toda coexistencia debe ser entendida como “alteridad compartida” y por lo tanto como limitación recíproca, en la cual la autonomía de *uno* es heteronomía para el *otro*. Así por ejemplo, cuando alguien tiene ciertas facultades, la otra persona tiene la obligación de respetarlas por imperio de la “ley”.

“Los valores de autonomía expresan algo que pone el elemento existencial del dato, es decir, la persona individual con la libertad que despliega como factor o figura central de la cuestión que estuviere en juego. Es decir que el sentido de estos valores es asumido por la persona que desarrolla esa conducta valiosa o desvaliosa, y por nadie más. Los valores de heteronomía, en cambio, expresan como sentido algo que pone el elemento coexistencial de la situación, es decir, las otras personas de la comunidad. El sentido de estos valores, entonces, implica una pluralidad de asunciones: los asume toda la comunidad.” (Cossio, 1987: 62)

(1) Esta es la concepción que adopta el jurista argentino Carlos Cossio, cuando afirma que: con “la dogmática axiológica de la ciencia jurídica se supera el error, tan pueril cuanto artificial de referirse a la experiencia jurídica como algo aparte y diferente de la experiencia social.” (Cossio, 1964:562)

Cossio define la coexistencia conforme a tres dimensiones descriptivas fenomenológicas, que pueden verse del siguiente modo:

- a) “circunstancia”: yo — no yo (cuando mi subjetividad entra en relación con todo lo demás que me rodea)
- b) “personas”: yo — tu (otro yo) (cuando el sujeto se relaciona con otros sujetos)
- c) “sociedad”: yo — nosotros (cuando el sujeto se vincula con su comunidad)

Y propone según cada plano coexistencial, una dupla de valores que pertenecen al plano de la heteronomía y de la autonomía. Estos son: el *orden* y la *seguridad*; luego los valores personales: *paz* y *poder*, y finalmente en el plano coexistencial más abarcativo, *solidaridad* y *cooperación*. La *justicia*, desde esta perspectiva, es siempre realización de alguno de todos estos valores.

Para realizar un estudio en profundidad, tomamos cada par de valores, con la intención de hacer un análisis de cada uno de ellos, según el plano en el que se encuentran y las características que le son inherentes.

3.1. La coexistencia como circunstancia: valores de orden y seguridad

Por *circunstancia* alude Cossio a la forma más pobre de relación de alteridad; en la que el otro es un elemento del entorno. Las circunstancias pueden ser *hostiles* o *protectoras*. Solo nos encontramos protegidos cuando nos sentimos seguros y a la inversa; sentimos la inseguridad cuando vivimos el desamparo. Cuando la conducta del otro es impredecible, el otro es una *incógnita* para nosotros y nos sentimos inseguros, vivimos la presencia de ese otro, como *riesgo* porque no podemos predecirla. Por lo tanto, la seguridad como protección, es una idea común a la coexistencia como *circunstancia*. La *seguridad* es un valor jurídico fundante o primitivo, porque alude a la coexistencia en su *valor de autonomía*. Consecuentemente, cuando se exagera la autonomía, se puede perder la seguridad. El otro es una *incógnita* o *riesgo*, porque su autonomía no me protege (no me toma en cuenta). De allí que el *riesgo* resulta ser una amenaza y el *orden* ser un valor jurídico (Cossio, 1964: 570).

Orden significa limitar las posibilidades del “señorío” (es decir, del excesivo ejercicio de la autonomía que redunde en riesgo). La *previsión* del riesgo crea la posibilidad de esquivarlo: el orden alude al plan que hace posible este recorrido. De este modo el *orden* emerge como *valor de heteronomía*. El *orden* —a diferencia de la *seguridad*— se vivencia como un plan que se le impone al sujeto. El orden es así un valor fundado, se deriva de, o está al servicio de, la seguridad —valor fundante—. El orden es una actitud de *defensa* frente a la inseguridad del *riesgo*.

El desvalor del orden o su hipertrofia, se produce, por su excesivo desarrollo. Este desvalor es el *ritualismo*: éste significa que el orden se ha hecho desvalioso por su formulismo, por su rigidez y falta de adecuación a los fines que persigue (por ejemplo porque impide la efectiva defensa del riesgo). Por su parte, el *desorden* como desvalor expresa por el contrario la carencia o la insuficiencia de orden.

3.2. La coexistencia en cuanto personas: valores de poder y paz

Cuando observamos a la relación personal de un modo objetivado, el “otro” no es un dato del mundo, sino una “alteridad”, un ser espiritual. El punto de partida se manifiesta en el fenómeno de la unión. En este sentido podemos decir que las personas pueden encontrarse unidas o desunidas. Mientras las personas permanezcan unidas, existirá la *paz*, como valor fundado y coexistencialmente autónomo. El desencuentro solo genera *discordia* y la autonomía del prójimo se despliega como agresión. El “otro” pasa a ser visto como un *enemigo* a quien me siento enfrentado (Cossio, 1964:579).

La superación del conflicto, importa el surgimiento del valor fundado de *poder*, porque no se supera un conflicto esquivándolo sino *dominándolo*. La presencia de este valor de heteronomía, importa una limitación a la autonomía del “otro”, que impone al individuo jerarquía apta, para decidir sobre sus acciones. Sin embargo, debemos aclarar que el *poder* es algo opuesto a la fuerza, no es una relación mecánica de fuerza bruta, es una relación de reconocimiento (Cossio, 1964: 581).

Se relaciona con el *dominio* del conflicto, por lo que se encuentra vinculado a la *paz*. Cuando el reconocimiento a cierta estructura jerárquica o el poder cae, se ve amenazada la paz por el retorno al conflicto. En la experiencia jurídica se hace palpable que quien legisla o juzga lo hace desde el poder que le infunde la función que encarna.

No obstante, el exceso de poder puede llevarnos al desvalor de heteronomía, que llamamos *opresión*. El extremo opuesto lo encontramos la anarquía que produce *impotencia*, frente a la ausencia de poder que pueda establecer algún grado de *paz*.

3.3. La coexistencia como sociedad: valores de cooperación y solidaridad

El valor de autonomía viene dado por el pertenecer al grupo, mientras que el desvalor es saberse foráneo (*extranjería*) (Cossio, 1964:588).

La coexistencia supone la *solidaridad* como valor fundante, que se produce cuando el prójimo se hace próximo. Frente a la *extranjería* o *secesión*, el prójimo no es una incógnita, ni un enemigo, sino que resulta ser un extraño. La disolución de la sociedad, solo puede reconstruirse desde el valor heterónimo de la *cooperación*, que solo se adquiere en la medida que exista una conciencia del “nosotros” o mejor dicho cuando surja la idea de comunidad. Ahora bien, su contrapartida lo encontramos en el desvalor de la *masificación*, al que se llega cuando se borra el polo de autonomía que la cooperación presupone y el individuo solo tiene sentido como pertenencia al “todo”. Ante la carencia de la *cooperación*, sólo queda la *minoración*, en la medida que el “otro” pasa a ser un sujeto que no es tenido en cuenta como persona, ni tiene significación en la vida social, sus problemas no importan y no hay interés por parte de los otros en intentar ayudarlo.

3.4. Estructura del plexo axiológico jurídico: el valor de justicia

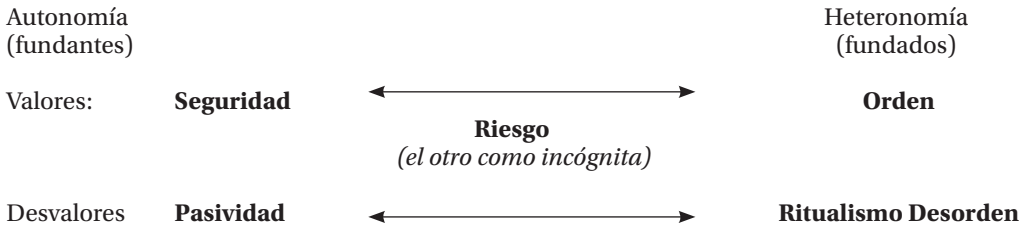
Desde la perspectiva *axiológica* la justicia debe ser entendida como el *mejor entendimiento societario dentro de cada situación*. Ella se manifiesta a través del logro de alguno de los seis valores nombrados, según cual sea la naturaleza del problema que estuviere en cuestión. La justicia se especifica en cada uno de los valores examinados, porque ella es un valor de totalidad, el vector resultante, que siempre se realiza en alguno de los valores enunciados. Así por ejemplo, si afirmamos que coexistir supone entendimiento y coordinación, la injusticia no hace más socavar el encuentro con el otro. Por eso reconocemos que los valores pertenecen al orden del *deber ser* en tanto que son necesarios para fundar algún tipo de organización, pero se derivan del *ser* de la vida coexistencial, de modo tal que cuando entra en crisis un valor fundante como la *seguridad*, el *orden* pasa a un primer plano a fin de dar firmeza y reestablecer el valor perdido, porque los valores fundantes son equilibrados, en la medida que nos posible alcanzar la plena dimensión axiológica (Cueto Rúa, 2005:16).

La noción platónica de justicia nos plantea el equilibrio de los valores jurídicos, dándose dicho equilibrio según la peculiaridad de la propia relación humana que debe ser considerar en cada caso. La justicia como armonía exige, pues, la realización de todos los valores, pero no de la misma manera, ni con la misma intensidad en todos los casos, lo que implica, una idea de justicia general, que cobra una nueva dimensión en cada caso en particular, en función de las características individuales de la situación planteada.

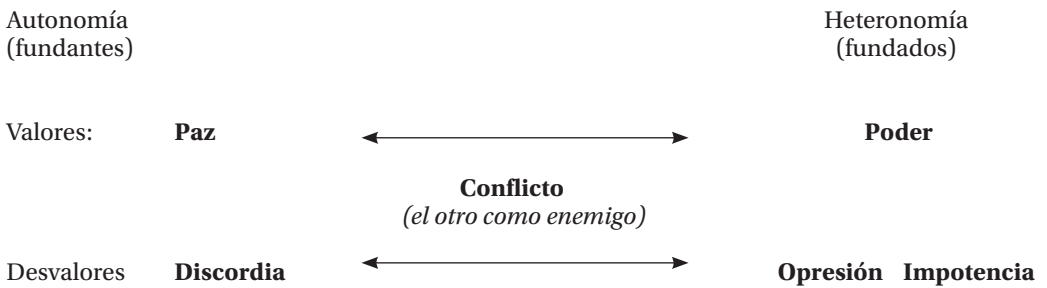
No debemos dejar de tener en cuenta la dinámica de la justicia aristotélica, podemos diferenciar a la *justicia conmutativa* que tiene por base el criterio de igualdad o igualación de oportunidades, reconociendo en la justicia una función integradora que asegura el mismo tratamiento para todos los individuos. Mientras que la *justicia como distribución*, en la que Aristóteles reconoce la capacidad creadora del hombre que lejos de tener que ver con la uniformidad social, implica un reconocimiento de los programas individuales que cada persona se plantea como objetivos de una elección existencial.

El siguiente esquema solo intenta graficar los conceptos antes mencionados, con la intención de lograr una mayor comprensión de la interrelación axiológica presentada por Carlos Cossio.

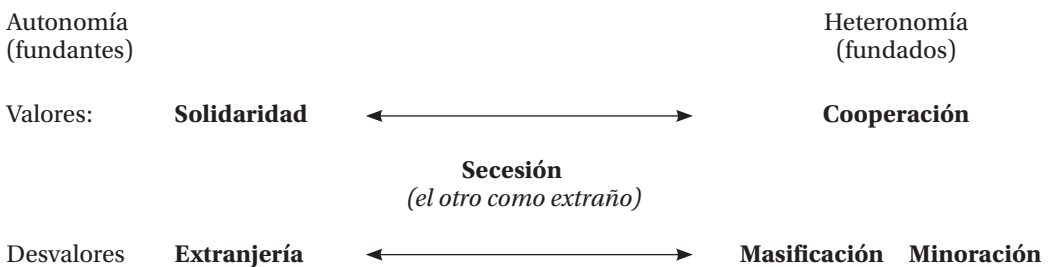
**Coexistencia como
CIRCUNSTANCIA**



**Coexistencia como
PERSONA**



**Coexistencia como
SOCIEDAD**



Cossio ofrece, el camino para derivar *apodícticamente* los valores que acompañan la experiencia normativa, y que por lo tanto están a la base de la *creación de las reglas de justicia*. Este trasfondo axiológico, hace posible definir en la experiencia concreta, el criterio preferible de elección (cuál es más o menos justo), en el que se realiza el encuentro comunitario. Asimismo, cabe destacar que en este juego de más y menos, participan y confluyen los valores de heteronomía y autonomía, que intentan buscar su equilibrio. Así por ejemplo una normativa es injusta si es *ritualista o desordenada*, cuando atenta contra el orden o se impone el orden por encima de los requerimientos individuales, o también se puede calificar una acción como *impotente u opresiva*, si no se cumple con la norma o se avasalla la libertad jurídica.

La vida humana como coexistencia exige ser *justificada*. Cuando hablamos de justificación la necesidad de fundamentar y dar razones de un hacer o dejar de hacer conforme a la bilateralidad que toda acción jurídica lleva implícita. De allí que el concepto de *preferibilidad* no deba entenderse como arbitrariedad de intereses contingentes sino, desde un aspecto ontológico, donde el componente emocional, resulta indisociable de lo axiológico.

4. Decisión jurídica y contexto axiológico

Toda actividad interpretativa implica una valoración moral o la asunción de ideas políticas, porque al interpretar acogemos una posición filosófica, ya sea de forma implícita o explícita (2). Detrás de una norma suele haber siempre un valor, pues se considera que sólo es comprensible un deber de hacer algo, si ese “algo” es valioso y bueno para el individuo o la comunidad. En tal sentido, son los valores los que justifican nuestros juicios y hacen razonable nuestras decisiones. Por este motivo, Arnio plantea la existencia de la relación entre la decisión judicial y el contexto axiológico, señalando que la resolución judicial debe ser axiológicamente válida para que ella sea aceptable no solo en un sentido formal, sino también en un sentido material.

En consecuencia, es posible sostener que la aceptabilidad social, legitima la decisión judicial (Arnio, 2003: 231). Aceptabilidad que solo es posible alcanzar, por medio del discurso racional que utiliza un procedimiento de justificación, fundado en argumentos jurídicos, empíricos y morales, según el sistema de valores aceptados mayoritariamente por la sociedad (3). Porque como afirma Kelsen, podemos reconocer la existencia de una moral positiva, enunciada por las normas jurídicas (Kelsen, 1991: 19), que no funciona como fundamento del derecho positivo, sino que resulta de la deducción realizada desde las mismas normas. Por lo tanto, no podemos dejar de observar la relación existente entre el derecho y los valores desde un sentido netamente jurídico.

5. Sentido y significación

Para Werner Goldschmidt el derecho es un objeto complejo, compuesto por tres dimensiones a saber: realidad social, las normas y los valores (4). Es indispensable entender que toda norma del ordenamiento tiene un carácter estratégico, que es necesario conocer si se ejerce una función jurisdiccional. En tanto que, las normas son proyectos a futuro y requieren de nuestra capacidad estratégica en la búsqueda del logro de objetivos jurídicos (5).

(2) A modo de ejemplificación recordamos el voto de Lorenzetti en el caso “Simon”, en el que hace suya aquella concepción de la justicia rawlsiana “entendida como los principios morales que aceptarían personas libres, iguales y razonables que permitan una convivencia basada en la cooperación”. (Vigo R. L., 2005.).

(3) Teoría desarrollada y analizada ampliamente por Robert Alexy profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Público en la Universidad de Kiel (Alemania) toma de la teoría del discurso de Habermas el modelo de argumentación jurídica. Considerando a la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico general.

(4) Acerca de la teoría axiológica del mundo jurídico pueden verse por ej. GOLDSCHMIDT, Werner (1987) y CIURO CALDANI, Miguel Angel (1976; 1982-84 y 1986).

(5) También distingue la estrategia al darle un sentido “macrojurídico”; de la táctica con un enfoque “microjurídico” al corresponderse, con la utilización de los medios para la realización de los negocios y actos jurídicos. (Ciuro Caldani, 1924: 30).

La estructura lógica, dada por la norma, se constituye en un *a priori* de la experiencia jurídica (6). La norma, es un elemento formal que organiza el material empírico, pero que solo forma parte de aquella, en el momento de su aplicación. La norma general que se materializa en la sentencia o en el cumplimiento espontáneo, produce su constante actualización. Así, cuando la norma se incardina a la conducta, la descubrimos como parte, de un objeto cultural complejo como el derecho (Zucchi, 2001:187). La tarea de justificación de las decisiones judiciales, se relaciona, claro está con la búsqueda de la justicia. Es que la justicia tiene que ser pensada como una categoría “pantónoma” —pan: todo y nomos: ley—, referida a la totalidad de las adjudicaciones. De tal modo que el reparto justificado produzca seguridad para sus beneficiarios, lo que se logra cuando se adjudica o reconoce a cada individuo, la esfera de libertad necesaria, para el desarrollo pleno que lo convierte en persona. Todo reparto es justo, cuando es, el más justo de los repartos posibles. Es decir, cuando el reparto está “justificado” para el repartidor que lo realice. En este aspecto es relevante tener en cuenta, que las decisiones jurisdiccionales, se pueden justificar en términos de justicia.

Según Herrera Figueroa (7), en el reparto justificado encontramos un *sentido* y una *significación*.

El *sentido* atiende la esfera valorativa de la conducta existencial captada por el derecho, mientras que la *significación* se inserta en la descripción objetiva, en tanto que trasciende el mundo cognoscente y lo cosifica de algún modo. Esta interrelación que encontramos entre *sentido* y *significación*, así como su conexión con el plano axiológico, nos lleva a comprender la hermenéutica de la conducta a la luz del plano normativo. Siguiendo el derrotero heideggeriano, podemos afirmar que la valoración surge de la aplicación del método empírico dialéctico que conjuga inteligibilidad y sentido. Esto es así, porque conocer en alguna medida implica interpretar. (Herrera Figueroa, 1955:123)

6. La justicia como criterio de corrección

Ahora bien, “es justo” aquel ordenamiento que se funda en criterios de *igualdad jurídica, seguridad jurídica y bien común*. (Catenacci, 2001:159)

La aplicación justa de las normas, nos lleva a pensar en el criterio de aplicación e interpretación que debe tenerse en cuenta, a fin de no caer en ritualismos. Por lo que es indispensable mantener un sentido de equidad en el juzgamiento. En este sentido, Kant ha entendido que la equidad se basa en la máxima que dice: “*el derecho muy estricto es una injusticia muy grande.*” (Kant, 1962: 59) Explicando de este modo, el problema de la dureza del derecho no puede corregirse por medio del propio derecho, porque el reclamo de equidad debe realizarse ante la conciencia del propio juzgador. Así también es el legislador quien puede dejar librada la aplicación de la mayor o menor dureza de la sanción, al propio juez que debe aplicar la norma, conforme a criterios de razonabilidad que tomen en cuenta las valoraciones en juego.

Como las decisiones jurídicas tratan esencialmente temas de distribución y compensación, resulta necesario, la existencia de criterios de corrección surgidos de un proceso de argumentación jurídico y moral, que permita fundamentar a dicha decisión. Debemos tener en cuenta que una decisión defectuosa en lo moral, seguirá siendo válida jurídicamente, mientras que las decisiones defectuosas tanto en lo moral, como en lo jurídico, producen la pérdida de validez, en tanto que se afecta la calidad argumentativa (Alexy, 2005:20).

(6) Zucchi se distancia de Goldschmidt y Ciuro Caldani en cuanto reconoce que asumen una postura realista-idealista al entender que el sujeto crea al objeto por lo que necesita un método distinto para cada objeto de conocimiento, por lo que entiende como adecuado la utilización del método empírico dialéctico, aproximándose a la Teoría Ecológica.

(7) Si bien Herrera Figueroa sostiene una tesis intrivritualismo en el que conjuga el integrativismo de Hall y la dikelogía de Goldschmidt, se diferencia en el plano ontológico ya que sitúa al derecho dentro del campo de la estimativa iuspolítica como ciencia interdisciplinaria de las estrategias y la conducción; coincidiendo en la explicación de los rasgos humanísticos de su antropología y en la teoría democrática del estado y de los repartos iuspolíticosociales. (García Bazán, 1996: 42)

La regla de oro que dice: “*dar a cada uno, lo suyo*”, se relaciona con la idea de justicia distributiva y compensatoria. Así cuando una sanción ha sido determinada incorrectamente, lesiona la justicia conmutativa, pero también representa un problema de justicia distributiva, porque genera una cuestión de desigualdad. Esto nos permite entender que el criterio de *corrección* es un reclamo común para todo tipo de decisión judicial. Esto nos lleva a comprender que “*la justicia es corrección en relación con la distribución y la compensación*” (Alexy, 2005:57). Porque lo justo tiene que ver indefectiblemente con la pretensión de corrección, que queda plasmada en el razonamiento jurídico. En tanto que se pretende obtener la mejor decisión, para un caso determinado, es posible sostener que existe la intención de alcanzar algún grado de justicia.

7. La justicia como razonabilidad natural

La justicia dentro del ámbito jurídico, puede ser comprendida como una exigencia básica de razonabilidad práctica, relacionada a principios morales que exigen favorecer y promover el bien común de las propias comunidades (Massini Correas, 2001:946).

Que solo se logra cuando en el juicio práctico se conjugan estas tres características: *alteridad* (entendida como la orientación hacia el otro), *obligatoriedad* (reconocimiento de la exigencia deóntica — el deber) y *proporcionalidad* (porque se debe partir y buscar la igualdad de condiciones) (Finnis, 2000: 195). En este sentido, la equidad debe ser considerada como una parte indispensable de un juicio justo, que pretende alcanzar ciertos criterios de corrección al adecuar la ley general a las circunstancias de cada uno de estos casos particulares, por medio de una razonable interpretación de las normas.

El problema de la dureza del derecho no puede corregirse por medio del propio derecho, porque el reclamo de equidad tiene fuerza en la conciencia del propio juzgador. Así, la mayor o menor dureza de una sanción, se encuentra referida a la aplicación de distintos criterios de razonabilidad, que tienen en cuenta las valoraciones en juego.

8. Conclusión

Carlos Cossio nos ha enseñado, que la conducta en su realización fenoménica, guarda un sentido axiológico. Creemos que los valores jurídicos, que hemos analizado solo tienen una función orientadora, como principios fundamentales que expresan, con mayor o menor amplitud las exigencias de justicia. Entendemos también, que existe un correlato, entre las modalidades de conductas objetivamente impuestas por las normas y nuestra estimativa jurídica que nos permite calificar una situación como justa o injusta (Smith; 1999:2).

La teoría del discurso sostiene, que el discurso práctico racional es un *procedimiento de argumentación* y que si argumentamos en favor de la libertad y la igualdad, el discurso jurídico debe contener algún sentido de justicia (Smith; 1999: 61).

Si bien, cada época e incluso cada generación, se proyecta en una perspectiva existencial distinta conformando un modo diferente de plantear y resolver problemas vitales, resulta necesario replantear un nivel de justificación, racional y axiológico (Smith; 1997:1).

Debemos tener en cuenta el eterno anhelo de la humanidad que se traduce en la búsqueda de la Justicia entendida como orden social, para asegurar la igualdad de posibilidades y el respeto por la libertad individual. Este deseo de justicia puede permanecer insatisfecho, en la medida que constatamos que en ninguna época, ni en ninguna comunidad se ha podido alcanzar un estado social que diera respuestas definitivas, porque en cada época se generan distintas condiciones y proyectos de vida, que generan problemas y conflictos sociales diversos. Esto repercute en la filosofía del derecho, que pretende exponer con el mayor grado de verosimilitud el sentido lógico y axiológico de las normas, en su estrecha vinculación con los hechos.

El valor es un dato originario en nuestra relación con el mundo, no sólo porque imprime su huella en la captación de la realidad sino, que también fija las pautas que motivan las distintas formas de

actuar. Así cuando valoramos establecemos el carácter cualitativo de las cosas, categorizando de este modo aquellos objetos que nos rodean.

En consecuencia entendemos que el orden jurídico vigente entraña una específica valoración jurídica de la realidad social en la que vivimos. Por lo tanto, la conducta, la norma y el valor, son niveles que se complementan dentro de una única realidad. De suerte, que los valores jurídicos no han de ser entendidas como entidades separadas de las normas positivas, sino como cualidades objetivizadas, que en ellas buscan su realización.

El positivismo jurídico pretendió una aproximación purificada al fenómeno jurídico, dando por resultado un análisis puramente formal, considerando que el objeto del derecho era la norma emanada del estado, independiente de los valores puestos en juego. Sin embargo, el solo hecho de pensar en un análisis hermenéutico de la ley implica pensar en la necesidad de confrontar valores, conductas y normas. El retorno a una jurisprudencia de valores en la teoría del derecho, ha sido posible gracias al estímulo de las doctrinas sobre la justicia que se han desarrollado en las últimas décadas del siglo XX (Pérez Luño, 2005: 107).

Resulta lógico pensar que quien interpreta la norma, necesita poner de relieve los elementos axiológicos que se le presentan, a fin de contrastarlos con la realidad. El problema de la axiología, no puede dejar ser analizado sino, dentro de la teoría general del derecho, en tanto que el juez como cualquier operador jurídico, inevitablemente, tienen delante de sí, una conducta que requiere ser valorada jurídicamente.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005.
- ARNIO, Aulis. "Algunas observaciones sobre la justificación jurídica", EN: Zuleta Puceiro, Enrique (comp.). *Interpretación de la ley*. Buenos Aires: La Ley, 2003.
- CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al derecho. Teoría general. Argumentación. Razonamiento jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 2001.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel. "Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces". *Jurisprudencia Argentina. Doctrina*, Buenos Aires, 1924 13: 30-35.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel. *Derecho y política: El continente político del derecho. Elementos básicos de una filosofía política trialista*. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel. *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-1984.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel. *Estudios jusfilosóficos*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.
- COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1964.
- COSSIO, Carlos. *Radiografía de la teoría egológica del derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1987.
- CUETO RÚA, Julio César. "Algunos aspectos de la dinámica del plexo axiológico". *Carpeta de temas especiales Cátedra II*. La Plata, 2005.
- FINNIS, John. *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- FRONDIZI, Risieri. *¿Qué son los valores?* 17a. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- GARCÍA BAZÁN Francisco. *Tres estudios sobre la filosofía de Herrera Figueroa*. Buenos Aires: Alma-gesto, 1996.

GIMENO PRESA, María Concepción. *Interpretación y derecho*. Universidad Externado de Bogotá: Colombia, 2001.

GOLDSCHIMDT, Werner. *Introducción filosófica al Derecho*. 6a. ed., 5a. reimp. Buenos Aires: De-palma, 1987.

HERRERA FIGUEROA, Miguel. *Justicia y sentido*. Tucumán: Richardet, 1955.

IHERING, Rudolf von. *La lucha por el Derecho*. Buenos Aires: Valletta, 2004.

KANT, Manuel. *Principios Metafísicos del Derecho*. Puebla: Cajica, 1962.

KELSEN, Hans. *¿Qué es la justicia?* Buenos Aires: Leviatan, 1991.

LACLAU, Martín. *Conducta, norma y valor. Ideas para una nueva comprensión del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

LEOCATA, Francisco. *Los valores: una propuesta en el marco de la Ley Federal de educación*. Buenos Aires: Cesarini, 1995.

MASSINI CORREAS, Carlos. "El derecho y la justicia". *El Derecho*, Buenos Aires, 2001-190.

NEGRI, Héctor. *La justicia en el Libro I de "La República"*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antinio Enrique. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*. Lima: Palestra, 2005.

RAZ, Joseph. *Valor, respeto y apego*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2004.

SMITH, Juan Carlos. *La justicia como valor*. Presentación realizada en el XVIII Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, La Plata, 1997.

SMITH, Juan Carlos. "El derecho natural y las transformaciones sociales". *Universitas Rerum*, La Plata, 1999 2 (8).

VIGO, Rodolfo Luis. "Consideraciones iusfilosóficas sobre la sentencia en la causa 'Simón'". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires. ♦

(8) Si bien Herrera Figueroa sostiene una tesis intrivritualismo en el que conjuga el integrativismo de Hall y la dikelogía de Goldschmidt, se diferencia en el plano ontológico ya que sitúa al derecho dentro del campo de la estimativa iuspolítica como ciencia interdisciplinaria de las estrategias y la conducción; coincidiendo en la explicación de los rasgos humanísticos de su antropología y en la teoría democrática del estado y de los repartos iuspolíticosociales. (García Bazán, 1996: 42)

Historia Constitucional

ARTIGAS y las Instrucciones Orientales del 13 de abril de 1813

POR JULIA EDITH ARAMBURÚ (*)

Resumen

El objetivo del presente es resaltar de la comparación de las fuentes norteamericanas con las Instrucciones Orientales del 13 de abril, destacando el verdadero espíritu democrático artiguista, sus originalidades en pos del anterior, y su acierto en la adecuación de las normas a lo que exigía la voluntad de los pueblos.-

Palabras claves: Artigas - Democracia - Historia

ARTIGAS and Eastern Instructions of April 13, 1813

Abstract

The purpose of this comparison is to highlight sources Eastern U.S. with the Instructions of April 13, highlighting the true democratic spirit Artigas, their originality in the previous post. and its success in matching the rules which required the will of the people.

Keywords: Artigas - Democracy - History

Tras la Convocatoria a los pueblos del interior por parte del 2do. Triunvirato de Buenos Aires a que envíen Diputados a la próxima Asamblea Constituyente, bajo la condición —entre otras— de la elección indirecta de sus diputados y el ser portadores de instrucciones, la denominada Banda Oriental se apresta a “programar” las bases de la futura organización política de la región, y lo hace sin exclusiones, con la directa participación de gauchos, “patrones” indios, —incluidos los charrúas y minuanes— y esclavos alzados:

Todo ello en medio de luchas armadas, pero con el fervor de aquellos que creen en lo genuino y de que llevarlo a cabo es posible. La metodología consistía en que en asambleas espontáneas y voluntarias, el pueblo oriental en su conjunto, confusa y dispersamente mediante participantes de los cabildos de todas las villas puja por forjar su ideario libertario.

Así se confunden igualmente las poblaciones de los paisajes correntinos, entrerrianos y orientales —hasta llegar más luego a incorporarse parte de Córdoba— otorgando separada y segmentariamente la autoridad soberana en D. José Gervasio de Artigas, quien la recibe y luego la devuelve a su legítimos titulares en cada tramo, sin eufemismos, reconociendo el verdadero sentido de la “representación política”: cuando ya en el Congreso de 3 Cruces, manifiesta al pueblo reunido: *“Mi autoridad emana de vosotros y ella cesa por vuestra presencia soberana”*.

Todos concurren a la praxis del programa político federal, por un pacto, y no por obedecer a nadie. Ello les garantizará su existencia. (Al frustrarse tal sentido roussoniano del tal pacto se distorsionan los conceptos, se bastardean las ideas, se fuerzan los sustratos, y los sentidos se adecuan a la conveniencia del que manda en el turno que le toca. Y lo más lamentable es que se sigue haciendo querer aparentar formas “democráticas” cuando desde su constante violación la palabra ha perdido no sólo fuerza sino sentido y se convierte en funcional a cualquier circunstancia.)

El panorama de la época, los antecedentes estructurales y los doctrinarios, ya han sido desarrollados en otro trabajo al que nos remitimos (·), pero ahora complementaremos ese trabajo refiriéndonos exclusivamente a las Instrucciones denominadas de Artigas: las del 13 de abril de 1813.

Se conocen tres Instrucciones emanadas del pueblo oriental: las 5 y 6 de abril, las de Artigas del 13 de abril y las de Soriano.

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Historia Constitucional de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

Las de Artigas, las del 13 de abril, si bien no hay duda doctrinaria respecto de su autoría, debemos mencionar que existen al final de las mismas 3 letras: F S C, y parte de la doctrina sostiene que las mismas se podrían corresponder con el nombre de Felipe Santiago Cardozo, compañero y colaborador de Artigas en esta gesta programática política.

Sus fuentes:

Con frecuencia se le suele achacar a Artigas la carencia de distingos entre “federación,” y “confederación” —ya que los aplica con el mismo sentido— ello se debe primero a la fuente, a la que nos referiremos; segundo a que su clasificación y distinción teórica es posterior y tercero, sobretodo, que es el constitucionalismo norteamericano el que introduce en el mundo constitucional la forma de estado federal, ya que la consagra en su Constitución de 1787, como aporte al constitucionalismo mundial, ya que éste hasta la citada constitución había conocido y consagrado sólo dos formas de estado: la unitaria y la confederativa.

La fuente directa que conocen las Instrucciones en análisis, resulta un libro que la Diosa Fortuna pone en manos de Artigas —segura y presumiblemente obra del trabajo del contrabando— que se titula: *“Independencia de la costa firme, justificada por Thomas Paine, treinta años ha”*, traducido del inglés al español por D. Manuel García de Sena (caraqueño él), y que fuera publicada en Filadelfia en 1811, en el están contenidos los siguientes fragmentos de la obra de Paine: 1). “Del origen y designio del Gobierno en general: con unas breves observaciones concisas acerca de la Constitución Inglesa,” y “De la Monarquía y sucesión hereditaria”; 2). “Disertación sobre los primeros principios de Gobierno”; 3). “Disertación acerca del Gobierno, los asuntos del Banco y papel moneda”; y los siguientes textos legales norteamericanos: a) “Declaración de Independencia”, del 4 de julio de 1776; b) “Artículos de Confederación y perpetua unión”, del 8 de julio de 1778; c) “Constitución de los Estados Unidos” de 1787; d) Constitución de Massachussets”; e) “Relación de la Constitución de Connecticut”; f) Constitución de New Jersey”; g) “Constitución de la República de Pennsylvania; y h) “Constitución de Virginia”.

No debemos dejar de señalar que las constituciones de los Estados de América del Norte, sobre la costa este, ex Colonias Inglesas, fueron todas anteriores a las francesas y a la Constitución Norteamérica, y de paso no hay que dejar de hacer notar que fueron las primeras constituciones escritas a las que asistió el mundo. Se inscriben de tal suerte como aporte norteamericano al constitucionalismo mundial.

Por ello es que observando en su conjunto la totalidad de las fuentes aludidas y traducidas García de Sena, fuentes de estas Instrucciones, se explican las aparentes disimilitudes —ya que en el fondo el sentido de todas era el mismo: la estructuración de un sistema político, económico, rentístico federal, mas allá de las denominaciones.

Ello es así ya que “El Pacto de Unión Perpetua” consagra un sistema confederativo, y la Constitución Norteamericana” —como se dijo— aporta al mundo por primera vez un sistema de estado *federal*. Del análisis textual comparativo a desarrollar, surgirán más adelantes las consideraciones expuestas.

Adecuación:

Del estudio pormenorizado de las fuentes y las Instrucciones a analizar, surge palmariamente una evidente, lúcida, correcta, sistemática, y ordenada adecuación de la norma y la realidad organizacional pretendida “por los Pueblos Libres” para estas latitudes.

En nada menoscaba la copia textual de los artículos de las diferentes fuentes norteamericanas, cuando el real valor se encuentra en el ensamble de una realidad y de una historia tan distintas con la nuestra, ya que toma las instituciones que se adecuan y forman el programa federal que era el adecuado a más del pretendido por todo el pueblo, sino que además lo compatibiliza con los principios del enciclopedismo europeo, a través del adoctrinamiento del Tomas Paine. Es una síntesis de estructura norteamericana (Monstequieu) con principios enciclopedistas. Tal la resultante. Originalidadedes:

Pero lo que más evidencia que las Instrucciones no resultan ni de cerca una mera copia, son las originalidades que en ella se insertan, entre las que podemos citar:

—Declaración absoluta de la Independencia de la Corona de España, de la familia de los Borbones y desvinculación absoluta con el Estado Español.

- Introducía por primera vez la libertad de cultos.
- Libertades económicas y autonomía patrimonial de las provincias.
- Fijaba los límites geográficos de la Banda Oriental. Incluyéndose Misiones y otros pueblos ocupados en esos momentos por los portugueses)—
- Propugnaba la creación de dos puertos con sus respectivas aduanas exteriores: Colonia y Maldonado. (Eliminando el absorbente puerto y aduana únicos de Buenos Aires).
- Asimismo la provincia retenía el derecho de dictarse su propia constitución, a más de integrar la General de toda la Nación.
- Consagraba la autonomía militar, producto de sus duras experiencias.
- *El despotismo militar sería aniquilado con trabas constitucionales que aseguraran la inviolabilidad de la soberanía de los pueblos. ¡¡¡ Todo un visionario!!!!*
- La Capital del Estado sería cualquier punto menos Buenos Aires

(Y aunque nos extralitemos del tema en cuestión, no es de desdeñar que:

— en el Proyecto Constitucional para la Nación determinaba que los senadores serían elegidos directamente por el pueblo de cada Provincia —cosa que los norteamericanos recién incorporan en la 6ta. Enmienda Constitucional y nosotros en 1994); y

— en el Proyecto para la banda Oriental imponía la obligatoriedad de la educación primaria, haciendo responsables de su incumplimiento a los Alcaldes!!!! en 1813).

A continuación se transcriben comparativamente las Instrucciones del 13 de abril con sus respectivas fuentes normativas:

INSTRUCCIONES
DEL 5 DE ABRIL

A) LA INDEPENDENCIA NACIONAL

Art. 1º) Pedirán la declaración absoluta de la Independencia de la Corona de España y familia de los Borbones.

Fuente: Independencia Estados Unidos 1776

b) LA CONFEDERACIÓN

Art. 2º) No admitirán otro sistema que el de la Confederación para el pacto recíproco con las Provincias que formen nuestro Estado.

*Fuente: Original de Artigas
Liga-uniión diferente del concepto roussonianono*

C) LA RELIGIÓN

Art. 3º) La religión católica apostólica romana será la preponderante, y así no admitirán otra

D) EL OBJETO Y FIN DEL GOBIERNO

Art. 4º) Como el objeto y fin del gobierno debe ser conservar la libertad, igualdad y seguridad de los ciudadanos y de los pueblos, cada Provincia formará su gobierno bajo esas bases, a más del gobierno supremo de la Nación.

Fuente: Original de Artigas

INSTRUCCIONES DE ARTICULOS
(13 DE ABRIL)

A) LA INDEPENDENCIA Y LA CONFEDERACIÓN

Art. 1º) Primeramente pedirá la declaración de la independencia absoluta de estas colonias, que ellas están absueltas de toda obligación de fidelidad a la Corona de España y familia de los Borbones, y que toda conexión política entre ellas y el Estado de España, es y debe ser totalmente disuelta.

Art. 2º) No admitirán otro sistema que el de la Confederación para el pacto recíproco con las Provincias que forman nuestro Estado.

B) LA LIBERTAD CIVIL Y RELIGIOSA

Art. 3º) Promoverá la libertad civil y religiosa en toda su extensión imaginable.

Fuente: Constitución de Massachuset (protestante)

C) EL FIN DEL GOBIERNO, LA DIVISIÓN DE PODERES Y LA COMPETENCIA

Art. 4º) Como el objeto y fin del gobierno debe ser conservar la igualdad, libertad y seguridad de los ciudadanos y de los pueblos cada Provincia formará su gobierno bajo esas bases, a más del gobierno supremo de la Nación.

Fuente: Constitución provincial= Derecho de resistencia a la opresión

E) DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Art. 5º Así éste como aquél se dividirá en Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial

Fuente: Constitución Norteamericana de 1787

Art. 6º Estos tres resortes jamás podrán estar unidos entre sí y serán independientes en sus facultades.

F) LA COMPETENCIA FEDERAL Y ESTATAL

Art. 7º) El gobierno supremo entenderá solamente en los negocios generales del Estado. Es resto es peculiar al gobierno de cada Provincia

Art. 5º) Así éste como aquél se dividirán en Poder Legislativo, ejecutivo y Judicial.

Art. 6º) Estos tres resortes jamás podrán estar unidos entre sí y serán independientes en sus facultades.

Art. 7º) El gobierno supremo entenderá solamente en los negocios generales del Estado. El resto es peculiar al gobierno de cada Provincia.

G) LOS FRENOS CONSTITUCIONALES

Art. 8º) El despotismo militar será precisamente aniquilado con trabas constitucionales, que aseguren inviolable la soberanía de los pueblos.

Fuente: Original de Artigas

K) EL DESPOTISMO DE LA FUERZA

ART. 18) El despotismo militar será precisamente aniquilado con trabas constitucionales que aseguren inviolable la soberanía de los pueblos.

D) EL TERRITORIO ORIENTAL Y SUS REINVIDICACIONES

Art. 8º) El territorio que ocupan estos pueblos de la costa oriental del Uruguay hasta la Fortaleza de Santa Teresa, forma una sola Provincia, denominada la Provincia Oriental

Fuente: Original de Artigas

Art. 9º) Que los siete pueblos de Misiones, los de Batoví, Santa Tecla, San Rafael y Tacuarembó, que hoy ocupan injustamente los portugueses, y a su tiempo deben reclamarse, serán en todo tiempo territorio de esta Provincia

H) LA SOBERANIA PROVINCIAL

Art. 9º) Que esta Provincia retiene su soberanía libertad e independencia; y todo poder, jurisdicción y derecho, que no es delegado expresamente por la Confederación a las Provincias Unidas, juntas en Congreso.

Fuentes: Artículos de Confederación y perpetua Unión de 1781 y Constitución de Massachusetts

E) LAS ALIANZAS Y LA SOBERANIA INTER-PROVINCIAL

Art. 10) Que esta Provincia por la presente entra separadamente en una firma liga de amistad con cada una de las otras, para su defensa común, seguridad de su libertad, y para su mutua y general felicidad, obligándose a asistir a cada una de las otras contra toda violencia o ataques hechos sobre ellas, o sobre alguna de ellas, por motivo de religión, soberanía, tráfico, o algún pretexto, cualquiera que sea.

I) LAS LIGAS DE AMISTAD Y ALIANZA

Art. 10) Que esta Provincia por la presente entrará separadamente en una firme liga de amistad con cada una de las otras para su defensa común, seguridad de su libertad, y para la mutua y general felicidad, obligándose a asistir a cada una de las otras contra toda violencia, o ataques hechos sobre ellas o sobre alguna de ellas, por motivo de religión, soberanía, tráfico, o algún otro pretexto cualquiera que sea.

Fuentes: Artículos de Confederación y Perpetua Unión de 1781

Art. 11) Que esta Provincia retiene su soberanía, libertad e independencia, todo poder, jurisdicción y derecho que no es delegado expresamente por la Confederación a las Provincias Unidas juntas en Congreso.

F) LOS PUERTOS ORIENTALES

Art. 12) Que el puerto llamado de Maldonado sea libre para todos los buques que concurran a la introducción de efectos y exportación de frutos, poniéndose la correspondiente aduana en aquel pueblo; pidiendo al efecto se oficie al comandante de las fuerzas de S. M. B. Sobre la apertura de aquel puerto para que proteja la navegación o comercio de su Nación.

Fuente: Original de Artigas

Art. 13) Que el puerto de la Colonia sea igualmente habilitado en los términos prescriptos en el artículo anterior.

J) LA CAPITAL

Art. 11) El sitio del Gobierno no será en Buenos Aires.

Fuente: Original de Artigas (evitar el predominio porteño)

LA CAPITAL

Art. 19) Que precisa e indispensable, sea fuera de Buenos Aires donde resida el sitio del gobierno de las Provincias Unidas.

K) LA CLAUSULA DE "GARANTIA"

Art. 12) La Constitución garantizará la soberanía, libertad e independencia de los pueblos, su felicidad y prosperidad con estatutos de la fuerza competente.

Fuente: Constitución de Massachusetts Constitución Nacional de USA de 1787

L) LA SANCION CONSTITUCIONAL

Art. 13) Sólo a los pueblos será reservado sancionar la Constitución general. (Plebiscitario)

M) EL EJECUTIVO PRESIDENCIAL

Art. 14) Que el Poder Ejecutivo de las Provincias Unidas se compondrá de un solo individuo ejerciendo este su oficio por el término de un año, debiendo ser elegido por los pueblos, y sorteado de entre los que nombren, a fin de que turne por individuos (candidatos) de todas las Provincias Unidas el tal empleo, y no se haga hereditario a los de una sola, que exija la preferencia, pues todos deberán ser iguales.

Fuente: Constitución de Nueva York y Constitución Nacional USA 1787

N) EL LEGISLATIVO BICAMERAL

Art. 15) Que los individuos que compongan la Sala del Senado y la Sala de Representantes de las Provincias Unidas, serán también elegidos por los pueblos libres, y no por la Asamblea Constituyente.

Fuente Constitución Nacional USA 1787

Ñ) LA LIBERTAD DE COMERCIO Y TRÁNSITO

Art. 16) Que ninguna traba o derecho se imponga sobre los artículos exportados de una Provincia a otra, ni que ninguna preferencia se dé por cualquiera regulación de comercio o renta a los puertos de una Provincia sobre los de otra, ni los barcos destinados de esta Provincia a otra, serán obligados a entrar, anclar, o pagar derechos en otra.

Fuente: Constitución Nacional USA 1787

O) EL PROTECCIONISMO INDUSTRIAL

Art. 17) Que todos los dichos derechos, impuestos y sixas que se impongan a las introducciones extranjeras, serán iguales en todas las provincias Unidas, debiendo ser recargadas todas aquellas que perjudiquen nuestras artes o fábricas, a fin de dar fomento a la industria de nuestro territorio.

Fuente: Original de Artigas

P) LA CONSTITUCIÓN TERRITORIAL

Art. 18) Que esta Provincia tendrá su constitución territorial; y que todos los habitantes de ella teniendo aquellas cualidades que se establecieron en la forma de gobierno, tendrán un derecho igual para los empleos y oficios, y ser elegidos en ellos.

Fuente: Constitución de Massachusetts

L) LA CLAUSULA "DE GARANTIA"

Art. 20) La Constitución garantizará a las Provincias Unidas una forma de gobierno republicana y que asegure a cada una de ellas de las violencias domésticas, usurpación de sus derechos, libertad y seguridad de su soberanía, que con la fuerza armada intente alguna de ellas sofocar los principios proclamados. Y así mismo prestará toda su atención, honor, fidelidad y religiosidad a todo cuanto crea o juzgue necesario para preservar a esta Provincia las ventajas de la libertad, y mantener un gobierno libre, de piedad, justicia, moderación e industria.

Fuente: Constitución de Massachusetts y Constitución de Nacional USA 1787

G) LAS LIBERTADES ECONOMICAS BASICAS

Art. 14) Que ninguna tasa o derecho se imponga sobre artículos exportados de una Provincia a otra; ni que ninguna preferencia se dé por cualquier regulación de comercio o renta, a los puertos de una Provincia sobre los de otra; ni los barcos destinados de esta Provincia a otra serán obligados a entrar, anclar o pagar derechos en otra.

H) LA AUTONOMIA PATRIMONIAL

Art. 15) No permita se haga ley para esta Provincia sobre bienes de extranjeros que mueran intestados, sobre multa y confiscaciones, que se aplicaban antes al rey, y sobre territorios de ésta, mientras ella no forme su reglamento y determine a qué fondos deben aplicarse, como única al derecho de hacerlo en lo económico de su jurisdicción.

Fuente: Constitución de Virginia, Maryland y New York

I) LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y TERRITORIAL

Art. 16) Que esta Provincia tendrá su Constitución territorial; y que ella tiene el derecho de sancionar la general de las Provincias Unidas que forma la Asamblea Constituyente.

Q) EL CARÁCTER POPULAR DE LAS REPRESENTACIONES

Art. 19 No se presentará en la Asamblea Constituyente como diputado de la Nación sino como representante de este pueblo porque no aprobamos el decreto de 8 de marzo, que se halla inserto en El Redactor del sábado 13 del mismo.

Fuente: Original de Artigas

R) LA FUNCION CONSTITUYENTE

Art. 20) No se extenderán sus facultades (de la Asamblea) a las de legislar, pues tan sólo las damos para formar la Constitución del gobierno que debe regirnos, activar la fuerza del ejército de las Provincias Unidas, a fin de libertar los pueblos oprimidos y residenciar los anteriores gobiernos.

Fuente: Original de Artigas

S) EL MANDATO IMPERATIVO

Art. 21 Prestará toda su atención, honor, fidelidad y religiosidad a todo cuanto crea o juzgue necesario para preservar a esta Provincia las ventajas de la libertad, y mantener un gobierno libre, de piedad, justicia, moderación, templanza, industria y frugalidad; así mismo procurará tener sus conferencias particulares con los otros diputados de este territorio, con el fin de hermanarse en estas mismas ideas y caminar de acuerdo al logro de la felicidad de esta Provincia y bien común

Así lo esperamos los habitantes de ella y desde luego lo hacemos responsable delante de nosotros y de la patria, de cualesquiera deliberación que directa o indirectamente les sea opuesta.

Fuente: Constitución de Massachusetts

J) LA AUTONOMIA MILITAR

Art. 17) Que esta Provincia tiene derecho a levantar los regimientos que necesite, nombrar los oficiales de Compañía, reglar la Milicia de ella para la seguridad de su libertad, por lo que no podrá violarse el derecho de los pueblos para guardar y tener armas.

Fuente: Artículos de Confederación y Perpetua Unión 1781 y Constitución de Usa de 1787

A manera de complemento también se transcribe el comparativo:

El Congreso de 8 de julio de 1778
ARTICULOS DE CONFEDERACIÓN y perpetua
unión

Entre los estados de New-Hampshire, Massachusetts-Bay, Rhode Island and Providence Plantations, Connecticut, New York, New Yersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina y Georgia

Art. I El título de esta Confederación será: Estados Unidos de América

Art. II Cada estado retiene su soberanía, libertad e independencia, y todo poder, jurisdicción y derecho, que no es delegado expresamente por esta Confederación a los Estados Unidos juntos en Congreso.

Proyecto de Constitución de carácter federal para las PROVINCIAS UNIDAS DE LA AMERICA DEL SUD (1)1813

PUNTOS DE CONSTITUCIÓN. Artículos de conferencia y perpetua unión entre las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes, Paraguay, Vanda Oriental del Uruguay, Córdoba, Tucumán & A.

Art. 1. El título de esta confederación será: Provincias Unidas de la América del Sud.

Art. 2 Cada estado retiene su soberanía, libertad e independencia, y todo poder, jurisdicción y derecho; que no es delegado expresamente por esta Confederación a las Provincias Unidas juntas en Congreso.

(1) Publicado por primera vez por el historiador Emilio Ravignani (Asambleas Constituyentes Argentinas, t. VI, 2º parte, Buenos Aires, 1939, Págs. 633-638). Evidentemente este proyecto está inspirado en las Instrucciones que traían a la Asamblea del año XIII dos diputados de la Banda Oriental. El Dr. Alberto Demicheli asevera que tal proyecto pertenece al diputado artiguista Felipe Santiago Cardozo, que no se incorporó a la Asamblea porque los diplomas de los representantes orientales fueron rechazados (Alberto Demicheli, Formación Constitucional Rioplatense, Montevideo, 1955, T. II, Págs. 505-510).

Art. III Los dichos Estados por la presente entran separadamente en una firme liga de amistad con cada uno de los otros para su defensa común, la seguridad de su libertad, y para su mutua y general felicidad, obligándose a asistir a cada uno de los otros contra toda violencia o ataques hechos sobre ellos o sobre alguno de ellos por motivo de Religión, Soberanía, tráfico o algún otro pretexto cualquiera que sea.

Art. IV § 1. Para mejor asegurar y perpetuar una mutual amistad e intercurso entre los Pueblos de los diferentes Estados que forman la Unión, los habitantes libres de cada uno de ellos, pobres, vagabundos y fugitivos, excepto los que huyan de la Justicia, serán acreedores a todos los privilegios e inmunidades de Ciudadanos libres de uno en otro Estado y gozará en él de todos los privilegios del tráfico y Comercio, sujetándose a los mismos deberes, imposiciones y restricciones que sus habitantes respectivamente, con tal que estas restricciones no se extenderán hasta impedir la remoción de la propiedad introducida en cualquier Estado a otro donde el propietario es un habitante, y también con tal que ninguna imposición, derecho o restricción se establezca sobre la propiedad de los Estados Unidos, o cualquiera de ellos.

§ 2 Si alguna persona culpable o acusada de traición, felonía o mala conducta en cualquier Estado, huyere de la Justicia y se hallare en cualquiera de los Estados Unidos, se entregará inmediatamente que sea requerida por el Gobernador o el Poder Ejecutivo del Estado de donde ha huido y será conducido al Estado que tiene jurisdicción sobre su ofensa. [Art. IV]

Sección Primera Art. I Todo el Poder Legislativo concedido por esta Constitución se compondrá de un Congreso de los Estados Unidos, el cual consistirá de un senado y Sala de representantes.

Sección 2 Art. I .-1) La Sala de Representantes consistirá de miembros elegidos cada dos años por el Pueblo de cada Estado y los electores de cada uno de ellos tendrá las cualidades necesarias para electores del mayor número de la Legislatura del Estado

2) Ninguna persona será un Representante, que no haya cumplido la edad de veinticinco años, y sido siete años ciudadano de los Estados Unidos; y que al tiempo de su elección no sea habitante de aquel Estado en el cual fuere electo

Art. 3. Las dichas Provincias por la presente entran separadamente en una firme liga de amistad con cada uno de los otros para su defensa común, la seguridad de su libertad, y para su mutua y general felicidad, obligándose a asistir a cada uno de los otros contra toda violencia ó ataques hechos sobre ellos ó sobre alguno de ellos por motivo de Religión, Soberanía, tráfico ó algún otro pretexto cualquiera que sea.

Art. 4 Para mejor asegurar y perpetuar una mutual amistad entre los Pueblos de las diferentes Provincias que forman la Unión, los habitantes libres de cada uno de ellos, pobres, vagabundos y fugitivos, (Excepto ([s]) los que huyan de la Justicia), serán acreedores a todos los privilegios é inmunidades de Ciudadanos libres en las varias Provincias: y la gente de cada Provincia tendrá entrada libre de una en otra Provincia, y gozará en ella de todos los privilegios del tráfico y comercio, sugetándose a los mismos deberes, imposiciones y restricciones que sus habitantes respectivamente, con tal que estas restricciones no se extiendan hasta impedir la remosión de la propiedad introducida en cualqu[i] era Provincia a otra donde el propietario ès un habitante, y también con tal que ninguna imposición, derecho ó restricción se establezca sobre la propiedad de las provincias unidas, ó cualquiera de ellas.

Art. 5: Si alguna persona culpable ó acusada de traición, felonía ó mala conducta en alguna Provincia, huyere de la Justicia y se hallare en cualquiera de las Provincias vnidas, se entregará inmediatamente que sea requerida por el Poder Ejecutivo o Gobernador (como se imponga se llame) de la Provincia de donde hà huido y será conducida ala Provincia que tiene jurisdicción sobre su ofensa.

Art. 6: El Poder Legislativo se compondrá de un Congreso de las Provincias, el cual consistirá de un senado ([ò]) (y) Sala de Representantes.

Art. 7 La Sala de Representantes consistirá de miembros elegidos cada dos años por el Pueblo de cada Provincia y los electores de cada uno de ellos tendrá las qualidades necesarias para electores del mayor número de la Legislatura de la Provincia.

Art. 8 Ninguna persona será un Representante, que no haya cumplido la edad de veinte y cinco años, y sea ciudadano de las Provincias Unidas; y que al tiempo de su elección sèa habitante de aquella Provincia en la qual fuere electo.

3) (Los Representantes, tasas o impuestos serán a proporción entre los diversos estados, que pueden ser incluidos en la Unión, con arreglo a su número respectivo, el cual será determinado por el número total de personas libres, incluyendo aquellos que están obligados a servir por un término de años, y las tres quintas partes de cualesquiera otras personas, con exclusión de los indios que no pagan impuestos. La enumeración actual se hará dentro de tres años después de la Primera Junta del Congreso de los Estados Unidos; y dentro de cada término subsecuente de diez años en los términos que se determinare por ley.

El número de Representantes no excederá de uno por cada treinta mil personas pero cada Estado tendrá a lo menos un Representante

4) Cuando aconteciere vacante en la representación de algún Estado, la autoridad ejecutiva de él publicará un decreto de elección para llenar tal vacante

5) La Sala de Representantes elegirá su Presidente y otros Oficiales y ella sola tendrá el poder de acusación.

Sección 3Art. I

1)El Senado de los Estados Unidos se compondrá de dos Senadores de cada Estado, *elegidos por la Legislatura de él por seis* años y cada Senador tendrá un solo voto.

2) Los senadores inmediatamente después que estén juntos en consecuencia de la primera elección, se dividirán los más igualmente que se pueda en tres clases. Los asientos de los senadores de la primera clase vacarán al fin del segundo año; los de la segunda clase al fin del cuarto año y los de la tercera al fin del sexto; de tal manera que una tercera clase pueda ser elegida cada dos años. Y si aconteciere vacante por renuncia u otra cualquiera causa, durante la retirada de la Legislatura de algún Estado, en este caso el Poder Ejecutivo de él puede nombrar uno interinamente hasta la junta inmediata de la Legislatura que entonces proveerá tal vacante

3) Ninguna persona será un Senador que no haya cumplido la edad de treinta años y sido nueve años un ciudadano de los Estados Unidos y que al tiempo de su elección no sea un habitante de aquél Estado en la cual es elegido.

5) El senado elegirá sus Oficiales y también un Presidente *pro tempore* en ausencia del Vice-Presidente, o cuando él ejerciere el oficio de Presidente de los Estados Unidos.

Art. 9 El número de Representantes no excederá de uno por cada veinte mil personas pero cada Provincia tendrá alo menos un Representante si no se huviere hecho la enumeración de cada Provincia

Art. 10 Cuando aconteciere vacante en la Representación de algún Estado, la autoridad ejecutiva de ella publicará un decreto de elección para llenar tal vacante.

Art. 11 La Sala de Representantes elegirá su Presidente y otros Oficiales y ella sola tendrá el poder de acusación

Art. 12 El Senado de las Provincias Unidas se compondrá de dos Senadores de cada Provincia, *elegidos por el Pueblo de ella por dos ò tres años* y cada Senador tendrá, un solo voto.

Art. 13 Los senadores, se dividirán en tres ele-[ct]cciones, afin de ser removidos cada año, de manera que a los tres años estèn fuera todos. Y si aconteciere vacante por renuncia ù otra cualquiera causa, durante la retirada de la Legislatura de alguna Provincia, en este caso el Poder ejecutivo de ella puede nombrar uno interinamente hasta la junta inmediata de la Legislatura que entonses proveherá tal vacante.

Art. 14 Ninguna persona será un Senador que no haya cumplido la edad de treinta años y sea un ciudadano legítimo delas Provincias Unidas y al tiempo de su elección sea un habitante de aquella Provincia en la qual es electo.

Art. 15 El senado elegirá su Presidente, y también sus Oficiales.

6) El Senado sólo tendrá el poder para procesar los acusados. Cuando se sentare para este intento prestará juramento o afirmación. Cuando el Presidente de los Estados Unidos es procesado, el Jefe de Justicia presidirá: y ninguna persona será convencido en juicio sin la concurrencia de las dos terceras partes de los miembros presentes.

7) El juicio en causas de acusación no se extenderá más que a remover del oficio y a declarar la incapacidad de ejercer, y obtener algún empleo de honor, de confianza o provecho bajo de los Estados Unidos; pero la parte convencida, no obstante, quedará sujeta a acusación, proceso, juicio y castigo conforme a la ley.

Sección 4. Art. 1) Los tiempos, lugares y términos de hacer las elecciones de Senadores y Representantes, se prescribirán en cada Estado por la Legislatura de él; pero el Congreso puede en cualquier tiempo por ley hacer o alterar estas regulaciones, excepto en cuanto a los lugares para elegir Senadores.

Sección 5 Art. 1)

1) Cada Sala será el Juez de las elecciones, votos y calificaciones de sus mismos miembros: y la mayoría de cada una constituirá el Tribunal para transar los negocios; pero un número menor puede prorrogarse de día en día, y está autorizado para compeler los miembros ausentes a asistir en aquellos términos y bajo aquellas penas que cada Sala proveyere.

2) Cada Sala puede determinar las reglas de sus procedimientos; castigar a sus miembros por desorden de conducta: y con la concurrencia de las dos terceras partes expeler un miembro.

3) Cada Sala tendrá un diario de sus procedimientos, y de tiempo en tiempo lo publicará, exceptuando aquellas partes, que en su juicio requieran secreto, y los votos de aprobación y negación de los miembros de una u otra Sala en cualquiera cuestión se apuntarán en el diario, si lo exigiere así una quinta parte de los miembros presentes.

4) Ninguna Sala durante la sesión del Congreso se prorrogará por más de tres días, sin consentimiento de la otra, ni se transferirá a algún otro lugar que aquel en el cual estuvieran las dos Salas.

Sección 6 Art. 1

1) Los Senadores y Representantes recibirán una compensación por sus servicios, que será determinada por ley y pagada por la Tesorería de los Estados Unidos; éstos en todos los casos, exceptuando el de traición, felonía y violación de paz, tendrán el privilegio de no ser arrestados durante sus asistencia en la sesión de su respectiva Sala y mientras van y vuelven de la misma; y por ningún discurso o debate, en una u otra Sala, se les molestará en ningún otro lugar.

Art. 16 El Senado sólo tendrá el poder para procesar los acusados. Cuando se sentare para este intento prestará juramento: y ninguna persona será convencida en juicio sin la concurrencia de las dos terceras partes de los miembros presentes.

Art. 17 El juicio en causas de acusación no se extenderá más que a remover del oficio, y a declarar la incapacidad de ejercer, y obtener algún empleo de (h)onor, de confianza, ó provecho baxo de las Provincias Unidas: pero la parte convencida, no obstante, quedará sujeta a acusación, proceso, juicio y castigo conforme a la ley.

Art. 18 Los tiempos, lugares y términos de hacer las elecciones de Senadores y Representantes, se prescribirán en cada Provincia por la Legislatura de ella; pero el congreso puede en cualquier tiempo por ley, hacer o alterar estas regulaciones, excepto en qua([..]) (nto) a los lugares para elegir Senadores.

Art. 19 Cada Sala será el Jues de las elecciones y calificaciones de sus mismos miembros: y la mayoría de cada una co[n]stituirá el Tribunal para transar los negocios; pero un numero menor puede pror[r]ogarse de día endía, y está autorizado para compeler los miembros ausentes a asistir en aquellos términos y baxo aquellas penas que cada sala proveyere.

Art. 20 Cada sala puede determinar las reg([r]) (l)as de sus prosedimientos; castigar a sus miembros por desorden de conducta: y con la concurrencia de las dos terceras partes expeler un miembro.

Art. 21 Cada sala tendrá un diario de sus operaciones o prosedimientos, y de tiempo en tiempo lo publicará exceptuando aquellas partes, que en su juicio requieran secreto, y los votos de aprobación y negación de los miembros de una u otra sala en cualquiera cuestión se apuntarán en el diario, si lo exigiere así una quinta parte de los miembros presentes.

Art. 22 Ninguna sala durante la sesión del Congreso se pror[r]ogará por más de tres días, sin consentimiento de la otra; ni se transferirá a algún otro lugar que aquel en el qual estuvieren las dos salas.

Art. 23 Los Senadores y Representantes recibirán una compensación por sus servicios, que será ([...n...]) (deter)minada por (Lei) y pagada por la Tesorería General de las Provincias unidas; éstos entodos casos, (exceptuando el de traición, felonía y violación de paz) tendrán el privilegio de no sèr arrestados durante sus asistencia en la sesión de su respectiva Sala, y mientras vãn y buelben de la misma; y por ningún discurso o debate, en una u otra Sala, seles molestará en ningun otro lugar.

2) Ningún Senador o Representante será nombrado durante el tiempo porque fuere elegido, para ejercer bajo la autoridad de los Estados Unidos algún oficio civil, que se haya creado, o cuyas rentas se hayan aumentado durante el tal tiempo; y ninguna persona, ejerciendo algún oficio bajo los Estados Unidos, podrá ser miembro de alguna de las dos Salas durante la continuación en el oficio.

Sección 7 Art. 1

1) Todo Bill para levantar rentas tendrá su origen en la Sala de Representantes, pero el Senado concurrirá con sus reparos como en cualquier otro Bill

2) Cualquier Bill que haya pasado por la Sala de Representantes y la del Senado, será presentado al Presidente de los Estados Unidos antes de hacerse ley.

Si el lo aprueba lo firmará; pero si no lo devolverá con sus objeciones a la Sala, donde se hubiere originado, la cual insertará prolijamente las objeciones en su diario y luego procederá a considerarlas, si después de reconsideradas, las dos terceras partes de la Sala acordaren pasar el Bill, se enviará junto con todas las objeciones a la otra la cual las considerará segunda vez de la misma manera, y si se aprobare por las dos terceras partes de esta se hará una ley.

Pero en semejantes casos los votos de ambas Salas serán determinados por sí y no; y los nombres de las personas que votan a favor y en contra del Bill se escribirán en el diario de cada Sala respectivamente. Si algún Bill no se devolviera por el Presidente dentro de diez días (excepto el domingo) después de haber sido presentado a él, el mismo Bill será una ley, de la misma manera que si lo hubiera firmado, a menos que el Congreso por su prorrogación estorbe que sea devuelto, en cuyo caso no será ley aunque pasen los diez días.

3) Cada orden, resolución o voto para el cual la concurrencia del Senado y Sala de Representantes pueda ser necesaria (excepto en cuestión de prorrogación) se presentará al Presidente de los Estados Unidos, y antes que tenga efecto será aprobada por él, y siendo desaprobada se reparará por las dos terceras partes de ambas Salas, conforme a las reglas y límites prescritos en el caso de un Bill.

Art. VI § 1. Ningún Estado sin el consentimiento de los Estados Unidos juntos en Congreso mandará o recibirá Embajadas ni entrará en conferencia, acuerdo, alianza o tratado de algún Rey, Príncipe o Estado; ni persona alguna, que tenga algún empleo de interés o confianza en los Estados Unidos, aceptará algún presente, emolumento, empleo, o título de cualquier género que sea, de algún Rey, Príncipe o Estado Extranjero; ni los Estados Unidos juntos en Congreso, o alguno de ellos, concederán título alguno de nobleza.

Art. 24 Ningún Senador ò Representante será nombrado durante el tiempo porque fuere elegido, para ejercer bajo la autoridad delas Provincias unidas algún oficio civil, que se haya creado, ò cuyas rentas se hayan aumentado durante el tal tiempo; y ninguna persona, ejerciendo algún oficio baxo las Provincias unidas, podrá sèr miembro de alguna delas dos Salas durante la continuación en el oficio.

Art. 25 Toda Ley para lebantrar rentas tendrá su origen en la Sala de Representantes, pero el Senado concurrirá con sus reparos como en cualquier otra ley Qualquiera (Ley) que haya pasado por la Sala de Representantes y la del senado, será presentada al Poder ejecutivo de las Provincias unidas antes de hacerse ley.

Si èl lo aprueba lo firmará; pero si no lo debolberá con sus objeciones ala Sala, donde se hubiere originado, la qual insertará prolixamente las objeciones en su diario y luego prosederà à considerarlas, si después de reconsiderarlas, las dos terceras partes de la Sala acordaren pasar la Ley, se embiará junta[*s*] con todas las objeciones à la otra sala, la qual las considerará segunda vez de la misma manera, y si se aprobare por las dos terceras partes de esta Sala, se hará una Ley. Pero en semejantes casos los votos de ambas Salas serán determinados por sí y no; y los nombres de las personas que votan à favor y en contra la Ley se escribirán en el diario de cada Sala respectivamente. Si alguna Ley no se debolbiere por el Presidente dentro de dies días (*excep*) to el Domingo) después de haver sido presentada a èl, será una ley, de la misma manera que si la hubiera firmado, a menos que el congreso por su pror[*r*]ogación estorbe que sèa de buelta, en cuyo caso no será Ley aunque pasen los dies días.

Art. 26 Cada orden, resolución ò voto para el qual la concurrencia del Senado y Sala de Representantes pueda sèr necesaria (excepto en cuestión de pror[*r*]ogación) se presentará al poder ejecutivo de las Provincias unidas, y antes que tenga efecto será aprobada por èl, y siendo desaprobada se reparará por las dos terceras partes de ambas salas, conforme à las reg[*(r)*](*l*)as y límites prescritos en el caso de la Ley arriba indicada.

Art. 27 Ninguna Provincia sin el consentimiento de las Provincias Unidas juntas en congreso mandará ò recibirá Embaxadas ni entrará en conferencia, àcuerdo, àlianza ò tratado de algún Rey, Príncipe ò estado; ni persona alguna, que tenga algún empleo de intereses o confianza en las Provincias unidas, aceptará algún presente, emolumento, empleo, o título de cualquier genero que sea, de algún Rey, Príncipe ò Estado Extranjero; ni las Provincias -- Unidas juntas en Congreso, ò alguna de ellas, consederán título alguno denobleza.

§ 2 Ni dos o más Estados entrarán en algún tratado, confederación o alianza entre sí, cualquiera que sea sin el consentimiento de los Estados Unidos juntos en Congreso, especificando con exactitud los fines para que entran y cuanto tiempo durará.

§ 3 Ningún Estado establecerá algunos impuestos o derechos que puedan chocar con algunas estipulaciones, tratados hechos por los Estados Unidos juntos en Congreso con algún Rey, Príncipe o Estado, en consecuencia de algunos tratados ya propuestos por el Congreso a las Cortes de Francia y España.

§ 4 Ningún Buque de guerra se mantendrá en tiempo de paz por algún Estado, excepto aquel número solamente que se estimare necesario por los Estados Unidos juntos en Congreso para la defensa del tal Estado, o su tráfico; ni se mantendrá por algún Estado Cuerpo alguno de tropas en tiempo de paz, excepto aquel número solamente que a juicio de los Estados Unidos en Congreso se considerare indispensable para guarnecer los Fuertes necesarios a la defensa del tal Estado; pero todos los Estados mantendrán siempre una Milicia bien reglada y disciplinada, completamente armada y equipada; y proveerán y tendrán constantemente pronto para el uso, en almacenes públicos un número correspondiente de cánones volantes y tiendas, y una cantidad propia de armas, munición, y fornituras de campaña.

§ 5 Ningún Estado se empeñará en alguna guerra sin el consentimiento de los Estados Unidos juntos en Congreso, a menos que el tal Estado sea actualmente invadido por enemigos, o reciba aviso positivo de una resolución que se haya formado por alguna Nación de Indios para invadirlo, y que el peligro sea tan inminente que no admita dilación hasta ser consultados los Estados Unidos juntos en Congreso; ni dará Estado alguno comisiones a algún Navío o Buque de guerra, ni patentes de Corso o represalias, sino después de hecha una declaración de guerra por los Estados Unidos juntos en Congreso, y entonces solamente contra el Reino o Estado, y los vasallos de él, contra quien se haya declarado la guerra, y bajo aquellas regulaciones que se hayan establecido por los Estados Unidos juntos en Congreso, a menos que el tal Estado sea infestado por piratas, en cuyo caso los buques de guerra pueden ser equipados para esta ocasión, y mantenidos mientras dure el peligro o hasta que los Estados Unidos juntos en Congreso determinen otra cosa.

Art. 28 Ni dós o màs Provincias entraràn en algùn tratado, confederación ò alianza entre sí, qualquiera que sèa sin el consentimiento de las Provincias unidas juntas en Congreso, expecificando con exactitud los fines para que entran y quonto tiempo durará.

Art. 29 Ninguna Provincia establecerà algunos impuestos ò derechos que puedan chocar con algunas estipulaciones, tratados echos, por las Provincias unidas juntas en Congreso con algùn Rey, Príncipe ò Estado.

Art. 30 Ningùn Buque de G[u]erra se mantendrà en tiempo de paz por alguna Provincia, excepto aquel número solamente que se estimare necesario por las Provincias unidas juntas en Congreso para la defensa dela tal Provincia, ó su tráfico; ni se mantendrã por alguna Provincia Cuerpo alguno de tropas en tiempo de paz, excepto a==quel número solamente que à juicio de las Provincias unidas juntas en Congreso se considerare indispensable para guarnecer las Plazas necesarias àla defensa de la tal Provincia; pero todas las Provincias mantendrán siempre una Milicia bien reglada y disiplineada, completamente armada y equipada; y prove(e)rán y tendràn constantemente pronto para el uso, en almazenes publicos un número correspondiente([s]) de cañones volantes y tiendas, y una cantidad propia de armas, munición, y fornituras de campaña.

Art. 31 Ninguna Provincia se empeñará en alguna guerra sin el consentimiento de las Provincias unidas juntas en Congreso, ò menos que la tal Provincia sèa actualmente inva([l])(d)ida por enemigos, ò reciba abiso positivo de una resolución que se haya formado por alguna Nación de Indios ò enemigos fronterizos para invadirla, y que el peligro sèa tan inminente que no admita dilación hasta sèr consultadas las Provincias unidas juntas en congreso; ni darã Provincia alguna comisiones a algùn Buque de G[u]erra, ni patente de Corso ò represalias, sino después de ([e])hecha una declaración de Gèrra por las Provincias unidas juntas en Congreso, y entonses solamente contra el Reyno o Estado, y los vasallos de èl, contra quien se haya declarado la gerra, y baxo aquellas regulaciones que se hayan establecido por las Provincias unidas juntas en Congreso, amenos que que latal provincia sea infestada por piratas, en cuyo caso los Buques de G[u]erra pueden ser equipados para esta ocasión, y mantenidos mientras dure el peligro o hasta que las Provincias unidas juntas en congreso determinen otra cosa.

Art. VII Cuando se levanten fuerzas de tierra por algún estudio para la defensa común, todos los Oficiales de ellas de Coronel abajo serán nombrados respectivamente por la Legislatura de cada Estado por quien hayan sido levantadas semejantes fuerzas, o en aquella manera que el tal Estado determinare; y todas las vacantes serán proveídas por el Estado que hizo primero el nombramiento.

Art. VIII Todos los gastos de guerra, y demás expensas que ocurrieren para la defensa común, o prosperidad general, y permitidos por los Estados Unidos juntos en Congreso, serán costeados por una Tesorería común (que será suplida por los diversos Estados, con proporción al valor de todas las tierras dentro de cada Estado, concedidas o reconocidas por alguna persona, según fueren estimadas semejantes tierras, y las compras y adelantamientos en ellas, con arreglo a la instrucción que los Estados Unidos juntos en Congreso determinarán, y pasarán de tiempo en tiempo. Las tasas para pagar esta proporción serán impuestas y levantadas por la autoridad y dirección de las Legislaturas de los diversos Estados dentro del tiempo acordado por los Estados Unidos juntos en Congreso).

Art. IX § 1 Los Estados Unidos juntos en Congreso tendrán el solo y exclusivo derecho y poder de declarar la paz y la guerra, excepto en los casos mencionados en el artículo sexto; de mandar y recibir Embajadores; entrar en tratados y alianzas, en la suposición de que no se hará ningún tratado de Comercio, por el cual el Poder Legislativo de los respectivos Estados será privado de imponer sobre los extranjeros derechos iguales a aquellos, a que está sujeto su mismo pueblo, o a prohibir la exportación o importación de alguna especie de géneros, o mercaderías cualquiera que sea; de establecer reglas para decidir en todos casos qué presas por mar o tierra serán legales, y en qué manera se han de dividir, y apropiar las presas hechas por las fuerzas del mar o tierra al servicio de los Estados Unidos: de conceder patentes de Corso y represalias en tiempo de paz; de nombrar Cortes para el juicio de piraterías y felonías cometidas en alta mar; y de establecer Cortes para recibir y determinar finalmente las apelaciones en todos los casos de presas; en el supuesto que ningún Miembro del Congreso será nombrado Juez de las dichas Cortes.

Art. 32 Cuando se levanten fuerzas de tierra por alguna Provincia para la defensa común, todos los Oficiales de ellas (de Coronel abaxo) serán nombrados respectivamente por la Legislatura de cada Provincia por quien hayan sido levantadas semejantes fuerzas, o en aquella manera que la tal Provincia determinare; y todas las vacantes serán proveídas por la Provincia que hizo primero el nombramiento.

Art. 33 Todos los gastos de la Guerra, y demás expensas que ocurrieren para la defensa común, o prosperidad general, y permitidos por las Provincias unidas juntas en Congreso, serán costeados por la Tesorería general de las Provincias unidas.

Art. 34 Las Provincias unidas juntas en congreso tendrán el solo y exclusivo derecho y poder de declarar la paz y la Guerra, (excepto en los casos mencionados en el Art. 31); de mandar y recibir Embajadores; entrar en tratados y alianzas, en la suposición de que no se hará ningún tratado de comercio, por el cual el Poder Legislativo de las respectivas Provincias será privado de imponer sobre los extranjeros derechos iguales a aquellos, a que está sujeto su mismo Pueblo, o a prohibir la exportación o importación de alguna especie de géneros, o mercaderías cualquiera que sea; de establecer reglas para decidir en todos casos qué presas por mar o por tierra serán legales, y en qué manera se han de dividir, y apropiar las presas hechas por las fuerzas del mar y de tierra al servicio de las Provincias unidas: de conceder patentes de corso y represalias en tiempo de paz; de nombrar cortes para el juicio de piraterías y felonías cometidas en la mar; en el supuesto que ningún miembro del congreso será nombrado Juez de las mismas dichas cortes.

Sección VIII Art. 1

El Congreso tendrá poder:

1. Para imponer tasas, derechos impuestos y sisas, pagar las deudas, proveer a la defensa común y bien general de los Estados Unidos; pero todos los derechos impuestos y sisas serán iguales en todos los Estados Unidos.
2. Tomar dinero prestado a crédito de los Estados Unidos
3. Regular el comercio con las naciones extranjeras y entre los diversos Estados y tribus de los indios
4. Establecer una regla uniforme de naturalización y leyes uniformes sobre el asunto de bancarrotas en todos los Estados Unidos
5. Acuñar moneda, regular el valor de ella y el del cuño extranjero, y fijar la rata de los pesos y medidas
6. Tomar providencias para castigar a los que falsifiquen las seguridades y cuño corriente de los Estados Unidos
7. Establecer postas de oficio y caminos de posta.
8. Promover el progreso de las ciencias y artes útiles, asegurando por tiempo limitado a los autores e inventores, el derecho exclusivo en sus respectivos escritos y descubrimientos.
9. Constituir Tribunales inferiores a la Corte Suprema.
10. Definir y castigar piraterías y felonías cometidas en alta mar y ofensas contra las leyes de las Naciones.
11. Declarar guerra, dar patentes de Corso y represalias, hacer reglas concernientes a capturas en tierra o mar.
12. Levantar y sostener ejércitos. Pero ninguna apropiación de dinero para este uso será por más tiempo que dos años.
13. Proveer y mantener una Armada
14. Hacer reglas para el gobierno y regulación de las fuerzas de tierra y mar.
15. Tomar providencias para juntar la Milicia, ejecutar las leyes de la Unión, suprimir las insurrecciones y repeler las invasiones.
16. Tomar providencias para organizar, armar y disciplinar la Milicia y para el gobierno de aquella parte que pueda ser empleada en servicio de los Estados Unidos; reservando los Estados respectivamente el nombramiento de oficiales, y la autoridad de instruir la milicia conforme a la disciplina prescrita por el Congreso.
17. Hacer todas las leyes que sean necesarias y propias para llevar a ejecución los poderes antecedentes y todos los otros poderes concedidos por esta Constitución al gobierno de los Estados Unidos o a algún departamento u oficial de él.

Art. 35 El Congreso tendrá poder: para imponer ta([x]) (z)as, derechos impuestos y sisas, pagar las deudas, proveer ala defensa común ò bien general delas Provincias Unidas; regular el comencio ([el comercio]) con las naciones extranjeras y entre los diversos Estados y Provincias y tribus delos indios == (pero todos los derechos impuestos y sisas serán iguales en todas [sic] las Provincias unidas:), tomar dinero prestado à credito de las Provincias unidas, Establecer una regla uniforme de naturalización y leyes uniformes sobre el asunto de bancarrotas en todas las Provincias unidas, acuñar moneda, regular el balor de ella y el del cuño extranjero, y fixar la tara de los pesos y medidas entre las Provincias unidas, regular el tráfico y manejar todos los negocios con los Indios que no sean miembros de alguna de las Provincias Unidas, con tal que el derecho Legislativo de cualquiera Provincia dentro de sus mismos límites no sea embarazado ò violado; tomar providencias para castigar a los que falsifiquen las seguridades y cuño corriente delas Provincias unidas, establecer y arreglar Postas de Oficio de una Provincia a otra por entre todas las Provincias Unidas y exigir sobre los papeles que circulan por entre las mismas aquel porte que se requiera para costear los gastos del dicho oficio; promover el p([.])ro)greso de las ciencias y artes útiles, àsegurando por tiempo limitado a los autores è inventores, el derecho exclusivo en sus respectivos escritos y desc([r])ub(r)imientos; constituir Tribunales ala Corte Suprema; lebanantar y sostener éxitos; nombrar todos los oficiales y xefes de las fuerzas de tierra al servicio de las Provincias unidas, exceptuando los Oficiales de los Regimientos; proveer y mantener los Buques de Guerra nesarios; prescribir reglas para el gobierno y regulación de las fuerzas de tierra y mar, y dirigir sus operaciones, ==

tomar providencias para juntar la Milicia, executar las leyes dela unión, suprimir las insurrecciones y repeler las invasiones:

hacer todas las leyes que seàn nesarias y propias, para llevar à la ejecución los poderes antecedentes y todos los otros poderes consedidos por esta constitución al Gobierno de las Provincias unidas ò algún departamento ù oficial de èl.

§ 2 Los Estados Unidos juntos en Congreso serán también el último resorte para las apelaciones en todas las disputas, y diferencias que subsisten ahora, o que puedan suscitarse en adelante entre dos o más Estados concernientes a límites, jurisdicción o alguna otra causa cualquiera que sea; la cual autoridad será siempre ejercida en la manera siguiente: Siempre que la Autoridad Legislativa o Ejecutiva, o Agente legítimo de algún Estado en controversia con otro, presentare una petición al Congreso, haciendo presente el asunto en cuestión y suplicando por una audiencia, se dará noticia de ello por orden del Congreso a la Autoridad Legislativa, o Ejecutiva del otro Estado en controversia; y se asignará un día para la presentación de las partes por medio de sus Agentes legítimos, que serán entonces dirigidos para nombrar de unánime consentimiento Comisionados o Jueces, que formarán una Corte para escuchar y determinar el asunto en cuestión, pero si ellos no pudieron acordarse el Congreso nombrará tres personas de cada uno de los Estados Unidos y de la lista de estas personas cada parte alternativamente borrará una, comenzando el demandante, hasta que el número sea reducido a trece; y de este número se sacarán por suerte a presencia del Congreso los nombres de siete personas a lo menos, y nueve a lo más, según lo dispusiere el congreso; y las personas cuyos nombres fueren sacados así o cinco de cualquiera de ellos serán los Comisionados o Jueces para escuchar y determinar finalmente la controversia, según lo que una mayoría de los Jueces, que escucharen la causa, acordaran en la determinación: si una u otra parte dejare de asistir en el día señalado sin exponer razones que el Congreso juzgue suficiente, o estando presente se rehusare a borrar, el Congreso procederá a nombrar tres personas de cada Estado, y el Secretario del congreso borrará en favor de aquella parte que esté ausente o que rehúse hacerlo; y el juicio o sentencia de la Corte que se ha de nombrar en la manera ya prescripta, será final y terminante, y si alguna de las partes rehusara someterse a la autoridad de aquella Corte, o apelar, o defender su queja o causa, la Corte sin embargo procederá a pronunciar la sentencia, o juicio, que será del mismo modo final y decisiva; transmitiendo en uno y otro caso al Congreso el juicio o sentencia, y demás diligencias, y colocándolos entre los Actos del Congreso para la seguridad de las partes interesadas: con tal que cada Comisionado antes de entrar en el juicio preste un juramento ante uno de los Jueces de la Corte Suprema o Superior del Estado donde se juzgue la causa "de escuchar bien y determinar justamente el asunto en cuestión, según lo entienda mejor, sin mezcla de favor, afecto, o esperanza de recompensa" "y también con tal que ningún Estado sea privado de su territorio para el beneficio de los Estados Unidos".

Art. 36 El Congreso serán también el último resorte para las ([..])(apel)aciones en todas las disputas, y diferencias que subsisten a([aho])hora, ò que puedan suscitarse en adelante entre dos ò más Provincias concernientes a límites, jurisdicción ò alguna otra causa cualquiera que sea; la qual autoridad será siempre exercitada en la manera sig[u]iente: Siempre que la Autoridad Legislativa o Executiva, o Agente legítimo de alguna Provincia en controversia con otro, presentare una petición al Congreso, haciendo presente el asunto en cuestión y suplicando por una audiencia, se dará notisia de ello por orden del Congreso ala autoridad Legislativa, ò executiva de la otra Provincia en controversia; y se asignará un día para la presentación de las partes por medio de sus Agentes legítimos, que serán entonces dirigidos para nombrar de unanime consentimiento comisionados o Jueces, que formarán una corte para escuchar y determinar el asunto en cuestión, pero si ellos no pudieren acordarse el Congreso nombrará tres personas de cada una delas Provincias unidas y de la lista de estas personas cada parte alternativamente borrará una, comenzando el demandante, hasta que el número sea reducido a trece; y de este número se sacarán por suerte àpresencia del Congreso los nombres de ([cad]) (siete) persona(s) alo menos, y nueve alo más, según lo dispusiere el congreso; y las pe(r)sonas cuyos nombres fueren sacados así ò cinco de qualquiera de ellas serán los comisionados o Jueces para escuchar y determinar finalmente la controversia, según lo que una mayoría de Jueces, que escucharen la causa, a cordaren en la determinación. Si una u otra parte dejare de asistir en el día señalado sin exponer razones que el Congreso juzgue suficiente, o estando presente se reusare à borrar, el Congreso prosederà à nombrar tres personas de cada Provincia, y el secretario del congreso borrará en favor de aquella parte que estè ausente o que reuse hacerlo; y el juicio o sentencia ([y]) dela Corte que se ([a]) (hà) de nombrar en la manera ya prescripta, será final y terminante, y si alguna de las partes reusae someterse ala autoridad de aquella corte, ò ápelar, ó defender su queja ó causa, la Corte sin embargo prosederà á pronunciar la sentencia, ò juicio, que será del mismo modo final y decisiva; transmitiendo en uno y otro caso al congreso el juicio o sentencia, y demás diligencias, y colocando(lo) entre los actos del congreso para la seguridad delas partes interesadas: con tal que cada comisionado antes de entrar en el juicio preste un juramento ante uno de los Jueces dela corte Suprema ò Superior dela Provincia donde se ([g]) (j)uzgu([are]) (ue) la causa de escuchar bien y determinar justamente el asunto en ([..]) (q)uestión, según lo entienda mejor, sin mescla de favor, afecto, ò esperanza de recompensa y también con tal que ninguna Provincia sea privada de su territorio para el beneficio de las Provincias unidas.

5. Ninguna tasa o derecho se impondrá sobre artículos exportados de cualquier Estado. Ninguna preferencia se dará por cualquiera regulación de comercio o renta, a los puertos de un Estado sobre los de otro; ni los barcos destinados de un Estado a otro serán obligados a entrar, anclar o pagar derechos en otro.

6. Ningún dinero se sacará de la Tesorería, sino en consecuencia de apropiaciones hechas por ley: y una relación pública y cuenta exacta de los recibos y gastos de todo dinero se publicará de tiempo en tiempo.

2. Ningún Estado sin consentimiento del Congreso ordenará impuestos o derechos sobre importaciones o exportaciones, excepto aquellos que puedan ser absolutamente necesarios para ejecutar sus leyes de inspección; y el neto producto de todos los derechos e impuestos establecidos por algún Estado sobre importaciones y exportaciones, será para el uso de la Tesorería de los Estados Unidos; y semejantes leyes estará sujetas a la revisión y aprobación del Congreso. [Ningún Estado sin el consentimiento del Congreso establecerá algún derecho sobre el tonelaje, tendrá tropas o navíos de guerra en tiempo de paz, tampoco entrarán en ningún acuerdo o compacto con otro Estado, o con un poder extranjero, ni se empañará en guerra, sino en actual invasión, o en un peligro tan eminente que no admita dilación]

1. El Poder Ejecutivo se compondrá únicamente del Presidente de los Estados Unidos de América. Él ejercerá su oficio durante el término de cuatro años, y junto con el Vicepresidente, elegido por el mismo tiempo, será electo de la siguiente manera:

Art. 37 Ninguna ta((x))(z)a ò derecho se impondrà sobre artículos exportados de qualquiera Provincia. Ninguna preferencia se dará por qualquiera regulación de comercio ó renta, a los puertos de una Provincia sobre las de otra; ni los Barcos destinados de una Provincia á otra serán obligados á entrar, anclar ò pagar derechos en otra.

Art. 38 Ningún dinero se sacará de la Tesorería General, sino en consecuencia de apropiaciones hechas por ley: y una relación pública y cuenta exacta de los recibos y gastos de todo dinero, se publicará de tiempo en tiempo.

Art. 39 Ninguna Provincia sin consentimiento del congreso ordenará impuestos o derechos sobre importaciones ó exportaciones, exce(p)to aquellos que pueden ser absolutamente necesarios para ejecutar sus leyes de inspe([.])cción; y el neto producto de todos los derechos è impuestos establecidos por alguna provincia sobre importaciones ó exportaciones, será para el vso de la tesorería de las Provincias unidas: y semejantes leyes estarán sugetas ala revizacion y aprobación del congreso.

Art. 40 El poder ejecutivo de las Provincias Unidas se compondrá de un Presidente. El ejercerá su oficio durante el término de dos años debiendo ser removido en el término prexiso, sin que por ningún motivo ó causa sea rehelegido.

Art. 41 Cada Provincia nombrará por medio de su Pueblo un individuo; el qual nombramiento se remitirá al Presidente del Senado, para que luego de recogido todos forme([n]) una lista y la presente([n]) al Senado, el que hará entrar en suerte atodos (menos al dela Provincia de quien dependa el que se re(bel)leve y el que salga será electo Precidente para el Poder ejecutivo, de suerte que ha(n) de turnar por todas las Provincias los individuos del poder ejecutivo.

Art. II Sec. I

3 [Los electores se juntarán en sus respectivos Estados y votarán por balotas para dos personas, de los cuales una a lo menos no será habitante de aquel mismo Estado con ellos] Y ellos formarán una lista de todas las personas por quienes se haya votado y el número de votos de cada una, la cual lista firmarán y certificarán, y transmitirán sellada al sitio del Gobierno de los Estados Unidos, dirigida al Presidente del Senado. El Presidente del Senado, en presencia de él, y de la Sala de Representantes, abrirá todos los certificados y luego se contarán los votos. La persona que tuviere mayor número de votos será el Presidente, si el tal número fuere una mayoría del número total de los electores nombrados, y si hubiere más de uno que tenga dicha mayoría e igual número de votos será entonces la Sala de Representantes inmedia..]

Art. II Sec. I El Congreso puede determinar el tiempo para elegir los electores, y el día en el cual ellos han de dar sus votos; cuyo día será el mismo en todos los Estados Unidos.

Art. II Sección I Ninguna persona, excepto un natural nacido ciudadano o un ciudadano de los Estados unidos al tiempo de la adopción de esta Constitución, será elegible al oficio de Presidente. Ni persona alguna será elegible a dicho oficio, que no tenga la edad de treinta y cinco años y haya sido catorce años residente en los Estados Unidos.

E I El Congreso no hará ley alguna relativa a algún establecimiento de religión, o prohibiendo el libre ejercicio de ella, ni pondrá límites a la libertad de discutir, a la libertad de prensa, ni al derecho que tienen los pueblos de juntarse pacíficamente y representar al Gobierno por la reforma de abusos.

E. II Siendo necesaria a la seguridad de un Estado libre una milicia bien organizada, no podrá violarse el derecho del pueblo para guardar y llevar armas.

E III Ningún soldado en tiempo de paz será acuartelado en ninguna casa sin consentimiento de su dueño; ni en tiempo de guerra sino en la manera en que se prescribiere por ley.

IV El derecho del pueblo para ser asegurado en sus personas, casas, papeles y efectos, libre de pesquisas y sorpresas, no podrá ser violado; y ninguna orden de arresto se expedirá, sino con causa probable y apoyada por juramento o afirmación, y describiendo particularmente el lugar que ha de ser pesquisado y las personas que se han de sorprender.

Art. 42 Los electores para la elección de las personas que hánde componer o llenar las vacantes de los Poderes Legislativo([s]), ejecutivo([s]), Judicial, y congreso, se juntarán en sus respectivas Provincias; y ellos formarán una lista de todas las personas por quienes se haya votado, y el número de votos de cada una: la cual lista firmarán y certificarán, y transmitirán al sitio del gobierno de las Provincias unidas dirigida al Prresidente del Senado. El Presidente del Senado a presencia de él, y de la Sala de Representantes, abrirá todos los certificados, y luego se contarán los votos: y las personas que tubieren el mayor número serán los elegidos.

Art. ([3])(4)3 El congreso puede determinar el tiempo para elegir los electores, y el día en el qual ellos hãnden dar sus votos; cuyo dãa será el mismo en todas las Provincias.

Art. 44 Ningún Ciudadano natural, será elegible al oficio de Presidente de las Provincias unidas, que no tenga la edad de treinta y cinco años y sèa habitante de la Provincia donde fuere electo. Y ninguna persona declarada Ciudadano, desde la adopción de esta Constitución, será elegible à algún oficio, que no haya sido veinte años residente en las Provincias unidas.

Art. 45 El Congreso no permitirá algún establecimiento de Religión ni prohibirá el libre ejercicio de la católica que profesamos, como única y preponderante en las Provincias Unidas, ni pondrá límites à la libertad de prensa, ni al derecho que tienen los Pueblos de juntarse pasificamente y representar al Gobierno por la reforma de abusos.

Art. 46 Siendo nesecaria à la seguridad de una Provincia libre una Milicia bien organizada, no podrá violarse el derecho del Pueblo para guardar y llebar armas.

Art. 47 Ningún soldado en tiempo de paz será á==cuartelado en ninguna casa sin consentimiento de su dueño; ni en tiempo de G[u]erra sino en la manera se prescribiese por ley.

Art. 48 El derecho del pueblo para ([a]) sèr asegurado en sus personas, casas, papeles y efectos, libre de pesquisas y sorpresas, no podrá ser violado; y ninguna orden de arresto se expedirá, sino con causa probable y apoyada por Juramento ò afirmación, y describiendo particularmente el lugar que hà de ser pesquisado y las personas que se hãnde sorpr(h)ender.

V [Nadie será obligado a responder en un crimen capital, o que infame, sino por representación o querrela de una gran Jury, excepto en los casos que se origine en las fuerzas de tierra o mar, o en la Milicia, cuando está en actual servicio en tiempo de guerra]. Nadie sufrirá por un delito dos penas. Nadie será compelido en un caso criminal a delatarse a si mismo y nadie será privado de su vida, libertad o bienes, sin un proceso regular en las formas prescritas por las leyes. Ninguna propiedad particular será tomada para usos públicos sin una justa recompensa.

E VI En todos los procesos criminales gozará el reo del derecho de ser juzgado pronta y públicamente por un Jury imparcial, del Estado o distrito en que el crimen se haya cometido; el cual distrito habrá sido establecido por ley; y de ser instruido de la naturaleza de su causa; de ser careado con los testigos que depongan contra él, y por último de obtener órdenes compulsorias para que comparezcan testigos en su favor, y asista un Abogado para su defensa.

E VII En los pleitos, en que el valor de la controversia excediere de veinte pesos, el derecho de un Juicio por el Jury será preservado, y ningún hecho juzgado por un Jury, será segunda vez examinado por alguna Corte de los Estados Unidos, sino con arreglo a las leyes.

VIII No se exigirán cauciones ni multas excesivas; ni menos se impondrán crueles penas, e inusitadas.

IX La enumeración en la Constitución de ciertos derechos, no será hecha para negar o desigualar los otros retenidos por el pueblo

X Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución ni prohibidas por ella a los Estados, serán reservados a los estados o al pueblo respectivamente.

E XI El Poder Judicial de los Estados Unidos no será hecho de un modo que pueda extenderse a alguna instancia, por ley o justicia, comenzada, o seguida contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado, o por ciudadanos o vasallos de algún Estado extranjero.

S. E. Si algún ciudadano de los Estados Unidos aceptare, pretendiere, recibiere o retuviere cualquier título de nobleza u honor, o, sin el consentimiento del congreso, aceptare y retuviere algún presente, pensión, oficio o emolumento, cualquiera que sea, de algún Emperador, Rey, Príncipe o Poder extranjero, tal persona cesará de ser un ciudadano de los Estados Unidos y será incapaz de tener algún oficio de confianza o provecho bajo de ellos, o bajo de alguno de ellos.

Art. 49 Nadie sufrirá por un delito dos penas. Nadie([s]) será compelido en un caso criminal a delatarse asimismo y nadie será privado de su vida, libertad o bienes, sin un proceso regular en las formas prescritas por las Leyes. Ninguna propiedad particular será tomada para los usos públicos sin una justa recompensa.

Art. 50 En todos los ([..]) (pr)[oc]esos criminales gozará el Reo del derecho de ser juzgado pronta y públicamente por un juez imparcial, dela Provincia o distrito en que el crimen se haya cometido; el qual distrito habrá sido establecido por Ley; y de ser instru(h)ido dela naturaleza de la causa; ([se la causa:]) de ser careado con los testigos que depongan contra èl: y por último de obtener órdenes compulsorias para que com parescan testigos en su favor, y asista un Abogado para su defensa.

Art. 51 En los pleitos, en que el valor de la controversia excediere de veinte pesos, el derecho de un Juicio por el Jues será preservado; y ningún (h)echo juzgado por un Juez, será segunda ves examinado por alguna Corte de las Provincias unidas sino con arreglo alas Leyes. No se exigirán cauciones ni multas excesivas; ni menos se impondrán crueles penas, è inucitadas. La enumeración en la Constitución de siertos derechos, no será hecha para (*negar*) o desigualar los otros retenidos por el Pueblo.

Art. 52 Los poderes no delegados alas Provincias vnidas por la constitución ni prohibidos por ella à las Provincias, serán reservados à las Provincias ó al Pueblo respectivamente.

Art. 53 El Poder Judicial de las Provincias vnidas no seáa hecho de un modo que pueda extenderse à alguna instancia, por ley ó justicia comensada, ó seguida contra uno delas Provincias vnidas por ciudadanos de otra Provincia, o por ciudadanos o vasallos de algún Estado extranjero.

Art. 54 Si algún ciudadano de las Provincias unidas aceptase, pretendiere, recibiere o retuviere cualquier título de nobleza u honor, o sin el consentimiento del congreso, aceptare y retuviere algún presente, pensión, oficio ó emolumento, cualquiera que seà, de algún Emperador, Rey, Príncipe o Poder extranjero, tal persona cesará de ser un Ciudadano da [*sic:e*] las Provincias unidas y será incapaz de tener algún oficio de confianza o probecho baxo de ellas, o baxo de alguna de ellas.

Todos los bienes de extranjeros que mueran intestados, y todas las multas y confiscaciones que se han aplicado hasta ahora al Rey se aplicarán a la República, excepto aquellas que la Legislatura pueda abolir o proveer de otra manera [Constitución de Virginia 1776].

Art. IX § 7 El Congreso de los Estados Unidos tendrá poder para diferirse por algún tiempo dentro del año, y transferirse a cualquier lugar dentro de los Estados Unidos, con tal que ningún período de prorrogación sea por más tiempo que el espacio de seis meses, y publicará el diario de sus procedimientos mensualmente, exceptuando aquellas partes de ellos, relativas a los tratados, alianzas, u operaciones militares, que según su juicio requieran secreto; y el voto de aprobación y negación de los delegados de cada Estado sobre cualquiera cuestión será insertado en el diario, cuando lo desee algún Delegado; y los Delegados de un Estado, o alguno de ellos, a su requerimiento, serán proveídos con una copia del dicho diario, exceptuando aquellas partes exceptuando aquellas partes exceptuadas arriba para presentar a la Legislatura de los diversos Estados.

Art. XII Todos los billetes de crédito expedidos, dinero prestado y deudas contraídas por la autoridad del Congreso, antes de juntarse el de los Estados Unidos en consecuencia de la presente Confederación, serán adjudicados, y considerados como un cargo contra los Estados Unidos, para cuyo pago y satisfacción los Estados Unidos y la fe pública se empeñan solemnemente por ésta.

Art. IV § 3 Se dará entera fe y crédito en cada uno de estos Estados a los Registros, Actos, y procedimientos Judiciales de las Cortes, y Magistrados de todos los otros Estados.

1. Nuevos Estados pueden ser admitidos por el Congreso a esta Unión; pero ningún nuevo Estado será formado o erigido dentro de la jurisdicción de algún otro Estado, ni se formará alguno por la unión de dos o más Estados, o partes de ellos, sin el consentimiento de las Legislaturas de los Estados interesados, como también del Congreso. IV Sección III

2. El Congreso tendrá poder para disponer y hacer todas las reglas necesarias, y regulaciones respectivas al territorio u otras propiedades pertenecientes a los Estados Unidos; y nada en esta Constitución se hará que perjudique alguna pretensión de los Estados Unidos o de algún Estado particular. Art. IV Sección III

Art. 55 Todos los bienes de extranjeros que mueran intestados, y todas las multas y confiscaciones que se han aplicado hasta ahora al Rey se aplicarán a los fondos de la Provincia de donde existen, y excepto áquellas que la Legislatura de ella pueda abolir, ((de)) ó proveer de otra manera.

Art. 56 El Congreso de las Provincias unidas tendrá poder para deferirse por algún tiempo dentro del año, y transferirse a cualquier lugar dentro de las Provincias unidas, con tal que ningún período de prorrogación sea por más largo tiempo que el espacio de seis meses, y publicará el diario de sus procedimientos mensualmente, exceptuando aquellas partes de ellos, relativas a los tratados, alianzas, u operaciones militares, que según su juicio requieran secreto; y el voto de aprobación y negación de los Delegados de cada Provincia sobre cualquiera cuestión será insertado en el diario, cuando lo desee algún Delegado; y los Delegados de alguna Provincia; ó alguno de ellos, a su requerimiento, serán proveídos con una copia del dicho diario, exceptuando aquellas partes exceptuando aquellas partes exceptuadas arriba para presentar a la Legislatura de las diversas Provincias.

Art. 57 Todos los Billetes de crédito((os)) (o) expedidos, dinero prestado y deudas contraídas por las autoridades antes de juntarse el congreso de las Provincias Unidas en consecuencia de la presente confederación, serán adjudicados, y considerados como un cargo contra las Provincias unidas, para cuyo pago y satisfacción los Provincias Unidas y la fe pública ((s)) (se) empeñan solemnemente por esta.

Art. 58 Entera Fee y credito se dará en cada Provincia a los actos públicos, registros, y procedimientos Judiciales en todas las otras. Y el Congreso puede por las leyes penales prescribir en que manera dichos actos, registros y procedimientos serán provados y el efecto de ellos.

Art. 59 Nuevas Provincias pueden ser admitidas por el Congreso a esta Unión; pero ninguna nueva Provincia será formada u erigido dentro de la jurisdicción de alguna otra Provincia; ni se formará alguna por la unión de dos o más Provincias, o partes de ellas, sin el consentimiento de las Legislaturas de las Provincias interesadas, como también del congreso.

Art. 60 El Congreso tendrá poder para disponer y hacer todas las reglas necesarias, y regulaciones respectivas al territorio u otras propiedades pertenecientes a las Provincias unidas; y nada en esta Constitución se hará que perjudique alguna pretensión de las Provincias unidas o de alguna otra Provincia particular.

Sección IV Art. IV Los Estados Unidos asegurarán a cada Estado, en esta Unión una forma republicana de Gobierno, y protegerán a cada uno de ellos contra las invasiones, y contra las violencias domésticas emanadas de la Legislatura o del Poder Ejecutivo (cuando la Legislatura no pueda estar convenida con él).

Art. V El Congreso, todas las veces que las dos terceras partes de ambas Salas lo juzgaren necesario, propondrá reformas a esta Constitución o por la solicitud de las Legislaturas de las dos terceras partes de los Estados convocará una Convención para proponer reformas, las cuales en uno u otro caso serán válidas para todos los intentos y fines como parte de esta Constitución, si se ratificare por las Legislaturas de las tres cuartas partes de los diversos Estados, o por convención de las tres cuartas partes de ellos, según puede ser propuesto por el Congreso el uno o el otro modo de ratificación [con tal que ninguna reforma, que se haga antes del año mil ochocientos y ocho, altere en ninguna manera las cláusulas primera y cuarta, contenidas en la sección nona del artículo primero, y con tal que ningún Estado, sin su consentimiento, sea privado de su igual sufragio en el Senado]

XXX En el gobierno de esta República, el Departamento Legislativo nunca ejercerá los poderes Ejecutivos, y Judicial, o uno u otro de los dos: el Ejecutivo nunca ejercerá los poderes Legislativo, y Judicial, o alguno de ellos; el Judicial nunca ejercerá los poderes Legislativos o Ejecutivo o alguno de los dos: a fin de que pueda ser un gobierno de leyes, y no de hombres. Constitución de Massachussets 1750.

Art. XIII Todos los Estados se atenderán a las determinaciones de los Estados Unidos juntos en congreso en todas las cuestiones, que por esta Confederación están sometidas a ellos. Y los artículos de esta Confederación serán inviolablemente observados por todos los Estados y la Unión será perpetua [ni se hará en alguno de ellos en cualquier tiempo después alteración alguna; a menos que esta alteración sea acordada en un Congreso de los Estados Unidos, y sea después confirmada por las Legislaturas de todos los Estados.

Art. 61 Las Provincias unidas asegurarán a cada Provincia, en esta Unión una forma republicana de Gobierno, y protegerán a cada una de ellas contra las invasiones, y contra las violencias domésticas dimanadas de la Legislatura o del Poder Ejecutivo (cuando la Legislatura no pueda estar convenida con él--).

Art. 62 El Congreso, todas las veces que las dos terceras partes de ambas Salas lo juzgaren necesario, propondrá reformas a esta Constitución o por solicitud de las Legislaturas de las dos terceras partes de las (diversas) Provincias convocará una convención para proponer reformas: las cuales en uno u otro caso serán válidas para todos los intentos y fines como parte de esta Constitución, si se ratificare por los pueblos de las tres cuartas partes de las diversas Provincias, o por convención de las tres cuartas partes de ellos, según puede ser propuesto por el Congreso, o el uno u otro modo de ratificación.

Art. 63 El Departamento Legislativo nunca ejercerá los poderes, Ejecutivo([s]), y Judicial, ó uno ú otro de los dos. El Ejecutivo, nunca ejercerá los poderes Legislativo([s], y ejecutivos ó alguno de los dos, afin de que pueda ser un Gobierno de Leyes i no de hombres]) y Judicial, o alguno de ellos, El Judicial nunca ejercerá los poderes Legislativos o Ejecutivo ó alguno de los dos: a fin de que pueda ser un Gobierno de Leyes, y no de hombres.

Art. 64 Todas las Provincias se atenderán a las determinaciones de las Provincias unidas juntas en congreso en todas las cuestiones, que por esta confederación están sometidas a ellas. Y los artículos de esta Confederación serán inviolablemente observados por todas las Provincias y la unión será perpetua: Y Por tanto -----

Y por cuanto se ha servido al gran Gobernador del Mundo inclinando los corazones de los Legislaturas, que nosotros respectivamente representamos en Congreso, a aprobar, y a autorizarnos para ratificar los dichos artículos de la Confederación y perpetua Unión, SABED que nosotros los delegados abajo firmados, en virtud del poder, y autoridad, que se nos ha dado a este fin, por la presente, a nombre y a favor de nuestros respectivos Constituyentes, plena y enteramente ratificamos, y confirmamos todos y cada uno de los dichos artículos de Confederación y perpetua Unión, y todas y cada una de las materias y cosas en ellos contenidas. Y además nosotros comprometemos y empeñamos solemnemente la fe de nuestros respectivos Constituyentes, por la cual ellos se atenderán a las determinaciones de los Estados Unidos juntos en Congreso, de todas las cuestiones, que por los artículos de la dicha Confederación están sometidas a ellos, y que los artículos de ella serán inviolablemente observados por los Estados que nosotros respectivamente representamos; y que la Unión será perpetua. En testimonio de lo cual firmamos este en Congreso.

Conclusiones:

De todo lo expuesto no cabe sino concluir que más allá de las normas, lo verdaderamente eficaz es que aquellos sobre las que vayan a aplicarse estén convencidos de su eficacia para la construcción de un programa político que garantice una convivencia en libertad, igualdad y oportunidades para todos.

La esencia de cualquier sistema, político o no, está en la convicción: si la mayoría de los componentes de una sociedad están convencidos de que el sistema elegido plasma lo que el hombre tan duramente logró experimentar: que la cuestión radica en el Gobernante y el Gobernado, y no en el que manda y en el que obedece, fundamentalmente, se podrá vivir dentro del "honeste vivere", caso contrario hay que entender que la inseguridad reinará para todos, siendo un error de los que mandan al creer que ellos están exentos de tal flagelo.

Bibliografía:

ARAMBURU, Julia E. y Laura Alejandra Cala: "Artigas: Una organización política posible" EN: Revista del Colegio de Abogados de La Plata La Plata, Colegio de Abogados Año 39: 60 71-102.

GARCIA DE SENA, Manuel (trad.) La Independencia de la Costa firme justificada por Thomas Paine treinta años ha Caracas: Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1949. ♦

Nosotros los Representantes de las Provincias Unidas juntos en Congreso, respectivamente representamos en virtud del poder que se nos hãdado a este fin, por la presente, à nombre y a favor de nuestros respectivos constituyentes, plena y enteramente ratificamos y confirmamos todos y cada uno delos dichos Artículos de confederación y perpetua vnión, y todas y cada una de las materias en ellos co([meti])(nteni)das. Y en testimonio de lo cual firmamos este en congreso hecho en tal parte àtantos de tal mes quarto de la Independencia de la América del Sud.

Firma de los Diputados &

Nota: Además de esta Constitución general cada Provincia por separado debe formar una, arreglada a su territorio, usos y costumbres de sus naturales. Gobierno económico en ellas, reglas de policía, tráfico de comercio y demás puntos conexos a su ...

El golpe de estado de 1930 y las ideas corporativistas

POR JUAN P. GARDINETTI (*)

Sumario: I. Introducción: Los grupos nacionalistas y el camino hacia el golpe de septiembre.- II. Leopoldo Lugones y sus ataques a la democracia liberal.- III. La idea de la reforma constitucional bajo el signo corporativista.- IV. El fracaso de Uriburu y su plan.- V. Bibliografía.

Resumen

En la Argentina de la década del '20 comenzaron a actuar, bajo la difusa denominación de nacionalistas, distintos elementos reaccionarios que poseían en común una declarada aversión a los postulados básicos del sistema constitucional democrático liberal. Junto a ello, se verificaba el apego al tradicionalismo, el autoritarismo y el militarismo. Hostilizaron al gobierno democrático de H. Yrigoyen y alentaron y se unieron a la conspiración encabezada por J. F. Uriburu y un sector minoritario del Ejército. La xenofobia y el racismo eran asimismo un denominador común entre ellos. Sin embargo, tenían también visibles diferencias generadas por los modelos europeos que tomaban. Empero, faltaba un elemento esencial en el régimen posterior al golpe y en la mayoría de sus inspiradores para poderlos calificar plenamente de fascistas: la vinculación con las masas. Se trataba de un proyecto político reaccionario, autoritario, elitista y excluyente, que intentaba una reforma institucional de tinte corporativista. Tenía evidentes vinculaciones ideológicas con el fascismo, pero sin llegar a identificarse totalmente con él. El proyecto corporativista era defendido por C. Ibarguren y fue anunciado en el manifiesto del 1º de octubre de 1930: atacaba a la política de partidos y proponía un cambio en el modo de elección de los diputados nacionales.

Palabras clave: radicalismo - nacionalistas - golpe de estado - corporativismo

The coup d'état of 1930 and the corporatist ideas

Abstract

In the Argentina of the 20s, under the vague appellation of nationalists, began to act reactionary elements which had in common an aversion to the basic principles of democratic constitutional liberal system. It was also verified an attachment to traditionalism, authoritarianism and militarism. The democratic government of H. Yrigoyen was harassed by them and they also encouraged and joined the conspiracy headed by J. F. Uriburu and a minority of the Army. Xenophobia and racism were a common denominator among them although there were visible differences generated by the European models they took. However to qualify them such as fascists, was missing an essential element in the regime which followed the coup and in most of those who inspired it: the link with the masses. It was a reactionary, authoritarian, elitist and exclusionary political project that tried to obtain an institutional reform with corporatist dyeing. The ideological relations with fascism were evident but without identifying itself fully with it. The corporatist project was defended by c. Ibarguren and was announced in the manifesto of October 1, 1930: it attacked the party policy and proposed a change in the mode of election of national deputies.

Keywords: radicalism - nationalist - coup d'état - corporatism

(*) Jefe de Trabajos Prácticos de Historia Constitucional, Cátedra 2; Docente de Historia Constitucional, Cátedra 2, y Derecho Constitucional Cátedra 1. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

I. Introducción: Los grupos nacionalistas y el camino hacia el golpe de septiembre

1.- De todos los elementos que confluyeron en el golpe setembrino (1), el del nacionalismo reaccionario era el más particular y desorganizado. Lo integraban desde intelectuales como Carlos Ibarguren y Leopoldo Lugones hasta simples agitadores y propagandistas como Juan E. Carulla, pasando por figuras de cierta proyección como Ernesto Palacio, Manuel Gálvez (2) y los hermanos Julio y Rodolfo Irazusta. En un segundo plano, podríamos también nombrar a César Pico y Tomás Casares (representantes del integrista católico), quienes también colaborarían en los órganos de difusión de ese sector.

Resulta claro, de la simple e incompleta enumeración recién practicada, que bajo esa denominación un tanto difusa se integraban grupos y actores que sólo poseían en común una franca aversión a los postulados básicos del sistema constitucional democrático liberal y –al mismo tiempo y con idéntica intensidad– a las ideas de la izquierda en general y al anarquismo y comunismo en particular. Sin embargo, el común denominador no podía ocultar que bajo ese fino barniz anidaran diferencias –y hasta severas contradicciones–, producto, en gran medida, de los modelos europeos que estos “nacionalistas” tomaban y que les impedían una mínima organización para actuar en conjunto.

En orden a las influencias recibidas de los pensadores reaccionarios del viejo continente, (3) debe destacarse que el médico entrerriano Juan E. Carulla había sido –junto a Rodolfo Irazusta– uno de los integrantes de la generación nacionalista reaccionaria que había tomado contacto directo en París con las ideas de la *L'Action Française* y con su mentor Charles Maurras. [Rock, 1993: 97] Este dato es de

(1) En el presente trabajo nos ocuparemos fundamentalmente de los sectores autodenominados nacionalistas y su relación con el proyecto de reforma constitucional bajo un esquema corporativista; quedan excluidos otros sectores políticos y sociales de los que nos ocuparemos en otro trabajo que venimos desarrollando con el título de Actores y protagonistas del primer golpe cívico-militar de la Argentina moderna. Se ha trabajado en base a la literatura científica nacional y extranjera sobre los temas abordados. Asimismo, se han consultado los acervos documentales que se hallan publicados, teniendo especialmente en cuenta las notas, cartas y memorias escritas por los protagonistas de los sucesos relatados.

(2) Respecto de Manuel Gálvez, digamos que su posición nacionalista reaccionaria era claramente menos agresiva que la de otros militantes de ese vasto conglomerado, si bien en la década de 1910 pensaba que una guerra era un evento necesario “para salvar a la Nación”; en caso de no darse las condiciones de una guerra contra una potencia extranjera, “el sentimiento de nacionalidad” podría resurgir de una campaña contra enemigos internos: anarquistas sobre todo, aunque también entraban en dicha categoría los judíos, los militantes de izquierda y los extranjeros en general que se habían establecido en el país con las oleadas inmigratorias. Consecuente con estas ideas autoritarias y xenofobas, había aplaudido el surgimiento y la acción de la llamada Juventud Autonomista, uno de los grupos de choque pioneros de la segunda década del nuevo siglo. [Rock, 1993: 77] A su vez, es difícil determinar el grado exacto de simpatía que le provocaba este grupo en general, dadas las diferentes posturas que lo ubicaban más como un pensador independiente que como un integrante más o menos orgánico de determinados círculos intelectuales y políticos. Finalmente, en su caso particular, a dicha dificultad debe sumarse el hecho de que su relación con el yrigoyenismo fue fluctuante, pues pasó de aplaudir su surgimiento y confesar su voto (aún contra toda la opinión familiar) por la segunda postulación de Hipólito Yrigoyen en 1928 a celebrar moderadamente el golpe del 6 de septiembre, aunque tiempo después lo criticara severamente. Su fluctuación –como seguramente la de tantos argentinos de la época– lo llevaron a participar del cortejo fúnebre de Yrigoyen en 1933 y a escribir una biografía del viejo jefe radical: Vida de Hipólito Yrigoyen, el hombre del misterio, aparecida en 1939. [Quijada, 1985: 54, 62, 74]. Su ubicación desde el punto de vista ideológico en el espectro de la derecha integrista criolla pareció tener una carta de segura confirmación con la rúbrica, junto a otras figuras de ese sector como Ibarguren y Leopoldo Marechal, de una solicitada de apoyo a los insurgentes contra la República española en 1936 aparecida en el periódico reaccionario Crisol, amén de la nota de antisemitismo que acompañaba esa declaración. [García y Rodríguez Molas, 1988: 25]

(3) Además de Maurras, cabe señalar, entre otros, a los franceses Maurice Barrès, Joseph De Maistre, el vizconde Louis Gabriel Ambroise De Bonald, Ernest Renán, Hyppolite Taine y a los españoles Juan Donoso Cortés, Jaime Balmes, Marcelino Menéndez y Pelayo, Ángel Ganivet y Ramiro de Maeztu. Una síntesis de los principales postulados de cada uno de estos pensadores reaccionarios puede consultarse en la obra de David Rock que citamos en la Bibliografía.

suma importancia habida cuenta la conexión entre los postulados de éste y los sostenidos *-con imprecisiones y vaguedades-* por los jóvenes argentinos que tiempo después colaborarían en la redacción de *La Nueva República* y *La Fronda*, salvo en lo relativo al monarquismo propugnado por el pensador francés por su evidente extravagancia para nuestro medio. También pudo haber un intercambio directo con Ramiro de Maeztu dado que el español se desempeñó como embajador en la Argentina de 1927 a 1929, es decir en los años donde la producción periodística nacionalista reaccionaria estaba en aumento.

El hecho de no estar aglutinados en torno a ideas claras, sino por el desprecio a los valores y principios del sistema inaugurado a partir de la nueva ley electoral, cuya directa abrogación reclamaban, les restaba organicidad, lo cual no era un obstáculo para que actuaran y ejercieran una notable influencia en el minoritario sector militar que comenzó sus labores conspirativas desde los primeros años de la década del '20.

2.- Como principal fuerza receptora de las masas incorporadas a la vida política del país después de la ley Sáenz Peña, y actor central de ese sistema constitucional democrático, el yrigoyenismo pasó a ser el blanco militante de este heterogéneo grupo, identificándolo con una demagogia desbordada, "una horda de beduinos encabezados por un santón neurótico" [citado en Barbero, María Inés y DeVoto, Fernando -1983- y reproducido en Rock -1993: 92-]

Los ataques revelan una campaña de pobre elaboración intelectual, pero que buscaba dar golpes de efecto: según un órgano de prensa del grupo reaccionario, el yrigoyenismo era una masa compuesta por los "dueños de casas de juego y lenocinios...árabes, calabreses, turcos, rusos y otros detritos europeos desterrados de sus respectivas patrias". [*La Fronda*, 20 de mayo de 1928, citado en Rock, 1993: 92]. Cabe apuntar aquí que dicho periódico, en el que colaboraban varios de los articulistas de *La Nueva República*, era dirigido por Francisco Uriburu, primo de José Félix Uriburu, cabeza del golpe del 6 de septiembre.

En otro número de ese periódico ultrarreaccionario, de mediados del año 1929, se podía leer:

"El triunfo del radicalismo en toda la República, ha tenido, como principal consecuencia, un predominio evidente de la mentalidad negroide. En los tiempos del régimen los negritos eran por lo común seres mudos, y asustadizos. (...) La manumisión de los negritos en masa es un fenómeno característico del yrigoyenismo.(...) hablan, actúan, hacen ruido, expresan opiniones e impregnan de catinga la atmósfera política del país. Esto se debe a que el cacique de ellos, movido por la inclinación inexplicable que siente hacia ellos, presta grandes visos de verosimilitud a las sospechas contrarias a su presunto origen vascuense." [*La Fronda*, 31 de julio de 1929, citado en García y Rodríguez Molas, 1988: 43-45]. (4)

3.- La xenofobia y el racismo presentes, como vimos en las frases recién transcritas, eran también un denominador común entre los referentes nacionalistas. En la coyuntura, integraba el *mezclum* de vagas ideas y prejuicios en contra del radicalismo yrigoyenista y otras fuerzas políticas, a las que se asumía como receptoras de las nuevas masas que participaban por primera vez en la vida institucional del país.

En efecto, había sido el radicalismo (en menor medida, también el socialismo) el canal natural de inserción de la primera generación de nativos hijos de inmigrantes, un poco por la amplitud *-rayana* con la indefinición- ideológica, y otro poco por el marcado sectarismo elitista de la clase dirigente conservadora hasta la década de 1910 y su tradicional modo de reclutamiento de cuadros políticos. Así las cosas, el radicalismo se convirtió en un vehículo de inserción y ascenso para estos nuevos actores sociales, hijos de las oleadas inmigratorias, quedando la élite dirigente conservadora des-

(4) Con el objeto de no demorarnos más en la transcripción de fragmentos de la agresiva prensa nacionalista reaccionaria, nos limitamos a dichos ejemplares de *La Fronda*. Sin embargo, el lector interesado puede consultar el interesante trabajo de Olga Echeverría, citado en la Bibliografía del presente, dedicado a *La Nueva República*. Allí encontrará fragmentos de un tono análogo, aunque un tanto más circunspecto que el utilizado en *La Fronda*.

provista de una base de sustentación popular en un país que se transformaba rápidamente en orden a un crecimiento demográfico geométrico y una incipiente concentración urbana sobre todo en las ciudades del litoral.

Esta situación, desprovista de control para la élite gobernante, que hizo desesperados intentos desde lo normativo, y directamente afirmando la represión en los primeros años del nuevo siglo, eclisio-
 nó en 1916 con el triunfo radical y encontró a los sectores conservadores en franca minoría, aunque reteniendo aún importantes núcleos de poder (varias gobernaciones provinciales, mayoría en el Senado, la casi totalidad de los cuadros de la magistratura judicial, (5) la dirección de las universidades, etcétera). Fueron nuevamente derrotados por candidatos radicales en 1922, bajo la impronta de Yrigoyen, quien había influido notablemente en la conformación de la fórmula encabezada por Alvear.

Quedaba claro, pues, a los ojos de la tradicional dirigencia conservadora como a los de los nacionalistas de distinto cuño, que la masa de inmigrantes y las generaciones venideras no eran dignas de confianza y conformaban la “clientela” de los comités yrigoyenistas en la imputada relación demagógica entre líder y masa. A partir de allí, para explicar la xenofobia y el sectarismo que tiñó el discurso nacionalista reaccionario hay un solo paso.

4.- Junto a este discurso hostil y violento hacia lo nuevo –y que se sitúa en el campo del adversario del juego político-, aparece también el ingrediente antisemita. En este aspecto, el exponente más claro de esta idea fue Gustavo Martínez Zuviría, literato cordobés de mediocre calidad, quien escribió bajo el *nom de plume* Hugo Wast. Su obra más representativa, en este sentido, es *Oro*, donde describe el supuesto funcionamiento de una organización judía internacional, dirigida desde Nueva York que intenta apoderarse del oro existente y dirigir para sus intereses la economía mundial. Se ha destacado, especialmente, que el antisemitismo de Martínez Zuviría se aproxima mucho al racismo de índole biologicista nazi. [Rock, 1993: 118-120]

Asimismo, fuertes ideas antisemitas se encuentran en los escritos de uno de los mentores de *La Voz Nacional* y de *La Nueva República*, Juan E. Carulla, aunque tiempo más tarde tomó distancia de las ideas nazis y llegó a condenar al régimen hitleriano. [Rock, 1993: 93 y 124]

5.- Como decíamos al comienzo, el denominador común de los intelectuales y militantes autodenominados nacionalistas, era su rechazo al sistema democrático fundado en el voto libre, secreto y universal, en el que veían la raíz de todos los males que –creían- azotaban al país. Ya desde los tempranos años del flamante sistema, los vemos criticar ácidamente; en efecto, decía Lugones en un agasajo a Amado Nervo en 1919: “Pues la verdad es que pasamos por una mala hora. Ha triunfado aquí la democracia cuyos relinchos habrá podido oír en estos días por la calle”. [citado en Sebrelí, 1997: 73-74]

De todos los mencionados en el párrafo inicial, el que casi siempre atrajo la atención de los historiadores y ensayistas fue el escritor cordobés, tal vez por su copernicano viraje ideológico, de un extremo a otro en el espectro de las ideas políticas, su belicosa pluma, o su amarga desilusión con el sistema que él había contribuido a restaurar, que culminara en su suicidio en 1938. Nos ocuparemos más en particular de sus ideas en el apartado II del presente trabajo.

6.- Los nacionalistas venían apareciendo –bien que esporádicamente- desde unos cuantos años antes del golpe, pero su actividad propagandística y su prédica antidemocrática se intensificó en los

(5) Por motivos de espacio y estricta circunscripción al tema escogido, el rol de la magistratura no ha de ser analizado en el presente trabajo. No puede, sin embargo, dejar de mencionarse, que la judicatura estaba fuertemente empapada de un sentimiento de clase y pertenencia política que la colocaba en las antípodas del yrigoyenismo, con el que mantuvo una solapada animadversión que descubrió su velo una vez echada a andar la maquinaria del golpe. En especial, suele recordarse la activa participación del juez Mariano de Vedia y Mitre, claro exponente del patriciado que colmaba los tribunales, quien incluso facilitaba su propio despacho de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil para las reuniones conspirativas. Era uno de los magistrados mejor conectados con los golpistas, posiblemente a partir de sus labores docentes en la Escuela Superior de Guerra. También podríamos mencionar la declarada adhesión al golpe del tratadista de derecho constitucional y juez de cámara, Juan A. González Calderón.

últimos meses de la presidencia Alvear, cuando todo parecía indicar un retorno triunfal de Yrigoyen al gobierno nacional. Las elecciones celebradas el 1º de abril de 1928 evidenciaron, una vez más, el enorme ascendiente del anciano dirigente radical sobre las masas populares; el triunfo fue de tal magnitud que permitió hablar de “plebiscito”, ya que la fórmula encabezada por Yrigoyen, acompañado de Francisco Beiró, obtuvo el doble de sufragios que el binomio del Frente Único integrado por Leopoldo Melo y Vicente C. Gallo, dos radicales antipersonalistas apoyados por las fuerzas conservadoras. Detrás de ellos quedaron las fórmulas del Partido Socialista y las variantes del comunismo criollo.

Si bien no hay acuerdo sobre el punto de partida de la campaña nacionalista reaccionaria, podemos afirmar la aceleración de la misma a partir de la aparición de *La Nueva República* en diciembre de 1927, es decir, pocos meses antes de la consagración del segundo mandato presidencial de Hipólito Yrigoyen.

7.- Ahora bien, y como un interrogante liminar, es complejo explicar por qué estos sectores de-estaban, con una agresividad nunca vista hasta ese momento, al jefe radical, si tenemos en cuenta principalmente las medidas de marcado nacionalismo económico auspiciadas por el radicalismo en esta etapa, (6) sobre todo en lo atinente al tema petrolero, (7) cuyo proyectado monopolio estatal se encontraba paralizado en el Senado dominado por los conservadores, después de haber obtenido la sanción de la Cámara de Diputados donde el oficialismo impuso su número.

Coherentemente con ello, la política exterior del yrigoyenismo había estado delineada por dos ideas fuerza: la inmunidad frente a las presiones norteamericanas (8) y un marcado hispanoamericanismo, cuanto menos en lo declamatorio. Complejo -decíamos- explicar la hostilidad de esos sectores del nacionalismo si tomamos ese prisma de análisis.

Esta misma perplejidad se nota en completos estudios y ensayos sobre la época:

“Qué sentido tenía la despiadada y sin cuartel guerra contra el primer presidente designado por el voto popular, primer presidente también que levantó los intereses nacionales frente a los monopolios extranjeros ¿Qué ofrecían los antiyrigoyenistas en lugar del gobierno despreciado y atacado con tanta

(6) Ello no empece a que, en líneas generales, todas las administraciones radicales (1916-1930) mantuvieran el esquema económico, productivo y financiero heredado de los gobiernos conservadores. La matriz de dicho esquema, que reconocía sus orígenes en la gestión de B. Mitre al frente del gobierno nacional, era la propia de un país agroexportador y consumidor de productos manufacturados que debían importarse, generalmente de la misma metrópoli económica, la que asumía así el dominante doble papel de cliente principal y proveedor. A la dependencia causada por este esquema comercial, deben sumarse la generada por las cuantiosas inversiones británicas sobre todo en el área de los ferrocarriles, y la proveniente del endeudamiento crónico que hacía sufrir una sangría constante de divisas que se enviaban en concepto de servicios de la deuda (además de las remesas de ganancias que las empresas privadas enviaban a sus casas centrales). Así y todo, el radicalismo yrigoyenista supuso una experiencia novedosa al plantear severos límites en algunos campos como el del petróleo, con su proyectada nacionalización y monopolio estatal en manos de Y.P.F.

(7) El tema petrolero merece un detenido examen, propio de otro trabajo de investigación. Nos limitaremos, para no exceder el marco del nuestro, a recordar que varios de los ministros del gabinete designado por Uriburu tenían intereses vinculados directamente al negocio del hidrocarburo, como así también el teniente coronel y estrecho colaborador del dictador, Emilio Kinkelín. El detalle completo puede verse en la obra de Alain Rouquié, citada en la Bibliografía de este trabajo.

(8) La clara posición frente a los Estados Unidos y sus intentos hegemónicos, tanto en la esfera de las relaciones comerciales cuanto en la del campo de la geopolítica, parece contrastar, sin embargo, con la continuidad de las tradicionales relaciones con Gran Bretaña. Aún así, éstas últimas no transitaron por los carriles de acuerdos excesivamente desparejos (como ocurriría años después, en pleno gobierno de Justo), lo cual puede ser ilustrado con la firma del Tratado D’Abernon de 1929. Éste, que consistía básicamente en un trueque de cereales y carnes argentinas por material ferroviario británico que el gobierno nacional pensaba utilizar para ampliar la red ferroviaria y llegar a regiones incommunicadas, además de lograr la salida de mercaderías del norte argentino para el Pacífico, fue objeto, en su momento, de una ardua polémica y no llegó a ser ratificado por el Congreso. En nuestros días, aún persiste entre los analistas la falta de unanimidad en su valoración.

violencia? Nada más que la defensa del equilibrio sociopolítico interno de una nación satélite de las potencias capitalistas dominantes. [Puiggrós, 1974: 243]

8.- Parecería, entonces, más atinado, intentar otras vías para analizar la oposición y los virulentos ataques a Yrigoyen por parte de aquéllos. Así, podría suponerse que su marcado antiyrigoyenismo respondía, en cierto modo, a la sensación de impotencia política que sentían los integrantes del universo nacionalista reaccionario (sentimiento que era compartido con los conservadores), frente a un sistema político que claramente los tenía como actores secundarios y en el que el yrigoyenismo, en tanto continuara representando las aspiraciones y anhelos de buena parte de la masa electoral, sería invencible en las urnas. Es de hacer notar que uno de los más conspicuos intelectuales de aquél conglomerado y, acaso uno de los que tuviera más en claro los postulados corporativistas, como era Carlos Ibarguren, había intentado enfrentar electoralmente al radicalismo en las elecciones de 1922, sufriendo una aplastante derrota frente al candidato bendecido por Yrigoyen, aún cuando Alvear no tuviera, en ese tiempo, el ascendiente sobre la militancia de su partido que pudo tener tiempo después, una vez desaparecido físicamente el viejo jefe radical. El camino de las urnas, si bien era rechazado apodícticamente por el nacionalismo reaccionario, se tornaba al mismo tiempo en un juego en el que tenían muy pocas chances de triunfar.

Algunos han mencionado que hacia 1930 el yrigoyenismo estaba en franca decadencia en cuanto a resultados electorales, sobre todo por la victoria de los socialistas independientes en los comicios de marzo de 1930 en la Capital Federal. Sin embargo a ello cabría reponer que, si bien es cierto que el radicalismo tradicional había visto menguar notablemente su caudal electoral en 1930 respecto de las elecciones de 1928, no es menos cierto que aún así se había impuesto en once distritos (sobre catorce), perdiendo sólo en la Capital Federal, Córdoba y Catamarca. En algunas provincias obtuvo guarismos exorbitantes: 64 % en Salta, 68 % en Jujuy y La Rioja y 80 % en San Juan. En el distrito clave –la provincia de Buenos Aires– si bien los conservadores habían crecido, igual habían caído por cinco puntos porcentuales frente a la lista yrigoyenista. Este es un punto a tener en cuenta a la hora de analizar la mentada pérdida de apoyo popular que muchas veces campea, sin mayor análisis, en las crónicas históricas sobre la época.

9.- A modo de cierre de esta breve nota introductoria, y para terminar de delinear algunos aspectos centrales en el ideario del nacionalismo reaccionario, digamos que en mayor o menor medida, todos sus integrantes proclamaban una vuelta a la “tradicción nacional”, casi de manera obsesiva, atribuyéndole la capacidad de superar los problemas del país originados en lo que consideraban una colonización de las mentes por ideas foráneas. Ese apego a la tradición, si bien como tantos otros puntos era recalado sin mayor precisión, más como un leit motiv que como un verdadero programa intelectual, era compartido, aunque reconocía matices. En este sentido, es oportuno recordar que suele mencionarse a Ricardo Rojas y a Manuel Gálvez, con sus obras de los primeros años del siglo, *La restauración nacionalista -1909-*, y *El diario de Gabriel Quiroga -1910-* y *El solar de la raza -1913-*, respectivamente, como los pioneros en el universo nacionalista, si bien destacándose que el término “nacionalista” no adquiría en Rojas la connotación ideológica que se le dio después. [Egües, 2001: 418-420].

II. Leopoldo Lugones y sus ataques a la democracia liberal

También aparecerá, luego de la Gran Guerra, un zigzagueante Lugones, quien abogará por un retorno a las tradiciones vernáculas, identificadas con el campo y sus labores, en oposición a la concepción liberal que anidaría en las grandes urbes:

“El hombre de campo está determinado por la tierra, por la sangre, enraizado en la naturaleza, es por lo tanto el sustento de la tradición. La glorificación del campesino ha sido una constante del pensamiento de derecha y sobre todo del fascismo. (...) El campesino era contrapuesto a las masas inmigrantes urbanas, del mismo modo que el campo, la tierra, la naturaleza pura e incontaminada eran contrapuestos a la ciudad antinatural, cosmopolita y corrompida. En *Romances del Río Seco*, Lugones como tantos otros escritores de su época –Manuel Gálvez en *Senderos de humildad*– emprende la vuelta al campo, el retorno simbólico a la provincia natal” [Sebreli, 1997: 70-71]

La clave de bóveda del agresivo pensamiento político lugoneano –acaso uno de los puntos en que coincidían mayormente todos los integrantes del conglomerado nacionalista- estaba dado por la seguridad de que la masa de sufragantes era corrompida por el líder demagógico en una relación que se retroalimentaba, de tipo clientelar. Además, la masa de los empadronados y aptos para votar era ignorante y formada por “mestizos irremediabilmente inferiores” (recuérdese el agresivo lenguaje desplegado sobre todo en *La Fronda* y se concluirá, sin esfuerzo, en que la utilización de esta categoría de estereotipos era común a todo el espectro del nacionalismo reaccionario). En consecuencia –argüía Lugones- las mayorías así formadas no eran respetables y no se podía derivar de ellas sistema válido alguno. Por último, también se descalificaba a la democracia representativa y a la propia carta constitucional de 1853/60 como un sistema importado y ajeno por completo a las tradiciones políticas argentinas: “Al pueblo no le interesa la constitución, máquina anglo sajona que nunca ha entendido.” [Lugones, 1930: 166]

Su belicosa pluma se explaya en los panfletarios escritos reunidos en el volumen titulado *La Grande Argentina*: “Esto da, por otra parte, la prueba más concluyente contra el sufragio universal; desde que el mayor y mejor uso de dicho instrumento, produce gobiernos cada vez peores. Efectivamente, la corrupción electoral es la que todo lo infesta. La mayoría desmiente los postulados ideológicos de su buen sentido y su honradez. El comicio la revela necia, envidiosa, concupiscente y anárquica.” [Lugones 1930: 168]

Si la raíz de los males –juzgaban entonces los nacionalistas- era el sufragio libre, secreto y universal, el principal fruto de aquel detestado árbol debía ser también combatido. La democracia popular fue atacada en sus cimientos: era nada más y nada menos que “ese triunfo cuantitativo de los menguados”, llegó a decir Lugones. En otro pasaje de la obra arriba citada se lee: “...entre nosotros, el régimen mayoritario es inadecuado para gobernar el país.” [Lugones, 1930: 179]

III. La idea de la reforma constitucional bajo el signo corporativista

1.- José F. Uriburu era un conocedor y admirador del orden militarista prusiano, conocimiento y admiración que le venían dados de su larga estadía en la Alemania anterior a la Primera Guerra Mundial. Tras su regreso al país, continuó sirviendo en el Ejército, llegó a Inspector General de esa fuerza, y se retiró hacia fines de 1929 como Teniente General.

Aún sus panegiristas –como José María Rosa (9)- han admitido (no podían no hacerlo ante la evidencia) que Uriburu no era “un hombre de ideas”. [Rosa, 1992: 204]. Sin embargo, desde mediados de la década del '20 datan sus contactos con Carulla y Lugones; con Carlos Ibarguren, seguramente, el trato sería de fecha más antigua por motivos de parentesco y amistad. Ellos lo empaparon, cada uno a su turno, de las nociones básicas y los rudimentos del fascismo italiano. Carulla le había hecho conocer, por ejemplo, la *Carta del Lavoro* [Rock, 1993: 105] [Rouquié, 1981: 188].

Como nunca había disimulado su aversión hacia el yrigoyenismo, tanto cuando se encontraba en servicio activo como al pasar a retiro, se le habían acercado propuestas de encabezar un levantamiento militar contra los distintos gobiernos radicales, las que hasta 1929 había juzgado inoportunas por tempranas; así por ejemplo, rechazó una sugerencia en tal sentido del coronel Rafael de Oliveira César (quien lo acompañaría en el golpe de septiembre) a fines de 1923. Es interesante la sugestión de los estudiosos de su epistolario: “Entre las razones, ¿no habrán influido en su ánimo las noticias que desde Italia le remitía un oficial nacionalista acerca del fracaso incomprensible –y lamentado- del Putsch de Munich?” [García Molina y Mayo, 1986: 22]

(9) Fue uno de los historiadores que más se ha ocupado de esta época. La suya es una obra de ineludible confrontación: se trata de un observador -y participante, a la vez- en los sucesos del golpe de Uriburu, a quien tratará de justificar de modo permanente. Sus motivos podían exceder la simple afinidad política o ideológica ya que, entre otras razones, su padre fue interventor de Uriburu en Mendoza, además de ser amigo personal del dictador. Como en casi toda su colección de historia argentina, en muchas de las afirmaciones de este autor, el más alto exponente de la corriente revisionista de nuestra historia, su habitual apasionamiento, la falta de citas de bibliografía científica y el desorden metodológico, deslucen lo que fue, sin duda, una obra historiográfica enorme.

2.- Volviendo a sus consejeros civiles en la Argentina de la década del '20, como ya dijimos, tenemos a Lugones que hacía bastante tiempo había tornado su pluma en un arma propagandística en contra del voto universal y el consecuente sistema democrático. Había concluido ya su etapa de literato de prosa recargada y, nutrido por el fascismo mussoliniano y el falangismo español, se había transformado en el temible polemista que desde las páginas de *La Nación* lanzaba anatemas contra el sistema democrático. A su criterio, la democracia debía ser sustituida por un gobierno de autoridad militar encarnada en la persona del jefe o conductor predestinado. En las páginas de *La Grande Argentina* se lee: "La autoridad no es para nosotros un resultado deliberativo, sino imposición de la superioridad personal. No concebimos al jefe sino en el general o en el caudillo" [Lugones, 1930: 202] Era, indudablemente, el más militarista de todo el universo nacionalista.

Ibarguren, por su parte, era un teórico más refinado. En su famoso discurso en el teatro Rivera Indarte de la ciudad de Córdoba, el día 15 de octubre de 1930, el interventor de facto designado por Uriburu defendió las ideas corporativistas de su jefe en orden a la instalación de un sistema político y constitucional basado en la presencia de "representantes genuinos de los verdaderos intereses sociales en todas sus capas"; un nuevo "parlamento donde debe estar representada la opinión popular, y acordarse también representación a los gremios y corporaciones que están solidamente estructurados." Con algún ánimo menos belicoso que el que destilaba habitualmente Uriburu, Ibarguren aceptaba que la reforma no debía ser "exclusivamente fascista".

Años más tarde, Ibarguren escribió sus memorias políticas bajo el título de *La historia que he vivido*. Se trata de un documento fundamental para comprender la época y las figuras, mentalidades e ideas que allí campeaban. Además, su autor no solamente era uno de los teóricos que ejercían influencia sobre Uriburu sino que, además, era pariente, amigo y funcionario del dictador, salteño como él. En lo que nos interesa, ha señalado que Uriburu le había expresado: "Mi plan es hacer una revolución verdadera que cambie muchos aspectos de nuestro régimen institucional, *modifique la Constitución* y evite se repita el imperio de la demagogia que hoy nos desquicia." (...) (el resaltado nos pertenece) [Ibarguren, Carlos -1955-, citado en Ciria -1968: 32-]

3.- Unas semanas antes del discurso en el Rivera Indarte, Uriburu había ordenado la publicación de una proclama donde exponía su proyecto de reformas constitucionales en pos de la instauración de un sistema corporativista. Era, asimismo, una pieza altamente crítica de los partidos políticos, aún de aquellos que habían simpatizado con el golpe militar pero que, días después, pretendieron condicionar a Uriburu mediante alambicados acuerdos y compromisos (sobre todo, el mensaje estaba dirigido a conservadores y socialistas independientes). En oposición a ellos, se lanzaba la conformación de una nueva fuerza o agrupación -Uriburu detestaba hablar de partidos políticos-, naturalmente liderada por él, que impulsara la futura reforma constitucional de tipo corporativista.

Decía la proclama en sus párrafos principales:

"Si el gobierno surgido de la Revolución se limitase a sustituir hombres en el poder, es seguro que recogería el aplauso de los partidos beneficiados, pero la Revolución no se ha hecho para cambiar valores electorales. (...) Admitimos que haya agrupaciones que no crean necesario propender a ciertas reformas institucionales porque consideran que nuestro régimen político es excelente, aunque su experiencia haya sido dolorosa, pero pensamos que la única forma de saber si el resto de la opinión participa de esta manera de ver es invitarla a adherirse resueltamente a dichos partidos o a constituir una nueva agrupación con carácter nacional, que proclame y sostenga otras ideas. (...) No consideramos perfectas ni intangibles ni la Constitución ni las leyes fundamentales vigentes, pero declaramos que ellas no pueden ser reformadas sino por los medios que la misma Constitución señala. (...) Creemos que es necesario, interpretando aspiraciones hechas públicas desde hace largos años por parlamentarios, hombres de gobierno, asociaciones representativas de grandes y diversos intereses, que la Constitución sea reformada, de manera que haga posible la armonización del régimen tributario de la Nación y de las provincias, la autonomía efectiva de los estados federales, el funcionamiento automático del Congreso, la independencia del Poder Judicial, entregándole el nombramiento y la remoción de los jueces, y el perfeccionamiento del régimen electoral, de suerte que él pueda contemplar las necesidades sociales,

las fuerzas vivas de la Nación. Consideramos que cuando esos intereses puedan gravitar de una manera efectiva, no será posible la reproducción de los males que ha extirpado la Revolución. Cuando los representantes del pueblo dejen de ser meramente representantes de comités políticos y ocupen las bancas del Congreso obreros, ganaderos, agricultores, profesionales, industriales, etc., la democracia habrá llegado a ser entre nosotros algo más que una bella palabra.” (el resaltado nos pertenece) [citado en García y Rodríguez Molas, 1988: 105-109].

4.- Detengámonos un momento en las consideraciones de la proclama uriburista del 1º de octubre. En primer lugar surge, como ya anticipáramos, la crítica a los dirigentes de los partidos políticos que, habiendo acompañado el pronunciamiento militar desde la etapa conspirativa, seguramente esperaban ocupar mayores espacios de poder en el nuevo gobierno. Pretendieron entonces las fuerzas afectadas (sobre todo los socialistas independientes, que agitaban el ambiente al verse marginados por completo del reparto de cargos) presionar al dictador conformando la Federación Nacional Democrática el 27 de septiembre de 1930, conglomerado de fuerzas reaccionarias de diversa gravitación en las provincias y la Capital Federal, cuyos orientadores visibles eran el conservador bonaerense Rodolfo Moreno (10) y el porteño Antonio De Tomaso. Uriburu responde entonces, en primer lugar, a dichos sectores, desmintiendo compromisos –que dice no tener con ningún sector político- y desafiándolos abiertamente a una futura competencia con la fuerza nacional que apoyara las ideas de su gobierno.

5.- En segundo lugar, se descubre aquí el velo que tapaba la idea central de impulsar una reforma a la constitución federal. En el *Manifiesto* redactado por Lugones a pedido a Uriburu unas semanas antes del golpe, se mencionaba la necesidad de “encarar las necesarias reformas de orden institucional que serán sometidas al país en su momento”; sin embargo, este párrafo fue suprimido por el teniente coronel José María Sarobe, mano derecha de Justo, por haberlo autorizado el propio Uriburu conjuntamente unas horas antes del estallido del pronunciamiento. Ahora sí no podían quedar dudas acerca de las ideas de reforma constitucional para la instauración de un sistema corporativista.

6.- Este se inspiraba en la representación por corporaciones o asociaciones, herederas de los gremios medievales. Ahora bien, la idea de la representación corporativista puede ser tomada como una de las notas distintivas del Estado fascista mussoliniano desde 1928, con la conformación del Gran Consejo Fascista, el Ministerio de las Corporaciones y el rol clave de las Asociaciones Profesionales en la conformación de las listas de candidatos a diputados, y su consecuencia natural: “Los diputados elegidos, más allá de su dependencia y sumisión total y absoluta al *Duce*, tenían un origen marcadamente *sectorial*. Cada Asociación Profesional, perteneciente a patronos, obreros o profesionales libres, proponía a sus propios representantes, los que bregaban por la defensa de los intereses del sector.” [Slavin, 2000: 159]

En este orden de cosas, agreguemos que esta idea de la representación corporativista, iba acompañada –en el contexto general- de otros rasgos propios de los sistemas filofascistas (principalmente el militarismo, y el furibundo antiliberalismo y anticomunismo).

Por último, apuntemos también que el régimen uriburista se rodeó de ciertas formas y reminiscencias del boato fascista: ¿Qué otra cosa fue la conformación, por parte de seguidores de Uriburu y alentada por éste, de la Legión Cívica (11) sino un grupo de choque que pretendía imitar a la milicia

(10) Conviene, empero, hacer la aclaración de que los conservadores bonaerenses obtuvieron cargos de importancia en el gobierno de facto; como muestra, baste recordar que Enrique Santamarina, de la tradicional familia de terratenientes de la provincia de Buenos Aires, fue designado vicepresidente, a lo que debe sumarse la designación de Matías G. Sánchez Sorondo en el ministerio del Interior. Sin entrar en disquisiciones acerca de las divisiones y alineamientos dentro del conservadurismo bonaerense, queda claro que el sector interno perjudicado era el de Rodolfo Moreno, dirigente de buenas relaciones con los socialistas independientes y proclive a una futura candidatura presidencial de Justo.

(11) La Legión Cívica tuvo reconocimiento oficial por parte del gobierno de facto, mediante un decreto de fecha 20 de mayo de 1931.

de los *fasci di combattimento*? Sin embargo, justamente por eso –tratarse de una imitación grosera, con saludo a la romana incluido- se transformaba en una caricatura trágica y absurda.

Un lúcido intelectual –encausado por sedición y desacato, aunque para su destinatario dicha acusación fuera un “galardón honroso” por provenir de la dictadura- escribió, en los meses finales de 1931 y los primeros de 1932, un libro de doctrina y denuncia donde expuso: “La organización de la Legión Cívica acentuó el remedo. Sólo faltaban Mussolini y el ambiente romano. Jamás se hubiera sospechado que en la República Argentina –la patria de San Martín y de Sarmiento- pudiera darse, en 1930, un espectáculo de esa especie.” [Rojas, 1932: 98]

Todo ello era cierto y, aún el propio Uriburu, si bien no se confesaba abiertamente fascista tampoco lo rechazaba de plano, y aún lo prefería como una opción *in extremis*. En el discurso de entrega del mando a Justo, el 20 de febrero de 1932, claramente expresó: “Cumple a nuestra lealtad declarar, sin embargo, que si tuviéramos que decidir forzosamente entre el fascismo italiano y el comunismo ruso y vergonzante de los llamados partidos de izquierda, la elección no sería dudosa. Afortunadamente, nada ni nadie nos impone este dilema.” [citado en García y Rodríguez Molas, 1988: 130-131]

7.- Empero, desde nuestro punto de vista, siguiendo la conceptualización dada por Talcott Parsons y recogida por Rouquié, faltaba un elemento esencial en el régimen posterior al golpe de septiembre y en la mayoría de sus inspiradores para poderlos calificar plenamente de fascistas, cual era la vinculación con las masas populares. Como lo ha destacado el autor francés, “el uriburismo desconfía de las masas”. [Rouquié, 1981: 230]

Diversas explicaciones pueden darse para comprender esa aversión al fenómeno de las masas dinamizadas por la política, y una posible está en relación a la pertenencia de clase de la mayoría –si no todos- de los integrantes del sector nacionalista reaccionario, incluyendo al propio Uriburu. Provenientes de tradicionales familias del interior, con un buen pasar económico o, como en el caso de Lugones, con el recuerdo de añoradas épocas de hidalguía mediterránea, era casi una consecuencia obligada la desconfianza y hasta la abierta hostilidad hacia las masas populares, a las que se hallan extrañas y peligrosas, una vez despertadas de su letargo por la ley electoral y la irrupción triunfante del radicalismo. En este orden de ideas, apuntemos un dato por demás simple pero que nos marcará la tónica elitista de Uriburu y sus seguidores: la casi totalidad de las reuniones políticas antes y después del golpe se realizaban en los recoletos salones del Jockey Club o del Círculo de Armas, lo cual evidencia el desprecio al elemento común y masivo, al que no pretendían seducir.

8.- Estudios exhaustivos sobre este proyecto han expresado, alejando toda duda al respecto: “¿Pero cuál era la propuesta política del General Uriburu y su grupo? No caben dudas: aunque vaga y con sordina, la propuesta uriburista era de corte corporativista. Convocaba a la reforma de la Constitución, a la supresión del sufragio universal y a crear un orden político donde estuvieran representados los grupos corporativos que ya se diseñaban en la sociedad y la economía argentina.” [García Molina y Mayo, 1986: 29-30]

Resumiendo la cuestión, entendemos que se trataba de un proyecto político fuertemente reaccionario, autoritario y, desde el punto de vista social, elitista y excluyente, que intentaba una reforma institucional de tinte corporativo. Tenía vinculaciones ideológicas con el fascismo –al que indudablemente conocían sus integrantes-, pero sin llegar a identificarse totalmente con él, pues, reiteramos su fobia a la masa popular le generaba una contradicción difícil de superar.

9.- Pero retomemos el análisis del texto del 1º de octubre de 1930. De éste también surgía una cuestión cuanto menos llamativa: al proclamarse el respeto por el procedimiento previsto en la propia constitución para llevar adelante su reforma (artículo 30), era necesario contar con una ley declarativa del Congreso que cumplimentara la etapa pre-constituyente, así lo expresa el párrafo 16º del manifiesto. Como el Congreso había sido disuelto, era necesario llamar a elecciones para elegir a sus nuevos integrantes (la opción de reinstalar a los legisladores de las cámaras disueltas era impensable,

pues habría sido necesario declarar a los actos del 6 de septiembre y sucesivos como viciados por el uso de la fuerza e insanablemente nulos, además de tener que reincorporar también a los legisladores radicales, mayoría en la Cámara de Diputados).

Ahora bien, de prosperar este intento de llevar adelante una reforma constitucional, el país se habría encontrado con una peculiar situación, inabordable desde el punto de vista constitucional: la convivencia de un poder ejecutivo *de facto* y un legislativo con apariencias de ser de *iure*. Esta es la conclusión a la que llega José María Rosa, concordante con la explicación de las “etapas de la normalidad” que efectuara el ministro Sánchez Sorondo en La Plata, en el mes de noviembre de 1930. [Rosa, 1992: 203, 211]. Evidentemente este galimatías era un fiel reflejo del estado de anomia absoluta que vivía el país y el empeñamiento de la dictadura en prolongar su estadía. Cabe apuntar que éste último punto era motivo de recelo especialmente entre los justistas quienes, ansiosos por la toma del poder, lo advirtieron desde temprano.

IV. El fracaso de Uriburu y su plan

1. El plan ideado por Uriburu y su ministro del Interior Matías G. Sánchez Sorondo estaba destinado al fracaso. Fue rechazado desde un primer momento por el conglomerado de fuerzas conservadoras reunidas en la Federación Nacional Democrática, las que –bajo el auspicio de Justo– continuaron presionando en pos de una salida de “normalidad institucional” (al fin, los planes fraudulentos estaban ya suficientemente maduros para encumbrar a quien lograra mantener unidos a esos partidos y tener tras de sí a la mayor parte de la oficialidad, y ese nombre no podía ser otro que el del general-ingeniero entrerriano).

2.- Sin embargo, la última oportunidad de Uriburu para mantenerse un tiempo más en el poder y, acaso, intentar concretar sus planes de reformas corporativistas, estaba dado por un triunfo político en comicios que debían celebrarse –no había otra alternativa para el régimen– bajo las normas electorales vigentes con anterioridad. Se llamó, pues, a elecciones para la gobernación de Buenos Aires que, se descontaba, ganarían cómodamente los conservadores. La convocatoria se realizó el 5 de marzo de 1931 y la fecha de la elección se fijó exactamente para un mes después, 5 de abril. Ese día, frente a todos los pronósticos en contrario y las excesivamente optimistas palabras del interventor Meyer Pellegrini, ocurrió lo inesperado para uriburistas y conservadores puros: pese a las persecuciones y los obstáculos impuestos, la fórmula radical unida (un antiguo yrigoyenista y un antipersonalista, Honorio Pueyrredón y Mario M. Guido respectivamente, triunfó por 218.000 votos contra 187.000 de los conservadores Santamarina y Pereda, ubicándose en tercer término los socialistas.

Como los resultados finales tardaban en divulgarse, pero la tendencia se consolidaba a favor del radicalismo, Uriburu adelanta lo que decretará días después. El día 12 de abril expresa: “Si he creído que era necesario el supremo recurso de las armas para destruir el sistema que arruinaba a la República, debo seguir creyendo que mi deber es tratar de impedir que el país vuelva a caer en las manos que lo explotaron y lo envilecieron. La revolución tiene su lógica. No ha terminado el 6 de septiembre”. Los comicios bonaerenses fueron anulados.

Sánchez Sorondo, el mentor del llamado a las elecciones que debía ganar tranquilamente el conservadurismo, golpeado políticamente, renunció al ministerio (15 de abril de 1931). Al irse, rencoroso, señala “que la razón de los números no es la razón del entendimiento”.

3.- El futuro político del régimen uriburista estaba acabado. Tan sólo le quedará al viejo dictador la ocasión de entregarle su plan de reformas a su sucesor, el general Justo, quien vence en las fraudulentas elecciones del 8 de noviembre de 1931 y asume la presidencia el 20 de febrero de 1932. El nuevo presidente, “lo recibirá con amable gesto y lo condenará luego al sueño de los justos”. [Ciria, 1968: 29]. En lo que nos interesa para esta parte final de nuestro estudio, cabe recordar que el punto tercero del proyecto entregado por Uriburu rezaba: “Preparar la reorganización institucional de la república mediante reformas a la Constitución que nos defiendan en el futuro de los peligros del personalismo, del centralismo, de la oligarquía y de la demagogia.”

Como ya lo mencionamos, era impensable que un convencido conservador como Justo, hábil jugador que se servía de los partidos políticos tradicionales mediante alianzas, intrigas y escisiones, alentara un proceso reformista de tinte corporativo.

4.- El proyecto nunca fue tratado y Uriburu, que murió poco después en París, quedaría para las generaciones venideras con la triste fama de haber sido el pionero en las rupturas institucionales de la Argentina moderna, haber violentado el normal desarrollo constitucional y haber colocado al Ejército como el nuevo árbitro de las situaciones políticas del país. Asimismo, su dictadura también será recordada por las persecuciones, encarcelamientos y torturas practicadas sobre los adversarios políticos: los desalojados radicales –militantes y dirigentes– en primer término; y las ejecuciones sumarias dispuestas en virtud de la ley marcial con la que gobernó.

Durante el período uriburista, el nepotismo exacerbado, el favoritismo y la arbitrariedad fueron moneda corriente. Ni siquiera las más contundentes manifestaciones de voluntad popular fueron respetadas.

Finalmente, su gestión fue nefasta también en lo económico y financiero. El país vio evaporarse gran parte de sus reservas en oro, el endeudamiento se incrementó y ninguna solución se ideó frente a los coletazos de la crisis mundial que golpeaba con fuerza estas playas.

Y, al cabo, la dictadura terminó siendo la puerta de reingreso de los privilegios y una auténtica restauración oligárquica que alcanzará su cénit en los años sucesivos.

V. Bibliografía

BARBERO, María Inés y DEVOTO, Fernando. *Los nacionalistas: 1910-1932*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1983.

BRAVI, Bárbara y otros. “Los atisbos autonomistas; las políticas exteriores de los gobiernos radicales (1916-1930)”, EN: Alejandro Simonoff (comp.). *La Argentina y el mundo frente al Bicentenario de la Revolución de Mayo*. La Plata: UNLP. Instituto de Relaciones Internacionales, 2008, 49-63.

CANTÓN, Darío, MORENO, José y CIRIA, Alberto. *Argentina. La democracia constitucional y su crisis*, Buenos Aires: Paidós, 1980.

CATTARUZZA, Alejandro, *Historia de la Argentina 1916-1955, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2009.

CIRIA, Alberto. *Partidos y poder en la Argentina moderna (1930-46)*. Buenos Aires: Jorge Alvarez, 1968.

COCA, Joaquín. *El contubernio. Memorias de un diputado obrero*. Buenos Aires: La Campana, 1981.

DEVOTO, Fernando. *Nacionalismo, fascismo y tradicionalismo en la Argentina moderna: una historia*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2006.

ECHVERRÍA, Olga. “Una gran manifestación de la inteligencia: La reacción de La Nueva República. Ideas y acciones de una corriente jerárquica y elitista, Argentina, 1927-1931”, en: Susana Bianchi y María Estela Spinelli (comps.) *Actores, ideas y proyectos políticos en la Argentina contemporánea*. Tandil: UNCPBA. Facultad de Ciencias Humanas. Instituto de Estudios Históricos y Sociales, 1997, 125-156.

EGÜES, Carlos. “El pensamiento político (1914-1943)”, EN: Academia Nacional de la Historia. *Nueva Historia de la Nación Argentina*, t. 7. Buenos Aires: Planeta, 2001, 401-432.

ETCHEPAREBORDA, Roberto. "La segunda presidencia de Hipólito Yrigoyen y la crisis de 1930", EN: Academia Nacional de la Historia. Historia argentina contemporánea 1862-1930. Historia de las presidencias: 1898-1930, v. 1. Buenos Aires: El Ateneo, 347-375.

FINCHELSTEIN, Federico. Fascismo, liturgia e imaginario. El mito del general Uriburu y la Argentina nacionalista. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002.

FINK, Andrés. Los gobiernos de facto ante el derecho y ante la circunstancia política. Buenos Aires: Depalma, 1984.

GARCIA, Alicia y RODRIGUEZ MOLAS, Ricardo (selección y recopilación). Textos y documentos. El autoritarismo y los argentinos. La hora de la espada (1924-1946) Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1988.

GARCIA MOLINA, Fernando y MAYO, Carlos A. (selección, recopilación y estudio preliminar). Archivo del general Uriburu: autoritarismo y ejército. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1986.

GARCIA MOLINA, Fernando y MAYO, Carlos. El general Uriburu y el petróleo. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1985.

HALPERIN DONGHI, Tulio. Argentina en el callejón. Buenos Aires: Ariel, 1995.

IBARGUREN, Carlos. La historia que he vivido. Buenos Aires: Peuser, 1955.

LUGONES, Leopoldo. La Grande Argentina. Buenos Aires: Babel, 1930.

LUGONES, Leopoldo. La patria fuerte. Buenos Aires: Babel [s/f].

PEREZ GUILHOU, Dardo. "El constitucionalismo", EN: Academia Nacional de la Historia. Nueva Historia de la Nación Argentina, t. 7. Buenos Aires: Planeta, 2001, 473-510.

POTASH, Robert. The Army & Politics in Argentina. 1928-1945 Yrigoyen to Perón. Stanford: University Press, 1969. (Hay disponibles varias ediciones en español).

PUIGGROS, Rodolfo. El Yrigoyenismo. Buenos Aires: Corregidor, 1974.

QUIJADA, Mónica. Manuel Gálvez: 60 años de pensamiento nacionalista. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1985.

RAMOS, Jorge Abelardo. Revolución y contrarrevolución en la Argentina. El sexto dominio 1922-1943, t. 4. Buenos Aires: Plus Ultra, 1972.

ROCK, David. La Argentina autoritaria. Los nacionalistas, su historia y su influencia en la vida pública. Buenos Aires: Ariel, 1993.

ROJAS, Ricardo. El radicalismo de mañana. Buenos Aires: L. J. Rosso, 1932.

ROMERO, José Luis. Las ideas políticas en Argentina. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.

ROSA, José María. Historia Argentina. El 6 de septiembre (1930-1932), t. 11. Buenos Aires: Oriente, 1992.

ROUQUIÉ, Alain. Poder militar y sociedad política en la Argentina. Buenos Aires: Emecé, 1981.

SANGUINETTI, Horacio. La democracia ficta 1930-1938. Buenos Aires: La Bastilla, 1977.

SAROBE, José María. Memorias sobre la revolución del 6 de septiembre de 1930. Buenos Aires: Gure, 1957.

SCENNA, Miguel Angel. Los militares. Buenos Aires: Editorial de Belgrano, 1980.

SEBRELI, Juan José. Escritos sobre escritos, ciudades bajo ciudades (1950-1997) Buenos Aires: Sudamericana, 1997.

SLAVIN. “El Fascismo: emergencia y caracterización”, en: Germán J. Bidart Campos y otros. Estudios de Derecho Político. [s/l] Ediciones Suárez, 2000, 133-178. ♦

Integración Latinoamericana

El acercamiento entre Panamá y Sudamérica. Una nueva estratégica zona de libre comercio con el Mercosur

POR LAUTARO M. RAMÍREZ (*) E IVÁN CHAMIS BARAHONA (**)

Sumario: I. Introducción.- II. Panamá en la integración regional latinoamericana.- III. Potencialidades de un Acuerdo de Libre Comercio entre Panamá y el MERCOSUR.- IV. Reglas comunes que rigen el comercio entre Panamá y el MERCOSUR.- V. MERCOSUR/Panamá: ¿Una alianza geoestratégica?- VI. Antecedentes, proyecciones y limitantes del Acuerdo bilateral.- VII. Reflexiones finales.- VIII. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo tiene objeto analizar las relaciones bilaterales entre Panamá y el MERCOSUR y la posibilidad de arribarse a un acuerdo de libre comercio entre ambas partes, al amparo del Tratado de Montevideo de 1980 que da origen a la Asociación Latinoamericana de Integración. A esos fines, se hará especial hincapié en los intereses de cada una de las partes de este nuevo binomio comercial, que abre la posibilidad a Panamá de proyectarse hacia Sudamérica en tanto que al MERCOSUR lo habilita a instalarse en América Central. Con ese objeto, se analizarán los acercamientos que vienen dándose entre ambos como también las implicancias que la creación de una Zona de Libre Comercio podría traer a la región y al reposicionamiento geoestratégico regional de ambas partes del Acuerdo.

Palabras Clave: Integración Latinoamericana, Acuerdo de Integración Regional, MERCOSUR, Panamá y ALADI.

The rapprochement between Panama and South America.

A new strategic free trade area with MERCOSUR.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze bilateral relations between Panama and the MERCOSUR and the possibility of reaching a free trade agreement between both parties under the Treaty of Montevideo of 1980, which gives rise to the Latin American Integration Association. To this end, emphasis will be placed on the interests of each of the parts of this new commercial binomial, which opens the possibility of projecting Panama to South America and the MERCOSUR to settle in Central America. For this purpose, we are analyzing the emerging relations as well as the implications of creating a Free Trade Area between them and the geostrategic repositioning of both parties to the future Agreement.

Key Words: Latin American Integration, Agreement on Regional Integration, MERCOSUR, Panama y ALADI.

I. Introducción

El fenómeno de los procesos de integración ha tenido y mantiene una incesante carrera en América Latina, en atención a la existencia de diversos modos de asociación que han encontrado los países comprendidos en aquella. Así, actualmente en la región coexisten diversos bloques

(*) Especialista en Políticas de Integración Latinoamericana. Jefe de Trabajos Prácticos Ordinario de Economía Política. Investigador del Instituto de Integración Latinoamericana. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

(**) Abogado. LL.M. - Master of Law - Universidad de Nueva York. Consejero Legal. Representante Alterno de la República de Panamá ante la Organización de Estados Americanos, Washington DC.

comerciales, los cuales si bien tienen ciertas características comunes —como el propender a la integración económica—, lo que los caracteriza son sus diferencias en cuanto al modo operativo, al grado de integración alcanzado, las instituciones que los impulsan y los objetivos que le dan sustento. De esta manera, teniendo en consideración solo a América del Sur junto a México y a Cuba, operan simultáneamente más de treinta Acuerdos de Complementación Económica —ACE— que tienen por objeto, al menos, la creación de zonas de libre comercio entre ellos, conforme a la denominación dada a este tipo de Acuerdos por la Asociación Latinoamericana de Integración —ALADI—. Conforme a ello, y dada la saturación que encuentran aquellos Estados y la imposibilidad de hallar nuevos mercados en sus vecinos, se han visto en la necesidad de recurrir a países o bloques de países no contiguos en aras de poder insertar sus productos y ampliar sus mercados, como objeto principal de sus políticas exteriores, sin desprestigiar las nuevas posibilidades que les acarrearán sus socios en cuanto a otras finalidades, tales como reposicionamiento estratégico, la obtención de nuevos socios políticos, entre otras cuestiones. De esta manera, los gobiernos de Panamá y principalmente Brasil fueron acercándose durante los últimos años en pos de celebrar un Acuerdo a través del cual se constituya una zona de libre comercio entre ambos. Empero, debe recordarse que actualmente las políticas exteriores de Brasil se vuelcan a las negociaciones externas junto a sus socios del Mercado Común del Sur —MERCOSUR— para celebrar este tipo de Acuerdo. De este modo, el MERCOSUR por un lado y Panamá por el otro, han tenido diversas reuniones y han realizado diferentes Declaraciones e intenciones de motivos para arribar a la ansiada zona de libre comercio entre ambos.

Sin embargo, y pese a las buenas intenciones que tienen ambas partes de la relación del binomio estratégico, el mentado Acuerdo no ha podido celebrarse, debido a una serie de condicionantes que imperan sobre ellos, pero que recaen sobre todo en el MERCOSUR quien debe también observar los compromisos asumidos tanto en el seno de la ALADI —particularmente lo dispuesto en el Tratado de Montevideo de 1980— como también a las propias reglas internas que rigen las relaciones externas del bloque para celebrar acuerdos de esta índole con terceros Estados a las cuales Panamá debe ajustarse, el cual también debe observar las pautas dadas por el Protocolo de Guatemala al Tratado Constitutivo del Sistema de Integración Centroamericano —SICA— del cual forma parte. Este entramado jurídico será entonces objeto de análisis en el presente trabajo, como también los motivos que llevan tanto al MERCOSUR como a Panamá a acercar posiciones para celebrar el precitado Acuerdo. Con ese fin pasaremos revista, asimismo, en la importancia geoestratégica que detenta Panamá para el MERCOSUR y los motivos que llevan a ambas partes a verse tan interesados uno en el otro.

De lo hasta aquí expuesto, puede entonces sintetizarse el objetivo propuesto para la elaboración del presente, de la siguiente manera: ¿Qué condiciones deben darse para que el Acuerdo pueda celebrarse?, y en su caso ¿qué beneficios obtendrían cada una de las partes?

II. Panamá en la integración regional latinoamericana

Panamá, es un pequeño país que une el Istmo Centroamericano con Suramérica que cuenta con una superficie total de 75.990 km², tiene alrededor de tres millones de habitantes, y se caracteriza por ser el destino obligado del comercio internacional desde su nacimiento como País. Asimismo, es hoy día una de las economías más pujantes de la región latinoamericana, proyectando un crecimiento continuo durante la última década tal como lo informa la Comisión Económica para América Latina y el Caribe —CEPAL— en su Documento *“Balance Preliminar de las economías de América Latina y el Caribe del año 2010”*.

Debido a lo anterior, la República de Panamá ha establecido su política nacional de comercio exterior, como una política que genera desarrollo económico y a la vez desarrollo social, buscándose con ello el posicionar a Panamá como un eje del comercio regional, incrementar sus bases productivas mediante el aumento de sus exportaciones de valor agregado, una mayor y mejor prestación de servicios, así como convertirla en destino de inversiones internacionales (Ministerio de Comercio e Industrias de Panamá, 2007).

Por otra parte y en relación a las asociaciones comerciales estratégicas, Panamá ha desarrollado una activa política comercial. Así ha suscripto un acuerdo de libre comercio con Centroamérica del cual son Estados Partes: Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, así como con Chile, y con carácter global con Singapur y Taiwán, el cual brinda el marco jurídico necesario para las operaciones comerciales entre ellos. También posee Acuerdos de Alcance Parcial —AAP- con Colombia, México y la República Dominicana como también tiene acuerdos comerciales suscritos aún no vigentes con Canadá y los Estados Unidos de América —EE.UU.- (SICE, 2011).

Sin embargo, y si bien históricamente Panamá se mantuvo separada políticamente de Centroamérica, pese a haber celebrado acuerdos de intercambio preferenciales en los años 70, en tiempos modernos y debido a la voluntad integracionista del país centroamericano sus intereses se dirigieron a la participación en bloques regionales como es el Sistema de Integración Centroamericano —SICA—. Específicamente desde el punto de vista comercial desde los años noventa, y como complemento al proceso de paz de Centroamérica, la región decide invitar a participar de estas conversaciones a países cercanos como Belice, Panamá y la República Dominicana.

Por otra parte, Panamá acordó iniciar negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con los países centroamericanos en 1997 durante la Cumbre de Presidentes Centroamericanos, las negociaciones iniciaran en 1998 y luego de ocho rondas de negociaciones para establecer el marco normativo, las mismas continuaron de manera bilateral con cada país. Así Panamá finaliza la negociación con El Salvador en 2002, con Honduras y Costa Rica en el 2007, y en el 2009 con Nicaragua y Guatemala.

En cuanto a la proyección de Panamá para con la región suramericana, se observa el gran éxito obtenido con el tratado de libre comercio con Chile, uno de los principales usuarios del Canal de Panamá a nivel mundial, ocupando el tercer lugar en la utilización del canal, según datos de la Autoridad del Canal de Panamá -2010-. De igual modo, como evento significativo puede mencionarse el reciente ingreso de Panamá a la ALADI. Al año 2007, Panamá tuvo un comercio con los países de esta Asociación por 4,300 millones de dólares, en especial con México, Ecuador, Brasil, Perú, Colombia y Venezuela, en importaciones como en exportaciones (El Universo, 2009).

Respecto a la incorporación de Panamá a la ALADI, la misma ha sido tratada y aceptada por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores en el año 2009. En aquella sesión, específicamente el Embajador Alfredo Chiaradia —Secretario de Comercio y Relaciones Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Argentina— sostuvo que:

“[...] El punto del temario que estamos abordando es un ejemplo de lo que la ALADI puede aun ofrecer en Latinoamérica. La incorporación de Panamá es sumamente auspiciosa. Y por ello mi país propuso el proyecto de declaración que tienen en sus bancas, para que la ALADI encare este tema de manera proactiva y aliente a otros países latinoamericanos a sumarse a nuestra organización (Tercer párrafo del Comunicado);

“Asimismo, no deberíamos dejar de explorar aspectos en los cuales Panamá puede ser un factor de importancia para el crecimiento de los países miembros de la Asociación como son los servicios, particularmente los marítimos (Quinto párrafo del Comunicado);

“De la misma manera, resulta trascendente que la ALADI inicie negociaciones sobre el tema de servicios. Mas aun si estamos incorporando a un nuevo actor, Panamá, en cuya economía el comercio de servicios tiene un peso tan formidable, mayor que en cualquier país de la región (Quinceavo párrafo del Comunicado)” (ALADI, 2009).

De esta manera, no solo Panamá era aceptada como miembro de la Organización, sino que ya se resaltaban los beneficios que el nuevo socio podría traer al resto de los países miembros de la ALADI, en relación al avance con el que cuenta este país en materia de servicios — telecomunicaciones, transporte, logística e inversión— lo cual redundaría en una mayor integración económica en América Latina debido a la complementariedad que —en principio— existe entre los viejos Estados miembros que la conforman con Panamá. Asimismo debe destacarse el hincapié que hizo el orador de la pre-

citada reunión, al referirse al tema de “servicios”, cuya consideración fue indispensable a la luz de la nueva incorporación.

La política económica-comercial de Panamá se ha dirigido a posicionar a éste país como un eje fundamental del comercio regional, que se encuentra en expansión, tratando de consolidarse como eje regional en relación a la prestación de servicios. Desde esta perspectiva la posición aperturista de Panamá puede ser englobada en la teoría que ha estudiado al regionalismo y que ha sido denominada por Wonnacott de “*hub-and-spoke*” —ejes y rayos—, según la cual los países ejes aprovechan los beneficios que le dan los Estados rayos, entre los cuales, a su vez, no existen ventajas. Sobre esta teoría, cabe asimismo destacar que en este tipo de relaciones bilaterales los Estados “*hub*” se constituyen como centros de poder que comercian con los países rayos. Sin embargo, debe recordarse que los sistemas de integración basados en estos mecanismos, deben disolverse en un sistema comercial mas amplio basado en lazos comerciales mas fuertes entre todos los países de la zona (Wonnacott, 1990).

III. Potencialidades de un Acuerdo de Libre Comercio entre Panamá y el MERCOSUR.

La Republica de Panamá, siguiendo la línea mencionada en el acápite anterior, se encuentra en la búsqueda de lograr mayor y mejor acceso al mercado por medio de sus políticas de promociones. Desde esta perspectiva corresponde señalar que desde bien adentrado el año 2000, este país presenta una estrategia global de promoción de inversiones, pretendiendo con ello el entablar nuevas negociaciones comerciales, celebrar acuerdos de promoción y de protección reciproca de inversiones (Ministerio de Comercio e Industria de Panamá, 2006: 17). Asimismo, para llevar a cabo aquellos lineamientos estratégicos Panamá ha creado un marco legal favorable a las inversiones tanto nacionales como extranjeras, estableciendo sectores sensibles a la apertura y fomentando la aplicación de incentivos fiscales a la promoción sectorial (ídem).

Conforme a lo anterior, puede sostenerse que la política comercial de Panamá se fundamenta no solo en la apertura a nuevos mercados sino también en la promoción de inversiones y de exportaciones, ello como pilares básicos formadores de ahorro y crecimiento constante del país (Ministerio de Comercio e Industria de Panamá, 2006:18), siendo el sector “servicios” el motor principal del clima de las inversiones, lo cual potencializa a Panamá como centro logístico y de transporte, permitiendo la generación de valor agregado en operaciones principales y actividades relacionadas a éstas directamente.

Por otra parte, el MERCOSUR es el cuarto socio comercial de Panamá, luego de los EE.UU., la Unión europea y Centroamérica, con un comercio total de US\$ 190.2 millones para el año 2008. El posible acuerdo comercial con Panamá considerando su singular posición geográfica, representa para los países del MERCOSUR una excelente opción para que estos obtengan una mayor presencia comercial dentro de los mercados de la región Centroamericana y la Comunidad del Caribe. Asimismo el bloque regional podría alcanzar a ser uno de los usuarios más importantes del Canal de Panamá en sus exportaciones hacia los mercados del Asia. Debiéndose resaltar también el crecimiento duradero de las reexportaciones desde la Zona Libre de Colón al MERCOSUR en los últimos años (SICE, 2010).

Sin embargo aquellas potencialidades se ven limitadas por dos condicionantes, por un lado el marco jurídico propio del MERCOSUR detenta límites en cuanto al régimen de promoción de inversiones y el escaso desarrollo del mismo dentro del Bloque; de igual modo el viejo Protocolo de Montevideo de Servicios del año 1997, no permitiría la expansión que Panamá pretende obtener en el mercado del MERCOSUR, para lo cual el mismo debiera ser mas flexible en relación a la radicación de los prestadores dentro de los territorios de los Estados Parte; Asimismo, el Bloque debería readecuar sus normativas a las nuevas corrientes imperantes internacionales en materia de inversiones extranjeras y de compras publicas, en pos de permitir la apertura del mercado a Panamá. Por otro lado, resulta de los hechos que ambos producen bienes similares —agropecuarios—, pudiéndose perder la ventaja comparativa que podría traer la celebración del acuerdo comercial entre ambos.

Por otra parte, es palpable que, en principio, el mercado Panameño en si mismo no representa un motivado interés para el MERCOSUR. Sin embargo deben verse otros beneficios que el Acuerdo

podría traer al Bloque, como puente para proyectarse comercialmente tanto en la región Centroamericana, como en el Caribe y el mercado asiático.

IV. Reglas comunes que rigen el comercio entre Panamá y el MERCOSUR.

Dado el contexto internacional en el que se encuentran inmersos tanto el MERCOSUR como Panamá, quien forma parte del SICA, es menester entonces observar cuales son las reglas jurídicas que regirán las relaciones y el contenido de un futuro acuerdo entre ambos. A esos fines debe recordarse que actualmente las negociaciones económicas internacionales se caracterizan por estar atomizadas, en atención a la gran cantidad de acuerdos existentes en materia de integración económica regional como también por las múltiples pertenencias simultáneas a Organismos Internacionales que dan lineamientos en esta materia.

Sin embargo, y como primera medida debe recordarse que tanto Panamá como los Estados Partes del Tratado de Asunción de 1991 —Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay— que da origen al MERCOSUR, han ratificado también el Acuerdo de Marrakech de 1994 por el cual se constituye la Organización Mundial de Comercio —OMC—, al culminar la Ronda de Uruguay, como también lo ha hecho Panamá. Conforme a lo anterior, las negociaciones para constituir una zona de libre de comercio deberán ajustarse a la Cláusula de Habilitación contenida en el Art. XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 —GATT 1947, en inglés— ya que, de constituirse la mentada zona, la misma operará como una excepción al Art. I del GATT 1947 que establece la aplicación de la Cláusula Nación Más Favorecida —NMF—, tal como lo prevé expresamente la precitada Cláusula de Habilitación.

Sobre el particular debe recordarse que Panamá ya ha celebrado Acuerdos al amparo de aquella excepción a la NMF con los Estados vecinos, así con Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, si bien en conjunto constituyen el SICA, sus relaciones bilaterales se rigen a través de Acuerdos Comerciales Regionales —ACR— —conforme a la terminología empleada por la OMC—. Asimismo, mantiene vigentes Acuerdos de libre Comercio con Chile (1), Singapur (2) y Taiwán (3), tal como lo mencionáramos anteriormente.

Por otro lado, los Estados Parte del MERCOSUR como bloque también han celebrado diversos acuerdos, ya sea dentro de América Latina con Bolivia (4), Chile (5), Perú (6), México (7) y con Colombia, Ecuador y Venezuela (8), como con países fuera de la misma, como son el Estado de Israel (9), Egipto (10) y Marruecos (11).

Pese a que ambos han estado extendiéndose tanto dentro de sus regiones como fuera de ellas, lo cierto es que no existió entre el MERCOSUR y Panamá ningún acercamiento hasta mediados del año 2004. De esta manera, y de los *approchements* que tuvieron lugar a comienzos del Siglo XXI, si bien surgieron una serie de documentos en los cuales quedaron plasmados los contenidos de aquellas re-

(1) Entró en vigencia el 7 de marzo de 2008.

(2) Entró en vigencia el 24 de Julio de 2006.

(3) Entró en vigencia el 1 de enero de 2004.

(4) El ACE 36 fue celebrado el 17 de diciembre de 1996 y entró en vigencia el 28 de febrero de 1997.

(5) El ACE 35 fue celebrado el 25 junio 1996 y entró en vigencia el 1° de octubre del mismo año.

(6) El ACE 58 fue celebrado el 30 de noviembre de 2005 y entró en vigencia en el año 2006.

(7) El ACE 54 fue celebrado el 5 de julio de 2002 y entró en vigencia el 5 de enero de 2006.

(8) El ACE 59 fue celebrado el 18 octubre 2004 y entró en vigencia el año 2005.

(9) El acuerdo fue celebrado el 18 de diciembre de 2007 y entró en vigencia en el año 2009 en el Uruguay y en el año 2010 en el Paraguay y en el Brasil.

(10) El 2 de agosto de 2010 se suscribió el Tratado de Libre Comercio. El instrumento fue firmado por los Cancilleres del MERCOSUR y el Ministro de Comercio e Industria de Egipto, en el marco de la XXXIX Reunión del Consejo del Mercado Común, realizado en la ciudad de San Juan, República Argentina.

(11) El Acuerdo fue celebrado el 26 de noviembre de 2004 y entró en vigencia el 29 de abril de 2010.

uniones —a los cuales nos referimos mas adelante—, lo cierto es que no se ha avanzado en el mismo, debido a las razones anteriormente expuestas.

Empero, es necesario recordar las previsiones de la ALADI en atención a que el MERCOSUR se encuentra bajo su órbita tras la notificación a la Secretaria del Organismo Internacional de la entrada en vigencia del ACE 18. Bajo esta perspectiva seguidamente observaremos qué condiciones deberán darse para que tanto Panamá como el MERCOSUR puedan celebrar el acuerdo precitado.

Ateniéndonos por ahora a la situación jurídica que detenta el MERCOSUR en el plano internacional, el mismo cuenta con personería jurídica tal como se desprende del Art. 34 del Protocolo de Ouro Preto —POP— (12). Si bien esta capacidad lo habilita a negociar como bloque con terceros Estados, lo cierto es que aquellas posibilidades se ven reducidas en atención a los contenidos normativos previstos en la Decisión del Consejo Mercado Común —DEC/CMC— que prevén una serie de requisitos que deberán cumplir los Estados o bloques que deseen asociarse al MERCOSUR. Conforme a ello corresponde hacer una distinción entre el Acuerdo Comercial que se desee negociar y la adquisición de calidad de asociado del Estado con el cual el MERCOSUR haya suscripto el Acuerdo.

Conforme a lo anterior, en primer lugar debe darse la celebración del Acuerdo por el cual se constituya ALC (Acuerdo de Libre Comercio), el cual deberá ser notificado a la ALADI. Ello se desprende del Art. 1 de la DEC/CMC 18/04 que textualmente establece: *“Los Países miembros de la ALADI con los cuales el MERCOSUR haya suscripto Acuerdos de Libre Comercio podrán, después de la protocolización del referido Acuerdo en la ALADI, solicitar adquirir la condición de Estado Asociado al MERCOSUR en los términos de la presente Decisión.”*

De esta manera, como primera medida Panamá y el MERCOSUR deberían celebrar un Acuerdo de aquella índole en el marco de la ALADI. Sin embargo, corresponde preguntarnos: *¿Es necesario que Panamá sea miembro de la ALADI para celebrar un Acuerdo con el MERCOSUR?* En este caso y conforme se desprende del Capítulo IV del Tratado de Montevideo de 1980, no es un requisito exigido por la ALADI el ser miembro para celebrar acuerdos con aquellos Estados que si lo son. En ese sentido, los Arts. 24 y 25 de aquel Tratado específicamente sostienen que: *“Los países miembros podrán establecer regímenes de asociación o de vinculación multilateral, que propicien la convergencia con otros países y áreas de integración económica de América Latina, incluyendo la posibilidad de convenir con dichos países o áreas el establecimiento de una preferencia arancelaria latinoamericana. [...]”* y el Art. 25 establece que:

“Asimismo, los países miembros podrán concertar acuerdos de alcance parcial con otros países y áreas de integración económica de América Latina, de acuerdo con las diversas modalidades previstas en la sección tercera del capítulo II del presente Tratado, y en los términos de las respectivas disposiciones reglamentarias. Sin perjuicio de lo anterior, estos acuerdos se sujetarán a las siguientes normas: a) Las concesiones que otorguen los países miembros participantes, no se harán extensivas a los demás, salvo a los países de menor desarrollo económico relativo; b) Cuando un país miembro incluya productos ya negociados en acuerdos parciales con otros países miembros, las concesiones que otorgue podrán ser superiores a las convenidas con aquéllos, en cuyo caso se realizarán consultas con los países miembros afectados con el fin de encontrar soluciones mutuamente satisfactorias, salvo que en los acuerdos parciales respectivos se hayan pactado cláusulas de extensión automática o de renuncia a las preferencias incluidas en los acuerdos parciales a que se refiere el presente artículo; y c) Deberán ser apreciados multilateralmente por los países miembros en el seno del Comité a efectos de conocer el alcance de los acuerdos pactados y facilitar la participación de otros países miembros en los mismos.”

(12) El Art. 34 del POP textualmente establece: “El MERCOSUR tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional”; el Art. 35 dispone que: “El MERCOSUR podrá, en el uso de sus atribuciones practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, en especial contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias”, y el Art. 36 expresamente sostiene: “EL MERCOSUR celebrará acuerdos de sede”. (a) Cada tonelada larga equivale a 1.016,0469088 Kg. o a 15.680.000 granos.

De los Artículos anteriormente transcritos, que se encuentran comprendidos dentro de las normas originarias de la ALADI, se desprende que la República de Panamá podría celebrar un AAP.ACE. con el MERCOSUR. Sin embargo el Acuerdo deberá:

1. Extender las preferencias a los países de menor desarrollo económico relativo que también son miembros de la Asociación.

2. En el caso de incluirse productos ya negociados con otros países miembros de la ALADI, los cuales cuentan con concesiones mas favorables en el nuevo acuerdo, deberán iniciarse consultas a fin de encontrar la posibilidad de extender aquellas concesiones al resto de los miembros, salvo que se encuentran pactadas cláusulas de extensión automáticas o de renuncia a las preferencias en los acuerdos anteriores, y

3. Posibilitar el análisis del Acuerdo por parte de los países miembros a efectos de conocer el alcance y facilitar la participación de otros países miembros de la ALADI del mismo. Bajo estas condiciones entonces Panamá y el MERCOSUR podrán celebrar un AAP.ACE en el marco de la ALADI, en atención a que si bien Panamá ha sido aceptado como miembro de la Asociación lo cierto es que aun el Congreso Panameño no ha ratificado el Tratado de Montevideo de 1980. De esta manera no es condición *sine qua non* que Panamá sea miembro de la ALADI para celebrar Acuerdos que constituyan una zona de libre comercio con el MERCOSUR, ello asimismo se desprende de los Acuerdos que ya ha celebrado con otros miembros de la ALADI, tal como con Colombia en el año 1993 y con México en el año 1985, ambos en el seno de la Asociación.

Sin embargo, resta aun considerar si recae sobre Panamá —al ser miembro del SICA— alguna restricción en Asociarse de manera unilateral por fuera de su bloque.

El SICA como bloque de integración que engloba a los Estados insertos dentro de Centroamérica —Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá—, se rige por diversos acuerdos que dan sustento normativo al mismo y que guían su accionar. Conforme a ello, el renovado SICA tras la entrada en vigencia del Protocolo de Tegucigalpa del año 1991, vino a darle a la antigua Organización de Estados Centroamericanos —ODECA— un nuevo marco jurídico-político adecuado a las nuevas corrientes imperantes en la década de los años 90, además de un nuevo miembro: Panamá.

Del Protocolo a la Carta Constitutiva del ODECA anteriormente mencionada, aunado al Protocolo de Guatemala del año 1993 —denominado Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana— y a su enmienda que recibe el mismo nombre, se desprende que los Estados Partes podrán celebrar Acuerdos con otros Estados o bloques, pero el Protocolo de Guatemala prevalecerá sobre los demás instrumentos de libre comercio, suscritos bilateral o multilateralmente entre los Estados Parte, no afectando la vigencia de los mismos, ello de conformidad con lo dispuesto en el Art. 62 que expresamente dispone:

“1.- El presente Protocolo prevalecerá entre los Estados Parte sobre los demás instrumentos de libre comercio, suscritos bilateralmente o multilateralmente entre los Estados Parte, pero no afectará la vigencia de los mismos. Asimismo prevalecerá sobre las disposiciones de cualquier otro instrumento de integración económica regional, que se le opongan.

“2.- Entre los respectivos Estados Parte se aplicarán los convenios de comercio o integración económica a que se refiere el numeral anterior, en lo que no se considere en el presente Protocolo.

“3.- Mientras alguno de los Estados Parte no hubiere ratificado el presente Protocolo, o en el caso de denuncia por cualquiera de ellos, sus relaciones comerciales con los demás Estados Signatarios se regirán por los compromisos contraídos previamente en los instrumentos vigentes a que se hace referencia en el numeral 1 de este artículo”.

De esta manera, Panamá podrá celebrar Acuerdos de Integración con otros Estados o Bloques, los cuales se encontrarán por debajo o subordinados al Protocolo de Guatemala en caso de que la subsis-

tencia de ambos instrumentos devengan incompatibles. De esta manera aquel Protocolo prevalecerá por sobre cualquier otro instrumento de igual tenor.

De lo hasta aquí expuesto, se desprende entonces la viabilidad que existe en la celebración de un Acuerdo entre el MERCOSUR y Panamá, bajo las condiciones dadas por la ALADI como también por las previsiones contenidas en el Protocolo de Tegucigalpa.

V. MERCOSUR/Panamá: ¿Una alianza geoestratégica?

Dada la factibilidad en la celebración de un AAP.ACE. entre ambas partes, resta entonces adentrarnos en el análisis de los efectos —comerciales y otros— que podría tener en la región un Acuerdo entre ellos, en atención a la ubicación geoestratégica que cada uno de ellos ocupa en el Continente Americano para su contraparte.

Para los países miembros del MERCOSUR, sería esencial el poder concertar este Acuerdo con Panamá en atención a que desde allí podrían expandir su comercio hacia la región del Asia-Pacífico y Centroamérica, ya que ellos —principalmente Brasil— se encuentran actualmente bajo una “*malla de contención*” al haber los EE.UU. celebrado Acuerdos de Libre Comercio con los países Sudamericanos ubicados al Oeste, así lo ha hecho con Chile, Perú y Colombia, bloqueando “*tácitamente*” la salida al Océano Pacífico al Brasil. En ese sentido, en otra oportunidad ya hemos sostenido que: “*los EE.UU. han ganado terreno al asociarse con países que limitan con el Océano Pacífico, restringiendo de ese modo el acceso de la Republica Federativa del Brasil al citado Océano*” (Ramírez, 2011).

Además de aquel interés para nada desdeñable, Panamá resulta un interesante socio en materia de servicios para los Estados Partes del MERCOSUR en atención a que podrán incrementar sus servicios bancarios, en logística y en la construcción, como también utilizar el Acuerdo para proyectarse a toda Centroamérica, región con la cual no ha tenido contactos económicos-comerciales de mayor monta ya que aquellos países —con excepción de Panamá— son también miembros del Tratado de Libre Comercio entre los EE.UU., Centroamérica —CAFTA— y Republica Dominicana —DR/CAFTA—.

Empero, corresponde recordarse el uso que hacen los Estados del MERCOSUR del Canal de Panamá para distribuir sus mercancías a lo largo del globo. Desde esta perspectiva puede observarse el Gráfico 1 el cual muestra el lugar en el ranking que ocupa cada uno de ellos en atención a la utilización que hacen del Canal.

Gráfico 1				
Jerarquización de países por flujo de carga a través del Canal de Panamá				
Año Fiscal 2010 (Toneladas Largas (a))				
Rango	País	Origen	Destino	Total
14	Brasil	3,294,149	3,294,149	4,939,713
65	Argentina	94,676	94,676	141,922
82	Uruguay	15,533	4609	20143

Fuente: Elaboración propia en base a la información dada en la pagina Web de la Autoridad del Canal de Panamá, Oficina de Investigación y Análisis de Mercado.

Conforme al Gráfico anterior, Brasil ocupa no solo el primer lugar entre los países miembros del MERCOSUR que utilizan el Canal sino que también se encuentra dentro de los primeros veinte paí-

(a) Cada tonelada larga equivale a 1.016, 0469088 kg., o a 15.680.000 gramos.

ses del total que más lo utiliza para transportar sus mercancías al resto del mundo. De esta manera desde el paso por el Canal, Brasil hace llegar sus productos a China, que es su principal comprador desde el año 2009 especialmente de hierro y soja, y al resto de Asia, tras destronar a los EE.UU. de la primera posición, tras la crisis financiera internacional que azotara a aquel país (UN Comtrade, 2011). De igual manera la Argentina utiliza el Canal de Panamá para hacer llegar su producción también a aquella región, pero a menor escala en atención a que el principal socio comercial es actualmente Brasil. En último lugar, en relación a los miembros del MERCOSUR, y respecto a la utilización del Canal se encuentra Uruguay quien se ubica en la posición 82 de los cien países que más lo utilizan para transportar sus mercancías ocupando el tercer lugar dentro de los Estados del MERCOSUR que aprovechan de esa obra de infraestructura (UN Comtrade, 2011).

Asimismo, corresponde señalar que los productos principales que son enviados desde la costa Este de América del Sur y que pasan por el Canal de Panamá para ser exportados tanto a la costa Oeste de los EE.UU. y de Canadá, como también a la costa Oeste de Sud América son principalmente, entre otras: carbón mineral y coque —que no incluye coque de petróleo—; carbón mineral; nitratos, fosfatos y potasa; compuestos de amoníaco; petróleo y sus derivados; diesel; gasolina; manufacturas de hierro y acero; frutas —que no incluye bananos—; Granos, como sorgo; sal; fertilizantes; químicos y petroquímicos; aceite vegetal y sebo (Informe del Canal de Panamá, 2010).

Por otra parte, considerando que Panamá ostenta una plataforma logística consolidada a través del Canal, la zona libre de Colón, el sistema de puertos, las telecomunicaciones, el aeropuerto y su gran centro financiero internacional, la posiciona como un importante socio geoestratégico del MERCOSUR, satisfaciéndose de ese modo las aspiraciones de ambos. El MERCOSUR para proyectarse a otras regiones vía Panamá y de esta última para consolidar su posición como centro logístico más importante de América Latina, lo cual la lleva a ser considerada como un Estado “*centro*” dentro de la corriente de los “*hub-and-spokes*”.

Asimismo, y considerando las aspiraciones Panameñas de convertirse en un centro de logística internacional, a través de la creación de “*clusters*” especializados en la materia y de su continua aspiración de proyectar su plataforma de servicios, el mercado del MERCOSUR no sería para nada despreciable. Ello se desprende de solo un dato, la cantidad de habitantes de Brasil es de 193 mil millones al año 2010, encontrándose dentro del grupo de los cinco países más poblados del mundo (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, 2011).

VI. Antecedentes, proyecciones y limitantes del Acuerdo bilateral

Las relaciones entre Panamá y MERCOSUR han tenido frenos y contrapesos desde que las aproximaciones entre ambos tuvieron curso. Sin embargo, de los encuentros existentes entre ambos han emanado diversos documentos que han tendido a acercar posiciones en pos de celebrar un Acuerdo de Libre Comercio.

En el año 2004 se iniciaron las conversaciones entre Panamá y el MERCOSUR, a través de dos vías de comunicación, siendo estas desde el SICA, así como directamente con algunos países del MERCOSUR. Se avanzó, asimismo, en un Programa de Trabajo, buscando poder iniciar un proceso de negociación de un Tratado de Libre Comercio.

El primer encuentro formal existente entre los Gobiernos de Panamá —por un lado— con los Gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay —por el otro— tuvieron lugar recién en el año 2005 en ocasión de la XXVIII Reunión del Consejo Mercado Común del MERCOSUR (13), donde se reunieron los Cancilleres de cada uno de aquellos países “*con el objetivo de continuar profundizando el diálogo político y económico entre el MERCOSUR y el Gobierno de Panamá*” (14).

Del encuentro mencionado, tuvo origen un Comunicado conjunto en el cual los Cancilleres se congratularon por las iniciativas realizadas entre el MERCOSUR y el SIGA, y en especial por la posibilidad

(13) La Reunión tuvo lugar en Asunción, Paraguay el 20 de junio del año 2005.

(14) Primer párrafo, in fine, del Comunicado Conjunto de Cancilleres del MERCOSUR y la República de Panamá.

de establecer un programa de trabajo conjunto con el Gobierno de Panamá (15). En ese sentido, en el Comunicado Conjunto se aprobó un Programa de Trabajo —Anexo al Comunicado— que prevé acciones y reuniones, durante el segundo semestre de 2005 *“orientadas a permitir una evaluación conjunta sobre la viabilidad de lanzamiento de un proceso negociador de un Acuerdo Comercial”* (16).

En el Anexo se acordó intercambiar información sobre los puntos que siguen, a fin de poder discutir un texto tentativo del Acuerdo: 1) Estructura Arancelaria; 2) Legislación sanitaria y fitosanitaria, 3) Normas y reglamentos técnicos; 4) Reglamentaciones Aduaneras; 5) Legislación sobre servicios e inversiones; 6) Datos de Comercio para el período 2000-2004; 7) Órganos responsables de la conducción de las negociaciones comerciales; 8) Acuerdos de libre comercio celebrados con terceros países, esquemas de comercio preferencial y marco normativo aplicado al comercio intrarregional; 9) Análisis de la fecha para la presentación y discusión preliminar del proyecto tentativo de Acuerdo de Libre Comercio.

Siguiendo aquellas pautas, los Especialistas del MERCOSUR se reunieron con sus Pares Panameños en Buenos Aires en el 2006 (17), con ocasión de celebrarse la Primer Reunión Técnica entre ambas partes del futuro Acuerdo Comercial, ello *“con el propósito de intercambiar información técnica de carácter económico y comercial, orientadas a permitir una evaluación conjunta sobre la viabilidad del lanzamiento de un proceso negociador de un acuerdo comercial, tal como fue el mandato expresado por los Cancilleres”* (18). Sin embargo, y pese a este encuentro, se intercambió información en relación a las características y prioridades de la política comercial de ambas Partes. Sobre el particular, el MERCOSUR presentó un informe relativo a la evolución del proceso de integración política, económica y comercial; su estructura orgánica, su relación con los Estados Asociados, el proceso para adhesión de nuevos miembros, los acuerdos comerciales concertados y los diversos procesos de negociación en curso con países y grupos regionales (19). Mientras que la Delegación de Panamá presentó un informe sobre su estructura arancelaria, política comercial, normativa en materia sanitaria, servicios e inversiones, así como el estado en que se encuentran las negociaciones comerciales en curso con otros países, y las conversaciones exploratorias con otros socios comerciales (20). Empero, y como colofón de la reunión se estableció que ambas partes acordarían una nueva reunión técnica con el objeto de proseguir intercambiando información, la cual nunca se realizó ante la imposibilidad de Panamá de aceptar las dos fechas del mes de noviembre que le fue propuestas para celebrar la I Reunión MERCOSUR - Panamá (Secretaría de Política y Gestión Comercial Argentina, 2011).

Sin embargo y pese al estancamiento en que parecieran estar las negociaciones, lo cierto es que recién adentrado el año 2011, las negociaciones entre el MERCOSUR y el Gobierno de Panamá, han recobrado vitalidad. Ello, se demuestra con lo sostenido por el embajador de Brasil en Panamá —Eduardo Prisco—, quien ha manifestado que en el mes de junio próximo podrían comenzar nuevas negociaciones con Panamá y con otros países centroamericanos (Radio Panamá: 2011). De esta manera las negociaciones bilaterales serían reflotadas en los meses próximos, período en el cual también podría tener lugar la aprobación por parte del Congreso de los EE.UU. del Acuerdo celebrado entre este país con el Gobierno de Panamá en el año 2007 (Diario Panamá América, 2011).

Por su parte, el MERCOSUR también se ve enfrentado a nuevos desafíos que obstaculizaban relanzar las negociaciones con Panamá ya sea por problemas internos entre sus socios en atención a la aplicación de medidas unilaterales que limitan el comercio intrabloque como por otras negociaciones abiertas, como es el Acuerdo MERCOSUR-Unión Europea, siendo ellas cuestiones que restringen las posibilidades de abrir nuevos frentes de negociación regional.

(15) Segundo párrafo del Comunicado Conjunto de Cancilleres del MERCOSUR y la Republica de Panamá.

(16) Tercer párrafo, in fine, del Comunicado Conjunto de Cancilleres del MERCOSUR y la Republica de Panamá.

(17) La reunión tuvo lugar en Buenos Aires, Argentina los días 25 y 26 de Abril de 2006.

(18) Primer Párrafo del “Ayuda memoria” elaborado para la Primera Reunión Técnica MERCOSUR-Panamá.

(19) Segundo párrafo del “Ayuda memoria” elaborado para la Primera Reunión Técnica MERCOSUR-Panamá.

(20) Tercer párrafo del “Ayuda memoria” elaborado para la Primera Reunión Técnica MERCOSUR-Panamá.

VII. Reflexiones finales

De lo hasta aquí expuesto, se está en condiciones de dar respuestas a las interrogantes que dieran origen al presente trabajo; así para la primera de ellas puede sostenerse que existen claras limitantes para la concertación del Acuerdo de Libre Comercio entre el MERCOSUR y la República de Panamá, entre las cuales se destacan las siguientes si tenemos en consideración la posición del país centroamericano: Primero, la necesidad de la apertura en materia de servicios —logísticos, financieros, bancarios, entre otros— por parte del MERCOSUR para hacer más atractiva la asociación comercial entre ambos. Así como la falta de claridad en cuanto al marco jurídico del MERCOSUR en relación a las inversiones extranjeras en los territorios de los Estados Parte.

En cuanto al MERCOSUR encuentra límites en la negociación con Panamá en atención a que este no representa un mercado interesante desde el punto de vista comercial, sino que lo ve como un potencial aliado a través del cual se distribuyan sus mercancías a otros socios comerciales. Sin embargo, salvados aquellos y otros escollos podrían entonces propiciarse nuevos intereses que lleven a la reapertura de las negociaciones, ya que de concertarse el Acuerdo cada una de las partes encontraría dados los objetivos que los han llevado a la mesa de negociación. De esta manera, el MERCOSUR se instalaría en Centroamérica, utilizando a Panamá de pivot para expandir su comercio tanta a aquella región como al Caribe y a Asia Pacífico, como también aprovechando de la posición geoestratégica que tiene Panamá en relación al Canal. Por su parte, Panamá se proyectaría en el Cono Sur encontrando una gran cantidad de consumidores que adquieran sus productos, como también la utilización de sus servicios tanto financieros como logísticos y bancarios, cumpliéndose con ello el objetivo de Panamá de convertirse en el centro de logística más importante de la región latinoamericana.

Por otra parte debe resaltarse que, desde la perspectiva comercial entre Panamá y el MERCOSUR, se genera una idea interesante en cuanto a la complementariedad o importancia política que tiene este tipo de Acuerdos, ya sean estos explícitos o implícitos dentro de las relaciones bilaterales. Lo anterior, sin embargo ya ha sido observado por Iris Laredo quien ha manifestado que “[...] *la elección de los modelos, grados y dimensiones óptimas de integración para una realidad político-social determinada también implica una decisión política*” (1968:95) como la requerida por los gobiernos que pretenden asociarse a través de acuerdos comerciales regionales.

Como colofón puede sostenerse que el posible Acuerdo entre Panamá y el MERCOSUR si bien tiene tintes económico-comerciales, lo cierto es que deja ver otros intereses ocultos —y no tanto— que tienen ambas partes para celebrar el mismo, lo cual trasciende lo meramente económico para convertirse en un Acuerdo político-estratégico de proyección regional. De esta manera ambas partes pretenden proyectarse regional e internacionalmente necesitándose el uno al otro para alcanzar aquellos objetivos a largo plazo.

OBSERVACIONES: NO confundir conceptualmente integración, regionalismo, acuerdos comerciales.

VIII. Bibliografía

ASOCIACION LATINOAMERICANA DE INTEGRACION (ALADI). *Comunicado de Prensa de la XV Reunión del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores*. Montevideo: ALADI, 2009.

AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMA, Oficina de Investigación y Análisis de Mercado, 2010. Disponible en -<http://www.pancanal.com/esp/op/transit-stats/tabla13.pdf> - [consulta: 27 de marzo 2011].

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *Políticas de Desarrollo Productivo en Panamá: Auto-descubrimiento y fallas de coordinación*. Washington: Departamento de Investigación y Economista Jefe, Documento de trabajo del BID # IDB-WP-172, enero 2011 BHAGWATI Jadish, “Regionalism and Multilateralism: An Overview”, en: De Melo, J. and Panagariya, A. (eds.) *New Dimensions in Regional Integration*, New York: Cambridge University Press, 1993.

CANAL DE PANAMÁ, *Jerarquización de Países por Flujo de Carga a través del Canal de Panamá Año Fiscal 2010, 2011*. Disponible en (Toneladas Largas) -<http://www.pancanal.com/esp/op/transit-stats/tabla13.pdf> - [consulta: 27 de marzo 2011].

CANAL DE PANAMÁ, *Mercaderías Transportadas en Rutas Comerciales Principales Atlántico a Pacífico, 2011*. Disponible en -<http://www.pancanal.com/esp/op/transit-stats/tabla10.pdf> - [consulta: 27 de marzo 2011].

CHANG W. y WINTERS L. A. *How Regional Blocs Affect Excluded Countries: The Price Effects of MERCOSUR*. Centre for Economic Policy Research Discussion Paper: 2179; Forthcoming, American Economic Review, 1999.

COMISIÓN ECONOMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), *"Panamá evolución económica durante el 2008 y perspectivas para el 2009"*, México: Sede Subregional, 2009.

EL PANAMÁ AMÉRICA, *Obama ordena acelerar TLCs con Colombia y Panamá, 2011*. Disponible en: -http://www.padigital.com.pa/periodico/edicion-actual/hoy-interna.php?story_id=881599 - [Consulta: 30 de marzo de 2011].

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (FMI), *Panamá: Selected Issues Paper*, IMF Country Report No. 10/315, October 2010

INSTITUTO BRASILEÑO DE GEOGRAFIA Y ESTADISTICA, *Proyección de la Población de Brasil*, Brasilia: Comunicación Social, 2010.

KRUGMAN Paul, "Is Bilateralism Bad?", EN: Helpman, E. y Razin, A. (eds.) *International Trade and Trade Policy*, Cambridge MA, MIT Press, 1991.

KRUGMAN, Paul, "Regionalism versus Multilateralism: Analytical Notes" EN: J. De Melo y A. Panariya (eds.), *New Dimension in Regional Integration*, 1993.

LAREDO Iris y BLACONA Susana, *"Modelos y esquemas de integración"*, EN: Trabajos del Instituto de Integración Latinoamericana, Universidad Nacional de La Plata Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1994.

LAREDO Iris, *Integración regional y política internacional, Acción de los factores externos en todo proceso integrativo*, Santa Fe: Universidad del Litoral, 1968.

MINISTERIO DE COMERCIO E INDUSTRIAS DE PANAMA, *Documento Explicativo del Tratado de Promoción Comercial (TPC) entre Panamá y Estados Unidos de América*. Panamá: Ministerio de Comercio e Industrias de Panamá, 2006.

RADIO PANAMA, 2011, *"Panamá y el MERCOSUR podrían negociar acuerdo comercial"*, Disponible en -<http://www.radiopanama.com.pa/nota.aspx?id=1418425> - [Consulta: 10 de marzo 2011].

RAMIREZ, Lautaro M. "La geopolítica norteamericana hacia Latinoamérica en la gestión de Barack Obama. ¿Cambio o continuidad?", EN: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, Vol. I, N° 73, 2011, en prensa.

SECRETARIA DE POLÍTICA Y GESTION COMERCIAL ARGENTINA. Disponible en -<http://www.comercio.gov.ar/web/index.php?pag=65&btn=161> - [Consulta: 10 de marzo 2011].

SISTEMA DE INFORMACION INFORMACIÓN SOBRE COMERCIO EXTERIOR (SICE) Disponible en -http://www.sice.oas.org/TPD/MER_PAN/MER_PAN_e.asp - [Consulta: 30 de marzo de 2011].

UN Comtrade, 2010. Disponible en -<http://comtrade.un.org/> - [Consulta: 27 de marzo de 2011].

WONNACOTT P. y LUTZ M. "Is There a Case For Free Trade Areas?" EN: Jeffrey Schott (ed.) *Free Trade Areas and US. Trade Policy*, Institute for International Economics, Washington D.C., Chapter 2, 1990.

WORLD BANK, *Trade Blocs. A Policy Research Report*. Washington D.C., 2000. ♦

Preservación del Patrimonio Cultural

Dimensión económica del patrimonio cultural: necesidad de adecuadas políticas en materia preservacionista

POR LILIANA ZENDRI (*)

Sumario: I. Introducción.- II. Patrimonio cultural y economía.- III. Patrimonio Cultural: patrimonio edificado.- IV. Relación entre sector cultural y beneficios económico-sociales. Empleo. Dos ejemplos.- V. Mecanismos (incentivos-financiación) para la conservación del patrimonio. Sus efectos.- VI. Efectos. El patrimonio como generador de ingresos.- VII. El análisis económico, herramienta para el manejo de áreas patrimoniales.- VIII. Conclusión.- IX. Bibliografía.

Resumen: Este análisis revisa algunos aspectos de la relación existente entre economía y patrimonio cultural sobre dos ejes: el primero, que la actividad económica desenvuelve en doble aspecto: por un lado es una herramienta para la preservación del patrimonio y por otro lado, hay ocasiones en que es factor negativo (nocivo) al mismo, aspectos ambos, relevantes. El segundo eje gira en torno a la observación -casuística- del modelo europeo, que conciente de la importancia socio-económica de la conservación del patrimonio, desarrolló políticas de colaboración entre sector público y privado, actualizando criterios para la puesta en valor, de manera que sin descuidar el valor cultural, da importancia a los aspectos económicos del bien, demostrando el acierto de ciertas políticas proyectadas o en ejecución. Muchos ejemplos muestran la dimensión económica de la cuestión patrimonial, pero el caso del patrimonio construido es significativo en relación a las fuentes de ingresos que trae. La experiencia mundial, exhibe que es un tema conflictivo no sólo por los bienes -y su naturaleza- sino también por los intereses relacionados, requiriendo soluciones que permitan conservar el patrimonio y convertirlo en factor de desarrollo, lo que relaciona con las políticas (legislativas, económico-jurídicas, etc.), habilitando una aproximación al método de evaluación económica de la preservación-conservación del patrimonio cultural.

Palabras clave: Patrimonio cultural - Conservación - Economía - Turismo - Políticas.

Economic dimension of cultural heritage:

Need for adequate policies on preservation

Abstract: This analysis reviews some aspects of the relationship between economics and cultural heritage on two axes: first, that economic activity unfolds in two aspects: one is a tool for heritage conservation on the other hand, there are times when factor is negative (harmful) to it, both aspects are relevant. The second theme revolves around the observation-casuistry-the European model, aware of the socio-economic importance of heritage conservation policies developed for collaboration between public and private sector, updating criteria for the enhancement, so without neglecting the cultural, gives importance to the economics of it, demonstrating the success of certain policies or implemented. Many examples illustrate the economic size of the equity issue, but the case of built heritage is significant in relation to the revenue it brings. The global experience shows that it is a contentious issue not only for goods-and nature-but also for the related interest, requiring solutions that preserve the heritage and make it a factor in development, which relates to the political (legislative, economic, legal, etc.), enabling an approach to economic evaluation method of preservation, cultural heritage conservation.

Key words: Cultural heritage - Conservation - Economy - Tourism - Governance.

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Introducción al Derecho, Cátedra II. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

I. Introducción

Los diversos pueblos además de recursos humanos, tienen -en su geografía- distintos tipos de bienes: recursos naturales y culturales (bienes muebles e inmuebles, bienes tangibles e intangibles).

Algunos de ellos, por sus características, deben ser protegidos para que puedan ser gozados por las generaciones venideras, listándose más allá de su localización, como bienes del Patrimonio Mundial (patrimonio de la humanidad), lo que en la práctica, trae dificultades de enorme significación, entre ellas, los numerosos aspectos jurídicos y económicos involucrados en la conservación de los mismos y las derivadas del uso-disfrute de los bienes en su ámbito, cómo lo relativo el producido de los mismos.

Esto muestra variados ángulos de observación, debiendo señalarse previo a todo:

1) La relación que existe entre naturaleza-cultura; entre cultura-patrimonio cultural, entre el uso-disfrute de los bienes culturales por el hombre:

2) Que la conservación del patrimonio cultural es un problema que trasciende su localización tiempo-espacial para convertir en intergeneracional (1) haciendo su tratamiento como el de su producido, temas sensibles;

3) Que la identidad cultural de un lugar forma y conforma el patrimonio, el que a su vez, es dinámico, trasunta en los bienes que lo constituyen y puede también ser (desde sus aspectos económicos) una importante herramienta de desarrollo local.

Hasta el siglo pasado la oposición entre naturaleza y cultura era el modelo, que empezó a modificarse en los años 50 con la concepción de una nueva relación entre lo natural y lo cultural permitiendo decir hoy que la tutela del patrimonio puede y debe atenderse desde la protección ambiental porque esa noción "ambiente", incluye patrimonio natural y cultural.

La tutela del ambiente se satisface con la protección de los recursos naturales y la preservación de los culturales (Zendri, 2005); se protege el ambiente preservando los distintos elementos que lo componen, donde el "bien tutelado" es un "conjunto" de bienes naturales, culturales y mixtos, aunque la complejidad del hábitat no haya sido adecuadamente tratado, trayendo políticas que implementan medidas que -a veces- no dan los resultados esperados. (Amarilla, 1998: 23-33)

Estas, entre otras circunstancias, repercuten en el patrimonio pero también en la economía del lugar de localización del "bien".

Así por ejemplo, la autora en cita refiere a la creación de parques nacionales y áreas protegidas -al amparo de la idea fuerza de conservar lo primitivo, lo original- sin ocuparse del paisaje cultural (2), señala que no se tuvo en cuenta el denominado "paisaje cultural". El *paisaje del hombre es una construcción cultural, donde converge individuo y ámbito*, donde despliegan la intencionalidad humana con la naturaleza (Benassi, 2004) esto no fue tenido en cuenta ni se advirtió en la toma de medidas, que las decisiones políticas y los procesos sociales y económicos son determinantes en la conformación del paisaje, por ello, no se consiguió solución integral para las áreas mencionadas ya que aunque su objetivo era preservar la vida silvestre del lugar, hubiera sido más conducente, instrumentar -por ejemplo- programas que atendieran también la cuestión social, las necesidades del residente que subsiste de la explotación del área o de la vida silvestre de ese hábitat.

En suma, se debe tener presente que la preservación es tema amplio que orienta no sólo a proteger al hábitat sino también las necesidades humanas cuestión que vincula al desarrollo y a las normas constitucionales involucradas.

(1) La Convención para la protección del Patrimonio Mundial, aprobada por UNESCO en 1972, es la norma marco de protección del patrimonio de la humanidad.

(2) Son aquellos donde las características físicas y biológicas han sido modificadas en forma extensiva por las actividades humanas.

Por otro lado, debe atenderse también lo vinculado al problema intergeneracional, ya que la Cumbre de Naciones Unidas (Brasil, 1992) puso el desarrollo sostenible como tema urgente de política internacional cuando ya en 1987 la Comisión Brundtland había dicho que el desarrollo sostenible alude a que se satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las del futuro, mostrando el lapso transcurrido (ver Estocolmo 72) (3) ausencia de políticas y modelos sostenibles, compatibles con las necesidades actuales.

Creemos oportuno hacer un estudio analítico, con valoración y el valor económico de un recurso -en general- relaciona con el beneficio, mostrando la necesidad de preservar los hitos del pasado jerarquizando de igual manera el presente, pues *el patrimonio cultural es dinámico, es un recurso no renovable que adquiere progresivamente mayor valor aunque siempre está amenazado por deterioro y por la destrucción de elementos identitarios de la comunidad.*

II. Patrimonio cultural y economía

II.1. Distinto significado de vocablos. Cultura - Patrimonio cultural-Industrias culturales

El vocablo "cultura" es ambiguo, ofrece numerosos significados e igual sucede cuando se usa en sentido de "sector cultural". Para algunos "cultural" es lo que vincula a la actividad intelectual y más especialmente a la artística, problema conceptual éste, que traslada también a la expresión "*patrimonio cultural*", noción amplia que alude a bienes materiales como inmateriales (intangibles) asociados a la tradición cultural de la comunidad. (Alvarez Alvarez, 2004)

Así, patrimonio cultural comprende: a) bienes inmuebles (patrimonio material fijo) por ejemplo edificios y viviendas de especial interés, agrupamientos urbanos que se destacan por su valor (artístico, arqueológico, paisajístico, etc.); b) bienes muebles (patrimonio móvil) como por ejemplo las obras de arte, libros, documentos, archivos; y c) bienes intangibles como la tradición oral, música, artes escénicas, ritos etc. (Zendri, 2001: 1323 y ss.). Es un concepto que asocia a la identidad y a la memoria porque es la identidad de un pueblo la que se exhibe en rasgos que deben ser preservados porque permiten identificar al individuo con esa comunidad (4).

Esto, muestra que siempre hay que determinar: "qué preservar", qué cosas son "bien cultural" porque la noción va modificando, cambiando en tiempo y lugar y así hoy, se ha superado la referencia primitiva al monumento y obra de arte como objetos únicos de tutela para incluir en esa categoría a una pluralidad de otros "objetos" (González-Varas, 1999: 17) La noción actual comprende manifestaciones del arte en general y de la literatura, pero también toda la forma de vida de un pueblo (ver Segunda Conferencia General de UNESCO, México 1982), eso incluye los derechos fundamentales, el sistema de valores y tradiciones de una comunidad en sus aspectos: materiales, intelectuales, espirituales y hasta emocionales.

El Patrimonio Histórico-Cultural de un pueblo lo constituyen sus monumentos, sitios, obras arquitectónicas y de arte, pero también por una "multiplicidad de bienes" de distinta índole, incluyendo documentos, libros, yacimientos, reservas arqueológicas, jardines y parques.

Argentina no estableció legislativa ni doctrinariamente qué elementos conforman nuestro patrimonio cultural, pero en 1999, el Congreso sancionó la Ley 25.197 (5) que da un catálogo de definiciones creando además el Registro único de bienes culturales de la Nación, esta ley establece la centralización del ordenamiento de datos de bienes culturales y aunque criticada, tiene el mérito de su

(3) Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo en 1972.

(4) La ley de Patrimonio Histórico español dice: "...la ley no busca sino acceso a los bienes que constituyen nuestro patrimonio. Todas las medidas de protección y fomento que la ley establece, sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número mayor de ciudadanos, puedan contemplar y disfrutar obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo...".

(5) Ley 25.197, B.O. del 15/12/1999 (Adla 1999-D, 4283).

artículo 2, el cual contiene un listado amplio de los denominados “bienes culturales” que constituyen nuestro patrimonio (6).

Siguiendo esta línea y desde la amplitud terminológica señalada, aplicando a ello análisis económico, el sector cultural puede entonces verse como un sector incluido, trayendo la idea de las llamadas “industrias culturales” que desde los años 80-90 vienen ampliando su concepto original hasta abarcar hoy no sólo las actividades artísticas -como era al inicio- sino también el espectáculo, los deportes y la recreación misma.

II.2. Políticas culturales. Rol del Estado

Es pues oportuno, señalar que entre los roles del Estado (nacional) está alentar la cultura y estimular a quienes trabajan en su área asignándole un lugar importante en el presupuesto de gastos y recursos, ello, conforme lo que surge del texto y espíritu del artículo 75 de Constitución Nacional cuando en su inciso 19, el 4º párrafo, contiene previsiones sobre asignar al Congreso “*el deber*” de dictar leyes que den protección a: la identidad, la libre creación y circulación de las obras de autor, y el patrimonio artístico, los espacios culturales y audiovisuales.

Este último apartado, al decir “patrimonio artístico y los espacios culturales”, alude -conforme Bidart Campos (Bidart Campos, 1994: 297 y ss)- al patrimonio histórico-cultural, que comprende el patrimonio arqueológico, museológico etc., reenviando por tanto, al ambiente que integra al entorno donde emplaza la vida social.

Como vemos, definiciones tan amplias (cultura, espacios culturales, industrias culturales, industrias de la cultura -sin perjuicio del catálogo de bienes listado por Ley 25.197 al que suma el universo de otros bienes con legislación propia) (7) aportaron imprecisión a la cuestión de la preservación-

(6) El art. 2 de ley 25.197, dice: “A los efectos de la presente ley, se entiende por “bienes culturales”, a todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional. El universo de estos bienes constituirá el patrimonio cultural argentino. Se entiende por “bienes culturales histórico-artísticos” todas las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, de carácter irremplazables, cuya peculiaridad, unidad, rareza y/o antigüedad les confiere un valor universal o nacional excepcional desde el punto de vista histórico, etnológico o antropológico, así como las obras arquitectónicas, de la cultura o de pintura y las de carácter arqueológico. Por lo tanto; será un “bien cultural histórico-artístico” aquel que pertenezca a alguna de las siguientes categorías: 1. El producto de las exploraciones y excavaciones arqueológicas y paleontológicas, terrestres y subacuáticas. 2. Los objetos tales como los instrumentos de todo tipo, alfarería, inscripciones, monedas, sellos, joyas, armas y objetos funerarios. 3. Los elementos precedentes del desmembramiento de monumentos históricos. 4. Los materiales de interés antropológico y etnológico. 5. Los bienes que se refieren a la historia, incluida la historia de las ciencias y las técnicas, la historia social, política, cultural y militar, así como la vida de los pueblos y de los dirigentes, pensadores, científicos y artistas nacionales. 6. Los bienes inmuebles del patrimonio arquitectónico de la Nación. 7. Los bienes de interés artístico tales como: - pinturas y dibujos hechos sobre cualquier soporte y en toda clase de materias. -gravados, estampas, litografías, serigrafías originales, carteles y fotografías. -conjuntos y montajes artísticos originales cualquiera sea la materia utilizada. -obras de arte y artesanías. -producciones de arte estatuario. -los manuscritos raros e incunables, códices, libros, documentos y publicaciones de interés especial, sueltos o en colecciones. - los objetos de interés numismático, filatélico. -los documentos de archivos, incluidos colecciones de textos, mapas y otros materiales, cartográficos, fotografías, películas cinematográficas, videos, grabaciones sonoras y análogos. -los objetos de mobiliario, instrumentos musicales, tapices, alfombras y trajes”.

(7) Leyes nacionales: Ley 9080 de 1912 (D. Sesiones SE. 1912, T. II, Pág. 267) que declara de propiedad de la Nación, a ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científicos; Ley Nº 12.655 de 1940 que crea la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos; Ley 24.663 de circulación Internacional de Obras de Arte; Ley 25.197 Régimen del registro del patrimonio Cultural sancionada 10/12/1999 y promulgada el 9/12/1999; Ley 24.663. Circulación Internacional de Obras de Arte; Ley 25.743 de Protección del patrimonio Arqueológico y Paleontológico sancionada 4/6/2003 y promulgada el 25/6/2003), leyes provinciales, decretos reglamentarios etc.

conservación del patrimonio (8), en la que además, por otro lado, subyace la distinción entre la cultura entendida como arte y arte popular, conceptos éstos que también evolucionaron hasta mostrar que lo que antes era visto popular, hoy puede ser una manifestación cultural en sentido estricto, siendo ejemplo de ello desde la obra de Shakespeare hasta el tango de Argentina.

Así visto, el criterio tradicional era clasificar las actividades culturales en grupos con características comunes: artes plásticas, espectáculos, literatura, festivales artísticos y patrimonio construido (aunque como veremos, ello hoy debe replantearse en el marco de la Constitución reformada y de la legislación), áreas estas que -desde lo económico-, tienen en común que involucran: producción, mercado y personas, asociaciones e instituciones (por ejemplo, el Estado) que intervienen a través de diversos mecanismos (por ejemplo, subsidios) para que la actividad pueda desarrollarse y sostenerse.

Ocurre que muchas veces -por diversas razones-, el mercado no puede sostener solo, ciertas actividades culturales; dicho en términos económicos, hay actividades que están sujetas a “fallas de mercado” (9), otras producen beneficios a larguísimo plazo (por ejemplo, la construcción de museos y/o centros de referencia que a futuro traerán nuevas actividades económicas, turismo, etc.) pero que aunque hoy no sean rentables, igual deben ser mantenidas (o solventadas) por ser esenciales al desarrollo del lugar.

Estas cuestiones deben tenerse muy en cuenta al adoptar decisiones como también para la diagramación y ejecución de políticas culturales, porque la política cultural debe ser pensada como política social y para un desarrollo sostenido -entre otras cosas- la base cultural de la comunidad es un tema fundamental. Las políticas culturales “son una variable del desarrollo de toda sociedad” (10) dice el profesor Gerardo Caetano en su artículo “*Políticas culturales y desarrollo social. Algunas notas para revisar conceptos*” (Caetano, 2002: 41-48), donde sostiene que hablar de políticas culturales implica hablar de “política” porque “no pueden hacerse políticas culturales sin Política”.

El tema, en este punto, vuelve al Estado (a sus derechos y obligaciones) y el modelo de relación Estado-Sociedad debe ser entonces más amplio, superando la visión de cultura que omite -entre otros- por ejemplo a las llamadas industrias culturales, cuando en realidad ellas, aportan hoy trabajo a nuestro país y configuran la realidad económica actual con todo lo cual se concluye, que así como no se puede hablar de políticas culturales sin política, tampoco pueden ignorarse sus soportes económicos.

III. Patrimonio Cultural: patrimonio edificado

III.1 Conservación del patrimonio construido o edificado como factor de desarrollo económico

Aclarado que el patrimonio construido integra la noción patrimonio cultural, debemos decir que este puede analizarse como tal, o sea como bien cultural, como fuente de identidad cultural pero también puede atenderse como factor de desarrollo económico.

Estamos en temática compleja, donde lo cultural y lo económico interrelacionan y a veces hasta amalgama, donde podemos mencionar términos o expresiones que guardan enorme relación con

(8) “Preservación” y “conservación” son conceptos distintos que aluden a técnicas diferentes, lo usamos reiteradamente juntos aún cuando en realidad son distintos, porque en relación a la cuestión enfocada, resulta válido simplificar al menos en ese sentido.

(9) Conf. Mochón y Beker 1994: 288; Azqueta Oyarzún, 1994:5-8, las imperfecciones o fallas, son consecuencia del mercado, de las formas de organización de éste (competencia imperfecta, monopolio); del comportamiento de individuos y empresa que repercute sobre el bienestar de los demás; de bienes públicos; de la existencia de recursos comunes (o de libre acceso) etc.

(10) Caetano Gerardo, historiador, docente de la Universidad de la República, Uruguay; director de Instituto de Ciencia Política; Coordinador del Programa de investigaciones interdisciplinarias sobre democracia e integración del Centro Latinoamericano de Economía Humana; y presidente del Centro UNESCO de Montevideo.

el lenguaje económico (por ejemplo patrimonio o bienes) y donde si su estudio lo orientamos a los aspectos económicos podemos ver que:

- 1) Las llamadas actividades de preservación-conservación del patrimonio son una importante fuente de trabajo (para profesionales de distintas áreas, artistas, artesanos y empresas).
- 2) La conservación de este patrimonio, involucra al mercado inmobiliario, ya que por ej., existen lugares donde hay creciente demanda por propiedades de valor patrimonial.
- 3) Genera empleo y además, actividades conexas como por ejemplo en turismo.

Del universo referido (multiplicidad de bienes que conforman el patrimonio cultural de una comunidad), restringiéndolo al área de edificios y sitios, vemos que la preservación-conservación (Pastorino, 2005: 21-24) de este tipo de patrimonio construido o edificado (aunque preservación y conservación son dos técnicas distintas), trae consecuencias que podemos calificar de positivas: así por ejemplo el hecho de que incumbe a diferentes sectores y a diferentes especialistas (arquitectos, historiadores, urbanistas, ingenieros, arqueólogos); que asimismo, involucra todo lo relativo a la investigación científica y tecnológica; y que -a veces- permite la congestión en el manejo del bien donde convergen el sector público y los particulares.

Esto, exhibe un entramado complejo que además de las consecuencias positivas señaladas, puede traer consecuencias adversas o efectos negativos derivados en ocasiones del conflicto de intereses de los distintos sectores involucrados (con diferencias de criterios surgidas por el uso de lenguajes técnicos propios de cada disciplina) y en otras, las que resultan del uso y disfrute del bien de que trate.

Como puede verse, hay muchas cuestiones económicas involucradas que merecerían desmenuzarse, de ahí que los países avanzados -concientes de la importancia económica del patrimonio- hayan desarrollado medidas (legislativas y administrativas -de gestión-) en un marco de colaboración entre los sectores público y privado, mostrando gran evolución ya que tiende a preservar los valores culturales pero dando enorme importancia a los aspectos económicos involucrados.

Esto lo dejamos enunciado, al solo efecto de atender uno de los aspectos singulares cual es, la relación entre patrimonio y la generación de empleo y especialmente con el turismo.

III.2 Enfoque técnico. Costos de la conservación: patrimonio edificado

El enfoque económico de la preservación-conservación que insinuamos, pretende interpretar el problema desde lo técnico, debiendo para ello considerar -como se dijo- que existen por un lado intereses contrapuestos y que por el otro, existe una relación costo-beneficio a tomar muy en cuenta, aclarando que estos últimos no pueden ser valorados con las técnicas habituales del mercado porque en materia patrimonial están comprometidas además cuestiones de naturaleza intangible.

Esto lo sintetiza un autor en cita en la expresión: "puede haber valoración económica pero no un precio" (Amarilla, 1998) No obstante, de intentarse explicar deberá hablarse de modelos de valoración económica capaces de explicar "precio" a partir de atributos tangibles e intangibles.

También es conveniente recordar que usualmente se habla de tres tipos de costos: costos directos, indirectos y de oportunidad (11) como también de dos tipos de beneficios: primarios y secundario (12); en el caso en estudio, los costos de conservación se consideran directos (recaen en los involucrados directos) y por ende los debe soportar el dueño de la propiedad con valor patrimonial o la institución

(11) Los costos directos son los relacionados a la adquisición y conservación del bien patrimonial; los indirectos pueden ser gastos por impacto adverso o compensación a sectores perjudicados; y los de oportunidad son en relación a la pérdida de beneficios que podrían haberse obtenido de haberse explotado el recurso, en otro uso.

(12) Los beneficios primarios originan de trabajos de conservación en sentido estricto (por Ej. derecho de ingreso) mientras que los beneficios secundarios derivan de otros efectos como por ejemplo los que nacen de la atracción del sitio (generación de empleo, servicios complementarios para visitantes, ventas y souvenirs, etc.).

(Estado) que financia -o subsidia- acciones; junto a ellos están los costos y beneficios indirectos que afectan a la comunidad toda "costos de oportunidad social" (positivos o negativos), aunque se sostiene que el verdadero costo de conservación es el de oportunidad social de quienes se benefician o perjudican con la conservación, debiendo analizarse en relación a los valores patrimoniales que se perderían (o no), de continuar las acciones u omisiones que por ejemplo perjudican al bien de valor patrimonial.

Si bien esto parece una cuestión muy técnica, en definitiva, trasunta y explícita en la relación existente entre patrimonio construido/edificado -conservación- efectos; porque al analizar los efectos que produce la preservación -conservación, entra ahí justamente en íntima relación a la cuestión económica-, lo atinente a la generación de empleo en el lugar de localización del bien y aún dentro de la generación de empleo del sector cultural, se puede y debe considerar muy especialmente la relación existente con el turismo.

IV. Relación entre sector cultural y beneficios económico-sociales. Empleo. Dos ejemplos

La actividad del sector cultural trasunta en beneficios económico-sociales, uno, es la creación de empleos siendo un efecto directo a las acciones de conservación del patrimonio construido, la creación de puestos de trabajo haciendo necesario atender la actividad conservacionista que puede por tanto, ser de utilidad en el diseño de políticas públicas, dicho de otro modo debe relacionarse política cultural con el desarrollo social.

Tan concreta es la relación existente que aunque el tipo de empleo que genera la actividad de conservación entra en una categoría mayor, la del sector cultural, en el caso específico, si bien involucra personas de la organización cultural misma, también alcanza a otros individuos que no trabajan en lo cultural e incluso a personas con ocupación independiente de empresas tipo del sector.

Si de promoción de empleo se habla, puede citarse por ej., Reino Unido, que en 1994 tenía ya trabajando 560.000 personas en el área de las cuales 25.000 correspondían al segmento de patrimonio construido-edificado, donde además es importante ver las particularidades de este tipo de empleo que incorpora un porcentaje grande de personas mayores (que superaron la edad para jubilación en el sector público) y también cuentapropistas (en todas sus ramas).

Otro caso lo exhibe Canadá, donde por ejemplo el Ministerio de Patrimonio Cultural, en 1996, creó el "Programa Juventud de Canadá en el Trabajo" que ofrece a los jóvenes canadienses oportunidad de adquirir experiencia laboral y ampliar conocimientos y valoración por el patrimonio, con una repercusión enorme en el mercado y en la economía del país ya que es un proyecto interministerial en el cual, la Dirección General de Patrimonio vincula la Red canadiense de información sobre el patrimonio nacional, el Instituto Canadiense de Conservación, la Dirección General para las Artes, e intervienen en él, numerosos otros organismos tales como: Asociación de Museos Canadienses, Canadian Library Association, Consejo Canadiense de Archivos, Fundación Patrimonio de Canadá, Association pour l'avancement des sciences et techniques de documentation (ASTED) y Consejo de Recursos Humanos del Sector Cultural, lo que muestra la *cogestión público-privada* referida. En el 2001 el Programa traducía ya en actividad de más de 30.000 profesionales, 45.000 voluntarios y más de 100 millones de visitantes por año.

V. Mecanismos (incentivos-financiación) para la conservación del patrimonio. Sus efectos

Volviendo a Reino Unido, el primer antecedente fue el acta parlamentaria para protección de monumentos antiguos -1880- seguida de otras que intentaban evitar daños, alteraciones y hasta la demolición del patrimonio pero fue luego de la Segunda Guerra Mundial, cuando se instalaron sistemas de incentivos a propietarios para conservación de edificios patrimoniales.

Entre ellos, el Historic Building Council, que subsidió gastos de reparación a propietarios a condición de respetar determinados estándares. Este sistema relaciona con la protección legal de ciertos edificios, siendo un ejemplo: el subsidio a catedrales.

Desde lo económico, el sistema de subsidios (como herramienta integrante del método de preservación-conservación), interfiere el mercado pues además de limitar su derecho al propietario, trans-

fiere fondos del Estado a particulares y aunque un inmueble subsidiado y rehabilitado supone que vendido reintegra el subsidio, en la práctica el Estado no recupera todo lo invertido aunque sí percibe a través del uso y disfrute colectivo (que a su vez, genera ingresos) que en definitiva vuelve al Estado en tasas.

En países como Gran Bretaña, Francia y España, la visita a edificios y sitios de valor patrimonial es tan importante que repercute en el mercado turístico y por esa vía en la percepción del Estado.

También ahora, se agrega la incorporación de tecnología con métodos interactivos que permiten actividades de participación al visitante, eso multiplica el número de visita y en consecuencia las percepciones en dinero, tal es el caso de la pequeña ciudad de Niebla, al sur de España, donde el Estado recibe una tasa importante por ingreso de visitantes al sitio patrimonial ahí localizado, conocido como “El Castillo de los Guzmán”.

Por otro lado, el exceso de visitantes genera riesgo al sitio porque es un efecto negativo el turismo en masa, tal como la especulación y la expectativa de mayor rentabilidad que puede generar la tendencia a invertir más en tecnología y menos en gastos de conservación.

En definitiva, cualquier acción derivada de políticas públicas en esta materia, puede tener consecuencias positivas y negativas sobre los bienes culturales que no deben ser ignoradas y deben evaluarse de antemano. Las políticas y acciones que conciernen a la conservación del patrimonio cultural, deben ser contempladas, analizadas como factibles y estudiadas con detenimiento para evitar el riesgo de un resultado diferente al esperado, sea al patrimonio mismo, sea a la comunidad.

VI. Efectos. El patrimonio como generador de ingresos

VI.1. Impacto en el turismo

La Organización Mundial de Turismo (OMT) dice que el éste es un importante negocio por el impacto económico que causa. Representa una industria que se caracteriza por la cantidad de servicios que involucra que genera oportunidad laboral en el sector todo donde localiza un bien patrimonial y a la par es también fuente de ingresos para el Estado.

En décadas de los 80/90 aumentó sensiblemente el interés del patrimonio construido como empresa económica por las inversiones en el sector y lo que ello reporta, aunque no hay datos precisos del beneficio económico derivado del patrimonio edificado (parte de él pertenece a particulares que no tienen obligación de suministrar datos), no obstante se estimó que en Gran Bretaña en 1993, los inmuebles históricos dieron ingresos de 240 millones de libras (por visita).

En Francia, se estima que un bien cultural genera 15.000 visitantes por año; siempre sobre base estimada, se calculan cifras de visita a ciertos sitios y/o atracciones como por ejemplo: la torre Eiffel: 5,7 millones y el Louvre: 5 millones, lo que muestra los efectos económicos “directos” que produce, sin entrar a hablar siquiera, del efecto multiplicador.

Además, sabido que el patrimonio construido comprende variedad de bienes: edificios, monumentos, sitios arqueológicos, paisajes y jardines, etc., se observa que recientemente se modificó la relación entre patrimonio cultural y turismo al punto de hay países hoy -para seguir con el ejemplo de Francia- donde la función económica del patrimonio es amplia y explícitamente es reconocida en las decisiones de responsables y gestores del patrimonio.

No obstante, la importancia señalada del turismo, no acota la advertencia sobre los efectos negativos que a veces se producen, relacionados -en su gran mayoría- con la frecuentación excesiva del lugar. Eso causa serios problemas al bien, pues le visita de un sitio en exceso, amenaza su existencia misma, acarreado a veces la pérdida de su identidad a lo que suma, que la prioridad excesiva dada al turismo en un lugar, puede causar también la mutación del comercio local tradicional, generando migraciones. Esto es lo que hace que se abandonen algunos centros históricos y queden vacíos.

Esto exhibe la necesidad de la buena administración de la oferta cultural y de los edificios y sitios económicamente rentables.

En tal sentido, la propuesta de exhibir bienes del dominio de particulares que son patrimonio cultural de un lugar, también debe ser analizada con cuidado ya que otorgar permiso de visita pública puede devenir antieconómico al titular si se acaba perjudicando al bien (Anguita Villanueva, 2000); además, cuando un edificio es “listado” patrimonial, ello puede ser negativo en relación a su valor de mercado al limitarlo en uso y disfrute imponiéndosele restricciones que impiden alterarlo.

VI.2. Consecuencias para el sitio, causadas por el turismo

Este tema vincula a la percepción del visitante sobre la calidad (socio cultural y ambiental) del sitio, lo que influye notablemente en los efectos.

Si la percepción del sitio es positiva, eso aumenta aun más la cantidad de visitantes lo que puede a su vez repercutir en la calidad social y ambiental del sitio que puede degradarse por excesiva visita, contaminación, proliferación de delitos, pudiendo a su vez revertir la tendencia al turismo en el área en cuestión.

De producirse esa situación, el impacto negativo, tarda en revertirse porque se necesita bastante tiempo para lograr recomponer el estado ambiental y cambios socioculturales.

Estas cuestiones impactan a su vez en el desarrollo sustentable. Si la población turística y los impactos negativos no exceden los máximos niveles que el área puede soportar, el lugar de localización del sitio alcanzará igualmente desarrollo sustentable a largo plazo, razón por la que los proyectos turísticos no pueden ni deben ignorar estos posibles efectos incentivando su actividad (el turismo) más allá del límite aconsejado, lo contrario traerá irremediablemente como consecuencia (a largo o mediano plazo) la disminución del turismo, lo que a su vez, arrastra un impacto negativo social y ambiental mayor.

La importancia de preservar no solo el patrimonio sino las actividades que en su marco generan y desarrollan, reside en el impacto económico que causan tales actividades, lo que refleja en el producto bruto nacional, en el nivel de ingresos de la población, en la generación de empleo y en los ingresos por tasas e impuestos.

En conclusión, *turismo y patrimonio deben equilibrarse* conforme una serie de conceptos, que incluyen respetar el carácter y propósito original del sitio (aunque su uso se hayan modificado) y fundamentalmente, comprender el valor supra generacional del bien patrimonial de manera de asegurar el goce al visitante y al tiempo, garantizar la preservación, mantenimiento y conservación del bien, asegurando su integridad a generaciones venideras.

En la práctica, este equilibrio suele alterarse por numerosos obstáculos que impiden o dificultan la relación armoniosa entre ambos y también por ineficacia pública en la asignación de recursos económicos para la conservación y rehabilitación o también por inadecuada gestión de los mismos.

Entre los obstáculos, cuenta también la falta de conocimiento de la naturaleza del sitio porque a veces sólo se atiende la característica estética debiendo en cambio educarse en sentido de lo que subyace al patrimonio construido: una compleja trama de elementos (clima, historia, economía, factores socioculturales, religiosos y políticos) que generan una fuerte asociación entre la población y el entorno conformando su identidad.

VII. El análisis económico, herramienta para el manejo de áreas patrimoniales

El Consejo de Europa, desde 1969 mediante sucesivas resoluciones y recomendaciones, se orientó en dos sentidos: 1) hacer más eficiente la asignación de recursos públicos empleados en la conservación del patrimonio arquitectónico; 2) atraer la iniciativa privada a colaborar en la financiación para la puesta en valor y recuperación patrimonial para su uso, explicando que además de la pérdida del bien (que afecta mecanismos de la identidad colectiva y cohesión social), no hacerlo significa dilapidar un capital económico que es parte de la riqueza nacional. (Alvarez Alvarez y García Fernández, 1999).

Asumir la importancia de la dimensión económica del patrimonio construido es concluyente para la conservación efectiva. Basta citar como ejemplo, Bélgica y Holanda, donde la política de conserva-

ción asociando ambos sectores (público-privado) llegó a integrarse en la política económica y social nacional, consiguiendo no solo la rentabilidad de un recurso económico importante sino también, hacer viable una política de vertebración social y cultural con desarrollo equilibrado.

Los gastos de conservación del patrimonio, en el marco de la economía de mercado, se deben inscribir en el concepto de inversión productiva razón por la cual, la iniciativa privada en ello, tiene un papel cada día más preponderante.

Se necesitan instrumentos de intervención que permitan una política de conservación integrada a los aspectos culturales y sociales, para ello, caben señalarse: 1) un sistema de evaluación y análisis de la dimensión económica del bien y su incidencia en el entorno local; 2) un plan de acción dirigido a la conciencia colectiva sobre el valor cultural, económico y social del bien, a efecto de motorizar la iniciativa privada.

VIII. Conclusión

Si los recursos empleados en conservar el bien patrimonial, exhiben -objetivamente- que son una inversión económica y social rentable, ello abrirá una nueva perspectiva en la temática. Desde esa nueva perspectiva que se pretende, tanto las inversiones directas asignadas a operaciones de valorización y/o conservación patrimonial, como las subvenciones y exenciones fiscales (que fomentan la iniciativa privada) no serán consideradas gastos, sino inversiones.

Es interesante reflexionar estas cuestiones desde la perspectiva local, ya que en nuestro país el interés por el patrimonio es relativamente reciente y la temática debe abarcar al sector público y al privado.

Hay ausencia de políticas integrales y sostenidas, no hay implementadas estrategias a mediano y largo plazo, no se desarrollan normativas idóneas y tampoco existen políticas de incentivos a la actividad de preservación y/o conservación patrimonial.

Más allá del trabajo de organismos y especialistas en la temática, no se difunde sistemáticamente y fundamentalmente, no se “forma” en conservación, incluso no se dio siquiera difusión al Pacto de Rectores (13) celebrado en 1999, compromiso que asumieron numerosas universidades (entre ellas la Universidad Nacional de La Plata) para la óptima cooperación en esta materia, que como elemento de la política universitaria, inscribe como contribución y participación a las políticas públicas, debiendo ser tenido en cuenta como una acción positiva de nuestra Universidad, a la temática que nos ocupa.

En definitiva, hay numerosos temas a abordar pero se debe avanzar en el análisis de las cuestiones planteadas y en la determinación del método adecuado de evaluación económica.

(13) En la reunión de rectores de numerosas universidades (5 y 6 de julio de 1999) de la que participaron 95 Presidentes, Rectores, Decanos y Representantes de universidades de 32 países, con representantes del Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS), Consejo Internacional de Museos (ICOM), Centro Internacional de Estudios para la Conservación y Restauración de Bienes Culturales (ICCROM), Federación Internacional de Arquitectos Landscape (IFLA), Consejo de Europa, Fondo de Monumentos Mundiales (WMF), Asociación Internacional de Universidades (AIU) reunidas en la Sede UNESCO en París para buscar vías de óptima colaboración en la conservación del Patrimonio Cultural, se celebró el “Pacto de Rectores” que decidió dar impulso a la red de Forum UNESCO: Universidad y Patrimonio por la movilización para la protección y promoción del patrimonio tangible e intangible. Se trata de un documento por el cual se comprometieron a: 1) Dotar a la red de medios técnicos, humanos y financieros, creando un núcleo de profesores y estudiantes involucrados tanto a escala nacional como internacional; 2) Movilización de estudiantes en proyectos estratégicos de protección del patrimonio; 3) Compromiso de los centros de capacitación a favor del patrimonio nacional y del patrimonio de la humanidad; 4) Programar clases de Derecho del Patrimonio, sobre legislaciones nacionales, convenciones y declaraciones internacionales; 5) Desarrollar la cooperación, apoyando y aportando medios para constitución de grupos de trabajo en temas y acciones específicas (urbanismo y patrimonio, patrimonio mueble, etc.) y la puesta en marcha de estudios regionales e internacionales de formación y promoción cultural; 6) Alentar la participación de docentes, favoreciendo la creación de Cátedras UNESCO de Patrimonio; 7) Optimizar los mecanismos de intercambio de información, completando regularmente la base de datos existente, con cursos de formación, investigación, intercambio, y actividades de difusión.

Se requieren tareas de planificación y control, inherentes a la función pública, pero también políticas de incentivos al sector privado para que participe, cosa que puede lograrse mostrando que conservar un patrimonio puede ser fuente de beneficios económicos.

Es evidente el doble papel de la economía como conservadora y destructora de nuestro patrimonio. En nuestro ámbito local un ejemplo lo constituyen estancias bonaerenses abiertas al público para con su producido, contribuir al mantenimiento, cosa que puede producir efectos negativos al bien si éste no está en condiciones de soportarlo, cabría analizar entonces si esta decisión fue objeto del análisis conducente a determinar las circunstancias apuntadas.

El objeto de este trabajo es colaborar a una mejor percepción (del poder público y el sector privado) sobre la importancia del patrimonio construido, atendiendo los beneficios que de él se derivan o que puede llegar a producir. Es por tanto, sólo una primera aproximación a la necesidad de definir un sistema de evaluación y análisis de la dimensión económica de cada uno y de todos los elementos del patrimonio cultural para observar su incidencia en el entorno local, provincial, nacional, regional.

IX. Bibliografía

ALVAREZ ALVAREZ, José Luis. Estudios jurídicos sobre el patrimonio cultural de España. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ALVAREZ ALVAREZ, José Luis y GARCIA FERNANDEZ, Javier. El patrimonio cultural en el Consejo de Europa. Madrid: Hispania Nostra-BOE, 1999.

AMARILLA, Beatriz. "El significado del patrimonio cultural y natural", en: Anales LINTA, La Plata, Laboratorio de Investigaciones del Territorio y del Ambiente, 1998, 23-33.

ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio. El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural. Madrid: Dykinson, 2000.

AZQUETA OYARZUN, D., Valoración económica de la calidad ambiental. Madrid: McGraw-Hill, 1994

BENASSI, Alfredo. "La expresión del paisaje", en: Planeamiento paisajista y medio ambiente. La Plata: Belli&Benassi, 2004, t. 1. Serie Didáctica.

BIDART CAMPOS, Germán. Tratado elemental de derecho constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994. Buenos Aires: Ediar, 1994, t. 4.

CAETANO, Gerardo. "Políticas culturales y desarrollo social: algunas notas para revisar conceptos", en: Abaco: Revista de cultura y ciencias sociales, 2002 32-33, 41-48.

GONZALEZ VARAS, Ignacio. Conservación de bienes culturales. Teoría, historia, principios y normas. Madrid: Cátedra, 1999.

MOCHON, Francisco y BEKER, Víctor. Economía, principios y aplicaciones. Madrid: McGraw-Hill, 1994.

ÖZGDNUL, N. "Interrelaciones entre el turismo y el uso de asentamientos tradicionales-históricos", en: Actas del IV Congreso Internacional de Rehabilitación del Patrimonio Arquitectónico y Edificación. La Habana: CICOP, 1998.

PASTORINO, Leonardo. "Técnicas de protección, conservación y preservación; recomposición, restauración, recuperación, mejoramiento y remediación", en: El daño al ambiente, 1a. ed. Argentina: Lexis Nexis, 2005, cap. I, 21-24.

PEDREIRA MENENDEZ, José. El régimen fiscal del sector no lucrativo y del mecenazgo (Comentarios a la Ley 49/2002 del 23 de diciembre). Madrid: Civitas, 2003.

ROCA ROCA, Eduardo. El patrimonio artístico y cultural. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1976.

VINCENT, Jean-Mari y PATIN, Valery. "Patrimoine culturel et tourisme en France", en: International Scientific Symposium Economics of Conservation. Sri Lanka, ICOMOS. 1993.

ZENDRI, Liliana "Derecho al patrimonio cultural", en: Planeamiento paisajista y medio ambiente. La Plata: Belli&Benassi, 2005, t. 4. Serie Didáctica.

ZENDRI, Liliana, "El patrimonio cultural y la identidad cultural", en: Jurisprudencia Argentina, 2001-II, 1323; Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Derecho Administrativo, 6248, 30/5/2001, 33. ♦

La ruptura instauradora y la Razón político-jurídica

POR AGUSTÍN CASAGRANDE (*)

Sumario: I. Pensamiento Situado o la historicidad reflexiva. II. La Ruptura instauradora como articulación conceptual. III. La ruptura instauradora como herramienta de ensayismo político. IV. La ruptura instauradora y la Razón Jurídica. V. La Razón Jurídica y la comprensión socio histórica del derecho. VI. Caminos abiertos en la historia de la Razón Jurídica, una conclusión provisoria.

“Ninguna Ciencia Humana es inocente”

Michel de Certeau

Resumen: En este trabajo, escrito como un ensayo se persigue explicar la teoría desarrollada por Michel de Certeau, la cual envuelve el problema de la historia y las posibilidades de conocimiento con fundamento en el concepto de “verdad” y creencia. La teoría de la ruptura instauradora es aplicada a dos campos de estudio diversos (la política y el derecho) y en ambos casos se expresa el problema de la historia como categoría de análisis. En resumidas cuentas, puede decirse que desde un punto de vista interno en la emergencia de la ley y del discurso político, la ruptura instauradora es un modelo que permite a los investigadores responder diferentes preguntas acerca de múltiples discursos sociales.

Palabras clave: hermenéutica, historia, derecho, política.

Abstract: In this paper, written as an essay, the main point is to show the theory developed by Michel de Certeau involving the problem of history and the possibilities of knowledge based on the problem of truth and believe. The theory of *rupture instauratrice* is applied to two different fields of studies (politics and law), and in both is expressed the problem of history as an analysis category. To sum up it can be said, that from an internal point of view of the emergency of the law and the political discourse the rupture instauratrice is a model that enable the researchers to answer different questions about the discourses in society.

Key Words: Hermeneutics, history, law, politics.

I. Pensamiento Situado o la historicidad reflexiva

Los objetivos de un trabajo de relevamiento conceptual, de análisis histórico y de crítica socio jurídica deben inscribirse siempre en un análisis de los orígenes y contextos de producción de las hipótesis que sirven de marco para dichos estudios. Así, la selección de un cuadro teórico debe principiar con una referencia contextual -cuando no biográfica- de los saberes previos y contemporáneos que permitieron la emergencia de los conceptos utilizados por autores, academias, escuelas, etc.

En el caso que se trae a estudio, la reseña de un concepto determinado cuyo autor revistiera múltiples inscripciones institucionales implica la necesidad de situar el pensamiento más que en el contexto histórico en una breve biografía intelectual.

Así, puede especularse si ¿es posible pensar a Michel de Certeau o a cualquiera de sus conceptos sin una comprensión biográfica o al menos en relación a una historia personal e intelectual donde se cruzan el cristianismo, la antropología estructural, la lingüística, la historia y la sociología? Evidentemente, la retórica impone una negativa propia del orden discursivo. Es por ello, que frente a un concepto o una teoría, una arquitectura del saber compleja se levanta marcando una constelación que

(*) Docente de Sociología Jurídica, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

puede ser recompuesta como un *connatus*, como una pasión histórica (por su posición como sujeto históricamente condicionado) pero que también da cuenta de la búsqueda personal del autor. En esta cifra debe pensarse el concepto de *ruptura instauradora*. En primer lugar, la problemática de la creencia (1) -como fenómeno cultural-histórico- es el cerco donde se inscribe la reflexión rupturista. Creencia que también se une a la cavilación cristiana, pero sin concebir a ésta como una teología que, en su hermenéutica de textos sagrados, busca la verdad sino, más bien, como práctica que exhibe una historia de desplazamientos en las actitudes humanas hacia la fe. De esta forma, la aproximación al aparato conceptual del autor debe ser comprendida por su vocación -vocatio- jesuítica y por su profesión -beruf- de historiador-sociólogo.

La observación de de Certeau en torno a la creencia comienza por la observación de un cambio en la comprensión de lo *real* como sinónimo moderno de *verdad*. Mientras que en las culturas medioevales y clásicas la verdad se hallaba oculta y lo sensible condensaba errores, siendo el espíritu una extrañeza que habitaba lo dado y donde residía lo efectivo "real", en la actualidad lo "visual" fundado en "hechos" -factum- es el lugar donde se deposita la creencia. "Si no lo veo no lo creo." Sería una verdad de Perogrullo que funda la fe moderna. Y esta creencia es visual y fáctica por la emergencia de nuevas epistemes, de nuevos saberes que dicen mediante los hechos qué es lo real. El sujeto moderno se halla gobernado por una creencia en datos: las ciencias se van fundando a través de citas de estadísticas, de citas de citas, de decires fundados en la materia observable, empírica (Foucault, 2002:134).

Esa nueva lógica produce una forma moderna de creencia fruto de un proceso histórico -desplazamiento desde la fe católica-estatal hacia la fe política del ciudadano- que se deposita en el mercado, en las burocracias, en lo político. En ese marco, la debilidad de la creencia se acentúa por las fallas en lo visual con respecto a lo real, donde los simulacros implosionan dejando *ver* la construcción ficticia de lo real. La construcción ficticia se manifiesta en la apertura de lo oculto u ocultado, en una práctica que quiere ver más allá de lo exhibido buscando nuevas datas, nuevas fundaciones de lo dado, en una paranoia por conocer datos, hechos, puntualidades, detalles, en contraposición a la lectura de lógicas, modelos, estructuras, saberes totales.

Aquí se presenta una matriz intelectual epocal. Este modelo interpretativo parece armonizarse con una contemplación de hombres que luchan contra un panóptico, contra una organización que administra hombres (Foucault). Pero su retórica evidencia un mundo puramente visual que requiere ver, verlo todo, ver hasta la ceguera analítica, lo cual había sido ya denunciado por Baudrillard -1994-.

En ese contexto de una modernidad que supo utilizar la aptitud de la creencia para gobernar a los hombres y sus sentidos, se produce el saber de las ciencias humanas que, al mismo tiempo, será el recipiente llenado de una confianza intelectual sintomática y expresiva de lo actual. Consecuentemente la cuestión de la creencia y del cristianismo no puede ser pensada sino en función de este nuevo cuadro epistémico -de raíz real/visual-. Lo visual también está en lo dicho y en las posibilidades del decir, así las referencias serán personales, visuales, sensibles, y principalmente, depositadas en hombres y en discursos referentes.

La ruptura instauradora se inscribe en esta búsqueda de comprender la raíz cristiana de la creencia en un mundo contemporáneo, no por nada el artículo que condesa esta teoría llevaba, originalmente, el título de "*La rupture instauratrice ou le christianisme dans la culture contemporaine*." Esta raíz actual visual, excede sin embargo la reflexión sobre el cristianismo y se extiende hacia otros campos, principalmente el político, pero que también extienden sus redes hacia lo jurídico.

II. La Ruptura instauradora como articulación conceptual

Pero una vez designadas las intenciones y las preocupaciones de de Certeau cabe preguntarse ¿qué es esta ruptura instauradora? Para responder en breves palabras puede decirse que es un sistema de

(1) "...entiendo por "creencia", no el objeto del creer (un dogma, un programa, etcétera), sino la participación de sujetos en una proposición, el acto de enunciarla al tenerla por cierta, dicho de otra manera, una "modalidad" de la afirmación y no su contenido" (De Certeau, 2000:198).

relaciones que se establecen entre un acontecimiento histórico rupturista -*ocassio* (2)- y su relación con el devenir hermenéutico de ese hecho.

Volviendo al cristianismo, para de Certeau lo esencial fundante de dicho movimiento de fe es la “relación con el acontecimiento que lo instauró: Jesucristo”, de la misma manera que el psicoanálisis/freudismo se debe a ese acontecimiento que lo instauró: Freud. Esa relación en realidad puede ser desarticulada en dos eventos que se condensan en la matriz conceptual: la fidelidad y la diferencia. Ambas son parte de ese hecho fundamental que es la muerte de Jesucristo o la muerte de Freud. Es decir que, tanto el padre de los hombres como el padre del inconsciente son acontecimientos instauradores de “verdades” y la muerte, la desaparición de los sujetos, es lo que *permite* la extensión de vínculos con las formas diferentes y sucesivas del acontecimiento fundador.

De lo dicho surge, que el presupuesto del cristianismo es Jesucristo de la misma forma que el presupuesto del psicoanálisis es Freud, pero no en tanto que seres históricos vivos sino en cuanto que hombres desaparecidos, que han cristalizado su discurso en un tiempo dado. Su muerte, que impide la vuelta sobre lo dicho es lo fundante y su ausencia deja a los vivos la posibilidad de una experiencia y una hermenéutica fundada en lo que dejaron aquellos que ahora están muertos.

Así, surge la primera relación que es la *fidelidad*, la cual está ligada más a la ausencia del objeto y de lo particular que instaura que a la hermenéutica ejercida sobre lo dicho. Sin la ausencia de ese sujeto hablante no existe objeto. Pero es necesario el reconocimiento del sujeto como principio de saber, como principio de autoridad. La fidelidad posee un foco de atracción de los vivos hacia los que sentaron las bases de un saber y de una modalidad del ser. La referencia necesaria, el diálogo con esas sombras son la posibilidad de construir un nuevo discurso, pero también de que dicho discurso constituya, por un lado, al interlocutor, que conoce la ratio última que gobierna el discurso del hablante, y por otro, y más importante aún, al sujeto interpretante (al discípulo) como parte de un saber que lo recorre y lo determina como ser.

Esa fidelidad es necesaria siempre en función de la autoritas que una voz ajena ejerce sobre un individuo o una comunidad. Esa autoridad funda la interpretación.

De allí surge una segunda relación que se encuentra condensada en la experiencia junto a la fidelidad, pero que para los fines de este escrito fue desarticulada: la *diferencia*. La diferencia se hace posible desde el momento en que el acontecimiento se escapa, se disemina en las lecturas, se multiplica en palabras de fieles.

Por ello, la ruptura instauradora -como modelo analítico- supone una singularidad que se borra y una multiplicidad que manifiesta su sentido en el mismo momento en que se diferencia. La existencia de varias interpretaciones, de cruces entre los discípulos, entre comunidades, entre academias, por la recta interpretación, se condensa en la posesión de la palabra final, la recta exégesis de lo que el ausente dijo.

Esto último implica que la glosa sea plural, escrituraria, múltiple y comunitaria. Esta condición lleva también a los conflictos de las interpretaciones, no ya en términos puramente hermenéuticos sino institucionales y sociales: siempre hay un otro interpretante que pretende poseer la verdad en la que funda su fidelidad, quién es sometido a políticas de poder (Ricoeur, 2006). Luchas de exclusión, luchas por la interpretación verdadera, lucha por la hegemonía.

Así, la ruptura instauradora es fundante hacia el futuro pero mantiene una fuerte relación con y hacia el pasado. Por un lado, es una fuerza centrípeta que hacer referenciar a la cantidad de innumerables de escritos sociales hacia un centro que es la palabra o el hacer del sujeto fundante, el cual es considerado un acontecimiento histórico, *pasado*. Pero, por otro lado, es una fuerza centrífuga que partiendo de esa fidelidad centralista se disemina hacia los polos más extremos, exigiendo y produciendo nuevas palabras que recalcan en el hecho principal histórico, fundante.

(2) El concepto de *ocassio* es tomado en los términos de acontecimiento histórico que permite desde la inspiración hasta el análisis (ver Schmitt, 2005).

De Certeau, comprende esa doble dimensión en términos cristianos a partir del vacío generado entre el Viejo y el Nuevo Testamento. El Nuevo Testamento no es ni una continuidad ni una ruptura histórica en términos históricos. “Es ni lo uno ni lo otro”: es, en realidad, una mirada hacia el futuro fundada por la instauración que lo permite (de Certeau, 2006).

Así, una lectura propia sobre el cristianismo a la luz de lo actual termina siendo algo más que una búsqueda de la verdad en la palabra de la Biblia, deviniendo una lucha textual-institucional por el sentido. Una historia de hechos contemporánea que se fundamenta mediante la autoridad, mediante lo institucional, mediante el poder. Una ruptura instauradora constante por su misma condición de múltiple, plural pero sobre todo: SOCIAL.

Ahora bien, si en el campo hermenéutico religioso (cristianismo) se presentan dichas condiciones, ello no implica que las lógicas sean transpuestas homológicamente a campos diversos. Es decir, que cada uno de los espacios sociales e institucionales exhibe luchas por poderes propios, con articulaciones particulares y con elementos de interpretación diversos. En función de ello, en los acápites que continúan se analiza la dinámica rupturista en torno a una razón política -fundante del derecho como instrumento de acción social- y una razón jurídica -como elemento de exégesis del campo del derecho-.

III. La ruptura instauradora como herramienta de ensayismo político

Un ejemplo moderno de ruptura instauradora puede hallarse en la hermenéutica histórico-literaria sobre la imagen de “Evita”, o para decirlo en términos de Beatriz Sarlo, en la excepción de la belleza y de la política (Sarlo, 2003). (3) “Evita” es ruptura desde que es un cuerpo sin vida. “Evita” es parte de la interpretación de la resistencia peronista y del discurso epocal de los setenta, que sostiene sus palabras y, sobre todo, sus imágenes -la fotografía y la iconografía es clave para observar el carácter instaurador hermenéutico- en función de una relación de fidelidad/diferencia.

Su muerte permitió recomponer los sentidos de sus mensajes, someterlos a nuevas voces, a una pluralidad de comunión, a lo no dicho pero que potencialmente habitaba en las palabras. Precisamente, una condición -evidentemente menor pero significativa para la elección del sujeto/objeto “Evita”-, resulta ser la facilidad para montar todo un aparato hermenéutico de la “verdad” histórica-social en función de su ausencia.

La elección de su figura como emblema tuvo una dimensión estratégica, ya que dicha condición de “ausencia” rompía con la lógica de un Perón que estaba aún vivo, y tal como ocurrió, con su palabra podía negar la empresa interpretante junto con los objetivos de diversos sectores que conformaban el peronismo. Por ello, puede observarse que con “Evita” ocurría otra cosa. “Evita” instituyó “lo real”. “Evita” fue el acontecimiento que instauró la duplicidad relacional de fidelidad y diferencia.

El cadáver de Eva Duarte revestía también esa dinámica. Su magia, su posesión, su cercanía, se encontraba en la dimensión de una mitología contemporánea fundada en la ruptura -ocasio-, en la instauración de lo posible que miraba hacia un futuro y que habría quedado trunco en su voz (fidelidad), lo cual admitió una palabra retomada para cumplir con designios interpretados e interpretantes (diferencia).

Las figuras políticas en la historia consolidan esas trayectorias hereditarias. Las prácticas de interpretación que rodean a los actos y -sobre todo- a la palabra política se encierra en una polisemia natural, principalmente, a partir de la muerte del actor político. En la lógica impuesta por la reflexión de Michel de Certeau esto es un valor contemporáneo fundado en la data, en la prueba, en lo visual y lo certificado. La capacidad de decir encuentra por ese lado un límite, ya que frente a los acontecimientos

(3) La elección de la imagen y las palabras de “Evita” reviste entidad simbólica de la misma manera que las palabras e imágenes de Balbín, de Rosas, etc. Cada tradición política selecciona antecedentes históricos que permiten su interpretación. En este ensayo se utiliza la imagen de Evita en función de los análisis hermenéuticos y simbólicos realizados por Beatriz Sarlo.

tecimientos nuevos se rompe la extensión hermenéutica, pero siempre es posible pensar en lo que “podría haber sido” o “podría haber pensado” el sujeto político desaparecido transformado ahora sí en un objeto signifiante.

¿Cuál es el límite, entonces, a la interpretación ilimitada, al sendero inconmensurable de la posibilidad interpretativa? Como propuesta puede invocarse un límite histórico. El decir, el acto de habla siempre puede deconstruirse a partir de un elemento contextual que es esencialmente *dialógico* y *temporal*.

Para trabajar esa conceptualización es dable rescatar la obra de Mijail Bajtin. Siguiendo al semiólogo ruso, puede decirse que el enunciado político tiene la característica especial de estar constituido por todas las oraciones que componen el discurso sin división en unidades de análisis menores que no sea el intercambio del sujeto que pronuncia el mismo. Es decir, que *lo fundamental para comprender el sentido del discurso es el punto final*, la cesión de la palabra, que es la inauguración de una réplica y, al mismo tiempo, el verdadero destino de todo acto enunciativo. En dichas condiciones, lo fundamental para comprender el sentido de lo dicho no es la intención del sujeto, sino precisar ese *otro* hacia quién el discurso se ha dirigido.

En “El problema de los géneros narrativos” Bajtin señala que “todo enunciado debe ser analizado, desde un principio, como respuesta a los enunciados anteriores de una esfera dada: los refuta, los confirma, etc.” (Bajtin, 2002:281). Aquí puede preverse el reconocimiento y la producción de textos: la *relación* es la forma de análisis. Por ello “uno no puede determinar su propia postura sin correlacionarla con la de los otros” (Bajtin, 2002:281).

El discurso de “Evita” se entiende, entonces, por la referencia a una posición enunciativa política previa. De allí, que la posibilidad de la emergencia de su discurso se pueda reorganizar y recomponer analíticamente como una respuesta, réplica y debate con las voces de las Damas de la Beneficencia, de la Sociedad Rural, etc. Ahora bien, esas palabras a las cuales se oponía la figura política de “Evita” son históricas y, como tales, no pueden comprenderse cabalmente sino como un cruce negador de discursos previos.

Precisamente, por más monológico que quiera presentarse un discurso siempre se está en presencia de una respuesta a aquello que ya se dijo de ese objeto. El pensamiento se origina en la interacción y lucha con pensamientos ajenos. Por ello, se debe considerar que la descripción y análisis importa una “*relación*” entre los sujetos que invisten de sentido a las ocasiones significantes, siendo estas últimas en su mayoría discursos ajenos. (4)

Esta posibilidad de interpretación fundada en la respuesta a lo previo, a lo instituido y dado en el tiempo, genera la historicidad propia de los discursos. Esta historicidad, a su vez es la productora de una pertinencia analítica que se funda en la recomposición de las condiciones de producción discursivas no sólo externas al texto (una historia de las publicaciones, de los libros, de las formas del discurso en función del material donde se expresan) sino en función del contenido mismo de las palabras, una condición interna del discurso. La posibilidad de encontrar referentes/objetos/temas en común en un tiempo dado, las normas de escritura y de redacción, las palabras que vehiculaban los pensamientos, son parte de una historia textual que se refuerza en lo social.

Por lo tanto, lo histórico se convierte en un modelo de interpretación y en un límite, porque contextualizado en torno a las Damas de Beneficencia, a la Sociedad Rural, a los pasquines que criticaban a la Eva actriz por su falta de belleza, el discurso de “Evita” se impone como producto dado e irrepetible

(4) “El objeto del discurso de un hablante, cualquiera que sea el objeto, no llega a tal por primera vez en este enunciado, y el hablante no es el primero que lo aborda. El objeto del discurso, por decirlo así, ya se encuentra hablado, discutido, vislumbrado y valorado de las maneras más diferentes. [...] El hablante no es una Adán, por lo tanto, el objeto mismo de su discurso se convierte inevitablemente en un foro donde se encuentran opiniones de los interlocutores directos (...) o puntos de vista, visiones del mundo, tendencias, teorías, etc.” (Bajtin, 2002:284).

en el tiempo, sin posibilidad de ampliar la hermenéutica hacia un futuro sobre el cual ella no pudo articular su voz sino en términos de utopía.

Ahora bien, ese límite que parece infranqueable es transpuesto siempre a través de lo contrafáctico, mediante la idea general: principio y fin de toda interpretación que se carga en las palabras. Aquí las lógicas propias de una “razón política” como un saber trascendental, inmanente, esencialista hace hablar discursos que no pudieron prever las modalidades particulares de los acontecimientos históricos futuros.

En ese sentido, la puesta en práctica de una hipótesis histórica para enfocar el por qué de lo dicho en el contexto específico se transforma en una práctica aislada dentro de determinados espacios sociales (academia). Ello es así, dado que la instauración de una palabra política reviste una función instituyente y como tal se autonomiza del proceso histórico y se vuelve referencia adecuada para todo acontecimiento futuro. Castoriadis decía que “en la medida en que se encuentra en la historia una autonomización del simbolismo, ésta no es un hecho último, y no se explica por sí sola. Hay un uso inmediato de lo simbólico, en el que el sujeto puede dejarse dominar por éste, pero hay también un uso lúcido o reflexionado de él. Pero si éste jamás puede ser garantizado *a priori* (no puede construirse un lenguaje, ni siquiera un algoritmo, en el interior del cual el error sea mecánicamente imposible), se realiza, y muestra así, la vía y la posibilidad de otra relación en la que lo simbólico ya no esté autonomizado y pueda ser llevado a la adecuación con el contenido.” (Castoriadis, 2007:202).

Las contraposiciones y las disputas por la hermenéutica del discurso político se vinculan, así, con una *autonomía contextual*, en función de la cual la sociedad o los colectivos revisten de sentido sus prácticas y pensamientos en torno a la resignificación continua e ilimitada de las palabras del pasado: identidad y pertenencia a una tradición. En esta articulación política la razón no es meramente analítica-intelectual sino, como bien lo señala Sarlo siguiendo a Spinoza, muchas veces la potencia de la pasión es fuente de pensamiento, acción y praxis. (5) Es dable señalar que, pese a que las miradas tradicionales del análisis político hayan visto en dicha preferencia por lo emotivo una imposibilidad de la emergencia del pensamiento o la reflexión, ello no implica la inexistencia de prácticas sociales vinculadas a un discurso pasado tamizado por la sensibilidad.

La apelación a una sensibilidad que traspasa el análisis histórico no es, por lo tanto, un error, o una falacia del pensamiento y la retórica, por el contrario es una de las posibilidades de conocer y acercarse a una lógica productiva de un campo determinado -el político-. Así, frente a lo histórico-social como elemento de análisis y de discusión posible se abren campos nuevos no gobernados por una supuesta razón científico-social sino que se articula como elemento necesario para la invención y significación de lo cotidiano.

En ese marco, las palabras de “Evita” se pueden cruzar con reivindicaciones actuales que contrastan intereses de grupos empresarios contemporáneos, pero también pueden articularse como elecciones simbólicas en torno a lo social contemporáneo que constituyen identidades. En este contexto el dominio de lo simbólico en torno a lo político no debe ser olvidado, negado o criticado por una “razón científico-política” que habría construido un elector racional como clivaje de un sistema democrático abstracto. En su lugar, los elementos de la ruptura instauradora permiten desarticular entramados profundos de lo político encarnados en la hermenéutica política y en los imaginarios que gobiernan colectivos y espacios sociales (Frank, 1994).

IV. La ruptura instauradora y la Razón Jurídica

Si el concepto de de Certeau es útil para la comprensión de determinadas condiciones y problemáticas del campo político, no es menor el interés que reviste para deconstruir algunas dinámicas del campo del derecho. Ello por dos motivos. El primero es el vínculo establecido entre los campos político y jurídico. Puede decirse que la *razón política* articulada en términos de pasión, de imaginarios, de

(5) En esta línea de reflexión pueden verse las obras de Antonio Negri las cuales son, en parte, tributarias de las lecturas spinozianas y especialmente de la transmisión de sus conceptos por parte de Gilles Deleuze.

representaciones, de instituciones imaginarias, es -en parte- la fuente de la producción normativa. Es decir, que existe un nudo necesario a nivel de razón político-jurídica entre el acto político de creación normativa y la aplicación, interpretación y praxis jurídica.

Pero, por otra parte, y de aquí surge el segundo motivo en el tratamiento diferenciado de las lógicas que fundan cada campo social, esa presencia de una razón política que funda lo jurídico es rápidamente olvidada a partir del ejercicio del saber del derecho, entendido este último como un poder-saber que funda una práctica interna que gobierna la lógica del campo del derecho (Bourdieu, 2003).

Así, la categoría analítica de la ruptura instauradora exhibe matices propios en las prácticas hermenéuticas del saber jurídico que se distancian de la lógica productiva de sentido social político.

En función de lo expuesto, puede indicarse que el derecho, en tanto que disciplina, posee reglas de explicación y de producción de un saber entendido como verdadero por los participantes del campo y por los otros sectores de la sociedad que lo legitiman. Tal como se señalara, para de Certeau esa *verdad*, en el pensamiento contemporáneo, se fundamenta en la data, en lo visual, en la construcción de una realidad como objeto aprehensible. El derecho, en ese sentido, es tributario de la búsqueda de una verdad a la manera contemporánea -hechos- pero dicha búsqueda se haya tamizada por la “verdad jurídica” que es la lógica en la cual descansa la interpretación y la selección de esos “hechos” significantes. Entonces, para comprender la instauración de una “verdad jurídica” se requiere siempre de un posicionamiento sobre las posibilidades de aprehender una verdad dentro de dicho campo.

En primera instancia vale apuntar que el discurso jurídico -principio de saber- es un discurso institucional del poder. A partir de dicho principio, es oportuno retomar algunas definiciones propias del saber-poder jurídico.

Michel Foucault, recordaba que “esta voluntad de verdad, como los otros sistemas de exclusión, se apoya en una base institucional: está a la vez reforzada por una serie de prácticas como la pedagogía, el sistema de libros, la edición, las bibliotecas, las sociedades de sabios de antaño, los laboratorios actuales. Pero es acompañada también, más profundamente sin duda, por la forma que tiene el saber de ponerse en práctica en una sociedad, en la que es valorado, distribuido, repartido y en cierta forma atribuido.” (Foucault, 2004:22)

En dicho párrafo se encuentran dos elementos diversos en los cuales se asienta el saber-poder disciplinar de las ciencias -en particular del derecho-. En primer término, se explicitan las valoraciones, distribuciones y atribuciones de un saber para una sociedad, lo cual conlleva a relacionar el poder de un saber determinado en correspondencia con una sociedad que lo recepta, lo respeta y lo toma como verdadero. En segundo lugar, se presenta una lógica de exclusión de diversos discursos apoyados en una base institucional pero, en este caso, para dentro del espacio de saber determinado. Este último aspecto supone una reflexión dirigida hacia el campo jurídico y sobre ese principio se pueden evaluar prácticas hermenéuticas fundadas en la ruptura instauradora de de Certeau.

Sin entrar en un debate acerca de la científicidad del derecho, puede pensarse en las lógicas que rigen dicho saber, las cuales se presentan fuertemente en la comprensión y conocimiento de las bases dogmáticas doctrinarias de lo jurídico.

Precisamente, si se parte de la pedagogía como un sistema de exclusión de otros saberes, el conocimiento jurídico se expresa mediante los autores *autorizados* dentro de la academia (doctrinarios), de las formas de razonamiento determinado, de las formas de citas, de las autoridades institucionales que dicen qué es el derecho (Suprema Corte), etc.

Por su parte, los sistemas de libros y publicaciones revisten entidad de exclusión de otros discursos considerados inadecuados. Las editoriales señalan -en efecto- la posibilidad del decir. En esta lógica la matriz institucional es el marco a partir del cual se compone el saber jurídico.

Sin embargo, para dentro de ese cerco “la organización de las disciplinas se opone tanto al principio del comentario como al del autor. Al del autor, porque una disciplina se define por un ámbito de

objetos, un conjunto de métodos, un corpus de proposiciones consideradas verdaderas, un juego de reglas y de definiciones, de técnicas y de instrumentos: una especie de sistema anónimo a disposición de quién quiera o de quien pueda servirse de él, sin que su sentido o su validez estén ligados a aquel que ha dado en ser el inventor.” (Foucault, 2004:33)

Ese sistema anónimo carga inconsciente con las limitaciones de los poderes que actúan sobre los discursos y que, una vez incorporados por los actores, se reifican, se naturalizan como un aparato cultural que permite comprender los conflictos sociales mediante un sistema de cultural ideológico del derecho dado.

En vinculación con el campo político, se pueden destacar determinadas condiciones de exclusión del discurso político, el cual es parte del procedimiento para la cerrazón del campo del derecho. En esa dinámica el aprendizaje jurídico mediante la dogmática (tanto doctrinaria como institucional) en general aísla -excluye- el carácter político del mismo.

Por ejemplo, puede indicarse que las fuentes de instrucción evitan la referencia de autoridad de los debates parlamentarios, de las discusiones políticas que permitieron el surgimiento de una norma. En este momento se produce un quiebre interesante. Sancionada una norma se separa del universo político y se incorpora al campo del derecho donde los analistas serán los juristas buscando su inscripción en las matrices de un sistema sin consideración alguna por la palabra política. Rara vez se recurre a ello, y la referencia a lo que “el legislador pudo entender o saber” se inscribirá, en adelante, dentro de una *razón* superadora que se autonomiza de lo histórico-social deviniendo parte de una abstracción lógico interpretativa.

De esta forma el sistema “lógico” del derecho autonomizado será interpretado adecuadamente mediante el discurso de poder. En ese sentido, es interesante resaltar un dato no menor, en el cual se inscribe la ruptura instauradora, y que se presenta en la relación entre los doctrinarios -con un poder fundado en el saber (6)- y las instituciones -con un saber fundado en el poder-. Un dato de relevancia para exponer los vínculos y las articulaciones entre los doctrinarios con respecto a las instituciones se funda en las políticas institucionales de creación del discurso jurídico. Entre ellas, una que exhibe plenamente la lógica de poder-saber y de la hermenéutica fundada en la ruptura instauradora es el hecho, bien conocido, de que *la Corte no cita autores doctrinales vivos*.

Esta condición tiene una doble relación. La primera, la más banal, pero no menos importante, es fruto del empoderamiento que la institución daría a un doctrinario vivo desde el momento que hace suya sus palabras. Este último poseería un doble poder ya que, por un lado, poseería un saber académico fundado en su saber, pero también sus palabras se transformarían en elementos centrales de la argumentación del poder institucional. Ello, se vincula con la sociedad de juristas y las prácticas institucionales que ello generaría ya que con la cita de este autor se otorgaría un prestigio especial generando desigualdad entre los diversos juristas.

La segunda posibilidad de interpretar el fenómeno tiene que ver no ya con la lógica del poder, sino con la dinámica del saber, concebida como principio regulador de la producción discursiva. Tal como se señalara más arriba la muerte de un hablante transforma, automáticamente, sus palabras en un discurso pasible de obtener las múltiples exégesis. La muerte libera al discurso, ya que no existe posibilidad de que el autor retome la palabra y niegue la interpretación.

Muerto el hablante las palabras se entregan a un sistema de pensamiento que se lo apropia, que lo hace hablar, que lo hace expresivo a futuro. En este marco, la doble condición de la ruptura instauradora (fidelidad y diferencia) se inscribe también en un esquema de poder. La fidelidad se busca por la pertenencia en común al campo del derecho, en la referencia como “maestros”, como “afamados publicistas”, como “profesores”. Pero también las múltiples exégesis se abren en una diferencia y se retrotraen hacia los autores que fundaban los conocimientos del citado doctrinario, ahora muerto. Las notas al pie del doctrinario son también posibilidades de luchar por el dominio del saber, por lo que quería decir en lo dicho (Ducrot, 1986).

(6) Saber también fundado en la institucionalización.

La explicitación de dicha práctica habitual en las instituciones jurídicas se expresa a partir de la instauración de una palabra como autorizada y pasible de recurrencias, estudios y citas para fundar decisiones, para expresar reflexiones y para legitimar un sistema de poder-saber.

Ahora bien, una pregunta que surge de inmediato es acerca de la historicidad de la palabra del autor, máxime cuando el mismo no vive la contingencia que da origen a su referencia. ¿Es posible citar a un doctrinario de principios del siglo XX, previo al constitucionalismo social, previo a los acontecimientos de las guerras mundiales, para fundamentar casos actuales? ¿No sería ese caso, el mismo que se presenta con el discurso político, al hacerlo hablar sobre ocasiones históricas que no se hallaban en los *lebenswelt* de los hablantes? ¿Es posible citar desarrollos conceptuales que tuvieron en mira acontecimientos políticos concretos y que de manera -consciente o inconsciente- eran cargados por los doctrinarios como sujetos históricamente constituidos?

La respuesta a esa doble "epoche" -en términos de Husserls- que efectúa el interpretante jurídico (por un lado, la desactivación de una razón política y por otro de una razón histórica del saber) debe escrutarse en la lógica misma del sistema de derecho, el cual como saber que se funda en la dogmática es tributario de una sola razón: la "*razón jurídica*".

Siguiendo a Hespanha es dable apreciar que en la tradición de conocimiento jurídico romanística, "por debajo de los textos y los contextos, reinaba soberana la sola entidad responsable por el sentido, la Razón jurídica. Sería, justamente, esa permanencia de la Razón la cual permitía aprehender sin deformaciones ni rupturas, indiferente al curso de la historia la significación decisiva de textos. Esa creencia en la intemporalidad del sentido y en la posibilidad de una hermenéutica sin límites lograría un aplazamiento (o una negación) de la profundidad histórica" (Hespanha, 1993).

Esta tradición aprendida en la socialización académica práctica, establece un desarrollo retórico del derecho, el cual permite citar en un mismo párrafo desde Santo Tomás de Aquino hasta los fallos de una institución judicial del siglo XXI sin sobresaltos, sin anacronismos y sin reparos por parte de otros juristas.

Es que la referencia no se funda nunca en los hechos -como principio de interpretación adecuada, razonada, crítica y científica. En su lugar, la referencia es, siempre, una razón superior que utilizada por los actores que pertenecen al campo jurídico se ve transformada, automáticamente, en interpretación fundada y fundante de una verdad institucional, en otras palabras: en un saber "verdadero".

La posibilidad de fundar fallos, dictámenes, recursos, etc., dentro del campo jurídico ofrece dos recursos aptos para la hermenéutica textual y fáctica.

El primero es la suspensión de las condiciones de producción político-textuales de la norma. Este nivel se encuentra encerrado dentro de una tradición y práctica sedimentada, ya que si se observa al derecho como campo político devenido en práctica argumental particular la posibilidad de extrapolar las argumentaciones a condiciones de hecho (fácticas), interpretativas (métodos lingüísticos, etnográficos, etc.) y argumentales (retórica fundada en políticas de saber) sólo se puede realizar en función de un referente dado: la razón jurídica. Ese referente se encarna a su vez en los discursos considerados jurídicos por institucionalización académica. De allí, que la razón no es sólo un abstracto hacia el cual se dirige el pensamiento sino que tiene una encarnadura histórica-social en las prácticas institucionales. En cada elección de una cita, en cada reflexión, práctica discursiva, elección de vocablos, etc., la razón jurídica -como sistema de poder-saber actual- se hace presente, recorriendo los intersticios del saber legal y dirigiendo la mirada y voz de los agentes.

El aislamiento jurídico de lo político asegura de esta forma la conformación de un saber especializado donde sólo un cuerpo determinado de agentes puede intervenir. Bajo el lineamiento del carácter técnico del saber legal se seleccionan porciones discursivas que tienen entidad para conmovier argumentos, decisiones y, al mismo tiempo, permiten articular pretensiones. No cualquiera puede intervenir, colocar su voz en el campo, puesto que con sólo catalogarlo de político, su a-cientificidad libera al intérprete de toda responsabilidad con respecto a dicha palabra.

Por otra parte, el segundo recurso utilizado ya no se referencia a la exclusión de discursos considerados ajenos al universo del derecho, es decir, producidos en otros campos de manera contemporánea, sino -está vez- con respecto a los antecedentes de los saberes puestos en juego *dentro* de un sistema de derecho concebido este último como un producto histórico determinado. Pensar al derecho como producto histórico conlleva una doble preocupación.

La primera es la contingencia. La posibilidad de mutaciones dentro de la dinámica del ejercicio del derecho, expresa también la historicidad de la lógica jurídica en la cual se apoya la reflexión legal. Es decir, que las prácticas jurídicas van modificando el contenido de un saber presuntamente a-histórico, perfecto, lógico y sobre todo abstracto. Esta condición fundante de la *Razón jurídica* se ve por lo tanto puesta en jaque generando una necesidad de maduración en el enfoque interpretativo.

De allí, surge la segunda problemática que es la historicidad del saber. De lo expuesto precedentemente surge que no pueden coordinarse del todo bien las palabras de Justiniano, de Gayo o de Bernardus Claravallensis con las necesidades o reflexiones de juristas actuales. Para que la interpretación se ajuste a un conocimiento acabado cada palabra, instituto, frase, principio debe conectarse con los funcionamientos, mentalidades, lógicas internas de otros sistemas de derecho que operaban en el pasado para recabar los sentidos mentados por las voces de los juristas muertos. En lugar de eso, se privilegia una hermenéutica totalizante de las regulaciones discursivas del pasado con una actualización hacia el presente que vacía de contenido histórico social lo dicho y escrito.

De esta manera, se genera una ausencia fundada en la suspensión del estudio de las causales socio-históricas de emergencia de las normas, las reglamentaciones, los fallos. Se pone un valladar a potencialidad analítica de una historia política, una historia social, una historia de las mentalidades incluso una historia institucional, que pueden dar acabada cuenta de las razones por las cuales un argumento determinado asomó como justo en un tiempo y un espacio dado y la consecuente inaplicabilidad como fundamento retórico en tiempos presentes (Braudel, 1947:131).

V. La Razón Jurídica y la comprensión socio histórica del derecho

Tal como se observó en el apartado anterior, la Razón jurídica no es más que una modalidad de la retórica legal que se encuentra articulada mediante las formas de argumentación en un campo determinado, sometido a poderes institucionales que regulan la producción y creación de la “verdad jurídica”. También, se pudo advertir que para el funcionamiento adecuado de dicha “racionalidad” es necesaria la exclusión de *lo* político y de *lo* histórico social. Puede pensarse de manera concordante que las relaciones internas del sistema de derecho contemporáneo requieren, para ser sostenidas, de la suspensión de determinados discursos para que pueda pensarse, articularse, integrarse y, finalmente, legitimarse sin inconvenientes.

Esto es además un producto de la realidad histórica. La profesionalización -cuya tétesis pareciera fundarse en la formación de técnicos jurídicos (valor histórico social)- del estudio del derecho corre a relativa distancia de los saberes de las ciencias sociales, de la actualidad del pensamiento filosófico, político e histórico. Una independencia que tiene explicación en las políticas educativas, en los órdenes de los discursos permitidos, en los sistemas de exclusión y en las prácticas que sostienen la pretendida abstracción del sistema de derecho y su *razón jurídica*.

A partir de lo expuesto, puede surgir un programa de trabajos y un temario de estudios cuya pretensión de comprensión se envuelva no ya en torno a la actualidad del campo jurídico sino en referencia al *proceso de construcción histórica del campo de derecho actual*.

Fundado en el principio de la historicidad determinante del presente resulta necesario reconstruir la dinámica histórica institucional e intelectual que terminó consolidando el sistema hermenéutico y de pensamiento jurídico contemporáneo.

Por lo tanto, se requiere una historia del libro jurídico, de las editoriales, de los temas abordados por los autores (ello también implica dar cuenta de las prácticas de lectura a la manera de Roger Chartier y de Darnton); una historia de la enseñanza jurídica: evolución de los planes de estudios de las uni-

versidades (una historia serial de la educación jurídica con especial interés en las formas en que se va excluyendo el contenido histórico social de la currícula); una historia institucional de las políticas universitarias con respecto a la historia del derecho y a la ciencia jurídica (¿Por qué se aleja Juan Agustín García, por qué cobra relevancia el pensamiento de Carlos Cossio en la Universidad de La Plata? ¿por qué y cómo la Facultad de Derecho de la UBA deja de llamarse Derecho y Ciencias Sociales?); una historia del discurso jurídico fundado en los cambios estructurales de las sentencias (desde el tamaño, desde la temática, desde los fundamentos -desde lo fáctico e intelectual- a la autopoiesis del recurso a lo “ya dicho por el tribunal”); una historia de los abogados, desde el saber extensivo hacia la profesionalidad pura; una historia de las representaciones acerca del saber jurídico desde los profanos (las miradas depositadas sobre los abogados y profesionales que determinan un imaginario social sobre la profesión, ello siguiendo los ejemplos de Lila Caimari); una historia de los sistemas del derecho (tal como lo expresan los estudios del Dr. Tau Anzoátegui); una historia de la justicia (como campo de cruce entre la historia del derecho y la historia social), etc.

Éstos temarios, cada cual con su perspectiva propia, terminan siendo indicadores necesarios para considerar una vuelta sobre la historia del derecho con una matriz en la historia de las mentalidades e institucional que determina no sólo el pensamiento de los abogados sino también la posibilidad del ver y el decir que poseen los mismos (Deleuze, 2005).

Deconstruir la *razón jurídica* como dispositivo que actúa en las palabras, las formas, las verdades permite comprender lo jurídico desde las ciencias sociales, acercando, asimismo, la interpretación jurídica a un complejo hermenéutico que no puede escindir el peso histórico que cargan los conceptos en sí mismos.

Esta pretensión, cercana a la historia conceptual e intelectual, puede fungir como una forma de interpretación jurídica, donde el debate por los institutos del derecho pueda reactivar una porción de conocimiento soslayada en los métodos aceptados por el campo del derecho.

VI. Caminos abiertos en la historia de la Razón Jurídica, una conclusión provisoria

El camino trazado por este trabajo no se puede reconstruir a modo de conclusión sino partiendo de una referencia a la obra de Michel de Certeau. Sus lineamientos en torno a la posibilidad interpretativa son un puntal para el pensamiento acerca de las razones políticas y jurídicas, habitando casi ubicuamente todas las palabras que componen los párrafos de este escrito. La ruptura instauradora es así un punto de partida, un camino que ordena el pensar y al, mismo tiempo, un punto de llegada.

La apertura de una interrogación acerca de la actualidad de la creencia arrastró consigo la inquietud por el juego de la *fidelidad* y la *diferencia* -como variables operativas- para observar diversos campos de estudio. De allí, que estableciendo las dinámicas propias de cada espacio, apoyándose para ello en Bourdieu, pudo observarse un patrón hermenéutico que se genera a partir de los conflictos de las interpretaciones y las limitaciones tanto internas como externas al discurso que crea una “verdad”.

Desde lo político, con la polifonía natural de la experiencia de los actores transformados en interpretantes, se marcó una fundación del decir, de la toma de la palabra no únicamente en una racionalidad con arreglo a fines, sino también mediante la absorción de un sentido simbólico depositado en lo afectivo (afectivo). A partir de allí, mediante una referencia a un caso concreto de la historia reciente -donde se articula también una relación estrecha con la memoria-, se modularon las estrategias de debate sobre el pasado y el presente, como también se reubicaron las herramientas que sustentan un universo político-social.

Esa razón política que se fundamenta en formaciones discursivas propias que admiten una interpretación, ajena muchas veces a la historia y que se emplazan en la interpretación de lo actual, fue también referencia y punto de partida para adentrarse en la razón jurídica, concebida ésta última como un sistema de comprensión de la realidad -ideología- pero también como la forma en que los discursos jurídicos toman forma, autoridad y construyen esa realidad-verdad sobre la que se vuelcan.

El análisis de este segmento de lo jurídico, se encaró describiendo el doble proceso de autonomización del campo. Por un lado, la distancia ganada con respecto a lo político, que si bien actúa como base de creación normativa es rápidamente dejado de lado para privilegiar la hermenéutica doctrinaria. Este paso tiene un profundo sustento institucional que coarta, limita y gestiona la palabra jurídica mediante la pertenencia de los agentes y la habilitación académica, institucional y de prestigio social que funda el poder-saber legal.

Pero, por otro lado, además del tratamiento de un discurso contemporáneo externo a lo jurídico que planteaba una exclusión fundada en la sincronía relacional, se observó la dinámica de aquel sector del saber jurídico en una dimensión diacrónica. Es decir, las formas de pensar el pasado mismo del campo, el modelo para comprender la norma antigua, los otros sistemas de pensamiento jurídico, las palabras de los autores y de las instituciones en tiempos pretéritos. En este último caso, se precisaron las formas de aprehender la norma en el pasado que no ocurre sino realizando una suspensión de las necesidades sociales, de los pensamientos de la época y de los sistemas jurídicos que permitieron la emergencia de un ley, un discurso, un libro, una voz. Estrategia fundada justamente en la enseñanza y en la dinámica institucional que permite la relación a-histórica mientras que la voz haya sido legitimada como jurídica.

Esto último desencadenó una serie de preguntas referidas a la reconstrucción histórica, pero más que nada vinculadas a la ausencia de la historia del derecho como formación jurídica de base en algunas academias. Un olvido que como se trató de explicar es fruto de una resistencia en la lógica cognitiva del derecho.

De allí, que esta propuesta de reinsertar los órdenes discursivos en su aptitud interpretativa dentro de modelos más amplios que la simple exégesis conceptual liberada de las condiciones de producción del conocimiento (sociales, políticos, de mentalidades, institucionales, económicos) invita a una reflexión desde la academia, pero también busca impulsar una ampliación de las categorías analíticas que permitan a los juristas acercarse a lo social con una visión más amplia de los acontecimientos.

Es dable concluir en este marco, que una historia no de la ciencia jurídica sino del clivaje cognitivo e institucional desde una perspectiva de la constitución del campo es una inquietud que implica pensar el pasado, pero sobre todo comprender bajo qué parámetros el presente es constituido y qué saberes organizan nuestra percepción y comprensión de la realidad, la cual es determinante tanto para quien escribe estas líneas como para quien, eventualmente, las leyere.

VII. Bibliografía

- BAJTIN, Mijail. *Estética de la creación verbal*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.
- BAUDRILLARD, Jean. *Olvidar a Foucault*, Madrid: Pre-Textos, 1994.
- BOUDIEU, Pierre. *La fuerza del derecho*, Bogotá: Siglo del Hombre, 2003.
- BRAUDEL, Fernand -1947-, "Misère et banditisme au XVI^e siècle", en: *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, París. 1947, 2, -2-.
- CASTORIADIS, Cornelius. *La institución imaginaria de la sociedad*, Buenos Aires: Tusquets, 2007.
- DE CERTEAU, Michel. *La debilidad de creer*, Buenos Aires: Katz, 2006.
- DE CERTEAU, Michel. *La invención de lo cotidiano*, v. 1 *Artes de hacer*. México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 2000.
- DELEUZE, Gilles. *Spinoza: filosofía práctica*, Barcelona: Tusquets, 2001.
- DELEUZE, Gilles. *Foucault*, Buenos Aires: Paidós, 2005.
- DUCROT, Oswald. *El decir y lo dicho: polifonía de la enunciación*, España: Paidós Ibérica, 1986.
- FOUCAULT, Michel. *El orden del discurso*. Buenos Aires: Tusquets, 2004.

FOUCAULT, Michel. Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas, Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.

FRANK, Manfred. El dios venidero: lecciones sobre la nueva mitología, España: Ediciones del Serbal, 1994.

HESPANHA, A. M. "Pré-compréhension et savoir historique. La crise du modèle étatique et les nouveaux contours de l'histoire du pouvoir", en: *Réittshistoriska Studier*, Estocolmo, 1993.

RICOEUR, Paul. El conflicto de las interpretaciones: Ensayos de Hermenéutica, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

SARLO, Beatriz. La pasión y la excepción, Buenos Aires: Siglo XXI, 2003.

SCHMITT, Carl. Romanticismo político, Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2005. ♦

Sociology Of Law. Visions of a scholarly Tradition. Mathieu Deflem. Cambridge University Press 2008

POR CARLOS E. BISSO (*)

La obra del profesor de la Universidad de South Carolina, Mathieu Deflem no es muy conocida en estas latitudes. Ello, justifica este comentario bibliográfico un poco tardío, pero hecho con la intención de divulgar una obra que, desde ya adelante, merece una atenta consideración.

Luego de la introducción, el texto se divide en cuatro partes y aporta una extensa bibliografía sobre la materia. Cada una de las mencionadas partes, luego de la exposición de su contenido, se cierra con una conclusión.

La primera parte está dedicada a los fundamentos teóricos de la sociología del derecho.

En su cometido el autor trata del derecho y el ascenso de las ciencias sociales, continúa con Max Weber y la racionalización del derecho para finalizar con el análisis de la clásica relación durkheimiana entre derecho y solidaridad social.

Revisando la historia del pensamiento pre-sociológico jurídico, se advierte la progresión del pensamiento desde la Escuela Clásica y los utilitarios hasta el materialismo histórico de Karl Marx.

Se analizan concretamente los aportes de Montesquieu, Beccaria, Bentham, Tocqueville y Henry Maine para desembocar en la perspectiva del materialismo histórico.

El legado de Marx es reconocido, como la investigación y crítica de la sociedad de sus días, en los que la sociedad industrial se transformaba rápidamente bajo la influencia de la expansión capitalista, debiendo considerársele no como una mera teoría de la economía, sino como el fundamento de un análisis de la sociedad. Se remarca así la conocida conclusión de que la infraestructura es la que determina la superestructura, en la que se encuentra —entre otros— el derecho, aunque este no fue considerado de una manera separada.

“A lo que hay que aferrarse es a la causa no al efecto —la base económica—, no la superestructura jurídica”, pareciera ser la síntesis del aporte marxiano que nos propone el autor.

Luego en una suerte de reivindicación de los precursores como Spencer y Sumner, recuerda la sociología del derecho de Ferdinand Tönnies, virtualmente desconocida hoy, aunque representó un elaborado y sistemático esquema de pensamiento, consistente con su vasta orientación sociológica.

Toca el turno de analizar el pensamiento de los fundadores de la sociología clásica: Max Weber y Emile Durkheim.

En el capítulo “Max Weber sobre la racionalización del derecho”, se lo reconoce como el padre fundador *par excellence* de la moderna sociología del derecho.

Se recorre su aporte en cuanto a la sociología interpretativa, el tipo ideal y la *elective affinity*, la racionalización de la sociedad en lo económico, político y burocrático, hasta recalar en la racionalidad del derecho moderno.

(*) Profesor Extraordinario Consulto. Licenciado Esp. en Sociología Jurídica. Profesor de Posgrado de Sociología Jurídica. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

La conclusión es terminante: para la sociología del derecho, el aporte de Weber es indispensable. Sus teorías sobre racionalización y función del derecho, en términos de regulación a través del proceso, han ofrecido una orientación temática importante para la disciplina.

También en el caso de Durkheim su influencia en la moderna sociología es tan profunda, que es imposible concebirla sin sus contribuciones.

El autor advierte que su reconocida teoría sobre la relación entre sociedades orgánicas y mecánicas —de acuerdo al grado de división del trabajo social— y los diferentes tipos de derecho, con haber sido un gran aporte, ha sido cuestionada empíricamente por autores de la talla de Robert K. Merton y Richard D. Schwartz.

Sin embargo otros sociólogos (Baxi, Cotterrell) han señalado que existe una fundamental diferencia entre los conceptos utilizados por Durkheim y los indicadores empleados en los estudios empíricos posteriores.

De todos modos, hasta los académicos que han sido muy críticos con sus conclusiones, reconocen que sus trabajos son de un valor seminal en su potencia analítica para vincular el derecho, como un hecho social, con las dimensiones extra-legales de la organización de la sociedad.

La Segunda Parte esta dedicada al desarrollo y variantes de la Sociología del Derecho y comienza con el movimiento teórico hacia el estudio sociológico del derecho.

La tradición de Europa del este, marca rumbos en el camino de la ciencia del derecho hacia la sociología jurídica.

Un análisis profundo de los aportes de León Petrazycki y sus discípulos, de Nicholas Timasheff, Georges Gurvitch y Pitirim Sorokin, así como de los académicos Eugen Ehrlich y Theodor Geiger, revelan que más allá de la mayor o menor influencia que pudieran tener en la actualidad, no puede negarse su papel en el desarrollo teórico de la disciplina.

Todos ellos contribuyeron a desechar el formalismo de la teoría legal para centrar su atención en el parentesco de lo social con el derecho, el control funcional del derecho en la sociedad y las dimensiones extra legales del derecho.

Un capítulo de inestimable interés es el dedicado al itinerario desde la jurisprudencia sociológica hacia la sociología del derecho.

La obra del profesor Cueto Rúa sobre el Common law (quizás no superada en lengua castellana), así como el clásico prólogo del maestro Carlos Cossio a "La Naturaleza de la Función Judicial" de Benjamín N. Cardozo, posibilitaron el conocimiento en nuestro medio del antiformalismo en la cultura jurídica anglosajona.

No puede dejar de mencionarse que entre la bibliografía citada por Deflem figura un trabajo de Cossio, publicado en la Columbia Law Review.

Con esa plataforma de conocimiento, resulta apasionante introducirse en el movimiento sociológico del derecho en los EEUU que nos propone el autor.

Afirma que la jurisprudencia sociológica de R. Pound es una extensión del pensamiento legal del famoso jurista O. W. Holmes que rechaza la teoría del formalismo jurídico. Para determinar lo que es realmente derecho, éste ha de ser estudiado en términos de predicción sobre si ciertas decisiones de la Corte producirán o no ciertos resultados.

A partir del trabajo de Holmes, Pound formuló la perspectiva de la jurisprudencia sociológica refiriéndose a un estudio del derecho que toma en cuenta los hechos sociales sobre los cuales el derecho procede y con los cuales está implicado. En otras palabras, el *quehacer real*, incluyendo las causas y los efectos de la ley.

Más que establecer una jurisprudencia cerrada y autosuficiente sobre la base de principios legales la jurisprudencia sociológica pretende estudiar como la ley debe ser adaptada y adecuada para responder a las condiciones cambiantes de la sociedad. La ley es, por tanto, concebida como un medio para la consecución de un fin.

Expresó la diferencia de perspectiva, en la ahora famosa distinción entre “*law in action*” y “*law in the books*”.

Otra postura de Pound es la que señala al derecho como una forma de control social. Las decisiones judiciales en este sentido contribuyen al mantenimiento del orden social como una forma de *ingeniería social*. Debe notarse que la concepción de Pound del control social —expresada en sus palabras “the whole scheme of the social order” — no debe confundirse con el uso del término en la actualidad.

El capítulo continúa con los orígenes legales de la sociología del derecho, analizando su desarrollo académico y su orientación sobre todo teórica u orientada hacia la investigación, cuando la jurisprudencia sociológica lo hace prácticamente contribuyendo a la resolución de los problemas legales.

Analizando los aportes de Parsons y el legado del estructural funcionalismo, con expresa mención de los trabajos de Bredemeier, Mayhew y Evan, resalta la mutua contribución de los estudios del derecho en las ciencias sociales y en la jurisprudencia.

En el capítulo referido a la sociología del derecho y las antinomias del pensamiento moderno, se revela una lúcida visión de los planteos relacionados con las teorías denominadas del conflicto diferenciándolas de la consideración sociológica del conflicto. Desfilan así autores como Gramsci, Lukács, Adorno, Horkheimer, Marcuse, Wright Mills, Dahrendorf, Bottomore y otros que han aportado una dimensión crítica a las clásicas orientaciones de la sociología.

Como lo adelanta Deflem, las partes III y IV giran alrededor de temas esenciales y son orientadas empíricamente, incluyendo una revista de algunas esforzadas investigaciones en la materia.

Con las limitaciones materiales del caso, el autor muestra algunas importantes innovaciones teóricas a la par que investigaciones empíricas, como puerta de entrada a otras contribuciones.

Así, se presentan en sucesivos capítulos: el derecho, la economía y la regulación del mercado. La función de los profesionales del derecho en la integración social. El equilibrio de los valores y las normas, como objeto de la relación derecho y cultura. El control social y la coacción del derecho. La globalización del derecho.

A los autores clásicos se agregan los aportes de Habermas, Luhmann, Garth, de Sousa Santos, Derrida y muchos otros, **lo que asegura una visión plural y desprejuiciada, aspecto no siempre presente en los textos de la materia.**

Tanto el lector iniciado como los estudiantes pueden encontrar en esta publicación del profesor Mathieu Deflem, un aporte invaluable sobre la historia y la situación actual de la Sociología del Derecho, así como las perspectivas de futuro, con la fuerte convicción del autor de que ese futuro, será inexorablemente interdisciplinario. ♦

Pautas de Publicación

ENTREGA DE LOS TRABAJOS

Los autores deberán presentar una versión impresa y una digital (CD) del trabajo. Las mismas deberán ser entregadas **exclusivamente** en la Biblioteca de la Facultad, sector Hemeroteca y/o Dirección. Se les dará un recibo contra entrega.

a) Artículos originales y ponencias o comunicaciones a congresos (no publicados)

La extensión será entre 20 a 25 carillas a doble espacio en Times (*Times New Roman*) cuerpo 12; en papel tamaño A4, con numeración consecutiva de todas las páginas incluyendo la portada y bibliografía. Márgenes: 2,5 izquierda, derecha, superior e inferior. La impresión debe ser a simple faz.

Los textos deberán acompañarse de un **resumen en castellano y su correspondiente traducción a uno de estos idiomas: inglés, francés, portugués, alemán o italiano** de hasta 15 líneas que incluya: objetivo, metodología, resultados y conclusiones relevantes.

Las **palabras claves** serán: tres como mínimo y cinco como máximo y deberán estar traducidas al mismo idioma que el resumen.

El cuerpo del texto será firmado bajo seudónimo.

Los autores deberán adjuntar la planilla con los datos personales, que figura como anexo 3.

Las notas al pie de página serán en cuerpo 8, deberán reducirse al mínimo posible y su contenido **se limitará a ampliaciones o precisiones de asuntos elaborados en el texto**. Dichas notas **no deben usarse para citas bibliográficas**. Estas últimas deberán ir en la Bibliografía.

EJEMPLO

- Detrás de esta concepción anidaba el ideal benefactor que consideraba que, en el siglo de los niños, no existían intereses contrapuestos entre el Estado y la Infancia. Una conclusión que justificó que no se imaginasen partes enfrentadas, que un Juez imparcial debía dirimir. Por el contrario se pensaba que el Asesor de Menores (sin fiscales ni defensores) podía representar simultáneamente los intereses del niño y de la sociedad.

Las citas textuales situadas en el cuerpo del texto y de una extensión mayor a cinco líneas (extraídas de libros, revistas, periódicos, documentos, testimonios de informantes, entrevistas, etc.) serán en cuerpo 10, en párrafo con sangría 1 cm. y entre comillas y con interlineado simple.

EJEMPLO:

“A diferencia del año 2006 en que los ingresantes.....etc. etc.”

Las citas bibliográficas integradas en el cuerpo del artículo lo serán a través del siguiente formato: (Autor/es, año: página).

EJEMPLO:

González, 1923: 58 (un autor)

González y Pérez: 1940:451 (dos autores)

González y otros: 1925: 321 (más de tres autores)

En caso de haber varias referencias a los/las mismos autores/as, en el mismo año, la distinción se hará de la siguiente forma: Primer texto: (Autor/es, año a: páginas); Segundo texto: (Autor/es, año b: páginas); Tercer texto: (Autor/es, año c: páginas).

EJEMPLO

González, 1923 a: 568

González, 1923 b: 241

González, 1923 c: 123

Las citas de Internet deben mencionar autor (en caso de tenerlo), año: página; la página web y la fecha de consulta.

EJEMPLO

Vega Almeida, Rosa Lidia. 2006 La relación dialógica entre la planificación estratégica y el aprendizaje organizacional. Disponible en: <http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol14_6_06/aci090606.htm> [Consulta: 13 marzo 2009]

Para referir información sin autor, contenida en prensa, debe ir de la siguiente manera: periódico, fecha abreviada, página y sección.

EJEMPLO

Diario El Día, 22/2/70, 5, Sección Política

La bibliografía correspondiente a las citas bibliográficas deberá incluirse al final del texto, respetando el siguiente formato:

1.-LIBROS: APELLIDO y Nombre completo del autor. *Nombre del libro*. Lugar de publicación: editorial, año

EJEMPLO

FUCITO, Felipe. *Sociología del derecho*. Buenos Aires: Universidad, 2003

2.- CAPITULOS EN OBRAS COLECTIVAS: APELLIDO y Nombre completo del autor. "Título", EN: (compilador/es o editor/es). *Nombre del libro*. Lugar de publicación: editorial , año, páginas del capítulo.

EJEMPLO

FALCONE, Roberto A. "La disponibilidad de la acción penal pública", EN: Joaquín P. Da Rocha, *La balanza de la justicia*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, 27-33

3.- ARTICULOS EN REVISTAS: APELLIDO y Nombre completo del autor. "Título", EN: *título de la revista*, lugar de edición, volumen o tomo, número, páginas del artículo.

EJEMPLO

QUIROGA LAVIE, Humberto "Actualización doctrinaria de la teoría sobre los Derechos Públicos Subjetivos" EN: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, 1987 30, 111-125.

4 CITAS DE CITAS Es la cita de una obra que a la vez está citada en otra obra, el autor no tiene contacto con la fuente original sino a través de la obra que la cita. En este caso se debe aclarar el autor y la obra original como así también el autor que la cita y en qué obra lo hace: AUTOR. Título. Citado en: Autor, título de la obra en que está citado. Lugar, editorial y fecha de edición.

EJEMPLO

BASS, Richard. Organizational decision and making. Citado en: Harrison, Ernest. The managerial decision making process. Boston: Houghton Mifflin, 1987.

5.-FALLOS Los fallos se citan en el siguiente orden: Sigla del Tribunal, fecha abreviada, nombre de las partes. EN: *título de la revista*, año-letra y o número del tomo, página.

EJEMPLO

CNCiv., sala K, 30-09-2003. Piazzolla, Daniel c/Telefónica Argentina S.A. EN. *La Ley*, 2003-F, 582-590.

6.-CITAS LEGALES La legislación se cita en el siguiente orden: tipo y número de norma, denominación oficial si la tiene, título de la publicación en que aparece oficialmente, lugar, fecha, indicando día mes y año.

EJEMPLO

Ley n° 26600. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 8 de julio de 2010.

Las tablas, cuadros y gráficos deberán presentarse en hoja aparte y estos últimos en formato digital, en el programa en que fueron realizados. Deben estar numerados por orden de aparición, con título que de cuenta de su contenido y mencionar la fuente de la información al pie de la ilustración. Los lugares de su inserción deberán señalarse en el texto.

b) Artículos de revisión, reseñas y estados del arte.

La extensión será de 8 a 10 carillas a doble espacio en Times (*Times New Roman*) cuerpo 12; en papel tamaño A4, con numeración consecutiva de todas las páginas incluyendo la portada y bibliografía. Márgenes: 2,5 izquierda, derecha, superior e inferior.

Deberá respetar las demás pautas establecidas para la presentación de Artículos originales y ponencias o comunicaciones a congresos.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2DA QUINCENA DE NOVIEMBRE DE 2011
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA