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

**Universidad
Nacional
de La Plata**

ANALES

DIRECTOR

JUAN CARLOS CORBETTA

**AÑO 10
/ N° 43
NUEVA
SERIE
2013**

ISSN 0075-7411

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Abog. Hernán R. GOMEZ
Decano

Abog. Vicente S. ATELA
Vicedecano

Secretaría Académica: Abog. Sandra Paris
Secretario de Investigaciones: Dr. R. Sebastián Piana
Secretaría de Posgrado: Abog. Laura A. Cala
Secretario de Asuntos Institucionales: Abog. Javier Morroig
Secretario de Extensión Universitaria: Abog. Adolfo Brook
Secretario de Asuntos Estudiantiles: Abog. Pablo Ais

HONORABLE CONSEJO DIRECTIVO

CONSEJEROS DIRECTIVOS

CLAUSTRO DE PROFESORES

Titulares

GATTI, Angel Eduardo
ATELA, Vicente Santos
KRIKORIAN, Marcelo
MARTIN, Juan Carlos
DELUCIS, Sergio
ZENDRI, Liliana
FRANCHINI, María Florencia

CLAUSTRO DE JEFE DE TRABAJOS PRACTICOS

Titular

MONTERO LABAT, Edwin

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Titulares

BOUCHOUX, Manuel
AYLLON, Federico

CLAUSTRO DE NO DOCENTES

Titular

SAUER, Cecilia Patricia Inés

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Titulares

ELISECHE, Joaquín
DRAKE, Bárbara
MUELE SOLER, Joaquín
NIÑO GOMEZ, Carlos Nicolás
MEYER, Pablo

CONSEJO DE REDACCION. MIEMBROS TITULARES

Secretaría de Redacción: Abog. Rita M. Gajate
Asesores: Dra. Marisa Miranda; Dr. R. Sebastián Piana
Secretaría Ejecutiva: Abog. Eleonora Elliff;
Abog. Juan H. García Zeballos;
Prof. Alicia Cap; Prof. Federico Eduardo Urtubey.

CONSEJO HONORARIO EDITORIAL

Profesores Extraordinarios Eméritos:

Dr. Jorge Horacio ALTERINI; Dr. Guillermo Julio OUVIÑA; Dr. Juan Carlos REZZONICO; Dr. Roberto H; LAVIGNE; Dr. Roberto Omar BERIZONCE; Dr. Juan Carlos HITTERS; Dr. Humberto QUIROGA LAVIE; Dr. Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO

Profesores Extraordinarios Consultos:

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 (en homenaje)

FERNANDEZ SEGADO, Francisco (Univ. Complutense)

FIX ZAMUDIO, Héctor (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM)

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

GARCIA PELAYO, Manuel (en homenaje)

GIDDENS, Anthony (London School of Economics)

HELD, David (London School of Economics)

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

JIMENEZ DE PARGA, Luis (Univ. Complutense)

JIMENEZ DE PARGA, Manuel (Emérito Univ. Complutense)

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

LINZ, Juan (Emérito Univ. de Yale)

LUHMANN, Niklas (Univ. de Niefeld)

MOLINA, Jerónimo (Univ. de Murcia)

MONTERO, Ramón (Univ. Autónoma de Madrid)

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

PAREJO ALFONSO, Luciano (Univ. Carlos III)

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

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

ROSANVALLON, Pierre (E.H.E.S. París)

RUBIO LLORENTE, Francisco (Univ. Complutense)

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

SANTAMARIA, Julián (Univ. Complutense)

TARZIA, Giuseppe (en homenaje)

TOMAS Y VALIENTE, Francisco (en homenaje)

TAVOLARI OLIVERO S, Raúl (Univ. de Chile)

VAZQUEZ SOTELO, José Luis (Univ. de Barcelona)

PRESENTACION

Este nuevo volumen de ANALES de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, posee una particular relevancia, hace ya diez años que iniciamos la publicación de esta Nueva Serie de nuestro antiguo Anuario, creado en 1926, y editado mediante un convenio celebrado entre nuestra Facultad y la Editorial LA LEY, por iniciativa del entonces Decano Dr. Roberto O. Berizonce —hoy Profesor Extraordinario Emérito— y continuado por los siguientes Decanos, los Profesores Dres. Carlos Bottassi y Hernán R. Gómez, que afianzaron su continuidad y periodicidad.

En primer lugar, en este número, nuestra Casa de Estudios conmemora el bicentenario de la Asamblea General Constituyente de 1813 y en su homenaje publicamos tres trabajos que presiden los textos de todas las secciones.

A comienzo de este año, falleció el Profesor Extraordinario Emérito Dr. Segundo V. Linares Quintana, a la edad de ciento tres años. El Profesor Titular Dr. Carlos Mayón, uno de sus discípulos, nos brinda a modo de homenaje, una sugestiva evocación que titula “Linares Quintana: Una larga y fructífera vida dedicada a la Ciencia política y constitucional”, a quién legó al Instituto de Derecho Constitucional y Político “Dr. Carlos Sánchez Viamonte” los diez mil volúmenes de su biblioteca especializada.

Por primera vez publicamos en su idioma original un importante trabajo de dos Profesores de la Universidad de Santa Catarina (Brasil), acerca de la representación política y su significado en la democracia indirecta.

También deseamos destacar la elaborada y meditada colaboración del Profesor Dr. Héctor Zimmermann (UNNE) acerca del horror y el abismo que significa el Holocausto y que publicaremos en dos números.

Una vez más reiteramos la necesidad de cumplir estrictamente con todos los requisitos establecidos en las pautas de publicación y con aquellos que establece Latindex para obtener la calificación de revista científica.

En este décimo año de la Nueva Serie, deseamos expresar nuestro agradecimiento a todos los Profesores y Docentes que con sus trabajos, aportes y colaboraciones hicieron posible la publicación de todos estos volúmenes.

Asimismo, deseamos agradecer también y muy especialmente, a quienes en la Editorial LA LEY han colaborado y contribuido con sus conocimientos, dedicación y buena voluntad a la permanencia y proyección de nuestros ANALES, en los comienzos, al Dr. Carlos J. Colombo; y actualmente, al Dr. Jorge Alterini, y los Dres. Enrique Rodríguez Quiroga, Fernando Sagarna, María Silvina Lucero y Verónica Calleja.

A todos Uds. muchas gracias!

Juan Carlos Corbetta
Director

SUMARIO

Homenaje a la Asamblea del Año XIII

Estado del país en los años previos a la convocatoria de la Asamblea General Constituyente POR FERNANDO ENRIQUE BARBA	1
--	---

Bicentenario de la Batalla de Salta. La patria en marcha POR HERNÁN LUNA.....	7
--	---

Asamblea del Año XIII: Comentarios de una breve compilación -Homenaje a sus 200 años- POR LAURA ALEJANDRA CALÁ	11
---	----

Homenaje al Profesor Emérito Dr. Segundo V. Linares Quintana

Linares Quintana: Una larga y fructífera vida dedicada a la ciencia política y constitucional POR CARLOS A. MAYÓN	30
--	----

Derecho Administrativo

El poder administrativo en la jurisprudencia de la Corte Europea de los derechos del hombre POR FRANCESCO MANGANARO	39
--	----

La pretensión ejecutiva de actos administrativos incumplidos por el Estado. Necesidad de su legislación POR CARLOS E. MAMBERTI	57
---	----

Derecho Civil

El tratamiento ambulatorio involuntario en la ley de salud mental POR LUIS ALBERTO VALENTE	76
---	----

Derecho Comercial

Los "Derechos Económicos" de Futbolistas mirados desde el Derecho Común POR MARIO G. BACIGALUP VÉRTIZ.....	89
---	----

VIII

Derecho Constitucional

“Ne bis idem” La prohibición contra la doble persecución penal POR VALERIA L. ANSELMINO	102
--	-----

Derecho de la Integración

El problema de las normas interconectadas: Una visión desde la Convención Interamericana de Derechos Humanos POR CALOGERO PIZZOLO	115
--	-----

La ausencia de un “demos” unificado como freno a los procesos de integración. Los casos de UE y Mercosur POR MARTÍN LEONARDO CABRERA	124
---	-----

Derecho Internacional Público

Elementos de cooperación penal entre EE.UU. y la República Argentina POR BRUNO M. TONDINI	137
--	-----

Derecho de Minería y Energía

Derecho de minería y energía. El principio de congruencia de la ley general del ambiente en el Derecho Minero POR MARÍA JULIA COVO	151
---	-----

Derecho Notarial y Registral

Subsanaciones en la escritura pública POR MARÍA VICTORIA GONZALÍA	161
--	-----

Derecho Penal

La invocación de precedentes y el pensamiento analógico POR ERNESTO DOMENECH	176
---	-----

El estudio de los perfiles masculinos en contexto de encierro carcelario y su relación con la violencia intrafamiliar POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU	185
--	-----

El derecho a la educación en contexto de encierro en la normativa, y más allá de la norma: Experiencias de intervención educativa de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Reflexiones POR VALERIA HUENCHIMAN, MARÍA LUISA BERMEJO Y MARGARITA ANTONIA VÁZQUEZ	197
---	-----

Derecho Político

Holocausto y proceso. Desde el nacimiento del nacional socialismo hasta el inicio de la Segunda Guerra (1ª parte) POR HÉCTOR JOSÉ ZIMERMAN	211
---	-----

Instituto da representação política e seu significado na democracia indireta POR ORIDES MEZZAROBA Y ALINE BOSCHI MOREIRA	222
---	-----

Constitución Nacional. Vigencia y Reforma POR MARIO H. RESNIK	235
--	-----

Derecho Procesal

La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio POR ROBERTO O. BERIZONCE	245
Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares POR LEANDRO J. GIANNINI.....	266
El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación POR FRANCISCO VERBIC	267
Divina Trinidad: Progresividad del sistema penitenciario, salidas transitorias y resocialización de los penados POR NATALIA ARGENTI.....	287

Derecho Público Provincial y Municipal

Algunas consideraciones sobre el municipio POR DARDO R. DIFALCO	301
--	-----

Derecho Romano

Sobre la enseñanza del Derecho Romano POR GASTÓN LEANDRO MEDINA.....	319
---	-----

Historia Constitucional

La difícil relación entre el Consejo de Regencia y las Cortes de Cádiz y la Revolución en el Río de La Plata: Rechazos e influencias POR JUAN P. GARDINETTI	329
--	-----

Introducción al Derecho

El fenómeno jurídico POR RUBÉN MARCELO GARATE	340
--	-----

Derecho Social

El despido incausado como acto discriminatorio POR GASTÓN LEANDRO MEDINA.....	353
--	-----

Sociología Jurídica

El cambio social, las políticas criminales erráticas, el discurso punitivo POR JULIO RUBÉN IZA	365
---	-----

Poema

La inundación POR RICARDO PABLO RECA	380
---	-----

Pautas de Publicación

Revista Anales. Anexo 2	381
-------------------------------	-----

HOMENAJE A LA ASAMBLEA DEL AÑO XIII

Estado del país en los años previos a la convocatoria de la Asamblea General Constituyente

POR FERNANDO ENRIQUE BARBA (*)

Resumen

La Asamblea General Constituyente, a pesar de no haber logrado su propósito primordial, es decir, la declaración de la independencia y la sanción de una constitución, marcó un hito de relevancia en la historia argentina. La misma fue convocada en momentos de enormes dificultades, tanto en lo institucional como en lo militar. También existían problemas en el orden político, tanto en el interno como en el internacional, derivado este último de la presencia de la corte lusitana en Brasil y la ocupación napoleónica de España. El presente trabajo está dirigido a señalar entonces, las especiales circunstancias que rodearon el período previo a la convocatoria a Asamblea.

Palabras clave: Asamblea - política — Independencia.

CONDITION OF THE COUNTRY IN THE YEARS PRIOR TO THE CONVENING OF THE ASSEMBLY GENERAL CONSTITUENT.

Abstract

The Constituent Assembly, despite not having achieved its primary purpose, ie the declaration of independence and the enactment of a constitution, marked an important milestone in the history of Argentina. The meeting was convened at a time of enormous difficulties, both institutional and militarily. There were also problems in the political order, both domestic and international, the latter derived from Lusitanian court presence in Brazil and the Napoleonic occupation of Spain. This paper is intended to indicate then, the special circumstances surrounding the run up to the Assembly convening.

Keywords: Assembly — Policy — Independence.

La magna Asamblea General Constituyente marcó, a pesar de no haber logrado su postrero fin, esto es, la declaración de la independencia y la sanción de una constitución, un hito de relevancia en la historia argentina.

La misma fue convocada en momentos de incertidumbre política, particularmente en el orden interno como asimismo, como se verá, tanto en lo militar como en lo internacional. En el primero, las desavenencias producidas en las relaciones entre Buenos Aires y las provincias, fruto directo de la vocación centralista de los dirigentes capitalinos y escasa o a veces nula participación en la conducción de la revolución por parte de los diversos intereses del interior provocada, sin dudas, por la permanente negativa de la porteña conducción, tensó inevitablemente, las relaciones entre ambos sectores en que se dividía el país. Esa partición ya era notable y sensible antes de los acontecimientos de mayo de 1810, pero estaba contenida por la administración real. Producida la revolución, las fuerzas que estaban alrededor de los intereses de la economía portuaria se desenfrenaron y no pudieron ni quisieron disimular su acción en función de las eventuales utilidades que se esperaban obtener relacionadas con las nuevas expectativas que brindaba el comercio libre, el cual quedó establecido de hecho desde el mismo 25 de mayo.

(*) Profesor y Doctor en Historia, Facultad de Humanidades, UNLP. Profesor Titular de Historia Argentina. Director del Instituto de Historia Argentina, Facultad de Humanidades, UNLP. Vicepresidente de la Academia Nacional de la Historia.

No debe interpretarse por lo arriba expresado que la Revolución de Mayo fue fruto sólo de un desproporcionado espíritu mercantilista que si existió pero, es bueno recordar que junto al mismo, se conjugaron fuertemente las ideas independentistas y sin duda, de la formación de una nueva Nación.

En el campo militar el país en ciernes peligraba especialmente en el norte donde, como consecuencia de la derrota del ejército revolucionario producida en Huaqui el 20 de junio de 1811, se produjo una nueva invasión realista llevada a cabo por un importante ejército, perfectamente pertrechado y formado por tropas veteranas. El jefe de las tropas realistas que había entrado en triunfo en el Alto Perú, decidió aprovechar el impulso e invadió la provincia de Salta. Para dicho fin puso a Pío Tristán al mando de 3.000 hombres con los cuales debía llegar hasta la ciudad de Tucumán para posteriormente, con el apoyo de los realistas que se mantenían en Montevideo, atacar a la propia ciudad de Buenos Aires. El general Belgrano, al mando del Ejército del Norte, recibió órdenes de retirarse hacia Tucumán sin presentar batalla. Sin embargo, al cruzar el río de las Piedras, la retaguardia patriota sostuvo y venció, 3 de septiembre de 1812, en el combate que lleva el nombre de dicho río. Llegado a Tucumán, Belgrano recibió nuevas órdenes de retirada mandato que, como es sabido, no fue obedecido. En Tucumán, él y su ejército se cubrieron de gloria, cuando el 24 de septiembre derrotaron a los invasores quienes emprendieron la retirada hacia Salta; allí se habría de librar una nueva batalla que habría de culminar, el 20 de febrero de 1813, con un rutilante triunfo que desbarató por casi tres años, todo intento realista de invasión por las provincias del norte. Las batallas de Salta y Tucumán fueron sin duda, las más importantes libradas en territorio argentino y garantizaron la independencia nacional.

En octubre de 1810 llegó a Montevideo el general Gaspar de Vigodet y se hizo cargo del gobierno por ausencia de de Elío quien a la sazón se encontraba en España. Envío una división al mando del capitán de navío Juan Ángel de Michelena para interrumpir las líneas de comunicaciones y abastecimiento del ejército de Belgrano, la cual tras ocupar la actual Concepción del Uruguay el 6 de noviembre, controló Gualaguaychú y Gualaguay. Los realistas intentaron entonces ocupar Nogoyá y avanzar sobre La Bajada, hoy ciudad de Paraná, pero la resistencia de las partidas de milicianos lo impidieron. Ese cuerpo de ocupación abandonó Entre Ríos al poco tiempo ante la presencia del ejército que retornaba del Paraguay.

En tanto, en enero de 1811 había regresado a Montevideo Francisco Javier de Elío con la designación de virrey del Río de la Plata; la misma fue comunicada por el propio Elío a la Junta de Buenos Aires a la cual le reclamaba que se le entregara el mando de estas provincias, invocando para ello se nuevo cargo en el cual había sido nombrado por el Consejo de Regencia. La Junta porteña contestó el oficio rechazando en forma enérgica la solicitud; en parte de la respuesta se afirmaba que “redúzcase todo éste suelo inmenso a un puñado de cenizas antes que sufrir el despotismo de los antiguos mandatarios”. La Junta, bajo el mando del tantas veces apostrofado “conservador” Saavedra, dejaba muy en claro que el destino de la Revolución de Mayo era la independencia. Tras recibir el rechazo a su autoridad por parte de Buenos Aires la declaró ciudad rebelde y estableció la nueva capital del virreinato en Montevideo; el 13 de febrero de 1811 declaró la guerra a la Junta de Buenos Aires.

En lo concerniente a la Banda Oriental, debe señalarse que desde fines de 1809 varios orientales estaban abocados a lograr la independencia de la misma del dominio español; entre las más destacadas figuras se hallaba Montevideo Mateo Gallegos. Eduardo Acevedo afirma que en una chacra que poseía el doctor Manuel Pérez se reunían, entre otros, José Gervasio Artigas y su hermano Manuel Francisco, Larrañaga y Fernando Otorgués, por entonces capataz de la Estancia del Rey.

Producida en Buenos Aires la Revolución de Mayo y desconocida la autoridad de Elío, la Banda Oriental no tardó demasiado en seguirla. El 27 de febrero de 1811 se produjo el conocido *Grito de Asencio* liderado por Pedro José Viera y Venancio Benavides acto que sin dudas marcó el comienzo de la revolución de los orientales. En los días subsiguientes se ocuparon las villas de Mercedes y de Santo Domingo de Soriano; este hecho se comunicó simultáneamente a Buenos Aires solicitando asimismo, auxilios para llevar adelante la campaña. José Gervasio Artigas, quién había sido señalado para asumir la conducción del movimiento, se sumó a la revolución y tras ocupar Soriano, Benavides tomó

El Colla el 20 de abril. Manuel Francisco Artigas a su vez actuó en la zona este y el 24 de abril de 1811 tomó la villa de Minas de Santa Lucía, el día 28 entró en San Carlos y el día 29 rindió Maldonado, luego el fuerte de Santa Teresa; en tanto, fuerzas patriotas ocuparon San José el 25 de abril. Afirma Emilio Loza que “cada pueblo se convirtió en un foco de rebelión y cada caudillo en un jefe”.

La Junta de Buenos Aires, en vista de las actividades revolucionarias en la Banda Oriental, ordenó al resto de la expedición que había sido derrotada en el Paraguay que cruzara a dicho territorio al mando del propio general Belgrano quién estuvo a cargo del mismo hasta el 20 de mayo en que hubo de marcharse, según órdenes recibidas de la Junta; partió 21 de mayo hacia Buenos Aires luego de haber hecho reconocer al general José Rondeau como general en jefe del ejército; Rondeau era quien estaba al momento a cargo de las operaciones en la Banda Oriental. Mitre recuerda que en un carta Artigas escribía a la Junta que estaba “aguardando las órdenes del Excmo. Señor Belgrano para dirigirme a Montevideo con la brevedad posible, y puede V.E. descansar en los esfuerzos de esta legión de patriotas que sabrán romper las cadenas de la esclavitud y asegurar la felicidad de la patria”.

Elío, viendo estrecharse el cerco sobre Montevideo envió al capitán de fragata José Posadas con una división de 1.230 hombres. Dicho jefe estableció su campamento en Las Piedras, mientras que Artigas el 12 de mayo hizo lo propio en Canelones. El 18 de mayo de 1811, José Gervasio Artigas, al frente de unos mil hombres de caballería e infantería venció a los realistas, levemente superiores en efectivos, en la batalla de las Piedras y, pocos días más tarde, sitió la ciudad de Montevideo, que se convirtió en el único reducto de la colonia española en la Banda Oriental, ya que Colonia del Sacramento cayó el 26 de mayo en manos de Venancio Benavides. Pocos días más tarde, se incorporaron al sitio de Montevideo las tropas de Rondeau. El triunfo de la Batalla de las Piedras dio a los patriotas el dominio total de la campaña, además de apoderarse de la flota realista que había llevado a las tropas que combatieron en la batalla. Sin embargo, la ventaja obtenida habría de durar poco.

En efecto, desaparecido Moreno de la escena política, la Junta envió a Sarratea a la corte portuguesa, a la sazón en Río de Janeiro, con el aparente principal objetivo de conseguir el cese de la guerra y el levantamiento del bloqueo; sin embargo, en instrucciones reservadas se le encargaba negociar la formación de una monarquía constitucional en el Río de la Plata bajo la corona de la Infanta Carlota Joaquina, hermana de Fernando VII y esposa del rey de Portugal; aquella, luego de coronarse, debía ceder el trono a su hijo Pedro de Braganza. Esta complicada gestión, que ha merecido importantes estudios, dio lugar para que el representante británico en Río de Janeiro, lord Strangford participara y lograra conseguir ser admitido como mediador entre en Conde de Linares, el Marqués de Casa Irujo y Sarratea quienes aceptaron la pacificación en el Plata sobre la base del levantamiento del bloqueo, el reconocimiento de la autoridad de Elío en la Banda Oriental, de Velazco en el Paraguay y de la Junta en el resto del virreinato y del envío de comisionados a España para tratar del asunto. Asimismo se aceptó que las tropas portuguesas solo actuarían en caso de una negativa de Buenos Aires a aceptar el convenio.

A pesar del principio del acuerdo, las tropas portuguesas bajo el mando del jefe de la guarnición de Río Grande, Diego de Sousa, que a la sazón se hallaba acampado en Bagé, emprendió el 17 de julio un movimiento hacia Yaguarón y continuó su penetración si recibir resistencia hasta Melo; recién entonces Rondeau reforzó a las avanzadas de observación con dos divisiones.

Ante el fracaso de sus gestiones, Strangford, en una conferencia con los tres representantes ya nombrados, prácticamente les dio un ultimátum; consecuencia del mismo fue la firma del armisticio en el mes de octubre. Al volver la delegación a Buenos Aires la Junta había caído por los sucesos del mes de septiembre y había asumido el poder ejecutivo un Triunvirato conformado por José Feliciano Chiclana y Juan José Paso y Manuel de Sarratea. Preocupados por la situación militar, la derrota de Huaqui y el avance portugués en la Banda Oriental, decidieron aceptar el armisticio y el 7 de octubre de 1811 se cerró un acuerdo por el cual se cesaban las hostilidades, se levantaban ambos bloqueos, se retiraban los ejércitos de Buenos Aires y de Portugal y se entregaban, a Elío, hecho harto peligroso, los pueblos entrerrianos de Concepción del Uruguay, Gualaguay y Gualaguaychú.

El 10 de octubre, hubo una segunda reunión de vecinos orientales con José Julián Pérez, representante del Triunvirato en negociaciones con Elío, sin resultados. El 12 de octubre se levantó el sitio a Montevideo y el 20 de octubre se firmó el armisticio, ratificado al día siguiente por Elío y el 24 por el Triunvirato.

A los ocho días de haberse oficializado el armisticio, las tropas de Rondeau levantaron el sitio, dirigiéndose junto a las huestes artiguistas hacia San José. Rondeau embarcó posteriormente sus efectivos en Colonia mientras que Artigas, descontento con la medida y dispuesto a continuar la lucha, emprendió la retirada seguido por los habitantes de la campaña no dispuestos a quedar nuevamente bajo el dominio español. Este episodio conocido como *la redota*, más tarde bajo la denominación del éxodo oriental, habría de culminar con el traspaso del río Uruguay y la formación del campamento en la provincia de Entre Ríos, en el paraje conocido como Ayuú, hoy Concordia. Esta situación habría de mantenerse con variantes hasta que, recién en 1813 se iniciaría un segundo sitio de Montevideo que habría de culminar, el 23 de junio de 1814, con la caída de la plaza y la desaparición definitiva de la autoridad española del Río de la Plata.

Un hecho más vino a agregarse a la preocupante situación ya que el mismo podía, eventualmente, dar pie a los sectores indecisos de abandonar el apoyo a los revolucionarios; el mismo fue la sanción, el 19 de marzo de 1812, de la Constitución de Cádiz que dotaba a la nación de un régimen de monarquía constitucional centralizada en ausencia del rey cautivo Fernando VII. Hay que destacar como característica singular de la Constitución de 1812 que se elaboró, pensó, debatió e ideó con un propósito claro, directo y posibilista: una Constitución para ambos hemisferios. Y así se plantea no sólo porque el artículo 1º expresaba lo que es la “Nación española”, es decir, “la reunión de los españoles de ambos hemisferios”, sino porque además esa dinámica hispana que decretaron las Cortes desde el primer día de su instalación fue una constante de la que no se pudo escapar el texto constitucional.

Este nuevo régimen centralista no sólo afectaba entonces a la península sino también a todas las jurisdicciones leales de América que lo eran el Perú, Nueva España, algunas provincias de Venezuela, Cuba, Guatemala, Yucatán y parte de Nueva Granada, creando para dicha relación dos componentes representativos de tipo territorial reposados en los ayuntamientos y las diputaciones provinciales de carácter electivo limitados en la figura de un jefe político nombrado por el rey. Por otro lado, las juntas de Buenos Aires, Caracas y Nueva Granada que se habían erigido en contra de la corona española a partir de 1810 no se hicieron eco de esta nueva disposición emanada de la metrópoli lo que demostraba su carácter intransigente frente al dominio realista.

Vista la situación general del período pasaremos al estudio de la situación política del país en el período comprendido entre la formación del Primer Triunvirato en septiembre de 1811 y la reunión de la Asamblea en 31 de enero de 1813.

Por diversas circunstancias anteriores al período de nuestro interés, la orientación política de la ahora Junta Grande originó, tanto dentro como fuera de la misma, serias discordias que se polarizaron en la conocida controversia entre Saavedra y Moreno la que, en realidad, iba más allá de los dos personajes. La desaparición del último nombrado no sólo no acabó con las discrepancias sino que avivó el antagonismo entre los sectores; esta situación habría de culminar en el movimiento del 5 y 6 de abril de 1811 con la cesación en sus cargos de los morenistas que integraban la Junta, pero, a sólo dos meses de transcurrido aquel hecho, la situación habría de cambiar diametralmente. Justamente, el desastre de Huaquí fue un golpe terrible para la credibilidad del gobierno; Saavedra partió hacia el norte para reorganizar el ejército derrotado y dicha situación fue prontamente explotada por el sector morenista. Entre el 13 y el 19 de septiembre la situación política habría de cambiar diametralmente. El último de los días mencionados se convocó a cabildo abierto y se realizaron elecciones de diputados por la ciudad de Buenos Aires para que la representaran en el Congreso General, siendo elegidos los ya citados Juan José Paso y Feliciano Chiclana. La Junta, falta de poder y de apoyo en la ciudad, resolvió el 23 de septiembre constituir un poder ejecutivo conformado por tres miembros y una Junta Conservadora conformada por los diputados del interior y dos de Buenos Aires. Los dos diputados mencionados, junto a Manuel de Sarratea conformaron así el conocido como

primer Triunvirato; era un claro triunfo del porteñismo sobre las provincias, que habría de acentuarse dos meses más tarde cuando los diputados del interior fueron expulsados de la capital. La Junta Conservadora dictó el Reglamento Provisional donde, entre otras medidas de importancia se daba preeminencia a la Junta sobre el Triunvirato; el mismo, bajo la influencia de Rivadavia y al ver coartada su acción ejecutiva por su demasiada dependencia de la Junta, pasó el Reglamento a informa del Cabildo el cual, se expidió en contra. Nótese que un cuerpo municipal juzgó y rechazó lo que había confeccionado un cuerpo nacional. Basándose en dicho rechazo, el Triunvirato dictó el 22 de noviembre el Estatuto Provisional y, aprovechando el motín del 7 de diciembre, conocido como “de las trenzas”, Rivadavia sostuvo que el mismo había sido instigado por el Deán Funes y otros diputados del interior; aquel y el conjunto de estos fueron expulsados de la Junta y de Buenos Aires. Los porteños quedaban así dueños del poder e intentarían imponerse sobre el Interior que había quedado sin representantes.

Debe reconocerse que a pesar de la forma que se había constituido el nuevo gobierno, llegó a realizar obras de importancia entre las que deben señalarse, entre otras, la creación de la Comisión de Justicia, el Reglamento para la administración de Justicia de las Provincias Unidas del Río de la Plata por el cual se declaraba abolida la Real Audiencia y era sustituida por la Cámara de Apelaciones. También debe recordarse que el Triunvirato, cauteloso en extremo de sostener en las formas la aparente supeditación a España, desaprobó la creación e izamiento de la bandera realizada por Belgrano el 27 de febrero de 1812. En una carta explicaba los motivos diciéndole que “las demostraciones con que inflamó V.S. a las tropas de su mando, esto es, enarbolando la bandera celeste y blanca como indicante de que debe ser nuestra divisa sucesiva, las cree este gobierno de una influencia capaz de destruir los fundamentos con que se justifican nuestras operaciones y las protestas que hemos anunciado con tanta repetición y que en nuestras comunicaciones exteriores constituyen las principales máximas políticas que hemos adoptado”. Esta pacata actitud, seguidas por otras como las órdenes de retirada al Ejército ante el avance realista en el norte, habrían de hacerle ganar el desprestigio y desconfianza de los sectores que apuraban la salida independentista.

Debió además el triunvirato soportar conjuras y conspiraciones, siendo sin duda la más importante de ellas la conocida como la “conspiración de Álzaga. La misma no era un movimiento producido en la soledad de estos confines; contaba con el apoyo de la Princesa Carlota radicada, como quedó dicho, en Río de Janeiro, quien aún tenía esperanzas de coronarse en el Río de la Plata y que había prometido el concurso de armas, hombres y dinero aprovechando que Buenos Aires se hallaba prácticamente desprovista de tropas. La conjuración, por diversos motivos se atrasó en su estallido y esto sirvió para que fuera descubierta; los conjurados entre ellos el jefe de los mismos, Martín de Álzaga, fueron fusilados.

Es sabido que el Triunvirato promovió la reapertura de la Sociedad Patriótica que había sido disuelta por los triunfadores del movimiento del 5 y 6 de abril de 1811. El 13 de enero de 1812 fue entonces reconstituida dicha sociedad la que fue presidida en un primer momento por Valentín Gómez quien luego habría de ser remplazado por Bernardo de Monteagudo. Obviamente la Sociedad apoyó al comienzo los actos de gobierno del Triunvirato, pero a medida que pasó el tiempo se fue distanciando del mismo por no compartir el rumbo hacia donde era llevada la revolución y la tendencia a un gobierno cada vez más centralizado. Al poco tiempo de reinstalada la Sociedad, se fundó en el mes de marzo, la Logia Lautaro al impulso de San Martín, Alvear y Zapiola. Las dos logias habrían de apoyar la candidatura de Bernardo de Monteagudo para sustituir en el Triunvirato a Sarratea, quien debía cesar en su mandato.

En abril de 1812 se disolvió la Asamblea provisora que había sido constituida en febrero del mismo año; por ello el Triunvirato realizó la convocatoria a otra Asamblea, informando de ello a los cabildos del interior. A pesar de esta medida, era evidente que los triunviros aumentaban aquella política centralizadora que provocaba no sólo la reacción de los cabildos sino también, y esto era más preocupante para el Triunvirato, por su cercana presencia, de la Logia y de la Sociedad.

El gobierno por fin anunció la reunión de la Asamblea para el 6 de octubre, otorgando simultáneamente atribuciones al Cabildo para que examinara los poderes de los representantes del interior y

que supliera a los diputados que, por diversos motivos estuvieran ausentes; esta era una clara maniobra para obtener la mayoría en la Asamblea y asegurarse así la subordinación de la misma a sus designios. Al mismo tiempo, el gobierno declaró, sin dar ningún tipo de motivo, que Monteagudo se hallaba impedido para ser aceptado como diputado representando al cabildo de Mendoza. Juan Canter expresa al respecto que la elección de Monteagudo había sido el resultado de la “habilidad de Rodríguez Peña, quién llevó a cabo la acción encomendada por la Logia. Monteagudo iba a constituir todo un peligro dentro de la Asamblea; su palabra fogosa sería oída, presionaría voluntades y expondría los vicios del cuerpo corporativo”.

Reunida que fue la Asamblea, se dejó sin efecto los nombramientos de varios diputados siendo estos suplantados por residentes en Buenos Aires y adictos al gobierno; Sarratea fue a su vez sustituido por Pedro Medrano, candidato de Rivadavia y se evitó de esta manera la designación de Monteagudo. La designación de Medrano habría de desencadenar días más tarde, la denominada “revolución del 8 de octubre”. Ese día, las tropas ganaron las calles y se situaron en la plaza, entre ellas el Regimiento de Granaderos recientemente creado; además se presentaron grupos de vecinos que formaban parte de las logias o de partidas dirigidas por Paso, Azcuénaga, Monteagudo y Julián Álvarez. Estos pidieron al Cabildo, en un escrito redactado por el propio Monteagudo, la deposición del Triunvirato y la conformación de otro que tuviera la confianza “del pueblo”; asimismo exigían que dentro de los tres meses se convocara a una nueva asamblea general. De esta forma se produjo la disolución de la recientemente formada asamblea y del Primer Triunvirato, quedando conformado el segundo con la designación de Juan José Paso, Nicolás Rodríguez Peña y Antonio Álvarez Jonte. Sin dudas, el movimiento del 8 de octubre de 1812 era el resultado del pensamiento político de la Logia y de la Sociedad Patriótica impulsando la formación de la que habría de ser la Asamblea General Constituyente y que debía llevar al país hacia la independencia; si bien este acto quedó trunco, la misma habría de realizar una obra de relevancia y de trascendencia en el campo institucional.

Bibliografía

BAUZÁ, Francisco (1895). *Historia de la dominación española en el Uruguay*. II Tomos. Montevideo: A. Barreiro y Ramos Editor.

CANTER, Juan (1962). “El Año XII, las Asambleas Generales y la revolución del 8 de octubre. En: *Historia de la Nación Argentina*. Buenos Aires: El Ateneo. 1962; T-V, vol. 2; p. 479 y ss.

CHUST, Manuel (2012). “La dimensión americana de la Constitución de 1812”. *Revista electrónica Dossier*. España.

LOZA, Emilio (1961). La campaña de la Banda Oriental (1810-1813). En: *Historia de la Nación Argentina*. Buenos Aires: El Ateneo. T. 5, vol. 2, p. 535 y ss.

ACEVEDO, Eduardo (1933). *Anales Históricos del Uruguay*. Montevideo: Barreiro.

PIVEL DEVOTO, Juan E (1945). *Historia de la República del Uruguay*. Montevideo: Medina.

LÓPEZ, Vicente Fidel (1913). *Historia de la República Argentina, su revolución y su desarrollo político*. Buenos Aires: Kraft.

MITRE, Bartolomé (1887). *Historia de Belgrano y de la independencia argentina*. T. 1. Buenos Aires: Lajouanne.

RUIZ MORENO, Isidoro J (2005). *Campañas militares argentinas. La política y la Guerra. Del Virreinato a la Independencia*. Buenos Aires: Claridad.

SEGRETI, Carlos (2000). “Desacuerdos y enfrentamientos políticos (1810-1828)”. En: *Nueva Historia de la Nación Argentina*. Buenos Aires: ANH-Planeta. T. 4.

Bicentenario de la Batalla de Salta. La patria en marcha

POR **HERNÁN LUNA** (*)

Resumen.

El tres de junio de 1813 Manuel Belgrano cumplía 43 años. Pese a las circunstancias aciagas podía rememorar los últimos meses -tan intensos y brillantes- como la etapa más gloriosa de su vida, la cual podemos intitular: “La patria en marcha”.

Palabras clave: Patria - Independencia - Libertad.

BICENTENAIRE DE LA BATAILLE DE SALTA. PATRIE EN MARS

Resumé.

Le 3 juin 1813 Manuel Belgrano s'est réuni à 43 ans. Malgré les circonstances malheureuses pouvaient se rappeler les mois - si intenses et brillants- comme la plus glorieuse étape de sa vie, qui nous pouvons style: “Patrie en mars”.

Mots clés: Patrie - Indépéndanse - Liberté.

En efecto, Belgrano observaba que en cuatro acciones había definido ese tornadizo presente con letras de molde, a saber: a) creación de la bandera (27-2-12); b) éxodo jujeño (23-8-12); c) batalla de Tucumán (24-9-12) y d) batalla de Salta (20-2-13).

He aquí la estrategia del prócer, quien con templanza, humildad, disciplina e inteligencia supo darnos colores y honores, que nos identifican en trascendencia de Nación con impronta definitiva. Esa patria naciente podrá declararse en poco tiempo más “independiente a la faz de la tierra” -la creación de la bandera fue el acto simbólico por el cual se adelantó dicha declaración-.

20 de febrero de 1813: Gran victoria de Salta

Luego del glorioso hecho de armas cumplido por los patriotas en Tucumán, Belgrano se abocó a la reorganización, instrucción y reclutamiento de nuevos efectivos, para mejorar la situación de su ejército, a través de cuatro meses de intensa labor en Tucumán.

El 8 de octubre de 1812 cayó el Primer Triunvirato y fue sucedido por el Segundo, integrado por Juan José Paso, Nicolás Rodríguez Peña y Antonio Álvarez Jonte, el que decretó honores, el 20 de octubre de 1812, a los vencedores de Tucumán, desde el general hasta los soldados con distintivos para la tropa y escudos para los oficiales, confiriéndole a Belgrano el título de Capitán General, que declinó, aunque aceptó ejercer las facultades que de él emanaran. También otorgó luego la Asamblea al general victorioso 40.000 pesos como premios, que él destinó a la dotación y sostenimiento de cuatro escuelas (fortísima suma que Belgrano rechazó y que durante años no se cumplió con el fin al que él la había destinado).

Belgrano debió comenzar por poner orden en la oficialidad, pues había fisuras y enfrentamientos respecto de a quienes correspondía el mayor mérito en la victoria y quienes habían acreditado una actuación no tan destacada. Este resquebrajamiento de la disciplina tenía su origen en el ejército de la época en que Castelli privilegiaba el factor político en las relaciones jerárquicas.

(*) Profesor Ordinario Titular de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP. Miembro de Número del Instituto Nacional Belgraniano.

Por un lado, Dorrego y otros oficiales de infantería y artillería formulaban severos cargos contra el barón de Holmberg, a quien Belgrano dispensaba particular deferencia y cuyos consejos escuchaba; lo acusaban de cobardía y de haberse inferido una herida en la espalda para retirarse del campo de batalla. Paz, que era ayudante del barón y permaneció junto a él en la acción, dice en sus Memorias que los cargos eran infundado, que se había comportado con valor en la lucha y que había dado sensatos consejos y asesoramiento al General Belgrano. No obstante, el barón, debido a las presiones, fue separado del ejército y marchó a Buenos Aires.

Otro motivo de desasosiego fue la distinción que le hizo Belgrano al Coronel José Moldes al que había designado Inspector General de Infantería y Caballería y a quien algunos jefes acusaban de arbitrariedad y despotismo.

Al respecto hicieron una presentación por la caballería, Juan Ramón Balcarce; por la artillería, el Capitán Francisco Villanueva; por el 6 de Infantería, el Comandante Carlos Forest, y por el Batallón de Pardos, el capitán N. Pesón. La realizaron un domingo a las 4 de la tarde. Moldes, que horas antes se había enterado de los hechos presentó su renuncia a la Inspección, de modo que Belgrano, muy a su pesar, la aceptó y quedó zanjado el problema. La vanguardia que aun no había regresado de su persecución a Tristán, hizo una tardía presentación cuando ya se había producido el desenlace. Nos dice Paz que Belgrano consideró que Balcarce era el cabecilla del pronunciamiento, y estaba prevenido de ello, cuando se produjo otro hecho del que Paz tenía conocimiento por su hermano Julián, que era teniente de Húsares, y precisamente ayudante del Balcarce, a quien se acusaba de no haberse comportado con valor en la acción de Tucumán y de haber saqueado los equipajes de enemigo, cargo este último infundado, pues quien había hecho eso era un tal capitán Palomeque. La situación de Balcarce se hizo crítica, pues ni Dorrego ni Forest ni otros jefes influyentes del ejército sentían simpatía por él, pero los amigos civiles tucumanos de Balcarce lo sacaron del trance, nombrándolo representante de la Provincia de Tucumán al Congreso Constituyente, con lo que se cerró la causa y marchó ese oficial a Buenos Aires.

Buenos Aires reforzó el ejército del norte con 25 artilleros, con el regimiento 1 de Infantería al mando del teniente coronel Gregorio Perdriel, y con 300 hombres del 2 de Infantería al mando del teniente coronel Benito Álvarez; se alcanzó así un efectivo de 3000 hombres. También en ese tiempo, se incorporó a la oficialidad Juan Antonio Álvarez de Arenales.

No le faltaron por entonces nuevos problemas a Belgrano, producidos por oficiales díscolos. En una oportunidad, sin tener atribuciones, Dorrego irrumpió con una partida de soldados en una casa de juego de Tucumán, según nos narra Paz, y se llevó a los jugadores, incorporándolos como reclutas a su unidad. Al enterarse Belgrano al día siguiente del hecho, dispuso que los mismos fueran puestos en libertad, exclamando: "¡Es posible que después de haber privado al ejército de los servicios del barón y de Moldes, quieran también indisponerme con el vecindario!"

Amante de la paz, Belgrano se dirigió por entonces al liberal General realista Goyeneche, invitándolo a una solución pacífica entre americanos. El Triunvirato no aprobó esta actitud de tratar con el enemigo, pero Goyeneche le contestó el 29 de octubre, expresando sus deseos de paz y enviándole un ejemplar de la nueva Constitución liberal española.

Nuevamente el Triunvirato se opuso a que se divulgara esa correspondencia.

Tristán, entre tanto, se había acantonado en Salta con 2500 hombres, a los que se podían agregar 500 que ocupaban Jujuy y efectivos menores en Suipacha, Oruro, Cochabamba, Charcas y la Paz.

El 12 de enero inició la marcha el ejército patriota hacia Salta. Ese día la partida explotadora de caballería alcanzó Yatasto; el batallón de Cazadores y el número 2 rompieron la marcha, seguidos al día siguiente por el Regimiento número 6 y al otro, los Pardos y Morenos, la Artillería y el Batallón número 1; detrás, el tren y el Regimiento de Dragones Ligeros de la Patria.

El 1 de febrero, Belgrano, escoltado por el Regimiento de Dragones de Milicias de Tucumán, partió de la ciudad, llevando al ejército la noticia de la victoria de Cerrito.

La marcha se hizo por divisiones con grandes intervalos de tiempo. Los días 9, 10 y 11 de febrero se emplearon en vadear el río Pasaje, lo que se realizó sin inconvenientes, mediante botes y balsas. Se celebró a continuación una ceremonia castrense, en la que se prestó juramento de obediencia a la Asamblea General Constituyente que acababa de establecerse. Los oficiales y soldados hicieron su juramento ante una cruz formada por la espada de Belgrano y la bandera creada por él.

El día 13, a las 18, se inició la marcha desde el río Juramento (nombre que reemplazó al de Pasaje) y se alcanzó Cabeza de Buey al amanecer del día 14, tras recorrer 50 kilómetros. Esa mañana, el regimiento Dragones de la Patria que se desempeñaba como vanguardia, tomó por sorpresa el Fuerte de Cobos, donde descansaron el resto del día; el 16 continuaron hasta Punta del Agua, marchando bajo la lluvia 18 kilómetros. Desde allí destacó Belgrano la vanguardia al mando de Díaz Vélez, con la misión de apoderarse de Portezuelo, la que, al alcanzar Higuierillas, a 14 kilómetros de Punta del Agua, chocó el día 16 con las avanzadas de Tristán que ocupaban las alturas detrás de un riachuelo llamado Zanjón de Sosa.

Pero Belgrano que estaba con el grueso del ejército en Punta del Agua, sabía que la sorpresa era un principio fundamental y la aplicó con todo acierto. Detrás de la vanguardia, efectuó un moviendo envolvente con el grueso del ejército por difíciles caminos de montaña, logrando la proeza de marchar 17 kilómetros en una jornada por tales territorios, guiado por el Capitán salteño Apolinario Saravia, hijo del dueño de la estancia Castañares.

Tras efectuar el rodeo a través de la quebrada Chachapoyas, llegaron a la hacienda, una legua al norte de Salta, bajo una lluvia copiosa, el día 18, y acamparon en un potrero a 5 kilómetros de la ciudad.

En esos momentos, la vanguardia, que atacaba frontalmente, se replegó para accionar juntamente con el grueso, que el día 19, a las 11 de la mañana, avanzó por la pampa de Castañares y atacó la posición realista por la retaguardia.

Belgrano, seriamente enfermo había preparado un carro para efectuar en el los desplazamientos, pero a último momento pudo reponerse y montó a caballo.

Al mediodía, el ataque se generalizó desde distintas direcciones, sirviéndoles de guía el emblema azul y blanco. Desplazó entonces Tristán su dispositivo, improvisando una posición defensiva hacia el norte. Primero las alas realistas y luego el centro comenzaron a ceder ante el ataque arrollador de los patriotas.

En el Cerro San Bernardo, un destacamento realista resistía tenazmente el ataque patriota obligando a Belgrano a emplear sus reservas para lograr al fin la rendición.

Continuó el ataque a través del Tagareté, en momentos en que los realistas se replegaban al recinto fortificado de la plaza mayor. No le quedaban alternativas al general realista, quien ofreció la capitulación, que magnánimo concedió el vencedor con los honores de la guerra; les permitió retirarse desarmados, prestando previamente juramento de no tomar las armas contra las Provincias Unidas del Plata hasta el límite del Desaguadero, que era el objetivo a alcanzar que le había fijado el gobierno de Buenos Aires al General Belgrano. Bello gesto de un alma grande, que comprendió “que solo la armonía entre los pueblos podría permitirles alcanzar su grandeza”.

Cabe hacer algunas consideraciones sobre la índole de la guerra que se estaba desarrollando por esos tiempos en nuestra América.

Los nuevos estudios permiten verla con enfoques y criterios distintos. El insigne historiador Ricardo Levene sostenía con firmeza que América nunca fue una colonia de España, sino que sus partes eran provincias del imperio, reinos de ultramar, integrados por vasallos libres de la corona, como proclamó Isabel la Católica desde el Descubrimiento a los indios y luego súbditos, que tenían sus representantes en las Cortes o sea el Parlamento de España.

En tal carácter, distinguidos historiadores, como el prestigioso Roberto Marfany y luego Julio Luqui - Lagleyze, entre otros, sostienen que la guerra de la independencia, tanto en España como en América, fue una guerra civil, en la que se enfrentaron dos concepciones: la absolutista de Fernando VII y la liberal de la Junta de Cádiz y demás juntas constituidas.

En ambos bandos había españoles y americanos. Prueba de ello es que el liberal General Pío Tristán, vencido en Tucumán y Salta, fue en su país, Perú, el último Virrey *in pectore* y Ministro de Guerra en el Perú independiente en el 1830.

Igualmente, varios presidentes peruanos revistaron y combatieron en el ejército real en el sector liberal, y luego presidieron brillantemente la nación peruana, entre ellos La Mar, Castilla, Santa Cruz y Salaverry.

En conclusión, el tremendo e inteligente esfuerzo de Manuel Belgrano logró en tan solo un año, sin recursos, sin apoyo del gobierno central, disciplinando y ordenando un ejército devastado, darnos bandera, victorias y territorio. Logrando asegurar el único movimiento revolucionario de América que tuvo continuidad y permanencia. El cual luego sería catapultado por San Martín, allende la cordillera. Salta fue el reaseguro de todo ese movimiento revolucionario, he ahí su gloria imperecedera.

Bibliografía

- LUNA, Hernán. Origen de los colores de la Bandera, En: *El día*. La Plata, 17-6-1996.
- PAZ, José María (1995). "Rasgos morales, cívicos y castrenses". En: *Manuel Belgrano: los ideales de la patria*. Buenos Aires, pp. 126-128.
- QUARTARUOLO, Mario. *Gesta belgraniana de Tucumán a Salta*. En: 4to Congreso Internacional de Historia de América. Buenos Aires. Academia Nacional de la Historia. 1966. t. IV, pp. 499-524.
- QUARTARUOLO, Mario. *Preocupación de Belgrano por sus prisioneros y subordinados*, En: Instituto Belgraniano, Buenos Aires. "Belgrano". Buenos Aires: Circulo militar, 1963. pp. 209-214.
- RODRIGUEZ, Augusto G. Belgrano militar. En: La Prensa, Buenos Aires, 14-6-1970.
- RODRIGUEZ, Lilo Noé. El General Manuel Belgrano conductor militar. En: *Anales del Instituto Belgraniano Central*. Buenos Aires, 1981. n. 3. pp. 131-146.
- ROJAS, Ricardo. Belgrano en Jujuy. En: *Fray Mocho*. Buenos Aires, 25-5-1913.
- ROMAY, Francisco L. El escudo de Salta. En: *Boletín del Instituto Bonaerense de Numismática y Antigüedades*. Buenos Aires, 1954. n. 56.
- ROMERO, José Gregorio. La campana de la patria en Salta. En: *Tribuna Popular*. Salta, 25-2-1913.
- ROMERO SOSA, Carlos Gregorio. Datos ampliatorios sobre el Campo de Salta. En: *Nueva Época*. Salta, 29-3-1941.
- SOLÁ DE CASTELLANOS, Sara. Belgrano, el Ejército del Norte y los salteños en la batalla de 20 de febrero. En: *El Intransigente*. Salta, 20-2-1963.

Asamblea del Año XIII: Comentarios de una breve compilación -Homenaje a sus 200 años-

POR LAURA ALEJANDRA CALÁ (*)

Sumario: I. Trascendencia de la Asamblea. — II. Origen de la Asamblea. Convocatoria. — III. Esplendor funcional de la Asamblea. — IV. La proyección institucional en el derecho constitucional argentino. — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto brindar un sencillo homenaje a la Asamblea del Año XIII en el bicentenario de su creación, desde una mirada que se detiene en la impronta instituyente de algunas de sus obras, concretadas en la etapa inicial de su funcionamiento. Si bien, inauguró un ciclo de Asambleas Constituyentes Argentinas, caracterizadas por el incumplimiento de los objetivos que dieron origen a su convocatoria -en el caso, no declaró formalmente la independencia ni pudo sancionar la Constitución-, su producción normativa a través de leyes y reglamentos de naturaleza constitucional, representa un valioso aporte a la libertad y a la dignidad humana que subyace en el proceso constitucional de todos los tiempos. Por ello, nos detendremos en el análisis de la etapa de mayor producción instituyente de la Asamblea (1), cuya proyección impacta sobre los antecedentes de los arts. 15, 16, 17 y 18 de la Constitución de 1853 y la hoy vigente, con sus reformas de 1860, 1898, 1957 y 1994. Si bien, la primigenia aspiración de sancionar una constitución se frustró, más allá de los proyectos constitucionales elaborados y/o presentados en el seno de la Asamblea, las normas de carácter legislativo sancionadas durante la etapa inicial de su labor, constituyen leyes de carácter constitucional, bajo la técnica de organización normativa dispersa. (2)

Palabras clave: Producción constituyente-Libertad y dignidad humana-Proyección institucional

L'ASSEMBLÉE DE L'ANNÉE XIII: COMMENTAIRES D'UNE COURTE COMPILATION

-HOMMAGE À SES 200 ANS-

Résumé

Le présent travail a pour but de rendre un simple hommage à l'Assemblée de l'Année XIII, au bicentenaire de sa création à partir d'une position qui se concentre sur l'empreinte constituante de certaines de ses oeuvres réalisées pendant l'étape initiale de son fonctionnement. Même si elle a inauguré un cycle d'Assemblées Constituantes Argentines, qui ont été caractérisées par l'inaccomplissement des buts qui étaient à l'origine de sa convocation -dans le cas particulier, elle n'a pas déclaré formellement l'indépendance et elle n'a pas pu sanctionner la Constitution-, sa production normative par le biais des lois et des règlements dont la nature était constitutionnelle représente une contribution de valeur pour la liberté et la dignité humaine qui est sous-jacente dans le processus constitutionnel de tous les temps. Voilà pourquoi nous allons nous concentrer sur l'analyse de l'étape où la production constituante de l'Assemblée a été la plus grande et dont la projection incide sur les antécédents des articles, 15, 16, 17 et 18 de la Constitution de 1853 et de celle qui est aujourd'hui en vigueur, avec ses réformes de 1860, 1898, 1957 et 1994. Même si l'aspiration originaire de sanctionner une consti-

(*) Profesor Ordinario Ajunto de Derecho Constitucional, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(1) Enero-septiembre de 1813 y, en menor medida, los últimos meses del año XIII.

(2) No sistematizadas en un cuerpo único.

tution s'est avérée frustrée, au delà des projets constitutionnels élaborés et/ou présentés au sein de l'Assemblée, les normes législatives sanctionnées pendant l'étape initiale de son travail constituent des lois possédant un caractère constitutionnel sous la technique d'organisation constitutionnelle dispersée.

Mots clés: Production constituante-Liberté et dignité humaine-Projection.

I. Trascendencia de la Asamblea

La Asamblea General Constituyente del Año XIII representa un hito impregnado de simbolismo en la búsqueda de un sistema institucional para las Provincias Unidas del Río de la Plata.

Tal vez, porque el proceso de la emancipación americana se conmovió ante los principios de la ilustración e intentó aplicarlos sobre situaciones que no se hallaban consolidadas ni estabilizadas, es que se provocaron inevitables desajustes que demorarían la organización institucional en nuestro país.

Sin embargo, la formación de un estado nacional en la etapa de la emancipación reconoce en la Asamblea del Año XIII rasgos perdurables: sentó las bases para un sentido colectivo de pertenencia, fórmula necesaria para darle carácter independiente a la revolución, a cuyo efecto creó una simbología muy marcada que identifica al país con el himno, la moneda, el escudo y, la adopción del 25 de mayo como fiesta patria.

La noción de igualdad, que no debe haber privilegios, que cada ciudadano es igual a otro, que todos tienen el mismo derecho, se concretó en medidas de corte libertario, de ampliación de derechos, con una fuerte intervención del Estado, como la libertad de vientre, la supresión de los tributos indígenas y de la apropiación de su trabajo.

También el principio de soberanía popular, que el pueblo puede designar a sus representantes, comenzó a imponerse para transformar la realidad, dando lugar en la vida política a nuevos actores que bajo el antiguo coloniaje no hubieran tenido posibilidad alguna.

La obra de la Asamblea del Año XIII ha sido inspiradora tanto de valores y principios del ideal emancipador, como de aquellos que buscan enaltecer la dignidad humana.

Nació con una dinámica bifuncional: poder constituyente y poder constituido. Como señala Sánchez Viamonte (1957), fue constituyente por la causa que determinó su creación, constituida por la naturaleza de los actos que dictó -decretos y leyes- y, ambas -agregaríamos-, por la función que ejerció.

Fue convocada por el Segundo Triunvirato el 24 de octubre de 1812, pudo representar en su seno a la mayoría de los pueblos y ciudades mientras se libraban batallas cruciales por nuestra independencia. Implicó un intento de federalización a través de la representación de las diferentes provincias en las Provincias Unidas del Río de la Plata y asumió la soberanía nacional, por primera vez en nombre del pueblo, y ya no del rey Fernando VII. Su sesión inaugural tuvo lugar en Buenos Aires el 31 de enero de 1813.

Leoncio Gianello (1964) dividió en cinco los períodos en que trabajó la Asamblea; nos detendremos, fundamentalmente, en el primero, que el autor ubica entre el 31-1 y el 28-9 de 1813, pero atento a que la progresiva disfuncionalidad de la Asamblea configura un proceso caracterizado por avances y retrocesos, abordaremos también algunos logros del segundo período -en la división utilizada por Gianello- que se extiende hasta finales del año XIII.

La etapa funcional de la Asamblea -a abordar en este trabajo-, tiene una impronta constituyente, productora de normas esenciales en el ordenamiento constitucional de la libertad y la dignidad humana.

Ante el fracaso de sus grandes propósitos -no haber podido dictar una constitución ni declarar formalmente la independencia-, fue perdiendo aquella impronta inicial, lo que se potenció con acon-

tecimientos que afectaron su prestigio, como el rechazo a la representación oriental por el accionar de los sectores alvearistas, abiertamente centralistas. Finalmente, la Asamblea se extinguió hasta ser disuelta por la revolución del 15 de abril de 1815.

II. Origen de la Asamblea. Convocatoria

A mediados del año 1812, la oposición al primer Triunvirato crecía por factores políticos y militares. Políticos, por la influencia de factores de poder como la Sociedad Patriótica y la Logia Lautaro, que nucleaba, entre otros, a San Martín, Alvear, Zapiola, llegados de Europa. Militares, por los altibajos de las tropas patriotas del ejército del norte, las dificultades en la Banda Oriental y el fracaso de la campaña en el Paraguay, como bien reseña Diego Abad de Santillán (1981).

Sin embargo, el detonante que produjo el movimiento del 8 de octubre de 1812 contra el Primer Triunvirato, fueron las luchas de pretensiones personales por integrar el órgano ejecutivo, que, finalmente, se transformó en el Segundo Triunvirato, con la designación de nuevos integrantes (Juan J. Paso, Nicolás Rodríguez Peña y Antonio Álvarez Jonte). Desde ese momento, el propósito de los hombres que habían participado en el motín fue frenar la lucha facciosa.

Inmediatamente, el 24 del mismo mes dictó el decreto de convocatoria de un Congreso que se proponía terminar con el “mal de la revolución” -la pelea política interna-, que limitaba las transformaciones para organizar el país, ya declarando la independencia, ya dictando una Constitución.

La convocatoria para la elección de los diputados que integrarían la Asamblea fue realizada a través de una circular, con contenido de proclama e inspirada en la petición del 8 de octubre de 1812 y en algunas ideas aparecidas en el Grito del Sud, esto es, en las ideas que esbozaban la Logia Lautaro y la Sociedad Patriótica, respectivamente.

Las instrucciones sobre la mecánica electoral dispuestas por el Triunvirato en la convocatoria, representaban toda una concepción del sistema representativo, previendo la modalidad indirecta de elección. Sobre la representación, se asignó a la capital cuatro diputados, a las capitales provinciales dos diputados y, a las ciudades subalternas, un diputado. La excepción fue Tucumán que, podría concurrir con dos diputados, en razón del triunfo de Belgrano en la batalla del mismo nombre.

Ya instalada la Asamblea, modificó las jurisdicciones como un recurso para procurar aumentos y variantes en las representaciones, ya que la creación de cualquier nueva intendencia significaba duplicar el número de diputados, de acuerdo a la circular de octubre de 1812, así sucedió con la creación de la Gobernación Intendencia de Cuyo (Mendoza, San Juan y San Luis), producto del desmembramiento de la primitiva Intendencia de Córdoba del Tucumán.

Sobre los vecinos que aspiraban a ser diputados, aconsejaba la circular, una fervorosa adhesión a la causa americana y una virtuosa imparcialidad, alejada de tendencias facciosas.

En cuanto a los poderes, estipuló su carácter amplio (3), sin limitación alguna para poder contribuir a la elevación de los Pueblos a la existencia y dignidad que no han tenido (independencia) y, a la organización general del Estado (Constitución). En esta disposición reside una de las grandes diferencias con la concepción de Artigas, que concebía la representación política según la figura del “mandato imperativo”, es decir, de los diputados como apoderados del pueblo que los elegía y portadores de estrictas instrucciones. (4)

Finalmente, el Segundo Triunvirato estableció cuándo debía reunirse la Asamblea Constituyente: “En todo el mes de enero del año próximo”. (5)

(3) Teoría del mandato libre, que convertía a los miembros de la Asamblea en “diputados de la Nación”.

(4) Como llegaron la mayoría de los diputados provinciales electos, munidos de mandatos muchos de los cuales expresaban una voluntad autonómica.

(5) 1813.

“ELECCIONES DE DIPUTADOS [24 de octubre de 1812]

Si pudo proclamarse triunfo la disolución de la primera Asamblea provisional del 6 de Abril último, la patria debe sin duda datar un nuevo nacimiento desde el instante mismo en que se salvó de la terrible crisis que preparaba la del 6 de Octubre. La Asamblea mostróse como un centro de impulsión arbitraria en una circunferencia aparentemente popular. ¡Absurdo ciertamente insoportable, figurarse representación de los pueblos, habiéndose sofocado la expresión (sic) del voto general; y como si pudiera sentarse el edificio moral de la libertad, sobre cimientos de elecciones viciosas, exclusiones (sic) violentas y suplencias ilegales! Pero los ciudadanos virtuosos, superiores al choque de pasiones, que habían empezado á estallar en toda fuerza, contestaron oportunamente, que para los que tienen y conocen sus derechos, no eran respetos los abusos, leyes los artificios, ni mandatos los caprichos. Por un movimiento tan magestuoso (sic), no quisieron dar un paso hacia la libertad ultrajada, sin darlo igualmente hacia la independencia nacional. Los medios que pusieron en obra, si hirieron de algún modo la imaginación, dejaron también satisfecha la razón y lisongearon (sic) los sentimientos de los hombres libres. El objeto inmediato fue la organización del Estado, que no tenía ley, jurisprudencia, forma, ni genio alguno cierto, y donde una serie de decretos contrarios había servido hasta aquí de título y alimento á la arbitrariedad de los magistrados. Sin violencia pues, se estableció la autoridad superior que preparase el camino; y el pueblo que había asombrado al mundo el 25 de Mayo de 1810, le dio nuevas lecciones de moderación y de justicia con el espectáculo de la nueva instalación. Constituido el Gobierno, si su primer cuidado en tiempo fue la espulsion (sic) de los enemigos exteriores (sic), atender á los ejércitos y rendir el justo homenaje á los ilustres defensores de la patria en Tucumán, la libertad interior y la felicidad permanente del estado han sido su empeño principal en importancia. Cualquier abandono de los pueblos en el piélagos de abusos agolpados para su ruina por el poder arbitrario, sería a los ojos de los individuos encargados de la autoridad, un delito tan enorme, como sujetar su suerte á disposición y capricho del conquistador más insolente. Así, es, que luego que lo permitió el torbellino de las primeras atenciones á que nos empeñaban los sucesos militares, se anunció en un manifiesto la Asamblea General prevenida en el bando ereccional del 8 del corriente, anuncio escuchado con recelo por los políticos misteriosos, temido con horror por los tiranos y deseado ansiosamente por los amantes del orden, unión y prosperidad de estas Provincias. Después de haber afianzado el primer paso á la libertad con un esfuerzo y resistencia tan general como sublime; después de sostener por el espacio de tres años una lucha de ferocidad y de barbarie peninsular de una parte, y de virtud y constancia americana de otra, cuando la España no puede justificar su conducta en constituirse ante el Tribunal de las naciones imparciales, sin confesar a pesar suyo, la justicia y santidad de nuestra causa; cuando el eterno cautiverio del Señor D. Fernando VII ha hecho desaparecer sus últimos derechos con los postreros deberes y esperanzas las mas ingenuas cuando el estado de nulidad é incertidumbre política no nos ha ofrecido ni prepara sino terribles contrastes que pongan á una difícil prueba la moderación, la firmeza y el valor, cuando una serie desgraciadamente necesaria de movimientos nos ha precisado a flotar dé un gobierno en otro provisorio, escitando (sic) a su vez nuevas pasiones, odios y desconfianzas que privan á la República de aquella preciosa fuerza, que solo puede ser el resultado y fruto de la unión; cuando las victoriosas legiones de la patria en el Perú y en el Norte marchan a zanjarse los cimientos de nuestra seguridad y el sepulcro de los injustos agresores del país, cuando la necesidad misma de mantener aquella, demanda imperiosamente una reforma general en la administración pública, que facilite en nuestro mismo seno los recursos profucos que en el día se hacen insuficientes, por los vicios del antiguo régimen y por el ejercicio irregular e incierto del poder; en fin cuando la hidra de las facciones se ha acallado felizmente con la creación de una autoridad para llenar las intenciones de los pueblos, ¿qué otro tiempo puede esperarse para reunir en un punto la majestad y fuerza nacional? Esta sin duda debe ser la memorable época en que el pueblo de las Provincias Unidas de Río de la Plata, abriendo con dignidad el sagrado libro de sus eternos derechos por medio de libres y legítimos representantes, vote y decreta la figura con que debe aparecer en el gran teatro de las naciones. Elevados sus Diputados á la altura de su noble ministerio y elevada la patria a su brillante destino, saldrán entonces las grandes medidas, la energía y la fortuna. La Constitución que se sancione alentará la timidez de unos, contendrá la ambición de otros, acabará con la vanidad importuna, atajará pretensiones atrevidas, destruirá pasiones insensatas y dará en fin á los pueblos la carta de sus derechos y al Gobierno la de sus obligaciones. En vano los impostores políticos o erguidos aristócratas, intentarán paralizar esta justa empresa, enlazando el interés público con el mantenimiento de antiguos abusos a la par de estériles esperanzas; los tiempos y la fuerza misma de las cosas han completado ya la revolución moral en los sentimientos e ideas de los americanos; su indefinición política o su neutra permanencia, o los arrastraría a la disolución de una espantosa anarquía, o los volvería a sepultar en la calma estúpida de la mas ignominiosa servidumbre, descendiendo á ella con los sagrados derechos de que no hubiesen hecho uso en su tiempo y en su turno. ¿Por qué se temerá escuchar

por primera vez la voluntad de todos los pueblos que pueden libremente explicarla (sic)? ¿Qué acontecimiento podrá hacer gravitar los ultrajes de la servidumbre sobre los pueblos aun oprimidos con mayor estrago y fiereza, cuando los sucesos de la Paz, Cochabamba y Potosí han completado ya los términos de ferocidad, desolación y tiranía? Manténganse si se quiere los abusos mismos ó las envejecidas instituciones, pero reciba al menos cualquiera determinación el gran carácter del consentimiento público, para que regle la conducta de unos pueblos, que no deben ser ya gobernados sino por verdaderas leyes dictadas en una Asamblea General. Partiendo de estos principios, los individuos del gobierno, fuertes con la justicia y sinceridad de sus intenciones no corresponderían a la alta confianza con que se les ha honrado si no caminasen firmemente á tan elevado y justificado fin, llamados al ejercicio del poder, no por ambición ni por intriga, sino por el sufragio de los hombres libres, cuando se haya establecido la base y forma de Gobierno, que se crea mas á propósito al bien y utilidad de todos, resignarán el mando inmediatamente en las manos que una legítima elección señale, enteramente contentos con la gloria y el honor de haber conducido á los pueblos del Río de la Plata á la dignidad de una Nación legítimamente constituida, así que reconociendo desde luego la representación nacional no solo como un derecho sino como un deber, la invocan como el medio mas eficaz de proveer a la común defensa, procurar la seguridad general y asegurar las bendiciones de la libertad, para la edad presente y futura, y por lo mismo han acordado que la Asamblea sea convocada desde esta fecha, para que empiece sus augustas funciones en todo el mes de Enero del año próximo entrante, reunidos que sean en esta capital los Diputados de los pueblos libres. La representación en ella debe ser tan completa cual deba y pueda ser en un Congreso de tan alto carácter é importancia; pero no habiendo forma alguna establecida que regle legítimamente el modo de las elecciones de los representantes, de suerte que pueda decirse con verdad, que sus resoluciones sean la espresion (sic) de la voluntad general y así para destruir el recelo de que sea reducida la Asamblea a las formas estrechas y exclusivas (sic) de las Asambleas anteriores, como para evitar el desorden y tumultuosa confusión, consiguiendo á toda reunión sin plan, regla, ni sistema, escollo tan eversivo del justo uso de la libertad, como la arbitraria limitación prescripta por tímidos tiranos, ha creído el Gobierno indispensable fijar la primera institución que deberá observarse con la mas delicada exactitud bajo las declaraciones siguientes:

1. Se pasará orden por los Gobernadores ó Tenientes de acuerdo con los Ayuntamientos, a todos los Alcaldes de barrio, para que citando estos á todos los vecinos libres y patriotas de sus respectivos cuarteles, concurran a una hora señalada a la casa de cada Alcalde o donde estos designaren y á consecuencia, luego que se hallen reunidos nombrarán en cada cuartel un elector a pluralidad de votos.

2. Las ciudades que no estuviesen divididas en cuarteles ó que su número sea reducido, se repartirán en el primer caso en ocho cuarteles cuando menos, y en el segundo se subdividirán los barrios de modo que se cuenten en el mismo número indicado, comisionando el jefe del pueblo los sujetos (sic) de conocida imparcialidad y patriotismo que hayan de presidir el nombramiento de electores en cada cuartel si tampoco hubiese Alcaldes que desempeñen estas funciones.

3. El nombramiento de electores se hará en el mismo día y si es posible en una misma hora en todos los cuarteles, debiendo concurrir acto continuo a congregarse en la Sala Capitular del Ayuntamiento del lugar, para proceder inmediatamente en consorcio de este y su presidente a la elección del Diputado o Diputados para la Asamblea, sirviéndose del Escribano de Cabildo para la autorización de los sufragios.

4. Todas las personas libres y de conocida adhesión a la justa causa de la América, sin escepcion (sic) de empleados civiles ó militares, podrán ser electores ó electos Diputados, no siendo preciso que estos sean naturales ó residentes en los mismos pueblos que van á representar.

5. Las votaciones serán públicas y en voz alta del modo digno de un pueblo virtuoso y libre, así como deben ser las sesiones de la Asamblea, circunstancia indispensable que comprenderán los poderes ó instrucciones.

6. Esta Capital tendrá 4 Diputados por su mayor población é importancia política; las demás Capitales de Provincia nombrarán dos y uno cada ciudad de su dependencia, a escepcion (sic) de Tucumán, que podrá a discreción concurrir con 2 Diputados á la Asamblea.

7. Concluida la votación y hecho público el escrutinio se hará saber inmediatamente al pueblo, el ciudadano que resulte electo Diputado á pluralidad de votos, en la inteligencia que debe reunir las mas recomendables cualidades; principalmente estar acreditada de un modo indeficiente, su fervorosa adhesión a la libertad del país y una virtuosa imparcialidad que lo ponga a cubierto de la nota escan-

dalosa de faccioso ó de algún otro vicio que desdiga de tan alto ministerio, circunstancias que encarga sobremanera el Gobierno como que de la felicidad ó desacierto de la elección, resultará evidentemente ó el feliz destino o el mas ultrajante infortunio de los pueblos.

8. Como el motivo poderoso que induce la celebración de la Asamblea tiene por objetos principales la elevación de los pueblos a la existencia y dignidad que no han tenido y la organización general del Estado, los poderes de los Diputados serán concebidos sin limitación alguna, y sus instrucciones no conocerán otro límite que la voluntad de los poderdantes, debiendo aquellos ser calificados en la misma Asamblea antes de su apertura en una sesión preliminar.

9. Bajo este principio, todo ciudadano podrá legítimamente indicar a los electores que estiendan (sic) los poderes e instrucciones de los Diputados, lo que crea conducente al interés general y al bien y felicidad común y territorial.

10. Debiendo precisa é indispensablemente verificarse la apertura de la Asamblea en todo el mes de Enero del año próximo entrante, el Cuerpo de electores con su presidente entenderán breve y sumariamente sobre cualquier vicio de la elección o calificación de la persona electa, sin que de su pronunciamiento haya lugar a recurso alguno, ni aun á este Gobierno, procediéndose en caso de evidente nulidad á una nueva elección en la forma prescripta, para evitar de este modo cualquier entorpecimiento que haga traspasar el tiempo prefijado. A cuyo efecto, y para aplicar dignamente las reglas que en general deben observarse, se estará á lo que previene el art. 3° del Reglamento de 23 de Noviembre de 1811, que da forma á la Asamblea Provisional. Dado en esta Fortaleza de Buenos Aires á 24 de Octubre de 1812. Dr. Juan José Passo; Francisco Belgrano; Dr. Antonio Álvarez Jonte; Juan Manuel de Luca, secretario de Gobierno interino. *Registro Oficial de la República Argentina, que comprende los documentos expedidos (sic) desde 1810 hasta 1873, Tomo Primero, Publicación Oficial, Bs. As., Imprenta de La República, 1879*"

Lanzada la convocatoria, la Logia Lautaro se ocupó de ubicar sus hombres tanto como representantes de la capital como de las ciudades del interior.

Así fue que por Buenos Aires fueron electos: Hipólito Vieytes, Valentín Gómez, Vicente López y José Julián Pérez; por Salta, Pedro José Agrelo y José Moldes; por Córdoba, Juan Larrea y Gervasio Posadas; por Corrientes, Carlos María de Alvear; por Catamarca, Fermín Sarmiento; por Jujuy, el presbítero Vidal; por Mendoza, Bernardo de Monteagudo; por La Rioja, José Francisco Ugarteche; por San Juan, Tomás Antonio Valle; por Santiago del Estero, Gregorio Pedriel; por Tucumán, Juan Ramón Balcarce y Nicolás Laguna, y por San Luis, Agustín Donado.

Aunque se había establecido que sólo las ciudades tenían representación, se permitió más tarde el ingreso de Francisco Argerich por Luján, y del presbítero Ramón Anchoris, por el "continente de Entre Ríos" (Concepción del Uruguay, Gualaguay y Gualaguaychú). Más tarde se sumaron el cura José de Amenábar por Santa Fe; Pedro Ignacio de Rivera por Mízque; Gregorio Ferreyra y Simón Díaz de Ramila por Potosí; Angel Mariano Toro y Mariano Serrano por Charcas; Dámaso Gómez Fonseca por Maldonado y Pedro Feliciano de Cavia por Montevideo.

Por decreto del 31 de enero de 1813, quedó formalmente instalada la Asamblea como General y Constituyente, en una provisoria superación de la lucha facciosa y en medio de una etapa victoriosa, por el triunfo de Belgrano en Tucumán en septiembre de 1812, que se prolongaría con su triunfo en Salta el 20 de febrero de 1813 y el de San Martín, en San Lorenzo, el 3 de febrero del mismo año. Asumió la soberanía y representación de las Provincias Unidas, estableció la inviolabilidad de sus diputados y, determinó que todos los decretos se publicaran en la Capital y circularan profusamente en el interior.

No pocas de sus fórmulas fueron modeladas a semejanza del decreto de instalación de las Cortes de Cádiz del 24 de septiembre de 1810 (Julio V González-Filiación histórica del Gobierno Representativo, citado por Canter, Juan (1962))

En la sesión inaugural de la Asamblea, el 31 de enero de 1813, se hallaban presentes algunos de los diputados electos: Carlos de Alvear, Mariano Perdriel, Juan Larrea, Gervasio Posadas, José F. Sarmien-

to, Vicente López, Hipólito Vieytes, José V. Gómez, Francisco Argerich, Tomás A. Valle, Juan Ramón Balcarce, José Ugarteche, Pedro Vidal, Bernardo Monteagudo, Agustín Donado, Pedro Agrelo y José Moldes.

Los diputados juraron en la Catedral, omitiendo la fórmula de lealtad a Fernando VII. Luego, se trasladaron al Consulado (6) donde recibieron el juramento del Triunvirato, pues la Asamblea se había declarado soberana. Juraron, además, empleados civiles, militares, eclesiásticos y las Cámaras de Apelaciones.

Otra de las medidas adoptadas el primer día, fue que los ejércitos en operaciones prestasen juramento (7), así como los gobernadores, autoridades civiles y eclesiásticas y los vecinos cabezas de familia de la capital y todos los pueblos de las Provincias Unidas.

“INSTALACION DE LA ASAMBLEA DEL AÑO XIII (31 de enero de 1813)

Que verificada la reunión de la mayor parte de los Diputado [sic] de las Provincias libres del Río de la Plata en la capital de Buenos-Ayres, é instalada en el día de hoy la Asamblea general constituyente, ha decretado los artículos siguientes:

1°. Que reside en ella la representación, y ejercicio de la Soberanía de las Provincias unidas del Río de la Plata, y que su tratamiento sea de Soberano Señor, quedando el de sus individuos en particular con el de vmd. llano.

2°. Que su presidente lo sea el Sr. Diputado de la ciudad de Corrientes D. Carlos Alvear.

3°. Que sus Secretarios para el despacho, los sean los Sres. Diputados de Buenos-Ayres D. Valentín Gómez, y D. Hipólito Vieytes.

4°. Que las personas de los Diputados que constituyen la Soberana Asamblea son inviolables, y no pueden ser aprehendidos, ni juzgados, sino en los casos, y terminos que la misma Soberana Corporación determinará.

5°. Que el Poder Ejecutivo qudase [sic] delegado interinamente en las mismas personas que lo administran con el carácter de Supremo, y hasta que tenga á bien disponer otra cosa, conservando el mismo tratamiento.

6°. Que para que el Poder Ejecutivo pueda entrar en el ejercicio de las funciones que se le delegan, comparezca á prestar el juramento de reconocimiento y obediencia á esta Autoridad Soberana, disponiendo lo hagan inmediatamente las demás Corporaciones, y que en orden al que hayan de prestar las Autoridades, y Xefes militares existentes fuera de la Capital expedirá con la inmediatez posible el decreto correspondiente.

7°. Que el Poder Ejecutivo en la publicación de los decretos de la Asamblea Soberana encabeze en los terminas siguientes: el Supremo Poder Ejecutivo Provisorio de las Provincias unidas del Río de la Plata, á los que la presente viesen, oyesen, y entendiesen, sabed, que la Asamblea general constituyente ha decretado lo siguiente.

8°. Que á las ordenes y decretos expedidos por esta Asamblea general constituyente, autorizadas con solas las firmas del Presidente, y alguno de sus dos Secretarios, se les de toda la fé, y crédito como si fuesen autorizadas por todos sus individuos.

9°. Que todos los anteriores decretos se publiquen en esta capital, y circulen á todos los pueblos de las Provincias unidas. Quedando habilitados provisoriamente todos los tribunales de justicia, y demás autoridades civiles, esclesiasticas y militares.

(6) Simbólico lugar de reuniones, el Consulado Porteño, como afirma Cotelo.

(7) Belgrano cumplió el 13 de febrero en el río Pasaje-Juramento.

10. Que el Poder Ejecutivo disponga la celebración de tan interesante instalación, con las demostraciones que acrediten del modo más importante el júbilo, y general regocijo de que debe hallarse penetrado este pueblo libre.

y en obediencia de los soberanos decretos que anteceden, y para su puntual cumplimiento ordena, y manda se publiquen por bando solemne en esta capital, se fixe en los parages de estilo, se circule á todas las provincias y pueblos del estado, se imprima al efecto previniendo á todos los estantes y habitantes de esta ciudad que en celebridad de tan feliz inauguración, y del digno objeto á que se contrae; se exprese el júbilo y alegría de los amantes de libertad con iluminación general por tres días consecutivos, que deberán principiar desde la noche del presente. Buenos-Ayres, enero 31 de 1813. Juan José Passo; Nicolás Rodríguez de Peña. Por mandado de S. E. D. José Ramón de Basavilbaso. *Gazeta Ministerial del Gobierno de Buenos-Ayres, N 44, viernes 5 de febrero de 1813*".

El órgano oficial de la Asamblea fue El Redactor que apareció días después de su instalación, por ello las primeras decisiones fueron dadas a publicidad por la *Gazeta Ministerial del Gobierno de Buenos Aires* (8), aunque con importantes omisiones, que llevaron a la Asamblea a ordenar que se publicaran en El Redactor (Observaciones en El Redactor, N° 5, 27 de marzo de 1813, pág. 17, cit. por El Redactor de la Asamblea, 1813-1815, edición facsimilar, publicada por "La Nación" con motivo del primer centenario de la Asamblea, Buenos Aires, 1913).

Conforme señala Juan Canter en su excelente investigación (1962: 96), El Redactor fue un órgano poco amplio, anuncia los debates, aporta el resumen de las sesiones, omitiendo algunas, adolece de errores de fechas y la creciente insuficiencia de información es proporcional a la decadencia del ritmo de funcionamiento de la Asamblea.

Mientras tanto El Grito del Sud, órgano de la Sociedad Patriótica, se había extinguido 2 días después de la instalación de la Asamblea, ante un contexto de unidad de ideas entre la Logia Lautaro y la Sociedad Patriótica.

En los tres órganos de difusión, es posible apreciar la presencia, en diferentes grados de intervención, de Bernardo de Monteagudo. Pero, el régimen asambleísta, contó con otro periódico, El Independiente, impreso por los talleres del Estado y de los Niños Expósitos, únicas imprentas, en aquel tiempo, en Buenos Aires.

III. Esplendor funcional de la Asamblea

Apenas instalada la asamblea, se encargó a una comisión la confección de un Reglamento de funcionamiento de la Asamblea. En sesión del 8 de febrero de 1813 fue sancionado el denominado Reglamento de Policía Interior, adaptación de algún modelo español. Un mes después, se formalizó una de las ideas fuerza de las autoridades de la Asamblea: el carácter nacional de la representación.

"LOS DIPUTADOS DE LAS PROVINCIAS UNIDAS SON DIPUTADOS DE LA NACION

[8 de marzo de 1813]

Los diputados de las provincias unidas, son diputados de la nación en general, sin perder por esto la denominación del pueblo á que deben su nombramiento, no pudiendo de ningún modo obrar en comisión. Buenos Ayres, 8 de marzo de 1813. Dr. Tomas Valle, presidente; Hipólito Vieytes, secretario. *El Redactor de la Asamblea, N 3, Bs. As., sábado 13 de marzo de 1813*".

-El 2 de febrero queda sancionada la "libertad de vientres", como puntapié inicial de la sesión del día 4 que consagró que todos los esclavos de países extranjeros que de cualquier modo se introduzcan en el territorio de las Provincias Unidas, quedan libres por el solo hecho de pisar estas tierras. No hizo más que inspirarse en las Resoluciones de la Asamblea Legislativa francesa y la influencia de las Cortes de Cádiz.

(8) Órgano oficial dependiente directamente del Poder Ejecutivo.

“LIBERTAD DE VIENTRES [sesión 2 de febrero de 1813]

El Supremo Poder Ejecutivo Provisorio de las Provincias unidas del Río de la Plata á los que la presente viesén, oyesen, y entendiesen. Sabeid: que la Asamblea Soberana general constituyente se ha servido espedir (sic) el decreto del tenor siguiente.

“Siendo tan desdoroso, como ultrajante á la humanidad, el que en los mismos pueblos, que con tanto tesón y esfuerzo caminan hacia su libertad, permanezcan por mas tiempo en la esclavitud los niños que nacen en todo el territorio de las provincias unidas del Río de la Plata, sean considerados y tenidos por libres, todos los que en dicho territorio hubiesen nacido desde el 31 de enero de 1813 inclusive en adelante, día consagrado á la libertad por la feliz instalación de la Asamblea general, baxo las reglas y disposiciones que al efecto decretará la Asamblea general constituyente. Lo tendrá así entendido el Supremo Poder Ejecutivo para su debida observancia. Buenos-Ayres, febrero 2 de 1813. Carlos Alvear, presidente; Hipólito Vieytes, diputado secretario”. Por tanto, para que este soberano decreto tenga su puntual y debido cumplimiento, publíquese por bando en esta capital, imprímase, y comuníquese al Gobernador Intendente de esta Provincia para que lo haga asimismo notorio en todos los puntos de su dependencia, dirigiéndose igualmente á todos los Gobiernos de la comprensión de este Supremo Gobierno Ejecutivo á los efectos que van prevenidos. Buenos Ayres, 3 de febrero 1813. Juan José Passo; Nicolás Rodríguez Peña. Por mandado de S.E. D. José Ramón de Basavilbaso. *Gazeta Ministerial del Gobierno de Buenos-Ayres, N 44, viernes 5 de febrero de 1813*”

“LIBERTAD DE ESCLAVOS DE PAISES EXTRANJEROS

(Decreto del 4 de febrero de 1813)

La Asamblea general ordena, que todos los esclavos de paises extranjeros, que. de qualquier modo se introduzcan desde este día en adelante queden libres, por solo el hecho de pisar el territorio de las Provincias Unidas. Firmado: Carlos Alvear, presidente; Hipólito Vieytes, secretario. *El Redactor de la Asamblea, N 5, Bs. As., sábado 27 de marzo de 1813*”

Sin embargo, esta última iniciativa no tardó en sufrir una modificación, a partir de las presiones del Brasil que lo consideró un acto hostil por propiciar la desertión de los negros de su territorio y el perjuicio de las propiedades de sus súbditos. El embajador británico en Río de Janeiro, lord Strangford, llevó adelante la queja. El Poder Ejecutivo, de acuerdo con las facultades extraordinarias con las cuales se encontraba investido, suspendió el ejercicio del Decreto y, con carácter extraordinario, convocó a la Asamblea, que se encontraba en receso, para su tratamiento. Se ratificaron las prohibiciones para el tráfico de esclavos, pero la esclavitud prosiguió hasta la declaración del art. 15 de la Constitución de 1853.

“LIBERTAD DE LOS ESCLAVOS EXTRANJEROS [21 de enero de 1814]

La Asamblea General declara que el Decreto expedido en 4 de Febrero del año pasado de 1813, que dá por libres á todos los Esclavos que de qualquier modo se introduzgan [sic] desde dicho día de Paises extranjeros, por solo el hecho de pisar el territorio de las Provincias unidas; se deberá entender con aquellos que sean introducidos por via de comercio ó venta, contra las disposiciones anteriores prohibitivas [sic] de dicho, tráfico y de ningún modo con los que hubieren transfugado o trásfugaren de aquellos Paises, ni con los que introducidos en estas Provincias por los viajantes extranjeros en calidad de sirvientes, se conserven en su propio dominio y servidumbre; los quales no podrán pasar al de otro por enagenacion ó qualquier otro titulo; sobre cuyo particular le reencarga (sic) al Supremo Poder Ejecutivo la mas estrecha vigilancia, para que de ningún modo sea eludido el presente Decreto. Firmado: Valentín Gómez, presidente; Hipólito Vieytes, secretario. *El Redactor de la Asamblea, N 19, Bs. As., lunes 31 de enero de 1814*”

Pasados unos días, la Asamblea dictó un Reglamento para “la educación y ejercicio de los libertos” que establecía la fiscalización de la liberación de los hijos de los esclavos por medio de los párrocos e incluso, instauró que desde el 27 de febrero de 1813, debían ser bautizados gratis todos los niños que nacieran dentro del territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata.

Los intentos de ampliación de todos estos reglamentos, fueron resistidos por los patrones que entendían lesionado su patrimonio.

“Reglamento Para la educacion y exercicio de los libértos mandado expedir por la Asamblea general constituyente á consecuencia del decreto de 2 de febrero del presente año de 1813.

Artículo 1º. Para que no pueda cometerse el menor fraude en este particular, deberá ordenarse á todos los párrocos que pasen mensualmente al Intendente de Policía, o juez respectivo de este ramo, y en los lugares ó pueblos de la campaña á las justicias ordinarias, una razón de los niños de castas, que hayan bautizado con expresión de sexo, quartel, y nombre de sus padres y patronos.

Art. 2º. Las cabezas de familia, en cuya casa naciere algún niño de esta clase, deberán en las ciudades pasar una noticia circunstanciada dentro de tercero día, á lo mas de su nacimiento, al alcalde respectivo de su quartel, quien deberá dar cuenta cada mes al Intendente de Policía, ó juez con la razón que hubiesen pasado los vecinos; bien entendido que en ella deberá expresarse el número del quartel y manzana, ó anotarse distintamente la casa, ó barrio donde no hubiere esta división, y también el nombre de sus padres con la precisa circunstancia de si son libres, ó esclavos de que pertenencia. Los habitantes de los pueblos de la campaña tendrán el mismo término perentorio para pasar dicha razón á las justicias respectivas, y los que habiten fuera del poblado la pasarán á éstas dentro del término que deberán establecer los gobiernos respectivos, á virtud de informes convenientes; dichos gobiernos, fixarán, asimismo el término, en que las justicias de la campaña deben pasar á la Policía respectiva dicha razón.

Art. 3º. Del mismo modo deberán pasar los párrocos á dicha Policía mensualmente la razón de los que de esta clase hubiesen sepultado; de las ciudades estarán obligados á pasar á lo monos [sic] dentro de tercero día la misma razón á los alcaldes de sus quarteles, para que estos la pasen á la Policía mensualmente. Los habitantes de los pueblos de la campaña pasarán esta razón á las justicias dentro de tercero día, y los que habiten fuera de poblado en el término que establecieren los gobiernos respectivos. Las justicias de la campaña pasarán también esta razón á la Policía respectiva dentro del término que acordaren los gobiernos de las provincias respectivas según el articulo antecedente.

Art. 4º. La lactación de los infantes libertos deberá durar doce meses por lo menos.

Art. 5º. Cuando se hubiese de vender una esclava, que tenga un hijo liberto, deberá pasar con él á poder del nuevo amo, si el liberto no hubiese cumplido aún los dos años; pero pasado este tiempo, será á voluntad del vendedor el quedarse con él, ó traspasarlo al comprador junto con la esclava.

Art. 6º. Todos los niños de castas, que nacen libres, deberán permanecer en casa de sus patronos hasta la edad de 20 años.

Art. 7º. No tendrá lugar el artículo antecedente; si los libertos fuesen tratados con sevicia, por sus patronos; pues justificado que sea, ante la Policía deberá esta destinarlos á la casa que regulase mas conveniente. Tampoco tendrá lugar, si los patronos por pobreza conocida, por corrupción incorregible de los libertos, Ó por otros motivos resistieren mantenerlos consigo; en cuyo caso deberán aquellos dar cuenta á la Policía para darles otro destino.

Art. 8º. Los libertos servirán gratis á sus patronos hasta la edad de 15 años; y en los cinco restantes se les abonará un peso cada mes por su servicio, siendo de cuenta de sus patronos la demás asistencia.

Art. 9º. Cada mes deberán entregar el contingente del salario todos los vecinos por el número de libertos que tuviesen.

Art. 10. Se creará una tesorería con el nombre de Tesorería Filantrópica, y en ésta serán percibidos los salarios mensuales de todos los libertos.

Art. 11. El destino, ó profesión que hayan de tener los libertos cumplidos los 20 años será del arbitrio, ó elección de mismos cuidando el Intendente de Policía que no vaguen con perjuicio del Estado.

Art. 12. Cumpliendo el liberto los 20 años de su edad, deberá desde el mismo día ser emancipado de su patrono, y darse cuenta a la Policía.

Art. 13. A cada liberto varón que prefiriere la labranza, se le darán por el Estado quatro quadras quadras de terreno en propiedad.

Art. 14. No podrá señalarse al liberto el establecimiento en la campaña, ni ponérsele en su posesión, sin que se case con libre, ó liberta, si antes no lo hubiese verificado.

Art. 15. Las libertas quedarán emancipadas á los 16 años, ó antes si se casasen; y desde los 14 deberá abonárseles por su servicio un peso mensual, que del mismo modo entregarán sus patronos en la tesorería filantrópica.

Art. 16. Con el fondo resultante del servicio de ambos sexos se comprarán al liberto, que quisiere destinarse á la labranza, los útiles y aperos necesarios para su establecimiento; se le darán los materiales para construir su casa, las semillas precisas para sus primeros cultivos, y las reses lanares que 10 hayan de alimentar hasta la primera cosecha.

Art. 17. De las quatro quadras cuadradas que se donan á cada liberto que se dedicaren á la labranza deberá tener en el término preciso de 2 años, una quadra cuadrada, por 10 menos, de monte, y otra labrada, y sembrada.

Art. 18. Siendo este un establecimiento filantrópico, y á efecto de no cargar los fondos que resulten del jornal de los libertos, deberá crearse una junta de piedad de los vecinos mas honrados, y rotar entre ellos por determinado tiempo los cargos de su manejo bajo la inspección inmediata de la Policía.

Art. 19. El señalamiento del terreno que deberá darse á los libertos será de la inspección de la Policía. El intendente general de ella en esta ciudad podrá cometerlo á sus comisarios, y en las demás los jueces encargados de este ramo á las justicias territoriales, quienes deberán darles cuenta de la conducta de los libertos en el manejo de su labranza, para que se anote en un libro, y pueda conocerse desde luego el grado de laboriosidad de cada uno, y tomar en su vista las providencias que se estimen necesarias para el mayor adelantamiento del trabajo.

Art. 20. Desde el 27 de febrero de 1813 inclusive en adelante deberán ser bautizados gratis todos los niños de castas que nacieren dentro del territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata.

Art. 21. Del mismo modo serán enterrados gratis por los párrocos de todas las iglesias de las Provincias unidas todos los libertos que muriesen hasta el punto de su emancipación; debiendo tener toda su fuerza obligatoria el presente artículo desde el 3 de marzo de 1813 inclusive.

Art. 22. Estas Soberanas disposiciones serán observadas y cumplidas puntualmente en todo el territorio de las provincias unidas del Río de la Plata, á cuyo efecto hemos mandado despachar el presente reglamento, firmado por nuestro diputado presidente en turno, y refrendado por nuestro secretario mas antiguo. En Buenos-Ayres, á 6 de marzo de 1813. Tomas Antonio Valle, presidente; Hipólito Vieytes, diputado secretario. Es copia. *Gazeta Ministerial del Gobierno de Buenos-Ayres, N 48, miércoles 10 de marzo de 1813*".

En definitiva, ante las vicisitudes reseñadas, los decretos de la Asamblea, se transformaron en una tendencia abolicionista de la esclavitud, técnica que puede visualizarse, hoy día, respecto a la protección de algunos derechos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. (9)

-En sesión de 8 de marzo de 1813 se habilitó, a pedido del jesuita José Rivadavia, la facultad de testar a los jesuitas. Días después, en sesión del 12 de marzo de 1813, la Asamblea confirmó el Decreto expedido por la Junta el 1ro de septiembre de 1811, que declaraba extinguido el tributo, ampliándolo, y derogando la mita, la encomienda y el yanacozgo y todo servicio personal de los indios, por ser hombres perfectamente libres y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos. La ampliación de derechos a los indígenas se completó el 4 de mayo con el reconocimiento del derecho al sufragio.

"LIBERTAD DE LOS INDIOS E IGUALDAD CON LOS DEMAS CIUDADANOS

[12 de marzo de 1813]

La Asamblea general sanciona el decreto expedido por la Junta Provisional Gubernativa de estas provincias en 1º de septiembre de 1811, relativo a la extinción del tributo, y además derogada la mita, las encomiendas, el yanacozgo y el servicio personal de los indios baxo (sic) todo respecto y sin exceptuar aun el que prestan á las iglesias y sus párrocos o ministros; siendo la voluntad de esta Soberana corporación, el que del mismo modo se les haya y tenga a los mencionados indios de todas las Provincias

(9) Por ejemplo, art. 4º Convención Americana sobre los Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, Ratificada por la República Argentina por Ley 23.054; art. 75 inc. 22 Constitución Nacional vigente.

unidas, por hombres perfectamente libres, y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos que las pueblan, debiendo imprimirse y publicarse éste Soberano decreto en todos los pueblos de las mencionadas Provincias, traduciéndose al efecto fielmente en los idiomas Guaraní, Quechua y Aymará, para la común inteligencia. Firmado: Dr. Tomas Valle, presidente; Hipólito Vieytes, secretario. *El Redactor de la Asamblea, N° 24, Bs. As., sábado 20 de marzo de 1813*"

"SUFRAGIO DE LOS INDIOS [4 de mayo de 1813]

La Asamblea general ordena, que en las asambleas electorales de parroquia, y en las de la misma clase de partido ordenadas por el Supremo Poder Ejecutivo para las quatro intendencias del Perú por lo respectivo á los quatro diputados que deben representar á las comunidades de los indios deberán concurrir y tener sufragio en ellas todos los americanos españoles mestizos, chulos, indios, y demás hombres libres que se hallaren al tiempo de las [sic] elección en los indicados pueblos, en igualdad y concurrencia con los indios que se citan por el artículo primero del reglamento. Firmado: Juan Larrea, presidente; Hipólito Vieytes, secretario". *El Redactor de la Asamblea, N° 8, Bs. As., sábado 8 de mayo de 1813*".

-Tras el mismo faro de la igualdad, la Asamblea, en sesión del 21 de mayo, extinguió todos los títulos de Condes, Marqueses y Barones en el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata y, el 13 de agosto hizo lo propio con la institución del mayorazgo, por su incompatibilidad con un pueblo libre en igualdad y derechos.

"EXTINCION DE TITULOS DE NOBLEZA [13 de mayo de 1813]

Si las virtudes son decretos de muerte baxo la dominación de los tiranos, los crímenes dan casi siempre un derecho exclusivo á pretender las recompensas. El despotismo mira con horror la presencia de los hombres justos, y para hacer insuficientes sus clamores, atribuye á la naturaleza el ultrajante designio de envilecer á los hombres, solo porque la fortuna no deslumbró á sus padres con la brillantez del oro, y los prestigios de la vanidad. Mas por violento que sea este transtorno [sic], es demasiado natural la conducta de sus autores. Para sostener la esclavitud de los pueblos, no tienen otro recurso que convertir un mérito el orgullo de sus seqüaces, y colmarlos de distinciones que fundan una distancia inmensa entre el feliz esclavo, y su pretendido señor. Este es el origen de los títulos de Condes, Marqueses, Barones, etc., que prodigaba la corte de España para doblar el peso de su cetro de hierro, que gravitaba sobre la inocente América. Lejos de nosotros tan exécrables como odiosas preeminencias: un pueblo libre no puede ver delante de la virtud, brillar al vicio. Estas cosideraciones [sic] han movido á la Asamblea, después de una discusión provocada, por el ciudadano Alvear autor de la moción a expedir la siguiente: La Asamblea General ordena la extinción de todos los titulas de Condes, Marqueses, y Barones en el territorio de las Provincias unidas del Río de la Plata. Firmado: Juan Larrea, presidente; Hipólito Vieytes, secretario. *El Redactor de la Asamblea, N 9, Bs. As., sábado 29 de mayo de 1813*".

"PROHIBICION DE FUNDAR MAYORAZGOS [13 de agosto de 1813]

Señalada en discusión para este día la moción que dexo hecha el Ciudadano Alvear quando investía el cargo de representante en la Asamblea, para que se aboliesen los mayorazgos y vínculos en todo el territorio de la union; hoy fue sostenida y enérgicamente apoyada por los Ciudadanos Valle, Gómez y Vieytes que desenvolviendo a la par de otros todas las razones que han analizado los políticos contra esa consumptiva estagnación que constituye los mayorazgos, pusieron en claro la contradicción que ellos dicen al espíritu de igualdad que reclamamos, al interés de la población y al aumento de nuestras riquezas territoriales; objetos que siempre distarían de nuestros deseos, mientras el patrimonio de muchas familias forme la fortuna de un solo Ciudadano, para fomentar su orgullo, animar su prepotencia y fixar en una pequeña porción de hombres el cálculo hereditario de un exclusivo engrandecimiento. Sería interminable hacer un detalle prolixo de esta discusión; baste decir que en ella se sostuvo (sic) la razón suprema de un Pueblo libre, que es el ser contrarios á la igualdad los vínculos y mayorazgos.

LEY

La Asamblea General prohíbe la fundación de mayorazgos en el territorio de las Provincias Unidas, no solo sobre la generalidad de los bienes, sino sobre las mejoras de tercio y quinto, como asimismo qualesquiera otra especie de vinculación, que no teniendo un objeto religioso ó de piedad, trasmita las propiedades á los sucesores sin la facultad de enagenarlas. Firmado: Ramón Anchoris, presidente; Hipólito Vieytes, secretario. *El Redactor de la Asamblea, N 15, Bs. As., sábado 21 de agosto de 1813*".

-Una de las reformas fundamentales de la Asamblea fue la abolición de la Inquisición, promovida por Agrelo y un sacerdote, Valentín Gómez- en la sesión del 24 de marzo de 1813 y, el procedimiento del tormento como instrumento para la investigación de los crímenes. Simbólicamente, fueron destruidos los instrumentos de tortura.

“SUPRESION DEL TRIBUNAL DE LA INQUISICION” [sesión 23 de marzo de 1813]

Queda desde este día absolutamente extinguida la autoridad del tribunal de la inquisición en todos los pueblos del territorio de las provincias unidas del Río de la Plata, y por consiguiente se declara devuelta á los ordinarios eclesiasticos su primitiva facultad de velar sobre la pureza de la creencia por los medios canónicos, que únicamente puede conforme al espíritu de Jesu-Cristo, guardando el orden y respetando el derecho de los ciudadanos. Firmado: Dr. Tomas Valle, presidente; Hipólito Vieytes, secretario. *El Redactor N 5 del 27-3-1813*”

“PROHIBICION DE USAR TORMENTOS [sesión 13 de mayo de 1813]

El hombre ha sido siempre el mayor enemigo de su especie, y por un exceso de barbarie ha querido demostrar, que el podía ser tan cruel como insensible al grito de sus semejantes. El ha tenido á la vez la complacencia de inventar cadenas para hacer esclavos, de erigir cadalsos (sic) para sacrificar victimas y en fin calcular medios atroces para que la misma muerte fuese anhelada como único recurso de algunos desgraciados. Tal es la invención horrorosa del tormento adoptado por la legislación española para descubrir los delinquentes. Solo las lagrimas que arrancará siempre á la filosofia este bárbaro exceso, podrán borrar con el tiempo de todos los códigos del universo esa Ley de sangre, que no dexando ya al hombre nada que temer, lo há hecho quizá por lo mismo mas delinquente y obstinado. Este crimen merece ser expiado por todo el género humano, y anticipándose la Asamblea á cumplir su deber en esta parte, ha resuelto por aclamacion la siguiente:

LEY

La Asamblea general ordena la prohibición del detestable uso de los tormentos, adoptados por una tirana legislación para el esclarecimiento de la verdad é investigación de los crímenes; en cuya virtud serán inutilizados en la plaza mayor por mano del verdugo, antes del feliz día 25 de Mayo, los instrumentos destinados á éste efecto. Firmado: Juan Larrea, presidente; Hipólito Vieytes, secretario. *El Redactor de la Asamblea, N 9, Bs. As., sábado 29 de mayo de 1813*”

- Una de las iniciativas de la Asamblea, en orden a la concreción del derecho a la jurisdicción (10), fue el decreto que flexibilizó la “información de pobreza” para ocurrir al servicio de justicia, estableciendo que se haría ante los tribunales de primera instancia y no ante los tribunales superiores, siendo útil para la alzada. Aún, remitiendo como antecedente a antiguas leyes castellanas, la expresa motivación del decreto adquiere una trascendencia atemporal “...” facilitar a los verdaderos pobres...que demandan justicia...que ésta no se haga de ningún modo ilusoria...” (extrac., El Redactor, 14 de agosto de 1813).

-La victoria de Salta del 20 de febrero de 1813 hizo posible la entrada del ejército de Belgrano en el Alto Perú y su llegada a Potosí. Poco después en sesión del 13 de abril de 1813, se dictó una nueva ley de acuñación de la moneda, proyecto Agrelo, disponiéndose:

“CREACION DE LA MONEDA NACIONAL [13 de abril de 1813]

La Asamblea General Constituyente ordena, que el Supremo Poder Ejecutivo comunique la que corresponde al Super-Intendente de la Casa de Moneda de Potosí, a fin de que inmediatamente, y baxo (sic) la misma ley y peso que ha tenido la Moneda de oro y plata en los últimos reynados de D. Carlos IV y su hijo D. Fernando VII se abran y esculpan nuevos sellos por el orden siguiente:

Moneda de Plata

La moneda de Plata que de aquí en adelante debe acuñarse en la Casa de Moneda de Potosí, tendrá por una parte el sello de la Asamblea General, quitado el Sol que lo encabeza, y un letrero alrededor que diga Provincias del Río de la Plata; por el reverso un Sol que ocupe todo el centro, y alrededor la inscripción siguiente: En Unión y Libertad; debiendo además llevar todos los otros signos que expresan

(10) Tutela judicial efectiva.

el nombre de los ensayadores, lugar de su amonedación, año y valor de la moneda y demás que han contenido las expresadas monedas.

Moneda de Oro

Lo mismo que la de Plata con solo la diferencia, que al pie de la pica, y baxo de las manos que la afianzan se esculpan trofeos militares consistentes en dos banderas de cada lado, dos cañones cruzados y un tambor al pie.

De una y otra deberán sacarse dibuxos en pergamino, que autorizados debidamente acompañen la orden de la nueva amonedacion. Firmado: Pedro Agrelo, presidente; Hipólito Vieytes, secretario. *El Redactor de la Asamblea, N 13, Bs. As., sábado 31 de julio de 1813*”

El ejecutivo dio cumplimiento a la disposición y mando trazar los diseños que fueron enviados a la Asamblea que aprobó los proyectos con la supresión de la palabra unidas, pero sin merituar la inversión del anverso con el reverso.

El 28 de julio de 1813 se promulgó la ley que ordenaba la circulación de las nuevas piezas. Cuando se produce la evacuación del Alto Perú como consecuencia de la pérdida de Belgrano en Ayohuma, quedó suspendida la acuñación.

-No se ha encontrado ningún documento que se refiera expresamente a la creación del escudo, como reconoce César Pillado Ford en su investigación sobre El Escudo Nacional (1942), sí sobre su antecedente, los sellos, que fueran adoptados en las primeras sesiones de la Asamblea y referenciados en disposiciones como el decreto de acuñación de la moneda.

Se sabe que la Asamblea, con el propósito de ejecutar actos soberanos, comisionó al diputado por San Luis, don Agustín Donado, que se encargara de la confección de un sello para autenticar los escritos del gobierno en reemplazo del utilizado hasta entonces con las armas reales de España, y que además serviría para acuñar la primera moneda nacional.

Por decreto del 12 de marzo de 1813, por el cual la Asamblea General Constituyente, con las firmas de su presidente, Tomás Valle, y el secretario Hipólito Vieytes, ordena “... que el Supremo Poder Ejecutivo use el mismo sello de este Cuerpo Soberano, con la sola diferencia de que la inscripción del Círculo sea la de Supremo Poder Ejecutivo de las Provincias Unidas del Río de la Plata”, publicado al día siguiente en El Redactor de la Asamblea.

Se desconoce quién hizo el dibujo que sirvió de modelo para hacer el cuño de nuestro escudo, pero destaca Ortiz de Rozas en un trabajo reciente (2006), la similitud de nuestro escudo con el emblema del que se valían como “pases” los miembros de un club revolucionario francés para acceder a la Asamblea Legislativa entre 1790 y 1793.

“SELLO OFICIAL [13 de marzo de 1813]

La Asamblea general ordena que el Supremo Poder Ejecutivo use del mismo sello de este cuerpo Soberano, con la sola diferencia de que la inscripción del circulo sea la de Supremo Poder Ejecutivo de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Firmado: Dr. Tomas Valle, presidente; Hipólito Vieytes, secretario. *El Redactor de la Asamblea, N° 4, Bs. As., sábado 20 de marzo de 1813*”

-No hay constancias de que la Asamblea hubiera sancionado una declaración sobre la bandera. Mitre en sus Obras Completas (1940), sostiene el auspicio de la Asamblea en la bandera azul y blanca enarbolada por Belgrano que, desde esa época reemplazó completamente a la bandera española, aún sin consagración legal hasta el Congreso de Tucumán. (11)

-Tampoco se conoce la norma de aprobación del Himno; por algunas constancias de archivos se sabe que la Asamblea encargó a su diputado Vicente López y Planes, el 6 de marzo, la creación de un

(11) Decreto aprobado en la Sesión del 20 de julio de 1816.

himno que de manera heroica resumiera los ideales de la Revolución de Mayo y simbolizara el entusiasmo patriótico del pueblo. Durante la sesión del 11 de mayo de 1813, López y Planes da a conocer su obra y obtiene la aprobación unánime de la asamblea.

“HIMNO NACIONAL [sesión 11 de mayo de 1813]

Marcha patriótica

Oid mortales, el grito sagrado Libertad, libertad, libertad;
Oid, el ruido de rotas cadenas, Ved en trono á la noble igualdad.
Se levanta en la faz de la tierra una nueva gloriosa nación Coronada su sien de laureles
y á sus plantas rendido un leon.

CORO

Sean eternos los laureles Que supimos conseguir: Coronados de gloria vivamos O juremos con gloria morir.

De los nuevos campeones los rostros Marte mismo parece animar,
La grandeza se anida en sus pechos,
A su marcha todo hacen temblar;
Se conmueven del inca las tumbas y en sus huecos revive el ardor
Lo que ve renovando á sus hijos
De la patria el antiguo esplendor.

Sean eternos los laureles, etc., etc.

Pero sierras y muros se sienten
Retumbar con horrible fragor;
Todo el pais se conturba por gritos
De venganza, de guerra y furor.
En los fieros tiranos la envidia
Escupió su pestífera hiel,
Su estandarte sangriento levantan
Provocando á la lid mas cruel.

Sean eternos los laureles, etc., etc.

¿No los veis sobre Méjico y Quito, Arrojarse con zaña tenaz?
¿Y cual lloran bañados en sangre, Potosí, Cochabamba y la Paz?
¿No los veis sobre el triste Caracas, Luto y llantos y muerte esparcir?
¿No los veis devorando cual fieras,
Todo pueblo que logran rendir?
Sean eternos los laureles, etc., etc.

A vosotros se atreve Argentinos
El orgullo del vil invasor:
Vuestros campos ya pisa contando
Tantas glorias hollar vencedor.
Mas los bravos, que unidos juraron
Su feliz libertad sostener,
A estos tigres, sedientos de sangre,
Fuertes pechos sabrán oponer.
Sean eternos los laureles, etc., etc.

El valiente Argentino á las armas
Corre ardiendo con brio y valor:
El clarín de la guerra, cual trueno

En los campos del Sud resonó.
Buenos Aires se pone á la frente
De los pueblos de la inclita unión,
Y con brazos robustos desgarran
Al ibérico altivo leon.

Sean eternos los laureles, etc., etc.

San José, San Lorenzo, Suípacha, Ambas Piedras, Salta y Tucuman,
La Colonia y las mismas murallas
Del tirano en la Banda Oriental,
Son lettereros eternos que dicen: Aquí el brazo Argentino triunfó;
Aquí el fiero opresor de la Patria
Su cerviz orgullosa dobló.

Sean eternos los laureles, etc., etc.

La victoria al guerrero Argentino
Con sus alas brillantes cubrió, y azorado á su vista el tirano
Con infamia á la fuga se dió;
Sus banderas, sus armas se rinden por trofeos á la libertad,
y sobre alas de gloria alza el pueblo
Trono digno á su gran magestad.

Sean eternos los laureles, etc., etc.

Desde un polo hasta el otro resuena de la fama el sonoro clarín,
y de América el nombre enseñando les repite, mortales, oíd:
Ya su trono dignísimo abrieron
Las Provincias Unidas del Sud,
y los libres del mundo responden: ¡Al gran pueblo Argentino, salud!

Sean eternos los laureles, etc., etc.

Buenos Aires, Mayo 14 de 1813. Es copia. Dr. Bernardo Velez, Secretario del Gobierno de Intendencia. *Registro Oficial de la República Argentina que comprende los documentos espeditos desde 1810 hasta 1873, Tomo Primero, Publicación Oficial, Buenos Aires, Imprenta de la República, 1879.*

-El 5 de mayo se dictó la ley que declaraba día de fiesta cívica al 25 de mayo y hablaba de “celebrarse anualmente en todo el territorio de las Provincias Unidas cierta clase de fiestas que deberán llamarse fiestas mayas”. No lo llama, desde luego, fiesta nacional, pues previamente debería establecerse la Nación.

“INSTITUCION DEL 25 DE MAYO COMO FIESTA CIVICA [5 de mayo de 1813]

Es un deber de los hombres libres inmortalizar el día del nacimiento de la patria, y recordar al pueblo venidero el feliz momento en que el brazo de los mas intrépidos quebró el ídolo y derribó el altar de la tiranía. A este fin se há acordado con presencia de una nota remitida por el Poder Ejecutivo la siguiente:

LEY

La Asamblea general declara el día 25 de mayo, día de fiesta cívica, en cuya memoria deberán celebrarse anualmente en toda la comprehensión (sic) del territorio de las provincias unidas del Río de la Plata, cierta clase de fiestas que deberán llamarse fiestas mayas, y se determinarán con oportunidad. Firmado: Juan Larrea, presidente; Hipólito Vieytes, secretario. *El Redactor de la Asamblea, N° 8, Bs. As., sábado 8 de mayo de 1813.*

-Merece recordarse el proyecto de ley remitido por el ejecutivo, avalando una tolerancia en el culto profesado por los extranjeros que arribaban con el objeto de laboreo en las minas, para fomentar la explotación de los yacimientos.

“Ningún extranjero emprendedor de trabajo de minas o dueño de ingenios, ni sus criados, domésticos ó dependientes serán incomodados por materia de religión, siempre que respeten al orden público; y podrán adorar a Dios dentro de sus casas privadamente según sus costumbres” *El Redactor de la Asamblea, N° 7, Bs. As., sábado 1 de mayo de 1813.*

-Como resabio de la primera etapa de trabajo de la Asamblea, cabe destacar otra importante iniciativa. Beruti, en su carácter de teniente gobernador de Tucumán, consultó a la Asamblea sobre el “abuso contra la igualdad” que significaban las “armas, jeroglíficos o distinciones de familia” de las fachadas de las casas particulares tucumanas, preguntando si la igualdad de las personas y extinción de nobleza no podría extenderse a los edificios. Se presentó en la Asamblea un importante debate, el 26 de octubre, entre los que querían la igualdad “para que nadie pretenda ser superior a los demás” y entendían “necesario alejar de los ojos del pueblo esos vergonzosos monumentos”, y quienes “sin disentir de aquellas máximas sostenían que sólo el tiempo debe destruir esas preocupaciones” Prevaleció la idea de echar abajo, sin consideraciones las tradiciones de los propietarios, sancionándose la ley que prohibía la exhibición de armas, jeroglíficos y, distinciones de nobleza en las fachadas de las casas y parajes públicos.

“PROHIBICION DE USAR DISTINCIONES DE NOBLEZA

[sesión 26 de octubre de 1813]

La Asamblea General ordena que en los Pueblos de la comprensión de las Provincias unidas del Río de la Plata no deberán desde el presente existir en las fachadas de las casas y demás parages públicos armas, geroglíficos ni distinciones de nobleza, que digan relación a señaladas familias que por este medio aspiran á singularizarse de las demás. Firmado: Tomas Valle, presidente; Hipólito Vieytes, secretario. *El Redactor de la Asamblea, N 18, Bs. As., sábado 20 de noviembre de 1813”*

Ya para noviembre del año XIII, surge un marcado contraste con el nivel de gestión inicial de la Asamblea, ha perdido vigor. El contexto ha variado: Montevideo convirtiéndose en base de una ofensiva realista, las derrotas de Belgrano en Vilcapugio y Ayohuma, la resistencia española socavando el poder napoleónico, contribuyen al desgaste.

La figura del receso y la recurrente suspensión de las sesiones (12) vaticinan la disolución, que sobrevendrá en enero de 1815 sin volver a reanudarse las sesiones hasta la formalización de su extinción.

IV. La proyección institucional en el derecho constitucional argentino

La compilación de la producción normativa de naturaleza constitucional efectuada en el acápite precedente, se proyecta como antecedente documental de carácter nacional sobre los arts. 15, 16, 17 y 18 de la Constitución Argentina.

Asimismo, el máximo operador jurídico orgánico en nuestro sistema de control de constitucionalidad, ha recurrido a ésta fuente como apoyatura argumental en la tarea de interpretación constitucional. Así, se ha:

“... Resuelto en nuestro país desde los albores de su proceso constituyente, cuando la Asamblea de 1813, calificando al tormento como “invención horrorosa para descubrir los delincuentes” mandó quemar los instrumentos utilizados para aplicarlo (ley del 19/5/1813, “Asambleas Constituyentes Argentinas”, t. I, p. 44), decisión que se concretó en la prohibición contenida en el art. 18 de la CN. de obligar a alguien a declarar contra sí mismo, sobre cuya base esta Corte, a lo largo de su actuación, ha descalificado las confesiones prestadas bajo la coacción moral que importa el juramento (Fallos: 1:350 y 281:177)” Fallos CSJN 303:1938 del 10/12/1981-Montenegro Luciano Bernardino s/Rec. Extraordinario.

En otro orden de ideas, con relación a la inmunidad parlamentaria de expresión, ha remitido- a modo de reseña de la evolución del instituto-, al decreto de inviolabilidad de los diputados del 10 de marzo de 1813 que prescribía que “los Diputados que componen la Asamblea General Constituyente de las provincias unidas del Río de la Plata; no pueden ser acusados perseguidos, ni juzgados en tiem-

(12) Entre cinco períodos de sesiones, se dispusieron cuatro períodos de suspensiones y recesos.

po alguno por las opiniones que verbalmente, o por escrito hayan manifestado en las sesiones de la Asamblea” Voto de Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti. (13)

V. Conclusiones

En síntesis, podemos sistematizar como principales obras que transformaron la estructura jurídica de la época, en el período en análisis, las siguientes:

-En orden a la igualdad y libertades individuales:

Libertad de vientres y libertad de todos los esclavos que fueron introducidos en el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata. (febrero)

Reconocimiento de los indios como hombres libres y en igualdad de derechos a todos los ciudadanos y reconocimiento de los derechos electorales (marzo-mayo)

Prohibición de los mayorazgos (agosto) y los títulos de nobleza (mayo)

Educación de los libertos (marzo)

Tolerancia de culto a los extranjeros que vengan a trabajar la tierra (mayo)

-En orden al derecho a la jurisdicción y garantías individuales:

Supresión del Tribunal de la Inquisición (marzo)

Prohibición de los tormentos, para investigación de los crímenes (mayo)

Flexibilización de la “información de pobreza” para acceder al servicio de justicia (agosto)

-En orden al reconocimiento de una nacionalidad:

Carácter nacional de la representación de la Asamblea (marzo)

Acuñaación de moneda (abril)

Diseño de sellos (escudo) (marzo)

El 25 de mayo como fiesta cívica (mayo)

Himno (mayo)

Por estas concreciones institucionales, es posible inferir las causas que contribuyeron a la trascendencia histórico-institucional de la Asamblea, con el alcance que señaláramos en el acápite I. Vaya por ello nuestro homenaje.

VI. Bibliografía

ABAD DE SANTILLAN, Diego (1981). *Historia argentina*. 2ª ed. Buenos Aires: Tea.

ARAMBURU, Julia y CALÁ, Laura (1999). “Artigas: una organización política posible”, En: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 39(60).

BIANCHI, Alberto (2004). “Un recorrido crítico por el período formativo del derecho constitucional argentino (1810-1827)”, En: Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *Debates de actualidad*, Buenos Aires, 19(193).

BIDART CAMPOS, Germán (1976). *Historia política y constitucional argentina*. Buenos Aires: EDIAR.

(13) Véase CSJN-R. 920. XXXIX. RECURSO DE HECHO Rivas, Jorge s/ calumnias -causa 4758C.

- CANTER, Juan (1962). *Historia de la Nación Argentina*. Buenos Aires: El Ateneo, t. 6.
- CHIARAMONTE, José Carlos (1997). *Ciudades, provincias, estados: Orígenes de la Nación Argentina (1800-1846)*. Buenos Aires: Ariel.
- CORVALÁN MENDILAHARZU, Dardo (1962). “Los símbolos patrios”, En: *Historia de la Nación Argentina*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires: El Ateneo, t. 6, cap. 3.
- COTELO, Julio César (1968). *Influencia del pensamiento de Artigas en el Congreso de abril de 1813*. Montevideo: Junta Departamental.
- GALLETTI, Alfredo (1987). *Historia constitucional argentina*. La Plata: Editora Platense.
- GIANELLO, Leoncio (1964). “Realidad y esperanza de la Asamblea del Año XIII”, En: *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, Buenos Aires, 34, 589 y ss.
- MITRE, Bartolomé (1940). *Obras completas*. Buenos Aires: Honorable Congreso de la Nación Argentina.
- ORTIZ DE ROZAS, Carlos (2006). “Símbolo patrio: la incógnita del escudo”, En: *La Nación* [online]. Disponible en: www.lanacion.com.ar/849281.
- PILLADO FORD, César (1942). “El escudo nacional”, En: Archivo General de la Nación. *Papeles del Archivo*. Buenos Aires: Guillermo Kraft.
- RAVIGNANI, Emilio (1937). *Asambleas constituyentes argentinas*. Buenos Aires: Jacobo Peuser.
- SAN MARTINO DE DROMI, María Laura (1994). *Documentos constitucionales argentinos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- SANCHEZ VIAMONTE, Carlos (1957). *Historia institucional argentina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- SECO VILLALBA, José Armando (1943). *Fuentes de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Depalma.

Linares Quintana: Una larga y fructífera vida dedicada a la ciencia política y constitucional

POR CARLOS A. MAYÓN (*)

Sumario: I. Biografía. — II. Profesor en los Estados Unidos. — III. Relación con profesores y personajes famosos. — IV. Obras. — V. Actuación en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. — VI. Donación de su biblioteca personal. — VII. Centro de Estudios de Ciencia Política y Derecho Constitucional. — VIII. Pensamiento constitucional y político. — IX. Conclusión.

Resumen

Durante el corriente año 2013, a los 103 años de edad, falleció el profesor Dr. Segundo V. Linares Quintana, maestro de varias generaciones de abogados. Durante décadas fue profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y director de su Instituto de Derecho Constitucional y Político. Fue testigo de la vida política argentina de casi todo el siglo XX y comienzos del XXI. Sus obras, en opinión de los más importantes tratadistas, tuvieron trascendencia mundial, y significaron un hito en el estudio del Derecho Constitucional y la Ciencia Política.

Palabras clave: Linares Quintana-Constitucionalista-Politólogo-Profesor

LINARES QUINTANA: UNE VIE LONGUE ET FRUCTIFÈRE CONSACRÉE À LA SCIENCE POLITIQUE ET CONSTITUTIONNELLE

Résumé

En cette année 2013, est mort, à l'âge de 103 ans, le professeur Dr. Segundo V. Linares Quintana, professeur de plusieurs générations d'avocats. Pendant des décennies, il a été professeur à la Faculté des Sciences Juridiques et Sociales de l'Université Nationale de La Plata et directeur de son Institut de Droit Constitutionnel et Politique. Il a été témoin de la vie politique argentine pendant presque tout le XXème siècle et le début du XXIème. Ses oeuvres, d'après les doctrinaires les plus importants, ont eu une portée mondiale et elles ont marqué l'étude du Droit Constitutionnel, ainsi que celle de la Science Politique.

Mots clés: Linares Quintana-Constitutionnaliste-Politicologue-Professeur.

I. Biografía

Segundo Víctor Cayetano Linares Quintana nació en La Plata, en la localidad de City Bell, el 7 de agosto de 1909, aunque al poco tiempo se trasladó con su familia a la ciudad de Buenos Aires.

Sus padres fueron Segundo M. Linares Uriburu -docente salteño afincado en Buenos Aires, inspector de escuelas y gran amante de los libros- y Carmen Rosa Quintana. Ambos aparecían con frecuencia en sus recuerdos.

Entre otros parientes famosos, era primo del economista Raúl Prebisch.

Se graduó como abogado, en el año 1933, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

En 1936 obtuvo el diploma de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la misma casa de estudios, con una tesis sobre "Derecho Público de los Territorios Nacionales" que obtuvo la calificación de sobresaliente y el premio Mario A. Carranza, y recomendado al Premio Facultad.

La docencia universitaria ocupó gran parte de su vida, habiéndose desempeñado durante medio siglo como Profesor Adjunto, Profesor Titular y Profesor Emérito en las universidades nacionales de Buenos Aires y de La Plata.

En su larga existencia, ocupó pocos cargos públicos; el primero fue en 1942, como director general del Trabajo de la provincia de Buenos Aires; en 1943 fue director de Establecimientos Penales bonaerenses; en 1955 fue director de Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior, y volvió a ocupar ese cargo en 1963, durante la presidencia de Arturo Illia. Durante el ejercicio de este último cargo, tuvo una importante participación en la consolidación definitiva de la Justicia Nacional Electoral.

Fue premio nacional de Ciencias, en la disciplina Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, por el período 1955-1957.

Incansable intelectual y académico, dedicó su vida a la Ciencia Constitucional y a la Ciencia Política.

Integró, como miembro activo, varias prestigiosas academias: la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, que presidió en dos ocasiones; la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que también presidió; la Academia Nacional de Ciencias; y la Academia Argentina de la Historia.

Fue Miembro Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid; Miembro de Honor del Instituto de Estudios Políticos de Madrid; Miembro de Honor de la Academia de los Doctores de Barcelona; Director y Director Honorario del Instituto de Derecho Constitucional y Político de la Universidad Nacional de Buenos Aires; y Director y Director Honorario del Instituto de Derecho Constitucional y Político "Carlos Sánchez Viamonte", de la Universidad Nacional de La Plata.

En 1957 fundó la Asociación Argentina de Ciencia Política, de la que fue Presidente, Presidente Honorario y Director de su Revista.

También se desempeñó como Presidente del Congreso Internacional de Ciencias Políticas celebrado en Buenos Aires en 1960. Perteneció a múltiples entidades culturales nacionales y extranjeras y recibió distinciones significativas como el Laurel de Plata del Rotary Club de Buenos Aires y los premios de la Fundación Bunge y Born en Derecho y el Konex de Platino en Humanidades. La Asociación Argentina de Derecho Constitucional, en 1997 lo declaró Maestro de la Libertad, la Justicia y el Derecho.

El 11 de agosto de 1993, poco después que cumpliera 84 años, el H. Senado de la Nación, por unanimidad, le rindió un homenaje, juntamente con el Dr. Miguel S. Marienhoff, por "la inestimable cooperación que han prestado en beneficio de la ciencia jurídica argentina y del afianzamiento de las instituciones de la República". En el acto, el senador por Corrientes Aguirre Lanari destacó su labor docente, y su permanente brindar sabiduría "a las consultas que legisladores, magistrados, catedráticos y profesionales les formulan con frecuencia". Otros senadores también recordaron sus clases en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Poco después, en 1995, la H. Cámara de Diputados de la Nación, por unanimidad, lo incluyó en el "Registro de los Mayores Notables Argentinos".

Entre las características primordiales de su vida se destaca su dedicación permanente al trabajo metódico y su afán investigativo.

El pasado 7 de agosto de 2012, Linares Quintana celebró sus 103 años, trabajando en la conclusión de su nuevo libro, con la única ayuda de su antigua máquina de escribir.

Nunca aceptó las ventajas de la moderna tecnología: no usó computadora, correo electrónico, internet, o fax. Cuando era necesario intercambiar con él algún material, había pocas opciones: o ir personalmente hasta su departamento en la calle Solís, o por correo, o enviarlo por fax a un locutorio cercano a su domicilio.

Su condición de trabajador intelectual incansable lo acompañó hasta los últimos momentos de su larga existencia y, en gran medida, anticipó su fin.

Hasta fines de diciembre de 2012, es decir, hasta pocos días antes de su muerte, trabajó sin descanso, en lo que se proponía que fuera su última contribución intelectual, libro que tendría como título “La Revolución empírica y la Ciencia del Poder en el Nuevo Milenio”. En el mismo volcaría el valioso material reunido durante su estadía en los Estados Unidos.

Pero, el deterioro de su visión, y el informe médico que le hizo saber que no podría recuperarla, a lo que se agregaba su trabajo exclusivamente individual, lo llevó a la convicción de que ese libro, su obra final, quedaría inconcluso, pese a su denodado esfuerzo.

Ello lo llevó a una situación de abatimiento, que, en pocos días, provocó su fallecimiento, a los 103 años de edad, el 2 de enero del corriente año 2013, en la ciudad de Buenos Aires.

II. Profesor en los Estados Unidos

En dos oportunidades, como consecuencia de persecuciones políticas en Argentina, debió emigrar a los Estados Unidos de Norteamérica.

Allí, la Universidad de Carolina del Norte (Chapell Hill), lo incorporó a sus claustros, ejerciendo la Cátedra de “Ciencia Política y Derecho Constitucional Comparado”, durante los ciclos lectivos de 1951-52 y 1953-54. Además, le propuso la creación de una cátedra que llevara su nombre, distinción que no aceptó; después lo nombró doctor en derecho “honoris causa”.

Cuando evocaba sus tiempos en esa Universidad, pese a los años transcurridos, no podía ocultar su emoción, por el afecto que le brindaron sus autoridades, colegas docentes y estudiantes.

Era un placer escucharlo hablar de su desempeño como profesor en la misma, de su relación con las autoridades de la Universidad, con los restantes profesores y con los estudiantes.

Incluso, uno de sus libros más conocidos, “Gobierno y Administración de la República Argentina”, lo dedicó a esa Casa de Estudios: “A la Universidad de North Carolina... en cuyas soleadas aulas tuve el grato honor de enseñar, a sus autoridades, profesores y estudiantes, y a todos los amigos de Chapell Hill... en íntimo reconocimiento de días inolvidables”.

También las universidades de Columbia, en Nueva York, y de Filadelfia, en Pensilvania, lo distinguieron como profesor visitante.

Mientras Linares Quintana fue profesor en los Estados Unidos, tuvo un trato muy afectuoso con Karl Loewenstein, el eminente constitucionalista y politólogo alemán, que se había exiliado en los Estados Unidos, y a quien conoció en la Universidad de Amherst, en Massachusetts. Con él, Linares Quintana compartió largas conversaciones, intercambiando opiniones y proyectos científicos.

Posteriormente, Loewenstein prologó una de las obras más trascendentes de Linares Quintana: “Derecho constitucional e instituciones políticas”, del año 1970.

III. Relación con profesores y personajes famosos

Su vida fue una historia viviente del siglo XX de la Argentina. Tuvo trato con las personalidades políticas y científicas más destacadas, que siempre lo admiraron y apoyaron.

Entre los que recordaba con mayor afecto estaban Carlos Saavedra Lamas, Alfredo L. Palacios y Carlos Sánchez Viamonte.

El doctor Carlos Saavedra Lamas, a quien el 10 de diciembre de 1936 se le otorgó el Premio Nobel de la Paz, lo distinguió con su amistad.

Cuando era un joven de poco más de 20 años, todos los sábados se reunían en el estudio de Saavedra Lamas. Éste, advirtiéndole sus condiciones, trató de convencerlo para que se dedicara al estudio del Derecho Internacional. Linares Quintana contaba que le costó no aceptar la sugerencia, por el respeto y la admiración que tenía por el ilustre jurista, pero debió hacerlo porque ya tenía totalmente definida su vocación por el Derecho Constitucional.

Linares Quintana trabajó muchos años en la Biblioteca del Congreso de la Nación, y allí conoció a los más famosos legisladores. Entre ellos, recordaba con especial cariño a quien fue durante muchos años profesor de la Universidad Nacional de La Plata, Alfredo L. Palacios. Colaboró con el inolvidable Maestro, y lo ayudó en el mantenimiento de su famosa biblioteca.

Palacios le transmitió importantes anécdotas de otros famosos políticos, que enriquecen la historia política del siglo XX.

Uno de ellos, era Carlos Pellegrini. Como es sabido, Palacios ingresó a la Cámara de Diputados de la Nación en el año 1904, por haber sido elegido por la circunscripción de La Boca del Riachuelo.

A poco de haber asumido, se produjo una fuerte discusión en el recinto por el tema del fraude electoral.

Palacios criticó allí duramente a Pellegrini por haber sido elegido en forma fraudulenta. Cuando terminó la sesión, mientras Palacios recogía sus papeles, en su banca en los niveles inferiores del Recinto de la Cámara, observó que Pellegrini bajaba desde la suya, en un nivel superior, y se dirigía rápidamente a donde estaba Palacios. Este último pensó que era con intención de agredirlo físicamente, por la dureza con que lo había tratado, y se preparó para defenderse, habida cuenta de la gran contextura física de Pellegrini.

Pero, ante su sorpresa, Pellegrini lo abrazó y felicitó por su brillante exposición, y lo conminó a continuar con esa labor, augurándole un brillante futuro.

A partir de entonces, Pellegrini y su bloque apoyaron a Palacios en sus iniciativas en materia de legislación social.

Por ese motivo, Palacios le preguntó en una oportunidad a Linares Quintana: ¿sabe usted quién fue el que más hizo en legislación social en la Argentina? Y se respondió a sí mismo: fue Carlos Pellegrini, porque sin su apoyo los avanzados proyectos de Palacios no habrían prosperado.

Carlos Sánchez Viamonte fue su colega en la docencia universitaria. Se admiraban recíprocamente y, cuando les tocó enfrentarse en un concurso en nuestra Universidad Nacional de La Plata, para la cátedra de Derecho Constitucional, ambos intentaron apartarse para evitar enfrentar al otro.

IV. Obras

Linares Quintana produjo una obra científica monumental, habiendo publicado veintiséis libros, además de innumerables folletos y artículos de la especialidad. A su muerte, tenía muy avanzados varios otros que no alcanzó a terminar.

Su primer libro, "Filosofía del Derecho", vio la luz pública en el año 1932, cuando tenía 23 años de edad.

En 1937 lo hizo con su tesis doctoral "Derecho Público de los Territorios Nacionales".

En 1950 publicó "El Poder Impositivo y la Libertad Individual: La Causa Constitucional del Impuesto", un clásico en el tema, que obtuvo el premio José A. Terry, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Su libro más celebrado, universalmente conocido y admirado, es su "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado", en nueve tomos, publicado entre 1953 a 1962, que fue

laureado con el Primer Premio Nacional de Ciencias 1955/1957. Posteriormente, entre 1969 y 1978, publicó una segunda edición de esta obra, y al fallecer estaba preparando una tercera.

Ese trabajo exhaustivo, acompañado por más de 6000 notas, fue valorado por el maestro alemán Karl Lowenstein como “una hazaña monumental”.

Loewestein dijo sobre ese libro que “... no tiene parangón en la literatura jurídica contemporánea que un solo autor, sin ayuda, haya compilado esos nueve volúmenes, escribiendo cuatro mil quinientas páginas, ordenadas en más de seis mil secciones y documentadas por más de seis mil notas”.

El gran tratadista alemán manifestó su admiración “por la dimensión de la empresa, como por la capacidad del autor para organizar un extraordinario material jurídico y fáctico” y agregó, refiriéndose a la compilación de las opiniones de autores de los más variados países y civilizaciones, que la obra de Linares Quintana “constituye un compendio del conocimiento constitucional de nuestra época”, y destacó “la asombrosa erudición del autor, que difícilmente otro constitucionalista contemporáneo sería capaz de igualar”.

Además, lo equiparó con grandes juristas y constitucionalistas como Esmein, Barthelemy, Jellinek, Duverger y Burdeau.

Tiempo antes, en 1946, había publicado otro clásico: “Gobierno y Administración de la República Argentina”, en dos tomos, del que en 1959 realizó una segunda edición. Durante décadas este libro se utilizó por los estudiantes de Derecho de todas las universidades del país para la preparación de la asignatura Derecho Constitucional.

En 1962 realizó un importante aporte al Derecho Público Provincial con su “Derecho Constitucional de las Nuevas Provincias”, donde analizó las recientes constituciones de los anteriores Territorios Nacionales.

Otra de sus obras centrales fue “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”, en tres amplios volúmenes, publicado en 1970, y con otras dos ediciones, en 1974 y 1978. Allí, además de analizar los conceptos básicos de la Ciencia Política y el Derecho Constitucional, en el tomo tercero realizó un análisis de la Teoría General del Régimen Político, y de los regímenes contemporáneos, e incluyó a los estados que acababan de nacer a la vida independiente, después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, como también a las democracias populares y los países afroasiáticos.

Consciente de la importancia de los Partidos Políticos para el funcionamiento de la Democracia Constitucional, escribió tres libros sobre los mismos: “Los Partidos Políticos en los Estados Unidos de Norteamérica” en 1943; “Los Partidos Políticos Instrumentos de Gobierno”, en 1945, y “Sistemas Políticos y Sistemas de Partidos”, en 1976. En cuanto al segundo, poco antes de morir había comenzado a organizar su actualización, consciente del aporte que significaría para la institucionalidad de la Argentina. Para ello solicitó la colaboración del Instituto de Derecho Constitucional y Político de la Universidad Nacional de La Plata.

Como otros de los más importantes constitucionalistas argentinos (Joaquín V. González y Bidart Campos), escribió también un “Manual de Instrucción Cívica”, en 1959, destinado a las escuelas de enseñanza media.

También fueron significativas otras obras suyas como “Constitucionalismo y Libertad (Teoría de la constitución)”, en 1945; “La Constitución Interpretada”, con los fallos más importantes de nuestra Corte Suprema en materia constitucional; “Teoría e Historia Constitucional” una síntesis didáctica de la Teoría Constitucional y la evolución del Constitucionalismo en el Mundo y en la Argentina, en dos tomos, en 1958; “La Nueva Ciencia Política y Constitucional”, en 1968; “La Nación Argentina hecha Ley”, en 1971; “Las Nuevas Orientaciones en el Derecho Constitucional”, en 1997; “Reglas para la Interpretación Constitucional”, en 1988.

Su libro “La Reorganización del Congreso de los Estados Unidos y sus proyecciones en la Ciencia Política”, publicado por nuestra Universidad en el año 1960, es de imprescindible lectura.

Cuando estaba a punto de cumplir cien años de vida, en el año 2008, publicó otra obra trascendente: la segunda edición, ampliada y actualizada del “Tratado de Interpretación Constitucional”, que dedicó a Karl Loewenstein.

En el mismo año 2008, fue director de la recopilación en 4 volúmenes “Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales”, con los trabajos más significativos sobre la materia, publicados durante setenta años en una prestigiosa revista jurídica.

Cuando lo sorprendió la muerte, estaba por concluir otra obra destinada a revolucionar la Ciencia Política: “La Revolución Empírica y la Ciencia del Poder en el Nuevo Milenio”, de la que brindó un importante anticipo en 2008: “El incumplimiento de la ley y la revolución empírica”, que publicó la Academia de Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

En síntesis: toda su obra fue excelente, indispensable para el constitucionalista, el jurista, el magistrado y el abogado que ejerce la profesión, por su riqueza intelectual y practicidad; fue un impresionante acopio de antecedentes, acompañado cada uno de ellos con un lúcido análisis de los temas, agregando conclusiones siempre fundadas, y un himno a los máximos valores del constitucionalismo: Libertad, Constitución, Estado de Derecho.

V. Actuación en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata

Linares Quintana identificaba al fundador de nuestra Universidad, Joaquín V. González, como el intérprete por excelencia de la Constitución Argentina.

Por ello, siempre tuvo un cariño muy particular por la obra máxima de González, la Universidad Nacional de La Plata.

Durante muchos años -a partir de la década de 1940- fue profesor titular de las cátedras de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal, llegando incluso a la categoría de profesor de tiempo completo.

Además, fue director del Instituto de Derecho Constitucional y Político, que pasó a llamarse, a su propuesta, “Instituto de Ciencia Política”, según surge de la reunión N° 22 del 23 de octubre del año 1969.

El 11 de setiembre del año 1969, en la reunión N° 20 del Instituto, presentó la iniciativa de creación de postgrados en Ciencia Política, y propuso organizar cursos en 3 niveles: 1) de Alta Especialización. 2) Licenciatura común. 3) Extensión universitaria.

El proyecto fue aprobado por unanimidad, y así fue como se creó en esta Casa de Estudios la Carrera de Postgrado “Licenciatura Especializada en Ciencia Política”.

En la siguiente sesión, del 25 de setiembre, Linares Quintana presentó el Plan de Estudios para la Licenciatura en Ciencia Política. En la ya citada reunión N° 22 del 23 de octubre, se resolvió que la Licenciatura en Ciencia Política se desarrollaría siguiendo los contenidos de la Lista Tipo de la UNESCO, y constaría de dos años, 8 materias (2 por cada semestre) y la Tesis final.

Así fue como la Licenciatura comenzó a dictarse en el en el segundo semestre del año 1970, contando con una gran cantidad de cursantes, hasta su disolución en 1973.

Después de su forzado alejamiento de la Facultad, en el año 1973, fue reincorporado como Profesor Emérito.

En 2008, al crearse la carrera de postgrado de “Especialización en Derecho Constitucional”, fue designado miembro del Consejo Asesor de la misma, en el que permaneció hasta su fallecimiento.

El mismo año 2008, el Instituto que había dirigido, realizó como homenaje a su actuación las “Jornadas sobre los Presupuestos de la Democracia”, que contaron con la participación de profesores de toda la República.

VI. Donación de su biblioteca personal

El día 16 de agosto del año 2012, poco después de haber festejado sus 103 años de vida, el Dr. Linares Quintana donó su biblioteca personal a la Facultad y al Instituto de Derecho Constitucional y Político. La misma está compuesta por más de diez mil volúmenes, con obras invaluableles de Historia Política, Derecho Constitucional y Ciencia Política, en ediciones nacionales y extranjeras.

En nota al señor decano de la Facultad, en setiembre de 2012, el doctor Linares Quintana señaló que el motivo de dicha donación fue el profundo afecto que siempre tuvo por la Universidad Nacional de La Plata, su Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y el Instituto de Derecho Constitucional y Político “Carlos Sánchez Viamonte”.

En la misma recordaba que “en esa Casa enseñé Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal, y fui director del Instituto, todo ello durante muchos años de mi vida, y tengo recuerdos imborrables de la Universidad, la Facultad, el Instituto, los colegas que me acompañaron, y los estudiantes”.

Además, dejó constancia que esos libros, “juntamente con el afecto de mis colegas y discípulos, son la mayor riqueza que poseo, motivo por el cual deseo que perdure en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”.

VII. Centro de Estudios de Ciencia Política y Derecho Constitucional

Uno de sus últimos legados fue la puesta en marcha, en el mes de agosto de 2012, del “Centro de Estudios Avanzados de Ciencia Política y Derecho Constitucional”, en el ámbito del Instituto de Derecho Constitucional y Político.

El Comité Ejecutivo fue presidido por el propio profesor Linares Quintana, e integrado por profesores del citado Instituto.

Se proyectó el lanzamiento del mismo con una conferencia que dictaría Linares Quintana, en el año 2013, pero, la sorpresiva desaparición de su mentor, ha dejado en manos de los miembros del Instituto la concreción de tan ambicioso proyecto.

VIII. Pensamiento constitucional y político

Linares Quintana difundió en la Argentina nuevos criterios, orientaciones y tendencias en la Ciencia Política, revolucionando nuestros planes de estudios universitarios. Fue el máximo exponente de la integración de la Ciencia Política y Constitucional, formando una sola disciplina en la que el Derecho Constitucional resulta la Ciencia Política fundamental, con la finalidad específica de la consagración práctica de la libertad y dignidad del hombre, a la vez que la realización de la justicia mediante el imperio del Derecho.

En su análisis de la Constitución de los Estados Unidos y su influencia no decisiva sobre la Argentina (tomo I del *Tratado de Interpretación*, páginas 291/92) adhirió -en opinión que compartimos- al criterio que sostiene que la Constitución Argentina no fue copia ni nada parecido a la de Filadelfia, contrariando la opinión de Sarmiento.

Entre lo más destacado del Derecho Constitucional en nuestro país menciona a Mariano Moreno, como el primer constitucionalista argentino (página 292); la obra de Gorostiaga (página 294); y a Joaquín V. González (página 295).

También incluyó en dicho Tratado trabajos de Joaquín V. González, y dedicó sendos capítulos a recordar y homenajear a los prohombres de la Constitución, como Fray Mamerto Esquiú, Domingo Faustino Sarmiento, Bartolomé Mitre, José Nicolás Matienzo, Alfredo L. Palacios, y Carlos Sánchez Viamonte, varios de ellos maestros preclaros de nuestra Facultad.

A partir de la década de 1960 militó con mayor ahínco en la corriente que ubica al Derecho Constitucional como una parte de la Ciencia Política, y en la teoría empírica de la política, tarea a la que pensaba legar a la posteridad una síntesis final, que frustró su inesperado fallecimiento. Si bien siempre había sostenido esa posición, pasó a insistir en forma más activa en la misma a partir de su regreso de los Estados Unidos, en especial con la publicación, en 1968, de su libro “La Nueva Ciencia Política y Constitucional”, con el sello editorial de la Academia Nacional de Derecho.

Así, desarrolló la preponderancia del enfoque politológico, por sobre el jurídico.

Marcaba el inicio de la Ciencia Política con Platón y Aristóteles, para llegar a la “antropolítica”, y al uso de las técnicas modernas como las matemáticas, la teoría de los juegos y la psicopatología (destacando el aporte precursor del argentino José María Ramos Mejía), para llegar al objetivo final: la “educación para la libertad”.

A la teoría empírica de la política la definía, siguiendo a Carl J. Friedrich, como “... recorrer y resumir la experiencia política de la humanidad con el fin de establecer conclusiones generales sobre los factores que propician u obstaculizan el orden político y el bien común.”

Desde esa perspectiva, organizó la Asociación Argentina de Ciencia Política y, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, la Licenciatura en Ciencia Política, esta última tomando como Plan de Estudios la “Lista Tipo” de la UNESCO.

Sostenía que Esteban Echeverría fue el fundador de la Ciencia Política Argentina, por haberse “adentrado siempre en la realidad para formular sus conclusiones”; y destacaba su continuidad a través de Alberdi y, más tarde, de Mitre.

IX. Conclusión

Linares Quintana fue el momento culminante de la perspectiva jurídica del Derecho Constitucional Argentino y, al mismo tiempo, el punto de inflexión de la perspectiva politológica de su estudio.

La Ciencia Jurídica, la Ciencia Política y la Ciencia Constitucional Argentinas tuvieron en él a uno de sus más preclaros representantes.

Sus obras son un hito que quedará para siempre. Esta afirmación no requiere ser demostrada porque está a la vista de todos.

Pero su vida, sus conversaciones, su experiencia vital han sido también un aporte inmenso para la Ciencia de la Argentina, en todas sus expresiones.

Hasta pocos días antes de su muerte, Linares Quintana era el testimonio viviente de la mitad de los doscientos años de nuestra historia.

Quienes tuvimos el privilegio de frecuentarlo en su departamento de la calle Solís, cuando nos recibía recluido en su monumental biblioteca e invaluable documentación, pudimos disfrutar de sus largas conversaciones, que eran la historia viviente del siglo XX, con sus anécdotas y agudas reflexiones sobre el pasado, el presente y el futuro de nuestra Argentina.

¡Qué bueno sería que sus exposiciones, subyugantes e inevitablemente extensas, pudieran ser aprovechadas por abogados y profesores de derecho!

Algunos lo hicieron: cuando se celebraba su centenario, más de cien estudiantes universitarios de Asunción del Paraguay, encabezados por su profesor de Derecho Constitucional, el Dr. Ubaldo Centurión Morinigo, contrataron un viaje “charter” para visitarlo en su casa.

Quizá quienes lo conocimos pecamos por exceso de optimismo. Creímos que, pese a haber superado los 103 años, conservaría por mucho tiempo más la vitalidad y lucidez que tuvo hasta pocos días

antes de su fallecimiento. Por eso su muerte nos sorprendió, y no alcanzamos a concretar los proyectos que habíamos conversado con él.

Sin embargo, nos legó sus lineamientos, y, aunque sin su presencia física será más difícil, continuaremos el trabajo que nos encomendó.

En definitiva, la personalidad de Linares Quintana la resumió la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, al incluirlo, por unanimidad, en el “Registro de los Mayores Notables Argentinos” en 1995: “... hombres como Linares Quintana nos dan fe, y nos muestran que, tal vez, por el camino del estudio, del trabajo intenso, del rigor científico, la investigación seria, la ética y la responsabilidad ciudadana, se encuentre la clave del tan ansiado renacimiento que queremos para nuestro país” (resolución del 8/2/1995).

El poder administrativo en la jurisprudencia de la Corte Europea de los derechos del hombre

POR FRANCESCO MANGANARO (*) (**)

Sumario: I. Prefacio. — II. Derecho y poder en la Convención de los derechos del Hombre. — III. La garantía de los derechos entre Cortes de multinivel. — IV. La eficacia de la Convención en los ordenamientos nacionales. — V. La jurisprudencia de la Corte de los derechos. — VI. La garantía del orden público y el derecho a la vida. — VII. Seguridad interna/internacional y tratos degradantes. — VIII. Tratos inhumanos y derecho de asilo. — IX. El proceso justo como límite sustancial al poder administrativo. — X. Libertad de asociación y derechos políticos. — XI. La tutela de la propiedad privada. — XII. La *puissance publique* en la jurisprudencia de la Corte de Justicia. — XIII. Los límites puestos al Poder administrativo por la Corte de los derechos.

I. Es actualmente indispensable un análisis de la jurisprudencia de la Corte europea de los derechos de hombre, en una reflexión sobre el poder administrativo y sobre las relaciones entre política y administración. En efecto, ya ha sido superada definitivamente esa fase de escepticismo que subvaluaba el efecto de la Convención de los derechos del hombre sobre el ordenamiento administrativo nacional, con la suposición de que el objeto de la tutela estaría constituido por libertades negativas, ya ampliamente reguladas por el dictado constitucional. (1)

Ciertamente, la posibilidad de recurrir directamente a la Corte de Estrasburgo por parte de los ciudadanos y el refuerzo de los medios de ejecución de sus sentencias, constituyen elementos que tienden a configurar a la Corte como uno de los protagonistas de los acontecimientos jurídicos de los

(*) Informe de las Jornadas de estudio sobre la justicia administrativa dedicadas a E. Cannada Bertoli, La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e “le ragioni” dell’interesse pubblico, Siena, Certosa di Pontignano, 12-13 junio 2009. Agradezco a Fabrizio Fracchia y a Giacinto della Cananea por sus observaciones.

(**) Profesor Ordinario de Derecho Administrativo desde el año 2001. En la actualidad enseña Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo en la Universidad Mediterránea de Reggio Calabria de la cual es, además, componente del Senato Accademico. Integra el Comitato ordinatore de la Universidad para extranjeros Dante Alighieri de Reggio Calabria. Es docente de Derecho Administrativo en la Scuola para las profesiones legales de la misma Universidad Mediterránea, y responsable científico del Master de Segundo Nivel Management de los Entes locales y Gobierno de la Región y de los Entes locales. Es componente del Colegio de Docentes del Doctorado de Investigación europeo en Derecho Administrativo con sede en Catania y del Doctorado de Investigación en Derecho Administrativo de la Lum Jean Monnet de Bari. Ha desarrollado actividad de enseñanza en varias universidades italianas y en la Universidad de Paris Sorbone y de Santiago de Compostela. Ha sido componente del Consejo Directivo de la Asociación Italiana de Profesores de Derecho Administrativo y forma parte de los comités organizadores de las Asociaciones de Profesores de Derecho Administrativo Italo-Argentina e Italo-Francesa. Evaluador del Ministerio de Instrucción y de la Universidad, de los programas de investigación nacionales; evaluador de la Agencia Nacional de evaluación de la investigación del mismo Ministerio. Ha obtenido la aprobación de los programas de investigación universitaria del MIUR, de cuyas publicaciones es responsable científico. Responsable científico con los profesores Fabrizio Fracchia (Universidad Bocconi de Milán) y Gianfranco Cartei (Universidad de Florencia) de la colección editorial Percorsi di Diritto amministrativo y componente del Comitato científico de diversas revistas, entre ellas, Diritto Amministrativo e Diritto e processo amministrativo. Ha publicado más de cien trabajos entre monografías y artículos sobre varios temas de derecho administrativo sustancial y procesal, entes locales y derechos de la ciudadanía.

(1) Ya en este sentido, G. Greco, La convenzione europea per i diritti dell’uomo e il diritto amministrativo in Italia, en: Riv.it.dir.pubbl.comunit., 2000, p. 25 y ss.

estados adheridos a la Convención, con influencia relevante sobre el poder de las administraciones públicas. (2)

Por eso es oportuno proponer algunas reflexiones introductorias sobre la así llamada tutela de multinivel de los derechos humanos, en conexión con los límites al poder administrativo, analizando después los casos concretos tratados por la jurisprudencia para formular finalmente algunas observaciones generales.

Hay que precisar primeramente que la articulación del programa de este Congreso me exime de tener que afrontar *funditus* el problema de la definición/individuación del poder administrativo y de sus relaciones con las situaciones jurídicas subjetivas, dando por descontado que se trata de una fuerza atribuida por la Constitución y por la ley a las administraciones públicas para la realización en concreto del interés público.

Tal sucinta afirmación no nos dispensa de tratar algunos perfiles relativos al poder y al poder administrativo en particular, así como aparecerá en distintas partes del presente trabajo.

II. Ante todo, en estas reflexiones de apertura, trataré de indicar algunos elementos del contexto que vuelven peculiar la jurisdicción de la Corte de los derechos respecto de todas las otras jurisdicciones, con la consecuencia de que también aparece como particular la modalidad de interferencia entre las sentencias de este juez y el poder administrativo de los Estados nacionales.

La primera especificidad significativa se remonta al origen histórico de la Convención. Como es sabido, la Convención europea de los derechos del hombre toma cuerpo en los años '50 después de las destrucciones debidas a la segunda guerra mundial. Los suscriptores de la Convención tienen la certeza de que los derechos positivos de los Estados nacionales no han podido impedir el advenimiento de los regímenes totalitarios en Europa, es más, se habían impuesto en medio del respeto formal de la legalidad constitucional.

Acompañando la Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano, también se redacta la CEDU, con la certeza de la necesidad de una fuente normativa supranacional que sea capaz de tutelar los derechos humanos más allá de la tutela ya existente (pero insuficiente) en los Estados nacionales: en un cierto sentido, la CEDU nace "contra" los Estados nacionales, considerados incapaces de tutelar los derechos humanos.

Es obvio que este posible conflicto propone la cuestión no resuelta de la preponderancia entre derecho y poder, siendo objeto continuo de debate si es el derecho que regula al poder o el poder que condiciona al derecho.

Se presenta en toda su fuerza el binomio *auctoritas/potestas* que atraviesa el pensamiento político institucional de occidente. Si la *auctoritas* representa "un depósito de sentido y valor, radicado en la tradición, que excede al poder como mera fuerza impositiva", la *potestas*, que deriva del pueblo, en cambio "es una función o deber determinado de cuya completa realización se es titular y responsable a través de instrumentos de mando". (3) La *auctoritas* es por ende menos que un poder pero al mismo tiempo mucho más porque es la autoridad que legitima decisiones fundamentales. En algunos casos, *auctoritas* y *potestas* se identifican, como en el caso del príncipe, del monarca absoluto, del pontífice medieval.

El poder en la era moderna tiende a renegar de la *auctoritas* justificándose sólo por la propia eficacia. Por ello las teorías modernas sobre la soberanía carecen del contenido de los mandatos y se

(2) Sobre la Convención en general, en la vasta y reciente producción: B.Nascimbene (curador), La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano, Milano, 2002; AA.VV. I diritti fondamentali in Europa, Milano, 2002; RUSSO, C. - QUAINI, P. M., La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, Milano, 2006; PINESCHI, L., La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi, Milano, 2006.

(3) La eficaz síntesis es de G.Preterossi, Potere, Bari, 2007, X.

fundan sobre la legitimidad procesal, por lo que la soberanía se legitima en el respeto de las formas procesales más que por el contenido de las decisiones. La secularización de la política que así se obtiene no es nunca absoluta del todo porque -como demuestra Carl Schmitt- se necesita en última instancia un pretexto metajurídico del poder. Permanece inmutable el binomio weberiano poder de hecho-poder legítimo que ni siquiera la síntesis obrada en el concepto de “poder jurídico” resuelve definitivamente, en cuanto la misma reflexión kelseniana construye un poder fundado sobre el poder, en cuanto la norma fundamental que prescribe la obediencia al legislador es siempre expresión de un poder.

En las ideas liberales originarias del derecho público como limitación del poder (Locke), la teoría de la división (del poder) se convierte en un modo de limitar su fuerza, pero la revolución francesa presenta un nuevo modelo donde el poder se legitima desde abajo por parte de la neonata “sociedad civil”. La deriva jacobina de la revolución explica su fragilidad intrínseca de modo que -como explica Hegel- el poder, también el institucionalizado, conserva un margen de decisión política fundamental. La resolución jurídica del conflicto social no es más posible en los Estados pluriclase (Giannini) y las tensiones pueden inducir -como en los primeros años del 1900 en Europa- a derivas plebiscitarias-totalitarias. La posible solución, ofrecida por las democracias constitucionales, consiste en anclar el poder a contenidos fundamentales cristalizados en las Constituciones. De este modo se neutralizaría el conflicto en una ponderación entre derechos fundamentales normativizados. El revés de la medalla de tal solución es que los conflictos y los balances se dejan cada vez más a la interpretación judicial, determinando “una tensión estructural entre politización de los procesos y justificación de lo ‘político’” (4), aún perceptible también en nuestro ordenamiento.

El poder es intrínsecamente una fuerza, que aunque reglamentada, está en riesgo de desbordar: es el orden de la convivencia pero al mismo tiempo, fundamento de la supremacía y del atropello.

Se trata por eso de mitigar el fundamento irracional intrínseco del poder a través de su institucionalización mediante el derecho. En el Estado de derecho decimonónico el poder de origen político se transforma en legítimo solo porque actúa sobre la base de delegar según formalidades reguladas por las normas. Y todavía, al pan-normativismo kelseniano, Bobbio objeta que “el poder sin derecho es ciego, pero el derecho sin poder está vacío”.

La teoría global actual concilia el poder con un concepto de *governance* donde el poder está en todas partes: éste es un modo con el que se esconde otro modo más profundo de ser del poder, que no encontrando en el sistema global una juridicidad, no se somete ni siquiera al límite formal establecido por los Estados constitucionales.

Por lo tanto, las Declaraciones de los derechos humanos, originariamente típicas de las revoluciones burguesas, se transforman en un modo -de todas formas inestable- de juridificación del conflicto social a nivel global, sustituto de un inexistente orden político mundial.

III. El límite -como ya advertimos- de la última solución está justo en la juridificación de los derechos y en un balance de los mismos, atribuido al intérprete judicial.

Por ello, la primera peculiaridad que se quiere señalar -en el ámbito de una investigación nacional que se interroga sobre el poder- es la nueva y diferente legitimación del poder que hoy se institucionaliza a nivel global, en algunos tratados internacionales confiados a las Cortes más que a un legislador inexistente.

El pasaje de un espacio jurídico global a un orden jurídico global fundado sobre las relaciones entre las Cortes presenta numerosos problemas, pero también algunas ventajas innegables, como lo demuestra además la articulación de este Convenio, que se cuestiona sobre el poder administrativo examinando los varios niveles posibles de jurisdicción. La principal ventaja es que “la alternativa a la formación de un orden jurídico global a través de la obra de los jueces, es aquella del desarrollo de

(4) *Ibidem*, XXI.

poderosas órdenes organizadas jerárquicamente en un sistema similar al de los imperios". (5) Se crea así un derecho unitario pero no uniforme (6), donde las reglas nacionales mantienen su autonomía con el mismo objetivo de garantía de los derechos.

El principal peligro consiste, al contrario, en la posibilidad de que en una relación entre las Cortes así ordenadas surjan conflictos interpretativos no solucionables por un juez jerárquicamente ordenado. (7) En algunos casos el conflicto está atenuado, como cuando el art. 52, inciso 3 de la Carta de Niza introduce la cláusula horizontal según la cual, donde la Carta prevea derechos correspondientes a los de la Convención, su significado y su alcance son iguales a los conferidos por la Convención misma. (8)

Si bien el problema del conflicto entre las Cortes no debe ser infravalorado (9), puede transformarse en recurso en el sentido de que los estudios más recientes señalan la pluralidad de las Cortes como el mejor modo de tutelar los derechos fundamentales. En efecto, la multiplicidad de las Cortes impide que una sola de ellas pueda jerárquicamente establecer "el" contenido esencial del derecho, estando obligadas en cambio, a una continua confrontación dialéctica con lo que el derecho se afina o se limita con una marcha irregular pero siempre susceptible de mostrar nuevas soluciones, bien sabiendo que cualquier pronunciamiento no será nunca definitivo y siempre objeto de comparación con las demás Cortes. (10)

Obviamente este perfil incide profundamente sobre el mismísimo principio de legalidad, que se transformaría en un principio de legalidad de las Cortes más que del legislador.

IV. La segunda peculiaridad de la Convención -extraída de las famosas sentencias número 348 y 349 del 2007 de la Corte constitucional- es la manera en que las sentencias de la Corte de los derechos tienen efectos en los ordenamientos nacionales, teniendo en cuenta la atípica naturaleza de tratado internacional, que atribuye a una específica Corte (la Corte de los derechos) el poder de interpretar la Convención misma, resolviendo las cuestiones jurisdiccionales que se presentan. Y esta peculiaridad es aún más relevante cuando se considera que -como afirmó la Corte constitucional- la Convención no crea un nuevo ordenamiento jurídico, por lo que subsisten normas y jurisdicciones, pero no una legitimación popular de los órganos políticos.

En España, el art. 10.2 de la Constitución, prevé que las normas constitucionales sobre los derechos se interpreten según los tratados internacionales sobre los derechos humanos. Más compleja la situación en Francia donde también la Convención tiene un rol super-legislativo pero donde la resistencia

(5) CASSESE, S., La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale, in Riv.trim.dir.pubbl., 2007, 614.

(6) TORCHIA, L., Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo. Bologna, 2006.

(7) SPADARO, A., Una (sola) Corte per l'Europa, en AA.VV. La Corte costituzionale e le Corti d'Europa (curado por P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura) Torino, 2003, 555, juzga veleidoso la tentativa de racionalizar la relación entre las Cortes coordinando sus funciones hermenéuticas.

(8) SCIARABBA, V., Tra fonti e Corti. Diritto e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali, Padova, 2008, 167.

(9) El problema se plantea en todos los órdenes nacionales de los Estados adherentes a la Convención. J.P. Jacqué, Droit Constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charter des Nations Unies. L'instabilité des rapports de Systeme entre orders juridiques, en Revue Française de droit Constitutionnel, 2007, 3ss.

(10) CARTABIA, M., "Unità nella diversità": il rapporto fra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, en: Giornata di Studio in Ricordo di Alberto Predieri, Sul trattato che istituisce una Costituzione per l'UE, Firenze, 18 febrero 2005; FERRARO, A., Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario, en: Riv.it.dir.pubbl.com., 2008, 651ss.; PANZERA, C., Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e Corti europee ad uan svolta, en: Riv. trim.dir.pubbl., 2009, 1ss.

del *Conseil constitutionnel* se supera por la desaplicación de los jueces. Más limitada es la influencia en el sistema alemán, que atribuye a la Convención un rol legislativo, aunque algunos de sus principios se utilizan como criterios interpretativos en el Tribunal constitucional alemán. (11)

La posibilidad de recurrir a título individual a la Corte, previsto por el protocolo número 11 de 1998, refuerza el poder de “creación” judicial de los derechos, si bien en ausencia de contrapesos debido a la presencia de órganos políticos representativos. En sustancia, el ciudadano no participa de una democracia representativa que -según el esquema tradicional- legitima la norma, sino que tiene acción directa para la tutela de las propias situaciones jurídicas subjetivas.

Preguntarse cuáles son los límites al poder administrativo puestos por el juez de la CEDU es por lo tanto una cuestión compleja respecto de la misma pregunta en relación a los jueces nacionales y hasta del juez europeo, ambos insertados en ordenamientos donde aún subsiste, con las complejidades anotadas, el circuito política-derecho, creando un contrapeso entre legitimación popular y fuerza coactiva atribuida por la ley a las administraciones.

En el sistema de la CEDU esta relación no existe, de modo que la interpretación de la Corte de los derechos no solo no encuentra un contrapeso real en la existencia de un legislador legitimado por el voto popular, sino tampoco una administración destinataria de sus pronunciamientos, o mejor dicho, el poder administrativo destinatario de los pronunciamientos jurisdiccionales no es aquél del mismo ordenamiento que la Corte sino el de las administraciones nacionales de los Países adherentes a la Convención. Pero las sentencias de la Corte se dirigen a las administraciones nacionales a través de la interposición de las Constituciones y de las leyes nacionales, en la interpretación dada por las Cortes constitucionales individuales con pocas interferencias y superposiciones/contrastes, como demuestra el conocido acontecimiento de las sentencias número 348 y 349 de 2007 de la Corte constitucional.

Como es notorio la solución de compromiso adoptada respeta las prerrogativas de la Corte de los derechos como única intérprete de la Convención, pero reserva a la Corte constitucional un juicio de compatibilidad entre tal interpretación y nuestra Carta constitucional.

Tal solución en consecuencia impide la desaplicación por parte del juez de la norma interna considerada no conforme a la interpretación de la Corte de Estrasburgo y además ya antes de las sentencias de la Corte constitucional se había observado que la fuerza de autoridad de cosa *interpretata* no habría podido impedir al juez interno desaplicar de hecho la norma contraria a la Convención a través de una interpretación conforme a la Convención. (12)

V. El análisis de la jurisprudencia de la Corte puede ser efectuado de modo útil examinando algunas tendencias surgidas recientemente con respecto a las libertades positivas o negativas, o sea, las relaciones entre las administraciones y los ciudadanos. (13)

(11) MONTANARI, L., Le tecniche di adattamento della CEDU come strumento di garanzia dei diritti: un'analisi comparata delle soluzioni adottate negli ordinamenti nazionali, en: I diritti fondamentali in Europa, cit., 521ss. Véanse también los informes al Convenio internacional sobre la actuación de la Convención sobre los derechos del hombre, organizado en marzo de 2009 en la Universidad de Brescia, a cargo de V. Parisio.

(12) Según RANDAZZO, B., Giudici comuni e Corte europea dei diritti, en Riv.it.dir.pubbl.com., 2002, 6, 1303, “una vez recibida la Convención en el ordenamiento interno e independientemente del rango que se le reconozca en el sistema de las fuentes, no me parece que se puedan interponer obstáculos al reconocimiento del valor de precedente vinculante a una decisión de la Corte limitadamente a la definición del alcance normativo de la Convención misma (cd. autoridad de cosa interpretada). Cuando un sistema de garantía de derechos se dota de un juez ad hoc, me parece difícil negar que de él dependa la última palabra sobre el contenido de los derechos tutelados, a pesar de que no se trate de una autoridad jurisdiccional sobreordenada con respecto a las nacionales. Despliega aquél la función esencial de fijar un estándar mínimo de tutela igual para todos contribuyendo así a la obra fundamental de universalización de los derechos del hombre”.

(13) Según los datos suministrados por la Corte de los derechos en el informe anual 2008, las sentencias emanadas, muchas de ellas repetitivas, fueron 1.543, con 18 decisiones de la Grande Chambre. La disposición de la

Nótese primeramente que en la jurisprudencia de la Corte no se encuentran sentencias significativas sobre el procedimiento administrativo o sobre la enunciación -como en el caso de la Corte de justicia- de principios reguladores del procedimiento. Solo en un caso reciente (Meltex Ltd y Mesrop Movsesyan c. Armenia 17 de junio de 2008) se afirma que el rechazo de una medida de concesión o autorización de carácter discrecional (en el caso ejemplificado, de frecuencias radio televisivas) se motiva adecuadamente en relación a la subsistencia de una norma precisa y previsible.

Esto sucede no sólo porque en la Convención no se hallan normas reguladoras del procedimiento sino sobre todo también porque la Corte busca cuidar los bienes objeto de la tutela independientemente de los perfiles procesales. En lugar de controlar las modalidades del ejercicio del poder, la Corte establece la pérdida del poder frente a la necesaria tutela de un derecho humano. Tenemos aquí una primera indicación sobre la que volveremos más tarde: para la Corte los derechos permanecen tales sin tener en cuenta el relativo procedimiento de realización. (14)

Antes de continuar con el examen de los casos particulares hay que precisar, como establecido oportunamente para la doctrina (15), que algunos derechos -como el derecho a la vida o al trato humano y digno- podrían parecer extraños al derecho administrativo y sin embargo se verá, ellos conciernen al modo en que el poder se configura en concreto en la tutela de la salud o en el ámbito de la instrucción.

VI. En el caso de la tutela del derecho a la vida (art. 2º) existe violación de la CEDU en el caso que se verifiquen daños en la salud de personas que tengan residencia, aunque sea precaria, en zonas adyacentes a una gran fundición de hierro (Fadeyeva c. Rusia, 9 de junio de 2005) o también cuando se verifica un aluvión en una zona notoriamente riesgosa (Boudaieva y otros c. Rusia, 20 de marzo de 2008). Se configura una suerte de *derecho de precaución amplificado* en el caso que la administración no hubiese adoptado las medidas posibles para limitar los riesgos para la vida de los habitantes de un asentamiento precario, en las adyacencias de un basural objeto de una explosión, en cuanto la obligación de garantizar la vida subsiste con mayor razón cuando es previsible puesta en riesgo por el ejercicio de actividades industriales peligrosas (Oneryildiz c. Turquía, 30 de noviembre de 2004).

Más en general, el Estado responde por violación del art.8 del CEDU cuando la vida personal sufre daño por el ruido de los aviones en el aeropuerto de Heathrow (Powell y Reyner c. Reino Unido, 21 de febrero de 1990) o por el ruido y los olores de un depurador, aunque no haya peligro para la salud (López Ostra c. España, 9 de diciembre de 1994) o por la emisión de sustancias nocivas que pongan en peligro la vida privada y familiar (Guerra y otros c. Italia, 19 de febrero de 1998) hasta afirmar que la responsabilidad del Estado se configura también por la falta de una adecuada normativa de tutela, subsistiendo una obligación positiva a cargo del Estado de adoptar “medidas razonables y adecuadas” para proteger la vida personal y familiar ex art. 8º (Giacomelli c. Italia, 2 de noviembre de 2006; Tatar c. Rumania, 27 de enero de 2009).

El derecho a la vida incide también en las condiciones carcelarias, ya que es responsabilidad del Estado cuando un detenido, afectado por disturbios psíquicos, se quita la vida después de un fallido intento de suicidio, sancionado con 45 días de aislamiento (Renolde c. Francia, 16 de octubre de 2008).

Bajo la tutela a la vida ex art. 8º se adscriben las decisiones sobre el derecho a la salud cuando el Estado es condenado por no haber previsto modalidades procesales para hacer valer la even-

Convención mayormente objeto de violación es el art.6 sobre el justo proceso, luego el art. 1º del primer protocolo agregado sobre la propiedad y el art. 5º sobre la libertad y la seguridad. En cuanto a los países objeto de sentencias de condena, Turquía consta de 257, Rusia 233, Rumania 189, Polonia 129 y Ucrania 110.

(14) Como observa Frachia, la Corte de los derechos establece límites absolutos al poder sin funcionalizarlo, a veces exagerando en su convicción de ser el juez último y supremo de los derechos humanos.

(15) GRECO, G., La convenzione europea per i diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia, cit.

tual responsabilidad de un hospital público, en el caso de deceso de un enfermo de Alzheimer (Dodov c. Bulgaria, 17 de enero de 2008; en tal sentido también Paladi c. Moldova, 10 de marzo de 2009).

El poder administrativo que se expresa en la tutela del *orden público*, se somete a limitaciones precisas que se enumeran en varios artículos de la CEDU. Así se considera violación del art. 2º la muerte de dos militares de origen rom (gitano) en el tentativo de reconducirlos a un cuartel de donde se habían fugado (Natchova y otros c. Bulgaria, Grande Chambre, 6 de julio de 2005); con el mismo criterio se considera ilícito el comportamiento de la policía que para calmar una insurrección popular, dispara contra los manifestantes sin haber utilizado previamente medios disuasivos menos cruentos (Simsek y otros c. Turquía, 26 de julio de 2005). Se consideran además degradante por discriminación racial, el trato sufrido por personas rom (gitanos) por parte de la policía (Natchova y otros c. Bulgaria, 6 de julio de 2005; Bekos y Koutropoulos c. Gracia, 13 de diciembre de 2005; Moldovan y otros c. Rumanía, 12 de julio de 2005).

VII. El poder de las administraciones encuentra numerosos límites en la aplicación que la Corte hace del art. 3º, el cual impide *torturas y tratos inhumanos o degradantes*.

La Corte considera los casos más diversos, sobre todo interpretando qué debe entenderse por tratos inhumanos o degradantes. Así el art. 3º impide el repatrio de una persona gravemente enferma a su país de origen cuando esto conlleve la imposibilidad de obtener allí curaciones adecuadas (D. c. Gran Bretaña, 2 de mayo de 1997) o cuando existe el peligro de sufrir persecuciones también de agentes no estatales (Ahmed c. Austria, 17 de diciembre de 1996; H.L.R. c. Francia, 29 de abril de 1997; N. c. Finlandia, 26 de julio de 2005). Tales riesgos para la integridad personal se prueban a través de actas o documentos oficiales, pero pueden ser obtenidos de oficio por la Corte (Said c. Países Bajos, 5 de julio de 2005).

En cuanto a las penas y al régimen carcelario, se considera medida degradante la aplicación de una pena de por vida (Kafkaris c. Chipre, Grand Chambre, 12 de febrero de 2008, decisión asumida con 10 votos contra 7) o el castigo infligido a los detenidos con bastones de plástico (Dedovski y otros c. Rusia, 15 de mayo de 2008) o la prohibición de visitas para un detenido no condenado de más de un año con aplicación de repetidas medidas cautelares (Gülmez c. Turquía, 20 de mayo de 2008). También la aplicación del régimen carcelario agravado, del que el art. 4º bis de nuestro ordenamiento es opuesto al art. 8º, cuando comporta el control de la correspondencia enviada al propio abogado o a las organizaciones internacionales para la tutela de los derechos humanos (Zara c. Italia, 20 de enero de 2009) o al propio médico (Szuluk c. Gran Bretaña, 2 de junio de 2009). Son consideradas degradantes las violencias físicas en fase de arresto o de interrogatorio de la policía (Mecail Ozel c. Turquía, 14 de abril de 2009; Damian Burueana y Damian c. Rumanía, 26 de mayo de 2009). Recientemente por primera vez, se considera también trato degradante al ejercicio físico impuesto al recluta como sanción disciplinaria que conlleva una consecuente enfermedad (Tchember c. Rusia, 3 de julio de 2008).

VIII. Los tratos inhumanos prohibidos en el art. 3º dan lugar a una vasta jurisprudencia que interfiere con la disciplina de la *inmigración y el derecho de asilo*, incidiendo profundamente sobre la autonomía de las legislaciones estatales.

La Corte remonta al ámbito del art. 3º la prohibición de extradición del extranjero (Soering c. Gran Bretaña, 7 de julio de 1989) o de expulsión (Cruz Varas c. Suecia, 20 de marzo de 1991; Vilvarajah c. Gran Bretaña, 30 de octubre de 1991; Chahal c. Gran Bretaña, 15 de noviembre de 1996), cuando ello pueda poner en riesgo la dignidad personal del sujeto, ya condenado a muerte en su país (Bader y Kanbor c. Suecia, 8 de noviembre de 2005) o sometido a tratos degradantes.

Tal interpretación no cambia después de los acontecimientos de las Torres gemelas, cuando los Estados nacionales, reivindicando la exigencia legítima de tutelar el propio país de la feroz locura terrorista, establecen medidas mayormente restrictivas a los derechos personales. En verdad, desde

entonces, las decisiones de la Corte de Estrasburgo (como análogamente las de las Cortes de justicia: ver *Kadi c. Consejo de la Unión Europea*, 3 de septiembre de 2008) se caracterizan por la ponderación de intereses entre la necesaria tutela de la dignidad humana y la exigencia de garantía del orden público internacional.

Ya en el caso *Ramírez Sánchez c. Francia*, 4 de julio de 2006, la Corte comienza a afirmar que prevalece la exigencia de impedir las torturas o tratos degradantes también respecto de la necesidad de seguridad del Estado anfitrión. (16)

Sobre esta línea interpretativa se colocan numerosas sentencias análogas recientes, que afinan los argumentos ya utilizados por la Corte. En el caso *Raid e Idiab c. Bélgica*, 24 de enero de 2008, la Corte considera inhumano retener por varios días a los recurrentes -que se negaban a volver a sus países de origen temiendo sufrir violencias por motivos políticos- en zona de tránsito aeroportuario sin ninguna posibilidad de dormir, lavarse, recibir visitas o contactarse con el exterior. (17)

La sentencia más significativa sobre este punto es la decisión *A. y otros c. Gran Bretaña*, Grande Chambre, 19 de febrero de 2009, donde la Corte enuncia plenamente su preocupación de tener que mediar entre seguridad estatal y derechos de sujetos sospechosos de terrorismo internacional. La afirmación de principio es neta en el sentido que -según la Corte- se mide la fuerza de la democracia justamente cuando un peligro inminente no induce a tratos inhumanos, demostrando así la fuerza de la legalidad. (18) En el caso analizado, la Corte opina que los once recurrentes no han sufrido un trato degradante según el art. 3º porque si bien dañados por el hecho de ser retenidos sin saber la fecha de excarcelación, han podido presentar los recursos previstos por la misma ley británica contra este estado de detención anómala de modo que ellos tienen un remedio legal (19) que impide configurar un daño irreversible. (20) Además, para algunos recurrentes la Corte individualiza la violación del art. 5º inciso 1, que sanciona la pérdida de la libertad personal de aquellos que han requerido el asilo político, sin haber obtenido aún una respuesta.

En el histórico caso *Saadi c. Italia*, Grande Chambre, 28 de febrero de 2008, se afirma que un tunecino condenado en Italia por terrorismo no puede ser expulsado hacia su país de origen si en él se practican tratos inhumanos. (21) La peculiaridad de la sentencia, que da lugar a un precedente de jurisprudencia que se retomará con frecuencia, está también en las enunciaciones generales de la

(16) Sobre el tema específico: *CONCOLINO, B., Divieto di tortura e sicurezza nazionale: il no della Corte europea dei diritti dell'uomo al bilanciamento nei casi di espulsione di presunti terroristi*, en: *Dir.publ. ed. eur.*, 2008, 1109ss.

(17) "Los recurrentes alegan haber sufrido por parte de las autoridades belgas tratamientos inhumanos y degradantes en violación del art. 3º de la Convención. Exponen, por una parte, que han sido abandonados en zona de tránsito, sin comodidades para dormir o lavarse y sin un lugar donde mantener una vida privada, sin acceso a los medios de comunicación, sin posibilidades de recibir visitas y sin posibilidades de control de las condiciones de detención por organismos exteriores e independientes. Por otra parte, han sido sometidos a muchas represiones e insultos".

(18) "Plenamente conciente de las dificultades que los Estados encuentran para proteger a su población contra la violencia terrorista, la Corte encuentra aquí una razón suplementaria para destacar que el artículo 3º consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas".

(19) En el caso *Gebremdhin c. Francia*, 26 de abril de 2007, la Corte considera violación del art. 13 de la Convención junto con el art.3 en cuanto no está previsto en el ordenamiento francés la tutela cautelar en caso de mora de la decisión acerca de la eventual expulsión de quien pide asilo político.

(20) "En todo caso, no podemos decir que los requirentes han estado privados de toda esperanza o perspectiva de expansión (*Kafkaris*, precitado 98), notoriamente porque ellos pueden contradecir en justicia la legalidad del régimen de detención previsto por la ley de 2001 y porque han obtenido victoria en casos ante la SIAC el 30 de julio de 2002, y ante la Chambre des lords, el 16 de diciembre de 2004".

(21) *M. Pacini, Il controllo della Cedu sul rispetto dei diritti umani da parte di Stati terzi*, in *Giorn.dir.amm.*, 2008, 1081ss.

Corte en cuanto a los modos de verificación de los hechos (22) y a la distinción entre tortura, trato inhumano y trato degradante. (23)

Las sucesivas sentencias retoman integralmente los principios fijados en el caso Saadi. En el caso Ben Khemais c. Italia, 24 de febrero de 2009, el Estado italiano es condenado por la expulsión del recurrente hacia un país -siempre Túnez- que aplica la tortura y el trato degradante. En el mismo sentido, todas las sentencias análogas del 24 de marzo de 2009 Ben Salah c. Italia; Soltana c. Italia; C.B.Z. c. Italia; Bouyahia c. Italia; Darraji c. Italia; Hamraoui c. Italia; O. c. Italia; Abdelhedi c. Italia; además de Cherif y otros c. Italia del 7 de abril de 2009; Sellem c. Italia, 5 de marzo de 2009. En este sentido también Ismoilov y otros c. Rusia, 24 de abril de 2008.

En la misma medida, la expulsión del menor extranjero condenado por reatos no violentos, es contraria a la exigencia de reeducación, si la expulsión comporta un distanciamiento radical con la familia (Maslov c. Austria, Grande Chambre, 23 de junio de 2009).

En definitiva, el razonamiento de la Corte está fundado en la convicción de que las reglas de la legalidad internacional se confirman justamente ante la más grande negación de aquéllas, como es el caso del terrorismo internacional.

IX. Sin detenernos en los perfiles relativos a la duración excesiva del proceso (24), con el parámetro del *justo proceso* previsto por el art.6, la Corte termina configurando nuevas categorías de derechos y consecuentes limitaciones del poder administrativo sustancial. Superando una jurisprudencia precedente (Simpson c. Gran Bretaña, 4 de diciembre de 1989) que consideraba inaplicable el art. 6º a la instrucción, la Corte reconoce explícitamente por primera vez, el derecho de la recurrente de inscribirse en una facultad universitaria, lo que le había sido negado por no haber querido suministrar una foto sin el velo para el documento, por cuanto el acceso a la instrucción prescinde de los motivos

(22) Ante todo, en cuanto a la modalidad de prueba acerca de la existencia de tratos inhumanos, la Corte afirma que debe hacerse una verificación caso por caso con pruebas aportadas o con constatación de oficio por parte de la misma Corte, como sucede en el caso tratado donde, para probar que Túnez muestra actitudes prohibidas, se citan reportes de organismos internacionales independientes como Amnesty International, la Cruz Roja Internacional o el Departamento de Estado norteamericano, todos convergentes en indicar que Túnez como país aplica la tortura y tratos inhumanos. “Con este objeto, en lo que concierne a la situación general en un país, la Corte ha destacado continuamente la importancia de las informaciones contenidas en los reportes recientes provenientes de asociaciones internacionales independientes de defensa de los derechos humanos, tales como Amnesty International, o de fuentes gubernamentales, entre ellas del Departamento de Estado Americano (ver por ejemplo Chahal precitado 99-100, Müsllim c. Turquía n.53566/99, 67, 26 de abril de 2005; Said c. Países Bajos, n.2345/02, 54, 5 de julio de 2005, y Al-Moayad c. Alemania n.35865, 65-66, 20 de febrero de 2007). Al mismo tiempo, ha considerado que una simple posibilidad de malos tratos en razón de una coyuntura inestable en un país no entraña en sí misma una infracción al artículo 3º (Vilvarajah y otros precitado, 111, y Fatgan Katani y otros c. Alemania, n.67679/01, 31 mayo 2001) y que allí donde las fuentes de que se dispone describen una situación general, las alegaciones específicas de un requirente en un caso específico, deben ser corroboradas por otros elementos de prueba (Mamatkoulov y Askarov precitados, 73 y Müsllin precitado, 68).

(23) Existe trato inhumano o degradante cuando el sufrimiento y la humillación van más allá de los límites de la limitación personal normal conectadas naturalmente a cada pena. “Para que una pena o el tratamiento de que ella se acompaña pueda ser calificada de inhumana o de degradante, el sufrimiento o la humillación deben en todo caso ir más allá de aquellos que comportan inevitablemente una forma dada de tratamiento o de pena legítimos (Labita c. Italia n.26772/95, 120 CEDH 2000-IV). Por tortura en cambio debe entenderse aquel trato particularmente malo que produce sufrimiento grave y cruento mucho mayor que el trato inhumano o degradante. “Para determinar si ha lugar a calificar de tortura una forma particular de malos tratos, es necesario tener en cuenta la distinción que comporta el artículo 3º entre esta noción y aquella de tratamientos inhumanos o degradantes. Parece que esta distinción está incluida en la Convención para marcar como infamia especial de la tortura los meros tratamientos inhumanos deliberados provocados por fuertes y crueles sufrimientos (Aydin c. Turquía, caso del 25 de setiembre de 1997, Registro 1997-VI, 82 y Selmouni precitado, 96)”

(24) Véanse los trabajos de SANDULLI, M. A. y Travi, A., en Secondo incontro italo-francese di diritto amministrativo, París 12-13 octubre de 2007, ahora en Anuario AIPIDA 2007, 291ss.

de tutela de orden público (Araç c. Turquía, 23 de septiembre de 2008). Esta orientación se confirma con Dogru c. Francia, 4 de diciembre de 2008, cuando una niña de 11 años se niega a sacarse el velo islámico durante las horas de educación física. Siempre en materia de instrucción, con la sentencia Sampanis y otros c. Grecia, 5 de junio de 2008, la Corte afirma que es incompatible con la Convención la inserción de niños rom (gitanos) pertenecientes a minorías étnicas, en clases escolares diferentes respecto a las ordinarias.

En el ámbito del art. 6º se reporta también el caso C.G.I.L. y Cofferati c. Italia, 24 de febrero de 2009 donde se establece la controversia sobre la incontabilidad (o indiscutibilidad) de las opiniones emanadas por los parlamentarios. En el caso analizado, las declaraciones de un diputado a un diario sobre la deliberación de la Cámara, que sostiene que las mismas no deben someterse a control por considerarlo ofensivo de la honorabilidad, impide a los recurrentes obtener un *justo proceso*, si bien la Corte considera legítimo el instituto de la inapelabilidad de las opiniones expresadas por los parlamentarios, pero sólo en el curso de un debate parlamentario por cuestiones de objeto de las funciones específicas.

En el ámbito de la tutela de la vida privada y familiar previsto en el art. 8º la Corte tutela recientemente por primera vez, el derecho a la vivienda, porque aquellos que están en riesgo de perder el alojamiento deben poder dirigirse a un juez independiente que valore la proporcionalidad de dicha medida (McCann c. Gran Bretaña, 13 de mayo de 2008).

En la relación entre derecho a la reserva y la *privacy*, la Corte opera una ponderación de intereses con éxitos diferentes. Se considera responsable al Estado que, habiendo omitido legislar en materia de identificación de los accesos a Internet, no permite tratar de encontrar a quien introduce en la red un anuncio de carácter sexual del cual es víctima un muchacho de 12 años (K.U. c. Finlandia, 2 de diciembre de 2008). Contrariamente, para la Corte es desproporcionado, entre exigencias públicas y tutela de lo privado, el poder conservar por tiempo indeterminado huellas digitales, muestras biológicas y perfiles de ADN de personas sospechosas de reato pero sin condena (S. y Harper c. Gran Bretaña, Grande Chambre, 4 diciembre 2008).

En lo concerniente a la libertad de expresión (art. 10) la Corte considera ilegítima la condena de un dirigente de un partido político que durante una manifestación pública exhibe una estrella roja, porque no siempre representa un símbolo totalitario, prohibido por la legislación penal del país en cuestión, sino que puede también representar al movimiento obrero internacional (Vajnai c. Hungría, 8 de julio de 2008).

Finalmente, pronunciándose la Corte por primera vez sobre el secreto de oficio, considera que impone al empleado público el deber de comunicar a su superior eventuales casos de actos ilícitos, pudiendo sólo después proceder a la publicación de la noticia, en caso de inercia del superior (Guja c. Moldova, Grande Chambre, 12 de febrero de 2008).

X. La *libertad de asociación*, tutelada por el art. 10, particularmente cuando se trata de asociaciones sindicales, de modo que es ilegítimo impedir que funcionarios municipales funden un sindicato, que además había participado ya en la contratación colectiva (Demir y Baykara c. Turquía, 12 de noviembre de 2008).

En materia de derechos políticos, no se considera ilegítimo (art. 3º del protocolo 1) aunque extremadamente alto, el umbral del 10% para la elección a la asamblea legislativa, si existen correctivos aptos para atenuar el volumen (Yumak y Sadak c. Turquía, 8 de julio de 2008).

Siempre en tema de elecciones, en el caso Kovatch c. Ucrania, 7 de febrero de 2008, la Corte considera arbitraria la anulación de votos de protesta, por la evidente contradicción del texto legislativo, que finalmente consiente una muy amplia discrecionalidad a las comisiones electorales.

Finalmente, la Corte afirma por primera vez la posibilidad de un ciudadano -con más de una nacionalidad que puede votar en un país-, de gozar también del electorado pasivo (Tanase y Chirtoaca c. Moldova, 18 de noviembre de 2008).

XI. Mucho más conocida y objeto de numerosos comentarios es el caso de la tutela de la propiedad privada según lo previsto en el art. 1º del primer protocolo agregado (25), que ha dado lugar a las sentencias nº 348 y 349 de la Corte constitucional. (26) Como es sabido, el principio fundamental enunciado por la Corte en este ámbito, pero con efectos que exceden el caso analizado, es que el principio de legalidad que vuelve legítima la limitación propietaria se satisface sólo donde haya normas suficientemente accesibles, precisas y previsibles. Este principio, enunciado por primera vez en *Beyeler c. Italia*, 5 de enero de 2000, se considera motivo autónomo de ilegitimidad a partir de la sentencia *Carbonara y Ventura c. Italia*, 30 de mayo de 2000 y después constantemente enunciado hasta la sentencia más reciente *Sud Fonfi Srl y otros c. Italia*, 20 de enero 2009 (teniendo por objeto la demolición del inmueble realizado en Punta Pedotti) y *Rossitto c. Italia*, 26 de mayo de 2009.

En realidad, la Corte evita detenerse sobre la difícil cuestión acerca de la posibilidad de que la jurisprudencia constituya fuente de derecho, pero confirma que el principio de legalidad se concreta con normas *suficientemente accesibles, precisas y previsibles*, haciendo notar en cambio que en el caso analizado, la misma aplicación jurisprudencial es contradictoria. (27)

Retomando sólo las cuestiones esenciales del complejo acontecimiento (28), sobre todo por los lineamientos que interesan en este trabajo, se recuerda que el art. 1º del Primer Protocolo adjunto a la Convención CEDU, contiene tres disposiciones diferentes pero relacionadas: el derecho al respeto de los bienes de propiedad privada; las condiciones de legitimidad de la expropiación para utilidad

(25) PADELLETTI, M. L., *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003; R. Conti, *L'Italia ancora in ritardo sugli standard europei di tutela dei diritti umani*, nota a sentencia CEDU 5 de octubre de 2006; L. Marzano en *Urb.app.* 2007, 328; A. Guazzarotti, *Gli effetti Della CEDU e la teoria del "mondi paralleli"*, en *Quad. Cost.*, 2006, 155 ss. Para referencias a otros ordenamientos nacionales: R. Hostiu, *La patrimonialité des actes administratifs e la conventio europèenne des droits de l'homme*, en *Revista francesa de derecho administrativo*, 2009, 17 ss.; más específicamente sobre la indemnización de expropiaciones: M. Van Brustem - E. Van Brustem *Les hésitations de la Cour européenne des droits de l'homme: à propos du revirement de jurisprudence en matière de satisfaction équitable applicable aux expropriations illicites*, en *Revista francesa de derecho administrativo*, 2009, 285 ss.

(26) Entre los muchos comentarios: R. Conti *La Corte Costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, en *Corr. giur.* 2008, 2, 205 ss.; T. F. Giupponi *Corti Costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, en www.forumcostituzionale.it; B. Randazzo *Costituzione e Cedu: il giudice delle leggi apre una "finestra" su Strasburgo*, en *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, I, 25 ss.; V. Mazzarelli *Corte Costituzionale e indennità di esproprio: "serio ristoro" e proporzionalità dell'azione amministrativa* *ibidem* 32ss sostiene la coherencia interna en las decisiones adoptadas en el transcurso del tiempo por la Corte constitucional en temas de expropiación; M. Pacini *Corte costituzionale e occupazione acquisitiva: un adeguamento soltanto parziale alla giurisprudenza Cedu*, *ibidem*, 37 ss.; R. Dickmann, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117, primo comma, Della Costituzione*, en www.federalismi.it; C. Zanghi *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n.348 e 349 del 2007*, en www.giur.cost.org; S. Mirate *Indennità di esproprio e resarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità" ex art. 117 Cost.* en *Resp. civ. e prev.*, 2008, I, 65; L. Cappuccio *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione* en *Foro it.*, 2008, I, 47 ss.; F. Ghera *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, *ivi*, 50 ss.; ver también los comentarios de R. Romboli y A. Travi, *ivi*, 39 ss.; B. Conforti *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionale dello Stato in tema di espropriazione*, en *Giur. It.* 2008, 569; R. Calvano *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n.348/2007: orgoglio o pregiudizio?*, *ivi*, 573; M. Sabino *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n.348 y 349 del 2007*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 747 ss.

(27) La Corte evita detenerse en la espinosa cuestión de la configuración de la jurisprudencia como fuente de derecho, afirmando que "la Corte no estima útil juzgar en abstracto si el rol que un principio jurisprudencial, como el de la expropiación indirecta, ocupa en un sistema de derecho continental, es asimilable a los que ocupan las disposiciones legislativas".

(28) Para más amplias referencias, incluso bibliográficas, F. Manganaro, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir.amm.* 2008, 379 ss.

pública; el derecho de los Estados de disciplinar el uso de los bienes en relación al interés general o para asegurar el pago de impuestos u otros tributos o enmiendas (James c. Reino Unido, 12 de febrero de 1986; Iatridis c. Grecia, 25 de marzo de 1999).

El otro margen de incidencia de la jurisprudencia de la Corte de los derechos en materia de propiedad privada es la ampliación del concepto de bien protegido, en cuanto la Convención no pretendería definir el derecho sino más bien su objeto (29) que no debe ser evaluado sobre los parámetros de ordenamiento de los Estados individuales. Según la jurisprudencia de la Corte, “la propiedad se identifica con todos los intereses sustanciales concretos y efectivos”. (30) La extinción del derecho a través de la expropiación puede suceder por la existencia del interés público, conforme al principio de legalidad y de respeto a los principios generales de derecho internacional: la Corte reconoce formalmente que el respeto a estas condiciones debe ser valuado por los Estados individuales, pero se reserva la valoración de la congruencia del parámetro legislativo utilizado y termina siendo juez de las leyes nacionales en materia de expropiación. Pero siendo muy lábil el límite entre expropiación y reglamentación, la Corte tiende a igualar sus efectos y a someter también al poder de regulación, atribuido a los Estados (inciso 3), al régimen de la expropiación (inciso 2), calificando como expropiación indirecta o sustancial todos los casos en los cuales deriven efectos equivalentes o análogos a aquéllos producidos por medidas directas de expropiación.

Se amplía el catálogo de los eventos que se consideran bajo el modelo de la expropiación: hay violación del art. 1º cuando la expropiación sucede de manera ilegítima (Hatzikakis c. Grecia, 11 de abril de 2002; Katsaros c. Grecia, 6 de junio de 2002), cuando no haya sido determinada la indemnización (Konstantopoulos c. Grecia, 24 de junio de 1993; Tsomtsos c. Grecia, 15 de noviembre de 1996; Kattikaridis c. Grecia, 15 de noviembre de 1996; Papachelas c. Grecia, 25 de marzo de 1999; Savvidou c. Grecia, 1º de agosto de 2000; Malama c. Grecia, 1 de marzo de 2001; Karagiannis c. Grecia, 16 de enero de 2003 (31); Nastou c. Grecia, 16 de enero de 2003 (32); Yiltas Yildiz Turistik tesisleri a.s. c. Turquía, 24 de abril de 2003; I.R.S. c. Turquía, 20 de julio de 2004).

Aplicando este principio a la disciplina de la indemnización de expropiaciones y de ocupaciones previstas por nuestro ordenamiento, la Corte declara su ilegitimidad porque la misma jurisprudencia interna sobre el punto es extremadamente contradictoria y no permite formular una norma que sea clara y previsible.

(29) En la conocida sentencia Marckx c. Bélgica, 13 de junio de 1979, se precisa qué debe entenderse por bien y por derecho de propiedad: “en reconocimiento a cada uno de los derechos en relación a sus bienes el art. 1º (P1-1) garantiza en sustancia el derecho de propiedad. Las palabras “bienes”, “propiedad”, “uso de los bienes”, en inglés “possessions” y “use of property” conducen netamente a pensar; desde sus costados, los trabajos preparatorios lo confirman sin equivocación: los redactores no cesan de hablar de “derecho de propiedad” para designar la materia de los sucesivos proyectos de donde emerge el actual artículo 1 (P-1)”.

(30) En el caso Azas c. Grecia, 19 de septiembre de 2002, se tutela el uso de hecho de algunos terrenos. Para la Corte, “la noción de bien tiene un soporte autónomo que no se limita ciertamente a la propiedad de bienes corporales: otros derechos e intereses que constituyen activos pueden también pasar por “derechos de propiedad” y, consiguientemente, por “bienes” a los fines de esta disposición (arrêts Gasus Dossier- und Fördertechnik GMBH c. Países Bajos, 23 de febrero de 1995, Serie A n.306-B, p.46, 53, y Matos e Silva Ltda. y otros c. Portugal, 16 de setiembre de 1996, Registro 1996-IV p. 1111, 75)”. En este sentido también Dogan c. Turquía, 29 de junio de 2004.

(31) También aquí, como en el leading case Papamichalopoulos, la falta de utilización del bien configura una expropiación de hecho. Así, según la Corte, “la pérdida de toda disponibilidad de terrenos, combinada con el fracaso de las tentativas realizadas hasta ahora para remediar la situación incriminada, ha engendrado consecuencias considerablemente graves para considerar que los intereses han sufrido una expropiación de hecho incompatible con el derecho al respeto de sus bienes” (Papamichalopoulos c. Grecia)

(32) En este caso la Corte advierte la violación del art. 1º y del art. 6º de la Convención, en cuanto los recurrentes han debido esperar casi 30 años para obtener una indemnización adecuada.

Con este propósito, es emblemático el conocido caso Scordino (33), sobre el que se consolida la evolución jurisprudencial de la Corte. En la sentencia del 15 de julio de 2004, la Corte niega la violación del segundo inciso del art. 1º, considerando en cambio la violación del inciso 1 (34). En la siguiente sentencia del 17 de mayo de 2005, la Corte afirma que la jurisprudencia constante puede elevarse a principio de derecho siempre que esta interpretación constante sea capaz de ofrecer certeza jurídica al ciudadano: en el caso analizado, resulta en cambio, que la misma jurisprudencia de la Asamblea plenaria nº 2/2005 del Consejo de Estado (35) reconoce que el principio de jurisprudencia de la expropiación indirecta no ha dado lugar nunca a una reglamentación “estable, completa y previsible” (36), verificándose de este modo la violación del principio de legalidad a los efectos del art.1 del protocolo adjunto. (37)El paso último y definitivo lo cumplió la Corte en las tres sentencias de mayo de 2005 (Scordino c. Italia, Acciardi y Campagna c. Italia, Pasculli c. Italia) donde no se pronuncia por la ilegitimidad de la ocupación adquisitiva en el caso examinado, pero evidencia la ilicitud del instituto que no permite una certeza jurídica de la propiedad privada. (38)

Es significativo el debate acerca del contenido del principio de legalidad. En efecto, en los procesos en cuestión, el gobierno objeta que la noción de ley comprende los principios generales explícitos o implícitos (39), satisfaciéndose así el parámetro de la legalidad requerido por el art. 1º; pero la Corte reclama su consolidada jurisprudencia acerca de la necesidad de una norma clara y previsible (Iuliano c. Italia, 14 de diciembre de 2006).

(33) Scordino c. Italia sec. I, 15 de julio de 2004; sec.I, 29 de julio de 2004; sec. IV, 17 de mayo de 2005; Grande Chambre, 29 de marzo de 2006; sec. IV, 6 de marzo de 2007.

(34) Según la Corte: “la situación denunciada por los requirentes releva de la primera frase del artículo 1 del Protocolo n. 1 (arrêts Sporong et Lönnroth, precitado, p. 25, 65; Erkner et Hofauer c. Austria, 23 de abril de 1987, Serie A n.117, p. 108, 64; Elia Srl c. Italia n.37710/97, CEDH 2001-X, 57)”.

(35) M.L. Maddalena, Dalla occupazione appropriativa alla acquisizione ad effecti sananti: osservazioni a margine dell’adunanza plenaria n.2 del 2005, en. Foroamm.C.d.S., 2005, 2109 ss.

(36) En este sentido: Serrilli c. Italia, 17 de noviembre de 2005 y 6 de diciembre de 2005, decidida por proceso de urgencia ex art.29; Guiso-Gallisay c. Italia 8 de diciembre de 2005; Mason c. Italia 17 de mayo de 2005; Sciarrotta c. Italia 12 de enero de 2006; Cerro c. Italia 23 de febrero de 2006; De Sciscio c. Italia 20 de abril de 2006; Ucci c. Italia 22 de junio de 2006; Lo Bue c. Italia 13 de julio de 2006; Dedda e Fragassi c. Italia 21 de setiembre de 2006; Matthias c. Italia 2 de noviembre de 2006.

(37) La Corte afirma que “el principio de legalidad significa la existencia de normas de derecho interno suficientemente accesibles, precisas y previsibles (Hentrich c. Francia, arrê del 22 de setiembre de 1994, serie A, n.296-A, pp. 19-20, 42 y Lithgow y otros c. Reino Unido, arrê del 8 de julio de 1986, serie A n.102, p. 47, 110)”. Para justificar esta tesis, la Corte destaca la contradicción entre la jurisprudencia y la nueva disciplina de la expropiación: “a título de ejemplo la Corte señala que, si bien es cierto que la jurisprudencia ha excluido, a contar de 1996-1997, que la expropiación indirecta puede aplicarse desde que la declaración de utilidad pública ha estado anulada (parágrafos 41-45, aquí debajo), también es cierto que el Repertorio tiene últimamente previsto (parágrafo 60 aquí debajo) que en ausencia de declaración de utilidad pública, todo terreno puede ser incorporado al patrimonio público si el juez decide no ordenar la restitución del terreno ocupado y transformado por la administración”.

(38) F.G. Scoca, Modalità di espropriazione e “rispetto” dei beni (immobili) privati, in Dir amm. 2006, 519 ss; Id. Indennità di espropriazione: la diversa sensibilità della Consulta e della Corte di Strasburgo, in www.federalismi.it, según la cual, la razonable indemnización prevista por la Corte de los derechos no podría ser otra que el valor venal. Posteriores observaciones en G. Fabbrizzi, Commento a scordino c. Italia in Urb.app. 2005, 1395 ss.

(39) El Gobierno italiano, citando algunos antecedentes de la misma Corte, trata de demostrar que con el término “ley” nos referimos también a los principios generales explícitos o implícitos (Winterwerp c. Países Bajos, 24 de octubre de 1979; Kruslin c. Francia, 24 de abril de 1990; Huvig c. Francia, 24 de abril de 1990) y al derecho no escrito (Sunday Times c. Gran Bretaña, n.1, 26 de abril de 1979).

XII. El examen de la jurisprudencia de la Corte induce a una confrontación con la jurisprudencia análoga de la Corte de justicia en materia de *puissance publique*, con todas las diferencias con las cuales ambas cortes afrontan el problema. (40)

En efecto, la Corte de justicia se ha interesado sobre este tema cuando ha tenido que justificar la especialidad de ciertas normas que, derogando criterios generales, establecían excepciones en materia de circulación de trabajadores o de contratos de servicios.

Si bien ya el art. 48 del Tratado de Roma sancionaba la libre circulación de los trabajadores, la jurisprudencia interpretando ese artículo, ha tenido que individualizar cuáles eran aquellos empleos reservados a la administración pública que justifican una excepción a la norma: en este caso la Corte de justicia ha adoptado una interpretación restrictiva según la cual, la prohibición de acceso a los extranjeros a los empleos públicos se mantiene sólo para algunas categorías de empleo que conciernen justamente a la *puissance publique* o la salvaguardia de los intereses generales del Estado.

Más interesante es la jurisprudencia sobre las potestades públicas ejercitadas por entes u organismos comunitarios. Con un pronunciamiento del 26 de marzo de 2009 en la causa C-113/07, la Corte ha considerado que el organismo europeo encargado de desarrollar un sistema uniforme de gestión del tráfico aéreo en Europa (Eurocontrol) es un sujeto público y no una empresa, si bien provee de asistencia a las administraciones nacionales, porque este deber es inseparable del deber principal de gestionar el desarrollo del espacio aéreo y su seguridad: la consecuencia es que Eurocontrol no puede considerarse una empresa en el sentido del art. 82 del Tratado y por ello no está sometida a los procedimientos selectivos para la adquisición del servicio. (41)

XIII. Después del examen de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, se pueden ofrecer algunos elementos de reflexión sobre cómo se adapta al poder administrativo de los estados nacionales.

(40) Observa G. della Cananea que es necesaria una comparación entre la jurisprudencia sobre el poder público de la Corte de los derechos y de la Corte de justicia para destacar analogías y diferencias.

(41) En el caso analizado, un operador italiano del sector de sistemas de gestión del tráfico aéreo había presentado una denuncia a la Comisión por presunto abuso de posición dominante del organismo europeo encargado de desarrollar un sistema uniforme de gestión del tráfico aéreo en Europa (Eurocontrol). La Comisión había rechazado el recurso considerando que las actividades de Eurocontrol no tenían naturaleza económica y por ello no podía considerarse como una empresa en el sentido del art. 82 CE. La empresa propuso un recurso al tribunal de primer grado que con sentencia del 12 de diciembre de 2006, excluye que una de las actividades de Eurocontrol (la actividad de asistencia a las administraciones nacionales) es separable del deber de gestionar el desarrollo del espacio aéreo y de la seguridad aérea, configurando una actividad económica y en consecuencia, Eurocontrol para este ámbito debe considerarse una empresa según el art. 82 del Tratado CE. En el punto 87 se afirma en efecto que “constituye una actividad económica toda actividad consistente en ofrecer bienes o servicios sobre un mercado determinado (arrêt del 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, 118/85 Registro p. 2599, punto 7; del 12 de setiembre de 2000, Pavlov e. a. C-180/98 a C-184/98, Registro p. I-6451, punto 75, del 1 de julio de 2008, MOTOE, C-49/07, no publicado aún en el Registro, punto 22)”. Siguiendo por el contrario las conclusiones del abogado general Trstenjak, la Corte de justicia en la sentencia analizada, ha advertido que el tribunal ha cometido un error de derecho en considerar separables las actividades de asistencia a las administraciones nacionales del deber de gestionar el espacio aéreo y el desarrollo de la seguridad aérea atribuidas a Eurocontrol. La Corte retoma plenamente las conclusiones de la sentencia del 19 de enero de 1994 SAT Fluggesellschaft (causa C-364/92 Rec.p.I-43): en su conjunto, las actividades de Eurocontrol, por su naturaleza, las finalidades y las reglas a las que está sometida, conectadas con el ejercicio de los poderes de control y de policía del espacio aéreo, son típicamente poderes públicos y no actividad económica. En el punto 70 la Corte de justicia recuerda que “según la jurisprudencia de la Corte, no presentan carácter económico, justificando la aplicación de las reglas de concurrencia del tratado, las actividades que se relacionan al ejercicio de prerrogativas de *puissance publique* (ver en este sentido, arrêt del 11 de julio de 1985, Comisión/Alemania, 107/84 Reg. p. 2655, puntos 14 y 15; SAT Fluggesellschaft, precitado, punto 30, como también MOTOE, precitado, punto 24”. La actividad de asistencia de Eurocontrol, ya en aquella sentencia, se considera “típicamente prerrogativa de *puissance publique* y que no presentan un carácter económico” (n.71).

El punto a afrontar es si y cómo la discrecionalidad administrativa es limitada por una jurisprudencia tan particular como la de la Corte de los derechos.

Es evidente que no se pueden recorrer integralmente los experimentados senderos de los vínculos puestos por el juez nacional a la discrecionalidad porque las variables implicadas son muy diferentes.

La primera y más importante diferencia es que el juez nacional controla la discrecionalidad sobre un parámetro que puede invocar sólo indirectamente la Convención, debido al límite citado que la Corte constitucional interpone a su jurisdicción.

El segundo motivo es que el juez nacional tiene medios directos en el proceso para verificar el hecho también en cuanto a la legitimidad y para dar ejecución a la sentencia que no son comparables aún -a pesar de los esfuerzos en tal sentido- con los poderes del juez de Estrasburgo (art. 46 de la Convención) para la interposición del Estado nacional.

Por eso es oportuno comenzar por la idea expresada recientemente de modo claro y convincente, según la cual, si los derechos fundamentales se colocan primero que el poder administrativo, se debe deducir que “en el poder administrativo no pueden existir espacios de libertad no conocidos por el ciudadano y por lo tanto, por el juez”. (42) La legalidad sustancial de los derechos inviolables prevalece sobre la legalidad formal, excluyendo de raíz la atribución de un poder en aquella situación específica.

Esta legalidad sustancial aplicada a ordenamientos muy diferenciados y en realidad con tradiciones jurídicas diferentes, no puede que expresarse a través de principios generales o conceptos jurídicos indeterminados, que por otro lado, justamente en temas de derechos humanos muestran todo su contenido de idealidad.

Contrariamente, la legalidad sustancial de los principios paga un precio necesario en términos de ampliación del poder interpretativo del juez, que adapta la norma escrita a las exigencias concretas. Esta constatación corresponde a lo afirmado precedentemente sobre la realización de un orden jurídico global, donde la falta de un circuito de legitimación del poder político permite a las Cortes realizar una legalidad, que limita el poder administrativo según la interpretación judicial.

Por otro lado, análogamente y con todas las diferencias del caso, la Corte de los derechos limita la discrecionalidad según un recorrido lógico análogo al de la Corte constitucional. Analizando medio siglo de sentencias de la Corte constitucional, se observa que “a diferencia del juez administrativo, que se ocupa directamente de la actividad de la administración pública, la Corte constitucional se ocupa principalmente de cómo la ley puede conferir legítimamente a la administración el poder de elegir discrecionalmente cómo comportarse. Mientras el primero es llamado para evaluar la legitimidad y el correcto ejercicio del poder administrativo discrecional, entre otros, sobre la base de criterios y cánones elaborados por él mismo en el curso de casi dos siglos de pronunciamientos sobre el poder administrativo, la Corte define los confines constitucionales de la atribución legislativa del poder a la administración, analizando la norma atributiva de poder y fijando contenidos mínimos y máximos bajo la luz de las reglas y de los principios constitucionales”. (43)

En sustancia, la Corte de los derechos -como sucedió ejemplarmente en el caso de la ocupación adquisitiva- utiliza la teoría del margen de apreciación cedido a los Estados nacionales para verificar cuál parámetro normativo han usado las administraciones y los jueces nacionales. (44)

(42) F. Merusi, *L'integrazione fra legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.* 2009, 50.

(43) D. De Petris - B. Marchetti, *La discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, curado por G. della Cananea - M. Dugato, Napoli, 2006, 351.

(44) Para F. Donati - P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento*, en *AAVV*, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, curado por P. Falzea-A. Spadaro-L. Ventura, cit. 70, la teoría del margen de apreciación corresponde a los límites de la discrecionalidad administrativa.

En efecto, si bien la Corte afirma que los Estados nacionales tienen un amplio margen de apreciación en la regularización de los derechos (en el caso analizado, de la propiedad privada) para los fines del interés público, termina estableciendo ella misma cuáles son los presupuestos para considerar legítimo el simple acto administrativo, a través del control de razonabilidad y proporcionalidad de la legislación nacional.

Entonces, no sólo la Corte incide directamente sobre el caso específico sino que lo hace aduciendo una ilegitimidad fundada sobre el parámetro normativo establecido por ella interpretando la Convención. Además, la Corte cumple esta operación hermenéutica sin ni siquiera la interposición (como en el caso de la Corte constitucional italiana) de un juez *a quo* que, ante el caso, delimita la cuestión e indica el parámetro constitucional que considera violado.

El poder interpretativo de la Corte de los derechos en relación al poder administrativo aparece por ello muy fuerte, sobrepasando idealmente sus poderes en el plano nacional, en cuanto ejerce los poderes del juez administrativo, decidiendo el caso concreto sometido directamente por el recurrente a la jurisdicción, pero al mismo tiempo, interpretando las normas de la Convención, cumple un rol análogo al de la Corte constitucional, determinando el parámetro mismo de la legitimidad/licitud del acto o comportamiento objeto de juicio.

Así el mérito se transforma en legitimidad y se vuelve objeto de la jurisprudencia de la Corte de los derechos.

No escapará al lector experto que una tal operación se parece a la tentativa, cumplida por el juez ordinario nacional, de elaborar una categoría de derechos incompressibles, no susceptibles de degradación y por ende, atribuidos a la jurisdicción. (45) *Mutatis mutandis* aquello que no resultó completamente al juez interno, puede ser cumplido por la Corte de los derechos, de tal modo que *no hay poder que resista la tutela de los derechos humanos*. (46)

La Corte de los derechos, llamándose a las tradiciones constitucionales comunes (47) elabora un catálogo autónomo de los derechos, que pesan sobre las legislaciones de los Estados nacionales conformándolos hacia principios comunes. La Corte llega así a determinar en vía ascendente, las obligaciones positivas para los Estados adherentes a la Convención cuando se da cuenta de que constituyen un principio común para un número suficiente de ellos. (48)

Los ejemplos anteriores son la mejor prueba. El derecho a la vida impone a la administración la prevención/evitación de desmoronamientos o exhalaciones nocivas de los depuradores; el derecho al rechazo/extradición está limitado por la posibilidad de sufrir torturas en el País de origen; los poderes de policía no deben consistir en comportamiento inhumanos; el derecho a la instrucción no puede inhibirse a quien posea un documento con el rostro velado ni realizado en clases separadas por motivos étnicos; la prohibición de tratos inhumanos no es objeto de ponderaciones ni siquiera en los condenados por terrorismo.

Todo el catálogo del poder administrativo autorizado es objeto de decisiones de la Corte de los derechos que juzgando en el caso individual, fija al mismo tiempo el parámetro de referencia determinando una legalidad sustancial confiada a un juez de rango constitucional.

(45) Sobre este punto, N. Paolantonio, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, informe en este mismo Convenio y ahora en www.giustamm.it.

(46) A esta conclusión explícita llega ahora la jurisprudencia que en sede de conflicto de jurisdicción, reconoce a los derechos humanos una naturaleza de derechos subjetivos incompressibles, como en el caso de demanda directa para obtener la verificación del derecho a la protección humanitaria según el art.5 inciso 6 y 19 del d.lgs. n° 286 de 1998 y del art. 2° letra f, art.4 y 5 de la dirección del Consejo europeo del 29 de abril de 2004, n° 2004/83/CE (Cass.Sez.un.ord. 9 de septiembre de 2009, n° 19393 en www.lexitalia.it).

(47) MOSCARINI, A., *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006.

(48) GARDINO CARLI, A., *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*. Profili processuali, Milano, 2005, 176-177.

El reconocimiento de los derechos de los sujetos, con consecuentes limitaciones de los poderes públicos, supone su preexistencia respecto de la norma, dando vida a una visión de tipo jurisnaturalístico individualista. (49) Podrían resultar sin tutela efectiva los derechos sociales, ni siquiera previstos explícitamente en la Convención, contrariamente a lo que sucede en las Cartas constitucionales, que son incluso contemporáneas. El peligro consecuente, en términos de situaciones jurídicas subjetivas, podría ser la atribución de derechos teóricamente configurados sobre un modelo de sujeto abstracto, mientras que las situaciones jurídicas en una sociedad compleja, brotan siempre a partir de una confrontación/choque entre intereses. (50)

Este riesgo se materializa en las sentencias sobre el tema de la propiedad privada, considerada siempre como derecho humano individual, incluso cuando contrasta con las Constituciones nacionales (como la nuestra) que no lo consideran así. En otras ocasiones, partiendo la Corte de enunciados de la Convención formulados de modo tradicional, logra tutelar nuevos derechos sociales (51), como cuando por ejemplo, el derecho a la vida trae la consecuencia de la responsabilidad estatal por emisiones nocivas de un depurador.

La Corte configura de este modo situaciones subjetivas (a la vida o a los tratos no degradantes) que se traducen en derechos sociales (a la instrucción, a la vivienda, a la tutela de la salud y del ambiente), agregando en los ordenamientos nacionales nuevas situaciones jurídicas protegidas.

Si puede formularse una crítica es que en esta jurisprudencia permanece una visión todavía dualista de tipo vertical, que induce a la Corte a una neta separación entre Estado y sociedad civil, proponiendo un modelo de derecho administrativo de garantía dirigido a limitar el poder leviatánico de las administraciones públicas, sin tutelarlas nunca de los poderes externos.

Aclarados estos límites, sería un error, como se dijo al inicio, analizar la jurisprudencia de la Corte separada de la concomitante jurisprudencia de las otras Cortes con quienes tiene una constante disputa dialéctica: la garantía de los derechos no está entonces en las decisiones aisladas de la Corte de Estrasburgo sino en aquel complejo retículo de decisiones asumidas por las Cortes constitucionales nacionales, por la Corte de justicia y por las jurisdicciones sectoriales supranacionales, que además influyen si bien de maneras diferentes, a los jueces nacionales. (52)

Las limitaciones impuestas al poder administrativo son relevantes y evidentes.

Incluso acogiendo la interpretación constante de la Corte constitucional según la cual el juez nacional no puede desaplicar directamente una norma interna que esté en contraste con la CEDH, es cierto que las sentencias de la Corte de los derechos, influyen de manera directa en la acción de las administraciones públicas.

(49) ROMANO TASSONE, A., I "diritti" tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario, informe para el Convegno de Torino 2009, advierte a propósito que tal concepción jurisnaturalística es "rudimental y naïf" en el sentido que la estructuración de los derechos (primero entre todos justamente la propiedad privada) aparece relacionada a una concepción de los derechos del s. XIX.

(50) A. Romano Tassone, *ibídem*.

(51) En tema de interpretación, observa E. Cannada Bartoli, In tema di motivazione di atti a contenuto generale, en *Foro amm.*, 1995, 1088, que "si el ordenamiento jurídico se reorganiza por efecto de principios nuevos, el interprete que sienta la unidad del ordenamiento como valor o al menos, como premisa problemática, debe proceder a la interpretación de las viejas normas, donde aparece el significado como cierto y no discutido; operación jurídica y no de tendencia" (bastardilla nuestra).

(52) Sobre la importancia que tiene la jurisprudencia de la Corte de los derechos sobre el juez administrativo en nuestro ordenamiento, S. Valaguzza, *Riflessioni sul attenuato del diritto CEDU e i suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, en *Riv.it.dir.com.*, 1375 ss., en particular p. 1391; P. De Lise, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo*, Roma, 20 de abril de 2009, en www.giustizia-amministrativa.it.

La cuestión que queremos plantear no es si el juez puede desaplicar autónomamente la norma interna porque esté en contraste con la CEDH, sino más bien, cómo tendrá que comportarse la administración pública nacional en el caso en que tenga que expresarse en torno a un caso análogo a aquellos fallados por la Corte de Estrasburgo. Por ejemplo -me refiero a los casos citados arriba- ¿Podrá el Ministro de Interiores permitir extradiciones a Túnez aunque la Corte de los derechos se pronunciara negativamente? O bien ¿podrá un Director de Instituto disponer la formación de clases separadas para niños pertenecientes a minorías étnicas o religiosas? O, finalmente, ¿podrá la administración penitenciaria revisar la correspondencia de un detenido, en caso de que sea remitida por una organización internacional de salvaguarda de los derechos humanos?

En estos casos, que ya han sido objeto de pronunciamiento de la Corte de los derechos, no se cuestiona el poder del juez nacional ni las modalidades con las que éste se pone en relación con la CEDH (interpretación conforme, desaplicación etc.), sino más bien se trata de esclarecer cual es la relación entre la Corte de los derechos y la administración nacional.

Las elecciones de la administración hallan, ahora, un nuevo límite a su discrecionalidad en los fallos de la Corte de los derechos, que obliga a la propia administración, como mínimo, a motivar una posible decisión distinta a la adoptada por el juez de Estrasburgo. La administración nacional está obligada a una “interpretación conforme” al dictado normativo interno, según las indicaciones proporcionadas por las sentencias de la Corte de Estrasburgo.

Si a la *potestas* de los estados nacionales se adosa la *auctoritas* de las Cortes, menor será el riesgo -por otro lado siempre incumbente- de un poder que se autolegitima como fuerza irracional.

Para quien pueda pensar que la tutela de los derechos humanos es un mito, bien se adaptan las palabras de Santi Romano, que en la voz Autonomía en *Frammenti di un Dizionario giuridico* escribió: “el mito, que no es realidad y además es opuesto a la realidad, puede señalar el inicio de un camino que conduce a la realidad, no sólo descubriéndola sino además creándola”.

La pretensión ejecutiva de actos administrativos incumplidos por el Estado. Necesidad de su legislación

POR CARLOS E. MAMBERTI (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Insuficiencia de los medios existentes. — III. Panorámica de la Justicia Administrativa nacional. — IV. Panorámica de la Justicia Administrativa provincial. — V. Necesidad de legislar. — VI. Fundamento jurídico de la pretensión ejecutiva. — VII. El derecho comparado. — VIII. Incorporación de la pretensión ejecutiva contra el Estado (y otras personas) en el Código Procesal Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires. — IX. La propuesta. — X. Anexo. — XI. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo aborda la problemática a que se ven enfrentadas las personas a favor de las cuales se expidió un acto administrativo cuyo cumplimiento corresponde a la Administración Pública, y esta se rehusare u omitiere cumplir. Ello, en tiempos que los requerimientos de los ciudadanos y los nuevos derechos colocan a aquélla en el papel de asumir un rol fundamental con eficiencia y profesionalismo. Se examina en tal sentido el cuadro de situación que presenta el derecho administrativo nacional y el de la provincia de Buenos Aires, poniendo de relieve la insuficiencia de los mencionados ordenamientos para posibilitar al afectado la articulación de una pretensión ejecutiva que, con celeridad, le brinde un medio de tutela judicial efectivo. Se explica la necesidad de legislar al respecto sobre una vía procesal específica y se desarrolla el fundamento jurídico de por qué es procedente la ejecutiva. Luego se hace mención a algunas de las soluciones normativas que existen en algunos derechos comparados y, finalmente, se desarrolla el modo y las circunstancias en que debería incorporarse una pretensión ejecutiva contra el Estado (y otras personas) en el Código Procesal Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires. La labor culmina con una propuesta de reforma legislativa.

Palabras clave: justicia administrativa - acto administrativo — incumplimiento - pretensión ejecutiva - proceso especial.

EXECUTORY PROCESS OF ADMINISTRATIVE ACT BREACHED BY THE STATE. THE NEED FOR ITS LEGISLATION.

Abstract

The present article deals with the constraints that face people in whose favor an administrative act was issued, which has to be complied with by Public Administration and such administration refuses or omits to comply with. This is to be considered in times in which the citizens' requirements and the so called "new rights" place Public Administration in the role of playing an essential part with efficiency and professionalism. In this sense, the situation presented by Federal and the State of Buenos Aires administrative law is examined, highlighting the insufficiency of such legal orders to enable interested

(*) Profesor Adjunto Ordinario, Titular Interino de Derecho Administrativo I, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

parties to seek for an executory process that, with celerity, provides them with a means of effective judicial remedy. The need to legislate about a specific action is explained and the legal fundaments on why a summary proceeding is appropriate are developed.

After this, a reference to some of the statutory solutions existing in some legal systems of different jurisdictions is made and, finally, the manner and circumstances in which an executory process against the State (and other entities) should be incorporated to the Código Procesal Contencioso Administrativo of the State of Buenos Aires is developed. The paper concludes with a proposal for a statute amendment.

Key words: administrative law courts - administrative act - breach of duty - executory process - special proceeding.

I. Introducción

La Administración Pública hoy es muy compleja y fuente de una extensa variedad de relaciones jurídicas, consecuencia del alto grado de intervención con que obra el Estado en el orden económico y social. Se suma a este fenómeno la consagración de nuevos derechos e intereses colectivos cuya gestión y protección recae en buena medida sobre la Administración. Este conjunto de factores, naturalmente, faculta a los ciudadanos para exigir al Estado la realización de actividades y el otorgamiento de prestaciones. Es lo que caracteriza al Estado Social de Derecho, en el que actúa una repartición regulada que corrige los desequilibrios que obran en perjuicio de los sectores más débiles.

Siendo el expuesto, en prieta síntesis, el paradigma que inspira a las Administraciones Públicas en la actualidad, el correlato lógico en otra función del Estado es la organización de una Justicia Administrativa que contemple los instrumentos necesarios para resguardar los derechos e intereses de los ciudadanos, pues los sistemas de control administrativo muchas veces se muestran insuficientes para evitar que la Administración Pública transgreda el marco de juridicidad.

Es que si los gobiernos supeditan el goce de los derechos a burocracias ineficientes, no profesionalizadas (afectando con ello también los derechos de los agentes verdaderamente vocacionados), resulta necesario diseñar y poner en funcionamiento nuevas instituciones jurídicas que permitan superar el obstáculo.

En este orden de ideas, un tema que prácticamente no ha sido tratado por la doctrina científica argentina es la problemática que se deriva del incumplimiento por parte de la Administración Pública de sus propios actos. (1) Lorenzetti (2010) plantea un cuadro de situación análogo, si bien en el plano específico de lo ambiental, luego de transitar un proceso de conocimiento. Expresa de manera elocuente, “demasiadas declaraciones y pocas concreciones deterioran la imagen del derecho y la confianza presupuestas en el sistema judicial”.

Podríamos agregar que lo mismo ocurre cuando no se concretan los actos de la Administración y no se dispone de una vía procesal idónea para superar esa patológica situación.

Es cierto, abundan las elaboraciones sobre la inactividad administrativa deslindando, incluso, entre inactividad formal y material (2), en las que se describen -para el segundo término- las más variadas situaciones de pasividad en el ejercicio de competencias asignadas a los órganos que ejercen función administrativa (vgr. la no expedición de un reglamento necesario para la ejecución de una ley; incumplimiento de las acciones que hacen efectivos los intereses de la sociedad; incumplimiento

(1) Isacch, en un trabajo en que analiza al Estado actor ante el Fuero Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires, plantea como inquietud, sin adentrarse en el análisis de la cuestión, dos interrogantes: a) ¿está legitimado un particular para ejecutar un acto administrativo?; b) ¿cuál es en su caso la vía procesal?; ver R.A.P. Bs. As, 81-82, p. 5 y s.s.).

(2) Se ocupan de este tema, entre muchos otros, Tomás Hutchinson (2004), Guido S. Tawil (1993); Pablo Perrino (2001); Mario Rejtman Farah (2000).

de los servicios públicos gestiones por el Estado o del control de aquéllos que gestionan los particulares; etc.), caracterizadas, en todos esos casos en que los autores las colocan como ejemplo, por la ausencia de actividad material pero también por la falta de una decisión formal y específica cuyo objeto o contenido este alcanzado por esa inacción. Es decir, se ha estudiado la inactividad material de la Administración de un modo genérico, pero no hay un abordaje específico de aquélla que se produce a continuación de un acto administrativo que acarrea obligaciones para el órgano emisor. Hasta donde conocemos, no hemos podido dar con una construcción que examine las dificultades que debe afrontar un sujeto ante un acto que le resulta favorable, cuyo cumplimiento no es observado por la Administración.

En el plano normativo, las técnicas adoptadas por el legislador están dirigidas exclusivamente a la superación de la inactividad formal, es decir, aquella que se advierte en el curso de un procedimiento administrativo. (3) Ello, mediante el silencio, instituto que permite al particular cuando hubiese articulado una petición o un recurso dejar expedita la acción judicial por la configuración de una resolución denegatoria presunta; o mediante el amparo por mora, proceso breve que tiene por objeto obtener una orden judicial que emplace a la Administración a dictar el acto o la medida que corresponda en el procedimiento administrativo que sea parte el actor (arts. 10 y 28 de la ley nacional 19.549; arts. 16 y 76 del Código Procesal Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires; ley 12.008 y modif.). En estas regulaciones subyace una problemática opuesta a la que suscita este trabajo, dado que proveen una solución a situaciones en que la inactividad de la Administración impide la expedición del acto esperado por el sujeto interesado. Por fuera de estas regulaciones no existen en nuestro derecho técnicas específicas para obligar a la Administración, ya no a que dicte un acto, sino a que cumpla o ejecute el que ella ya dictó, a través de un mecanismo breve y simple, que guarde proporción y coherencia con la inactividad de que se trata: la inejecución de un acto administrativo. Veremos más adelante que el afectado por esta situación sólo dispone de las vías procesales ordinarias.

II. Insuficiencia de los medios existentes

El cuadro de situación bajo análisis, naturalmente, requiere de la tutela judicial. Primero por una razón de orden práctico, ya que es muy difícil, sino imposible, encontrar en los procedimientos administrativos vigentes una herramienta para la rápida y eficaz solución de la morosidad en la ejecución de un acto administrativo. El remedio de la “queja”, instituido en el orden nacional (art. 71 del Decreto n° 1759/72, t.o. 1991), instrumento consagrado para superar la inactividad (o defectos) en los procedimientos administrativos no parece una vía idónea para provocar la ejecución de un acto incumplido, pues choca con dos dificultades, no es aplicable cuando la inacción proviene del órgano superior jerárquico de la estructura del Estado, y es natural suponer que la voluntad de no poner en ejecución un acto administrativo sea compartida con el órgano superior jerárquico al que tiene la atribución de dicha ejecución. En segundo lugar, porque es lógico y justo que en un Estado de derecho se disponga de un proceso especial que tenga por objeto específico el control de la inactividad administrativa que se presenta cuando la autoridad o funcionario se muestra renuente a ejecutar una resolución que se encuentra obligada a cumplir. Es que el derecho de defensa en juicio contemplado en el art. 18 de la Constitución Nacional, así como comprende la facultad de lograr que una decisión judicial sea efectivizada en tiempo y forma oportunos, también comprende (o debe comprender) la de obtener una resolución judicial que mande cumplir lo dispuesto en un acto administrativo.

En tal sentido, si el proceso administrativo (como todos los procesos) se estructura en orden a la pretensión procesal, cabe interrogarse sobre la posibilidad de que un sujeto pueda deducir una pretensión ejecutiva respecto de un acto administrativo cuyo cumplimiento no ha sido observado por la Administración y resulte de interés para aquél.

Por ende, ante la ausencia de normas y procedimientos que proporcionen una solución con las características antes indicadas, es decir, que tengan por objeto la obtención sumaria de una resolución

(3) Adelantamos que nuestro análisis, estará circunscripto al ámbito nacional y al de la provincia de Buenos Aires, y que sobre este último se formulará una propuesta de reforma legislativa.

judicial que ordene a la Administración ejecutar sus actos, corresponde inquirir si el ordenamiento vigente permite realizar una interpretación que admita la posibilidad de deducir una pretensión ejecutiva o, por el contrario, si es necesaria la consagración legislativa de una pretensión de tal naturaleza.

A este último fin, es oportuno recordar que la justicia administrativa argentina exhibe dos perfiles, el que corresponde a las provincias, caracterizado por la definición de sus elementos estructurales en cláusulas constitucionales y por la existencia de códigos procesales para la materia, y el que corresponde a la Nación, cuya única regulación normativa específica consiste en un pequeño conjunto de preceptos contenidos en la ley 19.549, en los que se definen, básicamente, los recaudos para la admisibilidad de las pretensiones procesales. Ni en los sistemas provinciales de justicia administrativa -que en principio resultan más completos en cuanto a su regulación-, ni en el sistema nacional aparece consagrada una pretensión ejecutiva de actos administrativos cuyo cumplimiento no haya sido observado por el Estado. Dicha carencia es la que nos ha motivado a desarrollar esta labor propositiva.

Advertimos, desde luego, que en algunas provincias argentinas la problemática abordada en este trabajo puede encarrilarse a través de la figura del “Mandamiento de ejecución” (Mandamus), garantía especial que consagran las constituciones del Chaco (art. 25), Chubut (art. 59), Entre Ríos (art. 58), Formosa (art. 33), Jujuy (art. 39), La Rioja (art. 28), Río Negro (art. 44) y Santa Cruz (art. 18). Sin embargo, la mayoría de ellas utilizan una fórmula que comprende los deberes expresamente determinados en leyes y ordenanzas, cuyo incumplimiento por parte de un funcionario o entidad pública habilita al perjudicado a demandar la ejecución inmediata de los actos que el funcionario o entidad pública se rehúsa o es moroso en cumplir. Sólo la Constitución de Río Negro incluye entre la nómina de disposiciones incumplidas a los decretos y resoluciones, descripción que facilitaría, por ende, la ejecución de un acto administrativo incumplido. (4)

Para adentrarnos en el desarrollo del planteo propuesto, delinearemos los elementos básicos de la Justicia Administrativa federal y provincial (5), en la inteligencia que el objeto de la acción ante la Justicia es la pretensión o, como dice Guasp (1968: 1-16), que el proceso es un instrumento para la satisfacción de pretensiones; y que la pretensión, según el mismo autor (1-217), es “una petición de un sujeto activo ante un juez frente a un sujeto pasivo sobre un bien de la vida”. En definitiva, la pretensión es lo que el actor le solicita al juez, lo que aquél quiere o desea.

Muchas son las clasificaciones que la doctrina especializada ha delineado en torno a los procesos judiciales, sin embargo se advierte cierto consenso en distinguirlos de conformidad con el propósito que se persiga mediante la pretensión que los motiva, así encontramos procesos de declaración, de ejecución y cautelares, y de acuerdo a su estructura en proceso ordinario y procesos especiales. (6) Respecto del primer grupo señala Palacio (1975, I:304) que “el proceso de declaración, llamado también de conocimiento o cognición, es aquél que tiene como objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes”; agrega al respecto que en ciertos casos el efecto declarativo “puede ir acompañado de la integración o complementación de una relación jurídica; o de la imposición, al demandado,

(4) El art. 44 de la Constitución de Río Negro reza “Para el caso de que esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución, imponga a un funcionario o ente público administrativo un deber concreto, toda persona cuyo derecho resultare afectado por su incumplimiento, puede demandar ante la justicia competente la ejecución inmediata de los actos que el funcionario o ente público administrativo hubiere rehusado cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, libra un mandamiento y exige el cumplimiento inmediato del deber omitido”.

(5) Destaco una vez más que en el plano provincial obraremos sobre el modelo bonaerense.

(6) Palacio (1975, I:304) sigue este criterio clasificatorio.

del cumplimiento de una determinada prestación (de dar, de hacer o de no hacer), configurándose sentencias que se denominan, respectivamente, determinativas y de condena”. En cuanto a estas últimas, el autor citado indica que si el comportamiento impuesto no es voluntariamente efectuado u omitido por el sujeto condenado, el ordenamiento jurídico permite que se desarrolle el denominado proceso de ejecución, “cuyo objeto consiste en hacer efectiva la sanción impuesta por una sentencia de condena”.

III. Panorámica de la Justicia Administrativa Nacional

En el orden nacional, en la ley 19.549, se distinguen básicamente dos tipos de pretensiones: impugnatorias y no impugnatorias. Las primeras tienen por objeto la declaración de nulidad de un acto de alcance individual o de uno de alcance general y exigen como requisito específico de admisibilidad el agotamiento de la vía administrativa (arts. 23 y 24 de la ley 19.549). Las segundas, de más amplio espectro, pueden deducirse con el fin de que la Administración cumpla con una obligación, preste un servicio, pague una deuda, declare su responsabilidad, admita un resarcimiento, cese en la comisión de un comportamiento ilegítimo, etc., y su requisito específico de admisibilidad formal es el reclamo administrativo previo a la demanda (arts. 30, 31 y 32 de la ley 19.549). Ambas pretensiones se sustancian mediante demanda por la vía del juicio ordinario instituido en el Código Procesal Civil y Comercial (arts. 319, 330 y concordantes, Ley 17.454). Sólo la pretensión impugnatoria, en algunas materias, debe articularse por conducto de los denominados recursos directos (vgr. arts. 42 y 47 de la ley nacional de Entidades Financieras n° 25.5269). En todos los casos estamos ante procesos de conocimiento, dado que en ellos se persigue una declaración del juez (meramente declarativa, constitutiva o de condena) que dirime la causa con fuerza de verdad legal.

A las dos pretensiones mencionadas, susceptibles de ser calificadas como medios comunes de impugnación judicial de la actividad administrativa, la ley 19.549 consagra como medio especial, el amparo por mora administrativa, por el cual se articula una pretensión destinada a obtener una orden judicial de pronto despacho (art. 28). Claramente es un medio destinado a canalizar una pretensión que tiene por objeto hacer cesar un estado de inactividad administrativa, pero acotado a la falta de emisión de un dictamen (acto preparatorio), un acto de mero trámite o de fondo, es decir, un cuadro de situación absolutamente diferente al que motiva este trabajo en el que la resolución (de fondo) ya se ha dictado pero no se ha puesto en ejecución, razón por la cual dicho cuadro aparece excluido de este último medio procesal. Ningún juez despacharía una orden de pronto despacho si la resolución definitiva ya se ha dictado.

En rigor de verdad, en el estado actual de la legislación, el único medio procesal dotado de celeridad al que puede acudir un sujeto afectado por la inejecución de un acto administrativo, es la vía excepcional del amparo (art. 43 de la Constitución Nacional), dado que comprende en su objeto todo acto u omisión de autoridades públicas pero, claro está, sólo procede cuando no existe otra vía idónea. Es, como bien lo expresa Luqui (2005:II-183) “un remedio heroico, para aplicarlo a casos excepcionales por su ilicitud o por su gravedad”.

En tal sentido, la práctica judicial indica que los jueces admiten la vía del amparo, ante supuestos, por ejemplo, en que la inejecución de un acto administrativo ponga en grave riesgo la vida de una persona o el equilibrio ambiental. Fuera de estos casos excepcionalmente graves, es muy difícil, que a través de una acción de amparo se vaya a condenar al Estado a que de cumplimiento a un acto en los casos en que se invoque la omisión de la autoridad pública por la inejecución de aquél, especialmente si se tiene en cuenta que el artículo 2° inciso “c” de la ley 16.986, dispone que la acción de amparo no será admisible cuando “la intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado”.

Por fuera de la vía excepcional del amparo, al sujeto afectado por la inejecución de un acto administrativo no le quedará más remedio que recorrer lo que una parte de la doctrina denomina vía de

clamatoria (7) o, según nuestro punto de vista, deducir una pretensión no impugnatoria, para lo cual deberá cumplir con el recaudo del reclamo administrativo previo (art. 30 de la ley 19.549), y si no obtiene una respuesta favorable o si la Administración no se pronuncia en el término fijado en la ley de procedimiento administrativo, luego de configurar el silencio, deberá transitar el curso de un proceso ordinario de conocimiento, con el único, innecesario y redundante objeto de que un juez declare que el acto de que se trata debe ser cumplido o ejecutado por la Administración demandada.

Es que el ordenamiento nacional, brevemente analizado, no incluye una pretensión ejecutiva que pueda articularse contra el Estado por la no consumación de sus actos. Entre los procesos especiales en que compete conocer a la Justicia Federal Contencioso Administrativa, el único legislado de carácter ejecutivo, es el que corresponde a la ejecución fiscal para perseguir el cobro de impuestos, tasas, multas y otros créditos a favor del Estado, para el cual, la ley, tiene que atribuir fuerza ejecutiva a los títulos correspondientes (art. 45, 2º párr., inc. b de la ley 13.998; arts. 605 y 606 del CP.C.C.; art. 92 de la ley 11.683; art. 1024 de la ley 22.412).

IV. Panorámica de la Justicia Administrativa provincial

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires el panorama no es muy diferente. Recordemos que la reforma constitucional de 1994 introdujo cambios esenciales en los elementos estructurales de la Justicia Administrativa (8), ya que la descentralizó (9), definió la materia con un criterio de gran amplitud (10), e impuso a la Legislatura el deber de establecer el nuevo fuero contencioso administrativo y sancionar el Código Procesal respectivo (art. 215). A esta última manda se dio cumplimiento mediante la sanción de las leyes 12.074 y 12.008, respectivamente. Ambas sufrieron importantes modificaciones. (11)

No obstante la importancia de los cambios que impuso el art. 166 último párrafo de la Constitución Provincial, lo cierto es que la esencia que inspira al nuevo proceso contencioso administrativo, regulado en la ley 12.008, reposa en el principio de la tutela judicial efectiva, que el art. 15 de la Constitución consagra al prescribir: "La provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave". Se trata de un principio que informa todo el ordenamiento y se encuentra previsto también en el orden constitucional Nacional por conducto de la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8º y 25) que la Carta Magna equipara a sí misma en cuanto a su jerarquía (art. 75 inc. 22).

Uno de los aspectos que refleja en el Código Procesal Contencioso Administrativo la aplicación del principio de la tutela judicial efectiva es el abandono del dogma revisor que regía en el anterior sistema de Justicia Administrativa y la consecuente supresión del requisito del acto previo para acceder a la jurisdicción. Por ende, el proceso contencioso administrativo ya no se ciñe a la anulación de actos

(7) Rejtman Farah (2000:13), por ejemplo, utiliza esa denominación para intitular un capítulo de su obra en donde trata la impugnación judicial de la actividad administrativa, aunque luego en el texto a pretensiones no impugnatorias.

(8) Es tradición en el derecho público provincial que las Constituciones definan qué se reputa como causa contencioso administrativa y/o la competencia de un órgano judicial específico.

(9) Con la reforma constitucional se suprimió la competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia.

(10) El art. 166, último párrafo de la Constitución provincial estableció que los casos originados por la actuación u omisión de la provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas en el ejercicio de funciones administrativas serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo.

(11) La ley 12.074 fue modificada por las leyes 12.310, 13.101, 13.118, 13.405, 13.479, 14.256 y 14.484. Asimismo, la ley 12.008 fue modificada por las leyes 12.310, 13.101, 13.325 y 14.437.

sino que admite múltiples pretensiones, a fin de que los órganos judiciales conozcan y decidan en los más diversos casos que se originan por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas (Art. 166 de la Cons. Prov.; art. 1º inc. 1º del C.P.C.A.).

En consecuencia, a partir de la sanción de la ley 12.008 (a pesar de las modificaciones que introdujo la ley 13.101), tal como lo señalan Cassagne y Perrino (2006: 26) la pretensión se ha convertido en el eje central del proceso, tal como lo evidencia el art. 12 del Código sancionado mediante aquella ley, permitiendo a los justiciables enjuiciar distintos comportamientos de sujetos que en ejercicio de funciones administrativas, lesionen sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.

En el Código Procesal Contencioso Administrativo, el dispositivo que enuncia las diferentes pretensiones es el artículo 12 antes citado, mediante el que se determina la posibilidad de articular pretensiones con el objeto de obtener:

1. *La anulación total o parcial de actos administrativos de alcance particular o general*
2. *El restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelados*
3. *El resarcimiento de los daños y perjuicios causados*
4. *La declaración de certeza sobre una determinada relación o situación jurídica regida por el derecho administrativo. La pretensión respectiva tramitará con arreglo a lo previsto en el art. 322, C.P.C.C.*
5. *La cesación de una vía de hecho administrativa*
6. *Se libre orden de pronto despacho, en los términos previstos en el art. 76 del presente Código.*

Tal como se advierte de su redacción, el artículo 12 no incluye una pretensión ejecutiva que pueda articularse contra el Estado por el incumplimiento de sus actos. El título II del Código, en el que se regulan los procesos especiales, tampoco incluye uno de carácter ejecutivo a excepción de las ejecuciones tributarias provinciales, bajo el régimen del Decreto Ley 9122/78, es decir sólo para el cobro judicial de créditos fiscales de la Provincia.

La pretensión de restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelados, establecida en el artículo 12 inciso 2º del código, una de las no impugnatorias que contiene el mencionado precepto y que más adelante veremos es la residual de que se dispone ante la inejecución de un acto administrativo, se sustancia mediante demanda por vía del proceso ordinario exclusivamente (Título Primero del Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley 12.008), dado que entre los procesos especiales contenidos en el título segundo del Código, no hay ninguno que tenga por objeto a la mencionada pretensión. Naturalmente, se trata de un proceso de conocimiento, dado que en él se persigue una declaración del juez (meramente declarativa, constitutiva o de condena) que dirima la causa.

El Código Procesal Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires, también consagra como proceso especial, el amparo por mora administrativa, por el cual se articula una pretensión destinada a obtener una orden judicial de pronto despacho (arts. 7º inc. 6º y 76). Y, al igual que en el orden nacional es un medio destinado a canalizar una pretensión que tiene por objeto hacer cesar un estado de inactividad administrativa, el que producen las autoridades competentes cuando dejan vencer los plazos sin emitir la resolución o el acto de trámite o preparatorio que requiera el interesado o corresponda adoptar para continuar o resolver el procedimiento. Es también un cuadro de situación diferente al que conforma el objeto de este estudio, pues en éste se parte de una resolución que ya se ha dictado pero no se ha puesto en ejecución, razón por la cual no se encuentra tutelado por ese medio procesal.

Al igual que en el ámbito nacional, el amparo es el único medio procesal dotado de celeridad al que se puede recurrir frente a la inejecución de un acto administrativo, pero es también una vía excepcional dado que sólo procede cuando no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios

ordinarios sin daño grave o irreparable (Art. 20, inciso 2º de la Constitución Provincial). La ley 13.928 que reglamenta la garantía del amparo, no contiene una limitante en cuanto a su procedencia como ocurre con el artículo 2º inciso “c” de la ley 16.986, respecto de los casos en que la intervención judicial pudiera comprometer la regularidad, continuidad y eficacia de los servicios públicos o el desenvolvimiento de actividades esenciales del estado, pero la fórmula constitucional de la provincia que replica el artículo 2º inciso 1º de la ley 13.928, constituye un obstáculo muy difícil de superar si por esa vía se pretende constreñir a la Administración Pública a cumplir un acto administrativo.

Por lo tanto, también en la provincia de Buenos Aires, al sujeto afectado por la inejecución de un acto administrativo no le quedará más remedio que deducir una pretensión de restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelado, para lo cual deberá formular un reclamo para cumplir con el recaudo del agotamiento de la vía administrativa (art. 14 del C.P.C.A. ley 12.008) (12), y si no obtiene una respuesta favorable o si la Administración no se pronuncia en el término fijado en la ley de procedimiento administrativo, luego de configurar el silencio, deberá transitar el curso de un proceso ordinario de conocimiento, con el único e innecesario objeto de que un juez declare que el acto de que se trata debe ser cumplido o ejecutado por la Administración demandada.

Debemos señalar que en algún caso muy aislado se han alcanzado resultados positivos recurriendo a las construcciones jurídicas que en los últimos tiempos ha brindado el derecho procesal para la tutela judicial urgente. Así, frente a un acto administrativo favorable al particular e incumplido por la Administración, y reconduciendo una pretensión de medida cautelar autónoma de satisfacción inmediata (autosatisfactiva) a simple despacho cautelar autónomo de contenido positivo, en los términos del art. 22 inciso 3º del Código Procesal Contencioso Administrativo, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo de Primera Instancia n° 2 del Departamento Judicial La Plata, ordenó al ente demandado cumplir con la resolución objeto de la pretensión en el término de cinco días. (13) Claro

(12) Si bien la pretensión de restablecimiento o reconocimiento no se encuentra comprendida en el art. 14 del C.P.C.A. como un supuesto exento del recaudo del agotamiento de vía administrativa, considero por las mismas razones que la Suprema Corte de Justicia invocó en el caso “Gaineddu” (B64553, sent. 23/4/03), que operaría para aquélla la demandabilidad directa, y con más razón en el supuesto que tratamos en el texto, en que se presenta un acto que la Administración se rehúsa u omite cumplir, configurando claramente el caso que se requiere para deducir la pretensión.

(13) Por lo ilustrativo de su desarrollo para el tema tratado en el texto, se transcribe a continuación la sentencia dictada en los autos “Del Intento, Alicia Beatriz c/ Instituto de Previsión Social s/ Medida cautelar autónoma o anticipada”: La Plata, 29 de junio de 2011. AUTOS VISTOS: La medida cautelar anticipada solicitada (fs. 11/14); y CONSIDERANDO: 1º) Que la señora Alicia Beatriz del Intento, mediante apoderado, solicita una medida cautelar autónoma de satisfacción inmediata a fin de que se ordene al Instituto de Previsión Social que cumpla la resolución n° 679.990, dictada el 8 de abril de 2010 en el expediente administrativo n° 2350-140.099/03, mediante la cual se acogió el recurso de revocatoria interpuesto y se resolvió incorporar en su haber jubilatorio la bonificación denominada “A Cuenta de Futuros Aumentos”, a partir del 22 de abril de 2002. Relata que mediante resolución n° 519.905/03, el Instituto de Previsión Social le acordó el beneficio de jubilación ordinaria a partir del 22 de abril de 2002, estableciendo dicha resolución que el importe de la prestación sería equivalente al 70% del sueldo y bonificaciones asignadas al cargo de Directora de 2º EGB desempeñado en el Colegio San Nicolás D.I.E.G.E.P. n° 1043 (arts. 2º y 3º). Señala que contra dicho acto administrativo interpuso recurso de revocatoria, cuestionando la omisión antijurídica de no haber computado para el cálculo del haber jubilatorio la asignación denominada “A Cuenta de Futuros Aumentos”, que percibió estando en actividad y que sigue abonándose al personal docente que se desempeña en el mismo cargo en el citado establecimiento educativo. Refiere que luego de superar numerosas exigencias probatorias y un prolongado trámite recursivo, con fecha 8 de abril de 2010, el Directorio del Instituto de Previsión Social emitió la resolución n° 679.990, mediante la cual recepto favorablemente el recurso de revocatoria y dispuso incorporar al cargo de Directora de 2º EGB -por el que se le liquida el haber- la asignación solicitada con retroactividad al 22 de abril de 2002. Señala que con fecha 28 de abril de 2010, consistió la resolución aludida y solicitó la inmediata remisión del expediente a la oficina que corresponda para el debido cumplimiento de aquella. Refiere que, en virtud de ello, las actuaciones fueron giradas al Departamento Adecuaciones y Altas, tal como lo dispuso el artículo 4º de la resolución n° 679.990/10 y ese órgano -el día 10 de mayo de 2010- lo remitió a la Oficina de Adecuaciones Magisterio, conforme acredita con la impresión de la pina que refleja los movimientos del expediente, obtenida del sitio web del Instituto demandado, el día 7 de julio de 2010. Precisa que luego, como

el registro informático reflejaba el transcurso de dos meses sin consecuencias concretas en el haber de la actora, concurrió personalmente a la oficina del instituto en donde se encontraba radicado el expediente para que se le informe el tramite otorgado a lo dispuesto por el Directorio en la resolución n° 679.990/10, oportunidad en la que se le manifestó que el reajuste del haber y la liquidación de las retroactividades podría demorar cuanto menos un año. Entiende que el actor no cuenta con otra vía procesal idónea y con eficacia suficiente para brindar solución a quien, con 67 años de edad, espera desde hace más de un lustro una renta previsional acorde con la remuneración que percibía estando en actividad. Manifiesta que la urgencia en el presente caso no solo está dada por el carácter alimentario del derecho que el Instituto de Previsión Social no satisface, sino también, por la inexistencia de una vía procesal que proporcione una pronta y expedita intervención del órgano judicial para una situación que es absolutamente atendible en cuanto al derecho material. Refiere que por otra parte, el requerimiento contenido en ese escrito no representa un derecho verosímil, sino que hay absoluta certeza de que le corresponde percibir con su haber la asignación "A Cuenta de Futuros Aumentos", ya que esto fue reconocido por el acto administrativo cuyo cumplimiento se pretende, al que la ley asigna eficacia obligatoria en los términos del artículo 110 del decreto-ley n° 7647/70. Finalmente, sostiene que la medida solicitada no afecta el interés público, debido a que el despacho favorable de la misma no hará más que poner en ejecución lo que la propia administración ha decidido en cumplimiento con la finalidad que resulta de las normas que otorgan sus atribuciones al Instituto de Previsión Social. 2°) Requerido el informe previsto en el artículo 23 del C.C.A. (fs. 15), se presenta Fiscalía de Estado y acompaña el informe producido por la Dirección de Planificación y Control Legal de Gestión del Departamento de Control Legal del Instituto de Previsión Social (fs. 23/25). Dicha dependencia informa que por resolución n° 519.905 fue acordado el beneficio jubilatorio a la actora en base al cargo de Directora de 2° EGB y que con fecha 4 de diciembre de 2003 la misma interpuso recurso de revocatoria contra el acto enunciado, siendo materia de agravio, la no inclusión de la asignación denominada "A Cuenta de Futuros Aumentos". Señala que recibida la certificación de haberes oportunamente solicitada a la peticionante, se dicta la resolución n° 679.990 del 6 de abril de 2010 acogiendo lo pretendido por ésta, con lo cual se giran las actuaciones a la División Adecuaciones y Altas, quien requiere se acompañe nueva certificación de haberes correspondientes al cargo de Directora de 2° EGB revistado por el periodo 1° de abril de 2002 a la actualidad, documentación indispensable para la correcta adecuación del haber desde la fecha de comienzo del beneficio. Señala que no ha habido -como se pretende- demora que habilite la acción en curso, máxime si se advierte que -a la fecha del informe- el expediente se encuentra en trámite a los efectos del dictado del acto pertinente, dependiendo asimismo, de la colaboración de la peticionante para aportar las pruebas que hagan a su eventual derecho. Manifiesta que a la luz de lo normado en el inciso g) del artículo 77 del decreto-ley n° 7647/70, el plazo no ha sido agotado por cuanto se encuentra pendiente la agregación de la prueba requerida, previa al dictamen de los organismos asesores. 3°) A fojas 30/32 obra nueva presentación de la parte actora señalando que desde la fecha de notificación de la resolución n° 679.990/10 -27 de abril de 2010- hasta el 8 de febrero de 2011 -día en que le fue requerida la certificación de haberes a la que se alude en el informe producido-, transcurrieron 10 meses sin actividad útil a los fines de la ejecución de aquel acto y que para acreditar el cumplimiento de lo requerido, adjunta presentación realizada ante el IPS de fecha 15 de abril de 2011, acompañando certificación de haberes solicitada (30/31). Recuerda que el acto haciendo lugar al reconocimiento de lo peticionado por la actora ya se encuentra dictado -resolución n° 679.990/10-, por lo que no es necesario dictar otra resolución y menos aún solicitar los dictámenes de los organismos asesores, tal como se señala en el informe producido. Precisa que lo que pretende es la ejecución de lo dispuesto en los artículos 2° y 3° de la resolución n° 679.990/10, a los cuales el IPS no ha dado cumplimiento, privando a la actora de percibir el haber que le corresponde. 4°) Que el Código Contencioso Administrativo faculta al órgano jurisdiccional a disponer medidas de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la demandada (art. 22 inc. 3°, C.C.A., ley 12.008, según ley 13.101). Con relación a los presupuestos de procedencia, el citado inciso 3° del artículo 22 del C.C.A., exige ponderar, además de los requisitos previstos en el inciso 1° (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), "la urgencia comprometida en el caso y el perjuicio que la medida pudiera originar tanto a la demandada como a los terceros y al interés público". Estos dos recaudos impuestos por la norma, constituyen los presupuestos específicos que deberán evaluarse con suma prudencia, para decidir acerca de la procedencia o no de tales medidas. 5°) Que los antecedentes del caso sub examine verificados en el marco de la sumaria cognitiva con la que cabe examinar la medida cautelar peticionada, permiten tener por acreditados los presupuestos que tornan procedente a la misma (art. 22, incs. 1° y 3° del C.C.A., ley 12.008, según ley 13.101). Se advierte a prima facie y con el grado de suficiencia requerido en materia cautelar la verosimilitud del derecho invocado en la demanda (art. 22 inc. 1, ap. "a" C.C.A.). En efecto, mediante resolución 679.990 de fecha 8 de abril de 2010, el Honorable Directorio del Instituto de Previsión Social resolvió aceptar favorablemente el recurso de revocatoria interpuesto por la actora (art. 1°), establecer que corresponde incorporar al cargo de Directora de 2° EGB con 24 años desempeñado por la señora del Intento la "Bonificación Cuenta de Futuros Aumentos", a ser abonada a partir del 22 de abril de 2002, día siguiente al de su cese en el servicio (art. 2°), y liquidar dicho monto y las diferencias que correspondan con imputación a la cuenta del Instituto de Previsión Social, Sección Magisterio (art. 3°) (fs. 18).

está, que en ese caso, el carácter alimentario de la prestación que el acto administrativo acordó y los principios constitucionales que informan la materia (el art. 39 inc. 3º de la Constitución Provincial) coadyuvaron al otorgamiento de la tutela cautelar, tal como lo destaca la sentencia. Pero esas circunstancias, naturalmente, no están presentes en todos los actos administrativos que la Administración mantiene incumplidos, y si a ello se suma la carga de satisfacer los recaudos que hacen procedente un despacho cautelar (14), o las medidas autosatisfactivas en los casos en que se encuentra legisladas, lejos se estará de sortear la problemática que se plantea en este trabajo.

V. Necesidad de legislar

La brevedad con que hemos analizado los esquemas procesales administrativos de la Nación y de la provincia de Buenos Aires -que sólo se justifica por el objeto de este trabajo-, no impide extraer, como principio general, que las vías procesales están reguladas en la ley. Recordemos en este orden de ideas, que el derecho a la jurisdicción encuentra su anclaje en el Preámbulo de la Constitución Nacional, cuando fija como propósito “afianzar la justicia” y cuando en esta última se establece el carácter inviolable de la “defensa en juicio de la persona y de los derechos” (art. 18); derecho a la jurisdicción que se hace efectivo a través de la acción y que, como todo derecho reconocido en la Constitución, se ejerce conforme a las leyes que lo reglamentan (art. 14).

El derecho a la jurisdicción se hace efectivo mediante la pretensión, a través de la cual se determina la prestación que se requiere al órgano judicial y se individualiza el tipo de proceso. Sin embargo, por lo dicho, las partes litigantes y jueces no pueden utilizar discrecionalmente la vía procesal que

En los considerandos de la resolución citada se alude que la bonificación pretendida es inherente al cargo de mayor jerarquía desempeñado por la recurrente, que es percibida en la actualidad en forma habitual, regular y permanente, y que con relación a las mismas se le han efectuado los aportes previsionales pertinentes, por lo que corresponde considerar a dicha bonificación incluida en el concepto de remuneración establecido en el artículo 40 del decreto-ley n° 9650/80. A mérito de lo reseñado y del marco jurídico citado, se advierte “prima facie”, que el derecho invocado por la actora luce verosímil, extremo que permite tener por acreditado el *fumus bonis iuris*, que torna procedente, la tutela cautelar solicitada en el sub lite. Con relación al *periculum in mora*, es dable señalar en el caso sub examine, la procedencia de este recaudo encuentra sustento en el carácter alimentario de los haberes que percibe la accionante. Que, asimismo el dictado y aplicación de una medida precautoria como la que ha de tener cabida en modo alguno permite avizorar una grave afectación al interés público. Que lo expuesto, en el marco de la apariencia propia de un despacho precautorio, no implica prejulgamiento sobre el fondo de la cuestión debatida, pues la cognición cautelar se limita a un juicio de verosimilitud y no de certeza, toda vez que su otorgamiento “no exige de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo su verosimilitud. El juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro de lo cual, asimismo, agota su virtualidad” (C.S.J.N., Fallos: 306:2060). Que por los fundamentos expuestos, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando al Honorable Directorio del Instituto de Previsión Social para que dentro del plazo de cinco -5- días de notificada la presente, cumpla con la resolución n° 679.990/10, mediante la cual se dispuso incorporar en su haber jubilatorio la “Bonificación a Cuenta de Futuros Aumentos” a partir del 22 de abril de 2002 (arts. 22, y concs. C.C.A., ley 12.008, según ley 13.101).6º) Con carácter previo, la actora deberá prestar caución juratoria por las costas y los daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar en caso de haber peticionado el remedio cautelar sin derecho (art. 24 inc. 3º del C.C.A., ley 12.008, según ley 13.101). Por ello, RESUELVO: 1º) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la señora Alicia Beatriz del Intento ordenando al Honorable Directorio del Instituto de Previsión Social para que dentro del plazo de cinco -5- días de notificada la presente, cumpla con la resolución n° 679.990/10, mediante la cual se dispuso incorporar en su haber jubilatorio la “Bonificación a Cuenta de Futuros Aumentos” a partir del 22 de abril de 2002 (arts. 22, y concs. C.C.A., ley 12.008, según ley 13.101). 2º) Con carácter previo, la actora deberá prestar caución juratoria por las costas y los daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar en caso de haber peticionado el remedio cautelar sin derecho (art. 24 inc. 3º del C.C.A., ley 12.008, según ley 13.101). 3º) Regular los honorarios profesionales del letrado apoderado de la parte actora, ..., en la suma de..., cantidad a la que deberá adicionarse el 10% (arts. 12 inc. “a” y 16, ley 6716; 9, 10, 14, 15, 16, 22, 37, 44 y 51 del decreto-ley 904/77). Regístrese, notifíquese y oficiese. Ana Cristina Logar, Juez.

(14) Aun cuando la presunción de legitimidad que corresponde al acto administrativo incumplido facilitará la demostración de verosimilitud del derecho, siempre habrá necesidad de acreditar el peligro en la demora y prestar caución para el otorgamiento de la medida.

resulte más conveniente para los intereses de aquellas o para el servicio de justicia, respectivamente. Salvo, claro está, que la ley faculte al ejercicio de una opción (vgr. art. 67 del C.P.C.A, Ley 12.008 de la Provincia de Buenos Aires). Menos aún, si, como planteamos en este trabajo, se pretende acudir a un proceso ejecutivo de actos administrativos incumplidos, en el que se reducen -como es natural en toda vía ejecutiva- las garantías de la demandada.

La ejecución, como bien lo señala Fiorini (1995-I: 353), es el título procesal que una norma debe establecer para la realización judicial de ciertos actos administrativos.

En consecuencia, resulta imprescindible la creación por ley de una vía ejecutiva apta para articular una pretensión que tenga por objeto hacer efectivo el contenido de un acto administrativo incumplido por el Estado.

Nos adelantamos a señalar, respecto de opiniones como las de Luqui (2005-II:7), que el mismo se encarga de relativizar como consecuencia de la evolución jurisprudencial que el tema ha tenido, que el carácter declarativo de las sentencias que asigna el art. 7° de la ley nacional 3952 no resulta un obstáculo para establecer una pretensión ejecutiva en aquel ámbito o en otras jurisdicciones donde existan normas análogas (15), pues es una construcción normativa -de la que nos permitimos dudar de su validez constitucional- en la que subyace un conflicto institucional, tal el que se puede configurar cuando un poder del Estado (el Judicial), adopta una decisión (mediante sentencia) por la cual condena a otro poder del Estado a dar, hacer o dejar de hacer algo y este último poder se encuentre materialmente imposibilitado de cumplir o cuyo cumplimiento afecte una actividad o servicio esencial brindado por el Estado. Sin embargo, esta problemática no está en la base del cuadro de situación bajo examen, porque en éste es el mismo poder que ha dictado el acto el que se resiste a cumplirlo. No hay en este caso un juez que condena a la Administración a algo que no puede cumplir, es la Administración que no quiere cumplir lo que ella misma ha dispuesto.

VI. Fundamento jurídico de la pretensión ejecutiva

Sin perjuicio del fundamento constitucional que hemos visto corresponde a toda pretensión procesal, como instrumento que hace efectivo el derecho a la jurisdicción, la pretensión ejecutiva que propiciamos y consideramos necesario incorporar al ordenamiento jurídico, encuentra fundamento material en la fuerza obligatoria del acto administrativo, característica de éste que algunas normas consagran expresamente, tal como ocurre con el art. 110 de la ley 7647 de la Provincia de Buenos Aires, o que la doctrina reconoce, aún ante la ausencia de prescripción legal, una vez que el acto se ha perfeccionado, y por la presunción de legitimidad que lo rodea, condición a partir de la cual el acto es inmediatamente eficaz, creando en el destinatario de éste (sea el Estado o el particular) la obligación de cumplimiento. (16)

En este mismo sentido, García de Enterría y Fernández (1996, I:45) señalan, refiriéndose a la singularidad de los sujetos que el Derecho Administrativo regula y a las potestades de que éstos gozan para asumir el servicio objetivo de los intereses generales, de acuerdo con el principio de eficacia, que dichos sujetos pueden crear, modificar o extinguir derechos por su sola voluntad mediante actos unilaterales, y que "para producir estos extraordinarios efectos no necesitan ni siquiera acudir al Juez. Sus actos constituyen verdaderos títulos ejecutivos sin necesidad de declaración judicial al respecto. No tienen necesidad, por tanto, de acudir a los Tribunales en juicio declarativo para obtener una sen-

(15) Dice Luqui, en un análisis preliminar de las pretensiones en el proceso administrativo, que lo dispuesto en el art. 7° de la ley 3952, es decir, el carácter declarativo de las sentencias dictadas contra la Nación, no daría cabida a una pretensión de ejecución. No obstante lo cual, admite que las cosas se han modificado en este aspecto como consecuencia del caso "Pietranera" (Fallos 265:291), y de la legislación dictada en los últimos tiempos en materia de consolidación de deudas contra el Estado.

(16) Sostienen este criterio en la doctrina nacional y extranjera, entre otros, Gordillo (1999-3:V.34); Hutchinson (1985:248); Linares (1975:325), Comadira, J. R., Escola, H. J. y Comadira, J. P. (2012-I:493); Sayagués Laso (1974); García de Enterría y Fernández (1996-I:555).

tencia favorable que sirva de título a una posterior realización material de sus derechos. Desde este punto de vista, el acto administrativo vale tanto como la propia sentencia del Juez”.

En términos análogos, en la doctrina argentina, el profesor Fiorini (1995, I:445) ha señalado: “El acto administrativo contiene la juridicidad ejecutoria que caracteriza a toda norma estatal, este contenido de operatividad no lo crea el acto sino que proviene de la actividad pública de la administración estatal. El acto administrativo exhibe así título de obligatoriedad ejecutoria, pero su inmediata realización proviene del cumplimiento de normas que concurren para sustentar su eficacia”.

Este principio que corresponde a los actos administrativos, autoriza y hace conveniente, tanto en el orden nacional como en el provincial, instituir legalmente en los procesos administrativos una vía ejecutiva contra el Estado por incumplimiento de sus propias resoluciones administrativas.

Desde otro punto de mira, cabe agregar que la Justicia Administrativa puede y debe tomar intervención, si se legisla al respecto, en casos en los que se deduzca una pretensión ejecutiva de un acto administrativo cuyo cumplimiento no ha sido observado por la Administración, dado que pondría de relieve un conflicto de intereses entre el sujeto afectado por la inactividad de esta última, que debe resolverse por aplicación de normas de derecho administrativo, y por el quebrantamiento de aquellas que disponen el deber de ejecutar los actos.

VII. El derecho comparado

En el derecho comparado no abundan las regulaciones normativas por las que se consagren vías procesales ejecutivas para forzar a la Administración a cumplir con sus actos. No obstante lo cual, existen algunos ordenamientos en donde el problema ha sido captado y tratado de manera diversa.

Así, en España, en el marco de la inactividad administrativa que puede ser objeto del recurso, la ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (ley 29/1998) establece: “cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el art. 78” (art. 29, 2º párrafo). La norma es confusa, pues si se tiene en consideración la pretensión que regula (ejecución de actos firmes) y la vía procesal a la que remite para incardinarla, mediante demanda que debe ser tramitada en proceso de conocimiento por vía sumaria (17), se advierte una contradicción entre instituciones procesales y preceptos legales, esta es, la de impulsar un proceso de conocimiento para obtener una declaración del órgano judicial respecto al incumplimiento del acto, en tanto que el objeto del recurso previsto en el artículo 29, segundo párrafo de la ley 29/1998, es la ejecución de un acto incumplido.

En Perú, por el contrario, existe una solución que aparece más efectiva y de mayor envergadura jurídica, pues la Constitución entre las garantías que consagra en el artículo 200, incluye una denominada “acción de cumplimiento”, que procede contra “cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley” (inciso 6º). El Código Procesal Constitucional que reglamenta el funcionamiento de esas garantías (Ley 23.237 del año 2004), establece que el proceso de cumplimiento procede para que se ejecute un acto administrativo (Título Primero, art. 2º). Asimismo, en el título específico de la mencionada garantía se indica que el acto debe estar firme y debe seguirse para la ejecución el trámite previsto para el proceso de amparo, en lo que sea aplicable (Título Quinto, arts. 66 inc. 1º y 74); proceso este último de carácter sumamente abreviado (Título Tercero, art. 53).

(17) En el art. 78 de la ley 29/1998, se regula claramente a través de veintitrés incisos un proceso de conocimiento abreviado, ello no obstante que las sentencias estimatoria -tanto en el procedimiento abreviado como en el ordinario-pueden contener como única medida la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria y el plazo para que el fallo se cumpla (art. 71, inc. 1º, ap. “c”).

La Constitución de Colombia en su artículo 87 consagra una garantía constitucional semejante a la de Perú.

VIII. Incorporación de la pretensión ejecutiva contra el Estado (y otras personas) en el Código Procesal Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires

Como es nuestro propósito completar este trabajo proponiendo un texto normativo, y en razón de que en el ámbito nacional no se ha sancionado hasta el momento un código procesal específico para la materia administrativa, circunstancia que dificulta la labor propositiva, ya que aparecería aislada y asistemática, las consideraciones que a continuación desarrollamos corresponden exclusivamente al ámbito de la provincia de Buenos Aires, para el cual formulamos la propuesta.

Ya hemos señalado que el artículo 12 del Código Procesal Contencioso Administrativo no incluye una pretensión ejecutiva, y que el título II del Código, en el que se regulan los procesos especiales, tampoco incluye uno de carácter ejecutivo a excepción de las ejecuciones tributarias provinciales (18), no obstante lo cual, agregamos ahora, que las sentencias a dictarse en un proceso administrativo pueden ser condenatorias, tal como lo prescribe el art. 50 incisos 1º, 3º y 6º del Código, imponiendo el cumplimiento de una prestación (de dar, de hacer o de no hacer), y si ésta no fuera cumplida voluntariamente por la parte vencida, dicho ordenamiento procesal contiene un régimen especial de ejecución de sentencias contra órganos y entes estatales (Título I, Capítulo XII, arts. 63 a 65); que remite al Código Procesal Civil y Comercial cuando la sentencia deba ejecutarse contra particulares y entes públicos no estatales (art. 66).

Esta breve descripción del proceso contencioso administrativo bonaerense, es suficiente para evidenciar una carencia que no se compadece con las garantías constitucionales de la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial (art. 15 de la Constitución Provincial). Ello, porque si la Administración no da cumplimiento a un acto administrativo suyo dentro de los plazos fijados por el ordenamiento, el beneficiario de ese acto no dispone de una rápida y eficaz vía judicial que le permita sortear la inacción administrativa.

Vale decir, el afectado por un acto inobservado por la Administración no cuenta, en el menú de pretensiones contenido en el artículo 12 del Código, con una específica encaminada a satisfacer integralmente el derecho reconocido en aquel acto. Tampoco se observa entre los Procesos Administrativos Especiales del Título II, uno que tenga este último propósito.

La doctrina especializada (Soria, 2004:133; Cassagne y Perrino, 2006, 159), es cierto, ha señalado que a través del artículo 12 el Código Procesal Contencioso Administrativo no ha estructurado un sistema taxativo de pretensiones, no obstante las dificultades interpretativas que ocasiona la ausencia de un párrafo en dicho precepto que aclare su carácter meramente enunciativo. Supletoriamente, es decir, si se considerare que la enumeración tiene carácter taxativo, se ha entendido que la pretensión de restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelado, indicada en el art. 12 inciso 2º del Código, podría funcionar como válvula de escape o norma residual, comprendiendo las variantes de pretensiones no expresadas específicamente en el mencionado dispositivo, a fin de evitar que alguna lesión que produzca la Administración en la esfera jurídica de los particulares quede marginada del control judicial. Pero, no es menos cierto, que el artículo 1º del Código establece que: corresponde a los tribunales contencioso administrativos el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, con arreglo a las prescripciones del presente Código, razón por la cual la pretensión que no se encuentre

(18) La ley 12.008 mediante la cual se sancionó el código, en su redacción original contemplaba la pretensión contra la inactividad material administrativa (art. 17), respecto de una prestación específica y determinada, mediante proceso ordinario de conocimiento. Es decir, un supuesto diferente al que se trata en el texto. Dicha pretensión fue suprimida con la reforma introducida por la ley 13.101.

enumerada en el artículo 12 de este último o específicamente consagrada en otro de sus preceptos (vgr. la pretensión de ejecución de tributos provinciales, art. 76 bis), resulta de imposible articulación en la Justicia Administrativa provincial, máxime si para su eficacia (en una pretensión que persigue el cumplimiento de actos inobservados por la Administración) exige un proceso especial que no se encuentra consagrado en el Código y que, como hemos indicado más arriba, se caracteriza por la limitación de las defensas al demandado.

Es que son procesos especiales todos aquellos que se hallan sometidos a trámites específicos, totales o parcialmente distintos a los del proceso ordinario. Señala Lino Palacio (1975, I:312), que constituyen características comunes a todos los procesos especiales, que los diferencian del ordinario, tanto el menor número de actos que los integran cuanto la reducción de las dimensiones temporales y formales a que se hallan sometidos, y, por consiguiente, la mayor celeridad con que se pueden desarrollar y concluir. Por lo tanto, al no existir regulado en el Código Procesal Contencioso Administrativo un proceso especial, por el cual los particulares pudieran encausar una pretensión ejecutiva de actos incumplidos por la Administración, sólo quedaría la posibilidad de proponer el criterio de interpretación que enuncia que la pretensión de restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelado (art. 12 inc. 2º), podría funcionar como norma residual y tener como objeto del proceso dicha pretensión. Pero, claro está, ello implicaría para los particulares que intentasen ese camino la necesidad de tramitar un proceso ordinario, dado que esa es la única vía autorizada por el Código para articular una pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos, medio con el que se alcanzaría una sentencia condenatoria superflua y redundante que declararía lo que el acto de por sí ya posee: su obligatoriedad o fuerza vinculante para quien debe cumplirlo (art. 110 ley 7647), la Administración en este caso. Luego, si la Administración persiste en no cumplir voluntariamente la sentencia condenatoria, es decir la prestación (de dar, hacer o no hacer) contenida en el acto, sobrevendrá su ejecución mediante la aplicación de las normas contenidas en el Capítulo XII, del Título I del Código (régimen de ejecución de sentencias).

Lo expuesto pone de relieve un cuadro de situación en que el particular para procurar la tutela integral de los derechos o intereses reconocidos a su favor en un acto administrativo, se vería obligado a obtener primero un título -una sentencia condenatoria- que lo coloque a las puertas de un proceso de ejecución de sentencia, cuando de contar con una vía judicial como la que propiciamos, aquél evitaría el tránsito por un proceso de conocimiento ordinario y el órgano judicial un dispendio de actividad, en ambos casos innecesarios. Es importante reiterarlo, la sentencia que reconozca el derecho y condene al órgano estatal o a un ente descentralizado a su cumplimiento, no agregará un ápice a la obligatoriedad o fuerza vinculante que se desprende del acto administrativo objeto del proceso.

Puede decirse, que el acto administrativo tanto como la sentencia cuando reconocen derechos a los particulares se presentan como actos de autoridad cuyo cumplimiento no puede obviarse. Ambos representan títulos ejecutivos judiciales de análoga certeza y presunción de legitimidad. Por ello, resulta absurdo abrir un proceso declarativo (por aplicación del art. 12, inc. 2º del C.P.C.A.), pues en el supuesto de que se trata lo que el ciudadano necesita no es una declaración, sino una actividad material que el obligado realice.

Si la Administración no tiene necesidad de someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias, porque lo que ella decide a través de un acto administrativo ya goza de ese carácter (art. 110 de la ley 7647), menos la hay cuando la ejecución de lo decidido es un deber de la propia Administración.

En definitiva, la incorporación en el Código Procesal Contencioso Administrativo de pretensión ejecutiva de cumplimiento contra sujetos estatales y otras personas que ejercen funciones administrativas, no hace más que organizar un mecanismo semejante al que dispone el Estado para la ejecución judicial de sus actos que establecen obligaciones tributarias (vgr. art. 2, inc. 2º de la ley 13.406) o para la ejecución de resoluciones administrativas dictadas por la autoridad de trabajo (art. 53 y s.s. de la ley 11.653), sólo que a favor de los particulares como consecuencia de la omisión del Estado.

Se trata de brindar solución al problema que se deriva del acto que declara un derecho pero que la Administración no ejecuta.

Resulta paradójico, que la persona que ha recibido un acto administrativo denegatorio de un derecho y debe acudir a la justicia contencioso administrativa para obtener la anulación de ese acto y el reconocimiento de su derecho, pueda requerir la tutela judicial ejecutiva en caso de que la sentencia no se cumpla voluntariamente, y aquella otra persona que habiendo recibido un acto administrativo favorable a su derecho pero que la Administración no cumple, no cuente con aquella tutela judicial.

Sin la pretensión ejecutiva que propiciamos, se encuentra en mejor situación jurídica aquel sujeto al que la Administración le ha denegado su derecho y ha deducido una pretensión anulatoria con éxito -ya que ante la contumacia de la Administración podrá ejecutar la sentencia en los términos del art. 63 del Código-, que aquél que ha obtenido un acto favorable pero que la Administración no pone en ejecución.

Cabe agregar al respecto, que la competencia contencioso administrativa incluye la ejecución judicial de actos administrativos contra la Provincia, los municipios, entres descentralizados y otras personas que ejercen funciones administrativas porque tal circunstancia configura un cuadro de omisión antijurídica en el ejercicio de dicha función (art. 166, último párrafo de la Constitución Provincial).

IX. La propuesta

Técnicamente, proponemos incorporar una nueva pretensión al catálogo contenido en el artículo 12 del Código, a cuyo fin, se desarrolla un proceso especial de ejecución para ser articulado en el Capítulo VI del Título Segundo.

Si bien el proceso ejecutivo que se propone no encuentra precedente en el derecho comparado provincial, en la redacción se ha tenido la precaución y prudencia de utilizar el lenguaje, la estructura básica y la técnica empleados en el Código Procesal Civil y Comercial para el proceso ejecutivo, en cuanto resultan aplicables en la especie que se proyecta, como así también, la técnica y el lenguaje del Código Procesal Contencioso Administrativo, dado que la iniciativa tiene como propósito que se intercale en este último cuerpo normativo, en ambos casos para capitalizar la experiencia obtenida y doctrina elaborada por los órganos judiciales.

Básicamente, lo que propiciamos es un proceso de ejecución ideado de un modo análogo al que para ejecución de sentencias establece el Código Procesal Civil y Comercial, en el cual el título ejecutable no es una resolución judicial sino un acto administrativo incumplido. Sólo se diferencia en su estructura, respecto de aquél, por cuanto se incluye como acto procesal la intimación de cumplimiento a la autoridad demandada. Proceso análogo al de ejecución de sentencia pero con una previa intimación judicial de cumplimiento

El punto de partida es la inclusión en el catálogo de pretensiones enunciado en el artículo 12 del Código de un inciso que admite la ejecución de un acto administrativo en los términos y condiciones que se desarrollan en un nuevo capítulo en el Título Segundo. Luego, como Capítulo VI del Título II, se introduce y desarrolla un proceso especial que se intitula "Pretensión de ejecución".

Ello así, se define cual es el acto ejecutable teniendo en cuenta para ello el vencimiento de los plazos establecidos en el ordenamiento jurídico para su cumplimiento, fijando uno supletorio de treinta -30- días para el supuesto de que no exista uno específico.

Se establece una intimación de cumplimiento en sede administrativa cuyo fracaso deja expedita la vía ejecutiva.

En materia de competencia territorial se siguen las pautas establecidas en el artículo 5 incisos 1º y 2º, apartados "a" y "b" del Código Procesal Contencioso Administrativo.

Se establecen los recaudos que la demanda debe contener y el deber para el juez de requerir al órgano o ente demandado el expediente administrativo en el que se dictó el acto objeto de aquélla, a fin

de verificar su condición de ejecutable. En este último caso, librará oficio intimando el cumplimiento del acto en el plazo que establezca según la naturaleza y complejidad de este último.

Al igual que en el juicio ejecutivo, regulado en el Código Procesal Civil y Comercial, con la intimación de cumplimiento se cita a la demandada para que oponga excepciones, abriéndose, eventualmente, una pequeña etapa de debate conforme al menú de defensas que al respecto se propone, a cuyo fin se imprime un trámite de análogo desarrollo al que contiene el Código mencionado en último término.

Se determina que la sentencia ejecutiva ordenará a la autoridad correspondiente el cumplimiento del acto, fijando el juez un plazo para ello. Una vez firme, se dispone la aplicación de las disposiciones que el propio Código Procesal Contencioso Administrativo establece para la ejecución de sentencias.

Siguiendo la orientación del ordenamiento procesal civil, se posibilita la apelación de la sentencia ejecutiva cuando se hubieren opuesto excepciones y de la resolución que denegare la ejecución.

Finalmente, con el objeto de evitar posibles maniobras que frustren la eficacia de la sentencia ejecutiva, se declara la nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones que se dicten con el propósito de eludir el cumplimiento de esta última.

X. Anexo

PROYECTO DE REFORMA AL CODIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (19)

ARTICULO 1º. Incorpórase el inciso 7º al artículo 12 del Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley 12.008 y sus modificatorias), el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 12. Pretensiones. En el proceso contencioso administrativo podrán articularse pretensiones con el objeto de obtener.

1. La anulación total o parcial de actos administrativos de alcance particular o general.
2. El restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelados.
3. El resarcimiento de los daños y perjuicios causados.
4. La declaración de certeza sobre una determinada relación o situación jurídica regidas por el Derecho Administrativo. La pretensión respectiva tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial.
5. La cesación de una vía de hecho administrativa.
6. Se libre orden judicial de pronto despacho, en los términos previstos en el capítulo IV del Título II.
7. *La ejecución de un acto administrativo en los términos establecidos en el capítulo VI del Título II.*

ARTICULO 2º. Incorpórase como Capítulo VI del Título II del Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley 12.008 y sus modificatorias), el siguiente:

Capítulo VI

Pretensión de Ejecución

Artículo 76 Ter. Ejecución de actos administrativos incumplidos.

1. Vencido el plazo establecido para que un ente de los referidos en el artículo 1º dé cumplimiento a un acto administrativo y, en caso de que aquél no existiera, si hubiese transcurrido el plazo de treinta

(19) En el Senado de la Provincia de Buenos Aires, mediante expediente E282/11-12, tramita un proyecto de ley cuya autoría pertenece a la Senadora María Isabel Gainza de un tenor semejante al del texto, en cuya redacción hemos colaborado.

-30- días desde que el acto se notificó, los afectados deberán solicitar a la autoridad administrativa competente su ejecución, y si esta no se produce en el término de diez -10- días desde tal petición, podrán los solicitantes demandar su ejecución judicial de conformidad con las reglas que se establecen en el presente capítulo.

2. Será competente el juez correspondiente al domicilio de las personas cuyo incumplimiento dé lugar a la pretensión de ejecución, salvo las que tengan por base un acto que hubiese reconocido un derecho a un agente público o a un beneficiario de prestación previsional, para las cuales regirán las excepciones previstas en el artículo 5 inciso 2, apartados a) y b).

3. En la demanda se individualizará la actuación en la que se hubiese dictado el acto cuya ejecución se pretende y se expondrá con claridad y precisión el contenido u objeto de dicho acto. Se deberán acompañar los documentos que acrediten la existencia del acto incumplido. Cuando correspondiere deberá fijarse el monto reclamado, salvo cuando a la actora no le fuere posible determinarlo al promover la demanda por las circunstancias del caso o porque la estimación dependiera de elementos no establecidos en el acto.

4. El juez requerirá por oficio al órgano o ente correspondiente el expediente administrativo en el que se hubiese emitido el acto objeto de la pretensión, el que deberá serle remitido en su totalidad dentro de los diez (10) días. El órgano competente de la autoridad requerida deberá dar constancia firmada, con indicación de fecha y hora, de la recepción del oficio pertinente.

Si la autoridad requerida no remitiere el expediente en el plazo indicado en el inciso anterior, el juez proseguirá la causa en la forma prevista en el inciso siguiente, tomando como base los documentos que se hubiesen acompañado a la demanda.

5. El juez examinará cuidadosamente las actuaciones y el acto por el que se deduce la pretensión, y si no hallare que la ejecución de este último se encuentra suspendida por acto expreso de autoridad competente o por la interposición de un recurso administrativo que tuviese por efecto suspender la ejecución de aquél, librára oficio intimando a la autoridad administrativa que corresponda dé cumplimiento al acto en el plazo prudencial que establezca según la naturaleza y complejidad de su objeto. Será apelable la resolución que denegare la ejecución.

6. La intimación de cumplimiento del acto importará la citación para oponer excepciones, debiendo entregarse con el oficio copia de la demanda y de los documentos acompañados.

Las excepciones se propondrán dentro de los primeros cinco -5- días del plazo indicado en el apartado anterior, en un solo escrito, conjuntamente con el ofrecimiento de prueba. Deberán cumplirse, en lo pertinente, los requisitos establecidos en los artículos 27 y 37, determinándose con exactitud cuáles son las excepciones que se oponen.

7. La parte demandada podrá oponer al progreso de la ejecución las siguientes excepciones:

a) Incompetencia

b) Falta de personería en el ejecutante por carecer de representación suficiente

c) Falta de legitimación para obrar en la actora o en la demandada

d) Litispendencia en otro juzgado o tribunal competente

e) Falsedad de la ejecutoria, fundada en la adulteración o falsificación material del acto administrativo o en que éste no ha quedado firme para la actora o en que no ha vencido el plazo para que lo cumpla la Administración

f) Prescripción

g) Cumplimiento documentado

h) Espera

i) Cosa juzgada

La excepción prevista en el inciso "g" deberá fundarse en un hecho posterior al acto objeto de ejecución. La excepción de espera será procedente si se funda en acto expreso de autoridad competente, anterior a la intimación judicial de cumplimiento, por el que se hubiese suspendido la ejecución del acto que motiva la pretensión, o por la interposición de un recurso administrativo que tuviese por efecto suspender la ejecución de aquél.

El juez desestimarán sin sustanciación alguna las excepciones que no fueren de las autorizadas por la ley, o que no se hubieren opuesto en forma clara y concreta. En ese mismo acto dictará sentencia ejecutiva.

Si se hallaren cumplidos los requisitos pertinentes, dará traslado de las excepciones al actor por cinco -5- días, quien al contestarlo ofrecerá la prueba de que intente valerse.

8. Vencidos los cinco días a que alude el apartado 6º sin que se hubieren opuesto excepciones, el juez dictará sentencia ejecutiva, sin recurso alguno.

9. Si las excepciones fueren de puro derecho o se fundasen exclusivamente en constancias del expediente administrativo o no se hubiere ofrecido prueba, el juez pronunciará sentencia dentro de diez -10- de contestado el traslado o de vencido el plazo para hacerlo.

10. Cuando se hubiere ofrecido prueba, el juez acordará un plazo de diez -10- días para producirla.

El juez, por resolución fundada, desestimarán la prueba manifiestamente inadmisibles, meramente dilatoria o carente de utilidad.

11. Producidas las prueba o vencido el plazo para ello, el juez dictará sentencia en el término de diez (10) días.

12. La sentencia ejecutiva ordenará a la autoridad correspondiente el cumplimiento del acto, determinando el plazo para ello. Serán de aplicación, en lo que resulte pertinente, las disposiciones del presente Código para la ejecución de sentencias.

13. La sentencia ejecutiva será apelable cuando se hubieren opuesto excepciones.

14. Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a la sentencia ejecutiva, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.

XI. Bibliografía

CASSAGNE, Juan Carlos, PERRINO, Pablo Esteban (2006). *El nuevo proceso contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

COMADIRA, Julio .R., ESCOLA, Héctor J., COMADIRA, José P. (2012). *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot;

FIORINI, Bartolomé A. (1995). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás Ramón. (1996) *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas

GORDILLO, Agustín (1999). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

GUASP DELGADO, Jaime (1968). *Derecho Procesal Civil*. 3ra. ed. Madrid: Civitas

HUTCHINSON, Tomás. (2000). "El silencio administrativo en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense", En: Juan Carlos Cassagne y Agustín A. Gordillo (Dres.) y Carlos A. Botassi (Coord.) *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense. Págs. 403-435.

(1985). *Ley nacional de procedimientos administrativos*. Buenos Aires: Astrea.

ISACCH, Simón Francisco (2010). "El Estado actor ante el Fuero Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires". En: *Revista R.A.P. de la Provincia de Buenos Aires*. 81-82, 5-15.

LINARES, Juan Francisco (1975). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea.

LORENZETTI, Ricardo Luis (2010). *Teoría del Derecho Ambiental*. Buenos Aires: La Ley.

LUQUI, Roberto Enrique (2005). *Revisión judicial de la actividad administrativa*. Buenos Aires: Astrea.

PALACIO, Lino E. (1975). *Derecho Procesal Civil*. 2da. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot

PERRINO, Pablo Esteban (2001). "La inactividad administrativa y su control judicial". En: *Régimen de Administración Pública*. Buenos Aires, nº 269, 9-21.

REJTMAN FARAH, Mario (2000). *La impugnación judicial de la actividad administrativa*. Buenos Aires: La Ley.

SAYAGUES LASO, Enrique (1974). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: edición propia.

SORIA, Daniel F. "Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", En: Juan Carlos Cassagne y Agustín A. Gordillo (Dres.) y Carlos A. Botassi (Coord.) en *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense. Págs. 133-222.

TAWIL, Guido Santiago (1993). *Administración y Justicia*. Buenos Aires: Depalma.

El tratamiento ambulatorio involuntario en la ley de salud mental

POR **LUIS ALBERTO VALENTE** (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Desarrollo del problema. — III. Conclusión. — IV. Bibliografía. — V. Jurisprudencia consultada.

Resumen

La categorización de la Salud Mental como problema jurídico ha trastocado acentuadamente a la tradicional visión que se tenía acerca de la incapacitación por demencia. En las líneas que siguen, nos abocaremos al análisis del tratamiento ambulatorio involuntario como prometedora herramienta que la ley reconoce y que merece una consideración especial del jurista.

Palabras clave: salud mental, tratamiento ambulatorio involuntario.

THE INVOLUNTARY OUTPATIENT TREATMENT IN THE MENTAL HEALTH LAW

Abstract

The categorization of mental health as a legal issue has altered the traditional view that was held about incompetence by dementia. In the following lines, the involuntary outpatient treatment will be analyzed as a promising tool that the law recognises and which deserves the special consideration of the jurist.

Key words: Mental health, involuntary outpatient treatment.

I. Introducción

1. Lineamientos generales

Es común advertir que bajo el rótulo salud mental se alude a un estado de equilibrio de la persona y su entorno socio - cultural garantizándose de esa forma su eficaz intervención en el medio en el que se desenvuelve a fin de lograr su bienestar y calidad de vida.

Dicha noción excede a la consideración meramente orgánica siendo que los contenidos apuntan a una mucho más compleja y que se dirigen entre otros aspectos al bienestar subjetivo y al potencial emocional de la persona.

Apunta a cómo ésta maneja su vida independiente, sus habilidades y competencias, sus relaciones interpersonales, su desenvolvimiento no sólo ante lo cotidiano sino también ante la necesidad de superar momentos traumáticos.

Lo cierto es que la población que adolece de ese tipo de discapacidad suele verse privada de recibir educación, de trabajar o de disfrutar de los beneficios de servicios públicos u otros. O puede ser discriminada o estigmatizada. A ello se le suman las barreras que obstan a la integración y participación en la comunidad. A veces, las mismas leyes puede imponerle barreras o cargas indebidas o innecesarias.

En este escenario suele inscribirse la problemática de la internación psiquiátrica forzosa y la vulneración de los derechos humanos de las personas con problemas mentales, quienes discriminados, forman parte del costado más desamparado de la sociedad.

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

Las internaciones psiquiátricas se han constituido en escenario de discusiones científicas. En ellas se pueden avistar disímiles posturas que reflejan argumentos sumamente atendibles y que tornan dilemática la actuación de viejas y tradicionales estructuras que antes se veían como único remedio posible de la problemática del enfermo mental.

Por lo expuesto, los propósitos de la materia se ajustan a la idea de evitar internaciones forzosas indiscriminadas trabajándose sobre estrategias que procuran una fecunda solución.

Un ejemplo paradigmático, si se quiere, es el actual abordaje del retraso mental. Las limitaciones significativas del mismo son las que afectan a los dominios de las habilidades prácticas, conceptuales y sociales. En la actualidad se tiene una visión diferente de lo que son las posibilidades de vida de las personas con retraso mental, como así, en el paradigma de apoyo utilizado, en la fusión de los constructos de inteligencia y conducta adaptativa, y en una concepción ecológica de la discapacidad (Schalok, 1999).

Se habla pues de una estructura multidimensional de la conducta adaptativa, que incluye no sólo la competencia física sino también diferentes habilidades, como por ejemplo, las requeridas para una vida independiente, las cognitivas y de comunicación, alcanzando a las habilidades de competencia social (mantenimiento de amigos, la interacción con otros, etc.).

Siendo así al retraso mental se lo focaliza funcionalmente siendo nociva la idea de aislamiento por lo que es menester el empleo de una mayor evaluación para alcanzar una intervención planificada.

La denominada Declaración de Caracas (1990), a su vez, sostuvo que el hospital psiquiátrico, como única modalidad asistencial, no sólo aísla al enfermo de su medio sino que crea condiciones desfavorables que ponen en peligro los derechos humanos y civiles de aquél.

De allí que la ley 26.657 denominada Ley Nacional de Salud Mental sostenga que la internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo, y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables (artículo 14). Asimismo la internación debe ser lo más breve posible y en función a criterios terapéuticos interdisciplinarios (art. 15, ley citada).

El artículo 20 de la ley 26.657 señala que la internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios. Aquella sólo será viable cuando a criterio del equipo de salud mediere una situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

De allí que podamos hablar de un *tratamiento ambulatorio involuntario*, tema que seguidamente abordaremos a tenor de nuevas consideraciones y advirtiendo desde ya que la literatura jurídica universal lo contempla desde diferentes denominaciones: tratamiento ambulatorio obligatorio, tratamiento ambulatorio forzado o judicializado, órdenes de tratamiento o tratamiento obligatorio en la comunidad, etc.

2.- Planteamiento del problema

En párrafos anteriores queda reflejada la inconveniencia de pensar en un régimen cerrado para todos los casos. Es que, ¿puede sostenerse aún hoy que es lo mismo asistir, internar o recluir? En estos tiempos, no hay duda, la respuesta negativa se impone.

Tampoco es exacto suponer que el sistema ambulatorio es aconsejable de la misma manera en todos los casos. Se trata de estrategias que sirvan para atender diferentes tipos de problemas.

Surge entonces la pregunta, ¿un sistema ambulatorio que sea involuntario se ajusta a los noveles principios que respaldan a esta disciplina? ¿Es un sistema eficaz? ¿De qué manera nuestra sistemática jurídica recepta esa posibilidad?

De aceptarse, ¿el sistema ambulatorio involuntario es una cuestión estrictamente médica o el operador jurídico también debe verse alcanzado por la solución basada en la pertinencia de la medida?

¿Cuál es el marco dentro del cuál operan tales decisiones?

Todos los interrogantes pueden ser objeto de muchos puntos de vista y, a su vez, derivan de ricos argumentos en torno de convenios o tratados internacionales lo cual indica que el debate se enciende allende las propias fronteras involucrando criterios transnacionales.

3.- *Justificación*

Los avances en materia farmacológica referidos al tratamiento de personas con enfermedad mental, como así, los propios que hacen a la evaluación de tales trastornos, son factores que contribuyen significativamente en los desarrollos que siguen.

A.- La presente investigación, en gran parte, encuentra justificativo en los pacientes que sufren descompensaciones psicóticas con aparición de brotes que requieren periódicos ingresos hospitalarios (incluso contra la voluntad del paciente), motivados por el abandono de la medicación y el consumo de drogas o porque el enfermo no toma conciencia de su propia enfermedad.

Es el fenómeno conocido como “puerta giratoria” (alta - ingreso - alta). El síndrome de la puerta giratoria es el que patentiza las múltiples readmisiones hospitalarias de aquel tipo de pacientes e implica aludir a las deficiencias en el tratamiento de una importante cantidad de aquellos.

El paciente ingresa al hospital (muchas veces debido a la dejadez o abandono del tratamiento o medicación); permanece unos pocos días, sale, deja de medicarse y al poco tiempo debe volver a ingresar.

A su vez, refiriéndonos a los pacientes esquizofrénicos el descubrimiento de los neurolépticos supuso un cambio significativo en el tratamiento de esta enfermedad.

Hay documentación que acredita que el mantenimiento del tratamiento farmacológico en la esquizofrenia disminuye las recaídas, y por consiguiente las hospitalizaciones, así como el progresivo deterioro que conlleva a la sucesión de brotes. Inclusive, la violencia es frecuente en los enfermos de esquizofrenia que no siguen ningún tratamiento (Portero Lazcano, 2010).

Se considera que la atención de la esquizofrenia no es sólo farmacológica sino que es necesario complementarla con otros como la psicoterapia individual, grupal, con familiares, de rehabilitación, etc., que contribuyen en forma significativa a una mayor y mejor integración del enfermo a la comunidad (Portero Lazcano, 2010)

Cuando hablamos de tratamiento ambulatorio involuntario nos referimos (mayormente) a pacientes con enfermedad mental grave, y en donde el abandono de dicho tratamiento supone un alto riesgo de recaída y observándose (a su vez) hospitalizaciones repetidas y urgencias frecuentes.

B.- De la misma manera, se ha sostenido que las drogas de abuso provocan alteraciones en el funcionamiento cerebral en áreas vinculadas con la regulación de la cognición, el humor y la ansiedad; y dado que esas alteraciones pueden resultar en algunos casos de larga duración, la conclusión es que las drogas de abuso son capaces de producir efectos psiquiátricos de larga duración (Goldchluk - Herbst, 2008)

Ante esto último puede haber enfermos mentales que no desean recibir el tratamiento aconsejado. Esa negativa puede deberse, por ejemplo, a no que no alcanzan a comprender que una calidad de vida mejor es posible o al no reconocer como propia a la enfermedad que lo aqueja

A veces puede aludirse a sujetos con trastorno mental con la prevalencia de patología dual, ya que el diagnóstico actual de trastorno mental se une al ocasionado por la utilización o consumo de sustancias tóxicas o la dependencia al alcohol.

En otros términos, la presencia de un trastorno mental es un poderoso factor de riesgo para presentar, adicionalmente, un trastorno por consumo de sustancias.

De allí que la interrelación entre psicopatología y abuso de sustancias es una problemática que cada vez preocupa más a los profesionales que desarrollan su labor en Salud Mental. Es que puede haber una carencia de diagnóstico, o bien, si siendo éste correcto no se prescribe un tratamiento adecuado (Santís Barros - Casas)

En definitiva, podemos estar ante enfermedades crónicas (en muchos casos incurables o de difícil curación) pero que pueden ser pasibles de tratamientos paliativos.

Se puede hablar de un seguimiento ambulatorio y debidamente planificado.

Puede pensarse en alcanzar una conducta adaptativa, y de esa forma, los apoyos individuales y necesarios para alcanzar las destrezas que sean óptimas en los disímiles ámbitos y dimensiones.

II. Desarrollo del Problema

1. Lineamientos Generales

Para la Ley 26.657 -artículo 3º- la salud mental implica un proceso determinado por componentes históricos, socio - económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.

Es una definición coincidente con la de la Organización Mundial de la Salud en el sentido de que bajo tal rótulo se alude a un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

La promoción del bienestar implica la prevención de los trastornos mentales, el tratamiento y la rehabilitación de las personas afectadas por dicho trastorno.

En definitiva, se trata de que los pacientes puedan alcanzar y mantener un estado funcional óptimo en los aspectos físico, sensorial, intelectual, psíquico o social; y a su vez, se pretende que tengan la posibilidad de organizar su propia vida con el máximo de independencia.

La finalidad es integrar a la persona permitiendo la accesibilidad social de la misma, evitando toda discriminación, y posibilitando la igualdad de oportunidades aun cuando para esto último sea necesario brindar a ésta población un trato diferente.

De allí que la ley no sólo tenga una finalidad protectoria, sino también que su objetivo sea el pleno goce de los derechos humanos internacionalmente reconocidos a las personas con padecimiento mental.

En sentido concordante, y tras recordar que el paciente tiene derecho a recibir tratamiento, del plexo normativo se desprende que aquel debe ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, y promoviendo su integración en los ámbitos familiar, laboral y comunitario.

Ya no se considera sólo a la dolencia en sí. Esto hacía la antigua psiquiatría que estudiando aquella como algo externo al hombre olvidaba al sujeto que la sufría y vivenciaba.

Tampoco se trata de negar la existencia de la enfermedad sino que se parte por considerar también al ser que la sufre o experimenta. De manera que no es exacto objetivar al sujeto detrás de la patología, sino que se lo debe considerar a éste como una forma de alcanzar nuevos contactos empíricos que ayuden a proyectar la real dimensión de la enfermedad, estimada en relación al sujeto que la padece.

Como se ha destacado, si colocamos a la enfermedad mental entre paréntesis nos encontramos con el sujeto, con sus vicisitudes, sus problemas concretos de la vida cotidiana, su trabajo, su familia, sus parientes, sus vecinos, sus proyectos y sus deseos, esto posibilita una ampliación de la noción de in-

tegralidad en el campo de la salud mental y atención psicosocial. Los servicios ya no serán lugares de represión, exclusión, disciplina, control y vigilancia panóptica. Deben ser entendidos como dispositivos estratégicos, como lugares de acogimiento, de cuidado y de intercambio sociales. Como servicios que trabajan con personas y no con enfermedades, deben ser lugares de sociabilidad y producción de subjetividades. La temática de los derechos humanos asume aquí una expresión singular. Se trata de una lucha por la inclusión de nuevos sujetos de derecho y de nuevos derechos para los sujetos en sufrimiento mental. (Amarante, 2007)

Por otra parte, el artículo 2º de la ley 26.657 señala los documentos internacionales que “se consideran parte integrante de aquella”, y el primero de ellos son los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental.

En éste último documento y a través de una amplia fórmula, se deja establecido que por «atención de la salud mental» se entenderá el análisis y diagnóstico del estado de salud mental de una persona, el tratamiento, el cuidado y las medidas de rehabilitación aplicadas a una enfermedad mental real o presunta.

De allí que pregona que todas las personas tienen derecho a la mejor atención disponible en materia de salud mental al tiempo que deben ser tratadas “con humanidad y respeto a la dignidad de la persona humana” (Principio 1º punto 1 y 2). Asimismo, toda persona que padezca una enfermedad mental tendrá derecho a vivir y a trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad (Principio 3º).

Del principio 4º punto 4 se infiere que tanto el tratamiento como el diagnóstico permanecen abiertos a nuevas posibilidades de intervención.

A su vez, se indica que todo paciente tiene derecho a recibir atención sanitaria y que corresponda a sus necesidades de salud y en un pie de igualdad con los demás enfermos. Asimismo se debe proteger al paciente de todo tipo de daños (Principio 8, puntos 1 y 2).

El Principio 9 señala que el tratamiento y los cuidados de cada paciente se basa en un plan prescripto individualmente, examinado con el paciente, revisado periódicamente, modificado llegado el caso y aplicado por profesional médico calificado.

Muy importante es recordar el Principio 11 relativo al consentimiento informado que si bien es un requisito inexcusable en algunos supuestos se lo puede omitir, como cuando se trata de un paciente involuntario (Principio 11, punto 6).

Como así si está incapacitado para dar o negar su consentimiento al plan de tratamiento propuesto; o si se estima que es el más indicado para la salud del paciente; como así, si personal competente entiende que ese tratamiento es urgente y necesario para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a otras personas (Principio 11 punto 8).

En todos los casos, se debe intentar la mayor participación del enfermo en la aplicación de ese plan (punto 9 del mismo principio).

2. La institucionalización del paciente

El artículo 2º de la ley 26.657 considera también como parte integrante de ese cuerpo normativo a la Declaración de Caracas de 1990.

En líneas generales éste Documento apunta a una revisión del papel hegemónico y centralizador que tiene el hospital por lo que se aboga por la reestructuración de la atención psiquiátrica.

Apunta a un modelo cuyo eje sea la internación psiquiátrica en los hospitales generales, de acuerdo con los principios rectores que fundamentan esta reestructuración basada en una revisión total de la atención psiquiátrica tradicional.

Para la sistemática de marras, la internación es un recurso terapéutico de carácter restrictivo, y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables ya sea en su entorno familiar, comunitario o social. La ley aboga porque el enfermo mantenga sus vínculos (artículo 14, ley 26.657).

Es sabido que la mayúscula pauperización de las sociedades provoca una revalorización del hospital psiquiátrico. Los mismos pacientes rechazan ser externados aun cuando estén en condiciones de recibir el alta médica o cuando pueda pensarse que es posible que les quepa un tratamiento menos restrictivo.

No teniendo capacidad de negociación su influencia o su voz es prácticamente nula en las sociedades actuales. Son marginados, estigmatizados y discriminados.

De todas formas la aparición desde la segunda mitad del siglo XX de nuevas drogas psicotrópicas ha facilitado la posibilidad de pensar en tratamientos ambulatorios.

De allí que siendo la internación involuntaria excepcional, sólo se la concibe en la medida en que no sean posibles otros abordajes ambulatorios y sólo en caso de riesgo cierto e inminente para el enfermo o terceros (artículo 20 y concordantes, ley 26.657).

En suma, la posibilidad de concebir un nuevo imperativo ético ha llevado a una revisión de las marginaciones y de la exclusión social que sufre la débil población que adolece de problemas mentales. Todo ello coadyuva a un cambio en la atención psiquiátrica, a optar por un régimen que implique un cambio de paradigmas, y que señalen el camino a seguir en la consideración plena de ésta población y de su grupo familiar.

3. Análisis de la problemática

A. Se ha sostenido que al no existir una definición que especifique los límites del concepto “trastorno mental”, se entiende como tal al conjunto de síntomas psicopatológicos identificables, que interfieran en el desarrollo personal, laboral y social de la persona, de manera diferente en intensidad y duración; y la valoración de la discapacidad que un trastorno mental conlleva se realizará en base a 1.- Disminución de la capacidad del individuo para llevar una vida autónoma. 2.- disminución de la capacidad laboral. 3.- Ajuste a la sintomatología psicopatológica universalmente aceptada. (Ferreirós Marcos, 2007).

Bajo esa hermenéutica, la idea es referirse de manera genérica a todo trastorno independientemente del origen de la patología de manera que aquel pueda deberse a una enfermedad, senilidad, alcoholismo o drogodependencia.

También es importante aclarar, que no es necesaria la declaración judicial de incapacidad para disponer las medidas que cuadren atento a la problemática que se presente, como así, no se trata de una pérdida de la libertad sino de una restricción de ésta y debido a causas puntuales.

Sobre la base de la menor restricción posible pero adecuada al nivel de habilidades adquirida, no se descuenta la posibilidad de optar por diferentes formas de recursos de alojamiento sucesivo. La estancia en tales alojamientos alternativos de forma involuntaria puede hacerse en centros abiertos.

B. El tratamiento ambulatorio involuntario es una forma de tratamiento no voluntario extrahospitalario que pretende asegurar el cumplimiento terapéutico de los pacientes que sufren un trastorno mental grave, y en general, sin tener conciencia del mismo. En tales supuestos el abandono del tratamiento supone alto riesgo de recaída, con aparición de conductas disruptivas y violentas u hospitalizaciones repetidas y urgencias frecuentes.

El fin es disminuir el servicio hospitalario en un todo de acuerdo con los fines de la ley; y puede revestir la forma de órdenes de tratamiento que implican una posible alternativa al ingreso involuntario; o bien puede tener una finalidad preventiva; o tratarse de altas supervisadas o salidas de ensayo

de personas que han estado hospitalizadas pero que pueden seguir el tratamiento en la comunidad.

El artículo 9º de la ley 26.657 establece que el proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera de la internación hospitalaria y el marco de un abordaje no sólo interdisciplinario sino también intersectorial.

El tratamiento debe aconsejarse considerando el mejor interés del afectado. De allí que el procedimiento judicial debe encaminarse a resguardar los derechos de aquel. Se trata de ameritar la decisión adecuada a fin de aconsejar el procedimiento correspondiente.

El tratamiento y rehabilitación psicosocial suponen un proceso adaptado al individuo, su familia y al medio en que aquel se desarrolla.

No se trata de medidas necesariamente forzadas. Una cosa es expresar el rechazo de la medida, y otra, es no cumplir con los términos de la misma. No siempre el paciente sujeto al tratamiento involuntario se resiste a la medida. Ello no implica desconocer que siempre se debe escoger la alternativa menos restrictiva.

El tratamiento involuntario debe ser recomendado por personal competente, debe estar debidamente documentado e indicar el período de tiempo máximo en que debe ser revisado. Se debe tener en cuenta el historial del enfermo ya que el pasado, muchas veces, ayuda a anticipar el futuro de la enfermedad.

A su vez, ese tratamiento, como se dijo, debe ser proporcionado al problema que puntualmente aqueja a la persona debiendo tratarse de un plan revisable y flexible.

Si puede expresar su consentimiento debe ser escuchado. Y sólo si ello no es posible aquél debe ser manifestado por su representante. Debe evaluarse constantemente la capacidad de decisión del sujeto, considerarse su sistema de valores, y asimismo, debe respetarse sus deseos y opiniones.

C. El Convenio de Oviedo (1997) fue firmado en esa ciudad española por los Estados miembros del Consejo de Europa. Se denomina Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Biomedicina. Fue impulsado por el Consejo de Europa y relaciona a la bioética con la defensa y promoción de los derechos humanos especialmente en ámbitos como la biomedicina.

El artículo 7º del Convenio se refiere a la protección de las personas que sufran trastornos mentales.

Determina que la persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, sin su consentimiento, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprenda procedimientos de supervisión y control, así como de medios de elevación de recursos.

Así como se prevé el tratamiento involuntario cuando lo requiera la salud del mismo paciente, del artículo 26 del Convenio se desprende que aquel es también posible cuando constituya una medida necesaria en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección de la salud pública o de los derechos y libertades de las demás personas. Tal es el caso de que esa persona registre un comportamiento violento.

A su vez, la Declaración de Hawai que fuera aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Psiquiatría (Viena, Austria, junio de 1983), con similar lineamiento, establece que no debe llevarse a cabo ningún tratamiento contra la voluntad del paciente o independientemente de ella, a menos que debido a su estado mental, el paciente no pueda formarse una opinión acerca de cual tratamiento servirá a sus mejores intereses, ni saber tampoco que sin ese tratamiento es probable que se inflija un grave daño a sí mismo o a terceros (artículo 5º).

A su vez, tanto el Convenio de Oviedo como la Declaración de Hawai contemplan la posibilidad de que sea posible aplicar el tratamiento, aún involuntario, a quienes careciendo de salud mental

pueden comprender a las intervenciones sanitarias en general pero no entienden la magnitud de su propio trastorno. Es decir puede tratarse de sujetos que aún cuando puedan comprender la necesidad de los tratamientos en general, pueden no comprender la importancia que tiene ese tratamiento para ellos mismos.

La involuntariedad del tratamiento puede deberse a que el paciente sufre de una acentuada disfunción mental, o bien, porque aquél no comprende la necesidad del tratamiento pese a que en términos generales presentan la posibilidad de discernir los beneficios de una intervención sanitaria.

Muchas veces el paciente puede desconocer la magnitud o gravedad de la propia patología. Esto puede ser analizado desde una perspectiva psicodinámica, en la que el mismo paciente desarrolla sus propias defensas o estrategias de negativa ante a su problema.

Es que la atención del funcionamiento mental de la persona, implica también su facultad de auto observación.

Pese a lo diáfano que pareciera presentarse la problemática es lícito preguntarse hasta que momento el paciente tiene derecho a tomar sus propias decisiones, o desde que instante se debe paralizar la obligación profesional de intervenir ante situaciones de grave deterioro de la calidad de vida de éstas personas.

En el fondo la discusión evidencia dos posturas: la de un Estado protector y asistencial frente a la concepción de un Estado más liberal. O bien se puede ameritar la puja de dos criterios que hacen a la esencia misma de la bioética: el principio de beneficencia y el de autonomía.

La solución seguramente pasa por armonizar ambos principios, los que no pueden verse enfrentados sino más bien deben ser congeniados ante una determinada casuística.

Si lo decisivo es que la decisión sea verdaderamente autónoma, deberá ameritarse si no existe en la especie una pérdida de habilidades que la misma persona requiere para ser verdaderamente autónoma. Esto se compadece analizando la cuestión y evaluando *la competencia* del paciente para tomar sus propias decisiones.

La autonomía ha pasado a constituir un principio que encandila a la psiquiatría progresista ya que por él se ha pasado del paternalismo de la autoridad médica al protagonismo del enfermo. De allí que la estrategia médica se orienta a lograr que cada enfermo y en la medida de sus posibilidades amplíe su autorresponsabilidad en el proceso terapéutico.

Ya no se trata de encerrarse en la miope visión según la cual el enfermo es un incapaz. Sino que analizando su discapacidad se vislumbre el ámbito de actuación posible y concibiendo a la salud como un proceso cambiante y modificable.

Ese principio de autonomía, a su vez, obliga a ameritar en el sujeto los recursos que son observables en él para valerse por sí mismo, lo cual orientará la conducta médica en la determinación de los términos que avalan la internación o externación. Se trata de evitar la institucionalización paternalista apuntalando los recursos autónomos del enfermo.

D. La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha hecho referencia al tratamiento involuntario en la comunidad: en el documento publicado en el año 2005 por la Organización Mundial de la Salud denominado *Community-based involuntary care (community treatment orders) and community supervision orders*, se considera: 1) que puede resultar una alternativa menos restrictiva a la hospitalización involuntaria. 2) la supervisión en la comunidad y la legislación de tratamiento deben ser introducidas sólo en el contexto de servicios de salud mental accesibles y de calidad, que subrayen el cuidado y tratamientos voluntarios como opción preferida. 3) Debe ser revisado regularmente y revocado cuando los criterios de imposición ya no se cumplen. 4) Las personas sometidas a tratamiento involuntario deben tener el derecho de apelar tal decisión; 5) Debe ser considerado como una opción alternativa al tratamiento voluntario en la comunidad (Ferreirós Marcos, 2007).

En lo referente al punto 2 de las consideraciones anteriores, la literatura comparada hace hincapié en la necesidad de que las Administraciones Públicas proporcionen al enfermo mental una atención integral y multidisciplinar en el medio comunitario. Es decir, se piensa en el perfeccionamiento de la atención en la comunidad al enfermo mental.

La atención integral en la comunidad se produce acercando servicios asistenciales al paciente, pretendiendo que éste paulatina pero voluntariamente se adhiera al tratamiento. Se trata del Tratamiento Asertivo Comunitario (surgido en Estados Unidos en la década del 70) para trastornos mentales graves, como la esquizofrenia, que entre otros aspectos, busca generar la concientización del paciente acerca de su propia enfermedad intentando el espontáneo cumplimiento farmacológico y la integración de aquel a través de una ocupación laboral u ocupacional.

Si se busca la reinserción social del enfermo no puede olvidarse el papel descollante que le cabe a la familia. Esta es parte del engranaje que coadyuva al cambio estratégico, paradigma éste que involucra a todas las responsabilidades según la posición que les corresponde. El apoyo es fundamental en la tarea de reinserción social.

Se discute si es necesaria la puntual regulación jurídica del procedimiento atinente al régimen del tratamiento involuntario ambulatorio.

La regulación por sí no resuelve los problemas atinentes a la posible estigmatización del enfermo, las dificultades de acceso a un empleo, etc.

Proporciona pautas aplicables a un grupo de enfermos que pueden pasibles de un específico tratamiento.

Su carácter es excepcional, y más que del celoso tratamiento del legislador requiere la aguda observancia y mérito del juez. Sólo puede aplicarse de acuerdo a los principios de proporcionalidad y estricta necesidad independientemente de una sistemática específica.

Sabido es que quien puede lo más puede lo menos. Con las limitaciones que seguidamente veremos y que desde ya anticipamos, puede pensarse que, si se puede autorizar un internamiento involuntario se puede disponer -también- de un tratamiento que es involuntario aunque ambulatorio. El tema radica (fundamentalmente) en que asistan en la especie otros principios como el de necesidad de la medida o que esté asegurada su revisabilidad, por ejemplo.

4. Valoración de la problemática

Si bien existen experiencias de aplicación de fórmulas de tratamiento ambulatorio involuntario en especial en países con tradición jurídica anglosajona hay quien considera que no existen evidencias científicas suficientes acerca de la eficacia de tales medidas, como así, sostienen que las evaluaciones no resultan tampoco del todo concluyentes.

La denominada Red Mundial de Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría (WNUSP) es una organización que tiene por objeto proteger los derechos humanos, la dignidad, y libre determinación de los llamados “enfermos mentales”. Tiene status consultivo especial con Naciones Unidas. Considera que los tratamientos forzados e intervenciones involuntarias constituyen por sí un trato inhumano y degradante y suponen una privación de libertad arbitraria.

La Red Europea de Usuarios y Supervivientes de Psiquiatría (ENUSP) ha denunciado a los tratamientos psiquiátricos coercitivos como una grave violación a los derechos humanos.

Se proponen otras alternativas, sean jurídicas (como las denominadas directivas anticipadas), o hasta otros abordajes ajenos al campo estrictamente jurídico y que en gran parte se relacionan con la idea de que el afectado recobre el poder sobre la propia vida (Lehmann, 2012).

En los pacientes graves que no tienen conciencia de su enfermedad, se ha puesto en duda la eficacia del tratamiento ambulatorio involuntario como medida procedente a fin de evitar el uso de servicios

hospitalarios. Pero los resultados se pueden medir de otra forma, por entenderse que es una medida beneficiosa para el tratamiento del paciente; como así, se mide la evolución experimentada por el paciente con posterioridad a la efectividad de la resolución judicial (Hernández - Viadel, 2010).

Tanto los familiares como los psiquiatras que atienden a estos pacientes han considerado beneficiosa a la medida judicial; incluso por los mismos pacientes que terminan aceptando el tratamiento, ya que por él se evitan medidas coercitivas como lo son el ingreso involuntario.

Sin embargo, lejos de predicar una solución apriorística la discusión parece circunscribirse a la modalidad de abordaje de los casos puntuales en que procede o no la medida.

No debe subestimarse la posibilidad de pensar que el ser involuntario aumenta la posibilidad del incumplimiento por parte del paciente acerca del tratamiento que debe seguir. Por otra parte siempre late el riesgo de simplificar aquel a una intervención farmacológica cuando muchas veces a ésta debe sumarse la psicoterapia y la rehabilitación psicosocial.

Todo lleva a sostener que debe haber un seguimiento judicial y se debe reestructurar el sistema de apoyo. No es ocioso remarcar además que es una medida abierta a la posibilidad de decidir continuar, modificar o hacer cesar los términos del tratamiento programado.

Otro aspecto no menos atendible que se argumenta en contra del mentado tratamiento involuntario se basa en las consecuencias adversas que puede arrojar en la relación terapéutica, ya que la aplicación de medidas coercitivas genera dificultades en la relación médico - paciente. No se olvide que va contra el consentimiento pleno y libre de este último.

Siempre late la posibilidad de pensar en un modelo de decisiones compartidas entre el médico y el paciente que apunte más a potenciar las capacidades de éste y en contra de un sistema paternalista. No debe perderse de vista que la posibilidad de ameritar que la involuntariedad del tratamiento quiebra la posibilidad del libre acuerdo y de todo pacto asistencial basado en la confianza.

A su vez, la posible judicialización del proceso curativo puede generar la desresponsabilización del galeno, al creer que la decisión del juez lo libera de responsabilidad en el debido seguimiento del enfermo. A ello puede contribuir una excesiva confianza en la farmacología.

Como dice la Declaración Europea de Salud Mental (2005) el compromiso radica en eliminar los estigmas y la discriminación, fomentando la inclusión social, capacitando a las personas en situación de riesgo y ofreciendo a quienes sufren problemas de salud mental, la posibilidad de elección y de implicación en su autocuidado, siendo sensible a sus necesidades y cultura (artículo 10 puntos IV y V).

Es una medida flexible y proporcionada que debe dictaminarse en tanto se compadezca en lo posible con el sistema de valores y creencias del enfermo.

A su vez, la doctrina extranjera cuestiona si es necesaria una regulación específica sobre el tema. En el punto que sigue intentamos evaluar el problema.

5. Posible inserción de la temática en el campo de la salud mental a la luz del Proyecto de Unificación

El Proyecto de Unificación Civil y Comercial de la Nación, redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011, regula la problemática de la capacidad en el Capítulo 2 del Título I (Persona Humana), del Libro Primero referido a la Parte General.

El Proyecto sienta principios a través de los cuales se estructura el resto del ordenamiento. De esa forma, ha decidido mantener las leyes especiales (o microsistemas) como sucede con la Ley de Salud Mental.

Dichas leyes, no obstante, se verán reformuladas por la potencialidad de aquellos principios, a través de los cuales, el Proyecto intenta reformular la materia que aquella legislación contempla.

La tutela de la persona humana es uno de los aspectos centrales del Proyecto y en especial pretende apuntar a la protección de los débiles.

Al referirse a la capacidad de ejercicio (artículo 23) establece que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas por el Código y a través de una sentencia judicial.

La capacidad de ejercicio se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial. Las limitaciones a aquella tendrán carácter excepcional y se impondrán siempre en beneficio de la persona.

Sienta principios, como el derecho que tiene la persona a recibir toda la información que le concierne y a través de los medios y tecnologías adecuadas a su comprensión.

A su vez, deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas. Esto último ratifica la recepción de tratamientos ambulatorios, aún involuntarios, pero en la medida en que impliquen la alternativa terapéutica más conveniente para el enfermo.

La restricción de la capacidad procede por decisión judicial y siempre que la persona sufra una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, y se estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar un daño a su persona o bienes.

Esto último nos conduce a concluir que el Proyecto admite al tratamiento ambulatorio involuntario, si éste implica la posibilidad terapéutica más idónea. A ésta hipótesis entendemos que también le es aplicable el principio general según el cual, el recurso debe establecerse por el menor tiempo posible debiendo ser periódicamente supervisado (artículo 41 inciso c).

Por último, el Proyecto admite explícitamente sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad, entendiéndose por tal, cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general (artículo 43 del Proyecto).

El artículo 1756 del Proyecto sostiene que los tutores y los curadores son responsables del daño que cause quienes están a su cargo. Se exoneran si acreditan que les ha sido imposible evitarlo circunstancia que no ocurre por la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia.

III. Conclusión

¿Es necesaria una regulación especial en materia de internación involuntaria?

Se ha sostenido en el derecho comparado que la regulación es lo más conveniente. Es que se puede regular atenuadamente acerca de las garantías judiciales pero se puede caer en el silencio de aspectos relevantes. (Fereirós Marcos, 2006).

En tal sentido puede preguntarse, ¿Bajo qué condiciones se puede pensar en un tratamiento de este tipo? O, ¿qué ocurre si el paciente, decididamente, se niega al mismo?

A su vez pueden ameritarse otras cuestiones, como por ejemplo, ¿Qué pasa si el familiar se niega a brindar apoyo al enfermo mental? Dificultad ésta que se puede deber a múltiples factores que van desde la desidia hasta la confesa y atendible incapacidad de asumir tamaña responsabilidad.

En lo que hace al apoyo, capacitación y educación de la familia del enfermo mental, no puede dejar de aludirse, aunque sea tangencialmente, al papel descollante que le cabe al tercer sector fomentando entre los asociados grupos de autoayuda, talleres, y en fin, luchando por la promoción de los mejores tratamientos, guiando, y bregando por apropiados servicios. A nivel internacional no puede dejar de mencionarse a la Agrupación Mundial para la Esquizofrenia y Trastornos Asociados (WFSAD).

En otro orden y sin perjuicio de los daños a terceros, ¿Qué ocurre si el paciente se suicida o se hace daño? ¿De quién es la responsabilidad por los daños ocasionados al mismo paciente?

En el supuesto de pacientes internados la jurisprudencia ha dicho que atender a la seguridad del paciente, cuidar su integridad física es un capítulo importante de la buena práctica de la medicina psiquiátrica, sea la prestación médica estatal o privada.

Y respecto al paciente ambulatorio en la práctica judicial se dijo que la autorización de la deambulación libre de los pacientes no excluye tomar las precauciones inevitables a los guardadores a fin de impedir que los pacientes se dañen a sí mismos

A su vez, siendo una materia de orden público en la que se ponen en juego garantías del afectado y de conformidad a la patología del paciente, la solución debe ser autorizada puntualmente por el juez sobre la base de informes interdisciplinarios los que de forma exhaustiva se expidan sobre la significación y calidad de la medida.

La decisión judicial, en fin, debe ser periódicamente revisable, como así, puntual y suficiente. Es una resolución abierta de manera constante a los cambios que pudieran ocurrir.

En definitiva, al magistrado le cabe la tarea de darle la significación adecuada al proceso de reinserción social del enfermo cuyo respeto impone la determinación puntual del tiempo y la magnitud del apoyo que se le debe brindar.

Se trata de repensar tradicionales categorías civiles desde nuevos moldes conceptuales.

IV. Bibliografía

AMARANTE, Paulo (2007). *Superar el manicomio. Salud Mental y atención psicosocial*. Buenos Aires: Topía.

FERREIRÓS MARCOS, Carlos (2006). *El tratamiento ambulatorio: cuestiones legales y prácticas* (on line); Colección Cermi.es. Madrid. Volumen 24 Disponible en: www.cermi.es o a-alonsoquijano.org. [Fecha de consulta: mayo de 2012]

(2007). *Salud mental y derechos humanos. La cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario* (on line); Cermi.es, Madrid. Disponible en: <http://www.a-alonsoquijano.org/saludmental.php>. [Fecha de consulta: 10/01/2013]

GOLDCHLUK, Aníbal y HERBST, Luis (2008). "Efectos psiquiátricos permanentes en ex abusadores de marihuana o de estimulantes", En: *VERTEX. Revista argentina de psiquiatría*. Buenos Aires, 1977), 503-511.

HERNANDEZ - VIADEL, Miguel y otros (2010). "Evaluación de la eficacia del tratamiento ambulatorio involuntario para reducir la atención hospitalaria", En: *Revista de Psiquiatría y Salud Mental* (on line), 3 (2. V.03, nº 02. Disponible en: <http://www.elsevier.es>. [Fecha de consulta: 06/03/2013]

KRAUT, Alfredo Jorge (2006). *Salud Mental*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

LEHMANN, Peter (2012). *Alternativas a la Psiquiatría*. Exposición en la conferencia "Discapacidad psicosocial - más allá de la psiquiatría". Disponible en: <http://www.mhps.net>

PORTERO LAZCANO, Guillermo (8 de marzo de 2010). Tratamiento ambulatorio involuntario de carácter civil. Una revisión, En: *Cuadernos de medicina forense* (on line) Sevilla, 16. Disponible en: <http://www.sciello.isciii.es>. [Fecha de consulta 15/12/2012]

SANTIS BARROS, Rodrigo y CASAS, Miguel [s.f]. *Diagnóstico Dual*. Ponencia presentada en los Encuentros Nacionales sobre drogodependencia y su enfoque comunitario. CPD de Cádiz. Disponible en www.dipucadiz.es

SHALOCK, Robert L (1999). "Próximos pasos: Definición, aplicación y proyectos conjuntos de investigación", EN: Miguel Ángel Verdugo Alonso y Francisco De Borja Jordán de Urríes Vega (coords.). *Hacia una nueva concepción de la discapacidad*. Salamanca: Ediciones Amarú. Págs. 111 a 128. Actas de las III Jornadas Científicas de Investigación sobre personas con discapacidad (1999, marzo 18-20, Salamanca). Salamanca: Amarú, 111-128.

V. Jurisprudencia consultada

CNCiv., sala E, 12/2012, B.J.A y otro c. F. J y otros s/daños y perjuicios (on line). Disponible en: www.eldial.com. [Fecha de consulta: 11/03/2013].

SCBA, 27/10/2004, Alba, Antonia y otro c. Municipalidad de Trenque Lauquen. *La Ley Buenos Aires*, 2005-44. *Responsabilidad civil y seguros*, 2005-1043.

CCiv. y Com., Morón, sala II, 26/05/1998, M. S. I c. D. S.A. *La Ley Buenos Aires*, 1998-1009.

Los “Derechos Económicos” de Futbolistas mirados desde el Derecho Común

POR MARIO G. BACIGALUP VÉRTIZ (*)

Resumen

Existe una práctica contractual entre clubes de fútbol, e inversores, por la cual los segundos le anticipan fondos a los primeros, a los fines de financiar su actividad. Estas transacciones han generado dudas acerca de su legitimidad, así como un tratamiento generalmente negativo por parte de algunos fallos judiciales locales. En el presente trabajo se plantea la visualización de este negocio como una cesión de un flujo de fondos, lícito (en tanto se cumplan las reglamentaciones deportivas), en la que el cesionario asume un papel similar en muchos aspectos, al del que adquiere un fondo de comercio.

Palabras clave

Cesión de derechos - Derechos futuros o eventuales - Flujo de fondos

Summary

There is a contractual practice between football clubs, and investors, for which the second will advance funds to the first, in order to finance their activities. These transactions have raised questions about its legitimacy, and a generally negative treatment by some local court decisions. In the present paper presents the visualization of this business as a assignment of a cash flow, legal (as are met regulations sports), in which the transferee assumes a role similar in many respects to the acquiring goodwill.

Keywords

Assignment of rights - Future or eventual rights - Cash Flow

1. Introducción

Se propone en este trabajo, analizar el problema de los llamados “derechos económicos de los futbolistas”, por varios motivos. Por un lado, se trata de una problemática generada en el ámbito de la actividad deportiva, que no obstante su compleja reglamentación, no le ha dado tratamiento normativo expreso a la cuestión. Esta circunstancia se ha visto acompañada por una práctica contractual muy poco prolija. A todo ello se le debe sumar algunas opiniones doctrinarias negatorias en unos casos del carácter de derechos para este mecanismo, como es el caso de de Bianchetti (2005), o desfavorables a la forma en que el mismo es utilizado en la práctica, como sucede con Viola (2011). Asimismo, la jurisprudencia, ya en varias oportunidades se ha pronunciado rechazando reclamos por parte de los titulares de estos derechos, por razones no siempre bien explicadas (CNCiv., sala H, Broda, c. Herrera; CNCiv., sala I, Otero c. Club Atlético Colón; y CNCom., Sala D, Ferradas c/ Isola).

No obstante las dificultades que parecerían tener este tipo de transacciones, tienen un uso muy intensivo en la práctica, y constituyen un medio importante de financiación de las actividades de los clubes de fútbol, a través de la cesión a terceros, de derechos que habrán de percibir en oportunidad de transferir el contrato respecto de un jugador profesional a otro club.

Dada la falta entonces, de regulaciones explícitas y precisas sobre la cuestión, es del caso efectuar un análisis del problema, a la luz del derecho privado en general, y de los negocios y comercial, en particular.

(*) Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Comercial I, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

Para precisar más detalles sobre este tipo de negocios, serán necesarias algunas aclaraciones previas.

2. El marco normativo de la actividad del fútbol profesional

La actividad deportiva del fútbol organizado, está reglada por la “Federación Internacional de Fútbol Asociación” (FIFA), una asociación constituida en Suiza bajo su legislación (según reza su Estatuto, versión 2012). Dicha asociación dicta reglamentos a los que se deben adecuar las federaciones nacionales de dicho deporte, como condición para su afiliación (art. 10 Estatutos FIFA). Una de las reglamentaciones que dicta la FIFA, en lo que se refiere a la contratación y transferencia de jugadores, es el “Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (E.T.J.)”, cuya última versión data del 2012.

En virtud de dicha reglamentación, todo jugador de fútbol que quiera participar en la estructura organizada de dicha actividad, deberá estar registrado en una federación (art. 5.1 E.T.J.) como jugador de un club.

Como es sabido, en nuestro país la federación adherida a la FIFA es la Asociación del Fútbol Argentino (AFA).

Por otra parte, en nuestro país, para que un club pueda registrar a un jugador como habilitado para participar en competencias para los equipos de ese club, en el ámbito profesional, deberá acreditar que celebró un contrato de trabajo con ese jugador. Dicho contrato de trabajo está regido por las normas de la ley 20.160 (Estatuto de los jugadores profesionales de fútbol), y la Convención colectiva de Trabajo 557/2009 entre Futbolistas Argentinos Agremiados y la Asociación del Fútbol Argentino (en representación de sus clubes afiliados).

Durante la vigencia de ese contrato (el laboral que liga al club con el jugador), ese jugador no podrá —en principio— participar en competencias integrando equipos de otros clubes.

En virtud de esta situación muy brevemente resumida, se puede concordar con de Bianchetti (2005), en que el régimen del fútbol profesional es una suerte de “normatividad global” creada por cuerpos privados de distintas nacionalidades, “enhebrados” por la FIFA, donde el derecho común local, cumple una función supletoria del régimen emanado de los organismos deportivos. Porque aunque las normas locales consideraran que ciertas reglas del ordenamiento deportivo transgreden el orden público de ese país, los tribunales podrán imponer una solución en contra de las normas deportivas, pero el jugador o el club que haga valer dicha situación (ganador de esa controversia ante ciertos tribunales locales), quedará excluido de la práctica del fútbol organizado, toda vez que la sentencia de ese juez local, difícilmente pueda ser oponible a las decisiones de un sujeto radicado en el extranjero, que ha creado bajo legislación extranjera, reglas aceptadas por otros sujetos que comparan el deseo de someterse a esas reglas.

3. El contrato entre jugadores y clubes y los derechos que de él emanan

El contrato laboral entre el jugador y el club puede llegar a celebrarse como consecuencia de las siguientes situaciones: a) cuando el jugador estaba relacionado con el club como futbolista no profesional del mismo, y alcanza cierta edad y/o interviene en un número determinado de partidos en certámenes oficiales de divisiones profesionales o en la selección nacional de fútbol; b) cuando el jugador es “transferido” (ya se verá el alcance de esta expresión”) de un club a otro; c) cuando el contrato vigente entre un jugador y un club se extingue por vencimiento de su plazo o resolución por incumplimiento y el jugador queda en condiciones de celebrar un nuevo contrato con otro club sin intervención del club con el cual había estado contractualmente vinculado con anterioridad (ley 20.160, en particular art. 12 y concordantes).

Se dice que hay transferencia de jugadores de un club a otro (en realidad lo que se transfiere o cede es el derecho a celebrar un nuevo contrato de trabajo con el jugador, por parte de un club a otro), en

el caso b) del párrafo anterior, cuando encontrándose vigente el contrato de un jugador con un club (el club 1), y dicho jugador se encuentra inscripto en la federación correspondiente para jugar a favor de dicho club 1, este club (titular de dicha inscripción) celebra un contrato con otro club (el club 2), acordando dicha transferencia y por otro lado, este club 2 celebra un nuevo contrato de trabajo con el citado jugador (lo que implica la aceptación de dicha transferencia por el jugador). En estas circunstancias, el club 1 debe solicitar a la federación a la que está afiliado (donde a su vez está registrado el jugador) que expida un “certificado de transferencia” (denominado comúnmente “transfer”). Dicho contrato supone el derecho del club que cede al jugador, de cobrar un precio (o “prima”) por dicha transferencia. En nuestro país, el jugador —además— tiene derecho a cobrar un 15% de dicho importe, según surge de la C. Col. de Trab. 557/2009, art. 8º, que dice:

“El contrato de un futbolista podrá ser objeto, estando vigente el plazo de su duración, de cesión a otro club, con el consentimiento expreso y por escrito de aquel. En ese caso, corresponderá al futbolista, como mínimo, el quince por ciento (15 %) bruto del monto total de la cesión, sea esta temporaria o definitiva, que el club cedente deberá depositar en la sede de F.A.A.

“La A.F.A. se obliga a no autorizar la cesión y no habilitar al futbolista para incorporarse al club cesionario hasta que se acredite debidamente el depósito del respectivo importe en la sede de F.A.A., careciendo de toda validez el pago directo al futbolista y el recibo firmado por este y siendo válido, únicamente, el otorgado por F.A.A. Si la A.F.A. autorizara la cesión sin previo cumplimiento de tal condición, quedará solidariamente obligada al pago de la suma correspondiente, sin necesidad de intimación previa alguna...”

Dichas cesiones pueden ser temporarias (también llamadas “a préstamo”) o definitivas (art. 10 E.T.J.). Cuando el contrato entre el jugador y el club llega a su plazo de vencimiento, se dice que el jugador ha quedado “libre” o que tiene el “pase en su poder” (Barbieri, 2000:125). En estas circunstancias, el jugador está en condiciones de negociar su incorporación a cualquier club, y percibir él íntegramente (si es del caso) el precio que el club que lo contrate esté dispuesto a pagar, como “prima” que abrirá el camino a la celebración del contrato de trabajo (en el cual se convendrá otra retribución por el desempeño efectivo como jugador).

Ahora bien: las reglamentaciones de FIFA solamente permiten a los clubes afiliados a alguna federación, registrar jugadores a los fines de participación en competencias deportivas de la disciplina. No se admite que personas físicas ni jurídicas (salvo las que estén afiliadas a alguna federación como clubes), sean titulares del registro de jugadores (arg. arts. 5.2 y 5.3 E.T.J.).

Dichas disposiciones son reforzadas por el artículo 18 bis apartado 1 del E.T.J. de FIFA, referido a la “influencia de terceros en los clubes,” que dice: “Ningún club concertará un contrato que permita a cualquier parte de dicho contrato, o a terceros, asumir una posición por la cual pueda influir en asuntos laborales y sobre transferencias relacionados con la independencia, la política o la actuación de los equipos del club.”

En un sentido similar, la Convención Colectiva de la actividad (557/09), dice en su artículo 8º apartado 6:

“Queda total y absolutamente prohibida, bajo pena de insanable nulidad, la cesión de contratos de futbolistas profesionales o de derechos comprendidos en los mismos, o de servicios o ‘pases’ de futbolistas —profesionales o aficionados— a favor de personas físicas o de empresas o personas jurídicas o ideales o entidades de cualquier especie que no intervengan directamente en la disputa de torneos de fútbol organizados por la A.F.A., o de las ligas afiliadas a la misma. La nulidad de la cesión, que, eventualmente, se realizara en violación de esta prohibición deberá ser declarada por la A.F.A. o, en su caso, por los tribunales del Trabajo, e importará, además, la extinción automática del vínculo del club cedente con el futbolista y la libertad de contratación o de acción de este, con derecho a celebrar contrato o inscripción con la entidad de su elección, del país o del extranjero.”

En cambio, no existe ninguna regla que prohíba a los clubes ceder a terceros que no sean clubes, derechos sobre las sumas a cobrar en oportunidad de la transferencia de sus jugadores. Incluso se admite que el mismo jugador sea titular de tales derechos.

Si la confusa redacción del artículo 8º apartado 6 de la Conv. Col. 557/09 dejara la impresión que las transferencias de “derechos económicos” estuvieran prohibidas, el apartado 7 del mismo artículo, reconoce expresamente la posibilidad de cesión parcial (que de acuerdo con la reglamentación de la AFA luego se referirá, es la única permitida, hasta un 70%):

“Cesión Parcial: En caso de cesión onerosa de una parte proporcional de los derechos emergentes de un contrato de futbolista profesional o de los servicios de un futbolista aficionado, al momento de celebrarse la cesión parcial deberá el cedente depositar en la sede de F.A.A. el quince por ciento (15%) bruto del precio de la misma, e idéntico porcentaje al momento de la percepción del precio asignado a la proporción restante de tales derechos.”

4. Alcance de las expresiones “derechos federativos” y “derechos económicos”

En este contexto se suele hablar de *derechos federativos* por un lado y *derechos económicos* por otro. El alcance de estas expresiones no está definido en ninguna norma de la FIFA, ni de las reglamentaciones de las federaciones locales (no al menos, en el caso de nuestro país, por parte de la AFA). Esta circunstancia ha llevado a algunos autores a negar la existencia de estos supuestos derechos (de Bianchetti, 2005). Hay que aclarar que tampoco —como se dijo— norma alguna prohíbe transacciones de este tipo. Otros autores que han ensayado sus definiciones, no han dado conceptos que resultaran compartidos por el uso general (Barbieri, 2000:116-119).

En el caso CAS 2004/A/635 RCD Espanyol de Barcelona SAD v/ Club Atlético Vélez Sársfield, de enero de 2005, resuelto por el Tribunal de Arbitraje Deportivo (1) con sede en Lausanne, Suiza, a la par de admitirse la legalidad de estas transacciones, se ha dado una caracterización sobre tales conceptos, que parecen más acordes con el uso habitual de estos términos:

“En la opinión de este Panel, en el fútbol profesional hay que hacer una distinción entre ‘registro’ de un jugador y los ‘derechos económicos’ relacionados al jugador:

— la registración de un jugador profesional con un club y con la federación nacional pertinente sirve al propósito administrativo de certificar dentro del sistema federativo que solamente ese club está autorizado a alistar ese jugador durante un período determinado; obviamente tal registración federativa es posible solamente si hay un contrato de trabajo entre el club y el jugador;

— un club que detente un contrato de trabajo con un jugador puede ceder, con el consentimiento del jugador, los derechos del contrato a otro club a cambio de una suma de dinero dada o de otra contraprestación, y esos derechos contractuales son los así llamados ‘derechos económicos al desempeño de un jugador’...; esta transacción comercial es legalmente posible solamente con relación a jugadores que están bajo contrato, puesto que los jugadores que están libres de compromisos contractuales —los así llamados ‘agentes libres’— pueden ser contratados libremente por cualquier club, sin derechos económicos relacionados.” (Traducción del autor del original en inglés).

Es del caso que en nuestro país, el Decreto 1212/2003 del Poder Ejecutivo Nacional, el art. 2º de la resolución 81/2005 de Secretaría de Seguridad Social, y la Resolución General 2182/2006 de la AFIP del 28/12/06, establecieron que la AFA será agente de percepción o retención de los aportes a la seguridad social debidos por los clubes afiliados, cuando estos perciban ingresos en concepto de “derechos económicos” y que los clubes por su parte, deberán informar tales transacciones a la AFIP. En virtud de ello, el Comité Ejecutivo de la Asociación del Fútbol Argentino dictó la resolución del 22/11/2005, publicada en el Boletín Especial de la Asociación N° 3819, en la que reglamenta el “Régimen de Anotación y Archivo de Cesiones de Beneficios Económicos por Transferencias de Contratos” (ver texto en separata, en Barbieri, 2004).

Si alguna duda quedaba sobre la legalidad de estas transacciones, se acaba de ver cómo han sido reguladas por decretos, resoluciones ministeriales y administrativas, sin mencionar ni sembrar sospechas sobre su licitud.

5. Primer encuadramiento de los “derechos económicos”

Aclarado el ámbito y el contexto de donde surge la expresión “derechos económicos”, y resumido brevemente su funcionamiento, cabe hacer una primera aproximación sobre el encuadramiento normativo de tales transacciones.

Evidentemente que la cesión de estos llamados “derechos económicos”, supone la cesión de *derechos eventuales* o quizás aún *aleatorios* (arts. 1446 a 1448 del Cód. Civil). En este sentido se ha efectuado la siguiente distinción:

“Si bien es reconocida la proximidad entre los créditos aleatorios y los eventuales, la diferencia radica en que en los aleatorios el grado de incertidumbre es menor pues en los eventuales versa directamente sobre el nacimiento o existencia misma del derecho. La distinción entre los créditos aleatorios y los eventuales se erige en que en los aleatorios si bien las ventajas o pérdidas para los contratantes dependen de un acontecimiento incierto (art. 2051), los derechos respectivos quedan plenamente configurados en su existencia y validez desde la celebración del convenio, no siendo así en los eventuales.” (Riva — Álvarez Agudo, 2009: 85).

En el caso de los llamados “derechos económicos”, el encuadramiento dentro de una u otra figura es dudoso, tal como han sido definidas más arriba, por cuanto estos derechos participan de características de uno y otro concepto. En efecto, las ventajas económicas para una de las partes (el cesionario de los derechos) dependen de un acontecimiento incierto, como es el hecho de que se realice la transferencia del jugador a favor de un tercero, y que el precio a pagar por el adquirente de los derechos sobre el contrato de dicho jugador supere el precio pagado por la transferencia. Por otra parte, ese acontecimiento incierto que determinará la existencia de ventajas para el cesionario (la realización de la transferencia en el precio superior al previsto), por tratarse del mismo contrato que le daría “existencia y validez” a la expectativa del cesionario, permitiría calificar dicha expectativa como de “derecho eventual”.

Probablemente fuera más adecuado considerarlo un derecho *eventual*, aun con la salvedad de que el titular de ese derecho eventual ha entregado una prestación a cambio para adquirirlo. Pero aún así, el cesionario tiene una incertidumbre: no sólo desconoce si obtendrá una ganancia (por ser el precio que se obtenga de la transferencia mayor el pagado por la cesión), sino que (dependiendo de las condiciones particulares de cada cesión) podría no saber si podrá recuperar todo o parte del precio o la contraprestación entregada por tal cesión.

La cesión de los llamados “derechos económicos” suponen convenciones aún no concluidas: el cedente (el club que tiene registrado a un jugador, con contrato vigente), le otorga a un tercero (sea tanto persona física como jurídica, y en este caso sea o no un club afiliado al sistema del fútbol organizado), el derecho a cobrar total o parcialmente el precio a obtener por dicho club, en oportunidad de transferir el contrato que lo vincula a un jugador.

Se dice que las transferencias de *derechos económicos* son “convenciones no concluidas”, puesto que no es necesariamente fatal que las transferencias se concreten. Pueden incidir múltiples factores para que ello no suceda: puede acontecer que el jugador decline en su rendimiento deportivo durante la vigencia de su contrato de trabajo con el club titular de su inscripción (y que decaiga el interés de otros clubes en contratarlo); puede también que el jugador sufra una lesión que le impida seguir jugando; puede también resultar que se venza el contrato de trabajo del jugador con el club titular de su inscripción y éste pase a la categoría de “libre”; etc.: en cualquiera de esas circunstancias no habrá sumas a cobrar. Será materia de regulación en el contrato de cesión, si el advenimiento de todas o alguna de las circunstancias que determinan la imposibilidad de realizar la expectativa de cobro, dan

lugar a algún derecho de reintegro de las sumas pagadas por el cesionario como precio por la adquisición de tales derechos.

Las causas por las cuales puede tener lugar la cesión de “derechos económicos”, pueden ser: o bien por un precio (art. 1435 del Cód. Civil), bien a cambio de otra prestación recibida, o bien en garantía, en el sentido amplio de la expresión. También pueden cederse derechos gratuitamente, por cierto, pero no es usual en la práctica de los negocios del fútbol profesional. Veremos los distintos casos de cesiones.

6. Cesión de derechos económicos por un precio

Para quien paga una suma de dinero para adquirir el derecho de participar del producido del precio de una eventual transferencia de jugadores de fútbol profesional, dicho contrato es altamente especulativo. Normalmente, el incentivo para el cesionario es pagar un precio menor a la valuación del jugador en el mercado, al momento de celebración del contrato; o acertar a “descubrir” un jugador cuyo rendimiento deportivo está en ascenso y no es todavía muy conocido y por ello su precio todavía es inferior al que podrá obtenerse por su pase en el futuro. De modo tal que la expectativa del cesionario es apropiarse de la diferencia de precios. Hay un ingreso a percibir, pero de contenido eventual y variable, que en algún caso podría llegar a ser cero.

Si bien se pueden efectuar análisis sobre las probabilidades de desempeño profesional de un jugador en un futuro (hay personas que se especializan en ello), el reparto del riesgo entre cedente y cesionario en cada contrato particular, puede llegar a darle a dicho contrato algunas de las características de los contratos aleatorios (art. 2051 Cód. Civil). Por ejemplo, en caso que el cesionario no tenga derecho a reembolso alguno (bajo ninguna circunstancia) si no concreta la transferencia del jugador dentro de la vigencia del contrato de trabajo del mismo. En definitiva, en la compra de “derechos económicos”, las probabilidades de transferencia de un jugador son muy difíciles de cuantificar y no están generalmente precedidas de estudios estadísticos, pero para un entendido y conocedor de la trayectoria de los jugadores, esto es un riesgo aceptable.

7. Constitución de garantías respecto de derechos económicos

En razón de la “aleatoriedad” (entendida no necesariamente en sentido del artículo 2051 del Cód. Civil, sino en el sentido del uso corriente del término) antes aludida, es poco usada (aunque se registre algún caso) la posibilidad de ceder estos derechos en garantía. La afectación en garantía “derechos económicos” de futbolistas, es un caso de cesión de derechos futuros o eventuales, cuestión que de por sí ha dado motivo a diferentes discusiones en la doctrina y la jurisprudencia, sobre las que no es del caso entrar a profundizar en este trabajo (Waisman, 2004).

8. La cesión de derechos económica a cambio de otra prestación

En el caso Ferradas c/ Isola (CNCom, Sala D), queda de manifiesto otra forma de transacción sobre los llamados “derechos económicos”: una persona que había actuado como proveedor de jugadores (o “cazador de talentos”), había recibido del club para el cual estaban afiliados ciertos jugadores, la cesión de “derechos económicos”. En el caso del fallo, la cuestión que llevó el caso a resolución judicial, fue un conflicto entre ese cesionario y un tercero que actuó de “inversor” en este negocio, quien le había pagado una suma de dinero a cambio de una nueva cesión a su favor.

9. ¿Existen los derechos económicos?

Existe un clima adverso acerca del status legal de este tipo de transacciones, que sin duda está influido por el uso de una terminología que desvía la comprensión de los alcances de la misma. Por cierto que el lenguaje que habla de *compra* y la *venta* de jugadores, ha dado lugar a considerar que las registraciones contables sobre los derechos que adquieren los clubes en esta cuestión, constituyen una cuantificación inadmisibles de situaciones que no pueden ser objeto de una valoración mera-

mente económica, como es el caso de de Bianchetti (2005). Por otro lado, Viola (2011), sostiene que la práctica contractual y la referencia a este tipo de transacciones en las reglamentaciones de la AFA constituyen una “inversión de la pirámide jurídica”, toda vez que hay un vacío legislativo al respecto, que ha sido llenado por los escalones inferiores de esa pirámide.

De manera similar, varios fallos, por distintas razones (no siempre bien fundadas, a nuestro parecer) han rechazado los reclamos judiciales formulados por cesionarios de este tipo de derechos.

Así el caso “Broda c/ Herrera” (CNCiv. Sala H), declaró la nulidad de un contrato de transferencia de derechos, en el que el cedente (que no era un club de fútbol) cedió a un inversor (el actor) derechos “federativos y económicos”, en razón de que la normativa ya citada en este trabajo, no permite la intervención de terceros ajenos a los clubes. Esta afirmación es cierta respecto de los llamados “derechos federativos” (derechos de afiliación de los jugadores), pero no necesariamente respecto de los llamados “derechos económicos”, en tanto no surja del contrato ninguna cláusula que otorgue al cesionario facultades relativas al manejo “deportivo” de las relaciones entre el club y el jugador (art. 18 bis E.T.J.). Pero lo cierto es que, a surgir de las constancias que surgen de la sentencia, resulta que un inversor entregó una suma de dinero, y le fue negada la contraprestación, con lo que se habría generado un enriquecimiento sin causa.

En el caso “Otero Javier c/ Club Atlético Colón” (CNCiv., Sala I), ante una situación con algunos elementos similares al del caso anterior (particulares que habían obtenido derechos económicos y federativos sobre un jugador “libre”, de parte del mismo, lo vendieron a un club que luego no pagó el precio convenido, pero afilió al jugador), se resolvió la nulidad de un contrato de cesión de derechos por no haberse realizado entre clubes. Entre otras consideraciones, se dijo que los principios de la ley moral, y de buena fe incorporados por la reforma que la ley 17.711 introdujo al Código Civil, permiten que la nulidad de un acto jurídico pueda ser siempre opuesta por vía de excepción, “incluso por la parte que celebró el acto conociendo el vicio”.

Por su parte, en el ya citado caso “Ferradas c/ Isola” (CNCom., Sala D), tampoco se hizo lugar al reclamo del cesionario de los derechos, bajo el argumento de que la transacción en cuestión era propia de las facultades de un “agente de jugadores” (sobre el particular, ver Barbieri, 2004) y el reclamante no era un “agente” matriculado. Con razón sostiene Trevisán (2011), que la prohibición de contratar con agentes no matriculados le es aplicable a los clubes y a los jugadores, y que las partes del referido juicio no desempeñaban roles propios de un “agente de jugadores”.

Luego de estas consideraciones, queda claro que es necesario distinguir entre la cesión de “derechos federativos” (la posibilidad de afiliar a un jugador registrado por un club), que solamente puede ser efectuada a favor de nada más que clubes federados a alguna de las asociaciones del fútbol organizado, de la cesión de “derechos económicos”, en el sentido del derecho a percibir un porcentaje de la “prima” que puede cobrar el club que transfiera a un jugador afiliado, a otro. En cuanto a ese porcentaje que es permitido ceder a los clubes, respecto de dicha prima a percibir, es del caso recordar que la reglamentación de la AFA admite hasta un 70%; en otras palabras, deben retener en cabeza propia no menos de un 30% (Boletín Especial N° 3819 de AFA, art. 2.2).

No obstante esta distinción que no siempre es tenida en cuenta por los contratantes y por los jueces, es evidente que aún así, existe un prejuicio sobre este tipo de transacciones.

Para superar este estado que podemos calificar de cierta confusión en esta materia, se propone reflexionar en primer lugar sobre qué requisitos se requieren para que una cierta situación jurídica sea calificada de “derecho”.

En este sentido, como se ha manifestado (Bacigalup Vértiz, 2008) respecto de cuestiones como la presente, es útil recurrir a Alf Ross (1963:263), cuando sostiene que la expresión “derecho subjetivo” contiene solamente una correlación de hechos o circunstancias a las cuales el derecho positivo imputa ciertas consecuencias jurídicas. Pero que tales palabras interpuestas entre los hechos condicionantes y las

consecuencias jurídicas, carecen de un significado propio. Por lo tanto, es conveniente desprenderse de las connotaciones metafísicas que se interponen cuando se discute si algo es o no un derecho. Más productivo es analizar la cuestión de cuáles son los hechos condicionantes y cuáles las consecuencias jurídicas, cuando se dice que a alguien se le transfirieron “derechos económicos”.

Vistas las cosas desde este ángulo tenemos que el beneficiario de una transacción de esta naturaleza, si se verifica el “hecho condicionante” tenido en miras por las partes al celebrar el contrato (esto es la transferencia onerosa del jugador cuyos “derechos” fueron objeto de cesión, a otro club), la “consecuencia jurídica” será que dispondrá de una acción, o podrá exigir al club cedente (que previamente había percibido una suma de dinero), el pago del porcentaje cedido de la prima a percibir, si esta transferencia se concreta.

Evidentemente que el cesionario no acostumbra a asumir el compromiso (el resultado) de que el jugador en cuestión vaya a ser transferido. Por lo tanto no tendrá una acción legal para exigir que la transferencia se produzca: en esto radica el aspecto eventual de la prestación esperada. Ya consideramos (apartado N° 6. de este trabajo) las posibilidades que afronta el cesionario (declinación del precio de mercado del jugador por mal rendimiento, lesiones, posibilidad de que el jugador quede “libre”, etc.), que en caso de verificarse, lo dejarían sin acción para reclamar la participación en una transferencia que no se habrá realizado. También dispondrá el cesionario de acciones legales contra el club cedente, en caso de tener que ejercer la garantía de evicción (si el cedente no hubiera sido titular de la afiliación del jugador que hubiera invocado). O si hubiera “sobre vendido” los mismos derechos a distintos cesionarios

En este sentido, no cabe duda que el cesionario tiene un “derecho”. Todo ello, en tanto el cedente no se hubiera comprometido a permitirle al cedente tener participación en las cuestiones estrictamente deportivas, propias de la relación de afiliación (art. 18 bis E.T.J.).

10. Búsqueda de una adecuada conceptualización

Como ha sostenido Le Pera (1971), el origen del empleo de conceptos en la ciencia jurídica de raíz romano-continental europea, se suele ubicar en el intento de Cicerón de ubicar los géneros fundamentales del Derecho Civil, y luego de distinguir las partes de dichos géneros. La idea de Cicerón de la división del Derecho Civil en géneros y de éstos en sus especies, se relaciona con la introducción en la Roma de su tiempo, de las ideas de Platón acerca de la *dialéctica*. La introducción de la dialéctica platónica entre los juristas romanos tuvo un efecto muy significativo, que se hizo notar en la segunda mitad del siglo II a. C. A partir de allí, se puede decir que la jurisprudencia romana se convirtió en una ciencia, en el sentido que daban a esta expresión Platón y Aristóteles. La aplicación de la dialéctica no solamente permitió en aquel tiempo subsumir lo individual en la especie y ésta en los géneros, sino que se les abrió la posibilidad de que las soluciones de la disciplina pudieran aplicarse no solamente respecto de situaciones ya acontecidas, sino respecto de situaciones aún no acontecidas. Toda esta tradición ha dejado un aporte muy significativo en el ámbito de la cultura romano continental europea, como es el caso de la labor clasificatoria y sistemática de los juristas de la escuela histórica alemana, a finales del siglo XIX. Estas aplicaciones de la técnica del uso de conceptos, por cierto muy valorables, que se relacionan con la aplicación de la dialéctica platónica a cuestiones clasificatorias, no agotan el aporte que el uso de los conceptos presta a la disciplina jurídica. Quizás más destacable es aún, la aplicación de la dialéctica como técnica sinóptica o de visión conjunta de un problema. Este es el enfoque que se sugiere en el caso: delinear un *concepto* que permita explicitar o “visualizar” relaciones relevantes de esta materia.

En efecto, si se logra mostrar cuáles son las relaciones entre las prestaciones económicas mediante figuras que alejen la operatoria en cuestión de encuadramientos que conserven connotaciones relacionadas al tráfico de personas (como la ya mencionada “compraventa de jugadores”), se habrá superado un prejuicio.

Si pensamos que quien adquiere “derechos económicos” sobre la eventual transferencia de un futbolista, es un inversor, entonces cabe aplicar un enfoque financiero a esta transacción. La funcionalidad

dad económica de la misma se puede explicar a través de la noción de cesión de un *flujo de fondos* o *cash flow* (según su equivalente en inglés).

Al respecto se ha dicho:

“El *cash-flow* se define como la suma de los beneficios disponibles (una vez deducidos los impuestos que los gravan) y las amortizaciones, y representa el valor real generado por el negocio (distinto del cobrado y del ganado). Es la cifra resumen del poder de autofinanciación del negocio.

“El *flujo de caja (cash-flow)* es la cantidad neta de dinero que recibe realmente una empresa en un período determinado.” (Morchón Morcillo y Beker, 1997:140).

Para establecer una diferencia respecto de cómo pueden ser tratados los ingresos de una empresa desde el punto de vista contable, y desde el punto de vista de su “flujo de fondos”, se puede establecer la siguiente comparación. Supóngase el caso de una empresa XX, que dispone de una suma de \$ 900.000 para dedicar a la compra de ciertas mercaderías, y que luego de haberlas adquirido, consiguen venderlas en su totalidad por la cantidad de \$ 1.000.000, pero habiendo pactado un plazo para el cobro de su precio, para después de la fecha del cierre de su ejercicio contable. En este caso, el estado de resultados de dicha empresa, al cierre de su ejercicio, se mostraría como sigue:

Ventas\$ 1.000.000— Costos—900.000Utilidad\$ 100.000En cambio, su flujo de fondos, se mostraría de la siguiente manera:

Flujo de entrada de efectivo: \$ 0Flujo de salida de efectivo:\$ —900.000Saldo de caja\$ —900.000Se puede concluir con Ross, Westerfield y Jaffe (2005), que lo que desde el punto de vista contable es una utilidad (porque se confía en el pronto cobro de las ventas realizadas), desde el punto de vista del flujo de caja, es un resultado negativo. En consecuencia, la noción bajo análisis alude a ingresos de dinero que habrá de percibir un sujeto, y que sirve —principalmente— para determinar la valuación de un proyecto de inversión, o de una empresa en marcha.

El concepto de *flujo de fondos* nos permite “visualizar” el aspecto *financiero* de las transacciones sobre “derechos económicos”.

Para los clubes, las transferencias de jugadores son una de sus principales fuentes de ingresos (cuentan además, por supuesto con las cuotas de sus asociados, con la venta de entradas para los partidos que disputan sus equipos, los derechos de publicidad y los de televisación de tales eventos, entre otros). Pero en la República Argentina, país que supo ser “exportador” de talentos formados en los primeros años de la vida deportiva del jugador y que luego “vendió” (es decir cobró sumas de dinero por ceder el derecho a otro club, a realizar un nuevo contrato de trabajo entre el jugador y el nuevo dicho club, previa transferencia de la afiliación del jugador a otro club o a otra federación), ésta ha tenido una importancia singular.

En este contexto, la “cesión de derechos económicos” es una forma, para el club, de anticipar esos ingresos. Y para quien paga por esos derechos, una inversión. Inversión especulativa, pero inversión al fin.

Vistas las cosas desde este ángulo, no hay por qué considerar que este tipo de transacciones atenta de por sí contra la dignidad de las personas, no se asimila a la trata de personas, ni implica en sí mismo una transacción inmoral. Por cierto que se pueden realizar en esta materia negocios engañosos, o fraudulentos, como también se realizan con las compraventas de inmuebles o con cualquier otro tipo de derechos. La única limitación de las normas deportivas es, como vimos, que el inversor que no sea otro club afiliado al sistema del fútbol organizado, pueda influir en asuntos laborales o sobre transferencias que afecten a la independencia, la política o la actuación de los equipos del club.

También podemos imaginar que el grado de eventualidad o aleatoriedad de los llamados “derechos económicos” pueden ser fuente de conflictos. Pero esta es una cuestión que —aunque las partes que

intervienen en estas transacciones no han tenido debidamente en cuenta (por lo que translucen los conflictos que llegan a los estrados judiciales)— los contratos debidamente redactados, con asesoramientos profesionales adecuados, podrían prever y reducir.

11. Conclusiones

De todo lo expuesto se pueden obtener las siguientes conclusiones:

a) Los “derechos económicos” en tanto “flujos de fondos” —según se describen en Bacigalup Vértiz (2008)— futuros o eventuales, consisten en *frutos* pendientes, y tienen en las disposiciones de los arts. 2330, 2685, 1446 a 1448 del Cód. Civil un status jurídico bastante determinado.

Sabemos que todos los derechos pueden ser objeto de cesión, en tanto que la causa de la cesión no sea contraria a alguna prohibición expresa o implícita de la ley, o del título mismo del crédito (art. 1444 del Código Civil). Incluso, se pueden ceder los créditos condicionales, eventuales, aleatorios, a plazo o litigiosos (art. 1446 Cód. Civ.).

En el régimen que las normas generadas en el marco del desempeño del fútbol organizado (tanto de la FIFA como de la AFA), así como de las disposiciones laborales locales aplicables al caso, no existen prohibiciones para realizar transferencias de estos derechos. Solamente algunas pocas reglamentaciones (el porcentaje máximo a transferir del 70%, la prohibición de injerencia a quienes no son clubes, etc.).

b) En cuanto al grado de protección que puedan tener estos “derechos”, es del caso traer a consideración el criterio jurisprudencial de nuestra Corte, según el cual para que una determinada situación jurídica pueda ser reconocida como un *derecho de propiedad* en los términos del artículo 17 de la Constitución Nacional, es necesario “que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo” (Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital Federal). En el caso de transacciones sobre *flujos de fondos* consistentes en “derechos futuros o eventuales”, es evidente —como ya se vio (ver N° 9. in fine en el presente trabajo)— que si bien el cedente de los mismos, no ha celebrado todavía el contrato del que vaya a surgir el derecho al cobro de una suma de dinero, sí tiene acciones contra él el cesionario, por ejemplo, en caso que quiera ceder nuevamente esos derechos a otro tercero.

c) Por otro lado, los “nuevos” derechos patrimoniales, en palabras de Catala (1966) presentan distintas manifestaciones de “patrimonialidad”. Un derecho para ser tal no tiene por qué presentar todos los caracteres del derecho de *dominio* sobre cosas corporales, que es el caso en que la patrimonialidad se presenta con su máxima manifestación. Puede haber casos que no califiquen para la categoría de derecho “constitucional” de propiedad, que los pondrían a cubierto de la afectación de cambios legislativos (por ejemplo); así también, como señalan Waisman (2004) y Riva y Álvarez Agudo (2009), podría darse el caso que la cesión de ciertos derechos futuros (como la totalidad de los fondos líquidos a cobrar por una empresa) resulten inoponibles al concurso o quiebra del cedente. Pero así y todo, aún los derechos futuros entran dentro de las condiciones habituales de uso de la expresión “derecho”: puede ser objeto de transacciones (arts. 1446 a 1448 del Cód. Civil).

En definitiva, como dijera Catala (1966), el hombre “patrimonializa” todo lo que puede, en tanto el Estado no se lo prohíba.

d) En consecuencia, no hay razones para considerar que los llamados “derechos económicos” de los futbolistas no sean *derechos*, aunque lo sean aleatorios o eventuales.

En este orden de cosas, recordando nuevamente a Catala (1966), con relación al caso de los derechos comprendidos en la *clientela*, decía que ésta era una realidad “sociológica” más que jurídica. Esto dicho en el sentido que en ciertas circunstancias, hay personas dispuestas a entregar una prestación a cambio de quedar colocados en una cierta situación “de hecho”, en la que dispondrán de una probabilidad determinada de obtener otras prestaciones por valor probablemente superior a la entregada.

En efecto, se dijo que el que paga por obtener una clientela, solamente adquiere una “chance”. Dicho pago no lo efectúa pensando en la posibilidad de accionar legalmente contra los “clientes” (que ni siquiera son personas individualizadas), sino que le basta con colocarse en una determinada posición tal que, según el curso natural de las cosas (según su expectativa), le va a reportar determinados beneficios, que a su juicio son una contraprestación adecuada al precio que pagó.

De la misma manera, quienes otorgan financiamiento al concesionario de una autopista, y le piden como garantía la cesión a un fideicomiso de la cobranza futura de los derechos de peaje, tampoco están pensando en obtener una acción legal contra los automovilistas.

Tanto en el caso de la *clientela* como de los derechos al cobro de peajes futuros, o el adquirente de “derechos económicos” sobre futbolistas, en el momento en que el cesionario de tales derechos otorga su contraprestación al cedente de los mismos (el precio por la compra del fondo de comercio, o la financiación para la construcción de la autopista, o el pago o prestación por la adquisición de los “derechos económicos”), no tiene contra los terceros que aún no contrataron con el cedente, acción legal para exigirles que cumplan con prestación alguna (que le compren al nuevo adquirente del fondo, o que transiten por la autopista pagando el peaje, o que adquieran el pase del jugador de fútbol). Y en el momento en que tales transacciones se verifican realmente (si la expectativa que tenía se cumple), tampoco tendrá un “derecho” (en el sentido de situación que otorga acción legal) contra estos terceros, puesto que éstos normalmente realizan transacciones con un intercambio instantáneo de prestaciones, de las cuales no surge crédito alguno. Solamente quedará un pago (del cual tendrá derecho a apropiarse el cesionario que otorgó la prestación a cambio). No hubo “derecho” (en sentido fuerte de la expresión) antes y no hubo “derecho” (en el mismo sentido) después. Sin embargo, en el período de tiempo intermedio, hubo una “chance” por la que alguien estuvo dispuesto a entregar una contraprestación. Por ello es apropiada la expresión “flujo de fondos” para caracterizar esta situación que se capta solamente si se atiende a este período intermedio.

e) Por otro lado, según se dijo, si bien el adquirente de los derechos futuros no tiene acción legal contra los eventuales clientes (del fondo de comercio, o del concesionario de la autopista, o los clubes que podrían estar interesados en adquirir el pase del jugador, en los ejemplos), sí tiene ciertas acciones contra el cedente (tiene una garantía de evicción, en caso que el cedente trate de ejercer personalmente los derechos cedidos o pretenda cederlos nuevamente a otro, como ya hemos dicho).

f) Y si aún las transacciones sobre “flujos de fondos” cuando los mismos consisten en derechos “futuros”, “eventuales” o “aleatorios” nos siguen produciendo perplejidades, éstas habrán de ser de índole lingüística. En este sentido hay que recordar lo dicho en cuanto a que aplicar al caso la expresión “derecho subjetivo” no es otra cosa que hacer una descripción de ciertas circunstancias de hecho a las cuales el ordenamiento jurídico le correlaciona ciertas consecuencias normativas.

g) Sobre estas bases, a falta de una regulación legal más desarrollada, bajo un nuevo “paradigma” *dinámico*, es que tenemos que resolver los problemas que las nuevas prácticas comerciales nos presentan.

Bibliografía

BACIGALUP VÉRTIZ, Mario Gustavo. “Encuadramiento legal de los flujos de fondos”, En: *Revista Jurídica del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de Mar del Plata, Mar del Plata*, 2008, Año 2, N° 2, 57-82.

BARBIERI, Pablo C., *Fútbol y Derecho* (2000). 2ª. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad.

— *Representación de futbolistas* (2004). Buenos Aires: Editorial Universidad.

CATALA, Pierre (1966) “La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne”, En: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Librairie Sirey, N° 2, 185-215.

DE BIANCHETTI, Agricol (2005). “¿Es el jugador una cosa que se contabiliza?”, en *Revista jurídica argentina La Ley*, 13/9/2005, 1.

LE PERA, Sergio (1971). *La naturaleza jurídica*, Buenos Aires: Ed. Pannedille.

MORCHÓN MORCILLO, Francisco y BEKER, Víctor Alberto (1997). *Economía Principios y Aplicaciones*, Madrid — Buenos Aires: McGraw-Hill.

RIVA, Jorge Luis y ÁLVAREZ AGUDO, Graciela (2009). *Garantías Modernas*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

ROSS, Alf (1958). *On law and justice*, Londres: Stevens and Sons Ltd. (tr. castellana de Genaro Carrió (1963), *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires).

ROSS, Stefen, WESTERFIELD, Randolf W. y JAFFE, Jeffrey (1988). *Corporate finance*, The McGraw-Hill Companies, Inc. (traducción castellana de la 7ª edición en inglés, 2005, de Susana Pontón Becerril, María Isabel Pérez de Lara Choy y Carlos Roberto Ramírez Fuentes (2005). *Finanzas corporativas*, 3ª edición en español. México: MacGraw Hill Interamericana Editores S. A. de C. V.)

TREVISÁN, Rafael (2009). “El contrato de cesión de beneficios económicos ¿Un contrato bastardo en vías de ser reconocido?”, en *elDial.com* [on line], Buenos Aires, 09/08/2011 DC167B. Disponible en <http://www.eldial.com> [Fecha de consulta: 09/08/2011].

VIOLA, Daniel Roberto (2009). “¿El centroforward (morirá) al amanecer? — Homenaje al Dr. Agustín Cuzzani— (1924-1987) Ficción y realidad sobre derechos federativos y económicos de los futbolistas profesionales”, en *elDial.com* [on line], Buenos Aires, 09/08/2011 DC167A. Disponible en <http://www.eldial.com> [Fecha de consulta: 09/08/2011].

WAISMAN, Agustín (2004). “Fideicomisos de garantía. Cesión de flujos de fondos futuros e indeterminados”, en *Revista jurídica argentina La Ley*, 20/1/04, 1.

Legislación consultada

Ley 20.160. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 23/02/1973.

Convención colectiva de Trabajo 557/2009 entre Futbolistas Argentinos Agremiados y la Asociación del Fútbol Argentino. Lexis: N° LNACCC557/2009.

Otras normas consultadas

Estatutos de la FIFA, edición julio de 2012. En *Fédération Internationale de Football Association (FIFA)* [on line]. Disponible en: www.fifa.com/mm/document/affederation/generic/01/66/54/21/fifa-statutes2012s.pdf [Fecha de consulta 18/04/2013]

Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, 2012. En *Fédération Internationale de Football Association (FIFA)* [on line]. Disponible en: http://es.fifa.com/mm/document/affederation/administration/01/95/83/85/regulationsstatusandtransfer_s.pdf [Fecha de consulta 18/04/2013]

Jurisprudencia consultada

CNCiv., sala H, 19/10/2005, Broda, Miguel A. M. c. Herrera, Martín H., *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, 23/02/2006, 1; y *Abeledo Perrot On Line* [on line] Buenos Aires, Abeledo Perrot N°: 35002524. Disponible en: <http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/documentVM?andsrc=laleyandsrcguid=i0ad6007a0000013e1f33055b817dbb99anddocguid=i40F28FB92F824A37AD8175ACE1C865D2andhitguid=i40F28FB92F824A37AD8175ACE1C865D2andspos=1andepos=1andtd=10andao=o.i0ADFAB86B18CC21581B1AAC91D14C373andsearchFrom=andsavedSearch=falseandcontext=5andcrumb—action=appendandstartChunk=1andendChunk=1> [Fecha de consulta 18/04/2013].

CNCiv., sala I, 16/03/2004, Otero, Javier F. v. Club Atlético Colón, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, JA 2004-III-382.

CNCom., Sala D, 03/05/2011, Ferradas Carlos Alberto c/ Isola Miguel s/ ordinario, En *elDial.com* [on line], Buenos Aires, 09/08/2011 AA6DF1. Disponible en <http://www.eldial.com> [Fecha de consulta: 09/08/2011].

CSJN, 16/12/1925, Bourdieu, Pedro E. v. Municipalidad de la Capital Federal, *Fallos* 145:307, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, JA 18-818 y Lexis N° 30001178.

“Ne bis idem” La prohibición contra la doble persecución penal

POR VALERIA L. ANSELMINO (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Aproximación al “ne bis in ídem”. — III. La prohibición de la doble persecución penal. — IV. Reflexiones finales. — V. Bibliografía. — VI. Jurisprudencia consultada.

Resumen

En un Estado democrático, resulta de vital importancia la protección de los derechos humanos frente al poder punitivo, para lo cual el derecho penal y el derecho procesal penal, entendidos como ramas del saber jurídico, convergen como límites a dicho poder. Para cumplir tal función, esos saberes deben estar fundados en una serie de principios, entre los cuales se encuentra el “ne bis in ídem”. Partiendo de esta perspectiva, en el presente trabajo se analizará el contenido y los alcances de este principio, haciendo hincapié en la interpretación y aplicación que se hace del mismo en el ámbito judicial, principalmente en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Palabras clave: principios, poder punitivo, persecución penal múltiple, límites, interpretación.

“NE BIS IN IDEM”

THE PROHIBITION AGAINST DOUBLE JEOPARDY CRIMINAL

Abstract

In a democratic state, it is vital to the protection of human rights against the punitive power, for which the criminal law and criminal procedure law, understood as branches of legal knowledge, converge as limits to that power. To fulfill this role, this knowledge must be founded on a set of principles, among which is the “ne bis in ídem”. From this perspective, in this paper we analyze the content and scope of this principle, emphasizing the interpretation and application of it is done in the judiciary, especially in rulings of the Supreme Court of Justice of the Nation.

Key words: principles, punitive power, multiple prosecutions, limits interpretation.

I. Introducción

Una de las formas en que el Estado ejerce el poder punitivo o “ius puniendi”, es a través de las agencias que conforman el sistema penal. De este modo, en la labor de contención y reducción de dicho poder juegan un rol esencial los principios penales, los cuales son la clara proyección de los derechos y garantías previstos en la Constitución y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos incorporados a ella.

En efecto, la construcción de los derechos penal y procesal penal -entendidos como ramas del saber jurídico- implica una decisión política condicionante; a saber, la reducción y contención del poder punitivo. Para que ese proceso constructivo sea coherente con dicha decisión política, debe partir de una serie de principios limitadores que son impuestos por aquélla (Zaffaroni, 2005: 95). Tales principios poseen un indudable fundamento ético-político, toda vez que su raíz radica en la idea del Estado de Derecho. Es por esto que el jurista debe tomarlos y verter su contenido axiológico en cada espacio de su actividad, es decir, cuando interpreta la ley penal, así como también cuando crea

(*) Docente de Derecho Constitucional, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

las instituciones dogmáticas y las agrupa en forma de sistema; ello a los fines de que el producto final sea idóneo para la limitación de aquel poder.

Sin embargo, no puede dejarse de lado, que dichos principios -además- están dirigidos al juez, al momento en que éste lleva a cabo la interpretación de la ley penal para elaborar la solución del conflicto social que le es planteado. En este sentido, la creación, aplicación y estudio científico de la ley deben ser abordados a la luz del texto constitucional. De este modelo de Estado se desprenden -a su vez- varios principios que estructuran las bases axiológicas y político-criminales del derecho penal, los cuales se refieren a la previsibilidad -por el ciudadano- de la respuesta punitiva del Estado y de los límites a los que debe estar sometida esa reacción estatal. Esos principios son -fundamentalmente- el de legalidad, el de culpabilidad, el de proporcionalidad y el “*ne bis in ídem*” (Bacigalupo, 2002:82).

En este contexto, el Poder Judicial es el único que puede realmente controlar el contenido de las leyes a la luz de los principios aludidos, fungiendo -entonces- como puente a los fines del establecimiento de una relación directa entre el poder público y los particulares. Vale señalar -aquí- que la magistratura es la intérprete de los derechos de todos los ciudadanos, y lo hace “desde abajo” partiendo de los conflictos sociales concretos que le corresponde resolver a partir de los casos sometidos a su conocimiento (Donini, 2005: 403).

Efectuada esta breve síntesis, a los efectos de una mayor claridad y sistematización del presente trabajo, su contenido versará sobre la importancia de aquel principio constitucional por el que se pretende proteger a toda persona del intento por parte del Estado de ser perseguida penalmente más de una vez por el mismo hecho. Para cumplir con este objetivo, se hará -en primer lugar- una aproximación a la regla del “*ne bis in ídem*”, abordando su concepto, origen, marco normativo y alcance, tanto desde la perspectiva sustantiva como de la procesal. Luego, se ingresará de lleno en el estudio propiamente dicho de la prohibición de la doble persecución penal, donde se analizarán los requisitos necesarios para su configuración (identidad de persona, de objeto y de causa), y su recepción en la jurisprudencia nacional. Para terminar, y a modo de corolario, se concluirá con las reflexiones personales que surgieron en razón del tratamiento de la temática elegida.

II. Aproximación al “*ne bis in ídem*”

1) *Concepto*

Previo a abordar su significación por parte de los autores, resulta pertinente hacer una aclaratoria en cuanto a la raíz etimológica del principio a analizar. Si bien es común encontrar en la doctrina y en la jurisprudencia el uso del aforismo “*non bis in ídem*” o “*ne bis in ídem*” para hacer referencia a aquél, lo cierto es que -en realidad- este último es el adecuado, toda vez que en latín el adverbio de negación simple “*non*” es utilizado para negar un hecho real, mientras que “*ne*” se emplea para aludir a las prohibiciones (Jauchen, 2005: 376).

Ahora bien, la citada locución suele ser definida -por algunos- como una máxima latina que significa “no dos veces sobre lo mismo” (Cabanellas, 1992: 175). Otros, la consideran un criterio de interpretación o solución en constante conflicto entre la idea de seguridad jurídica y la búsqueda de justicia material, que tiene su expresión en un criterio de la lógica, de que lo ya cumplido no debe volverse a cumplir (De León Villalba, 1998: 388). Por último, hay quienes la entienden como una interdicción de la doble sanción sobre la triada de identidades de sujeto, hecho y fundamento (García Enterría, 2000: 50).

En efecto, cualquiera sea la definición adoptada, el “*ne bis in ídem*” garantiza a toda persona que no sea juzgada nuevamente por el mismo delito o infracción, a pesar de que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda ocasión.

2) *Origen y marco normativo*

Un antecedente trascendental de esta prohibición, está representado por la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que la incluye como una garantía de seguridad individual. Esto denota

una de las primeras visiones políticas expresas del “ne bis in ídem”, pues en el contexto del common law se la formula como un límite al poder punitivo del Estado establecido en favor de los ciudadanos. Es así como de dicha enmienda se deduce una prohibición asimilable al “ne bis in ídem”: el “double jeopardy”, que implica -según el espíritu de aquella Constitución- que nadie puede ser sometido, por el mismo delito, dos veces a un juicio que pueda causarle la pérdida de la vida o de algún miembro. Debe aclararse aquí, que si bien es establecida con miras a las penas corporales, ello no implica que no tenga validez en cuanto a las penas privativas de libertad. Así, la misma se interpreta de forma amplia, a los fines de extender sus alcances a esta última categoría de sanciones penales y, concretamente, para evitar un nuevo riesgo de privación de la libertad personal. De esto puede apreciarse que la Constitución de los Estados Unidos garantiza al acusado la excepción de cosa juzgada, que protege a una persona que ya fue sometida a juicio, contra un nuevo enjuiciamiento por los mismos hechos.

Entre los instrumentos internacionales dotados de obligatoriedad jurídica que se preocupan por asegurar la aplicación de esta regla, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 14.7 establece que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya fue condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. En el ámbito americano la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone en su artículo 8.4 que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Ya en el contexto nacional, si bien nuestra Ley Fundamental no la prevé originariamente en forma expresa, con arreglo a su artículo 33, según el cual la enunciación no es limitativa, se la reconoce como uno de los derechos no enumerados pero que surgen del sistema republicano y del Estado de Derecho (Dayenoff, 2007:13). Asimismo, los dos tratados mencionados en el párrafo anterior pasan a formar parte del derecho interno de la República Argentina mediante las leyes nros. 23.313 y 23.054, sin perjuicio de que a partir de la reforma operada en el año 1994, adquieren jerarquía constitucional mediante su incorporación al artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna.

3) Alcance

El principio limitativo analizado tiene dos vertientes: una sustantiva (prohibición de doble punición) y una adjetiva o procesal (prohibición de doble persecución penal). De ambas se derivan una serie de incidencias o implicancias.

a) Incidencias en el plano sustantivo: esta fórmula se refiere a la reacción penal material (condena, pena o castigo). Su consecuencia más importante es la carencia de reparos jurídicos para admitir la revisión de una sentencia firme, aun en contra del imputado absuelto o del condenado por un hecho punible menos grave o a una pena más leve que la correspondiente y, en general, para concebir el recurso del acusador contra la sentencia. Lo único que garantiza es que una persona no sufra la reacción penal más de una vez (Maier, 2006: 598).

b) Incidencias en el plano procesal: en este segundo aspecto, el “ne bis in ídem” impide la persecución penal y se extiende como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal. Por esa razón, cubre el riesgo de una persecución penal renovada cuando feneció una anterior o aun está en trámite. El principal efecto de la regla así concebida consiste en impedir absolutamente toda posibilidad de establecer el recurso de revisión en contra del imputado absuelto o del condenado por un delito más leve (Maier, 2006: 638). Por lo demás, es claro que la fórmula extiende su influencia al mismo trámite procesal, declarando inadmisibles tanto el regreso sobre la persecución penal ya agotada, como la persecución penal simultánea ante distintas autoridades.

III. La prohibición de la doble persecución penal

1) Requisitos generales para su existencia

La doctrina, a los fines de dar una respuesta analítica al interrogante de cuándo se configura un “bis in ídem” requiere la existencia de tres “identidades” que deben presentarse en forma conjunta. Ellas

son: la de la persona perseguida (“*eadem personae*”), la del objeto de persecución (“*eadem res*”) y la de la causa de persecución (“*eadem causa petendi*”).

a) Identidad personal: se refiere a que la persona que fue condenada o absuelta, o que está siendo sometida a enjuiciamiento penal, y a la cual se le imputa ese mismo hecho, sucesiva o simultáneamente, debe ser la misma. El principio sólo ampara a aquel sujeto que está siendo sometido al peligro de una nueva punición por el mismo hecho. De esto se desprende que el principio no tiene efecto extensivo en favor de los demás coautores o partícipes que aun no hayan sido juzgados (Binder, 2002: 169).

b) Identidad objetiva: este segundo elemento alude al hecho como acontecimiento de la realidad, como un suceso fáctico, independientemente de la tipificación legal que pueda otorgársele en cualquiera de los procesos. Se trata de una identidad eminentemente fáctica y no de calificación jurídica. Existen algunos casos interesantes en los que se discute la configuración del principio; así están los supuestos de “concurso de delitos” que exigen una operación hermenéutica a los fines de determinar si se trata de un mismo hecho o de hechos diferentes. Así, por ejemplo, el concurso real o material, supone la imputación de hechos diferentes; se trata -en concreto- de una pluralidad de eventos realizados por una misma persona y que constituyen una pluralidad de delitos (Mir Puig, 1998: 673). Por tanto, en este primer supuesto nada obsta a que se inicie un nuevo proceso para castigar los hechos en cuestión que aún no fueron enjuiciados, ya que se trata de una pluralidad de hechos, entre los cuales, a lo sumo, existe un vínculo que no altera en forma alguna sus respectivas autonomías (Leone, 1963: 344). El concurso ideal o formal se configura cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones penales. El eje fundamental de esta institución es la unidad de hecho, la cual se determina conforme a los criterios desarrollados en el derecho penal. Aquí se daría una identidad de hecho y, por ende, la prohibición de “*bis in ídem*”. El caso genérico del concurso de leyes o concurso aparente, con todas sus subespecies, es idéntico al del concurso ideal, ya que se trata también de una imputación única que desde el punto de vista jurídico penal admite más de un encuadramiento jurídico y a diferencia del anterior, sólo uno es operable. El llamado delito continuado merece el mismo tratamiento, pues a pesar de que se reconoce integrado por varios comportamientos o hechos diversos, separables fáctica y jurídicamente, la teoría del delito establece como ficción su unidad imputativa por razones políticas. En vista de lo anterior, en el cual en un proceso primigenio ya se juzgó el hecho sólo por una de las varias figuras punibles en las que encuadra el evento, no puede -luego- el Estado pretender motorizar nuevamente el “*ius puniendi*” a los fines de enjuiciar a esa misma persona por la otra u otras figuras punibles en las que también se subsume ese hecho, y que quedan por fuera en el primer proceso.

c) Identidad de causa: a pesar de que exista identidad de persona y de objeto en dos o más procesos distintos, puede ocurrir que la regla del “*ne bis in ídem*” rechace su propia aplicación. La doctrina examina los casos que provocan este resultado excepcional como otra identidad, de causa o de pretensión punitiva. Es decir, nuclea bajo un nombre equívoco diversas situaciones en las que la múltiple persecución penal es tolerada por el orden jurídico. En verdad, de lo que aquí se trata es de delinear ciertos límites racionales al funcionamiento del principio, en el sentido de permitir la múltiple persecución penal de una misma persona por un mismo hecho, cuando la primera persecución, o una de ellas, no pudo arribar a una decisión de mérito o no pudo examinar la imputación, objeto de ambos procesos, desde todos los puntos de vista jurídico penales que merece, debido a obstáculos jurídicos. Un primer aspecto de la solución reúne a aquellas decisiones que afirman su fuerza de cosa juzgada formal, pero rechazan la fuerza de cosa juzgada material. Todas ellas, una vez firmes, llevan implícito el efecto de impedir el planteo del caso de la misma manera en que fue formulado, pero no inhiben una nueva persecución, materialmente idéntica, no bien se corrijan los defectos u obstáculos que impiden la primera. Por lo tanto, la posibilidad de la sentencia de mérito es la que domina el principio. Sin embargo, existen otros casos en los que, a pesar de ser posible y debida dicha sentencia de mérito, ella -por ciertos obstáculos que impone la misma ley- no puede agotar el tratamiento jurídico penal del hecho o unificar procesalmente la pretensión punitiva que emerge de ese hecho. Cuando concurren formalmente dos infracciones a la ley penal, perseguibles de distinto modo (acción priva-

da y acción pública), y una de ellas no se puede juzgar por un obstáculo jurídico no superado (falta de persecución de quien está legitimado para ello) o no se puede juzgar por el mismo procedimiento (distinto para los delitos de acción pública y los de acción privada, y prohibición de la ley procesal de acumular estas acciones en un único procedimiento), la sentencia final sólo puede apreciar jurídicamente el hecho atribuido de modo parcial y la limitación proviene de la propia ley.

2) Recepción de la regla en la jurisprudencia nacional

La Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace muchos años reconoce la raigambre constitucional del principio en estudio. (1)

El más antiguo de los casos en que aparece abordada la cuestión es el de “Justiniano Luis Pereyra”. Éste es condenado como autor de homicidio con exceso en la legítima defensa. La pena se gradúa considerando como circunstancia de agravación las heridas en el rostro causadas a la víctima después de muerta. El tribunal que la impone ordena, al mismo tiempo, abrir un nuevo proceso para determinar si esas heridas constituyen una tentativa imposible del delito de lesiones, cuestión que se resuelve afirmativamente en el segundo fallo. Este último es materia del recurso extraordinario que la Corte desestima por considerarlo tardíamente interpuesto en tanto sostiene que debió deducirse contra la primer sentencia que ordenó el nuevo proceso. La cuestión vinculada al “ne bis in ídem” se aborda en un “obiter dictum” a mayor abundamiento y con una salvedad contrastante con la manera afirmativa que luego va a ser empleada en la mayoría de los fallos posteriores. La afectación del derecho de defensa en juicio por la reiteración de procesos está tratada por la Corte admitiéndola a título de hipótesis. El prestigio adquirido por este caso tal vez se deba al dictamen del Procurador General que puntualiza que la prohibición de doble juzgamiento, además de consagrada en norma expresa de la ley procesal, resulta implícita en el resguardo del debido proceso contenido en la Constitución nacional, inspirado en la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Recién en 1968, con el precedente “Mattei” es que surge una afirmación concreta referida a la prohibición que veda la doble persecución penal. Aunque la doctrina de este caso alude principalmente a la afectación del derecho de defensa en juicio por la excesiva demora del proceso, está claro que la regla bajo estudio constituye uno de los tres argumentos en que se basa el fallo, pues se la califica como pilar básico del ordenamiento penal señalándose su fundamento garantizador y su raigambre constitucional. No está dicho cuál es la disposición de la Carta Magna que la contiene pero parece deducirse que sería el resguardo de la defensa en juicio consagrada en el artículo 18 de la Ley Fundamental.

En 1975, en el caso “Jacobó Belozercovsky” se deja sin efecto una resolución que no atiende adecuadamente un planteo de cosa juzgada basado en la existencia de un proceso anterior concluido con un sobreseimiento. Aunque la Corte aquí no menciona de modo expreso el principio del “ne bis in ídem” -ya que se basa en la defectuosa fundamentación del tribunal al que ordena emitir un nuevo pronunciamiento-, sí invoca -en sustento de su determinación- el dictamen del Procurador General que alude específicamente a esa regla. Este último, por su parte, contiene una afirmación que va a repetirse en casos posteriores con relativa frecuencia, la del rango constitucional que, según dice, es reconocido de manera reiterada por la Corte.

Aunque ceñido a discurrir sobre la existencia de cosa juzgada sin mencionar para nada la prohibición contra el doble juzgamiento, el caso “Martínez de Perón” incide en la temática en tanto revoca un pronunciamiento que sí hace referencia al principio bajo estudio. Algo similar ocurre con el dictamen del representante del Ministerio Público Fiscal que, no obstante propiciar la revocación, se hace cargo de la cuestión con citas de sus antecesores en el cargo y de la jurisprudencia de la misma Corte así como de la de su par estadounidense. El caso es el del uso de los fondos de la llamada “Cruzada de

(1) Cabe destacar que en este segmento del trabajo, sólo se analizarán aquellos fallos (los más trascendentes) en los que el Alto Tribunal federal delineó los alcances del principio del “ne bis in ídem”.

la Solidaridad” mediante un cheque extendido por la entonces presidente de la Nación que es objeto de una denuncia en la que, sin ni siquiera ser escuchada la imputada, se dicta un sobreseimiento. Resulta destacable de este caso la desestimación del valor de cosa juzgada del que se conoce como sobreseimiento absoluto. En lo que atañe al “ne bis in ídem”, lo más importante es la insistencia del Procurador de que se trata de una garantía no enumerada de la Constitución Nacional no obstante lo cual se la considera inaplicable al caso. Esta doctrina parece inaugurar una serie de pronunciamientos posteriores que siguen un solo camino: proclamar enjundiosamente el principio y desechar -al mismo tiempo- su aplicación.

No solamente la cosa juzgada, también la litis pendencia da pie a la aplicación de la mentada prohibición según surge del caso “Ganra de Naumow” en el que otra vez se expide el Procurador General afirmando el reiterado reconocimiento -por parte del Alto Tribunal federal- de la jerarquía constitucional de la regla. En esta oportunidad, el dictamen se encuentra compartido por la Corte que hace suya la doctrina y la afirmación de ser repetida su aplicación. Por otra parte, con este fallo se extiende el alcance de la prohibición vedando no solamente una nueva condena sino además un nuevo proceso.

Consecuencia de esto último es que también un planteo de nulidad de actuaciones basado en la existencia de una condena anterior puede hacer surgir la cuestión, en tanto la desestimación del principio conculca la posibilidad de impedir el nuevo proceso. Es lo que se establece en el caso “Martínez de Perón” aunque sólo con el alcance de permitir el recurso a la máxima instancia federal. En el tratamiento concreto de la apelación extraordinaria el reclamo resulta rechazado al entender que no existe doble juzgamiento con el proceso por aceptación de dádivas que ya había dado motivo a un acta de responsabilidad de la junta militar gobernante.

En el año 1983, el Supremo Tribunal resuelve el precedente “De la Rosa Vallejos” en el que el imputado es procesado por el delito de contrabando, y posteriormente sobreseído por la justicia en lo penal económico, al entender que el hecho investigado no constituye delito. No obstante ello, la Administración General de Aduanas condena al nombrado a las sanciones de multa y decomiso, por estimarlo responsable de la figura de contrabando en grado de tentativa. Así, De la Rosa Vallejos apela dicha resolución ante la Cámara en lo Penal Económico, quien la revoca argumentando que una vez dictado en sede judicial el sobreseimiento basado en la inexistencia de la figura delictiva, la sanción impuesta por la Aduana deviene violatoria del “ne bis in ídem”. Por su parte, la Corte confirma este último decisorio, basándose en que el sumario administrativo y el proceso penal por el mismo hecho no vulneran el mentado principio, si las responsabilidades que se adjudican y aplican son diferentes. Pero si la sanción administrativa es accesoria de la penal, ambas dependen de la comprobación del mismo delito y si se dicta el sobreseimiento respecto al ilícito, juega la regla contra el doble juzgamiento (Carrió, 2006: 593). (2)

El criterio consecuente en el sentido de admitir la vía de impugnación federal, afirmar el rango constitucional del instituto en trato y su afectación con la sola sustanciación de un nuevo proceso, reaparece con el fallo “Oscar Juan Plaza y otros” en el que el sobreseimiento de un procesado por contrabando es oficiosamente anulado por un tribunal de apelación.

No quiso, en cambio, la misma Corte invalidar por igual vía la represión incrementada que el Código Penal aplica a la reincidencia, modalidad ésta que queda aprobada constitucionalmente. Es lo que sostienen, entre otros, los casos “Valdez” y “L’Eveque”, ambos dictados en el año de 1988.

La línea principista enunciada en el caso “Plaza” es abandonada -otra vez- en “Weissbrod” en el que se trata de la anulación de una sentencia absolutoria por un tribunal de apelación que permite un

(2) Juntamente con este caso, la Corte resuelve los precedentes “Heer, Carlos Oscar s/Infracción Ley de Aduana 21.898”, sent. del 10/III/1983 (Fallos: 305:241); y “Recurso de hecho deducido por el Fiscal Nacional (Administración Nacional de Aduanas) en la causa Suárez, Luis Mateo s/inf. Ley 21.898”, sent. del 10/03/1983 (Fallos: 305:254). Dada la notoria similitud entre los casos, la Corte resuelve estos dos haciendo una simple remisión a los criterios expuestos en “De la Rosa Vallejos”.

nuevo proceso basándose en que, durante la instrucción previa al juicio, se omite indagar al acusado por algunos de los hechos investigados. La Corte -por mayoría- desestima la invocación del precedente “Mattei” pese a la obvia semejanza del caso, con el pretexto de que el recurso se plantea contra la segunda y no contra la primera sentencia por lo que resulta extemporáneo. Está citado en el voto mayoritario el caso Pereyra de 1960 que utiliza un criterio idéntico.

Se aleja todavía más de “Mattei” el fallo “Emilio Segundo Frades” que deja sin efecto una sentencia absolutoria dictada por una Cámara de apelación que se basa en la nulidad del libelo acusatorio. El criterio de la Corte en este caso conduce a que los vicios de la acusación redunden en beneficio del causante de tales vicios. Para poder sortear el escollo de la doctrina del citado fallo, el Máximo Tribunal federal se atiene al argumento según el cual las restricciones que la demora ocasiona en este caso al sometido a proceso, no son tan graves como las de aquel otro, pues transcurrieron apenas tres años y ocho meses desde la iniciación del proceso.

Contrastante con el caso anterior, en “Taussig”, los yerros de la acusación son considerados insalvables y se hace aplicación de la doctrina de “Mattei” y del rango constitucional de la prohibición de doble persecución penal para impedir una nueva querrela por delitos contra el honor de quien abandona sin llevar adelante una anterior. Desde luego que el carácter privado de la acción de esa clase de delitos puede marcar una diferencia con el caso anterior. Lo curioso es que esa diferencia debiera conducir al resultado inverso: la más importante fundamentación de la prohibición es evitar que el Estado, con todos sus recursos, pueda efectuar repetidos intentos de juzgar criminalmente a un imputado, fundamentación que no surge en el caso de ser un particular el acusador y sí, en cambio, cuando quien acusa es el representante del Estado. La otra explicación del contraste puede ser el hecho de que, al considerar abandonada la primera querrela, el tribunal dicta un sobreseimiento que el querellante consiente. Sin embargo, a estar a la narración contenida en el dictamen del Procurador General, parece tratarse de un sobreseimiento inapropiado que bien pudo evocar la doctrina antes sentada en Fallos 298:737 (“Martínez de Perón”) en el sentido de que esa especie de pronunciamientos carece del efecto de la cosa juzgada.

Contradiendo totalmente esta última posibilidad, en la causa “Peluffo”, la Corte estima que es imperativo el dictado de un sobreseimiento con valor de cosa juzgada que impida al damnificado querrellarse por delitos contra el honor luego de que quedara extinguida por derogación de la ley, la acción por delito de desacato. Expresamente desautoriza el Alto Tribunal el temperamento adoptado por la instancia anterior que se limita a ordenar el archivo de actuaciones con el propósito de evitar la cosa juzgada y la obstaculización al derecho del particular damnificado de querrellarse por hechos de acción privada.

Hubieron de pasar dos años para que la buena doctrina reapareciera. En el caso “Polak” se entiende que afecta la regla contra la doble persecución la sentencia del Tribunal Superior que anula el fallo de absolución y el debate previo, en razón de errores y vicios de la acusación. Los considerandos de este fallo enuncian algunos principios que es indispensable ratificar. Por un lado, afirma que la garantía del debido proceso es establecida a favor del acusado (considerando 15) y, por el otro, que el “ne bis in ídem” reconoce por fundamentación sustancial que no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito (considerando 17).

De todos modos, no puede decirse que esa clara doctrina se encuentre asentada en la jurisprudencia de la Corte. Pocos meses antes del fallo “Polak”, en el caso “Alvarado” queda fijado un criterio francamente contradictorio con aquél, al dejarse sin efecto un pronunciamiento de apelación que, frente a nulidades atribuidas al trámite procesal, se opta por absolver al acusado. En otras palabras, el Máximo Tribunal nacional hace lo que luego criticaría en “Polak”, o sea, anular una absolución para dar nueva oportunidad a la persecución oficial. Ese mismo temperamento es el que se mantiene en otros tres casos posteriores: “Acosta”, “Bianchi” y “Verbeke”. En todos ellos queda una valiosa disidencia invariablemente puntualizada por el doctor Petracchi, planteada a partir del siguiente interrogante: ¿Es posible que, en un caso en el que es el acusador público quien requiere la revocación

de la sentencia absolutoria, se someta al imputado a un nuevo juicio íntegro cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes?

Una cuestión distinta, raramente abordada por la Corte, es la del concurso de delitos y el delito continuado. Es lo que aparece tratado en el caso “Pompas” con la conclusión de que al calificarse como delitos reiterados -es decir materialmente concurrentes- hechos que, según el Alto Tribunal, son constitutivos de un delito continuado, se transgrede la regla del “ne bis in ídem”. La doctrina es trascendente en varios aspectos. Primero, porque deja de lado la abstención de la Corte de considerar el alcance o la interpretación de los tipos penales, desechada como cuestión de hecho y derecho común no susceptible de revisión federal. Segundo, porque enuncia de manera clara que el principio tiene rango constitucional con cita exclusiva de la Convención Americana de Derechos Humanos; es decir, sin aludir a su carácter implícito en el texto de la Carta Magna ni a la figura del debido proceso o a la defensa en juicio. Tercero, porque sugiere la posibilidad de llevar a la instancia federal extraordinaria muchas cuestiones de interpretación de figuras penales. Con tal que se invoque la aplicación arbitraria de las reglas del concurso de delitos en vinculación con el doble juzgamiento surge, al decir del Procurador General -cuyo dictamen la Corte hace suyo- una cuestión federal simple. Aparte de eso, hay otro aspecto del fallo que conviene destacar por su alcance innovador que es la admisión del recurso no obstante su extemporaneidad. Haciendo hincapié en la existencia de serios motivos para estimar la naturaleza constitucional del planteo formulado, se resuelve soslayar la presentación tardía. No se alude para nada a los precedentes “Pereyra” y “Weissbrod” que se aferran al requisito de la interposición oportuna y que quedan de esa manera desestimados.

En 2003 se registra el caso “Videla, Jorge Rafael” en el que aparece tratado con cierto detenimiento el tema referido al “ne bis in ídem”. Puede decirse que el tribunal, no obstante desestimar el planteo de doble persecución, aprovecha la oportunidad para hacer un “obiter dictum” y enunciar una serie de conclusiones ilustrativas. En este sentido, puntualiza: 1) el carácter garantizador del principio y su origen en la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos; 2) su reconocimiento implícito en la Constitución Nacional como garantía no enumerada; 3) su incorporación de manera expresa por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 75 inc. 22 de la Ley Fundamental; 4) su extensión a los casos de nuevo proceso; es decir, su aplicación aún antes de que exista una segunda sentencia; 4) la adopción del temperamento que propician los autores para determinar su configuración; vale decir que se verifiquen las “tres identidades” (de persona, objeto y causa). Otra precisión significativa del fallo es aquella que señala que la duplicidad prohibida es la que concierne al hecho y no la relativa a las diferentes figuras legales posibles.

Cabe recordar también que el alcance de la doctrina que surge de los votos en disidencia del doctor Petracchi, es plasmado con mayor justeza en el caso “Olmos”. Lo que está en juego -según lo solicitado al interponerse el recurso extraordinario- es la interpretación de la garantía constitucional de la prohibición de la *reformatio in pejus*. La Corte sostiene -en su mayoría- que ella se conculca a raíz de que se agrava la situación de los procesados originada en el fallo anterior que se anula a instancia suya. En cuanto a los fundamentos dados, el nombrado ministro expone los alcances y limitaciones del “juicio de reenvío” por anulación de la sentencia. Expresa que en esos casos, no parece haber dudas de que existe violación al “ne bis in ídem” si el juicio pretende ser reeditado. Ello, en tanto los principios de preclusión y progresividad impiden que el imputado sea sometido a un nuevo debate íntegro cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes. En definitiva, en este precedente, de conformidad con la opinión mayoritaria del Alto Tribunal surge que la prohibición de reproducir etapas procesales superadas, so pena de afectar la regla que impide el doble juzgamiento, sólo puede invocarse en tanto sean observadas debidamente las etapas del procedimiento: acusación, defensa, prueba y sentencia; esto es, cuando no exista algún supuesto de nulidad insalvable, puesto que, en caso de haberlo, no podría el imputado ampararse en el “ne bis in ídem”.

En el año 2007, la Corte tiene oportunidad de fallar el caso “Kang”. El punto neurálgico en discusión y sobre el cual se erige un enjundioso debate, está en el alcance que cabe asignársele al principio en juego. Aquí, se recuerda que la mentada regla no sólo funciona ante la existencia de un veredicto

sobre el cual recayó firmeza, sino también cuando hay exposición al riesgo de que ello ocurra. Originalmente -en este caso- la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal resuelve, de acuerdo a lo requerido por el Ministerio Público Fiscal en su presentación recursiva, anular la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Luis, y disponer el reenvío de la causa a otro colegiado para la realización de un nuevo juicio. En esa oportunidad, la Casación omite pronunciarse sobre el agravio relativo a la afectación del “ne bis in ídem”. Aquí la Corte nacional -sin explayarse demasiado- hace lugar a la queja interpuesta en virtud del recurso extraordinario denegado y devuelve la causa a la instancia anterior para que se pronuncie sobre la cuestión federal invocada. De este modo, si bien el Alto Tribunal no fija posición sobre el fondo del asunto, cabe inferir de lo expuesto que el fallo acoge la pretensión formulada, ya que considera que la decisión en crisis resulta equiparable a definitiva, pues de dictarse una nueva sentencia -aun siendo absolutoria- sería inoficioso examinar recién allí el agravio planteado, pues -para entonces- “el riesgo” de ser sometido a un nuevo juicio ya se habría concretado. Para arribar a esta resolución, la Corte federal se remite a los argumentos explicitados en otros precedentes. Resulta de interés, la disidencia suscripta por los doctores Petracchi y Bossert en el caso “Alvarado”, donde sostienen que si se dispone la devolución de la causa para que sea nuevamente juzgada, ante un supuesto de nulidad de las actuaciones, dicho reenvío conlleva a la reedición total del juicio en perjuicio del imputado, quien es sometido otra vez a proceso por el mismo hecho. Este pronunciamiento dictado en la causa “Kang” es suscripto por los doctores Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay. En disidencia, se pronuncian los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Fayt, quienes declaran inadmisibles la queja por el rechazo de la impugnación extraordinaria, fundados en que la misma no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal. Luego de idas y vueltas, la causa finalmente es fallada por la Cámara Nacional de Casación Penal y ante la decisión tomada por esta última el fiscal general deduce el carril federal, que es concedido. En ese estado, el expediente es enviado a la Corte Suprema, la que tiene la última palabra sobre el alcance que corresponde otorgarle a su propia doctrina y al principio constitucional que veda el “bis in ídem”.

Tres años después, el Alto Tribunal tiene oportunidad de pronunciarse en el caso “Sandoval”. La mayoría de los magistrados intervinientes entiende que la cuestión relativa a la prohibición de la múltiple persecución penal es sustancialmente análoga a la examinada en la disidencia del caso “Alvarado”; y por ello, declara procedente el remedio extraordinario, revocando el pronunciamiento impugnado. Este fallo es suscripto por los doctores Lorenzetti, Fayt, Petracchi y Zaffaroni (este último arriba a idéntica solución que sus colegas pero por argumentos distintos). Con relación al principio en trato, mientras la doctora Highton de Nolasco se remite a su disidencia en el caso “Olmos”, el doctor Maqueda se pronuncia por la extemporaneidad de la impugnación federal, declarándolo inadmisibles. A su turno, la jueza Argibay sostiene que la defensa -en su oportunidad- no articuló recurso de queja contra la resolución del superior tribunal provincial que no hizo lugar al carril extraordinario impetrado contra la decisión por la cual aquel órgano anuló parcialmente la sentencia de la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca, y el debate correspondiente, en relación a David Andrés Sandoval, y reenvió la causa para que -con distinta integración- se dicte una nueva sentencia. En definitiva, considera que dicha omisión torna extemporánea la introducción del agravio atinente a la regla que prohíbe el doble juzgamiento. Respecto de los demás reclamos formulados, los declara inadmisibles. Finalmente, y en lo que hace al voto del doctor Zaffaroni, este ministro centra el origen de la cuestión en el motivo por el cual el Superior Tribunal de provincia anula la absolución y dispone el reenvío. Así, reconociendo la dificultad que se genera a partir de la receptación legal de una concepción bilateral de los recursos, estima de vital importancia para la suerte del remedio extraordinario que la razón por la cual se anula el primer pronunciamiento del tribunal juzgador es la necesidad -expuesta por el órgano que revisa la absolución- de que se realicen otras diligencias probatorias (frente a la existencia de informes periciales contradictorios) que no son solicitadas ni por la parte querellante ni por el representante del Ministerio Público Fiscal. De allí que lo decisivo en el caso para el citado ministro es que el temperamento seguido por el Superior Tribunal de provincia afecta la garantía de defensa en juicio del imputado al someterlo a un segundo riesgo de condena por los mismos hechos, en la medida en que el nuevo proceso resulta de la vulneración de los principios de

igualdad y de la división de poderes que caracterizan a la etapa acusatoria del sistema mixto de enjuiciamiento criminal adoptado por la legislación provincial, con mengua del estado de inocencia. En síntesis, culmina diciendo que el reconocimiento del carácter determinante de un nuevo peritaje no autoriza a la parte querellante a solicitar la revocación del fallo absolutorio por la alegada omisión del tribunal de juicio (cabe recordar que el fiscal no formula acusación al momento de alegar) dado que ello, en cualquier supuesto, implicaría extender en otros sujetos procesales la propia responsabilidad en la presentación del caso.

Por último, se presenta nuevamente el caso “Kang”. La Corte -por mayoría- resuelve en sentido contrario a lo dictaminado por el Procurador General, señalando que la decisión adoptada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal se sustenta en diversos precedentes del Alto Tribunal que tienen fundamento no sólo en el principio que prohíbe la múltiple persecución penal sino, además, en el derecho que asiste a todo imputado a librarse del estado de sospecha que comporta el enjuiciamiento penal, dentro de un plazo razonable. En esa línea argumental, subraya que el Ministerio Público Fiscal se limita a expresar su discrepancia con la interpretación del “ne bis in ídem” postulada por el “a quo”, extendiéndose en consideraciones relativas a las facultades y función de los recursos interpuestos por el fiscal, pero sin refutar el argumento central del fallo, referido a la inadmisibilidad de que los errores procesales producidos en el caso recaigan sobre el imputado que no los produjo. Añade a lo expuesto que el recurrente tampoco dijo nada en cuanto a cómo sería posible compatibilizar la solución del reenvío reclamada con el derecho a obtener un pronunciamiento definitivo dentro de un plazo razonable. Indica que este último aspecto resulta de particular significación, en tanto la parte pretende que se lleve a cabo un nuevo juicio por hechos de contrabando que datan de 1995 y 1996, por los que el imputado se encuentra procesado desde el 17 de marzo de 1998 y respecto de los cuales ya en el juicio anterior la fiscalía estimó necesaria la realización de una instrucción suplementaria. De ahí que concluye que el recurso intentado carece de fundamentación suficiente. Por otra parte, y en cuanto a la imposibilidad de que los errores del Estado recaigan sobre el encausado, el Alto Tribunal parece compartir los argumentos brindados por la mayoría del órgano casatorio que -en lo sustancial- expresan que la decisión recurrida rechazó toda posibilidad de retrogradación de los procedimientos por vía del recurso articulado por la acusación contra la sentencia absolutoria que obedeció exclusivamente a errores del Estado, en virtud de la preclusión operada a favor del imputado (considerando n° 2). Para finalizar, la Corte aduna que la cuestión en estudio resulta sustancialmente idéntica a la tratada en los autos “Sandoval, David Andrés”, remitiéndose -en lo pertinente- a las consideraciones allí vertidas. Por tales argumentos, es que desestima el recurso extraordinario. Este fallo está suscripto por los ministros Lorenzetti, Fayt y Petracchi. El doctor Maqueda, vota por declarar mal concedida la vía federal, al entender que carece de fundamentación suficiente (cfr. art. 15 de la ley 48). La jueza Argibay -por su parte- resuelve la inadmisibilidad de la impugnación recursiva de excepción, por aplicación del certiorari negativo (cfr. art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Finalmente, los doctores Highton de Nolasco y Zaffaroni, suscriben en disidencia, al compartir los argumentos dados por el Procurador General y, en consecuencia, votan por hacer procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada.

IV. Reflexiones finales

Llegados al final de este trabajo, pueden deducirse las siguientes conclusiones:

El Derecho Penal, concebido como rama del saber jurídico, debe cumplir una función política, que se traduce en la contención y reducción del poder punitivo que ejerce el Estado, a través de las distintas agencias que componen el sistema penal. Con esta visión se busca el progreso del Estado constitucional.

La construcción del derecho penal, entendido en el sentido anterior, debe hacerse sobre la base de unos principios limitadores, dentro de los cuales se encuentra la prohibición de “bis in ídem”, que implica la imposibilidad de castigar o juzgar dos veces a una persona por el mismo hecho.

En cuanto al origen y evolución de este principio, tiene fundamental importancia la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en tanto se trata de un hito histórico que la establece -por primera vez- con una finalidad política expresa.

El “ne bis in ídem” puede ser analizado desde dos vertientes, una sustantiva o material, que significa la prohibición de castigar a una persona dos o más veces por el mismo hecho; y una adjetiva o procedimental, que se traduce en la prohibición de múltiple persecución penal, sucesiva o simultánea, por el mismo hecho.

Para la configuración del “ne bis in ídem”, en cualquiera de sus dos vertientes, se requiere la concurrencia de tres requisitos: a) identidad de persona; b) identidad de objeto; y c) identidad de causa.

Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno al principio bajo estudio reflejan numerosas sinuosidades en la interpretación llevada a cabo; ello a partir de las exclusiones en algunos casos así como también la inclusión en otros. En cuanto atañe a conclusiones que sean consecuencias indiscutidas de los fallos dictados por el Alto Tribunal federal, poco es lo que puede aseverarse; tal vez la más afirmada sea la interpretación concerniente a la extensión de la prohibición en el sentido de que puede ser invocada desde que se abre un nuevo proceso sin tener que esperar la sentencia. Fuera de eso y como postulaciones más sólidamente sustentadas y que es de desear que sean no sólo mantenidas sino aplicadas con verdadero rigor, están las de los casos “Mattei”, “Plaza” y “Polak”.

V. Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique (2002) *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons.

BINDER, Alberto Martín (2002) *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

CABANELLAS, Guillermo (1992) *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

CARRIÓ, Alejandro (2006) *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

DAYENOFF, David Elbio (2007) *Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: García Alonso.

DE LEON VILLALBA, Francisco Javier (1998) *Acumulación de sanciones penales y administrativas: Sentido y alcance del principio “ne bis in ídem”*. Barcelona: Bosch.

DONINI, Massimo. “Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios”, En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Módena, mayo 2005 LVIII-2, 403.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo (2000) *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, t. I.

JAUCHEN, Eduardo Marcelo (2005) *Derechos del Imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

LEONE, Giovanni (1963) *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, t. III.

MAIER, Julio (2004) *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, t. I.

MIR PUIG, Santiago (1998) *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2005) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

VI. Jurisprudencia consultada

CSJN, 04/02/1960. Pereyra, Justiniano Luis. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 248-232.

CSJN, 29/11/1968. Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa Mattei Ángel s/ contrabando de importación en Abasto. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 272-188.

CSJN, 21/02/1969. Pousa, Lorenzo s/ deduce acción de amparo contra el Banco Central de la República Argentina. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 273-66.

CSJN, 03/07/1975. Incidente de excepción de cosa juzgada promovido por Belozercovsky, Jacobo. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 292-202.

CSJN, 22/09/1977. Incidente de excepción de cosa juzgada (opuesta en causa 3150/75). *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 298-736.

CSJN, 29/11/1977. Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa Ganra de Nau-mow, Ana María s/ sumario n° 22.231. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 299-221.

CSJN, 19/12/1978. Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa Martínez de Pe-rón, María Estela s/ infracción al artículo 259 del Código Penal. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 300-1273.

CSJN, 10/03/1983. Recurso de hecho deducido por el Fisco Nacional (A.N.A.) en la causa De la Rosa Vallejos, Ramón s/ art. 197 de la Ley de Aduanas. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 305-246.

CSJN, 10/03/1983. Heer, Carlos Oscar s/ Infracción Ley de Aduana 21.898. *Fallos de la Corte Supre-ma de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 305-241.

CSJN, 10/03/1983. Recurso de hecho deducido por el Fiscal Nacional (Administración Nacional de Aduanas) en la causa Suárez, Luis Mateo s/ inf. Ley 21.898. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 305-254.

CSJN, 11/02/1986. Plaza, Oscar Juan; Papponetti, Miguel Ángel; Pirillo, José s/ infracción art. 864, inc. b) y d), ley 22.415. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 308-84.

CSJN, 21/04/1988. Valdez, Enrique Carmelo y otra s/ robo con armas y encubrimiento. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 311-552.

CSJN, 16/08//1988. L'Eveque, Ramón Rafael s/ robo. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 311-1451.

CSJN, 25/04/1989. Recurso de hecho deducido por el abogado defensor de Pedro Weissbrod en la causa Weissbrod, Pedro s/ causa n° 6062. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 312-597.

CSJN, 14/12/1989. Frades, Emilio Segundo; Figueroa, Alejandro José s/ robo en grado de tentativa. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 312-2434.

CSJN, 30/04/1991. Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Taussig, Jorge F. s/ artícu-los 109 y 110 del Código Penal -causa n° 6946-. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 314-377.

CSJN, 06/02/1996. Peluffo, Diego s/ promueve querrela por desacato -procesados Cosme Rana y Mauricio Eiman-. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 319-43.

CSJN, 15/10/1998. Polak, Federico Gabriel s/ violación de los deberes de funcionario público s/ casación -causa n° 174-. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 319-43.

CSJN, 07/05/1998. Alvarado, Julio s/ averiguación infracción art. 3º ley 23.771 (ANSES). *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 321-1177.

CSJN, 04/05/2000. Acosta, Leonardo y otros s/ robo calificado en grado de tentativa. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 323-929.

CSJN, 27/06/2002. Bianchi, Guillermo Oscar s/ defraudación. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 325-1404.

CSJN, 03/11/2002. Pompas, Jaime y otros s/ p. ss. aa. de defraudación calificada -causa nº 17/2000-. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 325-3255.

CSJN, 10/04/2003. Verbeke, Víctor Julio s/ homicidio s/ casación. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 326-1149.

CSJN, 21/08/2003. Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 326-2805.

CSJN, 09/05/2006. Olmos, José Horacio; De Guernica, Guillermo Augusto s/ estafa. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 329-1447.

CSJN, 15/05/2007. Kang, Yong Soo s/ causa nº 5742. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 330-2265.

CSJN, 31/08/2010. Recurso de Hecho Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado por ensañamiento (3 víctimas) Sandoval, Javier Orlando s/encubrimiento -causa nº 421.923/02-. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 333-1687.

CSJN, 27/12/2011. Kang, Yong Soo s/ recurso extraordinario. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 334-1882.

El problema de las normas interconectadas: Una visión desde la Convención Interamericana de Derechos Humanos

POR CALOGERO PIZZOLO (*)

Sumario: I. Nociones introductorias. — II. El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. — III. Palabras finales. — IV. Bibliografía.

Resumen

El siglo XXI se presenta como un siglo de cambios de paradigmas. Vivimos en la era de la globalización y ello tiene una repercusión directa en el derecho, y muy especialmente en el derecho constitucional. El paradigma clásico nos señalaba a las normas constitucionales y a los tribunales locales con competencia exclusiva para desarrollar el llamado control de constitucionalidad. La universalización de los derechos humanos y la evolución de tribunales supranacionales donde las personas pueden presentarse para reclamar sobre las violaciones a sus derechos por parte de los Estados, tienden a modificar dicho paradigma. La integración de bloques de constitucionalidad con normas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos para actuar, junto a las normas constitucionales, como normas básicas de referencia, nos lleva al problema de las normas interconectadas. Ya no son las instancias locales las que tienen la última palabra, por ejemplo, en materia de derechos humanos. Las normas interconectadas lo son también a intérpretes finales en sedes supranacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que utilizan sus propios parámetros de legalidad primaria. La promoción de un diálogo interjurisdiccional entre la comunidad de intérpretes se presenta como una salida consensuada al problema⁷.

Palabras clave: Control de constitucionalidad - Universalización de derechos - Normas interconectadas - Corte Interamericana de Derechos Humanos.

LE PROBLÈME DES NORMES INTERCONNECTÉES: UNE VISION A PARTIR DE LA CONVENTION AMÉRICAINE RELATIVE AUX DROITS DE L'HOMME

Résumé.

Le XXI^{ème} siècle est un siècle de changements des paradigmes. Nous vivons à l'ère de la globalisation, ce qui incide directement sur le droit et particulièrement sur le droit constitutionnel. Le paradigme classique établissait que les normes constitutionnelles et les tribunaux locaux avaient compétence exclusive pour développer le contrôle de constitutionnalité. L'universalisation des Droits de l'Homme et l'évolution des tribunaux supranationaux où les personnes peuvent porter plainte sur les violations de leurs droits commises par les États, modifient le dit paradigme. L'intégration des blocs de constitutionnalité et les normes qui proviennent du droit international des Droits de l'Homme afin d'agir ensemble avec les normes constitutionnelles en tant que normes basiques de référence, nous conduit au problème des normes interconnectées. Les juridictions locales n'ont plus le dernier mot, par exemple, en matière de Droits de l'Homme. Les normes interconnectées sont aussi des interprètes finals aux sièges supranationaux, comme la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme qui emploie ses propres paramètres de légalité primaire. La promotion d'un

(*) Doctor en Derecho por la UBA donde es profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías, ambas materias de la carrera de abogacía. Catedrático Jean Monnet (UBA).

dialogue entre les juridictions de la communauté des interprètes est présentée comme une issue consensuée du problème.

Mots clés: Contrôle de constitutionnalité - Universalisation des droits-normes interconnectées - Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme.

I. Nociones introductorias

La existencia de *normas interconectadas* a ordenamientos jurídicos autodefinidos como autónomos constituye un fenómeno de nuestro tiempo. Se trata de *normas compuestas* que regulan una *materia común*, pero que no siempre guardan una coherencia interna entre los componentes normativos que la integran sean de origen interno o foráneos. Pero, además, se trata de normas que están conectadas, en última instancia, a una variedad de intérpretes propios que actúan sobre el respectivo componente normativo como su *intérprete final*.

Este escenario *pluridimensional* o *multinivel* potencia el conflicto normativo entre los diversos intérpretes intervinientes, sobre todo cuando las normas interconectadas lo son a materias comunes reguladas por normas constitucionales. Es decir, cuando al componente normativo de origen internacional se le opone un componente normativo de origen interno pero de jerarquía constitucional. El clásico principio de supremacía constitucional enfrenta aquí al principio de primacía defendido en sede supranacional.

Lo que plantea la “lectura constitucional” actual —mantiene Cruz Villalón refiriéndose concretamente a la Unión Europea (en adelante UE)—, es algo distinto a lo que hemos visto hasta ahora: plantea una “nueva pluralidad constitucional”. Es pluralidad porque se trata de una constitucionalidad que viene a sumarse a otra ya existente. Se abandona el terreno de las organizaciones internacionales, para asumir el carácter de una organización singular (Cruz Villalón, 2004: 137).

La adopción de la idea de *pluralismo constitucional* supone la puesta en cuestión de cualquier forma de supremacía en la comprensión de las relaciones entre los distintos componentes normativos de las normas interconectadas. Las relaciones entre normas no se basan ya, o al menos no sólo, en la jerarquía entre normas al punto tal de que Gomes Canotilho defiende que la pirámide normativa *está anticuada*. En general, se decía y enseñaba que la Constitución representaba el vértice superior de un sistema de normas construido bajo la forma de una “pirámide jurídica” la cual, en su globalidad, formaba un orden jurídico. Este modelo, sentencia el profesor portugués, no tiene hoy virtualidades suficientes para explicar la relevancia del derecho internacional y el actual derecho de la UE: no existe solo una norma en la cúspide del ordenamiento, en el nivel superior se sitúan varios *ordenamientos superiores* —ordenamiento constitucional, ordenamiento internacional y ordenamiento comunitario (UE)— cuya articulación ofrece inequívocas dificultades, sobre todo cuando cualquiera de esos ordenamientos disputa la *supremacía normativa* o, por lo menos, la *aplicación preferente* de sus normas y principios (Gomez Canotilho, 2003). En este contexto la pirámide como figura explicativa de la geometría jurídica, con el pluralismo constitucional, deja su lugar a una especie de trapecio al aplanarse su vértice superior donde ahora se detecta un pluralismo de ordenamientos superiores.

Lo dicho, por ejemplo, entraña “un cambio revolucionario en la idea de jurisdicción constitucional, muy ligada desde el origen al «monopolio» para el control de las leyes del cual emana la misma idea de «valor de ley»”. Al igual que los tribunales constitucionales desplazaron como supremos a los tribunales supremos, las jurisdicciones constitucionales han comenzado a compartir esa superioridad con entidades supranacionales. “Nadie es totalmente supremo en una estructura judicial de trabajo en red” (García Roca, 2012: 215).

II. El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Observemos un ejemplo actual que se produce con normas interconectadas al sistema interamericano. La Corte Interamericana, promueve abiertamente el *control de convencionalidad* como garan-

tía de *eficacia* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH). (1) En el caso *Almonacid Arellano* (2006), asume mayoritariamente como propio dicho control:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana”.

El *material controlante*, en consecuencia, está integrado por la propia CADH más la exégesis que de ella haga la citada Corte. De este modo, un Estado puede verse obligado por la doctrina sentada en una causa en la que él no ha sido parte, ni obviamente tenido oportunidad para alegar en pro de una interpretación diferente a la formulada en aquel expediente. Paralelamente, la interpretación formulada por la Corte Interamericana va a tener de hecho el mismo valor que la letra de la CADH, e incluso será superior a la redacción de éste, porque como intérprete final de la misma fija la superficie y el alcance de sus cláusulas escritas. Comenta Sagüés que, la Corte Interamericana, asume así los roles de una *Corte de Casación supranacional en derechos humanos*, en aras de “uniformar la interpretación” de los derechos emergentes de la CADH. Y ello importa, inexorablemente, una sensible reducción de las facultades de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación de derechos (Sagüés, 2010).

En el caso *Trabajadores Cesados* (2006), la mayoría de la Corte Interamericana vuelve a mencionar expresamente el control de convencionalidad. Cabe destacar que, mientras en el caso *Almonacid Arellano* (2006) se habla de “una especie de control de convencionalidad”, en este último caso citado se alude “directamente” al control de convencionalidad. Un año después, en el caso *Boyce* (2007), la Corte Interamericana ejerce el control de convencionalidad directamente frente a una norma constitucional.

El *efecto* de la “inconventionalidad” se traduciría en la falta de validez de la norma así descalificada, por carecer desde un inicio de efectos jurídicos. Por lo tanto, la inconventionalidad produce un deber judicial concreto de inaplicación de la norma objetada. Ello conlleva, afirma Sagüés, a una interpretación de la Constitución *conforme* a la CADH: si una cláusula de una constitución nacional (o una nor-

(1) La expresión control de convencionalidad aparece por primera vez en el caso Myrna Mack Chang (Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C Nr. 101) en las consideraciones del voto concurrente razonado del juez mexicano García Ramírez quien al referirse a la responsabilidad de un Estado parte de la CADH advierte que no es posible desmembrarla “dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (párrafo 27). El mismo juez, en el caso Tibi (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C Nr. 114) asemeja la tarea que desempeña la Corte Interamericana a la que realizan los Tribunales Constitucionales. Estos, sostiene García Ramírez, examinan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- “a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales”. La Corte con sede en San José de Costa Rica, por su parte, “analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa”. Dicho de otra manera, “si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía” (párrafo 3).

ma subconstitucional) permite por ejemplo dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga, a la CADH. A *contrario sensu* —concluye el citado autor— ello significa que se deberán desechar las interpretaciones de la norma constitucional o subconstitucional que resulten incompatibles con la CADH o con la interpretación dada a esta última por la Corte Interamericana (Sagües, 2012).

Ahora bien, la Corte Interamericana ha dado un particular impulso a la persecución de los llamados delitos de lesa humanidad señalando en reiteradas ocasiones su condición de delitos *continuos e imprescriptibles*. En concordancia —por aplicación de los artículos 1 y 2, CADH— la misma Corte ha señalado que los Estados partes tienen la *obligación de investigar y el deber de sancionar y castigar* dichos delitos, en especial los referidos a la desaparición forzada de personas. Hasta aquí el componente normativo internacional conforme a la interpretación de su propio intérprete.

Algunos países de la región como Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Perú o Uruguay sancionaron normas de derecho interno fundadas en sus normas constitucionales que conceden el *indulto* o bien una *amnistía*. Aplicando estas normas a hechos ocurridos en su pasado reciente, y que se denuncian como vinculados a graves violaciones a los derechos humanos por las dictaduras militares que gobernaron entonces. Se ha creado, de esta forma, un *espacio común* sobre el cual convergen diversas dimensiones jurídicas integradas por normas interconectadas. Los componentes normativos locales desarrollan la aplicación del indulto y la amnistía —impidiendo la investigación judicial de los hechos denunciados, cerrando así los procesos— a diversos delitos que, los componentes normativos internacionales, consideran imprescriptibles y alcanzados por la obligación de investigar y el deber de sancionar.

¿Quién tiene la última palabra en este conflicto normativo: los jueces nacionales intérpretes de las normas sobre indulto o amnistía, o bien la Corte Interamericana y su interpretación sobre los delitos de lesa humanidad? Esta última, en el caso *Barrios Altos* (2001), ha definido el alcance de su doctrina al afirmar que:

“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”.

Refiriéndose, en dicho caso, a las leyes de amnistía sancionadas en Perú la nombrada Corte supranacional sentencia: “carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables”.

El problema de las normas interconectadas ha tenido aquí soluciones diversas de acuerdo a la jurisdicción nacional de que se trate. Con ello queda en evidencia la *complejidad* del problema. En particular, sobre el debate de fondo ya que, en contra de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, se han opuesto principios considerados fundamentales para el paradigma del constitucionalismo clásico como el principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*).

La Corte Suprema de Justicia argentina —máxima instancia jurisdiccional e intérprete final de las normas constitucionales locales—, ha solucionado el problema reconociendo directamente la *primacía* del componente normativo internacional y, consiguientemente, la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana. En su sentencia *Simón* (2005), por ejemplo, la Corte argentina sostiene que las leyes locales en cuestión presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de “autoamnistía”. Pues, en idéntica medida, “ambas constituyen leyes *ad hoc*, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos”. Concluyendo que son razones materiales las que imponen la anulación de leyes de estas características: “en la medida en que dichas normas obstaculizan el esclarecimiento y la efectiva sanción de

actos contrarios a los derechos reconocidos en los tratados mencionados, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado argentino, y resultan inadmisibles.” (2)

Refiriéndose expresamente al principio de legalidad, la Corte argentina mantiene que, quienes resultaron beneficiarios de las leyes de amnistía,

“no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados (se refiere a la sentencia Barrios Altos ya citada) tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de ‘irretroactividad’ de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos”.

En el mismo sentido se manifestó la Corte Suprema de Justicia de Chile. El Estado —afirma— “se impuso”, al suscribir y ratificar tratados internacionales como la CADH, la obligación de garantizar la seguridad de las personas, “quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores”. (3) En una sentencia posterior, la misma Corte mantuvo su argumentación al señalar que, el delito de secuestro tiene el carácter de delito de lesa humanidad y, por ende, “no procede invocar la amnistía como una causal extintiva de la responsabilidad penal”. La ley de amnistía en cuestión “ha de ser interpretada en un sentido conforme a los convenios protectores de los derechos fundamentales del individuo y sancionatorios de los graves atentados cometidos en su contra durante la vigencia de ese cuerpo legal”. (4)

El Tribunal Constitucional peruano, por su parte, adhiere a las citadas posturas de los jueces argentinos y chilenos, sosteniendo que las obligaciones asumidas por el Estado con la ratificación de los tratados sobre derechos humanos, “comprenden el deber de garantizar aquellos derechos que, de conformidad con el Derecho Internacional, son inderogables y respecto de los cuales el Estado se ha obligado internacionalmente a sancionar su afectación”. (5)

Los jueces constitucionales peruanos, reconocen que la competencia para dictar leyes de amnistías pertenece al Congreso de la República, y que las decisiones judiciales que se tomen en aplicación de dichas leyes son “constitucionalmente legítimas” y gozan de “cosa juzgada constitucional”. Pero —defienden— dicha presunción no opera cuando se comprueba que mediante el ejercicio de la competencia de dictar leyes de amnistía, “el legislador penal pretendió encubrir la comisión de delitos de lesa humanidad”. Tampoco cuando el ejercicio de dicha competencia se utilizó para “garantizar” la impunidad por graves violaciones de derechos humanos (Párrafo 53). El nombrado Tribunal concluye en que las leyes de amnistía en cuestión “son nulas y carecen, *ab initio*, de efectos jurídicos” (Párrafo 60).

La Corte Constitucional de Colombia también, en diversas sentencias, ha tenido en cuenta las obligaciones internacionales en casos de graves violaciones de derechos humanos y el deber de evitar la aplicación de disposiciones internas de amnistía. Así, sentenció que figuras como las leyes de “punto final” que impiden el acceso a la justicia, las “amnistías en blanco” para cualquier delito, las “auto-amnistías”, o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas

(2) CSJA 14-6-2005, considerando 24 del voto de la mayoría.

(3) Corte Suprema de Justicia de Chile, 17-11-2004, Decisión del Pleno respecto de la instancia que verá la aplicación de la Ley de Amnistía en el caso del secuestro del mirista Miguel Ángel Sandoval.

(4) Corte Suprema de Justicia de Chile, Caso de Claudio Abdón Lecaros Carrasco seguido por el delito de secuestro calificado.

(5) Tribunal Constitucional de Perú, 2-3-2007, Caso Santiago Martín Rivas.

un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos, “se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos”. (6)

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, recordó que la jurisprudencia y las recomendaciones de los organismos internacionales sobre derechos humanos deben servir de *criterio preferente* de interpretación tanto en la justicia constitucional como en la ordinaria recordando la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la inaceptabilidad de las disposiciones de amnistía para casos de violaciones graves a derechos humanos. (7)

Como se puede apreciar, en este primer grupo de sentencias, se ha procurado por parte de las máximas instancias jurisdiccionales —y por ende intérpretes finales— del derecho interno, *acompañar* la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En estos casos, los espacios comunes se han integrado en una *comunidad de intérpretes* que dan un *sentido unívoco* a las normas interconectadas. Lo dicho implica reconocer, a la Corte supranacional, la competencia de intérprete final y, por ende, ejercer el control de convencionalidad que en la práctica *garantiza* la primacía de la CADH. El espacio común supera así el conflicto originado en el problema de las normas interconectadas, transformando este espacio común en un espacio de *diálogo interjurisdiccional*.

Pero no siempre se puede afirmar que dicha comunidad de intérpretes conviva en armonía. Muy distinta ha sido, por ejemplo, la reacción de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay frente a la sentencia en el caso *Gelman* (2011). Aquí la Corte Interamericana estableció expresamente la responsabilidad internacional del Estado por mantener en vigencia la ley de amnistía (ley Nr. 15.848). La Corte supranacional recordó a los jueces uruguayos su jurisprudencia en relación a que,

“los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En una reciente sentencia (8) la máxima instancia judicial uruguaya rechazó abiertamente que la jurisprudencia de la Corte Interamericana sea vinculante. Aún más, afirmó sobre el citado control de convencionalidad que la misma Corte supranacional impone (ver punto) que dicha doctrina: “se enfrenta a una objeción de peso: la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH no puede inferirse lógicamente de la cita de la jurisprudencia de ese tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si la jurisprudencia de ese tribunal es obligatoria”.

La Corte uruguaya califica de “argumento poco afortunado” la pretensión de la Corte Interamericana de ser el intérprete final de la CADH. Para que un Tribunal “tenga la última palabra sobre un caso”, contesta, el sistema debe contar “con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quiesca non movere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano”. Por eso, concluye la Corte uruguaya, “mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso”.

La primacía de la CADH, y el control que la garantiza, no es posible para los jueces supremos uruguayos. Ellos mantienen la supremacía constitucional en términos absolutos propios de su consagración en el siglo XIX: sólo es posible una *interpretación constitucional* de las normas interconectadas. El componente normativo foráneo es descartado. Las normas constitucionales uruguayas, —afir-

(6) Revisión de la Ley 742, 30-7-2002.

(7) Caso de la Masacre de Segovia, 13-5-2010.

(8) CSJU, M. L., J.F.F., O. - denuncia - excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la Ley nr. 18.831”.

man— no instituyen un deber de las autoridades judiciales locales de “considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos”. La Corte uruguaya niega la *interconexión* de normas refugándose una concepción totalizadora de la soberanía jurisdiccional. En su opinión, “sólo al órgano jerarca del Poder Judicial es a quien corresponde efectuar ese juicio de comprobación”. En otras palabras, sólo y sólo la Corte Suprema de Justicia uruguaya lleva adelante el control de constitucionalidad, siguiendo para ello exclusivamente normas básicas de referencias nacionales. Esta cezuración lleva a dicho Tribunal a ignorar el problema de las normas interconectadas. Con todo *subsiste* para el Estado uruguayo la obligación de cumplimiento derivada al ratificar la CADH, no pudiendo éste invocar normas de derecho interno para justificar su incumplimiento (cfr. art. 27, Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, 1969).

La misma Corte Suprema de Justicia uruguaya, en una sentencia anterior, había dicho que la llamada Ley de caducidad

“afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. (9)

La situación en Brasil es similar. El Superior Tribunal Federal desconoció la autoridad de la Corte Interamericana como intérprete final de la CADH, y rechazó *abiertamente* el control de convencionalidad. En un caso donde se promovía la invalidez de la ley de amnistía brasileña, (10) el nombrado Tribunal terminó convalidando la misma. (11) Para ello apeló a criterios propios, relacionados con el pasado y la historia reciente de Brasil. Se mostró así *impermeable* ante el avance del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, sostuvo que la citada ley debe ser interpretada teniendo presente “la realidad socio-histórica” en que fue dada. Dicha amnistía, en opinión de los jueces brasileños, permitió la transición de la dictadura militar a la democracia política y favoreció la “reconciliación” en 1979. No se trata de “una regla para el futuro, dotada de abstracción y generalidad. Ha de ser interpretada a partir de la realidad del momento en que fue sancionada”. Por lo tanto, la prohibición de indultar o amnistiar la práctica de la tortura, o delitos vinculados a dicha práctica, establecida en la constitución brasileña vigente desde 1988 (cfr. art. 5º, XLIII), por “imposibilidad lógica”, no se aplica a leyes sancionadas con anterioridad. En otras palabras la constitución no se aplica retroactivamente, y las CADH tampoco.

El Tribunal brasileño sostiene que, en un Estado democrático de derecho, el poder judicial no está autorizado a alterar las leyes, a darles otra redacción diversa que aquella contemplada en el texto normativo. Si puede, a partir de las leyes, desarrollar distintos estándares. Pero ni el propio Tribunal Supremo Federal “está autorizado a reescribir la ley de amnistía”. Esto último, concluye, corresponde al poder legislativo, no al poder judicial.

Meses después, la Corte Interamericana en el caso *Gomes Lund* (2010) acusa al Estado brasileño —en especial a su poder judicial— de no haber realizado el control de convencionalidad de la citada ley de amnistía. Las jueces supranacionales actúan aquí como instancia de control del cumplimiento de las obligaciones internacionales nacidas al amparo de la CADH, y que los citados jueces brasileños desconocen. En efecto, para el Tribunal Supremo Federal, la CADH tiene jerarquía supralegal en el orden jurídico local.

(9) CSJU, 19-10-2009, Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela - Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad.

(10) Ley Nr. 6683/79.

(11) Superior Tribunal Federal brasileño, 29-4- 2010, número 153.

La propia Corte Interamericana recuerda a los jueces brasileños que ella misma, no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, “sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil”. La Corte Interamericana dejó en claro que:

“no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional (...). Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de su derecho interno” (Párrafo 177).

En la misma sentencia, la Corte Interamericana declaró expresamente que, la ley de amnistía brasileña, es de una “manifiesta incompatibilidad” con la CADH. Sus disposiciones, continua la Corte supranacional, que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos, “carecen de efectos jurídicos. En consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables” (Párrafo 174).

Respecto a la denunciada afectación del principio de legalidad e irretroactividad, la Corte Interamericana reitera que la desaparición forzada “constituye un delito de carácter continuo o permanente” cuyos efectos no cesan mientras no se establezca la suerte o paradero de las víctimas y su identidad sea determinada, por lo que los efectos del ilícito internacional en cuestión continúan actualizándose. La citada Corte observa que, en todo caso, “no habría una aplicación retroactiva del delito de desaparición forzada dado que los hechos del presente caso, que la aplicación de la Ley de Amnistía deja en la impunidad, trascienden el ámbito temporal de dicha norma por el carácter continuo o permanente de la desaparición forzada” (Párrafo 179).

Este segundo grupo de intérpretes finales nacionales, relega con sus sentencias a un segundo plano la CADH. Este condicionamiento de los componentes normativos foráneos potencia el conflicto dentro de la comunidad de intérpretes. Pero, sobre todo, desconoce el problema de las normas interconectadas. Se evita así resolver el mismo consintiendo la cohabitación pacífica de todas aquellas instancias habilitadas para interpretar normas que pertenecen a un espacio jurídico común y pluridimensional. Se persiste en sostener que nada ha cambiado en la realidad jurídica del siglo XXI, la cual mantendría la uniformidad que pretendió tener en la época de mayor vigor del Estado-Nación. Visión atada a la idea de que las fronteras nacionales eran murallas insuperables que protegían una soberanía estatal absoluta.

Por el contrario, en el presente jurídico pluridimensional, se trata de escribir las sentencias de manera dialogística, contempla García Roca, y no con un pernicioso repliegue o aislamiento de cada tribunal sobre sí mismo, convencido de la exclusiva validez de su propia doctrina o incluso de su superioridad. Cualquier autismo “es un repliegue patológico o forma de incapacidad no sólo de las personas sino también de unos tribunales que deben interpretar los derechos en nuestros días necesariamente en red por la misma naturaleza transversal y global del objeto”. La diversidad, el pluralismo, es el sustrato del cual arranca el diálogo. Pero los derechos humanos de las personas no se detienen en las fronteras, la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad son universales (García Roca).

III. Palabras finales

Debemos aprender a convivir con un presente jurídico pluridimensional, con espacios comunes integrados por *normas interconectadas* pero, sobre todo, con la existencia de intérpretes supranacionales que relegan a las jurisdicciones nacionales en la interpretación de, por ejemplo, los derechos humanos o bien las materias atribuidas procesos como la UE. Ello implica grandes desafíos como la necesidad de transformar las categorías jurídicas del pasado, o crear otras que expliquen el presente.

La ingeniería constitucional no puede estar ausente en este proceso de universalización. El desarrollo de fórmulas puentes como el inciso 22 del artículo 75 de la CN y de atribución como el inciso 24 del citado artículo constitucional, permite a la constitución mantener la función fundacional activa. Esto es, seguir siendo la norma suprema, ordenadora de todo el sistema de normas que funda. El poder constituyente es insustituible, sigue siendo el *autor final* del diseño constitucional. Se trata del espacio indisponible de la soberanía estatal dentro del espacio común pluridimensional.

La nueva ingeniería constitucional que se construye en el presente nos permite hablar de *constitución integrada*. Se trata de un concepto descriptivo y explicativo del siglo XXI. La constitución que entonces refrendábamos, escribe Cruz Vallalón, podía ser “el alfa y el omega de nuestra *constitucionalidad*”. Hoy “hace tiempo que esto no es exactamente así”.

IV. Bibliografía

CRUZ VALLALÓN, Pedro (2004). *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*. Editorial Trotta: Madrid..

GOMES CANOTILHO, J.J. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Edições Almedina: Coimbra.

SAGÜÉS, Néstor (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile - Universidad de Talca, Año 8, Núm. 1, págs. 125-126.

Jurisprudencia consultada

CIDH, 26-9-2006, Almonacid Arellano. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C Nr. 154.

CIDH, 24-11-2006, Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros), Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C Nr. 15.

CIDH, 20-11-2007, Boyce, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C Nr. 169.

CIDH, 24-11-2010, Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C Nr. 219.

CIDH, 14-3-2001, Barrios Altos c. Perú, Serie C 75.

CIDH, 24-2-2011, Gelman c. Uruguay, Serie C Nr. 211.

CSJC, 17-11-2004, Decisión del Pleno respecto de la instancia que verá la aplicación de la Ley de Amnistía en el caso del secuestro del mirista Miguel Ángel Sandoval, Rol No. 517-2004, Caso 2477.

CCColombia, 5-6-2002, Revisión de la Ley 742, Expediente No. LAT-223, Sentencia C-578/02.

CSJColombia, 13-5-2010, Caso de la Masacre de Segovia. Acta número 156, págs. 69 y 71.

CSJN, 14-6-2005, Simón, *La Ley*, Buenos Aires, tomo 2005-D.

CSJN, 18-5-2010, Caso de Claudio Abdón Lecaros Carrasco seguido por el delito de secuestro calificado, Rol No. 47.205, Recurso No. 3302/2009, Resolución 16698, Sentencia de Apelación, y Resolución 16699, Sentencia de Reemplazo.

CSJU, 22-2-2013, M. L., J.F. F., O. - denuncia - excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la Ley nr. 18.831.

CSJU, 19-10-2009, Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela - Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad, sentencia No. 365.

TCP, 2-3-2007, Caso Santiago Martín Rivas, Recurso de agravio constitucional, Expediente No. 679-2005-PA/TC.

La ausencia de un “demos” unificado como freno a los procesos de integración. Los casos de UE y Mercosur

POR **MARTÍN LEONARDO CABRERA** (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Orígenes de la voluntad integradora en América Latina. — III. El comienzo del MERCOSUR. — IV. MERCOSUR: Parecidos y diferencias con la UE. — V. ¿Seguir el camino de la UE? — VI. Las carencias de la UE y el MERCOSUR. — VII. Bibliografía.

“La fuerza del presidencialismo como sistema político desde la época de los próceres constituye un obstáculo imponente para los ensayos integradores. Las sucesivas oleadas y transformaciones del populismo y el caudillismo convierten en insólita la oferta de compartir soberanía. Por encima de todas las carencias latinoamericanas, destaca el mal entendimiento de la supranacionalidad o su rechazo explícito en cuanto al establecimiento de instituciones independientes y dotadas de presupuestos para financiar proyectos de integración.” Joaquín Roy.

“Dado que hasta ahora la UE ha estado dirigida y monopolizada por las élites políticas, se ha producido una peligrosa asimetría entre la participación democrática de los pueblos en los beneficios que sus Gobiernos obtienen para sí mismos en la alejada escena de Bruselas y la indiferencia o incluso la ausencia de participación de los ciudadanos de la UE con respecto a las decisiones de su Parlamento en Estrasburgo.” Jurgen Habermas.

Resumen

Se analizan, empleando un método comparativo, los bloqueos en el funcionamiento de la Unión Europea y el MERCOSUR a partir de sus déficits democráticos. Se propone la implementación de formas semi-directas de democracia en los respectivos bloques de integración.

Palabras clave: UE - MERCOSUR - Déficit democrático - Iniciativas y referendos en la UE y UNASUR.

THE ABSENCE OF A DEMOS UNIFIED AS A IMPEDIMENT ON INTEGRATION PROCESSES. THE EU AND MERCOSUR CASES

Abstract

Operating Blocs of the European Union and the MERCOSUR (Southern Zone Common Market) will be analyzed, applying a comparative method, taking into account their democratic deficit. Semi-direct instruments for democratic systems for each blocs of integration are proposed.

Key words: EU - MERCOSUR - Democratic deficit - Initiatives and Referendums in the EU and UNASUR.

I. Introducción

El objeto del presente artículo está vinculado con los problemas de desarrollo y avance de los procesos de integración llevados a cabo por la Unión Europea y el MERCOSUR, los cuales en la actualidad se encuentran en crisis.

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Político, Cátedra I; Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP. Profesor Adjunto Regular de Teoría del Estado; Facultad de Derecho. UBA.

Sabido es que se denominan modelos de integración aquellos cuyos órganos reciben de los estados miembros competencias tradicionalmente comprendidas dentro de sus poderes soberanos, a cuyo ejercicio renuncian voluntariamente.

Cuando se desarrollan procesos de integración el objetivo de máxima por parte de los Estados parte es crear un sistema homogéneo, y aún en los casos de mecanismos de integración con niveles de menor intensidad se funcionará dentro de un sistema heterogéneo, pero la relación entre los socios buscará transitar hacia la homogeneidad. La razón por la cual estos procesos han tomado impulso en las últimas décadas es que en la actualidad es imposible la solución a determinados problemas de alcance regional por medio de la mera acción unilateral de los Estados nacionales o por simples acuerdos bilaterales, y a la vez es prematuro pensar en la existencia de un sistema universal y único, de un verdadero orden mundial al cual por conveniencia propia se ajustaren los Estados. De allí que, como una etapa intermedia, algunos tratadistas abogan por la validez de los esfuerzos que llevan a cabo grupos determinados de países motivados por consideraciones económicas, o de otra índole, hacia distintas formas de cooperación regional.

Ahora bien: en los hechos los eventuales beneficios de los procesos de integración se ven frenados por la resistencia de los estados-nación a ceder soberanía en favor de entes supranacionales. Es decir, la reticencia ante la “supranacionalidad”, o si se prefiere la resistencia a ceder soberanía para alcanzar la integración. Y si algo demuestra todas las experiencias exitosas en este terreno es que no puede haber una real integración sin una cesión igualmente real de soberanía.

A los efectos de ejemplificar se puede decir que todos los temas de comercio dentro del bloque son potestad de la Unión Europea y no de sus países miembros. ¿Se cuenta con algo parecido en América Latina? Por cierto, no y ni siquiera se prevé tenerlo. En una región en la que no hay mecanismos efectivos de solución de controversias, existe una mucha menor disposición —sobre todo en Sudamérica— de entregar a alguna entidad supranacional atribución alguna en materia económica o comercial.

En las actuales circunstancias se presentan algunos interrogantes; si la estructura institucional actual de ambos esquemas es insuficiente para alcanzar los logros planteados, y no se encuentra en los pueblos ni en su dirigencia un deseo de profundizarlos ¿por qué razón se produce esto? ¿Cuál es el obstáculo que impide tal proceso? ¿Existe una voluntad social para llevar a cabo la plena implementación de estos mecanismos de integración por parte de las dirigencias políticas y sus pueblos? ¿O por el contrario están irremediamente apegados al paradigma de la plena soberanía de sus estados-nación?

II. Orígenes de la voluntad integradora en América Latina

Desde que los países latinoamericanos lograron su independencia a principios de siglo XIX, sus líderes han soñado con la integración de la región en una sola nación. Simón Bolívar, por ejemplo, escribió en 1815 en su Carta de Jamaica que “*Yo deseo más que otro alguno ver formar en América la más grande nación del mundo, menos por su extensión y riquezas que por su libertad y gloria*”. (1) Aunque a continuación, y desde una perspectiva realista, al reconocer la gran extensión y diversidad del territorio americano, afirmó:

“Mr. de Pradt ha dividido sabiamente a la América en quince o diecisiete Estados independientes entre sí, gobernados por otros tantos monarcas. Estoy de acuerdo en cuanto a lo primero, pues la América comporta la creación de diecisiete naciones; en cuanto a lo segundo, aunque es más fácil conseguirla, es menos útil; y así no soy de la opinión de las monarquías americanas”.

Con el tiempo, en las tierras americanas se desarrollaron distintas identidades nacionales, y estas identidades se hicieron sentir de forma profunda y no han sido particularmente susceptibles de fácil alteración, a pesar de las influencias homogeneizadoras de la globalización. Una ecuatoriano tiene

(1) Simón Bolívar, Carta de Jamaica (1815).

pocos elementos en común con un argentino, en términos de cultura política, racial / étnica, cultural, y desarrollo institucional. Y gran parte de lo mismo podría decirse de casi cualquier par de países de América Latina. El sueño de la unidad parece ser sólo eso, un sueño. Los “Estados Unidos de América Latina” no están en el objetivo de casi ninguna élite política, ni en movimiento de masas realmente existente.

Aquellos que estén familiarizados con el desarrollo de Latinoamérica saben que la integración no es un fenómeno nuevo. Después de todo, América Latina se ha integrado, más o menos, en dos partes distintas entre los imperios coloniales español y portugués. Esto no quiere decir que todas las piezas del imperio español en las Américas tuvieran mucho contacto la una con la otra. En lugar de eso cada una tenía una conexión con la metrópoli, pero no necesariamente tenían mucho contacto entre ellas. Sin embargo en la época colonial, al menos formalmente, estaban unidas entre sí. No habría sido una gran innovación el ver a estas dos partes de América Latina convertirse en dos grandes estados independientes. Y un sector de la Península Ibérica en las Américas —el “Imperio” de Brasil— se mantuvo intacto como un estado después de la independencia, aunque no fuese una república hasta 1888. Como es sabido, no fue así en el caso de los territorios americanos de habla española.

Después de la independencia, las élites coloniales fueron reemplazadas por dirigencias criollas que concentraron poder y riquezas en pocas manos.

Este patrón de desarrollo de América Latina también tuvo implicancias políticas. Los esquemas desiguales de crecimiento y distribución del ingreso, se materializaron en el marco de sociedades autoritarias. Esta configuración se desplegó tanto en los estados más pequeños que surgieron del imperio español como en el ex Imperio portugués, aunque éste último siguió siendo un solo Estado.

Se podría preguntar: si América Latina hubiera sido capaz de permanecer unida después de la independencia (al menos en dos partes), ¿habrían sido las cosas radicalmente distintas? La experiencia del antiguo imperio de Portugal en América Latina no conduce a una evaluación optimista, pero lo cierto es que aquellos que lucharon por la independencia de América Latina tenían la esperanza de que esta unificación se produjera. Los líderes como Simón Bolívar tuvieron la visión de una América Latina unida, lo que sin duda habría cambiado el equilibrio de poder en las Américas. Al mismo tiempo Bolívar era bastante consciente de las dificultades de este proceso.

Hubo muchos sueños de integración en el período post-independencia, pero a lo largo de más de un siglo, estos sueños no se pudieron realizar. Durante el siglo XIX, existieron conflictos políticos internos en la mayor parte de la América española, con líderes tratando de establecer su autoridad, a menudo sin éxito, en los nuevos estados- nación. Y las dictaduras militares fueron lo usual en la región, interesándoles muy poco el procurar la integración económica o política, especialmente si ya tenían problemas suficientes a la hora de establecer un pleno control sobre su territorio. Por lo tanto, después del entusiasmo inicial asociado con la independencia, el sueño integracionista se fue desvaneciendo.

Durante el siglo XIX, los argumentos en favor de la integración se expresaron vagamente. Sin embargo en el siglo XX, el deseo de integración —y la fundamentación de la misma— se hicieron en mucho más explícitos. Los objetivos de la integración eran tanto políticos como económicos. Antes que la firma expresa de acuerdos de integración, la búsqueda por el sentido o identidad de América Latina tenía un aspecto más cultural y menos económico. Eso se expresaba en la obra de intelectuales como el cubano José Martí y el uruguayo José Enrique Rodó, quienes intentaron definir una América Latina con un “espíritu” distinto al de los Estados Unidos.

Por ende a mediados del siglo XX, la integración y la unidad comenzaron a tomar una orientación mucho más económica, y también “anti-imperialista” o defensiva.

En los años ‘20 del siglo pasado, este sentimiento anti-imperialista (y pro-unidad de América Latina) estuvo representado por el peruano Víctor Raúl Haya de la Torre y su partido político, el APRA

(“Alianza Popular Revolucionaria Americana”). El líder fundador inscribió su partido político en el Perú, pero tenía vínculos con otros partidos políticos de América Latina. Haya de la Torre, en un discurso como representante en 1925, argumentó que la campaña debía ser contra el enemigo exterior y el enemigo interior. Según él uno de los planes más importantes de los “imperialistas” era mantener América dividida. Una América Latina, unida y federada sería una entidad de un enorme potencial, y por ende era vista como algo peligroso por el “imperialismo yanqui”.

Por razones de espacio del presente trabajo no podemos desarrollar aquí el tema del fracaso del ALALC y ALADI como esquemas de integración. Pero digamos que salvo algunos tratados firmados, y las buenas intenciones proclamadas, no pasó de ser otro esfuerzo en el marco de la cooperación internacional.

III. El comienzo del MERCOSUR

Las cosas parecieron empezar a cambiar a partir de los años '80.

En 1985, Brasil y Argentina se embarcaron en un proceso de integración económica que finalmente culminó en la formación del MERCOSUR en 1991 (con el Tratado de Asunción) junto a Uruguay y Paraguay (Mercado Común del Sur). En la actualidad el MERCOSUR también incluye a Venezuela como miembro pleno, así como otros 6 países asociados. (2)

En esta exploración del proceso de integración del MERCOSUR, se tratará de contestar varios interrogantes: ¿en qué forma el proceso del MERCOSUR es similar a otros procesos de integración? ¿En qué es distinto? ¿Cómo podemos explicar estas similitudes y diferencias? ¿Su actual parálisis tiene las mismas causas que se presentan en la Unión Europea?

Al intentar responder estas preguntas, entraremos en dos cuestiones: en primer lugar, la particular toma de decisiones institucionales que las naciones del MERCOSUR han hecho a lo largo del proceso de integración. En segundo lugar, este trabajo se concentra en lo que Keohane y Hoffmann refieren en términos generales, como lo “institucional” es decir: “cómo los procesos y las prácticas políticas han cambiado” (1991:4) en el transcurso de la integración. En ambas áreas, hay similitudes y diferencias significativas entre el MERCOSUR y la Unión Europea (en adelante UE).

Básicamente podemos caracterizar al MERCOSUR como una integración vulnerable, a saber: países en desarrollo o emergentes, se embarcan en proyectos de integración con una serie de inconvenientes y limitaciones, las cuales consisten en la debilidad de sus instituciones políticas, subdesarrollo económico, las relaciones clientelares entre el Estado y la sociedad civil, y la fuerte dependencia del capital extranjero para la inversión y la financiación de los déficit de cuenta corriente. Estas desventajas llevaron a los países a limitar sus proyectos de integración a la mera liberalización comercial, y los hicieron poco dispuestos a renunciar o ceder parcelas de soberanía a los efectos de ponerlas en común en el marco de instituciones supranacionales. Como consecuencia de ello, mientras que el proyecto de integración pudo llevarse a cabo durante un tiempo, a menudo fue amenazado por las crisis económicas internacionales y la posibilidad de que los líderes políticos de los países integrantes se negaren a cumplir con los compromisos de la integración. Puesto que no hay una estructura de apoyo institucional supranacional para proteger al proceso integrador en los malos tiempos, y falta el apoyo de la sociedad civil para tal integración, es poco probable que la misma tenga capacidad de permanencia o que pueda sobrellevar una crisis. Además, debido a la mencionada falta de voluntad a renunciar a la soberanía a fin de compartirla, la integración en el MERCOSUR se ha mantenido sobre todo como un asunto de liberalización comercial. Todos los esfuerzos para “profundizar” el proceso de integración a los efectos de abarcar otros temas, tales como los códigos de trabajo o reglamentos de defensa al consumidor, por lo general, se han visto frustrados.

(2) Disponible en: http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=462&site=1&channel=secretaria (Consultado el 30/07/13).

Las limitaciones del MERCOSUR son evidentes cuando se compara con la Unión Europea (en adelante UE).

Una de las principales diferencias entre la UE y la experiencia de integración del MERCOSUR es la motivación para la integración. Aquellos que escribieron respecto a como surgió y evolucionó la integración europea, han subrayado la existencia tanto de intereses económicos como políticos a la hora de explicar la misma. Mientras que los intereses económicos y los procesos políticos también jugaron un papel importante en la integración sudamericana, estos procesos funcionaron de manera muy diferente. El MERCOSUR fue aceptado por gran parte del sector empresarial, luego de grandes objeciones y como una suerte de “mal inevitable”, algo que ellos no tenían capacidad para impedir. Las empresas no clamaban por una mayor integración a gran escala (con la excepción de algunas firmas transnacionales); la mayoría de sus propietarios y directivos estaba a gusto con la continuación de la tradicional estrategia de sustitución de importaciones a escala nacional, aunque ya había serias dudas sobre la viabilidad de continuar con ese viejo modelo. Es cierto que la economía, al menos en Brasil, estaba madura para una nueva estrategia económica después de que parecía agotado el modelo de sustitución de importaciones confinado a escala del estado-nación, pero la integración no estaba en la lista de prioridades del mundo empresarial brasileño. Fundamentalmente, la integración de Sudamérica fue una decisión política, y llegó en forma de arriba hacia abajo.

Desde el principio el proceso de integración en Sudamérica fue acosado por muchos problemas, pero parecía haberse convertido en el ejemplo más exitoso de América Latina. A pesar de sus muchos problemas y limitaciones, el MERCOSUR creó un esquema de integración que sería muy difícil y doloroso de revertir. Ningún otro proceso de integración en los países emergentes puede presumir de este tipo de (limitado) éxito, ya sea en el crecimiento del comercio que se ha producido entre sus países miembros o en el aumento del flujo de inversiones recíprocas.

A primera vista, entonces, la decisión de América del Sur para integrarse podría ser vista conforme a algunos argumentos usados para describir la realidad europea en lo relativo a la primacía de los factores políticos o ideológicos en las decisiones de integración. Pero, solo podríamos hacer esto si desatendiéramos las diferencias entre cómo la política opera en las dos regiones. En primer lugar, a diferencia Europa, el MERCOSUR nunca tuvo un fuerte impulso federalista, a pesar del homenaje retórico que recibiera la figura de Bolívar y otros próceres que han predicado la unidad de América Latina. En segundo lugar, las naciones de América del Sur sufren de sociedades civiles y grupos de interés relativamente subdesarrollados. No es que los grupos de interés y la sociedad civil no existan en América Latina, pero no están organizados adecuadamente, y los intentos de influir en la política no han provenido de grupos organizados, sino a través de conexiones clientelistas entre el Estado y algunos actores privados, conexiones que prosperan por la debilidad de la sociedad civil con la consecuente falta de transparencia en las relaciones entre sector público y privado (Lo Vuolo, 2012; 2013).

Cuando se hace el análisis histórico de las políticas proteccionistas de sustitución de importaciones, se encuentra que Brasil fue más allá que la mayoría de los otros países de América Latina cuando implementara la planificación económica y la intervención del Estado, en parte porque era un país más grande y por lo tanto podía ser más ambicioso en sus políticas de defensa de los actores empresariales de su mercado interno. Todavía se pensaba en una hipotética unidad económica producto de la integración, pero dentro de una estrategia central que primero apuntaba a la industrialización y sustitución de importaciones a escala local. De allí que los líderes políticos (principalmente brasileños pero con imitadores en el resto de Sudamérica) se convencieran de la posibilidad de utilizar políticas estatales para fomentar el desarrollo, con lo cual el énfasis se hizo más económico. Son estos esfuerzos de carácter desarrollista-nacionalista los que predominaron en la región.

En 1991, sin embargo, la integración se introdujo de nuevo en la agenda y fue perseguida agresivamente por los nuevos presidentes de ambos países: Carlos Saúl Menem en Argentina y Fernando Collor de Mello en Brasil. Era un tipo totalmente diferente de integración, y era mucho más espontánea y “*market-friendly*” (favorable al mercado). La nueva integración fue plasmada en marzo de

1991, cuando se conformó el MERCOSUR con la firma del Tratado de Asunción, donde también se incorporaron Paraguay y Uruguay.

Al analizar este cambio en la orientación política y económica, cabría preguntarse por qué los gobiernos implicados dieron el salto a una integración más ambiciosa. La respuesta más simple sería que el MERCOSUR surgió porque había intereses comunes entre las naciones que conformaban el nuevo grupo económico, y se embarcaron en este nuevo proyecto porque vieron el futuro de la misma manera. Hasta cierto punto, esta interpretación es acertada, pues todos los países del MERCOSUR pensaban que la integración era una buena idea. En efecto, sino no hubiese existido una coincidencia en los intereses, no se hubiera firmado un acuerdo. Sin embargo, desde otro punto de vista, es necesario pensar en los **intereses divergentes de los diferentes actores**. Por primera vez hay un corte en estos diferentes intereses que dividen a los estados, a las empresas y a la mano de obra. Cada uno de estos grupos tienen visiones muy distintas de lo que debería hacerse. Pero además de esto, es necesario ver en un plano más general la diferencia entre este esquema de integración y el proyecto europeo.

IV. MERCOSUR: Parecidos y diferencias con la UE

Si se registra una crisis en el proceso de integración europeo, en el caso de Latinoamérica se advierte que, saliendo de la retórica, ha sido extremadamente difícil avanzar en la construcción de un poder comunitario independientemente de los gobiernos nacionales.

Así, pues, el problema y el desafío, en este caso, recae especialmente en Sudamérica, donde es posible identificar una tendencia negativa en los últimos años, un cierto decaimiento de las políticas reales de integración.

Lo cierto es que en Latinoamérica se ha ido cíclicamente de una pesimista comparación con Europa a excesivamente optimistas declaraciones relativas a la inminencia de una integración “aquí y ahora”, sin que se vea una efectiva disposición a sacar las enseñanzas que se derivan de la experiencia europea, ni de avanzar realmente en un proceso integrador. Todo ello resulta aún más sorprendente si se considera que este hemisferio, y sobre todo el Sur del mismo, comenzó a hablar de integración mucho antes que Europa para luego quedar retrasado en comparación con el viejo continente. Un fenómeno cuya única explicación parece ser que, a diferencia de Europa, en Sudamérica se ha optado siempre por detener el proceso ante cualquier dificultad —grande o pequeña— que se haya encontrado y esas detenciones, en no pocas oportunidades, han llevado a profundos retrocesos.

Por el contrario, si observamos a la Unión Europea se puede constatar que se trata de un proceso de integración que, hasta hace poco, nunca se había detenido. Ha sido criticado, y duramente, en muchos países de la Unión, ha tenido altos y bajos, ha atravesado por enormes problemas, pero siempre ha seguido adelante. Situación esta que solo desde los últimos tres años está en duda, a raíz de la crisis financiera de algunos países del sur de Europa.

En cambio, la historia del MERCOSUR es una historia de avances y retrocesos cuya única explicación razonable es que, a diferencia de Europa, ha tendido a eludir los verdaderos problemas que trae consigo un proceso integrador.

Paradójicamente, cuando en los países coinciden gobiernos programáticamente afines, los conflictos binacionales o las insuficiencias del MERCOSUR generan una imagen de crisis y estancamiento que no parecen resolverse con meros discursos y manifestaciones de voluntad política.

Para comprender la dinámica del bloque es útil remitirse por comparación con la literatura que analiza el proceso integrador de la UE. De manera general, la literatura sobre la integración europea se ha dividido entre los partidarios del neo-funcionalismo y los que se sitúan en el campo de lo intergubernamental. Los neo-funcionalistas, en general, podrían considerarse como los optimistas de la integración, pues pensaban que el proceso de integración, al principio meramente económico, esta-

ba siendo superado por una dinámica transnacional que estaba empujando la integración hacia adelante, a pesar de los intereses particularistas de los Estados. El concepto clave en este sentido fue el de “*efectos colaterales*” o “*derrame*”, mediante el cual la integración en un área llevaba a la integración en otra. Desde un principio en los sectores combinados, surge un proceso de expansión de vínculos entre los distintos grupos (industriales, comerciantes, sindicatos, etc.). Un efecto similar se produce sobre las áreas económicas aún no integradas junto con la preocupación sobre nuevas políticas y gestión tecnológica a los efectos de controlar nuevos y más grandes problemas. Y esta dinámica lleva a los grupos de interés involucrados a desarrollar una comunicación supranacional, en detrimento de sus antiguos lazos locales-nacionales.

Un proceso similar se llevaría a cabo en el ámbito de los partidos políticos. Finalmente, este progresivo desbordamiento en lo supranacional se desplegaría en el ámbito de las relaciones entre los funcionarios públicos, oficinas de los gobiernos nacionales, bancos centrales y técnicos.

En otras palabras, la integración desataría una nueva dinámica, que cada vez quedaría más fuera del control de los estados-nación.

Por el contrario los partidarios de la posición intergubernamental, sostienen que la integración europea, a pesar de sus apariencias innovadoras, todavía está ceñida a los viejos patrones de la política internacional (Keohane: 2002, 743-765). Según esta interpretación, los Estados todavía tienen un papel primordial en la política económica nacional y, en general, los éxitos y los fracasos de integración pueden ser explicados especialmente por las preferencias y el poder de los estados en ese proceso.

Recientemente, esta interpretación también ha puesto énfasis en el mercado interno y las políticas domésticas asociadas con la integración, tomando nota de cómo las fuerzas nacionales podrían detener o impulsar el proceso de integración. Este enfoque otorga un escaso papel a los burócratas transnacionales a la hora de hacer avanzar la integración.

Si la UE se destaca por la existencia de órganos comunitarios con poder supranacional tales como la Comisión, el Consejo, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia de la UE, nada de eso podemos ver en el MERCOSUR. Pues dejando de lado las similitudes de nombres (también tenemos un Parlamento) la facultad de producir actos y normas vinculantes está confinada a órganos formados por miembros de los gobiernos de los estados nacionales, y las normas que los mismos propongan (las cuales deben ser votadas por consenso sin el rechazo expreso de ningún miembro) deben internalizarse a través de los Congresos de cada uno de los países. Aquí hay una diferencia radical con la UE y con sus órganos que cumplen una función comunitaria. Uno de los ejemplos más claros es la primacía del derecho comunitario sobre los ordenamientos jurídicos nacionales, o el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE a la hora de uniformar la interpretación del derecho comunitario.

El MERCOSUR no tiene eso. Sus estados no están obligados por ninguna estructura supranacional donde algunas decisiones vinculantes se tomen por mayoría.

El esquema del MERCOSUR (intergubernamental en la composición de sus órganos rectores, y el consenso para la toma de decisiones) le dan mucha mayor libertad a los estados miembros para definir sus propias políticas.

Por supuesto, esta flexibilidad tiene su lado negativo. Esto significa que todo el proceso de integración es mucho menos predecible, y por lo tanto vulnerable. Una de las principales razones por las que las naciones europeas han convenido estas instituciones fue para atar las manos de sus socios en la integración, a los efectos de garantizar que ellos cumplieran con la palabra dada cuando se tratara de los compromisos que habían asumido. No hay tal restricción en el MERCOSUR

Por lo tanto, **la falta de instituciones supranacionales significa que cada Estado es mucho más libre para actuar en forma unilateral cuando conviene a sus intereses.** En especial, Argentina y

Brasil, han sido propensos a ese tipo de comportamiento, y, debido a su hegemonía en la región, los otros países simplemente han tenido que padecer esa conducta.

A fin de dar una imagen más clara respecto a los efectos de la falta de instituciones de carácter supranacional en los procesos de integración, podemos señalar que a causa de ella los gobiernos se sienten con las manos libres para tomar medidas unilaterales (barreras arancelarias y para-arancelarias) (3) y no hay ninguna fuerza motora que impulse la profundización del proceso de integración. De allí es que lo más probable es que siga existiendo tan sólo en el plano comercial, y no tratará de abordar otras cuestiones las cuales requerirían de una autoridad supranacional.

Otra área que ha recibido una gran atención —pero no un accionar concreto— es la coordinación de políticas macro económicas. En una región conocida por su inestabilidad, esta coordinación ha demostrado ser especialmente difícil, y también ejemplifica claramente las limitaciones del proyecto MERCOSUR.

Una muestra del estado actual de la situación son las recientes declaraciones del vicepresidente de Uruguay respecto a las relaciones con la Argentina:

“el Mercosur pasa por el peor momento de su historia. Esto hay que analizarlo. En la práctica hay una negación de los principios más elementales de los elementos del tratado del Mercosur. (Los problemas con el gobierno argentino) trascienden largamente a las trabas comerciales, no solo por lo comercial, sino por los dragados, puertos, energía, gas y energía eléctrica” (Astori, 2012).

En el mismo sentido son las declaraciones del Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay al proponer que los laudos de los Tribunales Arbitrales del MERCOSUR sean obligatorios o en su defecto se establezcan indemnizaciones por incumplimiento, pues hasta la fecha, habiendo vencido Uruguay en varios de ellos, las naciones vencidas (la mayoría de las veces Argentina y en menor medida Brasil) no cumplían con lo sentenciado: *“Hasta ahora la efectividad de los tribunales del bloque ha sido nula. Por eso cuando surgen diferencias con nuestros vecinos, lo que estamos haciendo, básicamente, es apelar al diálogo bilateral” (Almagro, 2013).*

El hecho de que las naciones del MERCOSUR no puedan llegar a un acuerdo acerca de cómo resolver las controversias apenas puede sorprender, pues, para llegar a una resolución de controversias vinculantes, el sistema requeriría de una entrega importante de soberanía, y las condiciones para esto no han sido favorables.

Así las cosas, el interés regional-comunitario suele quedar desplazado por las prioridades nacionales y resulta hartamente difícil construir una perspectiva común y de carácter estratégico.

Pero atento a que el MERCOSUR está estancado desde hace años, se podría preguntar razonablemente: ¿puede el MERCOSUR seguir avanzando? ¿Habrá nuevas decisiones tomadas por los líderes nacionales, del nivel del Tratado de Asunción o el Protocolo de Ouro Preto, que darán un nuevo impulso al proceso de integración? ¿O el MERCOSUR ha llegado al límite de su desarrollo potencial, y le resta simplemente perfeccionar su condición de unión aduanera, pero descartando un mercado común que, por ejemplo, permita la libre y plena circulación de capital y trabajadores, o más improbable aún, implementando una unión política? ¿Ha llegado el MERCOSUR a su límite natural?

Como lo señalara Félix Peña (1999), el MERCOSUR, como cualquier proyecto de integración regional, se enfrenta a la tensión entre ampliación y profundización. Ampliación implica incluir países adicionales en un esquema de integración regional. Profundizar significa aumentar el grado en que los países integran sus economías y políticas exteriores. En términos generales, un proceso más pro-

(3) Los ejemplos podrían ser muchos. De parte de la Argentina la suba unilateral de las tasas de estadísticas en el año 1992 y las constantes medidas de restricción a las importaciones brasileñas que arrancaron en el 2004. Por el Brasil la Medida Provisoria n° 1569 de 1997 que estableció la supresión del crédito para las importaciones y a la cual el ministro Pedro Malán la defendió señalando que era eso o la devaluación de la moneda.

fundo implica un mayor compromiso por parte de los países miembros. La profundización reduce la soberanía, mientras que la ampliación extiende el acuerdo regional a otros países. Estos dos procesos no necesariamente son excluyentes entre sí y pueden llevarse a cabo simultáneamente pero, por lo general, un proyecto de integración hará hincapié en uno u otro en determinado momento y puede alternar entre estas dos modalidades. Ahora bien, es difícil pretender hacer las dos cosas a la vez, pues la ampliación consiste en atraer a más países a un acuerdo, con la imposición de disciplina a los nuevos países miembros para que se adapten a las normas ya existentes del esquema. Por el contrario, profundizar implica nuevas reglas que limitan a todos los países miembros. Por lo tanto, la imposición de nuevas normas sobre los nuevos países será más difícil de lograr.

Los acontecimientos de los últimos años con la creación de la UNASUR parecen indicar que la opción tomada es la extensión. Un nuevo bloque que se superpone al MERCOSUR y a la Comunidad Andina, pero que en materia de decisión sigue basado en el *consenso* (en los hechos, cualquiera de los doce países cuenta con un eventual poder de veto) y que enfatiza —en su Tratado fundacional— el carácter “soberano” de sus miembros.

Como si la superposición de siglas y organismos no fuera suficiente, en abril del 2011 se conformó, entre Chile, Colombia, México y Perú, la *Alianza del Pacífico* la que se propuso como objetivo:

“(…) la conformación de un área de integración profunda en el marco del Arco del Pacífico Latinoamericano, que aliente la integración regional, así como un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de nuestras economías. A tal efecto, expresamos nuestro firme compromiso de avanzar progresivamente hacia el objetivo de alcanzar la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.” (4)

De ahí que frente a esta proliferación de esquemas que en teoría tienden a lo mismo (la integración) un reconocido autor ha señalado que:

“Si bien en la historia de la integración latinoamericana siempre convivieron proyectos contrastantes (la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio y el Mercado Común Centroamericano en los 60, la Comunidad Andina y el Mercosur en los 90), la rivalidad en ciernes entre el Mercosur ampliado y la Alianza para el Pacífico es la más equilibrada - y antitética- de todas. Y, dado que cada grupo incluye a uno de los dos gigantes regionales, proyectos supuestamente de síntesis —como la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC)— sólo puede interpretarse como foros de diálogo y cooperación, y no como mecanismos de integración. De hecho, la CELAC no tiene tratado fundacional ni instituciones de sostén.” (Malamud: 2012, 159).

V. ¿Seguir el camino de la UE?

En este escenario la conclusión sería seguir un rumbo similar al de la UE y unificar todos los esquemas de integración, dotándolos de estructuras supranacionales. Pero un ligero repaso por los medios de comunicación nos da cuenta de una crisis en la Unión Europea, con miembros como Grecia, Italia y España en una situación comprometida. Y con incertidumbre respecto a cómo seguir. Por otra parte el déficit democrático de la UE se extiende profundamente en sus instituciones. Los miembros de la Comisión no son elegidos por el Parlamento (los eligen los jefes de Estado —Consejo Europeo— y el Parlamento solo tiene la posibilidad de aprobar o no esa elección) y por ende no hay una eficaz rendición de cuentas a los ciudadanos de la UE.

Por ende, es útil tomar en cuenta esta realidad para poder orientarnos mejor en el debate de la integración en América del Sur.

Según el ex presidente del gobierno español Felipe González, se necesita un gobierno económico y fiscal de la zona euro porque sin ello no es posible que funcione la Unión Monetaria. Pero para que haya gobernanza económica y fiscal hay que ceder soberanía y esto choca frontalmente con la “*galopada nacionalista*” que se advierte en algunos líderes de la UE (Gonzalez, 2012) El Banco Central

(4) Declaración de Lima. I cumbre.

Europeo debería actuar como lo hacen la Reserva Federal de EE UU, el Banco de Inglaterra o el Banco Central de Japón. Esto implica cumplir el papel de prestamista de última instancia y hacer una política monetaria que responda a los intereses del conjunto de la Zona Euro.

Y concretamente: ¿Qué forma institucional tendría esa Europa federal con gobernanza fiscal y presupuestaria?

Nicolás Berggruen, presidente del *Consejo para el Futuro de Europa*, pareciera tener la respuesta:

a) El Parlamento Europeo elegiría al principal responsable de la Comisión Europea (una suerte de primer ministro), quien designaría un gabinete de ministros extraídos de los grandes partidos de la Cámara, entre ellos, un Ministro de Finanzas con poder para supervisar y sancionar los presupuestos nacionales y con capacidad para aplicar impuestos y formular un presupuesto europeo. La prioridad del Ministro de Finanzas sería la coordinación macro económica, no la gestión micro económica. Las competencias de los demás cargos del gabinete estarían limitadas a los “*bienes públicos europeos*” supranacionales (tales como defensa, política exterior, energía, infraestructuras, etcétera), mientras que se dejarían en manos de los Gobiernos nacionales todos los demás asuntos.

b) Las elecciones al Parlamento Europeo, se basarían en listas europeas y no en listas de los partidos nacionales. Se presume que esto favorecería la existencia de un *demos europeo* venciendo la actual apatía.

c) El Consejo Europeo actual se convertiría en una “*cámara alta*”, donde estaría representada la voz y voto de los gobiernos de cada uno de los estados nacionales.

d) Los impuestos y las leyes tendrían que aprobarse mediante mayoría tanto en el parlamento como en la cámara alta. (Berggruen y Gardelz, 2012).

Joschka Fischer tiene un planteo similar. Luego de señalar que a menos que el poder de la UE se *européize* por medio del cambio desde la actual confederación hacia una federación, la eurozona —y la UE en su conjunto— corren el riesgo de desintegrarse. De allí que proponga la existencia de un gobierno federal europeo con las siguientes características:

“Esto significa que es indispensable una Cámara Europea, integrada por líderes de los Parlamentos nacionales. (...) En un principio, tal cámara puede ser un órgano consultivo en un contexto en que los Parlamentos nacionales mantengan sus competencias; más adelante, teniendo como base un tratado intergubernamental, debe convertirse en una verdadera institución parlamentaria de control y toma de decisiones, integrada por miembros delegados de los Parlamentos nacionales. Por supuesto, ya que un tratado de este tipo significaría una amplia transferencia de soberanía a las instituciones intergubernamentales europeas, sería necesaria su legitimación popular directa mediante referendos en todos los Estados miembros, entre ellos (y especialmente), Alemania.” (Fischer, 2011).

Desde el enfoque del presente trabajo, las propuestas de Berggruen y Fischer (autores a quienes podríamos englobar bajo el rótulo de “*euofederalistas*”) son lógicas y coherentes como recetas para salir de la crisis. Ahora bien, en el medio hay un gran problema: una democracia sólo puede considerarse como tal si se basa en una entidad colectiva: el pueblo o la nación, que se constituyen por una cultura, tradiciones y experiencias comunes. Desde su creación, el Parlamento Europeo se enfrenta al problema que los pueblos de los Estados miembros no parecen haberlo aceptado como el organismo que representa los intereses de los ciudadanos de la UE. Si tan solo se intentará resolver el déficit democrático de la UE dándole más poderes legislativos al mismo, una decisión mayoritaria posiblemente no sea aceptada por la minoría perdedora, en especial cuando la minoría se concentra en uno o varios Estados miembros. (5)

Y decimos “*pueblos europeos*” pues entendemos que no existe el “*pueblo europeo*”. El *demos* del viejo continente está fragmentado en 28 entidades y no parece haber voluntad ni de arriba ni de abajo

(5) Conforme HUG: 2002: 110.

por cambiar esto. Así es que se da la paradoja de que para tener una Unión Europea más democrática habría que pasar por encima de la voluntad de los pueblos que la componen.

Una situación similar se da en Sudamérica.

El aporte que pretendemos efectuar es que esa unión tiene que estar pensada tanto en función de los actores económicos y las burocracias estatales, como de los ciudadanos. Los pueblos van a ser renuentes a ceder soberanía si eso implicara lejanos centros de poder ajenos al control directo de la ciudadanía, llámense Bruselas, Luxemburgo, Montevideo o Cuzco.

Asimismo sostenemos que los procesos de integración exitosos no son conocidos o al menos estudiados bajo ese rótulo. Ejemplos: esa entidad plurilingüe y multi-confesional conocida como Suiza, que en el siglo XIX pasara de una confederación a un estado federal, y donde los ciudadanos deben ser consultados en referéndum por cualquier eventual reforma constitucional, además de poseer el derecho de iniciativa ligada al referendo hasta el punto de poder reformar la norma constitucional por esa vía. O Canadá (otro Estado-nación con diversidad lingüística y cultural, entre anglo y franco parlantes) con la posibilidad que se reconoce a Quebec de irse de la unión en tanto lo haga por votación directa de su ciudadanía (previo llamado de la consulta por la legislatura local y el parlamento nacional). Todos estos son ejemplos de estados pluriculturales donde se conjuga una autonomía profunda de las entidades locales con formas semi-directas de democracia, conformando así un espacio más amplio de decisiones ciudadanas. En definitiva un modelo distinto a esa pasión centralizadora que se advierte en la UE, y en el otro extremo, a la fragmentación del MERCOSUR.

Y decimos pasión centralizadora pues entendemos que lo que debe homogeneizarse es la técnica. Pues esta, por su propia naturaleza, es global y escapa a los caprichosos límites de los Estados-nación. Así es que temas tales como finanzas, impuestos, transportes, aduanas, medio ambiente, etc. deben estar a cargo de un órgano comunitario.

Ahora bien, si el mundo se centraliza-estandariza en el campo de la técnica, en el campo de la cultura lo que impera es la diversidad. Pluralismo cultural y axiológico que necesariamente debe reflejarse en leyes, que a nuestro juicio en ese campo serán cada vez más locales.

VI. Las carencias de la UE y el MERCOSUR

Del problema planteado se deriva la siguiente conclusión: en los casos del MERCOSUR y la UE, a pesar de ser variantes distintas de esquemas de integración, cuentan con un mismo problema, a juzgar por su praxis —y con independencia de sus diferentes regímenes institucionales— y este es: la ausencia de un *Demos* o unidad política que le permita a los ciudadanos la elección de un Parlamento con plenos poderes (monopolio de la potestad legislativa y de elección del gobierno del bloque) con listas de partidos transfronterizas, y la toma de decisiones a través de formas semi-directas de democracia a nivel regional. Es decir una democracia en donde a un nivel pos-nacional coexistan mecanismos de representación producto de la voluntad popular (un reforzado Parlamento europeo/Parlamento sudamericano con monopolio de la función legislativa y con capacidad para elegir un ejecutivo europeo/sudamericano) con el uso de formas participativas que dejen algunas decisiones directamente en mano de los ciudadanos (referendos regionales para todo lo vinculado a modificaciones sustanciales de los Tratados, e iniciativa popular legislativa vinculada a referéndum). Decisiones éstas que deben estar confinadas a una interpretación restrictiva de los asuntos regionales (“bienes públicos europeos” o “bienes públicos sudamericanos”).

Respecto a los requisitos para obtener una mayoría aprobatoria en los referendos el método más armónico con los principios democrático y federal sería el de la “doble mayoría”: de votantes y de estados.

Si los referendos funcionarían como un veto de los ciudadanos en contra de las propuestas de los órganos rectores del proceso de integración, las iniciativas —en cambio—, permitirían proponer nue-

vas medidas que han sido dejadas de lado por la clase política, tal vez porque no eran de su interés. Además de los referendos, las iniciativas permitirían a los ciudadanos dejar sin efecto el contenido parcial de acuerdos políticos-partidarios cerrados creados en el Parlamento regional, los cuales en sus extensos contenidos podrían llegar a incluir medidas de bajo respaldo ciudadano.

A nivel de un bloque de integración regional, los elementos de democracia semi-directa pueden producir un efecto beneficioso al obligar a los gobiernos nacionales y a los parlamentarios regionales a seguir las preferencias de los ciudadanos. La primera justificación para proponer referendos y las iniciativas a nivel post-nacional proviene de la necesidad del control ciudadano sobre los actos de los poderes públicos regionales. Aparte de la necesidad de legitimidad democrática para llevar a cabo cambios a en los tratados fundacionales, En palabras de un catedrático español referidas al caso europeo, pero también pertinentes en el contexto latinoamericano: "Sólo instrumentos políticos no convencionales, al margen de Parlamentos, Consejos y Gabinetes en feroz competencia por la representación de las masas inertes, pueden romper la estructura nacionalista de la política europea." (García, 2013).

Por el contrario la situación actual en la UE, fraccionamiento del espacio de decisión a manos de 28 gobiernos nacionales quienes en última instancia habilitan a actuar o no a las estructuras del bloque, lleva a la falta de identificación e indiferencia de las sociedades civiles con el proceso integratorio. Y esto último se refleja en la falta de compromiso de los gobiernos nacionales para avanzar en esos procesos.

Con mayor intensidad esto se produce en un MERCOSUR con su puro carácter inter-gubernamental.

Por todo lo expuesto se puede decir que, dada la parálisis de los procesos de integración producida por sus déficits democráticos, la salida está en profundizar la democracia en estos bloques regionales. Una profundización que debe ir más allá del esquema partidos-parlamento a escala europea-sudamericana, sino que también debe incluir la participación directa de un demos o ciudadanía regional-comunitaria.

Se abren dos caminos en lo relativo al futuro del proceso de integración sudamericana: el primero es continuar con el rumbo actual, donde un mero relato pretende llenar la ausencia de logros concretos:

"Seguir discursando regionalismo, sin embargo, no es irracional: genera simpatía y apoyo entre pueblos que se identifican culturalmente y, sobre todo, no tiene costos. Hacer, en cambio, es costoso, y por eso la integración latinoamericana no se concreta. El aspecto positivo es que, al menos, no va a terminar tan mal como la europea: lo que nunca fue no puede dejar de ser" (Malamud, 2012).

El otro camino es la búsqueda de legitimidad de los esquemas de integración, apelando a la soberanía popular.

En una organización política hay una diferencia decisiva en lo relativo a cuales fuentes nutren el sentimiento de un "*nosotros*"; no es lo mismo si las personas derivan su sentido de pertenencia de una activa participación en la toma de decisiones políticas ("*Nosotros, los que decidimos*"), que de una creencia en un ser nacional/continental pre-político, cuya existencia debiera ser preservada por una elite gobernante que en nada consulta a los ciudadanos bajo su poder.

Solo un "*Nosotros*" basado en el poder de decisión popular podrá garantizar la persistencia de un sentimiento comunitario, fundamento esencial de todo proyecto de integración exitoso.

VII. Bibliografía

ASTORI, Danilo. En Uruguay dicen que "el Mercosur pasa por el peor momento de su historia". Diario Infobae. Disponible en: <http://www.infobae.com/notas/645779-En-Uruguay-dicen-que-el-Mercosur-pasa-por-el-peor-momento-de-su-historia.html> [Fecha de consulta: 21/05/12]

BOLIVAR, Simón. *Carta de Jamaica 1815*. Disponible en: <http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1815cartadejamaica.htm> Última visita el 21/05/12

BERGGRUEN, Nicolás y GARDELS, Natahan. “¿Cómo podría ser una Unión Política Europea?” Diario El País. 25/01/12.

CASON Jeffrey. *THE POLITICAL ECONOMY OF INTEGRATION. The Experience of Mercosur*. Routledge .Studies in the Modern World Economy.. 2011. New York. GARCÍA, José Luis Egío *REFERÉNDUM PANEUROPEO Y MAGNA-EFICIENCIA DE LA UE (MÁSALLÁ DE JÜRGEN HABERMAS)* (Institut Européen de l'Université de Genève / Univ. Murcia) Disponible en: <http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp/PDFs/13REFERENDUM%20PANEUROPEO%20Y%20MAGNA.pdf>

GONZÁLEZ, Felipe. *Los nacionalismos contra la Unión*. Diario El País. Madrid. 30-04-12.

HABERMAS, Jürgen. *La democracia está en juego* .27 octubre 2011 LE MONDE PARIS. Disponible en HYPERLINK “<http://www.presseurop.eu/es/content/article/1107001-juergen-habermas-la-democracia-esta-en-juego>”<http://www.presseurop.eu/es/content/article/1107001-juergen-habermas-la-democracia-esta-en-juego> (Consulta 27/6/13).

HUG, Simon. *Voices of Europe: Citizens, Referendums and European Integration*, Boulder, CO: Rowman & Littlefeld.2002.

KEOHANE, Robert. “*Ironies of sovereignty: the European Union and the United States*”. Journal of Common Market Studies. 2002 40 (4, pp. 743-765.

KEOHANE, Robert, HOFFMANN Stanley (1991) “*Institutional Change in Europe in the 1980s*”. EN: pp. 1-39 *Keohane, R. and Hoffmann, S.* (eds.), The New European Community. Decision-making and Institutional Change, Boulder: Westview- pp. 1 a 39.

LOVUOLO, Rubén. *Vuelta de tuerca al “capitalismo de amigos”*. Buenos Aires. Diario “Clarín” 13/09/12. Disponible en: http://www.clarin.com/opinion/Vuelta-tuerca-capitalismo-amigos_0_773322744.html [Fecha de consulta: 22/8/2013]

MALAMUD, Andrés. “*La integración sentimental*”. En Le Monde Diplomatique, Buenos Aires, septiembre 2012- 159, 13.

PEÑA, Félix (1999) *Broadening and Deepening: Striking the Right Balance*. En R. Roett (editor) *Mercosur: Regional Integration, World Markets*. Boulder: Lynne Rienner Publishers.

ROY, Joaquín. *Obstáculos de la integración latinoamericana*. El País 24 de febrero del 2013 Disponible en <http://blogs.elpais.com/atlantid/2013/02/obst%C3%A1culos-de-la-integraci%C3%B3n-latinoamericana.html> (Consulta 27/6/13).

Elementos de cooperación penal entre EE.UU. y la República Argentina

POR **BRUNO M. TONDINI** (*)

Sumario: 1. Introducción. — 2. La naturaleza jurídica de la institución de la extradición. — 3. La doctrina en materia de la obligación de extraditar de los países de derecho anglosajón y sus diferencias con los países de tradición de derecho latino y la Argentina. — 4. Los convenios de Extradición y Cooperación Penal entre Argentina con los Estados Unidos. — 5. Algunas notas del sistema de extradición interna y de asistencia judicial internacional de los Estados Unidos. — 6. Jurisprudencia norteamericana y argentina en supuestos de extradición impropia y en los cuales se encuentran los Estados vinculados. — 7. Conclusión. — 8. Bibliografía.

Resumen

Nuestra intención en este trabajo es desarrollar algunos aspectos específicos de la relación en materia de la cooperación penal existente entre la Argentina y los Estados Unidos de Norteamérica. En particular, analizaremos los diferentes sistemas de extradición existentes en el mundo, desarrollando en especial, las características de los existentes en los países de tradición anglosajona, el derecho convencional existente en esta materia entre Argentina y los Estados Unidos, y finalmente el derecho interno de los Estados Unidos, en particular el sistema de normas existentes y los precedentes judiciales de ambos estados en casos que los vinculan.

Palabras clave

Derecho Internacional Privado- Cooperación Penal-Extradición

ELEMENTS OF PENAL COOPERATION BETWEEN EE.UU AND THE ARGENTINE REPUBLIC

Abstract

Our intention in this work is to develop to some specific aspects of the relation in the matter of the existing penal cooperation between Argentina and the United States of North America. In particular, we will especially analyze the different existing systems of extradition in the world, developing, the characteristics of the existing ones in the countries of British tradition, the existing conventional right in this matter between Argentina and the United States, and finally the internal right of the United States, in particular the system of existing norms and the judicial precedents of both states in cases that tie them.

Key words

Private international law- Criminal Cooperation -Extradition

1. Introducción

En este ensayo, nuestra intención discurre por desarrollar algunos aspectos específicos de la relación en materia de la cooperación penal existente entre la Argentina y los Estados Unidos de Norteamérica.

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Internacional Privado, Cátedra II y de Derecho Internacional Público, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

La estructura metodológica del trabajo incluye en primera medida, un estudio sistemático de los diferentes sistemas de extradición existentes en el mundo, apelando a su clasificación por pautas comunes y desarrollando en especial, las características de los existentes en los países de tradición anglosajona.

En segundo término, analizaremos en forma comparativa, las notas distintivas de la obligación de extraditar de los países de derecho anglosajón y el derecho latino en general y Argentina en especial. A continuación, desarrollaremos el derecho convencional existente en esta materia entre Argentina y los Estados Unidos, a modo de adelanto expresamos que son tres los tratados que unen a ambos estados en la materia. Finalmente analizaremos, el derecho interno de los Estados Unidos, en particular el sistema de normas existentes y los precedentes judiciales de ambos estados en casos que los vinculan, siendo el primero de ellos, en el cual se observa el incumplimiento del procedimiento extradictorio.

2. La naturaleza jurídica de la institución de la extradición

El debate sobre la institución jurídica de la extradición, señala el autor argentino Guillermo Fierro, es el definir si ella consiste en un acto político-administrativo o, por el contrario, es de naturaleza jurisdiccional o participa de ambos caracteres en forma simultánea o, según nuestro sistema, a veces se reduce a una decisión político-administrativa y en otras constituye un acto más complejo de carácter político-administrativo con participación de naturaleza jurisdiccional (FIERRO, 1998: 595/601).

Señala Maggioro, que existen cuatro sistemas diferentes con relación a la extradición pasiva (MAGGIORE, 1954:237/238):

a) el llamado sistema francés, debiéndose especificar que el autor se refiere al procedimiento anterior al instaurado por la Ley de Extradición sancionada el 10 de marzo de 1927, cuyas modalidades lo ubicaban —según lo describe Garraud (GARRAUD, 1921:140-149)- como un régimen esencialmente político, quedando la decisión en manos del gobierno e interviniendo en el procedimiento los ministros de Justicia y de Asuntos Extranjeros sin que mediaran garantías jurisdiccionales en favor de la persona reclamada, pues se trataba de un procedimiento enteramente administrativo y secreto) Dicho sujeto comparecía ante el procurador de la República y podía discutir la procedencia del pedido aduciendo las objeciones e impugnaciones que la demanda le merecía, procedimiento que hasta hace poco tiempo subsistía con relación a las posesiones de ultramar, conforme lo establecía el artículo 35 de la ley francesa anteriormente citada. Cabe acotar que la referida ley de 1927 sigue aún vigente, pero su utilización es estrictamente supletoria, esto es, se aplica cuando no hay tratado vigente entre Francia y el Estado requirente;

b) el sistema anglo-norteamericano, en cambio, tiene el carácter de un procedimiento jurisdiccional en el cual se sustancia un verdadero proceso y hasta se valora la prueba concerniente al hecho, formalizándose algún tipo de juicio respecto de a la autoría y culpabilidad del requerido, aunque si bien la decisión negativa del tribunal que interviene impide que la entrega haga efectiva, una decisión afirmativa a dicha entrega del referido tribunal no obliga al gobierno que puede, no obstante, denegarla por motivos de política internacional;

c) el sistema belga-holandés, en el cual se tramita el juicio en interés del sujeto reclamado, pero sin vincular al gobierno al cual se lo deja en amplia libertad y;

d) el sistema italiano, que tiene carácter mixto, en donde la extradición es concedida por el gobierno pero con garantías jurisdiccionales en favor del requerido, las cuales se traducen en el examen que se efectúa de la demanda de extradición). En algún aspecto este sistema tiene muchas similitudes con el anglonorteamericano pues al igual que éste, el poder político no puede conceder la entrega sin previo examen por parte del Poder Judicial y si la Corte estima improcedente la petición ella no podrá ser otorgada, mientras que a la inversa, la resolución judicial que hace lugar a la extradición no obliga al Poder Ejecutivo que puede denegarla por razones políticas.

Difiere del sistema angloamericano en la mayor o menor exigencia pedida en cuanto al examen que se realiza con relación a la autoría del hecho y la culpabilidad del imputado ya que, como dijimos antes, mientras en aquel sistema ese análisis previo es más intenso, en el régimen extradicional italiano se requiere la existencia de indicios suficientes de criminalidad que autoricen a conceder la extradición solicitada.

A diferencia de lo que afirma Luis Jiménez de Asúa, para quien en el sistema angloamericano la decisión de la justicia obliga necesariamente al poder político, tanto si decide denegar la extradición -en lo cual está acertado- como si opta por entregar al delincuente, Satya Bedi explica que conforme al procedimiento vigente en los Estados Unidos de América (*The United States Criminal Code and Criminal Procedure*, section 651), el cual es similar al que rige en otros países como la India, Gran Bretaña, Israel, etc., ante un pedido de extradición se somete la cuestión a los tribunales y si la Corte decide que tal pedido no es procedente, la persona requerida queda inmediatamente en libertad, pero una decisión en sentido contrario no implica necesaria y automáticamente la viabilidad de la entrega, por cuanto ella queda sujeta a otras consideraciones de tipo político.

Debe señalarse, por otra parte, que conforme lo puntualiza Coartney Stanhope Kenny, la cuestión de la extradición de criminales extranjeros es de competencia estrictamente federal ("*Holmes v. Jenkinson*" (1) 14 Peters; "*People v. Curtiss*", 50 N.Y. 321); para Wayne R. LaPave y Austin W. Scott, Jr., al comienzo en los Estados Unidos se oponía seriamente a la entrega de los criminales una disposición de la Constitución norteamericana (U.S. Constitution, art. IV, parág. 2), pero en los tiempos más recientes una nueva interpretación del precepto permite una flexibilización suficiente.

Corroborando lo manifestado por Bedi, Charles G. Fenwick señala que, después de recibir la solicitud, el gobierno inicia una investigación judicial para determinar si existe una evidencia suficiente de acuerdo con el derecho local del país reclamante, que justifique la detención del fugitivo. Si de resultas de esa investigación surge una evidencia prima facie de culpabilidad, el individuo es entregado. "...the evidence required must be strong enough to established prima facie case against the fugitive, even when the judge believes a jury would probably acquit him..." (BEDI, 1966:143).

Siguiendo con el análisis del sistema angloamericano, en Canadá el procedimiento es el siguiente: si un Estado extranjero solicita la extradición de un criminal, deberá instruir a su misión diplomática en Ottawa para que haga una petición formal al Departamento de Asuntos Extranjeros a fin de que entregue a la persona buscada. Dicho Departamento de Asuntos Extranjeros transmitirá esa petición al Departamento de Justicia acompañando todos los elementos con las evidencias relativas al crimen por el cual se lo pretende juzgar y notificara al procurador general de la provincia en donde resida el supuesto delincuente impartiendo las instrucciones pertinentes para el arresto de dicha persona, la cual será sometida ante el juez que entienda en la extradición, el cual generalmente es un juez de distrito, pero a veces es un juez de la Corte Suprema, dependiendo de quién esté disponible (en la provincia de Quebec, son los jueces del Superior Tribunal quienes intervienen en esta causas). El Estado reclamante deberá instruir a un apoderado que lo represente y meritúe las evidencias sobre las cuales se basa su pretensión y el juez de la extradición, luego de la correspondiente audiencia, o bien pone en libertad al sujeto reclamado, o bien ordena su encarcelamiento. Si ocurre esto último dicha persona no podrá ser entregada hasta tanto no transcurran quince días, en orden a que tenga tiempo de presentar un "writ of habeas corpus", y, vencido que fuera, el ministro de Justicia podrá librar una orden de entrega enviando un duplicado de la misma al secretario de Estado a fin de que notifique la decisión al apoderado del país requirente.

Según el Tratado de Extradición suscripto en 1971 entre Canadá y los Estados Unidos, se establece que la persona detenida en virtud de un pedido de extradición deberá ser liberada si han transcurrido

(1) Ver fallo completo en <http://supreme.justia.com/us/39/540/case.html>

cuarenta y cinco días y la documentación necesaria en la cual se funda tal pedido no ha sido presentada (GREEN,1991: 273).

Dentro de este sistema anglo norteamericano precedentemente delineado no se debe incluir, al parecer, al régimen extradicional existente entre Irlanda y Gran Bretaña, pues, según expresa Paul O'Higgins, en su relación con Gran Bretaña la República de Irlanda practica un sistema extradicional único, ya que no hay virtualmente ningún control judicial sobre la entrega de la persona reclamada, tratándose de una función puramente administrativa (O'HIGGINS,1958:304). Cualquier persona que esté dispuesta a jurar y presentar por escrito un informe ante un magistrado, si lo logra convencer para librar un mandamiento, eso basta para poner en movimiento la maquinaria de la cual resultará el arresto del extranjero que será enviado al exterior a fin de someterlo a juicio en el país que lo reclama.

En lo que concierne al actual procedimiento extradicional francés en cuanto a la extradición pasiva, ya se ha anticipado que sigue vigente y es de aplicación supletoria, en defecto de la existencia de tratados, la ley del 10 de marzo de 1927. Este procedimiento es primordialmente judicial, pues la demanda de extradición debe ingresar por la vía diplomática y el Ministerio de Asuntos Extranjeros la remite al Ministerio de Justicia. Si el pedido aparece como admisible y procede se ordena el arresto provisorio de la persona reclamada; dentro de las 24 horas se efectúa un interrogatorio para establecer la identidad de esa persona detenida, tareas que lleva a cabo el procurador de la República quien luego, y también dentro de las próximas 24 horas, realiza otro interrogatorio sobre el fondo y se remiten las actuaciones y los elementos acompañados al tribunal que corresponda, en este caso la Cámara de Acusación (Chambre d' Accusation), que examina solamente la regularidad de la demanda pero sin entrar a considerar la oportunidad de la entrega. Se le acuerdan a la persona reclamada las garantías de un defensor, un proceso público, oral y contradictorio.

En dicho proceso no se consideran las cuestiones de fondo, sino tan sólo aquellas que atañen a la procedencia de la petición. Contra el decreto que hace lugar, a partir de la nueva jurisprudencia existente desde 1984, es posible que el interesado recurra a la Casación, siempre que se funde en una irregularidad formal, como ser una violación de la ley que privara al interesado de aspectos esenciales que dan fundamento a la misma, como lo sería el que se hubiera privado a la persona reclamada o a su abogado del derecho de replicar o rebatir los elementos de cargo sobre los cuales se fundaba la decisión de acceder al pedido de entrega. Cabe agregar que en este debate el Estado requirente no es parte. Si el pedido es rechazado, se pone en libertad a la persona y ese rechazo es definitivo, aunque no impide que se presente posteriormente otro por la misma causa, fundado sobre nuevos elementos o habiéndose subsanado las falencias que pudiera haber tenido el anterior. Si por el contrario el pedido resulta aceptado, habrá que distinguir el supuesto de si existe o no un tratado; si hay tratado, el gobierno debe dar curso al pedido si está de acuerdo con las condiciones consignadas en la convención respectiva, salvo que existan motivos suficientes para rehusarse a la entrega, pues dichos motivos son controlados por el Consejo de Estado; así, en 1994 no se aceptó como causal la invocación del "interés superior del Estado" y por lo tanto se anuló el rechazo de un pedido formulado por Suiza. En el supuesto de que no haya tratado vigente con el país que solicita la extradición, entonces se aplica supletoriamente la ley de 1927 y, en este caso, el gobierno puede por razones políticas rehusar la entrega, pero el Consejo de Estado tiene competencia para apreciar esa decisión del gobierno, conforme a nueva jurisprudencia sentada a parte de 1993, por tanto, puede revocar la decisión denegatoria gubernamental.

Si el pedido de extradición es en definitiva aceptado, se emite un decreto de extradición, que es firmado por el primer ministro y refrendado por el ministro de Justicia. Dicho decreto no sólo debe estar fundado en Derecho, sino que también debe consignar las cuestiones de hecho pertinentes. Si el pedido de extradición se refiere a la entrega de un condenado, no incumbe a la autoridades francesas conocer acerca de las razones que motivaron la condena y tal afirmación no sólo se corresponde con las principios generales que rigen a la extradición, sino también con lo dispuesto en la Convención Europea de Extradición.

3. La doctrina en materia de la obligación de extraditar de los países de derecho anglosajón y sus diferencias con los países de tradición de derecho latino y la Argentina

Pese a la admisión universal de las razones que cimentan la necesidad de la extradición (PIOMBO,1999:109) e, incluso, su carácter obligatorio, (2) la literatura especializada y práctica jurídica anglosajona, apuntocándose en las doctrinas utilitarias arriba señaladas, consideran que “la extradición no es parte del derecho consuetudinario internacional”, por lo que el Estado debe extraditar “solamente obligado por un tratado”; (3) esto, sin perjuicio de reconocer, con un atisbo de contradicción, el carácter de fuentes del instituto a la reciprocidad y la costumbre (LEVITT,1992:1017 y TORSTEN,1995:336). (4) Sin embargo, contemporáneamente se observan ciertos signos de resquebrajamiento de tal actitud al admitirse excepción respecto de algunos crímenes de derecho internacional, los más graves por cierto, reconociendo el débito de extraditar aunque no exista tratado (BROWNLIE, 1991:315)

Congruente con esta nueva tesitura -que importa abjurar la tesis de la inexistencia de la obligación de extraditar fuera de un marco convencional- resulta la postura asumida por los Estados Unidos y Gran Bretaña en el affaire Lockerbie. Al respecto cabe recordar que en la controversia el principal argumento del Estado libio era que según el art. 7 del Convenio sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil celebrado en Montreal el 23/9/71 -del cual son partes tanto los países requirentes de la extradición como el requerido-, cada Estado contratante tiene la posibilidad de elegir entre la extradición y el sometimiento a juicio del presunto delincuente ante sus propios tribunales. No obstante, a petición de aquellas potencias, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas intimó a cumplir el requerimiento de los países agraviados por el ilícito mediante resolución 748 del 31/1/92, temperamento validado por la Corte Internacional de Justicia mediante sendas ordenanzas despachadas el 14/4/92, dado que sólo cuatro jueces del alto tribunal, en opiniones individuales minoritarias, insistieron en la inexistencia de una obligación genérica de extraditar en el actual derecho internacional.

En los países de derecho latino, habiendo calado hondo el fundamento constrictivo de la extradición, basta en principio el ofrecimiento de reciprocidad para tornar admisible la solicitud de extradición.

En la Argentina, si bien la posición original del más alto tribunal patrio recogió la jurisprudencia tradicional de la Corte estadounidense en el sentido de negar la entrega de los sujetos requeridos cuando estuviera ausente el marco convencional, (5)(5) se reaccionó a posteriori con fulcro en las leyes sobre la materia merced a una doctrina sentada en los siguientes términos: “el límite que tienen

(2) El tema ya había motivado un pronunciamiento doctrinal colectivo en el curso del pasado siglo: el Instituto de Derecho Internacional, al aprobar en su sesión de Oxford (1880) los principios básicos en materia de extradición, reafirmó en la tercera regla consensuada que la entrega de los delincuentes debe operar “aun en ausencia de tratados” BROWN SCOUT,1916: 42. En la doctrina individual, aun cuando el tópico es controversial, la tendencia se inclina hacia el carácter constrictivo. Así, Hugo Aloisi y Nicola Finí expresan que es una obligación impuesta por el derecho de gentes, el cual origina un principio general: la extradición es la regla la no extradición la excepción; GUZMÁN LATORRE,1989:598.

(3) El punto de vista ortodoxo y la circunstancia de que los Estados Unidos cumplen un rol de superpotencia mundial interesada en la persecución de ilicitudes vinculadas a la delincuencia organizada con alcance transnacional, especialmente en los campos del narcotráfico y el terrorismo, han determinado que ese país mantenga relaciones extradicionales bilaterales a través de más de un centenar de tratados que pueden ser consultados en el Recueil de la ONU, cifra considerable si se tiene en cuenta que el total de acuerdos sobre la materia se calculaba en 1500 a mediados de la pasada década (TORSTEN,1995:336).

(4) En “United States vs. Reuscher” (119 U.S. 407), la Corte Suprema de los Estados Unidos sentó que el derecho de reclamar la extradición y la obligación de entregar por el Estado requerido a quien se solicita, “sólo existe cuando es creado por medio de tratado”. La doctrina inglesa clásica en (WESTLAKE, 1924:263).

(5) “Corresponde denegar la extradición cuando no habiendo ley ni tratado que la prevea, desde que ni la cortesía internacional ni el derecho de gentes obliga a entregar habitantes del territorio argentino. La Constitución acuerda

los Estados en juzgar todos los delitos de su competencia, está dado, en el orden internacional, por el interés común de todos en el estricto respeto a los tratados de extradición que establecen las condiciones bajo las cuales se otorgará la ayuda y, a falta de tratados, por la existencia de reciprocidad y el respeto de la práctica internacional, porque es mediante los tratados o la práctica uniforme que los Estados expresan hasta que medida habrán de ayudar a otros en el juzgamiento de los delitos” CSJN, 20-9-88, J.A., 1989-1, 659. (6)

4. Los convenios de Extradición y Cooperación Penal entre Argentina con los Estados Unidos

En primer término podemos señalar el Tratado con los Estados Unidos de fecha 26/9/1896, aprobado por ley argentina nro. 3759.

Las crecientes e imperiosas exigencias en la lucha contra el delito, connaturales con el explosivo desarrollo del sistema global del transporte y las comunicaciones, ocurrido particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, se fueron patentizando en una más eficaz flexibilidad de los mecanismos de cooperación. Esta tendencia fue receptada en el texto del segundo tratado de extradición celebrado entre ambos países, tiene por fecha el 21/1/72 aprobado por ley 19.764, si bien contiene defectos, señala el Dr. Piombo (PIOMBO, 1999:180) -verbi gratia, mantener un régimen de legalizaciones a todas luces innecesario- también efectúa aportes positivos al derecho extraditacional en orden a:

1) Dar respuesta satisfactoria a los graves problemas originados por la falta de reciprocidad en el diligenciamiento de las solicitudes de entrega, consistentes los mismos en que mientras nuestro país atendía los pedidos de extradición formulados por los Estados Unidos sin cargo alguno, como requirente debía afrontar los gastos que demandaba la actuación inexcusable de abogados norteamericanos en el trámite de los exhortos correspondientes, lo que, por falta de partidas presupuestarias obstaba decisivamente al buen éxito del requerimiento. A partir de la vigencia del nuevo tratado, ocurrida el 19/9/72, (7) se superó la problemática al acceder el gobierno de los Estados Unidos a pagar los costos judiciales resultantes del proceso extraditacional (art. 19).

2) Ampliar la gama de los delitos extraditables, con una lista que *mutatis mutandis* sigue el orden del Código penal argentino, incluyendo la piratería aérea, el tráfico de estupefacientes, el terrorismo y el contrabando (art. 2).

3) Disminuir la impunidad en el plano internacional completando el principio territorialista, que conforma el criterio básico de jurisdicción sobre el delito en el marco del acuerdo, con la incorporación de otras competencias, siempre que éstas hallen recepción en el ordenamiento del país requerido (art. 3).

4) Limitar la extradición de los menores de 18 años, cuando el extrañamiento pudiera “perjudicar la readaptación social y rehabilitación del reclamado” (art. 6).

5) Propulsar la cooperación judicial en la materia, estatuyendo un completo régimen referente al diligenciamiento de exhortos (art. 21).

a los extranjeros libertad y seguridad por lo que no pueden ser penados sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” CSJN, 26-2-85 en Fallos, t. 28,31.

(6) Señalo, a manera de ejemplo, que en el vigente régimen legal portugués (arts. 3 y 6 del sistema integrado por los decretos-leyes 437/75 y 43/91), la reciprocidad es condición de admisibilidad cuando no existe vínculo convencional.

(7) Ver, Diario La Razón 19/9/72, 5. La crónica periodística asignó al tratado que me ocupa alcances altamente significativos, no sólo por ser el primero que los Estados Unidos negociaban con un país de América Latina desde que esa potencia comenzó su tarea de modernizar las convenciones sobre extradición, sino porque se atribuían al texto ventajas prácticas, hasta entonces no definidas concretamente en este hemisferio a nivel de compromisos obligatorios, con relación a la lucha contra la piratería aérea y naval y ciertos aspectos del terrorismo (Diario La Prensa, 1/2/72,3).

A principios de la década del 90, se firmo el primer Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre ambos estados, (8) suscrito en Buenos Aires el 4 de diciembre de 1990, siendo su principal objetivo: “ mejorar la eficacia de las autoridades de ambos países en la prevención, investigación, y el enjuiciamiento de delitos mediante la cooperación y la asistencia jurídica mutua en asuntos penales”.

Vale destacar el alcance amplio de la asistencia establecida en al art. 1 inc. 2 (9) y fundamentalmente a diferencia del tratado de extradición que analizaremos a continuación en el inc. 3 del mismo artículo señala que la asistencia se prestará independientemente de que el motivo de la investigación, el enjuiciamiento o el procedimiento en el Estado requirente sea o no un delito con arreglo a las leyes del Estado requerido.

Asimismo se establece un rápido procedimiento basado en la fijación de Autoridades Centrales, siendo el principio que el Estado requerido pagará todos los gastos relativos al cumplimiento de la solicitud, salvo los honorarios de los peritos, los gastos de traducción y transcripción, así como las indemnizaciones y los gastos de viaje de las personas a quienes se hace referencia en los artículos 10 (Testimonio en el Estado requirente) y 11 (Traslado de personas detenidas), que correrán a cargo del Estado requirente. (10)

Finalmente cabe destacar tres normas: el artículo 7, que establece los límites de utilización, que en su inc. 1 fija el principio de especificidad de la información y prueba cursada, (11) el artículo 9 establece el principio de publicitación de los archivos oficiales (12) y el artículo 16 que establece la existencia de Asistencia en procedimientos de incautación (recordamos la utilidad para los casos de delitos de lavado de dinero) (13).

El tercer tratado de extradición suscrito con los Estados Unidos trae profundos cambios con relación al de 1972, suscrito en Buenos Aires, el 10 de junio de 1997, sancionada como ley para la Argentina con el nro. 25.126 reemplazando el sistema de lista de delitos por un criterio basado en la doble punibilidad (art. 2 inc. 1).

Torna además obligatoria la extradición de nacionales y aligera de formalidades el trámite del requerimiento, amén de incluir no sólo la tentativa punible sino también “la conspiración ... para cometer cualquier delito” (art. 2 inc.2 a y b).

(8) Ley nº 24034. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 20 de Diciembre de 1991.

(9) Art.1 inc 2: La asistencia comprenderá: a) la recepción de testimonios o declaraciones; b) la facilitación de documentos, expedientes y elementos de prueba; c) notificación y entrega de documentos; d) la localización o identificación de personas; e) el traslado de personas detenidas a los efectos de prestar testimonio u otros motivos; f) la ejecución de solicitudes de registro, embargo y secuestro; g) la inmovilización de activos; h) la asistencia relativa a incautaciones, indemnizaciones y ejecuciones de multas, y i) cualquier otra forma de asistencia que no esté prohibida por las leyes del Estado requerido.

(10) Art. 6 del tratado.

(11) El Estado requirente no utilizará la información ni las pruebas obtenidas en virtud el presente tratado en ninguna investigación, enjuiciamiento o procedimiento que no sean los descritos en la solicitud, sin previo consentimiento del Estado requerido.

(12) Previa solicitud, el Estado requerido facilitará al Estado requirente copias de los documentos, antecedentes o informaciones de carácter público que obren en los organismos y dependencias gubernamentales del Estado requerido.

(13) Si la autoridad central de una de las Partes llega a enterarse de la existencia de frutos o instrumentos de delitos en el territorio de la otra parte que puedan incautarse o, de otro modo, embargarse según las leyes de ese Estado, podrá informarlo a la autoridad central de la otra parte. Si la otra parte tiene jurisdicción al respecto podrá presentar esa información a sus autoridades, para que decidan si debe adoptarse alguna medida. Dichas autoridades decidirán conforme a las leyes de su país y, por medio de su autoridad central, informarán a la otra Parte del resultado de tal decisión.

Asimismo cabe destacar el art. 3, por el cual la nacionalidad de la persona solicitada, de coincidir con la del Estado Requerido, no permitirá denegar la entrega. El art. 6 enfoca la particular situación de la pena de Muerte, existente en algunos estados de la unión y vedada en Argentina por la implementación de diferentes tratados internacionales, permitiendo para el caso que la legislación del Estado Requerido no admitiera la pena de muerte para ese delito, la entrega de la persona reclamada podrá ser denegada, salvo que el Estado Requerido otorgue garantías de que la pena de muerte no será impuesta, o de ser impuesta, no será ejecutada. Finalmente el art. 12 establece en su inc. 2 que si la solicitud fuere denegada en todo o en parte, el Estado Requerido debe dar explicaciones de las razones de la denegación. El Estado Requerido debe proporcionar en este sentido copias de las decisiones judiciales pertinentes si fueren solicitadas.

Para la prensa, el nuevo instrumento internacional, cuyo contenido concreto será motivo de comentario en cada oportunidad, "significa una respuesta concreta a los reclamos de los Estados Unidos de mayor lucha contra corrupción y mayor seguridad jurídica", amén de "significar una clara señal de dos naciones que no van a servir de refugio por actos delictivos". (14)

5. Algunas notas del sistema de extradición interna y de asistencia judicial internacional de los Estados Unidos

En los EE.UU., el sistema preceptivo se configura, en principio, de modo distinto al vigente en la Argentina, porque:

I) rige sobre la materia una ley federal desde hace dos siglos;

II) los vacíos dejados por el ordenamiento no han sido llenados, de ordinario, por vía convencional, sino mediante la sanción de leyes, algunas de tipo uniforme para todo el territorio de la Unión;

III) el protagonismo en la requisitoria, entrega y transferencia de los detenidos reposa en los respectivos poderes ejecutivos estatales. (PIOMBO, 1999:581)

La normativa federal tuvo origen en la opinión del primer Procurador General de los EE.UU., quien consideró como no operativa la cláusula constitucional sobre extradición (art. IV, sección 2). Por esta circunstancia, el Congreso de la Unión sancionó, en 1793, la ley que prevé la obligación de los gobernadores de otorgar la extradición de un fugitivo de la justicia de otro Estado. (PRITCHETT, 1965:123).

En el presente siglo, con fundamento en la cláusula relativa al comercio interestatal -desde que la preceptiva concierne a personas que se fugan trasponiendo los límites estatales-, el Congreso estadounidense sancionó la Fugitive Felón and Witness Act de 1934 (18 U.S.C.S., § 3182) que prescribe el procedimiento por seguir a los oficiales del Estado demandante y de asilo cuando es requerido el retorno del fugitivo (GÜNTHER, 1975:396).

En el nivel de los Estados locales, la mayoría ha adoptado una ley uniforme, originariamente promulgada en 1926, cuya versión revisada fue, a su vez, promulgada en 1936. Esta legislación aparece complementada por la ley uniforme de entrega de personas acusadas, propuesta en 1967 con la finalidad de prever un método expeditivo para el retorno de quienes quebrantaban la custodia anterior al juicio o se trasladaban a otros Estados en desmedro de los términos en que fuera concedida su libertad provisoria. Finalmente, en 1980, fue promulgada la ley uniforme sobre extradición y entrega, en atención a que la ley de 1936 era considerada demasiado engorrosa, amén de no tener en cuenta los adelantos tecnológicos en materia de comunicaciones alcanzados desde entonces (LEVIN, 1989:745). Tengamos presente que si se trata de un persona privada de su libertad a disposición de la autoridad judicial, el sistema operativo es el referido en nota 3880 -que considera a todo el territorio de la Unión norteamericana como jurisdicción única a los efectos de lograr un traslado expedito en el supuesto de juzgamientos coetáneos-, apartando así el tema del ámbito de la extradición propiamente dicha.

(14) Diario Clarín, 13/6/97,11; Diario La Nación, 4/7/97,7.

A nivel estatal, algunas constituciones -v.gr., la sección 29 de la ley fundamental de Oklahoma de 1907, con las reformas introducidas el 7/1/1975- garantizan a los habitantes que no podrán ser llevados fuera del Estado por delito cometido en otras jurisdicciones, sino por medio del trámite de la extradición. A su vez, la aprehensión extraterritorial por los agentes del Estado interesado -procedimiento que hace directamente a la eficacia del mecanismo de la extradición, asegurando la custodia policial hasta tanto sea concedida la entrega- es facilitada por estatutos y convenios (15)(15) que reglamentan con prolijidad las posibles cuestiones. (16)

En los Estados Unidos, la autoridad competente en materia de asistencia judicial que actúa como Autoridad Central de Asistencia Jurídica Recíproca es la Oficina de Asuntos Internacionales OAI dependiente del Departamento de Justicia y su marco jurídico se encuentra en el artículo 28 USC 1782 que regula la asistencia jurídica recíproca. (17) Por otra parte, en materia de asistencia judicial internacional, Estados Unidos cuenta con más de 60 tratados bilaterales de asistencia judicial recíproca (MLAT) que pueden ser utilizados para la obtención e intercambio de pruebas en materia penal con otros países. (18)

(15) El título 24-60-203 del Estatuto del Estado de Colorado, recogiendo las directivas de un “campad”, autoriza a los funcionarios policiales de un Estado para entrar sin interferencia en otros Estados parte en persecución de cualquier persona que ha cometido un delito o que ha sido imputada de cometer un delito en dicho Estado, o en persecución de cualquier persona que se ha escapado de una penitenciaría, cárcel u otra institución penal. Las formalidades requeridas no son otras que las establecidas por la autoridad de la cual depende el oficial que arresta. A su vez, el título 24-60-204, del mismo Estatuto, establece las condiciones para obtener el “waived” (o mandamiento de extradición), que permite trasportar el prisionero por los Estados parte en un “compact”, sin interferencia. El acuerdo no sustituye las previsiones legales sobre extradición que autorizan y validan el arresto extraterritorial por oficiales de otro Estado. El dispositivo no es aplicable cuando el arresto lo ha practicado, a requerimiento telegráfico, un funcionario policial del Estado de refugio.

(16) Los Estatutos de Maine (capítulo 9, subcapítulo 15, parágrafos 201 a 229), contienen lo relativo a extradición interestatal, previendo temas como: requerimiento de entrega cursado por el gobernador, forma de la demanda, intervención del Procurador General del Estado respecto de la demanda del gobernador, extradición de detenidos que aguardan juzgamiento, expedición del warrant que autoriza el arresto, asistencia al funcionario encargado del arresto, derechos de la persona acusada, procedencia del Habeas corpus, audiencia del requerido, revisión de la resolución definitiva, supuesto del detenido confinado en prisión, arresto preventivo antes de la solicitud del gobernador, audiencia por observar en el caso de arresto sin requerimiento de extradición, excarcelación y gastos realizados para la entrega del prisionero.

(17) El texto completo es el siguiente: “28 USC 1782 Asistencia a tribunales extranjeros e internacionales y para los litigantes ante dichos tribunales. (a) El tribunal de distrito del distrito en el que una persona reside o se encuentra puede ordenarle a dar su testimonio o declaración o para producir un documento u otra cosa para su uso en un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional, incluidas las investigaciones penales llevadas a cabo antes de la acusación formal. La orden puede ser formulada conforme a un exhorto o carta rogatoria, o a solicitud de un tribunal extranjero o internacional o con base en la petición de cualquier persona interesada y se podrá ordenar que el testimonio o declaración se dé, o el documento u otra cosa se produzcan, ante una persona designada por el tribunal. En virtud de su nombramiento, la persona designada tiene la facultad de administrar cualquier juramento pertinente y tomar testimonio o declaración. La orden puede describir la práctica y el procedimiento, que podrá ser en su totalidad o parcialmente proveniente de las prácticas y procedimientos del país extranjero o el tribunal internacional, para tomar el testimonio o declaración o para elaborar el documento u otra cosa. En la medida en que la orden no establezca otra cosa, el testimonio o declaración se tendrá, y el documento u otra cosa producidas, de conformidad con las Reglas Federales de Procedimiento Civil. Una persona no podrá ser obligada a dar su testimonio o declaración o a producir un documento u otra cosa, en violación de cualquier privilegio legalmente aplicable. (b) Este capítulo no impide que una persona en los Estados Unidos de manera voluntaria dé su testimonio o declaración, o produzca un documento u otra cosa, para su uso en un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional ante cualquier persona y de cualquier manera aceptable para aquélla.”

(18) Una lista de estos tratados se puede encontrar en la página: http://travel.state.gov/law/info/judicial/judicial_690.html

6. Jurisprudencia norteamericana y argentina en supuestos de extradición impropia y en los cuales se encuentran los Estados vinculados

El caso tal vez mas conocido en esta materia, se origina en los hechos cuando el día 2 de abril de 1990, el médico mexicano Humberto Álvarez Machain fue sustraído por la fuerza de su consultorio médico, sito en Guadalajara, y posteriormente trasladado en un avión privado a la localidad de "El Paso" (Texas, EE.UU.), en donde fue arrestado por agentes de la Drog Enforcement Administration DEA y sometido ajuicio ante la Corte Federal del Noveno Distrito. A Álvarez Machain se le imputaba haber tenido participación en los asesinatos cometidos contra un agente de la DEA, Enrique Camarena Salazar, y un piloto mexicano que colaboraba con él, Alfredo Zavelar Avelar. Tal participación atribuida a Álvarez Machain, consistía en que, como médico, prolongó la vida del agente Camarena Salazar a fin de que se lo pudiera seguir torturando e interrogando, hasta que murió.

Ante el planteo del médico impugnando la jurisdicción de la Corte estadounidense por el procedimiento llevado a cabo al margen de las normas internacionales aplicables al caso, particularmente existiendo un tratado de extradición vigente celebrado el 14 de mayo de 1978 entre los Estados Unidos y México, la Corte de Distrito, rechazó la reclamación por conducta internacional ultrajante; pero sostuvo que ella carecía de jurisdicción para juzgar al acusado porque su secuestro violaba el tratado de extradición vigente. Por ello, desechó los cargos contra Álvarez Machain y ordenó que el acusado fuera repatriado a México.

Ante la apelación de dicha resolución, la Corte de Apelaciones confirmó el fallo impugnado, apoyando su decisión en lo resuelto en la causa "United States v. Verdugo-Urquidez", (19) en la cual se había resuelto que la sustracción forzosa de un nacional mexicano con la autorización o participación de los Estados Unidos violaba el tratado de extradición suscripto entre los Estados Unidos y México. La Corte de Apelación desechó expresamente el argumento esgrimido, de que el tratado de extradición no prohíbe expresamente los secuestros.

Nuevamente apelado el fallo de la Corte de Apelaciones ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, dicho tribunal concedió el recurso y rechazó el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones y ordenando proseguir con el juicio. El pronunciamiento del más alto tribunal norteamericano se dictó sobre la base de una clara mayoría de seis votos contra tres y en el voto de quienes

(19) 494 U. S. 259 (1990), la misma Suprema Corte limita y clasifica a las personas que tienen derecho a la protección de la cuarta enmienda constitucional, ya que Verdugo-Urquidez, ciudadano mexicano que, viviendo en territorio de la república mexicana, fue detenido ilegalmente en su casa por agentes federales estadounidenses que lo llevaron arbitrariamente a Estados Unidos de América para ser procesado, acusándosele del delito de tráfico de drogas. En esas condiciones, él alegó que las evidencias obtenidas en su contra por los agentes federales no debían ser admitidas en el procedimiento penal iniciado en su contra, ya que tales pruebas habían sido obtenidas ilegalmente, en razón de que no se cumplieron las formalidades correspondientes a los procedimientos que exige la cuarta enmienda constitucional. Los agentes no llevaban orden de arresto o cateo. La Suprema Corte desestimó la defensa presentada por el acusado, argumentado que la cuarta enmienda no protege al indocumentado, ya que interpreta el vocablo "las personas" que se reitera a la vez en la primera y segunda enmiendas como "...aquellos individuos que son parte de la comunidad nacional o que de alguna otra manera han desarrollado suficiente conexión con este país, como para ser considerados parte de la comunidad". En consecuencia, la decisión determina que el procesado no puede pertenecer a "aquellas personas" para las cuales se estableció la protección constitucional que reclamaba, por lo que las pruebas obtenidas en su contra por los agentes federales podían ser admitidas y desahogadas en el proceso que se instruía en su contra, no obstante que dichas pruebas de cargo fueron obtenidas en contravención a lo que establece la garantía. Debemos agregar que en esa decisión, los ministros Brennan, Marshall y Blackmun argumentaron contradictoriamente que la interpretación elaborada por el propio tribunal para adoptar el criterio, esgrimió para reconocer a "las personas" como aquellas que "poseen conexiones suficientes" como esencialmente erróneo y contradictorio de los derechos que otorga la Constitución. Por su parte, el ministro Brennan argumenta que la cuarta enmienda no emplea la palabra "acusado", la cual estimaba podía haber sido utilizada, lo que entrañaría que al referir la palabra "personas", claramente se busca con esto limitar la conducta de la autoridad para con todo individuo, tratándose de limitar la conducta del gobernante con respecto del gobernado. Ver el comentario in extenso de esta problemática en MAGALLÓN GÓMEZ, M. Guillermina (2006),

impusieron su decisión, luego de admitir que puede ser que el procesado tenga razón y haya sido secuestrado en forma ultrajante por lo que pudieron haberse violado principios generales de derecho internacional, se vuelve a repetir el argumento cuando se sostiene que de los términos del tratado no se infiere que éste, haya prohibido el secuestro de la persona reclamada, pues en él sólo se regulan otras formas para lograr la presencia de un fugitivo.

En la Argentina cabe destacar un caso de extradición que surgió a partir de un pedido realizado por la Justicia Norteamericana. (20)

El caso involucra al ciudadano argentino Juan Carlos Teodoro Cabrera, que en septiembre de 2003, junto con otras personas, estaba planificando transportar al exterior una partida de treinta kilos de cocaína CSJN, 06-03-2007, en expediente C. 3343. Veinte kilos iban a ser llevados, por barco, a España, mientras que el resto iba a ser remitido “a un tal ‘Vinny’ en Nueva York”. En la operación intervenía un testigo de identidad reservada que era, en realidad, un agente encubierto de la DEA, que recibiría, a contraentrega de la sustancia prohibida, la suma de 20 mil dólares en efectivo para cubrir los gastos de transporte.

“Vinny” fue identificado luego como Vincent Beechel, un traficante que fue detenido en los Estados Unidos el 15 de octubre de 2003, luego de la operación llevada a cabo según el plan previsto. A Beechel lo detuvieron cuando estaba examinando la bolsa que contenía la cocaína, según consta en las actuaciones labradas por el fiscal estadounidense Mark Racanelli y por el detective de la Policía de Nueva York Steven Ramírez. Toda la actuación previa al traslado de la droga fue realizada por Cabrera en territorio argentino, donde fue detenido y donde está siendo juzgado por el delito que cometió de enviar la droga a los Estados Unidos y por formar parte de una “asociación ilícita”.

El juez federal del Distrito Sur de Nueva York que pidió la extradición de Cabrera pretende juzgarlo allí por el mismo delito por el cual está siendo juzgado en Morón. Cabrera ya fue indagado aquí por el delito de “tráfico de estupefacientes agravado por la integración de tres o más personas organizadas” para esa actividad. Antes de ser juzgado, Cabrera había sido detenido en la Argentina y eso fue acompañado por “el secuestro de estupefacientes (...) en dos fincas” ubicadas en territorio nacional.

Ante el pedido de extradición, el Juzgado Federal Número 2 de Morón había accedido a la solicitud de la Justicia norteamericana, aunque suspendió la efectivización de la medida hasta la finalización del proceso al que está siendo sometido Cabrera en el país. Tanto la defensa como la fiscalía resolvieron apelar el fallo de primera instancia, lo que determinó la intervención de la Corte Suprema. La resolución de primera instancia motivó la intervención de la Procuración Nacional de la Corte, que también expresó su adhesión al pedido de extradición, ahora desestimado de plano por la Corte. Luego de recordar que Cabrera “está al amparo de la garantía que veda el doble juzgamiento, según el alcance del ordenamiento jurídico argentino”, la Corte Argentina fundó también su rechazo en lo que establece la Convención sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes de Viena. Esa norma internacional tipifica que “cuando el presunto delincuente se encuentra en su territorio”, el país parte del convenio —en este caso la Argentina— es competente para intervenir y rechazar la extradición. Lo que marca el inciso “i” es que el país debe actuar si “el delito se ha cometido en su territorio”. Por lo expuesto, la Corte le adjudicó a la Justicia argentina “preferencia para el juzgamiento” del detenido Cabrera.

El tribunal recalcó que rechazar el pedido de extradición “lejos de atentar contra la cooperación penal, la refuerza ya que procura, en definitiva, hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una dimensión internacional”. Sólo se les reclamó a los órganos competentes del Estado argentino que comprometan “sus mejores y máximos esfuerzos” y que “el enjuiciamiento sea agotado sin que queden impunes tramos de la actividad ilícita” por las que se asumió jurisdicción.

(20) La opinión de la prensa argentina señaló “El máximo tribunal Argentino revocó la extradición que había concedido un juez. En fallo unánime, reivindicó el principio de territorialidad” Diario Pagina 12, 3/4/2007.

La Corte revocó el fallo de primera instancia y declaró “improcedente el pedido de extradición introducido por los Estados Unidos”. La decisión fue firmada por los ministros de la Corte Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Raúl Zaffaroni, que adhirieron a los argumentos de la mayoría. Carlos Fayt y Carmen Arbigay apoyaron la decisión, con sus propios argumentos, expuestos por separado.

Finalmente analizaremos el caso del primer latino condenado a muerte que es el caso Víctor Saldaño, si bien el caso no se vincula estrictamente a un supuesto de asistencia, sino que se vincula a la posible intervención directa de los Estados en el proceso desarrollado en el extranjero, ello sin duda nos acerca a observar que ocurre cuando no se motoriza la cooperación entre Estados. Saldaño y un amigo mexicano, Jorge Chávez, asaltaron y sacaron a punta de pistola a un persona de apellido King a un negocio en las afueras de Dallas, lo llevaron a un bosque a unas 30 millas y lo ejecutaron. El autor de los disparos fue Saldaño que, al momento de ser detenido, tenía el arma y un reloj de plástico que le había robado a King. Jorge Chávez, que cumple cadena perpetua por haber sido partícipe del crimen. En junio 1996, la Corte Penal del condado de Collin condenó a muerte al argentino por homicidio y en el proceso, el perito por la Fiscalía, al fundar la futura peligrosidad de Saldaño, alude a su carácter de hispano. En septiembre 1999, la Corte Penal de Apelaciones de Texas dejó firme la sentencia de muerte, siendo fijada la fecha para la ejecución mediante inyección letal para el 18 de abril de 2000. Stanley Schneider interpone un recurso de certiorari ante la Suprema Corte en Washington a principios de abril del mismo año y casi contemporáneamente el gobierno argentino -acompañado por los gobiernos de Bolivia, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela- recurre como *amicus curiae* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos en mayo. El procurador general de Texas, en representación del estado, reconoce ante la Suprema Corte de los EE.UU. haber cometido un error en el caso Saldaño en el mismo mes. En Junio, la Suprema Corte de EE.UU. revoca la condena a muerte de Saldaño y devuelve la causa a la Corte de Apelaciones que convoca a una audiencia en Austin adonde concurren -por instrucción de sus gobiernos- todos los cónsules latinoamericanos en Texas como expresión de apoyo a la causa argentina en febrero de 2001. La legislatura de Texas -a instancias del consulado general en Houston- sanciona la llamada ley Saldaño por la que se prohíbe invocar la raza en los procesos penales en Texas en junio de 2001.

La corte de Apelaciones vuelve a condenar a muerte a Saldaño, invocando la preclusión de la oportunidad para objetar el argumento y prohíbe al procurador general representar a Texas ante la Suprema Corte en marzo 2002. Los abogados defensores de Saldaño interponen un recurso de Hábeas Corpus ante la Corte Federal de Beaumont con jurisdicción en Texas en abril de 2002. El Procurador General de Texas se allana al habeas corpus en mayo de 2002.

El embajador argentino en Washington, en nombre del Presidente de la Nación, solicita la intervención del gobernador de Texas para interponer una clemencia conmutando la pena de muerte de Saldaño Comunicado de Prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Culto, 2002, y se interponen solicitudes de clemencia los embajadores de Panama, Colombia, Paraguay, Uruguay, Peru, Mexico, Chile, Ecuador, Brasil, Venezuela, Bolivia y Honduras, a ellos se suma la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU, Amnesty International, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA y el Nuncio Apostólico en Washington en nombre de su Santidad el Papa (junio/agosto 2002).

La Corte Federal de Beaumont en junio de 2003 ordena el habeas corpus disponiendo la libertad de Saldaño salvo que en los próximos 180 días se abra un nuevo proceso o se conmute la sentencia de muerte de Saldaño.

El 17 de noviembre de 2004, Víctor Saldaño fue condenado a muerte por segunda vez por la corte de McKinney, del distrito de Collins. Vale destacar que Como en Texas existe la apelación automática, por lo que comienza la instancia ante la Corte de Apelaciones de esta forma. (21) El 24 de agosto de 2007, la Corte de Apelaciones de Texas denegó el pedido de nulidad del segundo juicio que confirmó

(21) Diario La Nación, 18 de noviembre de 2004, 5.

la condena a muerte del cordobés Víctor Saldaño, (22) rechazó el pedido de la nulidad del proceso judicial presentado con el argumento de que Saldaño no era imputable ante el desequilibrio mental que padecía por permanecer todo este tiempo en el denominado “corredor de la muerte”.

En la actualidad el caso sigue ante la Corte Suprema de los EE.UU y el 4 de noviembre del año en curso la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó como tema el Caso como demanda contra los EE.UU.

7. Conclusión

Creemos que en definitiva, la cooperación penal entre los Estados Unidos y la República Argentina, se desarrolló profundamente desde los albores de la existencia de esta última. Todo ello, no es una cuestión menor, ya que son dos estados, que conocemos, provienen de diferentes tradiciones jurídicas, en cuanto a la formación y aplicación de las normas jurídicas.

Sin embargo, la búsqueda de ambos estados de consagrar el valor justicia, establecido fundamentalmente por el interés de investigar y juzgar los ilícitos producidos y la necesidad de entrega de elementos esenciales como son a la sazón elementos de prueba y el delincuente mismo, se mantiene aún como un tema esencial de la agenda de las relaciones bilaterales. Como ejemplo de la conducta del estado argentino, ha sido la incorporación a los diferentes tratados de los cuales también es parte EE.UU (que los patrocinó) como los vinculado a la represión del terrorismo y su financiamiento, la corrupción internacional, y el Lavado de Dinero.

8. Bibliografía

ALOISI, Hugo y FINÍ, Nicola (1965). “Estradizione”, EN: *Novísimo Digesto Italiano*, U.T.E.T Turín, tomo VI, 1009/1015.

BEDI, Satya (1966). *Extradition in international law and practice*, Bronder-Off-set, Rotterdam.

BROWN SCOUT, James (1916). “Resolutions of the Institute of International Law”, EN Carnegie Endowment for the International Peace, Oxford University Press, I, 42-25.

BROWNLIE, Ian (1991). *Principles of public international law*, 4ta. ed., Clarendon Press, Oxford.

FIERRO, Guillermo. (1998). *La ley penal y el derecho Internacional*, Depalma, Buenos Aires.

GARRAUD, René. (1921). *Précis de droit criminel*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, París.

GREEN, Leslie.C (1991). “Immigration. extradition and asylum in Canada. Law and practice”, EN: *Canadian Perspectives on International Law Organization*. edited by R.S. Macdonald, Gerald Morris and Douglas M. Johnston, University of Toronto Press, Toronto, I, 271-279.

GÜNTHER, Gerald (1975). *Constitutional law*, Foundation Press, Mineóla, Nueva York.

GUZMÁN LATORRE, Diego (1989). *Tratado de derecho internacional privado*, 2da. Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

LEVIN, Jack (1989). “Extradition”, EN *American jurisprudence*, 2da ed., The Lawyers Cooperative Publishing Co. y Bancroff- Whitney Co., California, 31,745-755.

LEVITT, Kenneth (1992), “International extradition, the principle of specialty, and effective treaty enforcement”, EN: *Minnesota Law Review*, Minnesota, 76, 1017-1026.

(22) Diario Río Negro, 25 de agosto de 2007, 42: “.. el gobierno argentino presentará dos nuevos recursos ante la Corte Suprema de los Estados Unidos para revocar la condena a muerte del cordobés Saldaño, detenido hace 11 años en Texas acusado de homicidio. Los abogados que representan la posición argentina en Estados Unidos presentarán en los próximos meses una acción de Certiorari en la instancia federal para detener la ejecución y luego un recurso de hábeas corpus ante el máximo tribunal, aseguró el ministro Horacio Wamba, encargado de seguir el caso Saldaño en la Cancillería. ...”

MAGALLÓN GÓMEZ, M. Guillermina (2006). Los derechos humanos del indocumentado. su desconocimiento por la jurisprudencia estadounidense, de publicación digital en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/2/dtr/dtr4.htm> [Consulta: 15 abril 2012]

MAGGIORE, Giuseppe (1954). *Derecho Penal*, trad. Por J.J. Ortega Torres, Temis, Bogotá.

Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Culto de la República Argentina (2002), Comunicado de Prensa. Disponible en:

<http://www.mrecic.gov.ar/portal/prensa/comunicado.php?buscar=144> [Consulta: 08 junio 2010]

O'HIGGINS Paul (1958), "Irish extradition and practice", EN: *The Brithish Yearbook of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 34, 300-305.

PIOMBO, Horacio Daniel (1999). *Tratado de la Extradición (Internacional e interna)*, volumen I y II, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

PRITCHETT, Hermán (1965). *La Constitución americana*, Ed. TEA, Bs. As.

TORSTEN, Stein (1995). "Extradition treaties" EN *Enciclopedia of Public internacional law, publicada bajo los auspicios del Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional*, ed. North Holland, Ámsterdam, 1995, I, 335-340.

WESTLAKE, John (1924). *International Law*, Oxford University Press, Oxford.

Derecho de minería y energía. El principio de congruencia de la ley general del ambiente en el Derecho Minero

POR **MARÍA JULIA COVO** (*)

Resumen

El presente trabajo plantea la necesidad de aplicar el principio de congruencia entre La Ley General del Ambiente y el Código de Minería a los efectos de aplicarse en el informe de impacto ambiental minero y, de este modo, asegurar una mayor tutela ambiental.

Palabras clave: Ley General del Ambiente-Informe de Impacto Ambiental — Principio de Congruencia.

GENERAL ENVIRONMENTAL LAW CONGRUENCE PRINCIPLE IN THE MINING LAW

Abstract

This paper discuss the need to apply the principle of congruence between the General Environmental Law and the Mining Code, with the purpose of applying it in the environmental impact report and ensure a better environmental protection.

Keywords: General Environmental Law, Mining Environmental Impact Report — Congruence Principle.

Introducción

La Ley General del Ambiente, fue sancionada en el año 2002 imponiendo en toda la Nación una ley de presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (art. 1º, Ley N° 25.675).

El Código de Minería Nacional data del año 1886, y hasta el presente solo ha sufrido muy pocas modificaciones, entre ellas, la incorporada por la Ley N° 24.585, cuya vigencia es anterior a la Ley General del Ambiente dado que es de noviembre de 1995, y agrega en su título XIII la Sección Segunda: “De La Protección Ambiental para la Actividad Minera”, que indica los sujetos obligado y los requisitos mínimos que deben incorporarse en un informe de impacto ambiental.

Con lo hasta aquí expuesto, surge un posible conflicto de intereses, de complementariedad y falta de congruencia, dado que por más que ley posterior deroga a la anterior, en la práctica no es el caso, ya que en materia de impacto ambiental minero se tiene en cuenta solo a la Ley N° 24.585 que modificó al Código de Minería y no así la Ley General del Ambiente, aunque en la conocida “Pirámide de Kelsen” que establece la jerarquía del ordenamiento jurídico, la Ley General del Ambiente se ubicaría en el mismo escalón que el Código de Minería.

Desarrollo:

Un poco de Historia:

A principios de 1993 en Denver Colorado-Estados Unidos, se lanzó “El Plan Minero Argentino”, el objetivo principal de este plan era posicionar a Argentina como un país minero.

(*) Jefe de Trabajos Prácticos Ordinario de Derecho de Minería y Energía, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

Con ese fin, se reunieron grandes empresarios mineros y autoridades gubernamentales de nuestro país. Los empresarios dejaron en claro que para que las inversiones pudieran desembarcar en Argentina era necesario que se estableciera una ley de inversiones mineras que fomentara el ingreso de los capitales extranjeros, que no existieran conflictos sindicales mineros y que existiera una ley de protección al ambiente “blanda”.

Es así como cada uno de los puntos del comúnmente conocido “Plan Denver”, fue cumplido, primero con la sanción de la Ley N° 24.196, de inversiones mineras que plantea infinitas ventajas en cuanto a estabilidad fiscal y exenciones impositivas.

Posteriormente, con la reforma del Título XIII del Código de Minería, se incorpora por Ley N° 24.585 la Sección Segunda: “De la Protección Ambiental para la Actividad Minera”.

Y en lo que respecta a los conflictos sindicales, al día de hoy salvo algún incidente aislado no se conocen quejas ni tampoco paros o movilizaciones en contra de las condiciones laborales de los mineros, a pesar de conocerse las largas jornadas y sistemas de 24hs. por 7 días, que evocan a la antigua mita colonial. Asimismo, tampoco existe ningún estatuto del trabajador minero y afines que los ampare.

Retomando al tema de este trabajo, no obstante la brevedad de la sección segunda del Título XIII del Código de Minería, (y que no incluye conceptos básicos como por ejemplo que es el daño ambiental, y habla de informe de impacto ambiental y no de evaluación de impacto ambiental que es un concepto mucho más amplio), la minería fue la primera actividad que tuvo una legislación específica a nivel nacional para proteger al ambiente.

Posteriormente en otro momento histórico, cuando ya el mundo conocía que Argentina poseía minerales económicamente rentables, se produce el “bum minero”. Las grandes empresas multinacionales, primeras a nivel mundial en la explotación con el método a cielo abierto, solicitan cantidades de permisos de exploración y algunas comienzan a instalarse para la explotación sobre todo en la zona cordillerana donde el agua es de máxima pureza y alimenta las nacientes de muchísimos ríos. Con estas nuevas tecnologías que hasta entonces eran desconocidas, principalmente para las comunidades locales, surge la preocupación con respecto a los pasivos ambientales y la necesidad imperiosa de proteger al ambiente para las generaciones futuras.

Es por esa necesidad que en el año 2002 nace la Ley N° 25.675 que fuera sancionada como una Ley de Presupuestos Mínimos, esto significa que el Congreso Nacional fija los lineamientos básicos de protección ambiental, estableciendo una tutela uniforme para todo el territorio nacional (art. 6° de la Ley General del Ambiente) luego cada provincia como titular del dominio originario de los recursos naturales, conforme el art. 124 de la Constitución Nacional, podrá regular con mayor espíritu tuitivo si así lo considera, pero nunca podrá legislar en menos de las bases establecidas en una ley de presupuestos mínimos.

Ahora bien la incorporación de la segunda sección del Título XIII del Código de Minería, fue previa a estos lineamientos básicos y en el contexto histórico de posicionar a la Argentina como un país minero y es aquí donde, al menos en materia minera, comienzan los conflictos de intereses.

El principio de congruencia como nexo

El conflicto entre la normativa aplicable y a aplicar, no solo es por cuestiones de jerarquía en el ordenamiento jurídico, sino también por los intereses económicos que se ponen en juego.

Es por ello que aplicar el principio de congruencia es de fundamental importancia, este principio establecido en la Ley N° 25.675 implica que la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la Ley General del Ambiente y en caso de que así no fuere, ésta prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga (Art. 4° Ley N° 26.675.).

La minería es una actividad extractiva y destructiva, pero sin ella no podríamos vivir en el mundo moderno, no tendríamos, viviendas, no tendríamos electricidad, ni sistemas informáticos, ni medica-

mentos, volveríamos a la edad de piedra, por lo que su desarrollo es indispensable para el mundo en que vivimos pero debe ser visto desde la perspectiva del desarrollo sostenible, para lo cual antes de realizar cualquier actividad minera es necesario analizar su impacto ambiental.

Se denomina impacto ambiental a cualquier alteración externa que modifique al medio ambiente (1), no siempre el impacto ha de ser negativo, por ejemplo la construcción de un puente provocará una modificación al ambiente pero sus efectos serán positivos para los pobladores y no alterará al ecosistema en general. A diferencia de lo anteriormente mencionado, la minería siempre que se lleve a cabo, va a realizar un impacto ambiental, negativo. Nunca en minería se puede volver al estado anterior al que se encontraba, y lo único que es factible es mitigar el daño ocasionado.

Lo primero que se debería tener en cuenta antes de autorizar un emprendimiento minero es analizar costo-beneficio, siguiendo el principio de desarrollo sustentable, entendiéndolo por tal como “aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas.” (2)

El Código de Minería establece la obligatoriedad de presentar un informe de impacto ambiental ante la Autoridad Minera previamente a la realización de cualquier actividad regida por ese código, —exploración, cateo, explotación— y hasta incorpora actividades que corresponden a la industrialización del mineral, como por ejemplo el pulido, que no se consideran actividades mineras (art. 249 Cód. Minería).

A nivel nacional el informe de impacto ambiental minero aprobado por la autoridad competente (Declaración o Certificado de Impacto Ambiental Minero) es exigido para todas las actividades mineras, y comprende a todas las categorías de minas, a saber:

* Las de *primera categoría*, que son del dominio del Estado Nacional o Provincial según el lugar en dónde se encuentren y deben ser otorgadas en concesión. Comprende a los principales minerales metalíferos y a las piedras preciosas entre otros.

* Las de *segunda categoría* que se subdividen en las que pertenecen *preferentemente al dueño del suelo*, que también se concede en el caso de que el propietario del terreno no ejerza su opción a explotarlo, y las de *aprovechamiento común*, que por razón de su relevancia económica pueden ser aprovechadas por cualquier persona, sin necesidad de autorización, (es el caso de los relaves y escollos, entre otros).

* Las de *tercera categoría* pertenecen al dueño del suelo, y como propietario dispone de ellas libremente. Esto implica que el propietario, si lo desea explota su mina y si no quiere puede usar el campo para cultivo, ganado, recreación, o lo que le plazca, es decir tiene el uso y goce pleno de su propiedad. En esta categoría se encuentran las canteras.

Es con esta última categoría de minas donde surge otro conflicto ambiental, como el dueño del suelo tiene pleno uso y goce de su propiedad y es quien decide si realiza o no su explotación minera, no existe ningún tipo previo de control administrativo y por ende se corre el riesgo de que no se exija previamente el informe de impacto ambiental.

En las minas de primera y segunda categoría este problema, de no presentación del informe de impacto ambiental, no debe ocurrir dado que para otorgar los permisos de exploración, cateo y explotación (entre otros) se necesita el informe de impacto ambiental aprobado, de lo contrario se supedita toda la actividad hasta que ese requisito se cumpla.

(1) Entiéndese por medio ambiente al entorno que afecta y condiciona especialmente las circunstancias de vida de las personas o la sociedad en su vida. Comprende el conjunto de valores naturales, sociales y culturales existentes en un lugar y un momento determinado, que influyen en la vida del ser humano y en las generaciones venideras. Es decir, no se trata sólo del espacio en el que se desarrolla la vida sino que también abarca seres vivos, objetos, agua, suelo, aire y las relaciones entre ellos, así como elementos tan intangibles como la cultura.

(2) Definición tomada del informe de la ONU de 1987- Informe Brundtland.

Es menester advertir que este disímil tratamiento legislativo, no se ve solamente en materia de impacto ambiental minero, sino que es una deficiencia del código existente, que fuera ampliamente criticada por la doctrina. Cada provincia regula a su criterio los procedimientos a seguir con la finalidad de suplantar los vacíos legales de forma. Es por ello que se han realizado varios proyectos de códigos tendientes a unificar criterios y lograr uniformidad del proceso sustancial en materia minera, aunque debido a fuertes presiones de los intereses económicos han perdido estado parlamentario.

Si se aplicara el principio de congruencia del derecho ambiental, la Ley General del Ambiente debería aplicarse de manera concatenada con el Código de Minería, y asimismo se podría contar con otros principios fundamentales como el preventivo y el precautorio, que en todo lo referente a la actividad minera sería de suma importancia, más aún en las minas de tercera categoría por lo que se expresó *ut supra*.

De utilizarse adecuadamente el principio de congruencia todas las provincias tendrían los mismos lineamientos básicos, mientras se espera por la armonización de los procedimientos formales para asegurar una aplicación uniforme del Código de Minería en todo el país. Además esta integración legislativa se haría de forma gradual tal como lo estipula el principio de progresividad de la Ley N° 25.675.

Implementar el principio de congruencia en materia minero-ambiental es necesario a los efectos de lograr el propósito de la Ley General del Ambiente de primar por un ambiente sano y sustentable, velando de este modo, por procurar a todos los habitantes presentes y futuros que habiten suelo argentino, la garantía constitucional establecida en el artículo 41 de nuestra Carta Magna.

Como indica José Esain (3): “El Derecho Ambiental nos obliga a repensar todos los institutos más clásicos de la ciencia jurídica (...). Abrevamos en Derecho Ambiental sobre las viejas formas pertenecientes a las más clásicas estructuras, para tomarlas e introducirlas dentro del globo de la “sustentabilidad”. Esto implica la nueva institucionalidad para el desarrollo sostenible”.

El federalismo clásico debe adaptarse a lo que los doctrinarios llaman el federalismo ambiental, para ello el puntapié inicial lo da el principio de congruencia cuyo objetivo es armonizar las legislaciones de las distintas jurisdicciones sobre los lineamientos básicos de protección ambiental que establece la Ley General del Ambiente.

El principio de congruencia y los principios preventivo y precautorio:

El principio precautorio y preventivo en materia ambiental minera, implicaría un exhaustivo análisis del desarrollo sustentable dada la naturaleza extractiva y destructiva de la actividad. Y la simple aplicación del principio de congruencia, evitaría que se tengan que llevar a la Corte casos como “Villivar, Silvana Noemí c. Provincia del Chubut y otros s/Amparo”, dado que solo basta aplicar la Ley General del Ambiente de manera transversal con el Código de Minería para velar y priorizar al desarrollo sustentable.

En el fallo jurisprudencial de referencia la actora Silvana Noemí Villivar una vecina de la localidad de Esquel, solicita un amparo invocando el derecho constitucional que le asiste a vivir en un ambiente sano, peticionando como medida cautelar que se suspenda la actividad minera que la empresa El Desquite S.A. había comenzado a ejecutar sobre la Cordillera de los Andes a poca distancia de la población extrayendo oro con el método de cielo abierto, con la correlativa utilización de cianuro para separar el oro de la roca por lixiviación. La empresa había obtenido permisos ante la Autoridad Minera de Chubut, pero no había cumplido con los procedimientos ambientales regulados por la ley provincial N° 4032, porque consideraba que esas normas eran aplicables a otras actividades pero no respecto a la Minería.

(3) ESAIN, José, El federalismo Argentino y la Cláusula Ambiental de nuestra Constitución. “Memorias de las Jornadas de capacitación ambiental metropolitanas en el año del bicentenario”. Ed. Rubinzal -Culzoni 2010, p. 85.

La medida cautelar le es otorgada y se suspenden las actividades extractivas hasta que la demanda complete el procedimiento administrativo y se celebre la audiencia pública tal como lo estipulaba la ley provincial, El Desquite S.A. apela la medida cautelar. El 25 de abril de 2003 la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Esquel confirma la medida cautelar.

Luego la empresa interpone varios recursos provinciales que le son denegados por lo que la firma interpone recurso extraordinario federal el que es rechazado por el Alto Tribunal de Chubut, lo que motiva la presentación directa ante la Corte.

La Corte desestima la queja pero no obstante deja en claro que el pretendido conflicto de intereses entre la norma provincial ambiental y el código de minería no existe y que conforme el tercer párrafo del artículo 41: "Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales".

Con esta escueta referencia a los hechos y el fallo de la Corte pretendo dejar plasmado que simplemente con haberse tenido en cuenta la normativa de la Ley General del Ambiente mediante el principio de congruencia además de exigirse sin lugar a dudas la audiencia pública la explotación de la mina "El Desquite" podría haberse suspendido simplemente con invocar el principio precautorio.

Si bien no es materia de este trabajo, me voy a detener un segundo en cuanto al principio de prevención y precautorio. Conforme la Ley General del Ambiente en su artículo 4º establece como "Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

Principio precautorio: 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."

Tanto el principio de prevención como el precautorio, operan ante el hecho de que puedan ocasionarse efectos negativos e irreversibles al medio ambiente, en minería como ya se ha manifestado siempre se va a provocar un efecto negativo al medio ambiente por lo que de aplicarse este principio deliberadamente, sin analizar costo-beneficio, se paralizaría toda la actividad minera de la República Argentina.

Por lo cual debe aplicarse con mesura, de lo contrario, no podríamos desarrollarnos como país, ni siquiera en lo más básico como el derecho a una vivienda digna, dado que no tendríamos como obtener materiales para construirlos, o deberíamos importarlos con altos costos. Y este es solo un ejemplo, de lo que implicaría paralizar la actividad minera por el uso indiscriminado de estos principios.

El principio de congruencia y el ordenamiento territorial:

La Ley Nº 25.675 establece, además, herramientas como la del ordenamiento territorial, que beneficiaría el control de las canteras y de este modo no se esperaría a pronunciamientos judiciales, como en el fallo "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza — Riachuelo)", que aunque de manera magistral solo regulan sobre una zona determinada y ante un problema determinado.

Sin ahondar demasiado en el fallo Mendoza, la actora junto con diecisiete vecinos de la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, demanda al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a catorce municipios y a cuarenta y cinco empresas por los daños y perjuicios sufridos por la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo, asimismo solicitan el cese de la contaminación y la recomposición del daño ambiental colectivo.

La Corte declara su competencia originaria para entender en la prevención recomposición y el resarcimiento del daño ambiental colectivo y se declara incompetente en cuanto a la pretensión resarcitoria de los daños y perjuicios. Haciendo uso de las facultades del artículo 32 de la Ley General del Ambiente requiere a las empresas que suministren la información pública referida a los procesos

productivos y extractivos, al tratamiento de los residuos y la existencia o no de seguros ambientales contratados. A los gobiernos y al Cofema les requiere un plan de saneamiento ambiental que deberá incluir: el ordenamiento ambiental del territorio, control de actividades antrópicas, estudios de impacto ambiental de las empresas demandadas, programas de educación ambiental y programa de información ambiental pública. Además inicia un sistema de audiencias públicas para publicidad y participación ciudadana en el proceso.

El 8/07/2008 se dicta sentencia definitiva respecto de la prevención y composición ambiental estableciendo un plan integral de información, saneamiento, obras de infraestructura, plan sanitario y reordenamiento territorial.

Este fallo planteó la necesidad de establecer un plan interjurisdiccional del uso del suelo, mediante el ordenamiento territorial quedarían bien definidas las zonas dónde se puede desarrollar la actividad minera y dónde no, actualmente es cada municipio quien lo define, pero no en forma coordinada con provincia y menos aún con Nación. Mucho de los grandes problemas socio-ambientales podrían solucionarse con esta simple herramienta, que requiere un compromiso de todos los niveles del Poder Ejecutivo.

El principio de congruencia y la participación ciudadana:

En el Código de Minería no se prevé, entre otras cosas, la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Hecho que la Ley General del Ambiente sí incluye. Las provincias deberían al reglamentar las leyes aplicar el principio de congruencia, pero cada provincia regula de manera distinta.

Para ejemplificar lo anteriormente expuesto está el caso de la Provincia de Mendoza y de la Provincia de Buenos Aires, ambas dictaron normativas para la protección del ambiente con fechas anteriores a la sanción de la Ley General del Ambiente. La Provincia de Mendoza mediante Ley Provincial N° 5961 del año 1992 prevé la participación ciudadana en los procesos de evaluación de impacto ambiental. A diferencia de la Provincia de Buenos Aires que por Decreto N° 968/97 reglamenta la sección segunda del Título XIII del Código de minería pero no incluye este sistema de control a los fines del análisis del informe de impacto ambiental.

A modo de continuar explicitando los beneficios de poner en práctica el principio de congruencia la Provincia de Mendoza notando estas diferencias de criterios (ya que su ley incluso es anterior a la modificación del Código de Minería) dicta el Decreto N° 820/2006 para unificar todas las normas de protección al ambiente e incluso las referentes a la actividad minera. A diferencia de la Provincia de Buenos Aires que aún no lo ha hecho.

La participación ciudadana en materia ambiental minera, es de suma importancia, para que realmente se escuchen las prioridades de la población y que las empresas mineras deban rendir cuentas y explicaciones a los lugareños y estos últimos también así podrán establecer un control más activo.

El principio de congruencia en la Provincia de Buenos Aires:

La Provincia de Buenos Aires es la primera productora de materiales de la construcción de la Argentina, sin embargo no se la considera una provincia minera por carecer de megaminería, no obstante lo cual al ser también la provincia que más población por metro cuadrado alberga en el país, luego de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es de suma importancia que se comience a considerar la necesidad de desarrollar la actividad minera con la mayor protección al medio ambiente posible.

Como ya se ha mencionado anteriormente, la Provincia de Buenos Aires dictó un decreto Reglamentario al Título XIII del Código de Minería, el Decreto N° 968/97 anterior a la Ley General del Ambiente, más allá de la mala técnica legislativa de la provincia —dado que se reglamentó un código nacional mediante un decreto y no por una ley con el debido análisis y debate parlamentario— es la normativa aplicable vigente hasta el día de hoy en materia de impacto ambiental minero.

Asimismo previamente en el año 1995, se dictó la Ley Provincial N° 11.723 que estableció con el fin de proteger, conservar, mejorar y restaurar los recursos naturales y del ambiente en general en el

ámbito de la provincia (en el marco del art. 28 de la Constitución de Provincia de Buenos Aires), la obligatoriedad de obtener una Declaración de Impacto Ambiental para todas aquellas actividades que produzcan o puedan producir algún efecto negativo en el medio ambiente (art. 10 ss. y ccds. Ley N° 11.723); incluyéndose específicamente en el Anexo II inc. 5° a la actividad minera.

La Ley N° 11.723 establece como autoridad de aplicación en su art. 73 al Instituto Provincial del Medio Ambiente (actualmente Organismo para el Desarrollo Sustentable) y cada una de las reparticiones provinciales con incumbencia ambiental, en clara concordancia con el art. 250 del Código de Minería. Por lo cual en materia de impacto ambiental minero en provincia de Buenos Aires deberán intervenir tanto la Autoridad Minera, como la Autoridad Ambiental en forma conjunta.

Dada la particularidad que las minas de tercera categoría, que se rigen por las normas del derecho civil en cuanto al derecho de propiedad y dominio, pero al mismo tiempo al ser “minas” se encuentran aprehendidas por los lineamientos del Código de Minería, para poder llevar un control sobre las canteras, la Provincia de Buenos Aires sancionó el Decreto N° 3431/93 (con las modificaciones incorporadas por la Resolución N° 169/09 del Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires Derogatoria de las Disposiciones del Director Provincial de Minería N° 68/99 y N° 75/03) que crea el Registro de Productores Mineros.

Este Registro es llevado por la Autoridad Minera Provincial, que en la provincia es la Dirección Provincial de Minería dependiente del Ministerio de la Producción, Ciencia y Tecnología de la Provincia de Buenos Aires. Estar inscripto en el Registro de Productores Mineros es exigencia *sine qua non* para, la compra de explosivos, material que para la explotación minera actual es indispensable.

Entre los requisitos que se exigen para otorgar el certificado de productor minero se encuentra el de presentar un informe de impacto ambiental y (según su aprobación o rechazo) hasta no obtener la Declaración de Impacto Ambiental no se otorgará el Certificado de Productor Minero.

En cuanto a la normativa ambiental provincial el Organismo Provincial para el Desarrollo Sustentable reguló específicamente mediante Resolución N° 353/10 las pautas a tener en cuenta en el impacto ambiental de las tareas de relleno en canteras, siguiendo además los lineamientos básicos de la Ley N° 11.723.

Con estas exigencias, la Provincia de Buenos Aires pudo tener un cierto control de las canteras en explotación y una relativa vigilancia ambiental al respecto. No obstante lo cual, si la explotación de una mina de tercera categoría se realiza solo con palas mecánicas por ejemplo, o de manera manual, la Autoridad Minera no intervendría en ningún momento de la explotación y solo tomaría conocimiento de la misma en el caso de que se exija la Guía Minera (4) impuesta por Ley Provincial N° 13.312, del año 2005, que si bien ha sido reglamentada por Decreto N° 2090 del año 2010, es un instrumento que no se utiliza en la actualidad por su complejidad operativa y que ejercería un control posterior.

Conforme a lo expuesto, de haberse provocado un daño al ambiente, solo quedaría realizar una acción mitigatoria, y como castigo se implementaría una multa, que en este sentido implicaría aplicar el vetusto principio de contaminador pagador.

El principio de congruencia en materia minero ambiental terminaría de amalgamar, toda la normativa aplicable de la Provincia de Buenos Aires. Mediante la aplicación de este principio sería factible

(4) La guía de tránsito de minerales es el documento que ampara a todo mineral o subproductos triturados, molidos o en bloques que se transporta o comercializa dentro de la Provincia de Buenos Aires. Estas guías deberán constar como mínimo los siguientes datos: lugar y fecha de expedición, por parte de la Autoridad Competente; datos del establecimiento minero, mina o cantera; ubicación; número de productor minero, o en caso que el producto provenga de trabajos de explotación, el número del expediente correspondiente; concesionario o productor; clase de mineral o producto; peso del mineral o producto que ampara. lugar de destino; destinatarios identificación del medio de transporte; lugar, fecha y hora de emisión, por parte del productor minero; firma del productor minero o persona debidamente autorizado por éste.

el control preventivo, claro que esta adecuación deberá realizarse gradualmente y con el fin último del desarrollo sustentable.

Conclusiones

El Código de Minería Nacional data del año 1886, y es un código de fondo y de forma que hasta el presente fue modificado en muy pocas oportunidades y con deficiente técnica legislativa, por lo que en muchos aspectos está totalmente desactualizado, pero aún vigente.

Es de suma importancia analizar esta materia codificada bajo la lupa de la Ley General del Ambiente aplicando el principio de congruencia, esta herramienta permitiría emplear los principios del derecho ambiental al momento de analizar los informes de impacto ambiental, y sobre todo se podrían aprovechar los instrumentos de política y gestión ambiental que resultarían más que útiles para el control de la actividad minera.

La herramienta más que importante para el desarrollo de la minería, que debería aplicarse es la del ordenamiento territorial, estableciendo de este modo, las zonas donde dar prioridad a la actividad minera y las zonas en donde no. Sin depender, como en la actualidad de fallos judiciales como en el caso de la Cuenca Matanza Riachuelo, que solo regulan ante un caso particular y una zona determinada.

Asimismo, debería ser obligatorio implementar modos de participación ciudadana, en todo el territorio nacional, previas a la aprobación del informe de impacto ambiental, que en el particular caso de la actividad minera, actualmente depende de que las reglamentaciones provinciales lo hayan previsto o no, según la fecha en que se haya reglamentado, olvidándose que la interpretación normativa debe estar al amparo transversalista de la Ley General del Ambiente.

Esta participación activa de la ciudadanía permitirá un mayor control de toda la actividad minera del país y por sobre todo de las canteras (minas de tercera categoría) que, como se expuso en este trabajo, al ser propiedad del dueño del suelo, y este tener un total dominio sobre él, decide cómo y cuándo explotar. Al tener control e información de los lugareños sería mucho más fácil la intervención de la autoridad competente.

También, me debo en la obligación de destacar, que la participación ciudadana debe ser realizada con el debido asesoramiento de gente entendida en la materia, la participación sin fundamento no enriquece en lo más mínimo y al contrario por lo general perjudica a la población, porque en materia minera, la oposición por que sí no sirve ya que como me he expresado anteriormente sin minería no podríamos continuar viviendo con los standards de vida que la sociedad moderna requiere. Situarse de un lado de la minería o del otro, tampoco nos sirve como nación, la minería es un mal necesario. Posturas extremistas, no llevarán a ningún sitio y menos a que se pueda integrar la Ley General del Ambiente con el Código de Minería.

Aplicando congruentemente, la Ley General del Ambiente a la materia minera, contaríamos con otro baluarte fundamental, el desarrollo sustentable, que nuestro código no prevé dada la época de su redacción, en donde estos conceptos y las consecuencias dañosas de la minería mal ejecutada no se tenían en cuenta porque no se conocían sus efectos. Este simple pero tan importante principio, influiría al momento de analizar el informe de impacto ambiental minero, y permitiría establecer prioridades que hoy en día no se establecen, como por ejemplo la protección del agua.

De incorporarse a la interpretación del Código de Minería, los principios de la Ley General del Ambiente las minas de tercera categoría serían más controladas por los principios de congruencia y progresividad, y por el principio preventivo y precautorio se podría intervenir antes imponiendo un coto al dominio absoluto del propietario del suelo.

Claro está que todas estas conclusiones se realizan sobre la base del deber ser, de que los organismos de control realicen efectivamente su tarea, y que las decisiones al momento de otorgar concesiones mineras se hagan sobre la base de un verdadero análisis de costo-beneficio, entre regalías reales (que en nuestro Código es del 3% en boca de mina) y el pasivo ambiental, viendo un panorama

integral y a futuro. Bregando por el desarrollo de las comunidades y no solo obnubilándose con el crecimiento económico momentáneo que genera la actividad minera.

Es por ello que en post de aprovechar los recursos naturales en el presente pero preservando un ambiente saludable para las generaciones futuras deberá actuarse de manera integral y coordinada en los tres niveles: nacional, provincial y municipal enarbolando la bandera del federalismo ambiental y es aquí donde el principio de congruencia establecido por la Ley General del Ambiente juega un rol fundamental.

Bibliografía

CATALANO, Edmundo F. (1999). *Código de Minería Comentado*. 9ª ed. Buenos Aires. Zavalía

D'ANNA Julia (2008). *Nociones de Derecho Minero*. 1ª ed. La Plata. Universitaria de La Plata.

MEMORIAS DE LAS JORNADAS DE CAPACITACIÓN AMBIENTAL METROPOLITANAS EN EL AÑO DEL BICENTENARIO (2010 julio 28-30, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina) Coordinado por Mariana García Torres; Marcelo López Alfonsín; María Teresa Mancini. 1ª ed., Rubinzal Culzoni.

Legislación consultada:

Código de Minería. Texto ordenado por Decreto Nacional N° 456/97. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 30/05/1997.

Ley N° 25.675. Ley General del Ambiente Política Ambiental Nacional. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28/11/2002.

Ley Provincial N° 11.723. Protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos Naturales y del Medio Ambiente en General. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata 22/12/95. Modificada por Ley Provincial N° 13.516 Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata 24/08/06.

Ley Provincial N° 13.312. De Guías Mineras. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1/4/2005.

Ley Provincial N° 5961. Boletín Oficial de la Provincia de Mendoza, Mendoza, 25/02/1993.

Decreto Provincial Reglamentario N° 968/1997. Reglamenta contenidos de la Ley Nacional N° 24.585 (Modificatoria Código de Minería). Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 14/05/1997.

Decreto Provincial N° 3431/1993. Registro de Productores Mineros. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 8/10/1993.

Decreto Provincial N° 2090/2010 Reglamentación de la Ley 13.312. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 7/12/2010.

Decreto Provincial N° 820/2006. Boletín Oficial de la Provincia de Mendoza, Mendoza, 16/05/2006.

Resolución N° 169/2009. Mrio. de la Producción. Deroga las Disposiciones N° 68/99 y N° 75/03. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 25/8/09.

Resolución N° 353/10 OPDS. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 30/11/10.

Jurisprudencia Consultada:

CSJN 17/04/2007 "Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros s/ Amparo" *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación, Buenos Aires, 2007-330, 1791-1802.*

CSJN 8/07/2008 “Mendoza Beatriz Silvia y Otros c/ estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios”.
Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación, Buenos Aires, 2008-331, 1622-1646.

Otros Documentos Consultados

www.renar.gov.ar/pdf/inscripcion_usuarios_explosivos.pdf

<http://www.uclm.es/users/higueras/mam/MMAM1.htm>

www.oarsoaldea.net/agenda21/files/Nuestro%20futuro%20comun.pdf

<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=iniciaConsulta>

[www.farn.org.ar/cursos ambientales](http://www.farn.org.ar/cursos_ambientales) Online, año 2010.

www.josé-esain.com.ar

Subsanaciones en la escritura pública

POR **MARÍA VICTORIA GONZALÍA** (*)

Resumen

El análisis del presente tema, tiene como objetivo el estudio de la subsanación de la escritura pública cuando existe algún error u omisión de sus requisitos.

Para ello, es imprescindible analizar las leyes de fondo que establecen cuales son los requisitos de las escrituras públicas y que sanciones acarrea la omisión de los mismos.

Se seguirá la estructura de la escritura pública, comenzando con algunas consideraciones generales y el Protocolo. Posteriormente se analizarán cada una de sus partes: El Epígrafe, La Numeración, Lugar, Fecha, la Comparecencia, el Juicio de Capacidad, la Justificación de la Identidad, el Juicio de Legitimación, la Exposición y Estipulación, las Constancias Notariales, Acreditación de la legitimación, Títulos y registros o corresponde, Certificados registrales, Certificados administrativos, Nomenclatura Catastral, Valuación, Partida inmobiliaria, el Tratamiento impositivo y el Cierre Documental, los Salvados, el Otorgamiento y la Autorización.

Palabras clave: escritura — requisitos — subsanación.

CORRECTIONS IN THE PUBLIC WRITING

Abstract

The type analysis of the present topic, has as objective the study of the correction of the public deed when there is an error or omission of its requirements-is therefore essential to analyze the laws of Fund to establish which are the requirements of the public deeds and sanctions to haul the omission of them.-follow the structure of the public deed starting with some general considerations and the Protocol. They will be subsequently analysed each of its parts: the heading, the numbering, place, date, appearance, the trial capacity, the justification of the identity, the trial's legitimacy, exposure and stipulation, notarial records, accreditation of the legitimization, titles and registrations or corresponds, registration certificates, administrative certificates, cadastral nomenclature, valuation, real estate game, tax treatment and the documentary closure, the saved, granting and authorization.

Key words: public deed - requirements - troubleshooting.

Consideraciones Generales.

En cuanto a su *NATURALEZA JURÍDICA*, la Escritura pública es un instrumento público y además al ser formalizada por un escribano público es un documento notarial. Así lo establece el *artículo 979 del Código Civil*: "Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: 1) Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo..." El mismo cuerpo legal las regula en los artículos 997 a 1011.

Protocolo. Subsanaciones.

El texto de la escritura tiene que extenderse en el protocolo como requisito de validez. Así lo establece el *artículo 998 del Código Civil*: "Las escrituras públicas deben ser hechas en el Libro de Registro que estará numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor. *Las escrituras que no estén en el*

(*) Profesor Titular de Derecho Notarial y Registral, Cátedra I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

protocolo no tienen valor alguno". Asimismo el artículo 1005 del CC dice que: "Es nula la escritura que no se halle en la página del *protocolo* donde según el orden cronológico debía ser hecha." Y luego el artículo 1011 del mismo cuerpo regula el caso de pérdida o destrucción de los folios del protocolo. ¿Cómo se integra el Protocolo? a) los folios habilitados previamente para el uso exclusivo de cada registro y numerados correlativamente en cada año calendario, los que se guardarán hasta su encuadernación en cuadernos que contendrán diez folios cada uno, b) los documentos que se incorporaren por imperio de la ley o a requerimiento de los comparecientes o por disposición del notario y c) los índices que deban unirse.

Medios de subsanación. Algunos casos: *En los casos de pérdida o destrucción* de alguno o algunos de los folios del protocolo, ya sea por robo, hurto o extravío: se deberá realizar la denuncia policial correspondiente y comunicar al Colegio de Escribanos. Si se tratare de una escritura autorizada, se subsanará por cualquiera de los medios admitidos: a) La reconstitución del protocolo, con arreglo a las normas del artículo 1011 del Código Civil, b) La reproducción del acto y c) A falta de matriz y de copia, la obtención de título supletorio sobre la base del asiento registral conforme el artículo 29 de la ley 17.801/68. *Si la fecha de la escritura es anterior a la rúbrica del protocolo:* se debe subsanar por escritura de reproducción del acto. *Si falta la nota de apertura:* se puede consignar por nota marginal. *Si falta la nota de cierre:* Se debe consignar a través de un inspector de protocolos al cerrar el expediente. *Si hay sobreimpresión o rotura parcial del folio del protocolo que no afecta al instrumento:* se deberá comunicar al Colegio de Escribanos quien a través de un inspector, consignará nota marginal de conocimiento. (1) *Si hay sobreimpresión o rotura parcial del folio del protocolo que afecta al instrumento:* se deberá reproducir el acto y además comunicar al Colegio de Escribanos para que a través de un inspector se consigne nota marginal de conocimiento. (2)

El epígrafe

Es una simple referencia a la naturaleza del acto a instrumentar y el nombre de las partes contratantes. *Fundamento legal.* El Código Civil no lo contempla. Sí las leyes notariales locales. En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404/2000 (3) *Reguladora de la Función Notarial, expresamente en su artículo 68 que dice:* "Los documentos matrices deberán... consignarse, además de un epígrafe que indique el objeto del documento y el nombre de las partes". Asimismo el artículo 56 de su Decreto Reglamentario (4) regula como confeccionar el epígrafe en el caso de la pluralidad de otorgantes y dice: "En el supuesto de pluralidad de otorgantes por parte, bastará consignar en epígrafe en nombre de uno de ellos, seguido de la expresión "y otro" o "y otros".

Medios de Subsanación por error y omisión: Si falta el epígrafe: se puede consignar por nota marginal. Si está consignado en forma incompleta o errónea: se puede complementar o rectificar también por nota marginal.

La numeración

En cuanto a sus formalidades debe: a) ser correlativa a partir del "Uno", durante el año calendario y b) *su expresión puede ser letras y/o en números* según las leyes locales. En la Ciudad de Buenos Aires, debe expresarse en letras. (art. 61 ley 404). *Fundamento legal.* El Código Civil lo establece implícitamente en el citado artículo 998 del Código Civil: "Las escrituras públicas deben ser hechas en el Libro de Registro que estará numerado...". En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404/2000, en su artículo 61 *prohíbe utilizar guarismos para el número de la escritura:* "... No se utilizarán guarismos para expresar el número de escritura,...". El art. 68 establece que la numeración debe ser sucesiva durante el año: "Los documentos matrices deberán... llevar cada año calendario numeración sucesiva

(1) VADEMECUM. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Elaborado por el Departamento de Inspección de Protocolos, a cargo de la Esc. Elsa L. Rosin de Allende. Ed. 2011.

(2) VADEMECUM. Ob. cit.

(3) LEY 404 Reguladora de La Función Notarial de La Ciudad de Buenos Aires. Texto Ordenado 2011.

(4) Decreto Reglamentario 1624/00 de la Ley 404.

del uno en adelante” y el *art. 74* contempla que sucede con la numeración en dos casos: a) el de la “Escritura sin efecto” donde no se interrumpirá la enumeración y el caso del “Erróse” donde se repetirá la numeración.

Medios de Subsanción por error y omisión: Si hay error, omisión o se repite el número de la escritura ya pasada: se debe denunciar el hecho al Colegio de Escribanos quien a través de un inspector, consignará nota marginal de conocimiento. (5)

Lugar

Es un requisito esencial. Debe coincidir con la Competencia Territorial del Escribano (*art. 980 C.C.*). *Fundamento legal.* El Código Civil lo establece en el *Artículo 1001*: “La escritura pública debe expresar... el lugar...”. *La sanción de su omisión es la nulidad instrumental.* Así lo establece el *artículo 1004* del mismo cuerpo legal: “Son nulas las escrituras que no tuvieren la designación... lugar en que fuesen hechas...”. En *materia testamentaria* el *artículo 3657* dice: “El escribano debe, bajo pena de nulidad del testamento, designar el lugar en que se otorga...”

Medios de Subsanción por error y omisión: Falta el lugar de otorgamiento de la escritura: se subsana por medio de escritura de reproducción del acto.

Fecha

Es un *Requisito esencial*. Su *Expresión en letras y/o en números* dependerá de las leyes locales. En la Ciudad de Buenos Aires, la fecha debe expresarse en letras. (*art. 61 ley 404*)

Fundamento legal. El *Código Civil* lo establece en el *artículo 1001*: “La escritura pública debe expresar... el día, mes y año en que fuesen firmadas, que puede serlo cualquier día, aunque sea domingo o feriado o de fiesta religiosa...”. *La sanción de su omisión es la nulidad instrumental.* Así lo establece el *artículo 1004* del mismo cuerpo legal: “Son nulas las escrituras que no tuvieren la designación del tiempo”. Asimismo el *artículo 1005* dice que: “Es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico debía ser hecha”. En *materia testamentaria* el mismo Código Civil en el *artículo 3657* dice que: “El escribano debe, bajo pena de nulidad del testamento designar... su fecha”. En la *Ciudad de Buenos Aires*, la propia ley 404 en su *artículo 61* prohíbe la utilización de guarismos para expresar la fecha, por lo que la misma debe expresarse en letras: “No se utilizarán guarismos para expresar... su fecha...” (6) Asimismo el *art. 68* de la citada ley regula los requisitos de los documentos matrices, establece que los mismos deben estar ordenados cronológicamente, a saber: “Los documentos matrices deberán ordenarse cronológicamente...”. En *caso de Error material:* No ocasiona la nulidad si: a) Surge indubitadamente de otros elementos del protocolo y b) No hubo engaño o fraude. La doctora Cristina N. ARMELLA propone la hipótesis de una escritura pública donde se expresa mal el año (el día o el mes), mientras que los documentos anteriores y posteriores a ese lucen la misma data. La solución que propone la autora: “... fácil es advertir que es un simple error material, cotejando las escrituras públicas anteriores y posteriores. Se trata, indudablemente, de una conducta ajena a toda intención o propósito de perjuicio por parte del autorizante y no cabe al acto la sanción de nulidad del *artículo 1005* del Código Civil, sino tan solo de la observabilidad, saneable por nota marginal o por documento notarial posterior, según los casos. Ello no quita a que el autor del documento responda disciplinariamente...” (7)

En el mismo sentido se ha expedido el Departamento de Inspección de Protocolos del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires: “El errar en la enunciación del año en que fue otorgada la escritura no la anula y procede salvarlo con una aclaración marginal”. (8)

(5) VADEMECUM. Ob. cit.

(6) LEY 404. Texto ordenado. Conforme texto art. 21 de la Ley 3933 del 17/11/2011.

(7) ARMELLA, Cristina N. “El documento notarial sin compareciente” Revista Notarial 918. p. 299.

(8) En Revista del Notariado 754, p. 979. Esto así, en la medida que la escritura se encuentre en la página que corresponde al protocolo, entre escrituras del mismo año.

Medios de Subsanción por error y omisión: Error u omisión en la fecha, pero únicamente en el año: se rectifica por nota marginal. *Falta la fecha completa de otorgamiento de la escritura:* se subsana por escritura de reproducción del acto. *Error en la fecha (día y mes):* se subsana mediante escritura rectificatoria de fecha con reproducción del acto. (9)

AUTOIDENTIFICACION DEL ESCRIBANO: “ante mí escribano autorizante”

Fundamento legal. El Código Civil no lo exige y tampoco las Leyes Notariales. *Medio de Subsanción por omisión:* Ninguno ya que su omisión no acarrea sanción legal alguna.

Comparecencia. Datos

Con respecto a la falta de los datos de los comparecientes, debemos distinguir: *Si falta algún dato del compareciente exigido por el artículo 1001 del CC y además comprendido en el artículo 1004 del C.C.* siendo el único caso “que no tuviere el nombre de los otorgantes”: se subsana mediante escritura de reproducción del acto. *Si falta algún dato del compareciente exigido por el artículo 1001 del CC, pero que no está comprendido en el artículo 1004 del C.C.,* o sea, cualquier otro dato que no sea el nombre de los otorgantes: se subsana mediante escritura complementaria con el compareciente de quien se omitieron los datos. *Si falta algún dato del compareciente no exigido por el artículo 1001 del C.C.,* como por ej.: CUIT o CUIL: se subsana por nota marginal.

Nombres y apellidos de los comparecientes

Fundamento legal. El Código Civil lo establece en el artículo 1001: “La escritura pública debe expresar... los nombres y apellidos de las personas que la otorguen...” *La sanción de su omisión es la nulidad instrumental.* Así lo establece el artículo 1004: “Son nulas las escrituras que no tuvieren... el nombre de los otorgantes...” En *materia testamentaria* el mismo Código Civil en su artículo 3657 establece: “El escribano debe, bajo pena de nulidad del Testamento, designar... el nombre de los testigos...” *Otra ley de fondo,* como es la *Ley 19.550 de Sociedades Comerciales,* establece en su artículo 11 que: “El instrumento de constitución debe contener: 1) El nombre... de los socios, 2) La razón social o la denominación de la sociedad...” En la *Ciudad de Buenos Aires,* el artículo 77 de la Ley 404 que regula los requisitos formales de las escrituras públicas: “Además de los requisitos formales... las escrituras públicas deberán expresar: a)... Tratándose de personas jurídicas, la denominación o razón social...” *Nombre y apellido del cónyuge del compareciente.* En la *Ciudad de Buenos Aires,* el artículo 77 de la Ley 404 que regula los requisitos formales de las escrituras públicas establece que *será necesario consignar el nombre y apellido del cónyuge de los sujetos negociales, sólo cuando esto fuere relevante por la naturaleza del acto,* por ej.: compraventa. Dice el artículo: “Además de los requisitos formales... las escrituras públicas deberán expresar: a)... el nombre del cónyuge cuando los sujetos negociales fueren casados, divorciados o viudos, cuando ello resulte relevante por la naturaleza del acto...” Esto lo refuerza el artículo 44 de su decreto reglamentario que dice: “Sólo será necesario consignar en las escrituras públicas... y el nombre del cónyuge de los sujetos negociales cuando ello resulte relevante por la naturaleza del acto...” La misma regula el caso del firmante a ruego, en el artículo 79 que dice: “... c) El notario expresará nombre y apellido... del firmante a ruego.” *Apellidos de los comparecientes destacados.* A partir del 1/8/1952, en toda escritura pública, ya sea que se emplee al extenderla, la forma manuscrita o mecanografiada, los apellidos de los otorgantes serán consignados totalmente en *letras mayúsculas,* usándose letras minúsculas para los nombres propios. Cuando se utilice el sistema manuscrito, los nombres y apellidos de los otorgantes se escribirán en letras con tipo de imprenta, destacándose el apellido. Igual procedimiento se observará en la expedición de las copias manuscritas o mecanografiadas. (Resolución C.D. del 30/6/1952). *Apellidos de los comparecientes herederos. Sola mención del apellido paterno. Errores en el nombre. Imposibilidad de subsanar mediante nota marginal.* En las escrituras en las que comparecen herederos, no es necesario que figuren con apellido paterno y materno, puesto que se cumplen los requisitos del art. 1001 con solo mencionarlos con el apellido paterno, de acuerdo con la ley 18.248. No es posible subsanar errores en el nombre

(9) VADEMECUM. Ob. cit.

mediante notas marginales. (Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto de la escribana Mariana E. Levin Rabey, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 8 de junio de 1994) (Expte. 1105-P-1994).

Medios de Subsanción por error y omisión: Falta nombre y apellidos de otorgante: se subsana por reproducción del acto. *Error en nombre y apellidos de otorgante:* se subsana por escritura rectificatoria. *Falta de nombre del cónyuge de los sujetos negociales, en los casos en que es relevante por la naturaleza del acto (art. 77 ley 404):* se subsana por escritura complementaria con el compareciente de quien se omitieron los datos.

Mayoría de edad

Fundamento legal. El *Código Civil* lo exige en el artículo 1001: “La escritura pública debe expresar... de las personas que las otorguen, si son *mayores de edad*...” Su omisión no acarrea la nulidad instrumental. Rige el artículo 1004 in fine. Distinto es en *materia testamentaria* donde el mismo código en su artículo 3657 dice: “El escribano debe, bajo pena de nulidad del testamento, designar los testigos... y *edad*...” *Otra ley de fondo*, como es la *Ley 19.550 de Sociedades Comerciales*, establece en su artículo 11 que: “El instrumento de constitución debe contener:... 1)... *edad* de los socios...” En la *Ciudad de Buenos Aires*, el artículo 79 de la Ley 404 establece que: “... c) El notario expresará... *edad*... del firmante a ruego...” *Omisión de consignar la mayoría de edad. Sustitución por las fórmulas “capaces y hábiles”: Juicio de capacidad. Validez.* DOCTRINA: La ausencia de la expresión documental de la mayoría de edad, conforme al art. 1004 del Cód. Civil, no es causal de invalidez de la escritura. Menos aún en el caso consultado, donde esa fórmula es reemplazada por otras, como “capaces” y “hábiles”, mucho más amplias y comprensivas que la anterior y que con mayor exactitud fijan el concepto de juicio de capacidad. (Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto de la escribana Marta M. Grimoldi, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 18 de mayo de 1994). (Expte. 1103-G-1994). DOCTRINA: “Conforme al art. 1004 del Cód. Civil no es nula la escritura donde se haya omitido designar la mayoría de edad de los otorgantes. Por lo tanto, la sometida a consulta, siguiendo la terminología utilizada, no es ‘título observable’, ya que el escribano autorizante ha suplido dicha referencia emitiendo juicio de capacidad de los otorgantes”. En base a la propuesta de la Escribana Elsa KIEJZMAN, publicado en Revista del Notariado 837, págs. 313 y 314.

Medios de Subsanción por error y omisión: Falta o error en la mayoría de edad o fecha de nacimiento: se subsana por escritura complementaria o rectificatoria con compareciente. *Testamentos.* El requisito de la edad de los testigos, exigido por el art. 3657 del C.C. no se suple con la expresión “mayores de edad”, sólo se admite la edad o la fecha de nacimiento. (Acta C.D. N° 3427 del 31/3/2004). (10) Con respecto a la expresión “mayores de edad” la jurisprudencia sí lo ha admitido. *La falta de edad o fecha de nacimiento* se subsana por un nuevo testamento con revocación del anterior. En los testamentos o sus revocatorias no se admiten como medios de subsanción las notas marginales ni escrituras complementarias, aclaratorias ni rectificatorias. (Acta C.D. N° 3602 del 6/2/2008, Resolución 53/08). Se subsana por un nuevo testamento con revocación del anterior, lo que no significa una escritura de reproducción del acto, sino directamente un nuevo testamento ya que el anterior es evocado.

Estado de familia

Fundamento legal. El *Código Civil* lo exige en el artículo 1001: “La escritura pública debe expresar... de las personas que la otorguen... *su estado de familia*...” Su omisión no acarrea la nulidad instrumental. Rige el art. 1004 in fine C.C. *Otra ley de fondo*, como es la *Ley 19.550 de Sociedades Comerciales*, establece en su artículo 11 que: “El instrumento de constitución debe contener: 1)... *estado civil*... de los socios.” En la *Ciudad de Buenos Aires*, el citado artículo 77 de la Ley 404 establece que: “Además de los requisitos formales... las escrituras públicas deberán expresar: a) El *orden de las nupcias* y el nombre del cónyuge, cuando los sujetos negociales fueren casados, divorciados o viudos, cuando ello resulte relevante por la naturaleza del acto...” “b) Cualquier otro dato identificatorio requerido por la

(10) VADEMECUM. Ob. cit.

ley...” (por ej. estado de familia del art. 1001 C.C.) y el art. 79: c) El notario expresará... estado civil... del firmante a ruego...”

Consignación incorrecta del estado civil. No procede la subsanación por nota marginal. El Esc. Ricard Javier SAUCEDO nos comenta el siguiente caso (11): “Este caso se presenta con relativa frecuencia en nuestro medio. Dado que hasta 1987 no tuvimos divorcio vincular, muchos adquirentes de inmuebles, que divorciados en nuestro país o en el extranjero de un matrimonio argentino, con anterioridad a esa fecha, comparecían en las escrituras como casados con otras personas, habiéndose celebrado dichas nupcias en el exterior (en la mayoría de los casos, en fraude a la ley argentina), brindando así una información incorrecta al notario. Efectivamente, al no recuperar la aptitud nupcial, los matrimonios invocados resultaban nulos y/o inexistentes para la ley argentina. En tren de subsanar ese error (lo que implica pasar, de casado a soltero, viudo, divorciado), se debe acudir, en sede notarial a escrituras rectificatorias o aclaratorias, en las que se cumplan tres aspectos: a) Presencia del interesado en subsanar su estado civil que figura erróneo en el título antecedente de dominio. b) Expresión del verdadero estado civil del compareciente, respaldando sus dichos con documentación auténtica (v.gr. sentencias de divorcios no vinculares, partidas de matrimonios extranjeros, etc.). c) Intervención, en su caso, del supuesto cónyuge en el acto de subsanación, o en su defecto, de sus causahabientes, debidamente legitimados (por ejemplo, con declaratoria de herederos), ratificando esas manifestaciones”

Medios de Subsanación por error y omisión: Falta el estado de familia: se subsana por escritura complementaria con compareciente. *Error en el estado de familia:* se subsana por escritura rectificatoria con compareciente.

Domicilio o vecindad

Fundamento legal. El *Código Civil* lo exige en el *artículo 1001*: “La escritura pública debe expresar... de las personas que la otorguen... *su domicilio o vecindad...*” Su omisión no acarrea nulidad instrumental, excepto en materia testamentaria. Rige el art. 1004 in fine C.C. En *materia testamentaria*, con relación a la residencia de los testigos testamentarios el *Código Civil* establece dos artículos: el 3654 que dice: “El testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes del lugar. “Y el 3657: “El escribano debe bajo pena de nulidad del estamento designar... los testigos... su residencia.” *Otra ley de fondo como la Ley de Sociedades Comerciales* establece en su *artículo 11*: “El instrumento de constitución debe contener: 1)... domicilio de los socios... 2) domicilio de la sociedad. En la *Ciudad de Buenos Aires*, el citado artículo 77 de la Ley 404 establece: “Además de los requisitos formales... las escrituras públicas deberán expresar a)... tratándose de personas jurídicas... el *domicilio...*” y el Art. 79: “... c)... El notario expresará... y vecindad del firmante a ruego...”

Medios de Subsanación por error y omisión: Falta o error del domicilio del otorgante: se subsana por escritura complementaria o rectificatoria con el compareciente de quien se omitieron los datos. *Falta el domicilio de la sociedad interviniente:* se subsana por nota marginal de acuerdo a lo que surge de la documentación habilitante. (12) *Falta el domicilio de los testigos testamentarios:* se subsana con nuevo testamento con revocación del anterior. *Testigo testamentario domiciliado fuera de la demarcación:* se subsana con nuevo testamento con revocación del anterior. (13)

Documentos de identidad

El *Código Civil* lo establece en el *artículo 1002 inciso c)*: “La identidad de los comparecientes deberá justificarse por cualquiera de los siguientes medios... c) Por exhibición que se hiciere al escribano de *documento idóneo*. En este caso, se deberá individualizar el documento y agregar al protocolo repro-

(11) SAUCEDO, Ricardo J. “Las correcciones y las notas de subsanación como medios de perfeccionar los documentos notariales.” XLIII Seminario Laureano Moreira. 2002. pp. 57-58. Academia Nacional del Notariado.

(12) VADEMECUM. Ob. cit.

(13) VADEMECUM. Ob. cit.

ducción certificada de sus partes pertinentes”. Con respecto al *número de documento de identidad*, es otra ley de fondo como la *Ley de Sociedades Comerciales* que establece en su artículo 11: “El instrumento de constitución debe contener: 1)... número de documento de identidad de los socios...”

Medios de Subsanción por error y omisión: Falta o error en el documento de identidad: puede subsanarse por nota marginal o escritura notarial sin compareciente (en el caso del art. 1002 inc. c) modificado) o por escritura complementaria, aclaratoria o rectificatoria con el compareciente. *Falta o error en el documento de identidad en la constitución de sociedades comerciales:* no se puede subsanar por nota marginal. Debe subsanarse por escritura complementaria, aclaratoria o rectificatoria con el compareciente. (14)

Otros datos de identificación

La Ley de Sociedades 19.550 establece en su Art. 11 establece la obligatoriedad de consignar el instrumento de constitución: “... *nacionalidad... profesión...* de los socios...” Otra Ley de fondo como es la *Ley 17.801/68 en su art. 3º bis* establece la obligatoriedad del CUIT, CUIL O CDI para los documentos del art. 2º inciso a) de la misma ley. Y en su art. 32 la exigencia del D.N.I. para la anotación de la Inhibición General de Bienes. En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en el Art. 77 dice: “Además de los requisitos formales,... las escrituras públicas deberán expresar:... b) Cualquier otro dato identificatorio requerido por la ley, los interesados o por el notario cuando éste lo considere conveniente.” Ej.: *DNI, nombre de los padres si es soltero, etc. ... c) El carácter que invistan los comparecientes que no son partes en el acto o negocio documentado.” Ej.: traductor público.*

Medios de Subsanción por error y omisión: Falta o error en la nacionalidad y/o profesión en la constitución de sociedades comerciales: no se puede subsanar por nota marginal. Debe subsanarse por escritura complementaria, aclaratoria o rectificatoria con el compareciente. *Falta o error en el CUIT, CUIL o CDI:* se subsana por nota marginal.

Juicio de capacidad

El Código Civil no lo exige expresamente, pero sí tácitamente en la nota al art. 993 C.C. Es un juicio de valor que no contiene fe pública. Las Leyes Notariales lo contemplan como un deber notarial ya que responde a una exigencia profesional ineludible: examinar la capacidad suficiente para ese otorgamiento. No requiere constancia documental en algunas legislaciones, como es el caso de la Ciudad de Buenos Aires, conforme el art. 77 inc. d) de la Ley 404. *En la Ciudad de Buenos Aires*, la Ley 404 en su Art. 29 lo establece como un *deber notarial*: “... son deberes de los escribanos de registro... d) apreciar... la *aptitud* de las personas intervinientes...” En el Art. 60 que regula el *documento notarial* dice: La formación del documento notarial... competencia del notario, es función indelegable de este, quien deberá:... c) Examinar la *aptitud...* de las personas...” y en el Art. 77: “Además de los requisitos formales... las escrituras deberán expresar:... d) El *juicio* de *capacidad* de las personas físicas no requerirá constancia documental.”

Medios de Subsanción por error y omisión: En el caso que requiera constancia documental: se subsana por nota marginal. *En el caso que no requiera constancia documental:* su omisión documental no debe subsanarse. Es importante tener en cuenta que la no exigencia de la constancia documental, no significa que se exima al escribano del deber notarial de apreciar la aptitud de las personas intervinientes, que sí es obligatorio. (art. 29 de ley 404)

Justificación de la identidad

Fundamento legal. El Código Civil lo exige en el art. 1002: “La identidad de los comparecientes deberá justificarse por cualquiera de los siguientes medios: a) Por afirmación del conocimiento por parte del escribano, b) Por declaración de dos testigos, que deberán ser de conocimiento del escribano y serán responsables de la identificación y c) Por exhibición que se hiciera al escribano de documento idóneo. En este caso, se deberá individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción cer-

(14) VADEMECUM. Ob. cit.

tificada de sus partes pertinentes. *Su omisión no acarrea la nulidad instrumental*. Rige para ese caso, el art. 1004 *in fine*: "... La inobservancia de las otras formalidades, no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos, pueden ser penados por sus omisiones..." *En materia testamentaria* el mismo Código Civil en su artículo 3699 dice que: "Los testigos *deben ser conocidos del escribano*. Si éste no los conociese, puede exigir antes de otorgar el testamento, que dos individuos aseguren la identidad de sus personas y la residencia de ellos". *En la Ciudad de Buenos Aires*, la ley 404 en su Art. 77 dice que: Además de los requisitos formales,... las escrituras públicas deberán expresar... b) Cualquier otro dato identificatorio requerido por la ley, por los interesados o por el notario cuando éste lo considerare conveniente." Y en el Art. 79: (15) "... c) El notario... firmante a ruego y hará constar el *medio de su identificación*".

Medio de Subsanción por error y omisión: (16) *Si falta justificar la identidad del compareciente de acuerdo con el artículo 1002 del CC:* Inciso a: afirmación por conocimiento. Se subsana por nota marginal, Inciso b: declaración de dos testigos: se subsana por escritura complementaria con el compareciente y los 2 testigos, Inciso c: por exhibición del documento idóneo: se subsana por nota marginal. *Si falta la fotocopia de las partes pertinentes del documentos con que justifica su identidad el compareciente:* se subsana agregando fotocopia certificada con firma y sello. *Si la fotocopia del documento con el que se acredita la identidad, es ilegible:* se subsana colocando nota en la copia del documento, aclarando los datos que resultan ilegibles, con firma y sello del escribano. *Si no coincide el documento con el que se acredita la identidad entre la fotocopia agregada y el consignado en la escritura:* puede subsanarse: a) agregando fotocopia del citado en la escritura o b) por nota marginal aclarando cuál fue el utilizado. *Identificación del documento:* Se admite la remisión al citado en la comparecencia. *Agregación al protocolo de la reproducción certificada de sus partes pertinentes:* Se admite la remisión a un folio anterior al cual se encuentra agregada. *Si se acredita la identidad del testigos testamentarios con documento de identidad:* se subsana por nuevo testamento con revocación del anterior. Los testigos del testamento: deben ser conocidos del escribano o que dos personas aseguren su identidad y residencia, (art. 3699 C.C.) pero no pueden justificar su identidad por medio del art. 1002 inc. c) del C.C.

Intervención. Juicio de legitimación

Fundamento legal. Es el juicio de legitimación por medio del cual el escribano deberá examinar con relación al acto a instrumentarse y a las representaciones invocadas si el compareciente interviene: por sí, por otros o para otros. Como es un juicio de valor no tiene fe pública. Debemos distinguir el juicio de legitimación con la acreditación de la legitimación. El juicio de legitimación deberá examinarse en todas las escrituras públicas, pero no en todas las escrituras públicas, deberá acreditarse de la legitimación. Esta deberá acreditarse, si luego de realizar el juicio de legitimación, del mismo resultara que se debe hacer ya sea por notoriedad o con documentación habilitante. En este último caso, esta acreditación es una manifestación auténtica que goza de fe pública. Las leyes locales lo establecen como un deber notarial. En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 lo establece como un *deber notarial* en su Art. 29: "... son deberes de los escribanos de registro... d) apreciar... la legitimación... de las personas intervinientes..." Además en el Art. 60: "La formación del documento notarial... competencia del notario, es función indelegable de este, quien deberá:... c) Examinar la... legitimación de las personas..."

Medios de Subsanción por error y omisión: *El juicio notarial de legitimación* al ser un juicio de valor: se subsana por nota marginal. *La acreditación de la legitimación* en el caso que la intervención sea por otro y se acredite con documentación habilitante: se puede subsanar por nota marginal. *El carácter en que actúa el compareciente*, (ya sea, por otro o para otros): es una manifestación autenticada del compareciente por lo que se subsanará por escritura complementaria, aclaratoria o rectificatoria.

(15) LEY 404 Texto ordenado conforme art. 25 ley 3933 del 17/11/11.

(16) VADEMECUM Ob. cit.

Exposición y estipulación

LA EXPOSICION (Narratio). Comprende aquellos antecedentes y presupuestos del negocio que se documenta, que pudieran considerarse útiles o necesarios para precisar el objeto. Comprende la descripción de la cosa o derecho sobre la que se constituirán las relaciones jurídicas. Las cosas objeto de los contratos deben ser determinadas en cuanto su especie, aunque no lo sean en cantidad, con tal que esta pueda determinarse (art. 1170 C.C.).

El Código Civil lo exige en su Art. 1001: "La escritura pública debe contener la naturaleza del acto, su objeto...". En la Ciudad de Buenos Aires, la ley 404 en su Art. 77 dice: "Además de los requisitos formales... las escrituras públicas deberán expresar:... e) La naturaleza del acto y la determinación de los bienes que constituyan su objeto." LA ESTIPULACION: Son las manifestaciones de los otorgantes contempladas en los artículos 994 y 995 del C.C. No significa que los otorgantes deben "dictar" al escribano el texto del instrumento. La formación del documento es una función privativa del escribano. El escribano al recibir la voluntad de los otorgantes, las debe interpretar y luego adecuar, dando la forma legal que corresponda y redactar el instrumento adecuado a tal fin. La parte DISPOSITIVA de la escritura contiene los elementos que integran el objeto negocial: acuerdos, pactos y modalidades del negocio. Dichas declaraciones y convenciones de los otorgantes pueden ser: 1) Cláusulas dispositivas: principales o esenciales del negocio, por ej.: a) cosa vendida y b) Pago del precio. 2) Cláusulas enunciativas directas: naturales o directamente relativas al mismo, por ej.: a) Declaraciones del vendedor: transmisión de derechos inherentes al dominio y a la posesión, tradición, impuestos, gravámenes, evicción y vicios redhibitorios, declaraciones juradas de Bien de Reemplazo por ITI o Ganancias y b) Declaraciones comprador: aceptación de la transferencia del dominio, posesión, asunción de gravámenes, origen del dinero, declaraciones juradas por Impuesto de sellos; c) Declaraciones conjuntas: suscripción o no de boleto previo, deudas por impuestos, tasas, contribuciones, sus diferencias y expensas, paridad cambiaria acordada y d) Asentimiento Conyugal, en su caso y 3) Cláusulas enunciativas indirectas: accidentales o meramente enunciativas, por ej.: teléfono, nota del reglamento, etc. Fundamento legal. El Código Civil lo exige como un requisito de las escrituras públicas en el Art. 1001: "... La escritura hecha sí con todas las condiciones, cláusulas, plazos, las cantidades que se entreguen en presencia del escribano, designadas en letras y no en números..." El mismo Código Civil regula las manifestaciones autenticadas en el art. 994: "... Los instrumentos públicos hacen plena fe, no solo entre las partes, sino contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc. contenidos en ellos", y en el art. 995: "... Los instrumentos públicos hacen plena fe de las enunciaciones de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal, no solo entre las partes sino respecto de terceros." En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su Art. 60 dice: "La formación del documento notarial... competencia del notario... quien deberá: a) Recibir por sí mismo las declaraciones de voluntad de los comparecientes... adecuarlas al ordenamiento jurídico y reflejarlas en el documento." Con respecto al uso de guarismos se prohíbe en los siguientes casos: Art. 61: "... No se utilizarán guarismos para expresar el número de escritura, su fecha, el precio o monto de la operación, las cantidades entregadas en presencia del escribano y condiciones de pago".

Medios de Subsanción por error y omisión: En la Individualización del bien objeto del acto, hay que distinguir: Si la corrección de errores u omisiones en texto de los documentos autorizados se refieren a datos y elementos aclaratorios y determinativos accidentales, de carácter formal o registral y que resulten de títulos, planos u otros documentos fehacientes, referidos expresamente en el documento y en tanto no se modificare partes sustanciales relacionadas con la individualización de los bienes objeto del acto ni se alteraren las declaraciones de las partes: se puede subsanar por nota marginal. (art. 81 ley 404). Si así no fuere: no se puede subsanar por nota marginal sino por escritura complementaria, aclaratoria, rectificatoria con compareciente, o escritura de reproducción el acto, según corresponda. Las declaraciones de los otorgantes: No pueden subsanarse por nota marginal. Se subsanan por escritura complementaria, aclaratoria, rectificatoria con compareciente, o escritura de reproducción el acto, según corresponda. Ejemplo: carácter en que actúa, la intervención por otro, el precio, el monto de la operación, cantidades entregadas en presencia del escribano, condiciones de pago, vencimien-

to de las obligaciones, el origen de los fondos, la entrega de la posesión, destino del bien adquirido, asunción de gravámenes, etc. *El uso de guarismos* en cantidades entregadas en presencia del escribano, en el precio o monto de la operación, en condiciones de pago que incluyen la cantidad de cuotas, tasa de interés y vencimiento de las obligaciones: se subsana por escritura complementaria con comparecientes. *El Uso de guarismos en vencimiento de obligaciones*: No se observan si es una aclaración o se puede inferir de otra parte de la escritura que está redactada conforme a la ley. P. ej.: “vence en un año, o sea, el día 10 de septiembre de 2010”. No se observan cuando se trata de vencimientos de cheques o pagarés. (17)

Constancias notariales

CORRESPONDE. Es imprescindible en las escrituras de constitución, modificación, transmisión o cesión de derechos reales sobre inmuebles para mantener el encadenamiento legal. *Fundamento legal.* *La Ley Nacional 17.801/68 en su artículo Art. 23* dice: “Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles *sin tener a la vista el título de propiedad inscripto en el Registro...*” En la *Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su Art. 77 lo incluye como un requisito de la escritura pública*: “... las escrituras públicas deberán expresar:... f) *La relación de los documentos que se exhibieren al notario para fundar las titularidades activas y pasivas de derechos y obligaciones, invocadas por las partes...*” *Medio de Subsanción por error y omisión*: por nota marginal o escritura complementaria sin compareciente.

CERTIFICADOS REGISTRALES. Son aquellos que deben solicitarse para los casos contemplados en el art. 23 de la Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801, que son los relacionados con derechos reales sobre inmuebles. En ellos se consigna el estado jurídico de los bienes y de las personas. Y es en el mismo artículo 23 in fine donde se establece que las escrituras públicas deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de las certificaciones. *La ley Nacional 17.801/68 en su Art. 23 dice*: “Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles sin tener a la vista... así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación.”

Medios de Subsanción por error y omisión: (18) *Falta exhibir y/o agregar los certificados registrales citados*: su subsana exhibiendo o agregando. En realidad no son de agregación obligatoria, pero tratándose de CABA o Provincia de Buenos Aires, deben ser exhibidos al/la Inspector/a de Protocolos, exprese o no la escritura que se agregan. Es decir, que la exhibición es obligatoria. La agregación no, pero si la escritura dice que se agregan, se observa su falta de agregación. *La falta de certificados registrales o la utilización de certificados cuyo plazo esté vencido deben ser observadas por el Departamento de Inspección de Protocolos (Resolución C.D. 377/11).* *Falta consignar el número y fecha de los certificados registrales*: se subsana por nota marginal. *Pérdida o Extravío del certificado de dominio*: Agregar un informe del que surja el certificado referenciado que se ha perdido o extraviado, dejando constancia por nota marginal. *Pérdida o Extravío del certificado de inhabiciones*: se subsana agregando un informe del que surja la inexistencia de inhabición y dejando constancia por nota marginal. *Error o diferencia de nombre y/o documento del disponente entre lo consignado en la escritura y lo informado en el respectivo certificado de inhabiciones*: se subsana agregando un nuevo informe: a) con los datos correctos y b) que se acredite la inexistencia de inhabiciones. Además se debe dejar constancia por nota marginal. *Falta de solicitud por las variantes con el apellido de casada ni con el apellido materno*: no se observa. *Falta constancia en la escritura de gravámenes y/o restricciones vigentes que surgen del certificado de dominio* (ej.: un embargo): se subsana por escritura complementaria con compareciente. *Falta constancia en la escritura de gravámenes y/o restricciones que surgen del certificado*

(17) VADEMECUM .Ob. cit. p. 62.

(18) VADEMECUM. Ob. cit. pp. 20 y 52.

de dominio, no vigentes por haberse levantados o cancelados por medio idóneo: se subsana por nota marginal dejando constancia del levantamiento o cancelación, con documentación respaldatoria. *Si del certificado de dominio solicitado, surge reserva de prioridad para otro registro notarial, y se ha omitido dejar constancia en la escritura que el mismo no ha sido utilizado por el otro escribano:* se puede subsanar: a) exhibiendo el certificado del otro escribano que no fue utilizado o b) que el certificado solicitado se encuentre con la nota del otro escribano dejando constancia de no haber utilizado su certificado.

CERTIFICADOS ADMINISTRATIVOS. Son aquellos certificados cuya obligatoriedad surgirá de las Leyes Administrativas Locales: Aysa, certificado municipal, inmobiliario, etc.

Medios de Subsanción por error y omisión: se deberán agregar o exhibir, según el caso, pero siempre debidamente liberados. Excepto en los casos que se deje constancia en la escritura: de la aplicación del art. 5º ley 22.427 en los casos que corresponda (ej.: AYSA); o sobre la existencia de plan de facilidades de pago y la asunción solidaria por el adquirente en los casos que corresponda. (19)

OTROS DATOS. NOMENCLATURA CATASTRAL. PARTIDA INMOBILIARIA. VALUACION FISCAL. V.I.R. Medios de Subsanción por error y omisión: por nota marginal. *Caso particular del error en la Nomenclatura Catastral:* Cuando la escritura se refiere a una Unidad Funcional o Complementaria, se admite la Nota Marginal subsanatoria porque el Reglamento forma parte de la escritura, pero cuando se refiere a una finca o fracción de terreno debe subsanarse por escritura aclaratoria porque hace a la individualización del bien objeto del Acto. (20)

ACREDITACION DE LA LEGITIMACION o REPRESENTACION. Fundamento legal. Con Documentación Habilitante. El Código Civil en su art. 1003 regula la forma en que se debe acreditar la legitimación: "Si los otorgantes fueren representados por mandatarios o representantes legales, el notario expresará que se le han presentado los poderes y documentos habilitantes, que anejará a su protocolo. Si fuese menester la devolución de los mismos o se tratare de poderes generales, hará constar la circunstancia y agregará copia autenticada al protocolo. En caso de que los poderes o documentos se hubieren otorgado en su oficina, o se hallaran protocolizados en su registro, expresará este antecedente, indicando el folio y año respectivo..." *En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 la regula en su art. 78:* "Procuraciones y documentos habilitantes: a) Cuando los otorgantes actúen, en nombre ajeno y en ejercicio de representación, el notario deberá proceder de acuerdo con lo establecido en el Código Civil y dejar constancia en la escritura de los datos relativos al lugar y fecha de otorgamiento del documento habilitante, del nombre del funcionario que intervino o folio del protocolo, demarcación y número del registro notarial, si el documento constare en escritura pública, y de cualquier otra mención que permitiere establecer la ubicación del original, y los datos registrales, cuando fueren obligatorio. b) El notario deberá comprobar el alcance de la representación invocada y hacer constar la declaración del representante sobre su vigencia."

Medios de Subsanción por error y omisión: No acredita la legitimación: se subsana por nota marginal o escritura complementaria sin compareciente. *Falta agregar documentación habilitante:* se subsana agregándola debidamente autenticada. (21) *Falta documentación obligatoria que dice agregar:* se subsana agregándola. (22) Toda la documentación cuya agregación no es obligatoria que el escribano cita en su escritura y dice que agrega deberá agregarla. (Acta C. D. 3444, del 25/8/2004). *Poderes como documentación habilitante agregada en fotocopia de matriz:* se subsana agregando la copia original o fotocopia de la misma. La fotocopia de la matriz no reemplaza a la fotocopia de la copia o testimonio original para acreditar las pertinentes personerías o representaciones (Resolución C.D. 131/95). No se puede suplir la primera o ulterior copia por la fotocopia de la escritura matriz (art. 1003 C.).

(19) VADEMECUM. Ob. cit. pp. 22-23.

(20) VADEMECUM. Ob. cit. p. 78.

(21) VADEMECUM. Ob. cit.

(22) VADEMECUM. Ob. cit.

TRATAMIENTO IMPOSITIVO. Impuesto a la Transferencia de Inmuebles, Impuesto a las Ganancias, Impuesto de Sellos locales o provinciales. *Medios de Subsanción por error y omisión* (23): *Falta mención en la escritura de la retención efectuada*: se subsana por nota marginal, indicando el monto ingresado. *No consta causa de exención*: Escritura complementaria con el responsable. *No hay manifestación del destino vivienda y/o única propiedad*: Escritura complementaria con el responsable. *Monto correcto menor al retenido. Difiere monto de la retención entre lo consignado en la escritura y lo declarado (cuando el monto correcto es menor al retenido en la escritura y la declaración ha sido realizada correctamente)*: se subsana por Escritura o recibo por instrumento privado de devolución de lo retenido en exceso. En este último caso, se deberá agregar al protocolo, dejando constancia de su incorporación por nota marginal. *Difiere monto del acto entre lo consignado en la escritura y lo declarado*: se subsana rectificando la declaración jurada y acreditar pago por diferencia, si correspondiera. *Falta acreditar pago total o parcial de retenciones efectuadas*: Acreditar el pago (el acogimiento a una moratoria impositiva no subsana la observación).

Cierre documental

LECTURA. Es un requisito indispensable para que los comparecientes queden impuestos de su contenido. El escribano tiene el deber de leer la escritura a todos los comparecientes.

Algunas legislaciones locales regulan sobre la posibilidad que tienen los comparecientes, de "leerla por sí". En general regulan dicha facultad como optativa, pero para el caso del compareciente sordo, la imponen como obligatoria. Es el caso del art. 79 de la Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires. *Fundamento legal. El Código Civil lo exige en el art. 1001*: "La escritura pública... El escribano, concluida la escritura, debe leerla a las partes..." Su omisión no acarrea la nulidad instrumental, rigiendo entonces el *Art. 1004 in fine*: "... La inobservancia de las otras formalidades no anula la escritura..." *En materia testamentaria* la regulación es *distinta* ya que su omisión sí acarrea la nulidad instrumental. El mismo *Código Civil en su art. 3658 dice*: "Bajo pena de nulidad, el testamento debe ser leído al testador en presencia de testigos que deben verlo..." En la Ciudad de Buenos Aires, la *Ley 404* en su art. 79 dice que: "Redactada la escritura... tendrá lugar la lectura... con arreglo a las siguientes normas: a) El notario deberá leer la escritura, sin perjuicio de los intervinientes, de leer por sí, formalidad ésta que será obligatoria para el otorgante sordo". También regula la lectura en los casos permitidos por la ley (art. 80) de pluralidad de otorgantes en el *artículo 57 de su Decreto Reglamentario* (24): "En el caso de pluralidad de otorgantes que suscribieron la escritura en distintas horas del mismo día en los términos del artículo 80 de la ley... El escribano deberá leer la escritura a cada otorgante..."

Medios de Subsanción por error y omisión: Falta mención de la lectura: por nota marginal. Falta mención de la lectura por sí en el caso del otorgante sordo: se subsana por escritura complementaria con compareciente.

SALVADOS. El salvado tiene un límite temporal y un límite espacial ya se debe realizarlo el escribano al final del documento y antes de la firma de los otorgantes. Terminada la lectura del texto completo de la escritura, el escribano deberá salvar al final de ella y antes de que la firmen los otorgantes, de su puño y letra, lo que se haya sobre raspado, las enmiendas, los testados y los interlineados introducidos en el texto. Lo debe hacer reproduciendo cada texto, por palabras enteras, indicando si vale o no valen, en los renglones indicados en el número marginal de orden y dentro de los márgenes de la hoja. Los interlineados solamente podrán insertarse en el espacio comprendido entre las dos líneas consecutivas de escritura en que se realice. *Fundamento legal. Lo exige el Código Civil en el art. 1001*: "El escribano concluida la escritura... salvando al final de ella, de su puño letra, lo que se haya escrito entre renglones y las testaduras que se hubiesen hecho..." *La omisión del salvado en partes esenciales acarrea la anulabilidad instrumental. Así lo establece el art. 989 del Código Civil*: "Son anulables los instrumentos públicos cuando... tuviesen enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales, como la fecha, nombres, cantidades, cosas, etc. no salvadas al fin." *En la Ciudad*

(23) VADEMECUM. Ob. cit. pp. 24-25.

(24) Decreto reglamentario 1624/00 de la Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires.

de Buenos Aires, la Ley 404 lo regula en el Art. 63: “Al final del documento y antes de la suscripción, el notario salvará de su puño y letra, reproduciendo cada texto por palabras enteras, lo escrito sobre raspado, las enmiendas, testaduras, interlineados u otras correcciones introducidas en el texto, con expresa indicación de si valen o no”. *El artículo 40 de su Decreto Reglamentario agrega más formalidades*: “El salvado de las correcciones que el notario deba hacer al final del texto de los documentos que autorice se hará en los renglones indicados en el número marginal de orden y dentro de los márgenes de la hoja. Los interlineados solamente podrán insertarse en el espacio comprendido entre las dos líneas consecutivas de escritura en que se realice.” La jurisprudencia también lo ha establecido: “... 4) Si toda la escritura pública debe llenar obligatoriamente todos los renglones del folio del protocolo, el salvado de entrelíneas hecho de puño y letra por el escribano debe seguir la misma norma, o sea, ser escrito regularmente sobre los renglones siguientes al cuerpo de la escritura, y no escribiendo entre líneas...” (25) *Asimismo la Ley 404 en el Art. 79 contempla el caso de adiciones, agregados, etc. que deben realizarse antes del salvado*: “... b) antes de efectuar las correcciones a que se refiere el artículo 63 de esta ley, se podrán realizar, a continuación del texto, las adiciones, variaciones y otros agregados completivos o rectificatorios, que se leerán en la forma prevista.”

Medios de Subsanción por error y omisión: Omisión de salvado: se subsana por escritura complementaria de subsanción por omisión de salvado. Otorgada la escritura complementaria se deberá consignar Nota Marginal de remisión en la escritura en la que se omitió el salvado. No corresponde su consignación por nota. En este sentido, se ha expedido la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en 1940: “los errores en las escrituras públicas deben ser salvados, atento a la ley, al pie de la escritura misma por el escribano autorizante y antes de las firmas, o en su defecto, por aclaratorias; las correcciones no pueden salvarse mediante notas marginales.” (26)

OTORGAMIENTO. Si los comparecientes están conformes con el texto de la escritura que el escribano ha leído, proceden a otorgarla, lo que significa que prestan conformidad con el contenido del instrumento y asumen la paternidad de sus manifestaciones (arts. 994 y 995 C.C.). Es un requisito esencial para la validez del instrumento la firma de los comparecientes, ya sean partes, testigos instrumentales o firmantes a ruego (arts. 1001 y 1004 C.C.) con el agregado de la impresión digital en la Ciudad de Buenos Aires (art. 79 ley 404).

Firma

Es un requisito esencial para la validez del instrumento público. *Fundamento legal. La exige el Código Civil en su artículo 988*: “El instrumento público requiere esencialmente para su validez que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él. Si alguno o algunos de los cointerésados solidarios o meramente, mancomunados, no lo firmasen, el acto será de ningún valor para todos los que hubiesen firmado.” Además es un requisito de la escritura pública, tal como lo establece el *Código Civil en el Art. 1001*: “La escritura pública... debe ser firmada por los interesados...” *Su omisión acarrea la nulidad instrumental*, conforme el *Art. 1004*: “Son nulas las escrituras que no tuvieren... la firma de las partes, la firma a ruego y la firma de los testigos del acto...” En la *Ciudad de Buenos Aires*, la Ley 404 en su Art. 79 dice: “Redactada la escritura... tendrá lugar la lectura, *firma* y autorización.” Y el art. 80 contempla la firma para el caso de pluralidad de otorgantes “En los casos de pluralidad de otorgantes... los interesados podrán suscribir la escritura en distintas horas del día de su otorgamiento dejándose constancia en el protocolo...” En idéntico sentido que su omisión acarrea la nulidad instrumental, se han elaborado varios dictámenes en la Ciudad de Buenos Aires, entre ellos el Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto del escribano Horacio M. Vacarelli aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 22 de junio de 1994, Expte. 1104-

(25) Cámara Nacional Civil, Sala F. AUTOS: RONCHI DE FERRARI, NÉLIDA y otra c/SORIA DE GÓMEZ, DOLORES y otros. 2ª Instancia. Buenos Aires, marzo 30 de 1971.

(26) SAUCEDO, Ricardo J. XLIII Seminario Laureano Moreira, 23/24 de mayo 2002. Academia Nacional del Notariado. p. 63.

G-1994: A. Son nulos los instrumentos públicos, y en especial la escritura pública, cuando carezcan de las firmas de los interesados y de la presencia de los testigos indispensables (conf. arts. 988 y 1004 del Cód. Civil). B. La nulidad instrumental deviene, en razón de los sujetos instrumentales, en los supuestos contemplados en el punto anterior. C. La falta de firma de los interesados denota manifiesta inexistencia de declaración de voluntad formativa del acuerdo, con relevancia en el campo patrimonial creditorio, por lo cual impide sin más la conversión del acto frustrado. D. La nulidad absoluta de la escritura pública, fundada en la falta de firma de parte interesada, exige la celebración de un nuevo acto escriturario que reproduzca el contrato. E. La ratificación no constituye un instituto eficaz para subsanar el defecto genético apuntado respecto del acto nulo, por cuanto aquella supone la existencia de un acto válido celebrado en nombre de un tercero, por quien carece de representación o sin mandato (conf. arts. 1161, 1930, 504, 2304 y conscs. del Cód. Civil).

Medios de Subsanación por error y omisión: Falta de firma de compareciente: se subsana por escritura de reproducción del acto.

FIRMA A RUEGO. Fundamento legal. Lo establece el Código Civil en el Art. 1001: "Si alguna de las partes no sabe firmar debe hacerlo a su nombre otra persona que no sea de los testigos del instrumento..." *Su omisión acarrea la nulidad instrumental* conforme el Art. 1004 del mismo cuerpo legal: "Son nulas las escrituras que no tuvieren... la firma a ruego... cuando no saben o no pueden firmar..." *En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 lo regula en su Art. 79 con el agregado de la impresión digital del impedido a firmar:* "... c) Si alguno de los comparecientes no supiere o no pudiere firmar sin perjuicio de hacerlo a ruego otra persona, estampará su impresión digital, dejando constancia el notario del dedo... El notario expresará nombre y apellido, edad, estado civil y vecindad del firmante a ruego y hará constar el medio de su identificación". *Asimismo en el Decreto Regl. Art. 54 contempla el límite del firmante a ruego:* "En el caso previsto en el artículo 79, inciso c) de la ley, el rogado podrá firmar por más de uno de los comparecientes impedidos de hacerlo, siempre que integren una misma parte negocial. El firmante a ruego puede ser otro de los comparecientes si sus intereses no se contraponen con los del rogado".

Medio de Subsanación por error y omisión: Falta la firma del firmante a ruego: se subsana por escritura de reproducción del acto.

IMPRESIÓN DIGITAL. En la Ciudad de Buenos Aires, si algún compareciente no sabe o no puede firmar, sin perjuicio que lo haga a ruego otra persona, el impedido debe estampar su impresión digital. El escribano debe dejar constancia del dedo estampado y los motivos que están sujetos a la declaración del impedido. En el caso en que no se pueda tomar de ningún modo la impresión digital, el escribano dejará constancia de ellos y las razones del impedimento. *Fundamento legal. Ley 404 en su Art. 79:* "... c) Si alguno de los comparecientes no supiere o no pudiese firmar, sin perjuicio de hacerlo a ruego otra persona, estampará su impresión digital, dejando constancia el notario del dedo a que correspondiere y los motivos que le hubiere imposibilitado firmar, con sujeción a la declaración del propio impedido. Si por cualquier circunstancia, permanente o accidental, no pudiere tomarse de ningún modo la impresión digital, el autorizante lo hará constar y dará razones del impedimento..." *En el Decreto Regl. el Art. 55 se establece la tinta que se deberá usar para tomar la impresión digital:* "Para el estampado de la impresión digital a que alude el artículo 79 inciso c) de la ley, deberá utilizarse tinta indeleble de color negra o azul del tipo que establezca el Colegio de Escribanos."

Medios de Subsanación por error y omisión: Falta la impresión digital del imposibilitado de firmar sin ninguna constancia: se subsana por escritura de reproducción del acto. *Falta constancia de motivos del imposibilitado:* se subsana por escritura complementaria con compareciente.

Ante mí

Es una costumbre notarial de antigua data. No existe ninguna norma de fondo o local que exija su constancia expresa. *Medio de Subsanación por error y omisión:* No es objeto de subsanación por no ser obligatorio.

Autorización

Es la Firma y sello del escribano que inviste al acto y al instrumento de una presunción de autenticidad calificada. (art. 993 C.C.). Además identifica al escribano como autor del documento notarial quien asume así la paternidad del mismo. *Fundamento legal. La exige el Código Civil en el artículo 1001: "... La escritura hecha sí con todas las condiciones, cláusulas, plazos, las cantidades que se entreguen en presencia del escribano, designadas en letras y no en números, debe ser... autorizada al final por el escribano. En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 la regula en el Art. 64 para todos los documentos notariales: "Toda vez que el notario autorice un documento o estampe su firma por aplicación de esta ley, junto con la signatura, pondrá su sello. El Colegio de Escribanos normará sobre su tipo, características, leyendas y registraciones." Específicamente para las escrituras públicas, la citada Ley 404 dice en su artículo 79: "Redactada la escritura, presentes los otorgantes, y, en su caso, los demás concurrentes y los testigos, cuando se los hubiere requerido o lo exigiere la ley, tendrá lugar la lectura, firma y autorización..."*

Medios de Subsanción por error y omisión: Falta de autorización: se subsana por escritura de reproducción del acto.

Legislación consultada

Decreto 1624/00. Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires. 22/09/00.

Ley n° 404. Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires. 12/07/00.

Ley n° 19.550. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires. 30/03/84.

VADEMECUM. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Elaborado por el Departamento de Inspección de Protocolos, a cargo de la Esc. Elsa L. Rosin de Allende. Ed. 2011.

La invocación de precedentes y el pensamiento analógico

POR ERNESTO DOMENECH (*)

Sumario: 1. Los razonamientos de los jueces. — 2. La analogía. — 3. El valor de la invocación del precedente. — 4. Bibliografía.

*Huyen los dioses
Se junta la hojarasca
Reina el vacío
Matsuo Basho
Ueno, 1644 - Osaka, 1694*

Resumen

El presente trabajo reflexiona sobre el pensamiento analógico en las sentencias penales. Lo caracteriza, analiza su uso en las sentencias y propone modos de validarlo siguiendo criterios de comparación. Examina esos criterios y su peso en la invocación de precedentes judiciales.

Palabras clave: sentencias - precedentes judiciales - pensamiento analógico.

L'INVOCATION DES PRÉCÉDENTS ET LA PENSÉE ANALOGIQUE

Résumé

Le présent travail porte sur la pensée analogique dans les sentences criminelles. Il la caractérise, il en analyse l'emploi dans les sentences et il propose certaines façons de la valider en suivant des critères de comparaison. Le travail examine ces critères et leur poids dans l'invocation des précédents judiciaires.

Mots clés: Sentences - précédents judiciaires - pensée analogique.

1. Los razonamientos de los jueces

En la construcción de sentencias los jueces llevan adelante distintas actividades en las que razonan de muy variados modos.

Presentarlos como constructores de silogismos (como lo hace Beccaria) no permite ver, de alguna manera, otras formas relevantes de razonar como cuando se comportan como rastreadores husmeando las pruebas e infiriendo conclusiones probables a partir de ellas. (1) O cuando utilizan otras formas de razonar al emplear la analogía como forma de hacerlo.

En otras ocasiones los jueces argumentan (2) al dar buenas razones de sus conclusiones, que exceden el catálogo de estas formas de razonar, en especial cuando deben "interpretar" una regla vaga, o desandar posibles ambigüedades, contradicciones y silencios que se le planteen. (3)

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Penal I, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(1) Sobre las características de este tipo de razonamiento puede verse Ginzburg, (1989: 138).

(2) Manuel Atienza (2004:21) sostiene que existen tres formas de concebir la argumentación: una concepción formal de la argumentación (que la considera como un razonamiento deductivo) una concepción material (que implica dar buenas razones de las decisiones) y una concepción pragmática (que la concibe como una interacción entre dos sujetos -sea retórica, en la que uno intenta persuadir a un auditorio- o dialéctica en la que ambos sujetos participan de modo dinámico).

(3) En ocasiones invocan las "intenciones" del texto que interpretan, o las del "autor" del texto, (como cuando apelan a los bienes jurídicos protegidos, o la intención de la ley, o la intención del legislador) o las consecuencias que se siguen de los criterios que adopten.

Lo más probable, no obstante, es que los jueces empleen en forma simultánea (4) todos estos procedimientos.

En este caso nos detendremos en la analogía.

2. La analogía

Generalmente se afirma que el pensamiento analógico es un pensamiento interdicto en las cuestiones penales. Vulnere, se afirma, la garantía de legalidad. Si una ley penal pudiese ser interpretada de cualquier modo, extendida a casos “parecidos”, la seguridad jurídica desaparecería, pues hechos que, en principio no estarían castigados por las leyes, con estos modos de interpretarlas lo estarían. (5)

Esta afirmación merece un examen muy cuidadoso. Cierta para un número de casos, no lo es para la totalidad de ellos.

Me detendré en casos en los que la analogía se aplica en forma necesaria, como garantía de un “buen razonamiento”: la invocación de precedentes jurisprudenciales, aunque, probablemente, sea útil para otro tipo de citas, por ejemplo, las doctrinarias.

Pero veamos primero de qué hablamos cuando hablamos de pensamiento analógico.

2.1. La palabra analogía.

Una primera advertencia es que la palabra analogía es ambigua. Si bien por un lado denota un modo de razonar, en ocasiones se la usa a veces para describir algo, u otra para explicarlo. (Copi, 1995: 305)

El razonamiento analógico no es ni una descripción ni una explicación, es un razonamiento que posee ciertas premisas y ciertas conclusiones. Pero que, a diferencia de los razonamientos deductivos, no garantiza la verdad de la conclusión si las premisas son verdaderas.

2.2. El razonamiento analógico.

¿Cuál es la estructura del razonamiento analógico? Copi la define de la siguiente forma: “*Toda inferencia analógica parte de la similaridad de dos o más cosas en uno o más aspectos para concluir la similaridad de esas cosas en algún otro aspecto*” (305)

2.3. Usos de la analogía en el ámbito jurídico.

La segunda advertencia consiste en tener en cuenta que la analogía puede ser utilizada de muy distintas maneras en las reflexiones de los juristas.

(4) Al emplear una prueba han utilizado (expresa o tácitamente) las reglas de la prueba que implican la regulación de su producción, y el valor que poseen. Muchas veces debe desandar vaguedades de estas reglas, y seguramente apelará a la búsqueda de precedentes vinculadas con ellas. De modo que al inferir un hecho de un conjunto de pruebas probablemente haya ya razonado con otras formas. El ejemplo sirve además para advertir que no es sencillo discriminar los hechos del derecho. Porque los hechos se acreditan con las reglas de la prueba, y porque se configuran y recortan tomando en cuenta “el derecho”.

(5) Se ha distinguido sin embargo variantes en el uso de la analogía en el campo penal. De este modo se discrimina la analogía en perjuicio del imputado (analogía in mala partem) de la analogía que lo beneficia (analogía in bona partem) para restringir el uso de la primera que sería la que vulnera el principio de legalidad. Por otro lado se distingue también la analogía que parte del texto legal, para “extenderlo a casos parecidos” (analogía legal) de la analogía que lo que “extiende” son principios no contemplados en la legislación (analogía juris). En este caso se señala la especial gravedad de la analogía juris. Del mismo modo se critican aquellos textos legales que prevén consecuencias penales de expresiones particularmente inciertas como “el sano espíritu del pueblo alemán”. O que consagran la posibilidad de extender por analogía las disposiciones del Código Penal a actos socialmente peligrosos, como ocurría en el sistema soviético de 1926. Cómo puede advertirse dos son las cuestiones riesgosas en torno a la analogía: una es la vaguedad extrema de los textos legales, otra la consagración expresa de la analogía como forma de aplicarlos. Sobre el particular Ver (Núñez, R.).

En ocasiones la analogía está prevista por las leyes. Por ejemplo cuando establecen un núcleo de significados que se extiende luego a situaciones similares: un ejemplo de ello es la forma como se ha redactado la estafa. (6) Hela aquí en el art. 172 del Código Penal- “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”. En este caso el significado de las palabras “ardid o engaño” se especifica en la enunciación precedente, que sirve de punto de partida para establecer otros engaños. En el texto se recurre a la analogía para determinar el significado de las expresiones empleadas en él. Aquí el recurso a la analogía funciona no como razonamiento sino como un modo de descripción de conductas prohibidas.

En otras oportunidades las leyes prevén la analogía como un mecanismo general para resolver problemas su aplicación. Es el supuesto previsto por el art. 16 del Código Civil “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.” (7) En esta segunda manera en que el texto legal menciona a la analogía, se manda a quien debe decidir una cuestión dudosa hacerlo *razonando* por analogía. Buscando en otras leyes análogas principios que permitan resolver el caso. Así el diccionario de la real academia la caracteriza (en su cuarta acepción) como “*Método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella.*”

Hay ocasiones, en cambio, en las que la analogía se emplea por los jueces para *apoyar una decisión en otras decisiones anteriores* que se invocan como precedentes. (8) No son las leyes las que mandan a sus lectores recurrir a la analogía, sino quienes deban aplicarlas en sus decisiones deciden hacerlo como modo avalar una justificación. (9) Es un método antiguo que motivó que Jonathan Swift dijese “*Es máxima entre estos abogados que cualquier cosa que se haya hecho ya antes, volver a hacerse legalmente, y, por lo tanto tienen cuidado especial en guardar memoria de todas las determinaciones anteriormente tomadas contra la justicia común y contra la razón corriente de la humanidad. Las exhiben bajo el nombre de precedentes, como autoridades para justificar las opiniones más inicuas, y los jueces no dejan nunca de fallar de conformidad con ellas.*” (10)

(6) Otro ejemplo el prevaricato de los abogados regulado en el art. 271 del C.P.

(7) Como puede leerse dos (y distintas) son los modos de resolver que prevé este artículo. La apelación a leyes análogas, y la apelación a los principios generales del derecho. La apelación a leyes análogas se ha denominado analogía legal, la apelación a principios generales del derecho, analogía jurídica. Esta segunda forma de resolver implica la tarea de enunciar un principio y de justificarlo por parte del intérprete. Sin embargo en la actualidad ciertos “principios”, aunque sin definición legal clara, se encuentran enunciados por las leyes. Ejemplo antigua de esta previsión es el llamado “in dubio pro reo”. Ejemplo contemporáneo, “el interés superior del niño”. Esta “escritura” de los principios se han difundido significativamente en la actualidad tanto en las leyes como en los Manuales y Tratados. Y suscitan no pocas dificultades al momento de precisar su significado y de justificarlos. “descubrir” un principio detrás de distintas reglamentaciones (o eventualmente decisiones), implica también la comparación y el cotejo de estas leyes o fallos. Disposiciones similares pueden encontrarse en Constituciones como la de la Provincia de Buenos Aires que prescribe: Artículo 171. Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

(8) Para un análisis del uso de la precedentes ver: Garay 1997. Las consideraciones sobre los precedentes son relevantes con otros propósitos. Jerome Bruner sostiene que al momento de construirse los relatos judiciales, los precedentes cobran un valor muy importante pues son tenidos en cuenta al momento de hacerlos. (Bruner, 2003: 59).

(9) En realidad los precedentes jurisprudenciales son objeto de estudio por los juristas que tratan de estudiarlos y clasificarlos, y aún de invocarlos para proponer alguna forma de resolución de problemas que plantea un conjunto de normas, y también son invocados por las partes en sus peticiones ante los tribunales.

(10) Merryman (Merryman: 94) encuentra otras razones para el uso judicial del precedente: “Es posible que el juez se refiera a un precedente porque esté impresionado por la autoridad del tribunal anterior, porque esté convencido de su razonamiento, porque sea demasiado perezoso para analizar el problema por sí mismo, porque

La versión de Dworkin no es la misma. El piensa que los jueces se comportan como literatos que construyen con sentencias una suerte de novela cuyas páginas anteriores son precisamente los precedentes de otros jueces anteriores. (11)

Y es cierto que es harto frecuente ver en las decisiones citas de precedentes del mismo tribunal o juez que las aplica, o invocación de precedentes de tribunales superiores.

Pero, ¿Cómo operaría la analogía en la cita de un precedente judicial? Aproximadamente del siguiente modo: si en el caso x, que se asemeja al caso que se juzga en determinados aspectos, un tribunal resolvió de una determinada manera, en este segundo caso debe procederse de igual modo en la decisión del caso que se juzga.

En los razonamientos de estas características en la toma de decisiones judiciales suelen además invocarse razones de autoridad (12) (se invocan decisiones de tribunales superiores), que en algunos supuestos podrían ser consideradas obligatorias. (Como puede llegar a ocurrir en los casos de los fallos plenarios para quienes aceptan la constitucionalidad de su obligatoriedad, o para quienes entienden que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación obliga a su acatamiento por tribunales de menor jerarquía).

Claro que esta invocación de precedentes merece algunas precisiones.

La primera consiste en que puede llegar a configurar una suerte de falacia de autoridad, porque del hecho que exista un precedente no se sigue ni que los razonamientos de ese precedente sean buenos, ni que sean aplicables al caso que se juzga.

De modo entonces que es conveniente por un lado repasar la base argumental del precedente y por otro su aplicabilidad al caso.

La aplicabilidad al caso que se juzga, invariablemente distinto al ya juzgado en el precedente, implica el empleo de un razonamiento analógico.

La cita de precedentes, entonces, para ser fundada, debe tener como base un adecuado razonamiento analógico.

Un razonamiento que compare adecuadamente el “precedente jurisprudencial” con el caso al que habrá de aplicársele.

En general los precedentes jurisprudenciales se citan mediante doctrinas que se han extraído de los fallos sin mayores precisiones. Doctrinas que se abstraen de las circunstancias del caso, del proceso en el que fue dictado, del tipo de recurso que posibilitó la doctrina, de la legalidad aplicable al caso, en especial de su vigencia o aplicabilidad contemporáneo, de la posición final adoptada en el caso en el que se trajo, de quienes la suscribieron, del peso que esa doctrina posee en la decisión que se ha adoptado.

En este tema como en otros el pensamiento teórico y práctico se evidencia como “excesivamente abstracto”, al sistematizar doctrinas con prescindencia de las variadas circunstancias que rodean al caso del que la doctrina se “extrae”.

no quiera arriesgarse a una revocación en segunda instancia o por muchas otras razones”. Claro que ni la pereza, ni el temor, ni la obediencia, pareciesen virtudes relevantes. O deseables, en la faena judicial. Se parecen más a una suerte de “pecados capitales” dignos de evitarse.

(11) Este tipo de análisis es el que hace Ronald Dworkin, 1992. En esta obra el autor analiza la faena de los jueces como constructores de una novela en la que se va escribiendo un nuevo capítulo en base a otros anteriores escritos por otros jueces con sus precedentes. p. 164 y ss.

(12) Las apelaciones a la autoridad pueden implicar otros riesgos: las falacias de autoridad, llamadas *argumentum ad verecundiam* (Copi: 69).

Claro que al construir un razonamiento analógico es necesario “comparar” el caso en el que se dictó el precedente con el caso al cual se quiere aplicar. Pero,

¿Qué es lo que se debe comparar para invocar un precedente? Esta es la pregunta de la que me ocuparé en lo sucesivo.

Ítems para comparar precedentes judiciales.

He aquí un catálogo de ítems que permiten comparar adecuadamente ambos “casos”. (13)

1. La composición del Tribunal que lo dictó y el peso del votante en la resolución dictada.
2. La vigencia del precedente.
3. La legalidad “de fondo” aplicable en el momento del hecho y la aplicable al caso.
4. La legalidad “procesal” aplicable.
5. El tipo de proceso en el que se dictó.
6. El tipo de recurso en el que se dictó.
7. Los hechos a los que se aplicó.
8. La resolución recaída.
9. El peso de la doctrina invocada en la decisión adoptada. Es decir si es o no decisiva, o si está dicho al paso, o es un obiter dictum.
10. Si la doctrina se suscitó con mayoría argumental.
11. Las circunstancias y el contexto del caso.

Claro que no es sencillo poder obtener toda esta información si sólo se consultan apretadas síntesis de las conclusiones de una decisión. Es necesario recurrir a los pronunciamientos y mirarlos con todo detalle. En este sentido el modo como se sintetizan y difunden precedentes conspiran, pues de ellos se han “abstraído” todas las circunstancias que rodean al caso.

Conviene explicar un poco más estos ítems de comparación:

1. La composición del tribunal que lo dictó

Frecuentemente la integración de los tribunales cambia, y aunque no cambien suelen cambiar los modos como se conforman las mayorías que, en definitiva deciden el caso.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en un mismo período tuvo decisiones diferentes al interpretar la “secuela del juicio” como causa de interrupción de la prescripción penal, según fueran los jueces a quienes correspondiese votar.

Por otra parte no es lo mismo invocar una opinión de un voto minoritario que la de un voto mayoritario. En este sentido no sólo es importante comparar la composición del tribunal, sino el peso de la opinión de la que se “extrae” el precedente. Un peso que, eventualmente, puede estar vinculada a la

(13) Este catálogo de ítems debería ser considerado al momento de “fichar” la doctrina de las sentencias. Sin estos datos no es posible evaluar con pertinencia la cita de las mismas. Reparar, asimismo en todos estos detalles implica el “saber leer” una sentencia del que habla con claridad y profundidad Gordillo. (En...) Asimismo son relevantes al momento de emplear las sentencias como modo de estudio o enseñanza del derecho. Ver en este sentido Gordillo... Estudiamos estas dificultades en “Fallos en la enseñanza del derecho penal” (Ernesto Domech y Mariana Cucatto), ponencia presentada en el Encuentro de la Asociación de Profesores de Derecho Penal. Finalmente estos procesos de comparación son útiles para examinar si un mismo tribunal fallará en el sentido en que lo hace en casos futuros.

especialidad jurídica del votante (14), sobre en tribunales convocados para revisar o juzgar todo casos de todo tipo de especialidades.

También es relevante si existió “una” voz cantante (y otras que sólo se adhirieron), o si hubo un coro de voces que fueron “añadiendo” razones a la voz principal.

2. La vigencia de un precedente

Es conveniente tener presente si el precedente que se habría de invocar tiene vigencia. Es decir si el mismo tribunal que lo ha dictado no ha modificado el criterio que sostuvo. Invocar un criterio pretérito puede tener menor peso si se invoca una “autoridad” jurisdiccional.

3. También es muy relevante analizar cuál es la legalidad denominada “de fondo” que se aplicó al caso.

Determinar el conjunto de reglas aplicado es fundamental porque cualquier comparación con normas diversas, disminuiría sensiblemente la pertinencia del precedente invocado. Sobre todo porque puede haber mutado, o haberse integrado de manera distinta por aplicación de los arts. 2º y 3º del C.P. si la causa fuese penal. En este aspecto la singularidad extrema del caso puede hacer que se apliquen ciertas reglas, que, en otros, no. Determinar la legalidad aplicable requiere que se tenga presente la forma como esa legalidad ha sido interpretada. Los criterios de interpretación de una regla inciden sobre su eventual mayor o menor benignidad que otras, y por ende en su aplicabilidad o no.

4. En tiempos de innovación legislativa permanente es indispensable verificar si existe similitud entre la legislación que se aplicó para decidir el precedente y la legislación procesal con la que se habría de decidir el nuevo caso. Cambios en una u otra legislación pueden hacer que el precedente invocado sea completa o parcialmente inatingente

5. Asimismo el tipo de proceso en el que el precedente se ha dictado debe ser cotejado con el procedimiento en el que se habría de dictar el nuevo. La posibilidad de “decir el derecho” varía según el tipo de proceso en el que se decide. En ocasiones el juez debe ceñirse estrictamente a las peticiones de las partes. En ocasiones puede apartarse parcialmente de ellas y buscar un poco más la verdad real, o invocar alguna atenuante, o cambiar una calificación legal por otra más beneficiosa. Depende del rol procesal asignado al juez y del tipo de cuestión que se discute.

6. Si se trata de decisiones de 2da. Instancia, ocurre algo similar con el tipo de recurso que se ha planteado. Muchas veces son los agravios de las partes los que enmarcan la decisión judicial. Pero en ciertas cuestiones los jueces pueden “ir más allá”. (15) Los propios jueces suelen advertir estas dificultades, y se refieren a ello con obiters dictums que comienzan con expresiones como “distinto hubiese sido si...”

(14) Claro que la especialidad del votante posee cuestiones que deben ser consideradas. Por ejemplo la medida en que su opinión pueda estar condicionada por opiniones vertidas en trabajos de la especialidad, o los límites que la especialidad le plantea para poder “ver” ciertos modos de interpretar las reglas. Los esquemas conceptuales del votante pueden permitirle conocer ciertos matices, pero también no advertir otros, como en general se sostiene que ocurre con los paradigmas.

(15) Este “ir más allá” de los agravios de las partes suele estar reglado por las leyes de procedimiento. En la Provincia de Buenos Aires (C.P.P. art. 435) el Tribunal de Casación sólo puede ir más allá o bien cuando advierte motivos de nulidad absoluta en los pronunciamientos que revisa, o bien para mejorar la situación del imputado. Sin embargo en muchas ocasiones los Tribunales exceden estas posibilidades para descalificar sentencias que no les agradan, como ocurre cuando se apela sin restricciones a las doctrina de la arbitrariedad. Ha sido Argibay Molina la que con agudeza advirtió sobre estos riesgos severos en... Más todavía indicó que en estos temas mal podría invocarse la analogía con precedentes por del Tribunal por la extrema singularidad de cada una de las sentencias que se casan por arbitrarias. No obstante la extrema singularidad de las sentencias que se revisan no implica que no puedan cometer errores similares (como sentenciar con olvido de la ley vigente), lo que en principio autorizaría emplear precedentes revisados por motivos similares aunque las sentencias sean, es obvio, absolutamente singulares.

7. La resolución recaída es un ítem muy relevante para comparar. En este sentido no es lo mismo una decisión que haya sido adoptada cuando la cuestión “se volvió abstracta”, o de eficacia poco relevante, que otra que no posea esas características. (16) También es relevante comparar cuanto “peso” tuvo la doctrina que se “extrae”, en la resolución efectiva del caso. (17)

8. Los hechos sobre los que el precedente también son muy relevantes, sobre todo cuando los casos de que se juzgan con de singularidad extrema. Y en esta comparación de los hechos el *nivel de detalle* con que se los compare hace a la felicidad o infelicidad del cotejo. Muchas veces las decisiones de los tribunales “se abstraen” de modo conceptual. (18) Se simplifican, una costumbre que suele aun ser mayor en la caracterización que de estas ediciones hacen los medios de comunicación. Pero estas simplificaciones en el tratamiento informativo de los hechos (sea el que dispensan los teóricos del derecho, o los integrantes de medios masivos de comunicación) son riesgosos. Es más, algunos obiter dictums se relacionan con esta extrema singularidad y advierten sobre ella.

9. Un ítem de comparación muy importante radica en el “peso” de las argumentaciones que se pretende emplear. En este sentido advertir si el argumento que se habrá de citar es central o si se trata de argumentos sin ese protagonismo, es decir los que se denominan “obiter dictum” es muy importante. (19)(19) Una interpretación, criterio de uso o “doctrina jurisprudencial” puede ser innovadora e interesante, pero no haber tenido significación alguna en la resolución que se adopta.

10. Otra variable a tener en consideración es si la interpretación pudo o no suscitar mayoría “argumental”. En ocasiones los fallos adoptan una misma resolución pero por motivos distintos. Cuando la mayoría es, además, de argumentos, pareciese que el “peso” de la decisión es mayor.

11. Las circunstancias que rodean el caso y la decisión cobran especial relevancia para argumentaciones que tomen en cuenta las consecuencias (20) de la decisión que se adopta. ¿Mantendría un mismo tribunal un criterio, cuando cambios importantes en el contexto implicasen consecuencias distintas? Hay oportunidades en que son los propios tribunales los que enfatizan la importancia del contexto de una decisión, del “escenario” en que se toma. Lo hacen a través obiter dictums que insinúan el condicionamiento contextual de la decisión que adoptan. (21)

(16) Es lo que ha ocurrido con ciertos criterios bioéticos que han sido adoptados cuando el caso ya ha sido resuelto por otros caminos no jurídicos (como ha ocurrido con las transfusiones de sangre y los Testigos de Jehová), o con una sentencia recientemente dictada por la CSJN en relación a los abortos autorizados por el C.P., que se adoptó fuera de toda urgencia.

(17) Muchas veces se citan doctrinas de votos minoritarios.

(18) Este modo de abstracción está estrechamente asociado a características de las teorías con los que los juristas se educan en la tradición jurídica romano canónica. (Merryman, 2008: 120)

(19) Determinar los usos del obiter dictums, en especial por los Tribunales Superiores, excede el marco de este trabajo. No obstante en ciertos pronunciamientos de la CJSN, son los argumentos utilizados como obiter dictums en ciertos casos, lo que han cobrado protagonismo en otros. Sobre el particular ver Garay, Ob. cit. De todos modos en ocasiones el obiter dictum puede estar señalando una limitación al empleo del fallo como precedente, que advierten los propios jueces.

(20) La valoración de las consecuencias de las decisiones, es típica del llamado Paradigma Consecuencialista según Lorenzetti (2008). La valoración de las consecuencias se encuentra presente en autores de Derecho Penal, como Hassemer, que brega por un derecho penal orientado a las consecuencias. Y ha formado parte importante de la reflexión sobre la culpabilidad tanto civil como penal. Las “variantes” del dolo sólo se entienden a partir de las consecuencias de una acción querida. En la Convención de Viena, el análisis de las consecuencias, en especial las que son absurdas, es una pauta de interpretación de las reglas de los Tratados.

(21) La consideración del contexto en que se dicta una regla, y las consecuencias que de las interpretaciones que se sigan, es considerada relevante por la Convención de Viena que reglamenta la interpretación de los Tratados Internacionales dictados con posterioridad a ellas. Esta Convención alude al contexto y lo define en la Sección Tercera art. 31. Manda asimismo considerar acuerdos ulteriores de las partes y prácticas ulteriores seguidas por las partes en el aplicación del tratado en las que consten acuerdos de las partes acerca de su interpretación. La im-

3. El valor de la invocación del precedente

¿Cuándo es afortunado el razonamiento analógico?

La cita de Swift ya alerta sobre los riesgos de la invocación de precedentes.

Las obras de los lógicos destinadas a “ponderar” la bondad del pensamiento analógico pueden darnos más pistas al momento de valorar los precedentes invocados.

Copi establece un catálogo de criterios de valoración de los razonamientos analógicos. Helos aquí:

1. El número de entidades entre las cuales se afirman las analogías
2. El número de aspectos en los cuales se establecen analogías entre las cosas en cuestión
3. La fuerza de sus conclusiones con relación a las premisas
4. El número de diferencias entre los ejemplos mencionados en las premisas y en la conclusión
5. Finalmente cuanto más desemejantes son los ejemplos mencionados en las premisas, tanto más fuerte es el razonamiento.

¿Cómo operan estos criterios cuando de precedentes jurisprudenciales se trata?

En primer lugar pareciese que al momento de valorar la cita de un precedente debe tenerse en cuenta si es un precedente aislado, o si reitera una verdadera “corriente” jurisprudencial. Es decir una serie de precedentes. Si se tratase de una serie probablemente podría tener más peso la invocación que se realiza. Claro está que una innovación en los criterios puede llevar a un verdadero replanteo de la cuestión.

Luego considerar un número amplio de aspectos en los que coincidan el o los precedentes que se invocan con el caso que se analiza aumentaría el valor argumental de las conclusiones. Si la lista de ítems mencionada fuese amplia el razonamiento sería más importante. No obstante es posible conjeturar que no todos los ítems que se comparan poseen el mismo peso relativo. Por ejemplo, una ligera variación en la composición de un tribunal puede no ser tan relevante. En cambio una variación en la legislación aplicable sí lo es. Del mismo modo no es lo mismo una coincidencia en argumentos dichos al pasar que argumentos sin los cuales no podría justificarse adecuadamente la decisión adoptada.

Otro aspecto claramente relevante es la relación entre los argumentos con que se sustentan las conclusiones del o los precedentes. Cuanto más y mejores sean las razones invocadas en los precedentes, mejores serán las posibilidades de invocarlos. Si por el contrario la atingencia de los argumentos de los precedentes fueran relativos el peso sería significativamente menor.

Del mismo modo valorar con precisión las diferencias en las comparaciones es relevante. A mayores diferencias entre el caso que se juzga y los precedentes, menor el valor de la invocación. Nuevamente en estos casos los distintos ítems de comparación, y por ende las eventuales diferencias pueden no tener el mismo peso.

Por último también ciertas diferencias permiten valorar mejor el uso de precedentes de manera analógica. Imaginemos, por ejemplo, que una cierta manera de aplicar la ley a un cierto conjunto de casos haya sido sostenida por un tribunal en distintas composiciones. En este caso podríamos concluir que, pese a las diferentes composiciones el “peso” de los argumentos se ha mantenido a través de los fallos lo que incrementa su valor. De igual forma se podría pensar si un mismo criterio es sostenido por distintos tribunales de diferentes jurisdicciones.

portancia del contexto de una regla, puede advertirse en instituciones como el estado de necesidad, o la defensa legítima, o en el estado de sitio, o en normas de “necesidad y urgencia”.

Claro está que ni la mera invocación de un precedente, ni su uso generalizado garantizan su valor argumental. Serán entonces las razones que lo puedan haber sustentado las que, en definitiva, se constituyan en garantías de su razonabilidad y de la razonabilidad de su uso “fuente” de derechos.

4. Bibliografía

ARGIBAY MOLINA, Carmen (2008). “La balanza de la justicia, (O como aprendí a desconfiar de la doctrina de la arbitrariedad)”. En: *Jurisprudencia Argentina. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, II Suplemento, 2.

ATIENZA, Manuel (2004). *Bioética, Derecho y Argumentación*. Bogotá: Temis.

BRUNER, Jerome (2003). *La fábrica de historias. Derecho Literatura y vida*. FCE.

COPI, Irving M. (1995). *Introducción a la lógica*. Buenos Aires. EUDEBA.

DOMENECH, Ernesto, CUCATTO, Mariana (2012) “Fallos en la enseñanza del Derecho Penal”. EN: Encuentro de la Asociación de Profesores de Derecho Penal.

DWORKIN, Ronald (1992). *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clase de la teoría y práctica*. Barcelona: Gedisa.

GARAY, Alberto F. (1997) “El precedente judicial en la Corte Suprema de Justicia”. En: Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo Buenos Aires, II. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica05.pdf [Fecha de consulta: 27/5/2013].

GINZBURG, Carlos (1989). *Mitos, emblemas e indicios*. Barcelona: Gedisa.

GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho. Derecho público y privado. Common-Law y derecho continental europeo*. Disponible en: http://www.gordillo.com/int_der.html. [Fecha de consulta: 27/5/2013]

LORENZETTI, Ricardo Luis (2008) *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

MERRYMAN, John Henry (2008). *La tradición jurídica romano-canónica*. 2da. Edición. 11a. reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica.

NUÑEZ, Ricardo (1959). *Derecho Penal Argentino, Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

El estudio de los perfiles masculinos en contexto de encierro carcelario y su relación con la violencia intrafamiliar

POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Características generales del Grupo entrevistado: Las Unidades Penitenciarias nro. 9 y 25 y sus características. — III. Metodología Aplicada. — IV. Características particulares del grupo objeto de estudio. — V. El aparente fundamento de la violencia. — VI. La definición de género y los roles según el estudio de campo. — VII. Contexto en el que se realizaron las entrevistas y los testimonios. — VIII. Vinculaciones con sus parejas/hijos en contexto de encierro: Proyecciones de la violencia. — IX. Reconocimiento del ejercicio de la violencia: Análisis. — X. Conclusión. — XI. Bibliografía. — XII. Legislación consultada.

Abstract:

En el presente trabajo se mostrarán los resultados a los que se ha arribado en el estudio de los perfiles masculinos y eventuales vinculaciones con el ejercicio de la violencia intrafamiliar, consistente en un trabajo de campo realizado con varones que se encuentran alojados en dos unidades penales de La Plata, provincia de Buenos Aires, cumpliendo penas por diversos delitos, se analizarán sus puntos de vista con respecto a la violencia de género y familiar y de qué modos las han invisibilizado o no a lo largo de sus vidas y los prejuicios que tienen, características de los participantes, el contexto en que se han realizado las entrevistas, características de las unidades penales en las que están alojados, los niveles socio-económicos aproximados, el contexto familiar, los valores que sustentan, problemáticas laborales de las mujeres, de adicciones y sus repercusiones, y los puntos de vista de los participantes en ésta problemática, en las características de estos perfiles observo porque así surgen, como tienen los prejuicios y los estereotipos arraigados en las concepciones de géneros masculinos y femeninos, los roles que cada uno tiene en la familia y en la sociedad, y como naturalizan en algunas cuestiones el ejercicio de la violencia, reconocen de manera expresa la problemática que les ha tocado vivir y aunque se los tengan como hombres violentos, en realidad algunos de ellos llamativamente, refieren la violencia que deben padecer en el contexto de encierro en el que se encuentran por parte de sus mujeres y la manipulación con sus hijos. No se puede dejar de mencionar las variables que entraron en juego en la realización del trabajo de campo.

Palabras clave: hombre- violencia- cárcel- estereotipos- intrafamiliar

THE STUDY OF MALE PROFILES IN CONTEXT OF PRISON CONFINEMENT AND ITS RELATION TO DOMESTIC VIOLENCE

Abstract:

In this paper we show the results that have been reached in the study of male profiles and possible links with the exercise of domestic violence, consisting of a field study conducted with men who are housed in two units criminal La Plata, province of Buenos Aires, serving sentences for various crimes, will discuss their views regarding gender and family violence and in what ways they have been invisibilized.

(*) Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Romano, Cátedra III. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

ble or not over their lives and the prejudices they have, characteristics of the participants, the context in which the interviews were conducted, criminal characteristics of units in which they are housed, the approximate socioeconomic levels, family background, values that support, women's labor issues, addiction and its impact, and the views of the participants in this problem, the characteristics of these profiles observed because that arise, as they have prejudices and stereotypes rooted in conceptions of male and female genders, the roles that each has in the family and in society, and as naturalized in some issues the exercise of violence, explicitly recognize the problems that they have to live and although the men are as violent, actually some of them strikingly, refer violence they must suffer in the context of confinement in which they are by their women and their children manipulation. You can not fail to mention the variables that came into play in the realization of the fieldwork.

Keywords: man-prison-violence-domestic stereotypes

I. Introducción

A continuación se realizará un análisis de respuestas o testimonios que han brindado personas privadas de libertad como resultados arribados de un trabajo de campo, cuyo objetivo principal es la determinación de las características de los perfiles masculinos que participan en la problemática de violencia de género e intrafamiliar, y sus repercusiones que serán explicitadas a continuación, considero que ambas (hombres privados de libertad - violencia intrafamiliar) no pueden ser estudiadas, al menos en este trabajo por separadas, porque un hombre no vive aislado en el mundo sino que es el resultado del grupo familiar de origen y por ende de la sociedad en la que vive, a continuación veremos los siguientes aspectos.

II. Características generales del Grupo entrevistado: Las Unidades Penitenciarias números 9 y 25 y sus características

Se trata de personas de género masculino que se encuentran privadas de la libertad en Unidades Penitenciarias dependiente del Servicio Penitenciario Bonaerense, Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, se abarcaron las unidades 25 y 9 de La Plata, la primera con un régimen de mediana seguridad y la segunda cárcel de máxima seguridad, cuyas edades oscilan de los 18 a los 60 años aproximadamente.

Ahora me voy a referir a las Unidades penales en las que se han hecho las entrevistas y el contexto en el que viven los internos allí alojados.

a) La Unidad Penal nro. 25:

En cuanto a su ubicación espacial se encuentra ubicada en la periferia de la Ciudad de la Plata en calle 52 y 192 de Lisandro Olmos, es una cárcel ex evangelista, actualmente para valuetudinarios, con un mínimo porcentaje de personas alojadas menores de 65 años. En cuanto a sus caracteres generales, es una unidad penal que aloja prioritariamente a personas imputadas y condenadas por delitos contra la integridad sexual. Si bien el culto evangelista no es obligatorio, su práctica sigue vigente en ella. Es una cárcel de mediana seguridad, ya que no cuenta prácticamente con muros, éstos son escasos en relación a las cárceles de máxima seguridad, hay alambrados perimetrales y áreas destinadas al cultivo por parte de los internos a los que les permiten salir y vivir en lo que en la Ley de Ejecución de la Pena de la Provincia de Buenos Aires nro. 12.256 se denomina régimen semiabierto, contemplado en el capítulo V en los artículos 132 (1) y 133 (2) viven en casas individuales,

(1) El artículo dice: "El régimen semi abierto que comprende las modalidades amplia y limitada se caracteriza por la aplicación de programas que, permitiendo un adecuado nivel de autogestión por parte de los internos facilite su interacción dentro de los límites propuestos por el Servicio Penitenciario".

(2) El artículo 133 contempla las modalidades: La modalidad amplia: "internos cuyas características permitan que sus respectivos programas de tratamiento se desarrollen no solo en el establecimiento sino también en sus zonas aledañas con mínimos recaudos de control" y el 134 la modalidad limitada que comprende: "programas de tratamientos caracterizados por el ejercicio de distintos grados de autocontrol...".

cultivan y crían animales de campo. Este régimen lo encontramos en la periferia de la unidad, en el lateral del mismo.

Al grupo de entrevistados lo encontramos dentro del penal, se trata de hombres cuyas edades oscilan entre los 46 y 65 años. Entre ellos hay a su vez estudiantes universitarios de la carrera de periodismo y comunicación social de la Universidad Nacional de La Plata, en cambio hay otros internos que no estudian pero sin embargo comparten las instalaciones de la Unidad a la que acceden libremente. Cuentan además con el servicio de internet con los filtros establecidos por el servicio penitenciario provincial para el acceso preferentemente a las páginas educativas, solo por parte de los estudiantes universitarios, los grupos minoritarios de un penal teniendo en cuenta la totalidad de la población que habita en ellos.

Existe dentro de la unidad un sistema flexible justamente por tratarse de un régimen de mediana seguridad como dije antes, y ello se ve reflejado en otras cuestiones, el acceso de las personas como los visitantes, en los que hay mayor amplitud de días y horarios para la concurrencia porque también se trata de poca cantidad de internos en relación a los penales de máxima seguridad que tienen instalaciones más amplias y por ende más cantidad de detenidos. Las celdas son colectivas.

Los internos cuentan con amplios espacios para circular, en comparación con otras cárceles en las que los espacios se encuentran restringidos, ya sea porque no hay o porque acceden determinados grupos. Hay patios con luz solar bastante amplio, y los pasillos también iluminados por la luz natural, antiguamente era un hospital, la construcción edilicia es antigua. El sistema de vigilancia sigue existiendo pero en un marco de mayor flexibilidad y de auto conducta de los internos, al haber pocos internos es más fácil conocerlos, cuestión que se dificulta en las cárceles superpobladas, en las que el tratamiento en la custodia no es tan personalizado.

El descripto es el contexto físico en el que se realizan las entrevistas.

b) La unidad Penal número 9:

Es una cárcel de máxima seguridad, se encuentra en el radio de la ciudad de La Plata, en calle 10 y 76 abarca varias manzanas, se encuentran alojados internos procesados cuyas edades oscila desde los 18 años hasta los 55 aproximadamente.

Es una unidad que tiene varios pabellones, por ejemplo evangelistas, de internos de población hay varios, de estudiantes universitarios, trabajadores, por mencionar algunos. Cuenta con varios patios, un lugar en el que se practican deportes, un taller de reparación de vehículos, un taller de chapa y pintura, me refiero a los lugares a los que pude acceder y que aquí describo.

La celdas en las que viven los universitarios en su pabellón, son individuales o de no más de dos personas. En otros pabellones las celdas son colectivas. En el centro universitario donde confluyen hay servicio de internet, con filtros como el descripto en la Unidad nro. 25.

Hay patios, grandes y chicos, el espacio más amplio es utilizado para organizar partidos de fútbol, casi todos los días. A pesar de ello hay muros altos, con alambres de púas en las terminaciones de las paredes y las torres de vigilancia con personal armado con armas de tiro largo. Los controles de seguridad para acceder a distintas partes del penal son más amplios y más estrictos, se pasa por un aparato sensor, los abogados y los docentes quedamos exceptuados de la requisita de las vestimentas. Cuando se tiene que ir a un sector determinado del penal se tarda mucho, es algo común en las cárceles de máxima seguridad.

c) Perfiles específicos de los participantes: Las personas que han participado, de ambas cárceles, pertenecen a la carrera de periodismo y comunicación social, algunos procesados y otros condenados por delitos contra las personas: homicidios simples, homicidios agravados, tentativas de homicidios simples y agravados, lesiones, delitos contra la integridad sexual y delitos contra la propiedad: hurto, robos simples y agravados, homicidios en ocasión de robo. La mayoría no ha pasado por institutos de menores excepto un caso.

III. Metodología Aplicada

Se han realizado en el período marzo-diciembre de 2012, entrevistas y testimonios en audio, que a posteriori fueron desgrabadas, de allí se desprenden los patrones referidos al ejercicio de la violencia que se analiza en éste trabajo. Se comenzó el trabajo de campo como entrevista pero fue adquiriendo una dinámica propia transformándose en testimonios de vida.

IV. Características particulares del grupo objeto de estudio

Se realizará un análisis con los elementos brindados por los internos con el fin de inferir las problemáticas que los aquejan y que hoy subsisten que originan tensiones en los vínculos intrafamiliares y que desembocarían eventualmente en la violencia.

a) Niveles socioeconómicos aproximados:

Se observa que todos los entrevistados provienen de un nivel social medio e inferior, en donde los hombres - padres, se constituyeron como cabezas de familias, y las mujeres quedaban en el hogar a cargo del cuidado, de la crianza y educación de los hijos, también, se trata en todos los casos de familias numerosas, en los que hay como mínimo tres hijos y como máximo doce hijos, sus padres son "personas de bien" por el motivo de que nunca han delinquido y por ende nunca fueron encarcelados, definiéndose ellos mismos como las "ovejas negras de la familia" por ende, con estos elementos básicos aparecen distintas problemáticas familiares que van unidas a la situación socio-económica y que se verán a continuación.

b) Convivencia - disgregación de la familia:

Hacen referencia a la disgregación familiar desde que eran chicos: los varones siempre como cabezas de familia casados legalmente, o padres que forman una familia, con una mujer que en la mayoría de los casos es concubina, no formalizando la relación a través de la celebración del matrimonio civil, sin embargo a los hijos que nacen de esas uniones los reconocen como tales ya que les dan el apellido paterno y los inscriben en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, pero, con el paso del tiempo se producen una serie de conflictos que trascienden al seno del ámbito familiar y producen la separación de las parejas. En la mayoría de los casos no son familias que se caractericen por la estabilidad como tal.

c) Los valores sustentados en el contexto familiar en el que viven:

Se normalizan determinadas situaciones que en otras conformaciones familiares no se ponen en práctica abiertamente o se hacen encubiertamente, en el sustento del ejercicio práctico del patriarcado, como la existencia de relaciones paralelas a las formales, el transmitir si se quiere ese patrón de conducta a los hijos varones, hacerlos partícipes en algunos casos de esas situaciones en vez de reservarlas al plano de la privacidad, ello no caía en el desconocimiento por parte de las mujeres, sin embargo, por distintos motivos toleraban estas situaciones denigrantes. Esta práctica del varón dominante, lo justificaban no como una forma de maltrato hacia la mujer que viven con ellos sino como "una educación diferente a la que reciben otras personas"; sin embargo las conductas eventualmente reprochables de estos varones no se les permitía su ejercicio, por parte de éstos a las mujeres-madrehijas, colocándola a las mismas en un grado de subordinación, el varón filtra el cuestionamiento de la mujer y sigue realizando la práctica machista, también se le restringe al género femenino en general beneficios de los que gozan los hombres, porque consideran que solo son privativos de éstos, resaltándose cada vez más las desigualdades.

d) Problemáticas de adicciones:

La problemática se da desde las infancias, en las que se dio la situación de algún familiar directo con problemas de adicción al alcohol y/o drogas, situación que era tomada con "normalidad" pero no como una enfermedad aspecto que conocen como tal ahora que son adultos, ello desencadenaba la violencia, dentro del grupo familiar conviviente, en un número muy minoritario refieren a que esa problemática no era disparadora de la violencia, y en ese estado hasta seguían cumpliendo con sus

obligaciones laborales. También son menores los casos en los que se observa la adicción por parte de las mujeres convivientes, pero el alcoholismo no era de uno solo a veces había parejas con esta cuestión, en ningún caso se expresó que hubiesen realizado alguna clase de terapia, cuyas consecuencias perduran hasta la actualidad.

A la problemática del alcoholismo-drogas, podemos sumar, los perjuicios económicos como resultados de los juegos de azar de variada índole, perjuicio acrecentado en que la mujer no trabajaba por imposición masculina. Las consecuencias eran los desequilibrios en las relaciones familiares, las tensiones, discusiones hasta llegar a su máxima expresión que se traducían en el ejercicio de la violencia física por cualquier motivo. El justificativo de tales conductas radicaba en el derecho masculino de manipular en definitiva el dinero y por ende a los miembros de la familia que dependían del varón generándoles muchas necesidades materiales. Estaba de este modo visibilizada la violencia física de las discusiones y los golpes físicos y no quedaba visibilizada como una forma de violencia el derroche del dinero en perjuicio de la familia, a tal punto quedaba esto solapado que, las mujeres desconocían los manejos económicos realizados por el jefe de familia, porque éstos no les daban participación. Hay un desconocimiento que esas manipulaciones constituyen el ejercicio de la violencia económica en la que siempre estuvieron inmersos y de la que nunca se habían dado cuenta, porque no la tenían identificada como tal.

e) ¿Cómo repercutió en ellos las adicciones de sus padres?

Si bien se ha reconocido la existencia de la problemática de las adicciones en el seno familiar la cuestión ahora es tratar de determinar ¿influyó en posteriores tendencias adictivas de los participantes? Si bien afirmarlo depende de un estudio más complejo y riguroso, se determinó la existencia del consumo de éstos desde temprana edad, por estar en situación de calle, con poca o sin escolaridad, escasa atención sanitaria, y, en algunos casos, teniendo una vivienda y familia, la poca contención de ésta, pueden relacionarse con adicciones posteriores, en muchos casos con el objetivo de aminorar el hambre y en otros casos desconociendo por qué consumían, en la que cuando quisieron tomar contacto con la realidad estaban inmersos en esa situación de adicción.

No se ve una relación directa entre el consumo que han visto de su/s padre-o-madre pero, analizando los cuadros de situación se dan cuenta que sus conductas son aprehendidas, repiten la historia familiar, en este sentido. Como consecuencia la dificultad para salir de esa situación, la falta de contención material y psicológica que siempre tuvieron, y la negativa expresa o tácita a salir del problema de las adicciones. Actualmente visibilizan que la única contención real es que algún familiar los visite en la actualidad en la cárcel, hay por lo tanto un desconocimiento del verdadero significado de la misma, también es menester aclarar que en la problemática de las adicciones la atención psicológica debe ser de todo el grupo familiar. Por último, las adicciones a sustancias legales e ilegales tuvieron en algunos casos su origen dentro de la cárcel.

f) La problemática laboral de los grupos familiares a los que pertenecen los entrevistados:

Con respecto a la cuestión laboral, la falta de trabajo o inestabilidad laboral, es otro de los factores por los cuales se producen las disgregaciones familiares, a veces ocurre que los jefes de familia, en la mayoría de los casos buscan trabajos temporarios en otras provincias porque la situación económica los apremia, y en esos lapsos las mujeres abandonan los hogares volviendo al de sus padres, o a los de algún familiar ya que no tienen la independencia económica necesaria para solventarse porque no generan sus propios recursos.

Ante esta situación la conformación familiar cambió, con la negativa de las mujeres de restablecer la forma de vida anterior, si bien la excusa es la situación económica para nada favorable, quedan subsumidas otras cuestiones que no afloran de manera explícita del trabajo de campo, son perfiles masculinos posesivos, que no aceptan la ruptura del vínculo con su mujer e hijos, ya que van perdiendo así, todas las formas de dominación que sobre éstos ejercían. Son menores los casos de aquellos que tienen una situación laboral estable, por ejemplo los que trabajan en comercios o fábricas como empleados, con remuneración fija y los servicios de la seguridad social.

g) La situación laboral de la mujer:

En estos contextos se torna bastante compleja, ya que se producen distintas situaciones de abusos: las exigencias del trabajo doméstico, actividad a la que se dedican en muchos casos, que han conllevado a otras de las situaciones que se han planteado, y es el “abandono” concretado por parte de las madres, en algunos casos dejando a los hijos solo por algunas horas, y en otros casos no llevándoselos con ellas, cuando se van definitivamente para trabajar en otro lado. A veces de manera voluntaria y en otros casos porque estas mujeres se fueron a trabajar en el empleo doméstico permaneciendo en los lugares de trabajo viviendo, con el goce de un día para el descanso, con la imposición patriarcal de ver o no a sus hijos si el varón se lo permitía. Estas situaciones fueron planteadas como abandonos y no como una necesidad de ayudar a la economía familiar por parte de la mujer, infiero que está muy enraizada la concepción machista masculina y como ha influenciado al resto de la familia, recién de adultos reconocen o valoran el sacrificio realizado por la mujer.

V. El aparente fundamento de la violencia

Todas estas cuestiones que se han venido analizando hasta ahora se han realizado para determinar si estos factores son los determinantes de la violencia intrafamiliar, a ellos se suman los valores que se ponen en juego, en los que la sociedad permanentemente brinda elementos a cualquier persona para que agrede a otra, desde la niñez, ya que los niños agreden a las niñas tomando las características físicas para insultarlas y si desde esa época se violenta a otro difícilmente después no se agrede en el ámbito de las relaciones familiares y otras relaciones sociales que entablen de adultos. Reconocen que en este ejercicio primario de la violencia esta asume dos formas la física y la psicológica, como si no existieran otras más como la económica, la ginecológica, etc. El maltrato al otro se le va a dar siempre, siguiendo el análisis de sus propias líneas de pensamiento y vivencias, lo único que lo puede aminorar es la educación, aunque, se maltrata por ignorancia, además de la existencia de que la ley determina la existencia de políticas públicas que no se cumplen.

En un solo caso se reconoció la existencia del maltrato a los gerontes, pero no como una situación que le haya tocado vivir en el seno familiar, sino porque lo ha visto en otro lado, es como que la violencia se ejerce hacia los más débiles en apariencia, porque en definitiva, el violento también es débil, porque en algún momento fue violentado por su familia. Se relaciona a la violencia desde el hombre primitivo, como la acción de matar un animal y comerlo, ya se ejerce violencia aunque sea para sobrevivir.

Lo llamativo es que pareciera que la mediatización de los casos de violencia, ejemplifican los casos de las mujeres que mueren como consecuencia de prenderlas fuego, según el ejemplo puesto en las entrevistas/testimonios, se replican los casos en la vida real y a esa información acceden los niños en cualquier momento como factor contributivo a la violencia intrafamiliar y de género. La cuestión de los medios pareciera contribuir a la responsabilidad del que toma voluntariamente (para el derecho) la decisión de dar muerte a una mujer repitiendo una mecánica como si “fuera una moda”.

También contribuiría a la responsabilidad, el uso de las herramientas tecnológicas principalmente por parte de los niños sirve para acceder a la información a una velocidad que supera en muchos casos el control de un adulto, en el que se fomentaría el uso de la violencia entre sus pares y en contra de las mujeres, infundirían formas de pensar erróneas como naturales.

VI. La definición de género y los roles según el estudio de campo

Cuando tienen que definir qué es el género, se lo relaciona con que la palabra sexo está aludiendo a hombre y mujer, se refiere a lo natural a lo biológico, en cambio género se refiere tanto al hombre completo como a la mujer completa, no estaba muy claro la cuestión terminológica. Sexo se refiere a las características físicas de los hombres y las mujeres, en cambio refieren al género como algo integral, relacionado con los roles, consideran la comodidad de la mujer que está en la casa en contrapo-

sición con el esfuerzo masculino de salir todos los días a trabajar y ser el proveedor del hogar. Realizan una comparación bastante llamativa, en la antropológicamente la mujer se quedaba en la cueva y el hombre salía a cazar porque tenía una superioridad física en la fuerza.

A la mujer además se le inculca desde niñas el rol que deben cumplir socialmente y familiarmente con el hombre, es cultural, moral, familiar. Las mujeres no ocupan espacios de poder ni funcionales hay una desigualdad imperante con los hombres y son éstos los que deben ocupar y conservar esos espacios porque son privativos al rol masculino.

Las mujeres están objetivizadas, o sea son tomadas como objetos de la sociedad consumista que quieren determinados prototipos de mujeres, que son las que exponen para el agrado de determinados sectores, teniendo en cuenta las características físicas en general y la juventud, y las que no cumplen con esos estereotipos cuentan con limitaciones y con claras desventajas.

Se destaca la importancia de llevar el apellido del hombre por parte de la mujer casada, eso la colocaría en un grado de inferioridad, con la creencia generalizada que se trata de una cuestión legal y de carácter obligatoria para la mujer, porque se ve esta práctica desde las generaciones anteriores, que fue impuesta culturalmente, también se observó que uno de los entrevistados, con el juego de los apellidos en contexto de encierro carcelario a ellos se les plantea a la inversa: llevan el apellido del padre y anexado necesariamente el apellido materno, para la identificación fehaciente dentro del penal, mientras que la madre lleva su apellido de nacimiento y anexado el de su marido, al interno se le invierten los mismos apellidos que en definitiva lleva su madre (por ejemplo: la madre el María López de Pérez, el interno es José Pérez -apellido paterno- López -apellido materno-), observable desde mi punto de vista como una inversión de los roles de poder masculino - femenino, en el que la mujer es la que toma las decisiones respecto del hombre encarcelado y tiene el poder de ejecutarlas en la práctica.

Se plantean las desigualdades entre los hombres y las mujeres, desde los orígenes del mundo el dominio es históricamente privativo del varón, nunca estuvieron colocados en la misma posición en el mundo entonces el varón con la fuerza física tiene así el poder y la coloca necesariamente en desventaja a la mujer, por lo tanto en el ejercicio del poder hay desigualdades, allí radicaría parte del fundamento de las diferencias entre hombres y mujeres. De allí surge la figura patriarcal en la historia de la humanidad.

En este ejercicio del varón dominante se justificaría la necesidad que tiene el varón de ser polígamo, y que biológicamente está preparado para ser polígamo, “el líder de la manada” aunque se contrarresta ésta postura por imposiciones culturales y legales que no lo permiten en la actualidad. Estas concepciones responden a mi entender a estereotipos masculinos muy arraigados.

No pudieron dar una definición de violencia familiar, que la encontramos en el Decreto Provincial 2875/05 “Reglamentación de la ley 12.569 de Violencia Familiar”, en el Anexo B (3):

“Se entenderá por violencia familiar toda acción, omisión, abuso, que afecte la integridad física, psíquica, moral, sexual y/o la libertad de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque no configure delito.”

VII. Contexto en el que se realizaron las entrevistas y los testimonios

Los internos han manifestado buena predisposición para ser entrevistados, dado que si bien se aclaró el carácter anónimo de las mismas, muchos de ellos en las entrevistas brindaron su nombre y apellido, fueron abiertos en las respuestas en general, fueron amables y cordiales en el trato pero con respecto a la problemática de la violencia de género hay aún muchos prejuicios, y además no reconocieron en forma expresa el ejercicio de la misma por parte de ellos hacia los miembros de su

(3) Esta norma la encontramos en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

familia. Sí la explicitaron en relación a ellos como víctimas de sus padres, o de sus mujeres y secundariamente por parte de otras personas. Tienen naturalizadas situaciones de violencia a tal punto que las comentan como parte de una convivencia familiar normal, en algunos casos toman dimensión de que determinadas situaciones con las que convivieron durante años son violentas.

En el transcurso de algunas entrevistas se observaron a quienes utilizaban las monosílabas para responder, infiero la negativa a responder puntualmente sobre las preguntas pero no como una negativa caprichosa, sino en una negativa inconsciente ya que se trata a mi parecer de un tabú reconocerse como autor de violencia de género, a tal punto que tampoco reconocen su responsabilidad en el delito que les fuera imputado, trasladando la culpa hacia otro lado, ello responde a los perfiles de personalidad y a las eventuales patologías psicológicas que padecen y que ellos mismos desconocen, más que el conocimiento de pericias psicológicas que surgen de sus causas.

También observé la facilidad para eludir las respuestas y dar respuestas sobre las más variadas cuestiones que en apariencia no tenían vinculación con el tema directo de violencia de género, por ejemplo dar respuestas sobre de cómo funciona el sistema judicial y sus vidas dentro de la cárcel, en las que indirectamente queda en evidencia las formas que la violencia asume con los miembros de sus familias que los visitan en ese contexto de encierro.

También hay que tener en cuenta que no hacerle frente a la situación de responder de manera directa las preguntas es una forma de evadir la realidad, en el encierro se busca permanentemente proyectarse hacia adelante con las lecturas, los planes para emprender algo dentro de la unidad, el estudio, por mencionar algunas, y no tener contacto con la realidad dolorosa presente o pasada, así, desde la cárcel:

“se puede ver el mundo inaccesible. Esto es así para todos, protagonizamos viajes imaginarios a lugares que creemos nunca conoceremos. Nos proyectamos, encaramados en nuestros pensamientos, motivados por un libro, un periódico, una propaganda, una película, etc. en el espacio exterior, en el mundo submarino o en los hielos polares. Pocos de nosotros llegaremos allí, pero hacemos jugar nuestra imaginación y esto conforma proyectos que nos guía y sostienen. Es el espacio imaginario con el que cuenta el interno para sobrevivir” (Domínguez, 2004:178).

Se buscó además la privacidad de los testimonio, porque la convivencia forzada de los individuos dentro de una cárcel hace que se expresen de diferentes maneras en presencia del grupo o solo ante la mía como entrevistadora. En esos lugares, los oídos están demasiado afinados y todos escuchan todo, todo se sabe, aún lo que se maneja en un marco de aparente privacidad, quizá tenga que ver con la acústica y con las construcciones edilicias, pero toda la información se filtra. Hay factores determinantes para que esto ocurra, independientemente de lo edilicio y es el estar en permanente estado de tensión, prestando atención a lo que el otro dice, me refiero, entre internos y de mis vínculos con los entrevistados, se usa además mucho el lenguaje gestual y el corporal, en el que rápidamente se interpretan distintas cuestiones que para el que es de afuera del medio carcelario no las capta con la misma rapidez que ellos, ni siquiera las capta en muchos casos, se vigilan entre ellos independientemente de la mirada del guardia cárcel:

“... tanto el que vigila como el vigilado se encuentran en las miradas, es necesario ser visto para ver, y es necesario estar para saber qué pasa” (Domínguez, 2004: 179).

No me quedé solo con la entrevista, escuche a todas las personas que, con el paso del tiempo, seguíamos teniendo contacto y ahí descubrí, en un caso ínfimo de casos, que habían falseado innecesariamente la información que se solicitaba para estas entrevistas. Es muy difícil determinar el motivo que fuere, así, aparecieron las contradicciones, interpreto en el afán de quedar bien posicionados, cuando ellos sabían perfectamente que los testimonios no se recaban con el objeto de juzgar a nadie, tampoco se habló del tema judicial, con el fin de evitar toda situación que les genere desconfianza, inseguridades y dudas.

VIII. Vinculaciones con sus parejas/hijos en contexto de encierro: Proyecciones de la violencia

Cuando están detenidos sufren eventuales prácticas “extorsivas”, en las que se les restringiría, si no cumplen con ciertas peticiones de sus mujeres, el poder ver a sus hijos, las consideran violentas, ellos responden a diferentes motivos en los que existen tensiones y conflictos en las relaciones de pareja. Se desconocen los aspectos legales, aunque a la vez hay escasa asistencia jurídica dentro de una cárcel, porque ante una situación de esta naturaleza se podría estar en presencia de un delito dependiente de instancia privada y en la que cualquier ciudadano ante ésta situación concurriría a la justicia penal o de familia, pero no siempre está la posibilidad económica de acceder a un abogado particular y plantean dificultades con la posibilidad de acceder a un defensor civil que les acciones en su favor, ya que éstos no concurren a los penales para atender esta clase de demandas, aquí nos planteamos que de existir esta es una grave falencia de cómo éstas personas en ésta situación tendrían eventualmente muy limitado el acceso a la justicia.

Volviendo a la cuestión de la violencia que han ejercido o se ejerce sobre ellos hay normas jurídicas que protegen a la víctima, entre ellas encontramos la Ley Nacional nro. 24.417 de “Protección contra la violencia familiar, en su artículo 1ro. dice:

“Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas... se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho”.

En definitiva, refieren que a raíz de este problema familiar de no tener contacto con sus hijos en muchos casos, con la imposibilidad de hasta un contacto telefónico, estas conductas implicarían por parte de quién/es la realiza/cen la infracción a la Ley nro. 24.270 de “Contacto de menores con sus padres no convivientes” (4) que incorporó el inciso 3ro. en el artículo 72 del Código Penal, siendo esta ley complementaria del mencionado código. Si bien el detenido no pierde el ejercicio de la patria potestad por el artículo 20 bis inciso 2do. al referirse al “Abuso en el ejercicio de la patria potestad...” del Código Penal, que se refiere a la inhabilitación temporal (5) como accesorio a la pena principal en el que se pierde el ejercicio de la patria potestad, puede bien plantear un régimen de visitas en un tribunal de familia.

Cuando las personas que maltratan a sus parejas también fueron maltratados en su infancia porque los violentos, en general, vivieron el maltrato del padre a la madre y la madre a los hijos tanto físico como psíquico, ejemplo: Golpes, amenazas, verbales: descalificaciones y la denigración como persona que tienen. El hombre en su doble faceta, puede ser cariñoso, pero termina siendo violento sobre su víctima o pareja.

Consideran además que: la mujer o la víctima es más débil (refiriéndose al ejercicio de la violencia), el que tiene el poder sobre la víctima para que sienta culpa y poder seguir sometiéndola.

Se observó claramente la conflictualidad entre la violencia y las relaciones de pareja justificándolo en que la mujer acepta todo tipo de maltrato con tal de seguir al lado del varón. Las posturas estuvieron divididas, por un lado no pueden existir los vínculos afectivos sanos en los vínculos violentos, por otro lado, la postura en los vínculos afectivos se produce un acostumbamiento al ejercicio de la violencia, “puede haber costumbre o pasión pero eso no es amor”.

(4) En el artículo 1º establece: “Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes...” Aquí la palabra “padre” tiene que ser interpretada como madre o padre, se ha utilizado en el antiguo término genérico para designar por igual a ambos padres práctica que tiene que ser erradicada de la normativa jurídica e indicar las denominaciones de “padre y madre”.

(5) De seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista.

IX. Reconocimiento del ejercicio de la violencia: Análisis

1. Desde la experiencia del propio entrevistado dentro de su familia de origen: padres - hermanos y otros convivientes.

2. Desde la experiencia de la propia familia que forman con su concubina o esposa.

3. Ambos comprenden a mí entender la naturalización de la violencia, aceptado como una forma de vida sin evaluar posibilidades de cambios o modificaciones.

4. Los patrones de conducta, descriptos a lo largo de este análisis se repiten en el tiempo.

5. En la adultez se toma dimensión de lo que en apariencia era “normal” no lo era, para ello es necesario que se produzca un “quiebre” que ponga en evidencia la anormalidad, como una denuncia, la fuga de hogar de un hijo/a, el encarcelamiento, por mencionar algunos.

6. Resulta llamativo el uso del silencio en los vínculos familiares, como resultado de impedirle al otro de poder expresarse libremente sobre todo en lo que disiente con su interlocutor.

7. También está naturalizada el uso de la violencia económica como tal, en una charla que hemos dado en el mes de noviembre de 2012 en la Unidad nro. 25 les llamó la atención la existencia de esta clase de violencia y de qué formas puede ser ejercida, y como ya se dijo la habitualidad en el pensamiento y en la práctica de que las mujeres “no tengan que trabajar” porque “se tienen que ocupar de los hijos y de la casa”, “si trabajan desatienden a los hijos”, son los parámetros del machismo exacerbado por los cuales las mujeres están sometidas al encierro del hogar con escaso contacto hacia lo externo, al servicio también del varón al que debe satisfacer en muchos aspectos.

8. También forma parte del dominio masculino en el hogar, en que lo que pueda aportar la mujer económicamente resulta muy insuficiente a las necesidades del grupo, tampoco se puede constituir como administradora, según el varón, por supuesto, ello trae como consecuencias que quede relegada y sea sometida.

9. Se genera a su vez en las mujeres un grado de culpa que social y culturalmente se les asigna a las mujeres de una determinada generación, particularmente a las generaciones anteriores a la actual, en las que estas cuestiones estaban muy enraizadas.

10. Paradójicamente los hombres privados de su libertad en el contexto en que se hallan, es menester que la mujer sea productiva, ya que tiene que solventarlo, debido a las falencias propias del sistema penitenciario en los que pareciera que no se suplen las necesidades de los mismos en el aspecto material. Este es un aspecto de las particularidades propias del sistema de vínculos entre los parientes o las parejas, en los que en el 90% de los casos es la mujer la que está en constante vínculo con el hombre encarcelado, sin perjuicio de que dichos vínculos no sean duraderos en la práctica, ello ocurre, porque se generan tensiones que llevan a las rupturas y a las presiones que en muchos casos los hombres ejercen para seguir teniendo un control de la mujer, cuestionándoles a éstas que puedan tener una vida normal y con exigencias que las mujeres no pueden cumplir lo que lleva a las mencionadas tensiones, luego la explosión y el quiebre con la separación.

Esto también forma parte del ejercicio de la violencia y el sometimiento del otro, en este caso de la mujer a pesar de no estar viviendo con ella, y capítulo aparte merece el trato que los hombres encarcelados les dan a las visitantes que tienen, siempre refiriéndome a los vínculos familiares. En contexto de encierro los vínculos familiares se fomentan en el artículo 30 de la Ley Nacional de Ejecución de la Pena 24.660, en el período de pre-libertad:

“... conveniente reinserción familiar y social...”

Dice la ley pero su expresión es muy genérica no haciendo más especificaciones al respecto. Ello va a su vez complementado con el Decreto Nacional 1136/97 (6), en donde se promueven los vínculos familiares en el artículo 5°:

“el personal penitenciario deberá facilitar y estimular las relaciones del interno con su familia, en tanto fueren convenientes para ambos...”

Y las visitas de consolidación de dichos vínculos en el artículo 51 y concordantes en el que se regulan quienes quedan comprendidos en los vínculos familiares directos, las modalidades de visitas a implementar, fomentar el diálogo con sus hijos, evaluación de la conveniencia de las visitas como forma de preparar a la persona a su inserción en la vida familiar para cuando obtenga la libertad. Motivo por el cual se regula en la misma normativa los requisitos para que ingresen los menores de edad en el artículo 28.

En el reconocimiento de vivir en un círculo de violencia, los lleva a decir que hay una relación directa entre haber vivido en una villa, y “provenir de hogares desavenidos”, la mayoría de ellos dice haber vivido en esas situaciones y hoy en día están encarcelados. Manifiestan que “hogar desavenido” es aquél en donde hay conflictos, un hogar dividido.

Refieren la violencia física y psicológica de manos de sus padres hacia ellos siendo niños y hacia sus madres, no son padres que hayan transmitidos valores.

X. Conclusión

¿Cuáles son las características de los perfiles del género masculino detectados en contexto de encierro carcelario? ¿Han ejercido violencia intrafamiliar? De lo emergente en este trabajo de campo se observan estereotipos masculinos, machistas muy enquistados, mientras han vivido en el contexto de sus familias ya sea en su infancia o de adultos y también en la cárcel en donde se encontraban alojados al momento de ser entrevistados/testimoniaron, por influencia de la cultura en la que estamos inmersos, por la educación que han recibido de otros varones, o dicho de otra manera transmisiones patriarcales que se han pasado de generación en generación, la naturalización de patrones de conductas que se traducen en la posesión - objetivización de la mujer-hijos, como parte de su propiedad de los que pueden disponer libremente, sobre el que se imponen determinadas exigencias que deben ser satisfechas para él, la imposibilidad de fomentar el progreso y el mejoramiento de éstos en la práctica, en la realización de actividades principalmente laborales, impedirles a las mujeres que trabajen o degradarlas a las que lo hacen hasta que desistan, porque con el factor económico si son suplidos por otro/a pierden el ejercicio del control sobre la familia y ello llevaría a que no puedan manipularlos, la pertenencia en la mayoría de los casos a familias disfuncionales, en los que hay disoluciones de parejas y formación de otras que no tienen estabilidad en el tiempo, el reconocimiento de las desigualdades entre varones y mujeres que justifican por la superioridad física del hombre, la falta de valores como conductuales y practicables en los vínculos con los demás, la problemática de las adicciones que han visto en la generación anterior y en las propias que no las han tomado como enfermedades a tratar, las desatenciones traducidas en la falta de contención material y moral, la falta de estímulos para lograr el progreso personal, la relación entre la eventual conducta adictiva de alguno de los padres y la de algunos de los participantes, no como relación directa en sí sino como conducta aprehendida, la escasa o nula escolaridad como también la atención médica, y por otro lado en el medio libre han puesto en evidencia ciertas prácticas cuyas posturas modifican en contexto de encierro, paradójicamente permiten que la mujer trabaje, porque si no es generadora de sus propios recursos, el hombre encarcelado no está allí para satisfacerle este aspecto, necesita de los medios económicos para concurrir a la cárcel y satisfacer planteos materiales de los hombres en esta situación. Los hombres negaron ser violentos pero en sus discursos han puesto de manifiesto ser violentos en muchas situaciones, dentro de estos contextos, pero no lo han ocultado adrede, sino como resultado de la “naturalización de la violencia” y la dominación que los mismos siguen ejerciendo de

(6) Norma complementaria del Código Penal.

distintas maneras, según se desprende del trabajo realizado la siguen ejerciendo desde el lugar en que se encuentran: la cárcel. Por último, han sufrido el ejercicio de la violencia física, verbal, psicológica, económica desde la infancia, de adultos la ejercieron hacia otros, sin perjuicio de victimizarse cuando experimentan la manipulación con los hijos los que no pueden ver, por parte de las mujeres con las que están en conflicto por distintos motivos.

XI. Bibliografía

CASTORIADIS, Cornelius (1988). *Los dominios del hombre: las encrucijadas del laberinto*. Barcelona: Gedisa.

DOMINGUEZ, Daniel Alberto (2004). *La fuerza de la libertad. Pasado, Actualidad y futuro de las cárceles para una política criminal preventiva*. Uc@lp.

GHERARDI, Natalia (2011). "Violencia contra las mujeres y femicidio: La información empírica como necesidad insatisfecha de las políticas públicas". En: *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* Abeledo Perrot, Buenos Aires.

GROSMAN, Cecilia P. y MESTERMAN, Silvia (2005). *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*. Buenos Aires: Ed. Universidad. Tercera edición actualizada y aumentada.

TAYLOR, S.J.-BOGDAN, R. (1987). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de significados*. Buenos Aires: Paidós.

XII. Legislación consultada

Constitución Nacional y Tratados Internacionales (2012). Editorial Zavalía.

Código Penal de la Nación (2013). Ley 24.660 de Ejecución Nacional de la Pena Privativa de Libertad y sus modificatorias: Ley Nacional 26.695/11 Decreto Nacional 1136/97. Editorial Zavalía.

Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (2012) Ley de Ejecución de la Pena de la Provincia de Buenos Aires, Nro. 12.256. Editorial Zavalía.

El derecho a la educación en contexto de encierro en la normativa, y más allá de la norma: Experiencias de intervención educativa de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Reflexiones

POR VALERIA HUENCHIMAN (*), MARÍA LUISA BERMEJO (**) y MARGARITA ANTONIA VÁZQUEZ (***)

Sumario: I. Introducción. — II. El contexto y los destinatarios de la educación en contexto de encierro. — III. El derecho a la educación. — IV. Experiencias de intervención educativa de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en contexto de encierro. Reflexiones. — V. Algunas reflexiones. — VI. Palabras de cierre. — VII. Bibliografía. — VIII. Legislación consultada.

Resumen:

El presente trabajo es un punto de partida. Sentará las bases de próximos abordajes. Iniciaremos ahora el análisis del encuadre normativo del derecho a la educación y a la contemplación de su ejercicio en las cárceles. Referiremos a las concretas experiencias de intervención educativa llevadas a cabo por docentes de nuestra Facultad, y procuraremos establecer postulados a los que -conforme la práctica- debe adecuarse la intervención en dicho contexto.

Palabras clave: educación - cárcel - intervención.

THE RIGHT TO EDUCATION IN CONTEXT OF IMPRISONMENT IN THE REGULATIONS, AND BEYOND THE STANDARD: EXPERIENCES OF EDUCATIONAL INTERVENTION OF THE FACULTY OF JURIDICAL AND SOCIAL SCIENCES, UNLP. REFLECTIONS.

Abstract:

This paper is a starting point. Lay the groundwork for next approaches. Now begin the analysis of the normative framework of the right to education and contemplation of its exercise in prisons. Refer to the specific educational intervention experiments conducted by teachers of our Faculty, and seek to establish principles to which-as-practice intervention must be appropriate in this context.

Keywords: education - jail - intervention.

(*) Profesora Adjunta Interina de Derecho Procesal I, Cátedra I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(**) Jefe de Trabajos Prácticos Interina, con funciones de Profesora Adjunta, en Derecho Internacional Público, Cátedra I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(***) Adscripta en Derecho Constitucional, Cátedra I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

*“¿Cuál es la función de la ley en la sociedad?” -preguntó el Profesor de
Introducción a la Sociología.
“Poner orden”, -afirmó como si fuese algo obvio e innegable,
la joven privada de su libertad sentada a mi izquierda. (1)*

I. Introducción

El presente trabajo tuvo origen en inquietudes que emergieron al compartir en 2012 el curso de capacitación “La acción socioeducativa en contextos de privación de la libertad: Aproximación teórico-metodológica”, co-organizado por la Universidad Nacional de La Plata y ADULP, y a cargo de los docentes Licenciados en Antropología Marcelo J. Basaldúa y Gabriel Balbarrey, y en Psicología, Gabriela Miranda.

Procurará sentar las bases de posteriores labores, iniciando ahora el análisis del encuadre normativo del derecho a la educación y a la contemplación de su ejercicio en las cárceles, así como referencias a experiencias de intervención educativa llevadas a cabo por docentes de nuestra Facultad, y a postulados que -entendemos- deben inspirar la concreción de la tarea en dicho contexto.

En todos los casos, sabemos que las necesidades de las personas privadas de su libertad, superan las posibilidades de nuestra intervención.

Pese a ello, aparece necesario su planteo y discusión en nuestro ámbito.

La Universidad Pública debe asumir el compromiso que el Estado posee para con todos sus ciudadanos y en este particular caso, debe hacer asequible el acceso a la educación.

Nuestra Facultad, se trata de una de las pocas Unidades Académicas de la Universidad Nacional de La Plata que posee como estudiantes a personas privadas de su libertad.

En otro orden y hacia dentro de la carrera, el plan de estudios vigente prevé a la pena privativa de libertad como contenido a abordar desde lo estrictamente normativo sólo y principalmente en las materias vinculadas a la cuestión penal.

Tales circunstancias conllevan a que tanto los docentes como los estudiantes del afuera -todos-, debamos conocer la situación particular en que se encuentran los sujetos privados de su libertad y en la que desarrollan su estudio en el nivel formal que sea -aquellos que lo hagan-.

Dicho conocimiento habilitará a reflexionar sobre nuestros juicios y prejuicios, y en cuanto sea factible, tender puentes que democratizen los espacios educativos -de adentro y de afuera-, involucrándonos en aquello que podamos contribuir mutuamente.

Sin dudas, de este tipo de intervención deriva un enriquecimiento recíproco, sino un mejoramiento del entendimiento del proceso docente, y aún de los propios contenidos que se supone conocemos; y en su caso, para los estudiantes en situación de encierro, un acercamiento al afuera, al que por un lado anhelan y por otro, temen, regresar.

La aproximación, la vinculación, el intercambio, la apertura de ambos ámbitos sin dudas, crean y crearán nuevos espacios de crecimiento.

II. El contexto y los destinatarios de la educación en contexto de encierro

Toda intervención en un campo de acción modifica el contexto y es modificada por él.

(1) Una de las autoras, en su primera asistencia al Proyecto de la Unidad Penitenciaria N° 45. Nunca deja de dar vueltas en mi cabeza ese diálogo, nunca continuado, y cuya respuesta se perdió como una de las tantas contestaciones dadas simultáneamente por varios estudiantes que participaban del encuentro.

La intervención consiste en un proceso de acompañamiento mediante interferencia o influencia explícita, llevado a cabo por profesionales de diversas disciplinas, y que persigue un cambio.

Con estos datos de inicio es necesario establecer los ejes fundamentales de una intervención educativa en contextos de encierro: la educación como derecho humano, interdisciplinariedad, flexibilidad y adaptabilidad al existente.

La manera como piense esa intervención quien participe de la misma, será la que permita trabajar para el empoderamiento en derechos humanos, y posibilite la toma de decisiones y elecciones por las personas, en un marco de responsabilidad.

En definitiva, la manera como concebimos al otro y nos pensamos a nosotros mismos es aquella que pone el acento en la responsabilidad de todos los actores en la toma de decisiones para ejercer la libertad, y tener a la educación como un instrumento de construcción de esa libertad.

Toda práctica educativa implica: a) Presencia de sujetos -el que enseñando aprende, y el que aprendiendo enseña-; b) Contenidos: objetos de conocimiento que han de ser enseñados y aprehendidos por los estudiantes para que puedan aprenderlos; c) Objetivos mediatos e inmediatos hacia los que se orienta y destina dicha práctica; y d) Métodos, procesos, técnicas de enseñanza, materiales didácticos, coherentes con los objetivos y la opción política escogida (Freire, 1996:76/77).

Tal práctica será llevada a cabo en un contexto determinado, con dinámicas, actores e intervinientes particulares, con destinatarios determinados. Todo ello debe ser ponderado al momento de pensar, desarrollar y evaluar el dispositivo.

El contexto. La cárcel como institución total.

La cárcel está concebida como institución total. Es decir, como “un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria administrada formalmente” (Goffman, 1961:13).

Una vez que una persona ingresa al sistema penal y más precisamente a la institución cerrada y de gran opacidad de la cárcel, comienza un proceso de desubjetivación, por el que pierde todo aquello que hacía a su rol en el afuera, su identidad y su socialización, para convertirse en un “sujeto” que “es” un preso, y no ya una persona que por distintos motivos de su historia de vida, “está” preso.

Este campo de intervención está estructurado sobre la base de actores institucionales. Los sujetos privados de su libertad -procesados y condenados-, el servicio penitenciario, el poder judicial, instituciones educativas de distintos niveles, y otros actores contingentes -como ONGs de distinto tipo, comunidades religiosas, otros sectores de la administración pública nacional y provincial, organizaciones sindicales, organizaciones políticas-.

En el marco de este trabajo, concientes de la necesidad de conocer las características de idiosincrasia e ideológicas que cada uno de los actores sostienen en sus prácticas, así como las razones político-criminales por las cuales son ciertos y determinados los sujetos cooptados por el sistema penal, nos centraremos en la acción educativa y el rol que debemos asumir como docentes y operadores interesados en actuar junto a los estudiantes en dicho contexto.

En el caso, las instituciones educativas de distintos niveles, en general se encuentran desagregadas del sistema educativo que opera fuera de la institución total y resultan permeables al efecto asimilatorio del discurso y las prácticas penitenciarias.

Aspiramos a concebir un paradigma de intervención que responda al aporte educativo centrado en el sujeto, que no se desligue del contexto en que actúa, evitando la realización de prácticas heterogéneas o inadecuadas.

Los destinatarios.

Las personas privadas de su libertad sufren restricciones por razones de la pena impuesta, sólo respecto de su libertad ambulatoria. El encierro constituye y agota en sí la sanción.

Como sujetos de derecho no pierden su capacidad o condición de ciudadanos, deben gozar de los mismos derechos que poseen los ciudadanos no sometidos a encierro (Salinas, 2006:18), y en simultáneo, el derecho a tener deberes (Freire, 2009:139 y ss.; y 1996:50).

Sin embargo, se presentan como sujetos vulnerables, previo a su captación por el sistema penal y persisten en tal condición después.

En ambas situaciones, el Estado y los poderes de gobierno -cada uno conforme su respectiva incidencia de incumbencias- están obligados a proyectar y ejecutar políticas tendientes a disminuir la vulnerabilidad, antes, durante y después de la intervención del sistema penal.

Un modo de procurar una aproximación a tal fin, y en lo que a nosotros toca, consiste en pensar una intervención educativa flexible, dinámica y adecuada a las necesidades y demandas de dichos sujetos, teniendo presente brindar herramientas que les resulten útiles a su vida presente y posterior desinstitucionalización, como opciones para pensarse a sí mismo, a su entorno y proyectos.

III. El derecho a la educación

Se presenta como la búsqueda del ejercicio de un derecho fundamental de doble entrada. Por un lado, en todo lo atinente al derecho a la educación y el acceso a su pleno ejercicio y en su contracara, el derecho a educar en su íntima vinculación con el derecho a la libre opinión y la libertad de cátedra.

El derecho a enseñar y aprender en centros de detención presenta características especiales, por las vallas propias que se encuentran en su ejercicio concreto y la estricta dependencia que poseen estos estudiantes, del accionar del Estado. Esto, más allá del amparo normativo.

Su violación produce en forma directa un agravamiento de las condiciones de detención.

Según Valverde Molina (1991:82 y ss.) pensar a la educación como una acción terapéutica o curativa supone considerar a la persona detenida como un enfermo al que es necesario curar, lo cual no sólo se opone a la concepción de la educación como un derecho humano, sino que reduce el potencial transformador de ésta, diluyendo su principal basamento que es la afirmación de su inherencia a la dignidad humana.

“En la prisión el gobierno puede disponer de la libertad de la persona y del tiempo del detenido; entonces se percibe el poder de la educación que no sólo en un día, sino en la sucesión de los días y hasta de los años puede regular para el hombre el tiempo de vigilia y de sueño, de la actividad y del reposo, el número y la duración de las comidas, la calidad y la ración de los alimentos, la índole y el producto del trabajo, el tiempo de la oración, el uso de la palabra y, por decirlo así, hasta del pensamiento; esa educación que en los simples y breves trayectos del refectorio al taller, del taller a la celda, regula los movimientos del cuerpo e incluso en los momentos de reposo determina el empleo del tiempo; esa educación entra en posesión del hombre entero, de todas las facultades físicas y morales que hay en él y del tiempo en que el mismo está inserto” (Baltard, 1829:238).

Este aprendizaje al que alude Baltard, y que él denomina educación, es algo similar a la internalización de conductas, ritos, gestualidades, que las personas deberán incorporar con mayor o menor adecuación para sobrevivir en ese ámbito sin tiempo que es la cárcel. Obviamente este aprendizaje es asistemático, ritual, sin muchas explicaciones. Es así. Sin mayores reflexiones de dónde apareció y por qué continúa. Se erige como la ley de la cárcel.

Desde luego, la educación es otra cosa. Para empezar porque sus contenidos habrán de ser más sistemáticos, programados, estandarizados y llevados a cabo por personas ajenas a la institución total, en un ámbito espacial distinto de aquél adonde transcurre el tiempo de los presos y al menos así

debiera plantearse, con un objetivo distinguible del resto del quehacer diario. Más allá del contenido informativo que como conocimiento es posible producir en un ámbito áulico, la propia actividad instrumenta mecanismos especiales de resiliencia para despertar y potenciar habilidades que permiten a los sujetos involucrados resurgir de la adversidad, adaptarse, recuperarse y acceder a una vida significativa y productiva. Esos ámbitos resultan propicios para una pedagogía de la libertad, al decir de Freire. Que será necesario repetir hasta quedarse sin voz que las personas sólo están privadas de su libertad ambulatoria, más no del resto de las libertades (de pensamiento, de opinión, de decir, de armarse de la capacidad de proteger la propia integridad, bajo presión) y, por otra parte, más allá de la resistencia, la capacidad de forjar un comportamiento vital positivo, pese a las circunstancias difíciles.

La existencia de expectativas altas y apropiadas a su situación, comunicadas de manera consistente, con claridad y firmeza, les proporcionan metas significativas, los fortalece, promueven su autonomía, ofrecen oportunidades de desarrollo.

El derecho a la educación de las personas privadas de libertad, se encuentra abordado con carácter específico en casi todos los niveles normativos. Es reconocido por el Derecho Internacional de los derechos humanos en diversos instrumentos, y también receptado en la normativa interna de distinta jerarquía, tanto para condenados como para procesados (privados cautelarmente de libertad sin sentencia firme). Debe ser interpretado necesariamente a la luz del derecho de los derechos humanos y los principios pro persona y pro libertatis.

La normativa internacional emanada de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, reconoce a la educación como un derecho humano para todas las personas. También lo hace la normativa específica de la educación referida a las personas privadas de libertad, en los respectivos países en América Latina.

Ello implica un reconocimiento de la comunidad internacional a la educación como un instrumento esencial para el desarrollo personal y la participación en la sociedad que satisfaga las necesidades educativas de las personas privadas de libertad, enmarcada en una finalidad absolutamente distinta a la que persigue la pena.

Este derecho está incorporado en nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional, y aún en acuerdos internacionales que poseen jerarquía supralegal.

Además de la normativa mencionada que, en términos generales, recomienda fomentar la educación, tanto de los reclusos como del personal penitenciario, refiriéndose a la educación en sentido amplio (alfabetización, educación básica, formación profesional, educación superior, educación física, actividades culturales y expresivas y servicios de biblioteca), como así también alentar los servicios educativos conexos a las instituciones penitenciarias y favorecer la participación de los reclusos en actividades educativas fuera de los establecimientos penitenciarios, en la medida de lo posible, señalamos el contenido de la Declaración de la Conferencia Internacional de Educación de las Personas Adultas al respecto:

“Reconocer el derecho de todas las personas encarceladas a aprender: a) proporcionando a todos los presos información sobre los diferentes niveles de enseñanza y formación y acceso a los mismos; b) elaborando y aplicando en las cárceles programas de educación general con la participación de los presos a fin de dar respuesta a sus necesidades y a sus aspiraciones en materia de aprendizaje; c) haciendo más fácil que las organizaciones no gubernamentales, los profesores y otros responsables de actividades educativas trabajen en las cárceles, posibilitando así el acceso de las personas encarceladas a los establecimientos docentes y fomentando iniciativas para relacionar los cursos seguidos en las cárceles con los que tienen lugar fuera de ellas”

Los derechos sociales y culturales -tal vez abrevando en aquella distinción en categorías que asignó a los civiles y políticos la denominación de primera generación- poseen un menor desarrollo conceptual, y a su vez, los instrumentos internacionales no contemplan mecanismos de denuncias

individuales. Piénsese que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuyo protocolo facultativo tiene apenas un año de vigencia en el país, o el Protocolo de San Salvador, del que es parte el Estado argentino, no tienen jerarquía constitucional, lo que indudablemente resiente su fuerza normativa para articular su obligatoriedad. Tampoco el sistema jurisdiccional de la Corte interamericana ha desarrollado jurisprudencia al respecto.

Por ello -en lo que aquí importa- continúa siendo muy valioso el aporte del Comité de derechos económicos, sociales y culturales que a través de sus Observaciones Generales ilustra a los Estados acerca del cumplimiento de buena fe de sus obligaciones internacionalmente asumidas.

Así, en torno al art. 13 del Pacto -que conviene que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, fortaleciendo el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales y que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre- ha emitido una observación general -Nº 13- que caracteriza las cuatro condiciones interrelacionadas que debe reunir la educación: disponibilidad; accesibilidad; aceptabilidad y adaptabilidad.

Con respecto a la normativa educativa en Argentina, la Constitución Nacional señala, luego de una extensa enumeración, a los derechos esenciales de enseñar y aprender, conforme las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14).

En tal sentido, la Ley nacional de Educación 26.206 (Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28 de diciembre de 2006), comienza refiriendo su consideración sobre la educación y el conocimiento. Los concibe como un bien público y un derecho personal y social, garantizados por el Estado y -en particular- a la educación, como una prioridad nacional, que se constituye en política de Estado para construir una sociedad justa, profundizar el ejercicio de la ciudadanía democrática, respetar los derechos humanos y libertades fundamentales.

Luego, dedica el capítulo XII (arts. 55 a 59) a la educación en contextos de privación de libertad. Ésta es considerada la *modalidad* del sistema educativo destinada a garantizar el derecho a la educación de todas las personas privadas de libertad para promover su formación integral y desarrollo pleno. Derecho cuyo ejercicio no admite limitación ni discriminación alguna vinculada a la situación de encierro y que debe ser puesto en conocimiento de todas las personas privadas de libertad desde el momento de su ingreso a la institución.

Para asegurar la educación de todas las personas privadas de libertad el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación, debe acordar y coordinar acciones, estrategias y mecanismos necesarios con las autoridades nacionales y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con institutos de educación superior y con universidades.

Corresponde al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y sus equivalentes provinciales y de ciudad Autónoma, así como a los organismos responsables de las instituciones en que se encuentran niños/as y adolescentes privados de libertad, adoptar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de lo establecido en ese capítulo.

En estos aspectos, la ley nacional de ejecución penal 24.660 (Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 16 de julio de 1996); de conformidad con la redacción dada por la ley 26.695 que la modificara (Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 29 de agosto de 2011), retoma y reafirma el contenido -ya reseñado- de la ley nacional de educación.

Se explaya acerca del carácter del derecho de la educación; del acceso pleno al mismo y consecuente prohibición de restricciones injustificadas; y de la puesta en conocimiento del privado de libertad del contenido de este capítulo de la ley. También determina la información que debe certificarse y hacerse constar en el legajo personal del estudiante para que en caso de traslados, se asegure la continuidad de su actividad educativa, indicando que ello constituye obligación y responsabilidad de las autoridades educativas y penitenciarias. Asimismo, refiere que los Ministerios de Educación y de Justicia y Derechos Humanos, sus similares provinciales y de la ciudad autónoma, deben adoptar

las acciones tendientes a implementar las previsiones de la ley, y enumera posibles acciones y sus alcances (arts. 133 a 139).

Luego, establece un mecanismo de estímulo educativo, consistente en la reducción de distintos lapsos -hasta un máximo acumulativo de veinte meses- conforme se completen y aprueben satisfactoriamente, en forma parcial o total, estudios en los diversos niveles formales -incluido postgrado-, así como trayectos de formación profesional o equivalentes, para avanzar a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario (art. 140). Indicándose expresamente que este régimen -también- se aplicará a toda persona privada de su libertad que haya logrado las metas previstas, con anterioridad a su sanción (art. 2° de la ley 26.695).

Suma el establecimiento de un mecanismo de control de la gestión educativa de las personas privadas de su libertad, a cargo de los Ministerios de Educación y de Justicia y Derechos Humanos y equivalentes provinciales, mediante un sistema de información público, confiable, accesible y actual, sobre la demanda y oferta educativa, los espacios y los programas de estudio existentes en cada establecimiento y mantener un adecuado registro de sus variaciones; debiendo garantizarse el amplio acceso a dicha información a la Procuración Penitenciaria de la Nación, a organizaciones no gubernamentales interesadas en el tema, y a abogados, funcionarios competentes, académicos, familiares de las personas privadas de libertad y toda otra persona con legítimo interés (art. 141).

Añade como previsión particular y mecanismo de garantía, la petición de hábeas corpus, incluso en forma colectiva, en miras del respectivo control jurisdiccional para el caso de conculcación de este derecho a la educación (2); facultando en forma excepcional, a los jueces para asegurar este derecho a decidir su cumplimentación a través de un tercero a cuenta del Estado, o, tratándose de la escolaridad obligatoria, de la continuación de los estudios en el medio libre (art. 142).

Aduna como obligación del Poder Ejecutivo nacional que garantizará la creación de espacios y programas de estudio para todos los establecimientos donde aún no existiesen, en el plazo máximo de dos años (art. 2° de la ley 26.695).

En cuanto a la recepción por parte de la provincia de Buenos Aires de la manda constitucional e internacional relativa al derecho a la educación, su Constitución dispone la prestación educativa que abarcará los distintos niveles y modalidades (art. 200).

Por su parte, la Ley provincial de Educación 13.688 (Boletín Oficial de la Provincia, Buenos Aires, 10 de julio de 2007), estructura el sistema educativo en cuatro Niveles (Inicial, Primaria, Secundaria y Superior) dentro de los términos fijados por la Ley de Educación Nacional, en los Ámbitos Rurales continentales y de islas, Urbanos y de *Contextos de Encierro* (art. 21).

Determina los ámbitos de desarrollo de la Educación como Urbanos, rurales continentales y de islas, los *Contextos de Encierro*, los domiciliarios, los hospitalarios y los virtuales (art. 46).

Define a la Educación que se desarrolla en contextos de encierro como aquella que está destinada a garantizar el cumplimiento de la escolaridad obligatoria a través de formas adecuadas a las necesidades y particularidades de las personas que se encuentren en instituciones de régimen cerrado, así como los hijos que convivan con ellas, para promover su formación integral y desarrollo pleno. Asimismo, prevé que el ejercicio de este derecho no admite limitación ni discriminación alguna y será puesto en conocimiento de todas las personas, en forma fehaciente, desde el momento de su ingreso a la institución (art. 50).

Establece que la Dirección General de Cultura y Educación tiene la responsabilidad indelegable de garantizar, organizar e implementar la educación obligatoria y la formación profesional de todas las

(2) Un ejemplo real de este ejercicio, sustentado entonces en los textos constitucionales nacional y provincial, es el hábeas corpus colectivo ejercido por estudiantes universitarios alojados en la Unidad N° 45 de Melchor Romero en el año 2008 y que dio lugar al dictado de un fallo en la materia por la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, el 07-04-2009, registrada bajo el N° 239/09. C., J. L. y otros s/hábeas corpus.

personas que *viven en instituciones de régimen cerrado*. Para ello acordará y coordinará acciones, estrategias y mecanismos necesarios con las demás autoridades provinciales y/o nacionales, que serán responsables de disponer de espacios físicos y condiciones institucionales adecuadas para realizarla. Del mismo modo acordará y coordinará para garantizar el derecho a la educación en el nivel Superior y en otras Modalidades a través de sus propios organismos o con universidades (art. 51).

Por su parte la Ley de ejecución penal de la Provincia 12.256 (Boletín Oficial de la Provincia, Buenos Aires, 29 de enero de 1999), establece que los procesados y condenados gozarán básicamente de los derechos que se enuncian entre los que figura el de educación, los que serán ejercidos sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, color, sexo, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, de nacimiento o cualquier otra condición social (art. 9°).

Indica que el Juez de Ejecución o Juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de quienes se encuentren bajo jurisdicción del Servicio Penitenciario (art. 10).

Prevé que el Servicio Penitenciario deberá adoptar las medidas necesarias para mantener, fomentar y mejorar la educación facilitando instalaciones, bibliotecas, salas de lectura y materiales necesarios para implementar los planes de educación (art. 31).

A los fines de dar continuidad a todas las acciones educativas realizadas durante el tiempo de privación de la libertad, por intermedio de la Dirección General de Cultura y Educación se arbitrarán los mecanismos pertinentes para contar con la matrícula en los establecimientos educativos de la Provincia, de modo de garantizar al interno su incorporación al sistema formal al momento del egreso.

La Dirección General de Cultura y Educación coordinará con el Servicio Penitenciario la creación de un legajo educativo para cada interno que deberá contener toda la información de su historial educativo y que acompañará al interno cuando fuere trasladado, de manera de asegurar la continuidad de su proceso educativo.

Asimismo, se establece un estímulo para los internos que participan de los programas educativos: *“Los actos del interno que demuestren buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad en el aprendizaje y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, serán estimulados mediante un sistema de recompensas. // Sin perjuicio de lo que determine la reglamentación y salvo los casos del artículo 100 de la presente, el Juez de Ejecución o Juez competente podrá recompensar al condenado que tuviera conducta ejemplar con una rebaja en la pena a razón de diez -10- días por año de prisión o reclusión cumplida en los cuales haya efectivamente trabajado o estudiado.”* (art. 41 bis).

A modo de resumen, aparece útil esquematizar las citas normativas reseñadas, añadiendo aspectos pertinentes abordados por Resoluciones del Ministerio de Justicia provincial.

Normativa (en sentido laxo)	Derecho a la Educación	Derecho a la educación en contexto de encierro
Constitución Nacional	Art. 14	
Tratados y documentos internacionales, con y sin jerarquía constitucional		
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	Art. XII	

Declaración Universal de Derechos Humanos	Art. 26	
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Arts. 13 y 14	
Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ley 26.663, B.O. 12/4/11)		
Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, sociales y Culturales.	O.G. N° 3/90; O.G. N° 13/99.	
Documento del 21° período de sesiones del Consejo Económico y Social de la ONU (15/11 al 3/12/1999).	Punto 1	
Convención Americana sobre Derechos Humanos	Art. 26	
Protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos. Protocolo de San Salvador.	Art. 13	
Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos		Arts. 77 y 78
Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General por Res. N° 45/113, 14/12/1990.		Arts. 38, 39, 40, 41 y 42
Res. N° 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.		Principio XIII.
Orden nacional		
Ley Nacional de Educación N° 26.206	Arts. 2, 3, 4, 9, 12	Art. 12 inc. d).
Ley Nacional de Ejecución Penal 24.660		Arts. 133/142.
Orden provincial		
Constitución Provincial (Bs. As.).	Arts. 35, 36, 199, 200	

Ley de Educación 13.688		Arts. 21, 46, 50 y 51
Ley de Ejecución Penal 12.256	Arts. 4, 5	Arts. 9 inc. 6, 10, 31 y 41 bis.
Resolución N° 11/07 del Ministerio de Justicia provincial (Subsecretaría de Política Penitenciaria y Readaptación Social).		Formación, desarrollo y fortalecimiento de Centros de Estudiantes en cada establecimiento penitenciario. Garantía de normal funcionamiento de los ya existentes (art. 1°). Destinar un espacio físico para que integrantes del Centro de Estudiantes puedan reunirse en un espacio de lectura y reflexión (art. 2°); y un estado físico para el dictado de clases y/o la realización de seminarios en más de una Unidad Penitenciaria, garantizando que su lugar de alojamiento no genere un impedimento para las personas que decidan estudiar (art. 3°). El Servicio Penitenciario Bonaerense, en articulación con las Universidades Nacionales y la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, procurará garantizar los distintos niveles de educación en todas y cada una de las Unidades Penitenciarias bonaerenses (art. 4°).
Resolución N° 2/08 del Ministerio de Justicia provincial (Subsecretaría de Política Criminal).		El Servicio Penitenciario Bonaerense deberá evitar los traslados de estudiantes sin causa debidamente justificada (art. 1°). En el caso que por razones de extrema seguridad se deban realizar traslados de detenidos estudiantes a otras unidades, se deberá justificar el mismo por escrito fundando las razones y teniendo especial atención que la unidad de destino tenga ofertas educativas para asegurar la continuidad de los estudios correspondientes (art. 2°). El Servicio Penitenciario Bonaerense deberá arbitrar los medios necesarios para que el interno estudiante trasladado lleve incorporado al legajo jurídico del interno la siguiente documentación emitida por la escuela de la unidad de origen: nivel de estudio, notas parciales al momento del traslado, constancias de estudios aprobados y/o cursados, Número de Resolución del Plan de Estudios, mail o teléfono de la escuela de la cual proviene y en caso de existir DNI o partida de nacimiento (art. 3°). En caso de efectivizarse un traslado en día y horario escolar inhábil, la unidad de origen, deberá enviar en un plazo breve a la unidad de destino a la cual fue trasladado el interno la documentación referida en el art. 3° (art. 4°).

Fuente de información: textos de las normativas citadas.

IV. Experiencias de intervención educativa de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en contexto de encierro. Reflexiones

A partir de 1992, con la creación de los Centros de Estudiantes de las Unidades Penitenciarias que cursan estudios universitarios -que tuvo inicio en la Unidad N° 9 de La Plata-, docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, concurren a dictar clases de apoyo de sus respectivas asignaturas y a brindar material, de manera voluntaria y asistemática, a personas privadas de su libertad de diversos espacios de encierro.

En 2006 la Facultad firmó un convenio -aún vigente- con el Ministerio de Justicia provincial en virtud del cual se dicta el Curso de Adaptación Universitaria y se constituyen mesas examinadoras de las denominadas seis primeras materias -Introducción a la Sociología, Introducción al Derecho, Historia Constitucional, Derecho Romano, Economía Política, Derecho Político- en algunas de las Unidades -hoy, las N° 1 y 9 de Lisandro Olmos y La Plata, respectivamente-.

Otra experiencia de intervención educativa llevada a cabo en distintas Unidades y por iniciativa de docentes de la Facultad, ha sido la organización y concreción de jornadas y cursos sobre diversas temáticas propias de las asignaturas así como de naturaleza transversal -como derechos humanos, ejecución de la pena, minoridad y derechos de la mujer, por citar algunos ejemplos-.

También docentes de la Facultad participan de proyectos de otras Unidades Académicas que se realizan en contexto de encierro, asistiendo en la parte jurídica a las otras disciplinas convocantes. Este es el caso del organizado por la Facultad de Ciencias Agrarias y Forestales "Lombricompostaje a partir de los residuos orgánicos", realizado en 2012 y que se reeditará este año.

Otra modalidad de intervención es la adoptada en la actualidad por un grupo de docentes de la Facultad, que concurren desde 2011 a la Unidad N° 45 de Melchor Romero.

En encuentros semanales de aproximadamente cuatro horas, se exponen diversas temáticas específicas, adecuadas al interés de las personas privadas de su libertad, no sólo penales o vinculadas al proceso penal.

El grupo de trabajo, abierto a todo interesado a incorporarse al proyecto, sea persona destinataria, sea persona que trabaje desde la intervención, tiene una composición mixta desde el punto de vista del género, etario y de preparación formal.

Se comparten encuentros, se propicia el diálogo respecto de una particular temática que en ocasiones se aproxima más a intereses individuales -conocer qué les ocurre, qué les ha sucedido jurídicamente- y en otras les permite pensarse a sí mismos fuera de lo que les sucede en concreto y los habilita a reconocerse como sujetos con posibilidades distintas a las que muchas veces aparecen instaladas desde el afuera y naturalizadas como inexorables -fijación de rol-.

V. Algunas reflexiones

Conforme nuestra participación en este tipo de proyectos, la intervención educativa en contexto de encierro participa de muchos postulados inherentes a la practicada en el afuera.

Sin embargo, la finalidad trasciende la estrictamente académica y formal.

La intervención educativa en contexto de encierro debe propender a los siguientes objetivos:

- Contribuir al enriquecimiento de la calidad de vida de los individuos, potenciando su desarrollo, mediante estrategias que incidan sobre las contingencias ambientales que son obstáculos para dicho desarrollo.

- Crear un espacio de socialización, de intercambio, de reflexión mutua, de proyección, a partir de encuentros educativos alternativos a los institucionalizados.

- Trabajar con y en el grupo, de modo interdisciplinario, integrando diversos enfoques y prácticas educativas a partir del pensamiento crítico.

Tal actividad posibilita democratizar la educación y pensarnos distinto todos.

Para los estudiantes, propicia la creación y el desarrollo de un espacio para las palabras y la valoración de las opiniones y las reflexiones, que es respetuoso de su historia, conocimientos y experiencias previas, de su identidad cultural, sentimientos, emociones, memoria, afectividad. También, el establecimiento de lazos, y así -a partir de ciertos conocimientos y herramientas-, hacernos conscientes de nuestras posibilidades y del poder de la autonomía.

A los docentes que intervienen, esta práctica educativa aporta:

- Repensar lo pensado, resignificar nuestra concepción de la actividad docente, revisar posiciones de prácticas docentes habituales, e involucrarse con la curiosidad de un estudiante que posee un marco de vivencia diverso e ineludible en su cotidianeidad y su implicancia en sus inquietudes.

- Aprender en el acto de enseñar y asumirse y asumir a los estudiantes como seres “programados para aprender” (Freire, 2009:115), pero no determinados, sino condicionados y conscientes de dicho condicionamiento -identidad cultural, individual y de clase-.

Y a su vez, exige un compromiso y una responsabilidad diversos a los de la práctica usual.

Requiere valentía, competencia, seguridad, éticas de la solidaridad y de la comprensión (Morin, 1999:54); honradez para su realización, esperanza para luchar por los derechos, persistencia para oponerse al arbitrio y autoritarismo, en favor de la democracia.

Como acto político que implica, exige luchar por los cambios fundamentales que se necesitan, compromiso y actitud a favor de la superación de las injusticias sociales, así como saber que existe una tensión entre la paciencia e impaciencia que genera la interacción de otros operadores (Freire, 2009:75).

De tal modo, la educación también es posibilidad. Si bien no puede todo, puede algo, al contribuir a la transformación del mundo y a la aproximación de la unidad en la diversidad (Freire, 1996:39).

La intervención educativa tiende a desocultar verdades, desopacar la realidad, abrir caminos, rechazar la “domesticación” del tiempo; haciendo eje en la condición humana. ¿Quiénes somos?, ¿dónde estamos?, ¿de dónde venimos?, ¿a dónde vamos? (Freire, 1996: 20-21; Morin, 1999:21).

A través de la intervención socio-educativa, contamos a nuestro alcance con una herramienta para la libertad, la liberación y la construcción de subjetividad.

No podríamos recitar en medio de una de nuestras aulas que todas las personas somos iguales ante la ley sin ser partícipes activos de una política estatal en materia de educación -que es la herramienta que poseemos en común los docentes- que ponga en marcha dispositivos idóneos para reducir, como mínimo la brecha de desigualdad.

VI. Palabras de cierre

Nuestra posición ante el privado de libertad se inspira en los postulados docentes que sostenemos ante todo estudiante, pero los trasciende en cuanto vulnerables en una sociedad plagada de prejuicios y sin razones.

Si nos preguntáramos por qué las personas privadas de su libertad estudian nuestra carrera, posiblemente la característica de *adaptabilidad de la educación* al contexto de estos educandos, resulte parte de la respuesta.

El mundo jurídico se presenta como el más idóneo para la reflexión de su situación particular, y en ese mundo habrán de convivir mientras dure su situación de prisionización.

El conocimiento y entendimiento de cómo se mueve el mismo les permite reflexionar acerca de cómo salir fortalecidos, emponderados y eligiendo responsablemente un proyecto de vida distinto.

La educación sin dudas brinda opciones, libera, permite pensarse distinto, reflexionar acerca de uno mismo y los otros, y distinguir “deseo” de “goce”, disminuir la vulnerabilidad, resignificar la propia historia, proyectarse, crear lazos, y así avanzar juntos, como sujetos que se encuentran.

VII. Bibliografía

BALTARD, Louis Pierre (1829). *Architectonographie des prisons*. Paris.

BINDER, Alberto (2000). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.

FREIRE, Paulo (2009). *Cartas a quien pretende enseñar*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores.

— (2006). *El grito manso*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores.

— (2010a). *Pedagogía de la esperanza*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores.

— (2010b). *Pedagogía del oprimido*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores.

— (1996). *Política y Educación*. México: Siglo Veintiuno editores.

GOFFMAN, Erving (1961). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires: Amorrortu.

GUTIÉRREZ, Mariano Hernán (Compilador) (2012). *Lápices o rejas. Pensar la actualidad del derecho a la educación en contextos de encierro*, Buenos Aires: Del Puerto.

MORIN, Edgar (1999). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura: París, 1999.

SALINAS, Raúl (2006). *El problema carcelario. Límites del castigo*. Buenos Aires: Capital Intelectual.

VALVERDE MOLINA, Jesús (1991). *La cárcel y sus consecuencias*. Madrid: Popular.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro (2005). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

VIII. Legislación consultada

Constitución Nacional

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ley 26.663, B.O. 12/4/11).

Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, N° 3 y 13.

Consejo Económico y Social de la ONU, documento del 21° período de sesiones, 15/11 al 3/12 de 1999.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Protocolo de San Salvador.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General por Resolución N° 45/113, 14/12/1990.

Resolución N° 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Ley Nacional de Educación N° 26.206.

Ley Nacional de Ejecución Penal 24.660.

Constitución Provincial (Bs. As.).

Ley de Educación 13.688.

Ley de Ejecución Penal 12.256.

Resolución N° 11/07 del Ministerio de Justicia provincial (Subsecretaría de Política Penitenciaria y Readaptación Social).

Resolución N° 2/08 del Ministerio de Justicia provincial (Subsecretaría de Política Criminal).

Derecho Político

Holocausto y proceso. Desde el nacimiento del nacional socialismo hasta el inicio de la Segunda Guerra (1ª parte)

POR **HÉCTOR JOSÉ ZIMMERMAN** (*)

Sumario: I. Introducción. — II. El proceso por etapas. — III. Programa del Partido Nacional Socialista Obrero Alemán. — IV. El primer decreto de implementación a la “Ley de ciudadanía del REICH”. — V. Intercambio de cartas entre Hindenburg y Hitler sobre la situación de los judíos que sirvieron en el ejército alemán. — VI. Bibliografía indicativa.

Resumen

El presente artículo trata de la aparición del nazismo en Alemania, y su programa inicial desde 1920, declarado inmodificable por Hitler a partir de 1926. El trabajo introduce la denominada cuestión o problema judío, desde el origen del Partido Nazi, y los intentos de la cúpula partidaria, luego grupo oficial del gobierno alemán en 1933. Se describen nociones básicas que hacen a la implementación y el enlace entre Nación, Partido y Gobierno, en una mixtura propia de los sistemas totalitarios que recurren a la aparición de un liderazgo, una ideología que convoca y una política nucleadora para determinados alemanes, que a la vez resulta excluyente para otros. En una primera aproximación este texto solo comprende la política e ideología del nacional-socialismo hasta la invasión a Polonia el 1 de setiembre de 1939.

Palabras clave: Nazismo Judaísmo - Solución final

HOLOCAUST AND PROCESS. SINCE THE BIRTH OF NATIONAL SOCIALISM UNTIL THE START OF THE WORLD WAR II (1st. part)

Abstract

This article deals with the emergence of Nazism in Germany and its initial program since 1920, declared unchangeable by Hitler from 1926. The paper introduces the so-called Jewish problem or issue from the origin of the Nazi Party, and the party leadership attempts, then German government official group in 1933. It describes basic notions that make the implementation and the link between, Nation, Party and Government, itself a mixture of totalitarian systems that rely on the appearance of leadership, an ideology that calls and a policy for certain German nucleation, which in turn is excluding others. In a first approximation this text covers only the politics and ideology of National Socialism to the invasion of Poland on September 1, 1939.

Keywords: Nazism Judaism - Final solution

(*) Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, 1998-2006. Vice Rector de la Universidad Nacional del Nordeste, 2002-2006. Profesor Titular de Derecho Político, UNNE, 1998. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Político, 2005-2010. Doctor en Derecho, UNNE. Master en Relaciones Internacionales, UB. Magister en Epistemología y Metodología de la Investigación, UNNE. Premio Derechos Humanos, Asociación Internacional Bnai Brith, 2009, Filial Argentina. Ciudadano Ilustre de la ciudad de Corrientes, 2012. Miembro Honorario de la Junta Histórica de la Provincia de Corrientes, 2011. Docente Investigador del Instituto Internacional sobre Estudios del Holocausto, Yad Vashem, Jerusalem, Israel. Responsable a cargo, de la Cátedra Libre de Derechos Humanos, Genocidio y Holocausto, UNNE.

I. Introducción

A comienzos del siglo XX, se han incrementado particularmente los estudios sobre el Holocausto. Numerosos institutos de diversas partes del mundo occidental se han dedicado en los últimos años a desarrollar actividades relacionadas con el aprendizaje y la transmisión del Holocausto, como una experiencia peculiar con el objetivo de enseñar a las generaciones venideras la importancia de luchar contra el racismo, el antisemitismo y toda forma de discriminación. Esta aseveración tiene varios antecedentes y en opinión del autor de este artículo, enseñar la Shoá es una tarea que presenta numerosas dificultades y una especie de contradicción notoria. Hace solo un poco más de setenta años que comenzó el proceso de destrucción de los judíos europeos, en pleno mundo ¿civilizado?, siendo su punto más álgido Auschwitz.

Auschwitz significa, entre otras percepciones, la eliminación de la alteridad, la cosificación de la persona humana, el punto máximo de violación de derechos humanos en el mundo contemporáneo, la vigencia de un orden normativo a través del “No Derecho”, la exaltación del principio concentracionario, la fuerza de la relación amigo-enemigo.

Hay dos motivos para explicar y enseñar la Shoá, en la pretensión que se transforme empíricamente en una experiencia irrepetible. Para ello necesitamos: descubrir, analizar y transmitir cómo se llegó al máximo genocidio del siglo XX.

El primero es, fundamentalmente, el ejercicio de la memoria. Volver hacia atrás implica no solo recordar sino hacer posible lo que en más de una oportunidad se ha expresado: olvidarse de las víctimas es asesinarlas dos veces. Víctimas, incluso, debe ser un genérico. El holocausto y las víctimas que arrastró, no es solo una particularidad del pueblo judío, sino de la humanidad toda. Para no olvidar, la memoria es un ejercicio no solo racional sino ineludible. Los pueblos que no recuerdan su pasado, desprestigian su presente y barren con la probabilidad de alcanzar un futuro mejor.

El segundo es que la indiferencia fue un factor de extrema vitalidad, mezcla de desinterés, oportunismo y cobardía en ocasiones. Hoy, ya no es posible. No hay elección para permanecer ajeno ante el conocimiento de vivencias que traigan discriminación, racismo, odio y tolerancia ante la injusticia. Requiere ser parte de una tarea colectiva, mayoritaria y costosa. En lo material y en lo espiritual. En lo grupal y en lo individual. Un “Nunca Más” solo se da si cargamos entre todos con esta responsabilidad. (1)

Lo que se afirma precedentemente requiere reconocer el Holocausto como un Proceso, situación que debe ser comprendida en contradicción con la práctica de larga data de referir al Holocausto (Shoá) como un resultado, tal como se viene realizando hace bastante tiempo. Es común hacer memoria comentando el número de víctimas de origen judío, el sufrimiento, la pérdida material y espiritual de lo poco o mucho con lo que contaban antes del advenimiento de Hitler a la Cancillería del Reich, y fundamentalmente, la cosificación o despersonalización de los sujetos considerados “enemigos” por parte de los adherentes y miembros del nazismo.

II. El proceso por etapas

En el sistema jurídico-político de Hitler al tomar el gobierno dentro de la República de Weimar, el punto de partida debe entenderse con la redacción del programa del Partido Nacional Socialista de los Trabajadores Alemanes -redactado en febrero de 1920-, lo que implica que el nacionalismo alemán del nazismo, su idea antisemita y su concepción del judío como pueblo destructivo, no surge con el “asalto al poder”, a lo que se suma, que Hitler tampoco fue el fundador de la agrupación, sino que ingresó como afiliado número 7. (2)

(1) Intercambio epistolar con el autor y Sharon Isaacks, becaria del Museo del Holocausto de Buenos Aires y del Memorial de la Shoá de París.

(2) Lo que dimensionó la figura de Hitler fue su capacidad oratoria y de convicción; se reconocen a Dresler y Harrer como los fundadores del Partido Obrero Nacional Socialista Alemán.

El Partido Nacional Socialista de los Trabajadores Alemanes (N.S.D.A.P.) se fundó como una fusión entre el Comité de Obreros Independientes (Freier Arbeiter Ausschuss) de Anton Drexler y el grupo que encabezaba Karl Harrer, que llevaba por nombre Círculo Político de los Trabajadores (Politischer Arbeiter Zirkel). La denominación original “Partido Obrero Alemán”, se consolidó con el agregado de Nacional Socialista por parte de Hitler cuando fue designado encargado de la propaganda del Partido. (Zimmerman, 2009b)

El Programa del Partido transcribía en los artículos 4º y 5º, una particular discriminación para la población judía, aunque la noción de “Enemigo del Reich” fue ampliada varias veces y por motivos diferentes. Así tenemos:

III. Programa del Partido Nacional Socialista Obrero Alemán (3)

Art. 4º: Únicamente los miembros de la Nación-Raza (Volksgenossen) podrán ser ciudadanos del Estado.

Solamente las personas de sangre alemana podrán pertenecer a la Nación-Raza, sin que en esto se tome en cuenta su religión.

Ningún judío podrá ser por lo tanto, miembro de la Nación-Raza.

Art. 5º: Toda persona que no sea ciudadana, tendrá la posibilidad de vivir en Alemania solamente como huésped, y deberá someterse a la legislación para los extranjeros.

Hitler hace un doble juego en su libro que se llama “Mein Kampf” que está escrito durante su prisión. Lo condenan por 5 años por intentar un golpe de Estado y entre los años 25 y 26 escribe y se publica su texto que vendría a ser -parafraseando-, la Biblia del Nazismo original. Luego redacta el segundo tomo y después todo queda condensado en un solo tomo, editado posteriormente a partir de 1930, donde explica dos o tres cuestiones claves que comienzan a divulgarse, a repetirse y a ser compartidas por parte de la población alemana.

Hitler nunca ganó la mayoría en el sistema parlamentario que tenía Alemania, pero por una alianza que realizó con un partido nacionalista de menor calibre, consiguió la mitad más uno de los escaños para llegar al cargo de Canciller, puesto equivalente en el sistema parlamentario histórico al de Primer Ministro o Jefe de Gobierno.

En sus alocuciones refiere a la existencia de varios responsables de la derrota del Segundo Reich. Hay responsables dentro de Alemania y también fuera de Alemania.

En el primer caso serán responsables los miembros del Estado Mayor del Ejército por firmar una capitulación sin que haya ingresado un solo soldado de una fuerza extranjera en territorio germano vulnerable. La conjura externa sobreviene por el sometimiento de Alemania a un sistema de indemnizaciones millonarias por reparaciones de guerra. A esto se agregan dos “enemigos” que ponen en peligro la existencia misma de Alemania, el judaísmo y el bolchevismo.

El judío en la visión del nazismo es el principal destructor de la raza aria, a la que Hitler en base a los antecedentes de Arthur de Gobineau y Houston Chamberlain (4) considera una raza superior (en este sentido raza aria o parentesca, que incluye a los nórdicos). La decadencia alemana es producto de la mixtura de razas porque hay razas superiores, razas conservadoras, y razas destructoras de cultura.

La *raza superior* que construye cultura históricamente, la aria o parentesca, es la raza perfeccionada, pero en la medida que se fue mezclando se fue degenerando. Este proceso constructivo de cultura se fue convirtiendo en un proceso degenerativo de la cultura y de la nación alemana.

(3) La transcripción del Programa se encuentra en Internet. Se puede consultar “El Holocausto en Documentos”, texto del Yad Vashem, Jerusalem, Israel.

(4) La cúpula del nazismo, especialmente Himmler, entendía que tanto los germanos como los pueblos nórdicos eran arios.

La raza que puede *conservar* la cultura incluye aquellas que tienen que estar al servicio de los alemanes porque también son útiles. Acá se pueden emparentar con los eslavos. Son un pueblo poco desarrollado, tienen grandes territorios, no tienen industria pesada y subsisten en base a una economía completamente agraria.

En el otro extremo están las razas *destructoras* de cultura, donde se encuentra el pueblo judío, por distintos motivos. Porque el pueblo judío a lo largo de su historia no pudo reconstruir un Estado que se había perdido en el Imperio Romano con el avance del general Tito sobre Israel, -en aquel momento general, luego emperador-, y que en el 70-73 desaparece como unidad, como una entidad política, pero además de ello son migrantes, son trashumantes, no se quedan en un único lugar y además en ningún lugar los quieren, porque son usureros, viven de la avaricia, no les interesa establecer contacto con los pueblos que los reciben, por lo tanto el Führer se pregunta y solo se contesta. ¿Cómo puede existir con tanta negatividad este pueblo, cómo sobrevive? Y ahí explica: ¡porque son parásitos! Son parásitos, viven de los demás, es decir el judío se nutre de los demás, y eso es lo que le permite no solamente sobrevivir sino salir fortalecido. Cualquiera que entienda de parasitosis se va a dar cuenta que efectivamente no es fácil desparasitar un animal, ni siquiera una planta. Ahora si este es un parásito ¿qué haría uno con un parásito? Desparasitarlo, por lo tanto el judío no puede ser parte de la sociedad alemana porque fue culpable de la destrucción de la sociedad alemana.

Para mejorar y para tener una sociedad más positiva hay que extirpar al judío del seno alemán. El judío es como el diablo, si uno no lo destruye él lo destruye a uno, por lo tanto esta doble condición es solo reservada para el judío. Los pueblos restantes pueden ser enemigos del régimen, pero se los puede aislar y resocializar. Estas son cuestiones vitales para los denominados principios a) concentracionarios, b) de aislamiento. La consecuencia inmediata de ascenso al poder ha sido la inauguración en marzo de 1933 del primer campo de concentración en Alemania, que lleva por nombre Dachau. (5)

La identificación del judío como enemigo también parte de una noción lógica, es decir racional-volitiva pero con conclusiones erróneas. Volveremos luego sobre la concepción de Kogon.

Un primer paso en la vía de la llegada del nazismo al poder, situación que algunos autores denominan "el asalto al poder", es también un proceso, de allí la necesidad de entenderlo por etapas, dentro de la historia política de Alemania. Hitler, al momento de escribir *Mein Kampf*, era ya el líder del Partido Nacional Socialista en Alemania, con la Constitución de Weimar vigente. La que había constituido un sistema pluripartidista, eliminado la monarquía, creado la República, en tanto el presidente era electo popularmente. Finiquita la dinastía, que es la manera de transmitir el poder en la monarquía. Pero al mismo tiempo los partidos políticos tienen una representación pluralista en el Parlamento alemán. Al tiempo de redactarse la Constitución de Weimar se considera que era la más perfectible, la que mejor había sentado las condiciones constitucionales para una sociedad más justa, más igualitaria y más equitativa.

En el caso particular del sistema totalitario nazi, contrariando los preceptos constitucionales Hitler enlaza: el programa, el liderazgo y el gobierno. El Partido es Único, tiene que estar en consonancia con el programa del Partido con lo que tendría que ser el accionar del Partido cuando llegue al poder. Partido y Estado son una sola cosa. Por tanto va eliminando el sistema plural de Partidos. Primero prohíbe a los comunistas, después toma por asalto los sindicatos comunistas, luego elimina a los social-demócratas, que eran los adversarios más temidos porque durante todos los gobiernos parlamentarios hasta Hitler siempre los gobiernos social-demócratas eran una porción importante para tener los votos para llegar a la mitad más uno de los escaños en el parlamento. Solamente el Primer Ministro es electo por obtener la mayoría en el Parlamento y el Presidente acepta que llegue al poder. Con la utilización de los artículos de la Constitución, que permite el uso de facultades extraordinarias, termina eliminando los demás partidos utilizando las demás atribuciones del Presidente.

(5) Por orden de Himmler y un comunicado de prensa del 21 de marzo de 1933 se tuvo conocimiento del levantamiento del primer campo de concentración en Alemania, en las cercanías de la ciudad de Dachau.

Para el año 35, luego del fallecimiento de Hindenburg en 1934, hay un solo partido, un solo programa, un solo gobierno y un solo líder: “el Führer”, por ello es que en la consigna del Partido Nacional Socialista será: “Hay un pueblo, hay un Reich, hay un Führer”. Un pueblo que se traduce como pueblo o como nación o como raza entre el alemán, un imperio: el Reich y un líder, fuera de eso no puede existir otra entidad, haber otra cosa, una sociedad pluralista; elimina los partidos políticos para que ideológicamente no haya más de dos opiniones y va construyendo la visión del enemigo. Un gran autor que estuvo preso siete años en los campos de concentración describe la estructura de las S. S. (Schutzstaffel -Escuadras de Protección-), que son los encargados de los campos, los que tienen a su cargo la custodia, la conservación y el manejo del campo. Las S.S. funcionan como un desprendimiento de la guardia personal de Hitler, luego se convierten en una especie de mini ejército o fuerza paramilitar. Los miembros de las S.S. son los que siembran el terror en toda Alemania. Asimismo, no hay víctimas sin victimarios, se denominan perpetradores. (6) Para que exista alguien asesinado, aniquilado, exterminado, tiene que haber un victimario. A todo esto tenemos que sumarle lo que ha hecho históricamente la humanidad. Poner los “ojos en la nuca”, se han denominado así a los observadores pasivos, los que miraron para otro lado o sin girar la cabeza no miraron para adelante, la indiferencia en ocasiones mata más que el paredón de fusilamientos. Esto está perfectamente comprobado y documentado.

Un ejemplo particular ha sido la Conferencia de Evian, que lleva ese nombre por haberse desarrollado a orillas del Lago Evian en Europa, en 1938. Más de 30 países se reúnen para ver qué hacer con los refugiados políticos judíos de Alemania. Todavía no estaban en un proceso de persecución sistemática, ya que el encarcelamiento multitudinario comienza luego de la “Noche de los Cristales” -Kristallnacht-. Aun así, desde 1935 a 1938 se dicta un complejo de leyes conocidas como las “Leyes de Núremberg”.

Entre el cuerpo legal de Hitler y su consentimiento, las más publicitadas son las primeras del año 35, pero en realidad durante todo el nazismo, además de estas normativas que establecen obviamente la pérdida de los derechos políticos para los judíos, y también el cercenamiento de los derechos civiles y sociales, se establece la prohibición de que los judíos contraigan matrimonio con personas arias. Además se regula que también es delito la relación extramatrimonial, para evitar la existencia de relaciones intramuros entre un ario y un judío independientemente del género. La regulación conlleva la pérdida de la ciudadanía; así tenemos:

IV. El primer decreto de implementación a la “Ley de ciudadanía del REICH”

Debido a la generalidad de la “Ley de Ciudadanía del Reich”, resultado de la precipitación en su preparación, se publicó dos meses más tarde, el 14 de noviembre de 1935, el primer decreto de implementación a la ley que aclara algunos de sus puntos confusos. Los párrafos 4 y 5 se referían a los judíos y tenían importancia esencial.

4.- 1) Un judío no puede ser ciudadano del Reich. No tiene derecho a votar en asuntos políticos; no tiene derecho a ser funcionario público (...).

5.- 1) Un judío es aquel que descende por lo menos de tres abuelos judíos completos (volljudisch) (...)

2) También se considera como judío el hijo de un matrimonio mixto (Mischling), miembro de la nación, quien tiene dos abuelos judíos completos, y que:

a. pertenecía a una comunidad judía en el momento de la proclamación de la ley o fue aceptado por ella más tarde.

(6) Dentro del Instituto Internacional de Estudios sobre el Holocausto (Yad Vashen, Jerusalem), se estudia el nazismo y sus consecuencias en base a una misma interpretación que incluye víctimas, perpetradores y observadores pasivos. El autor Raúl Hilberg, en su excelente libro “La destrucción de los judíos europeos”, mantiene esta postura. Se puede consultar también del mismo escritor “Perpetrators, Victims, Bystander, The Jewish Catastrophe. 1933-1945”.

b. En el momento de la proclamación de la ley estaba casado con un judío o contrajo matrimonio con un judío más tarde.

c. Es hijo de un matrimonio con un judío de acuerdo con la definición del párrafo (1, que se llevó a cabo después de la aplicación de la Ley sobre la Defensa de la Sangre y el Honor Alemanes el 15 de septiembre de 1936 (Reichsgesetzblatt, I, p. 1146).

d. Es hijo de relaciones extramaritales con un judío de acuerdo con la definición del párrafo (1 y que nació después del 31 de julio de 1936.

En la Ley de Protección del Honor del Pueblo Alemán por lo tanto, todo lo que no es ario según su concepción queda fuera, no tiene ninguna protección legal, solo puede vivir de lo que los nazis establezcan, razón por la cual las disposiciones no son solo las sancionadas por los Congresos de Nuremberg sino también se dictan casi dos mil disposiciones administrativas, que van generando prohibiciones, primariamente, la función de los periodistas. Consecuentemente es el primer ejemplo de pérdida del empleo en profesiones liberales.

Hitler maneja en ese momento el 5% de la prensa oficial alemana, significa que este bajo porcentaje era pro hitlerista. En 1945, los informes de Goebbels que era el Ministro de Propaganda del Reich muestran que el 94% de la prensa era nazi, 12 años después de llegar Hitler a la Cancillería.

Posteriormente, en esta etapa inicial, se encargan de los médicos, luego de los abogados, hasta ir optando por profesiones. Como hecho sobreveniente se destaca la expulsión del funcionariado público, lo que llamaríamos el sector público, de todos los judíos que no hayan sido combatientes en la Primera Guerra Mundial. Un fragmento de una carta enviada por Hindenburg al Führer. Los judíos son expulsados de los cargos públicos y se exige a los no judíos que demuestren que tienen pertenencia ariá en por lo menos tres generaciones.

Se calcula que para 1939 el 80% de los judíos no tenía ninguna ocupación activa. En 1938 en la misma época que la Conferencia de Evian, entre más de 30 países uno solo ofrece recibir a inmigrados judíos de Alemania -la única excepción fue República Dominicana-, ninguno de los países europeos, ninguno de los norteamericanos y ninguno de los latinoamericanos clásicos. Los únicos que aceptan otorgarles visa y salvoconducto son los dominicanos, pero con una condición, el judío tiene que pagar su salida y hacerse cargo de los gastos que demanden su traslado. En la práctica esto implica una obligación incumplible, como vemos a continuación transcribiendo el Decreto de Expulsión de los Judíos de la Economía Alemana. El primer paso fue la intervención de Hindenburg, que se denota con la carta personal enviada a Hitler y su respuesta. (7) El segundo los acontecimientos de la Noche de los Cristales, el tercero el Decreto aludido.

V. Intercambio de cartas entre Hindenburg y Hitler sobre la situación de los judíos que sirvieron en el ejército alemán

Berlín, 4 de abril de 1933

El Presidente del Reich
Al
Canciller del Reich
Adolf Hitler
Berlín.

Muy estimado Señor Canciller,

Me han referido recientemente toda una serie de casos de jueces, juristas y funcionarios de la justicia, veteranos de guerra inválidos y cuyas prestaciones profesionales son perfectas. Fueron obligados a dimitir y serán próximamente despedidos, porque son de origen judío.

(7) Se puede consultar "El Holocausto en Documentos". Selección de documentos sobre la destrucción de los judíos de Alemania y Austria, Polonia y la Unión Soviética. Publicación del Yad Vashen, Jerusalem.

Yo, que el 21 de marzo dirigí con la aprobación expresa del gobierno una proclama al pueblo alemán en la que me inclino ante los caídos de la guerra y recuerdo con gratitud a las familias enlutadas por la guerra, a los inválidos, y a mis viejos compañeros frente, considero absolutamente intolerable... que funcionarios judíos a los que la guerra transformó en inválidos, deban padecer tal tratamiento.

Estoy seguro, Señor Canciller, que usted comparte estos sentimientos humanos, y le ruego cordial y urgentemente, que examine usted mismo este asunto y encuentre alguna solución uniforme para todas las ramas del servicio público alemán.

Tengo en profundo convencimiento de que funcionarios, jueces, profesores, juristas, a los que la guerra transformó en inválidos, que combatieron en el frente, que son huérfanos de guerra o que perdieron hijos en la guerra, deben tener la posibilidad de conservar sus puestos, a no ser, en ciertos casos individuales, existan razones que den lugar a un tratamiento distinto.

Si fueron dignos de combatir y derramar su sangre por Alemania debemos considerarlos como dignos de seguir sirviendo a su patria en sus respectivas profesiones. (...)

05 de abril de 1939

El Canciller,

Muy estimado Señor Presidente,

Usted, Señor Mariscal de Campo, ha defendido de la manera más generosa y humana, la causa de aquéllos miembros de pueblo judío que, en una ocasión y por los requerimientos del servicio militar obligatorio fueron obligados a servir en la guerra.

Comprendo enteramente esos sentimientos elevados, Señor Mariscal de Campo. Pero con el mayor respeto, me permito señalarle que los miembros y partidarios de mi movimiento, alemanes ellos, fueron durante años rechazados de todos los puestos gubernamentales, sin ninguna consideración por sus mujeres e hijos o por su servicio en la guerra. (...)

Los responsables de esta iniquidad fueron estos mismos judíos que hoy se quejan, cuando, con mil veces más justificaciones, se niega a sus partidarios el derecho a ocupar puestos oficiales porque son de escasa utilidad en estos puestos, siendo, al contrario, ilimitados los daños que puede provocar. (...) Sin embargo, Señor Mariscal de Campo, considerando sus nobles motivaciones, he discutido ya con el Ministro del Interior. Señor Frick, la preparación de una ley que dará la solución a estas cuestiones sin acción individual arbitraria, y que será una ley uniforme.

Y he señalado al Ministro del Interior del Reich los casos en los cuales, usted, Señor Mariscal de Campo, desea que se haga excepciones.

La semana pasada, en varios encuentros, esta ley ya fue discutida, y se decidió tomar en consideración a aquellos judíos que hayan servido en la guerra, sean inválidos de guerra, o tengan otros méritos, o bien que nunca hayan dado lugar a quejas en el curso de su largo período de servicio.

Generalmente, la primera finalidad de este proceso de purificación es solamente restablecer relaciones naturales y sanas y, alejar de ciertos puestos oficiales de importancia nacional los elementos a quienes no es posible confiar la facultad de escoger entre la supervivencia y la destrucción de Alemania.

Como sabemos que, en los próximos años y por razones de alto interés nacional, no será posible evitar la necesidad de asegurarse que ciertos procedimientos no sean comunicados al resto del mundo permanezcan verdaderamente secretos, la única garantía será una homogeneidad interna del cuerpo administrativo involucrado.

Le ruego, Señor Presidente, crea que haré todo lo posible para tratar de vindicar sus nobles sentimientos.

Comprendo sus profundas motivaciones y por cierto que yo mismo sufro frecuentemente por la dureza del destino que nos obliga a tomar decisiones que, desde un punto de vista humano, mil veces hubiera preferido evitar.

El trabajo sobre la referida ley se adelantará lo más rápidamente posible, y estoy convencido de que también este asunto se solucionará de la mejor manera posible.

Con mi más sincero y profundo respeto, soy su eterno servidor.

Firma: Adolf Hitler

El segundo suceso que comentamos aquí es reconocido como “La Noche de los Cristales Rotos” (Kristallnacht) en noviembre de 1938, dando comienzo aquí a la persecución sistemática de la población judía que no contaba con este tipo de precedente. En este trágico momento se destruyeron sinagogas, escuelas, comercios y viviendas judías, siendo arrestados más de treinta mil judíos, culpando el aparato nazi de estos acontecimientos a la comunidad hebrea. De esta manera se impuso una multa reglamentada por el documento que a continuación se expone:

*“Reglamento sobre el pago por los judíos súbditos alemanes de una multa de expiación” (8)**12 de noviembre de 1938*

La actitud hostil de los judíos hacia el pueblo y el Reich alemán, ya que ni siquiera vacilan ante el crimen cobarde, requiere una resistencia determinada y una dura expiación.

Basándose en el decreto del 18 de octubre de 1936 para la ejecución del Plan Cuatrienal (Reichsgesetzblatt, I, pág. 887), ordenó, pues, lo siguiente:

1. La totalidad de los judíos súbditos alemanes pagarán una contribución de 1.000.000.000 (mil millones) de Reichsmarks al Reich alemán.
2. El Ministro de Hacienda del Reich, en colaboración con los demás ministros relacionados con el tema, publicarán los reglamentos para la ejecución de esta orden.
3. Berlín, 12 de noviembre de 1938.
4. El Plenipotenciario para el “Plan Cuatrienal”.
5. El tramo que va desde el 30 de enero de 1933 al 1º de septiembre de 1939 se denomina “proceso de arianización” siendo el motivo mayor del intento de tener una Alemania “libre de judíos” mediante un denodado esfuerzo de Hitler y su cúpula. A partir del estallido de la Segunda Guerra Mundial se pasó de un tratamiento de discriminación y persecución de los judíos a uno más violento de concentración, deportación y exterminio hasta la conclusión del gran conflicto. El segundo período merece un tratamiento por separado al que oportunamente referiremos.

*Judíos de la vida económica de Alemania (9)**12 de noviembre de 1938*

En base al reglamento para la ejecución del Plan Cuatrienal del 18 de octubre de 1936 (Reichsgesetzblatt, I, Pág. 887), se decreta:

1

- 1.- A partir del 1º de enero de 1939 les estará prohibido a los judíos (5 del primer reglamento para la ley de ciudadanía del Reich del 14 de noviembre de 1935, Reichsgesetzblatt, I pág. 1333) dirigir tiendas minoristas, empresas de venta por correspondencia, o agencias de ventas, o ejercer una (profesión) comercial de forma independiente.
- 2.- Además, a partir del mismo día, les quedará prohibido ofrecer a la venta productos o servicios, hacer publicidad referente a éstos o aceptar pedidos en toda clase de mercados, ferias o exposiciones.
- 3.- Las empresas de comercio judías (3º reglamento de la ley de ciudadanía del Reich del 14 de junio de 1938 Reichsgesetzblatt I, pág. 627) que transgreden este decreto, serán cerradas por la policía.

2

- 1.- A partir del 1º de enero de 1939, un judío ya no podrá ser jefe de una empresa según estipula la ley del 20 de enero de 1934 para el reglamento del trabajo nacional (Reichsgesetzblatt, I pág. 5).
- 2.- Cuando un judío empleado en una empresa comercial ocupa un puesto ejecutivo, se le avisará que deberá abandonarlo a las seis semanas. Al final del plazo de la notificación, todos los reclamos del empleado basados en su contrato, y especialmente los relativos a pensiones y derechos de indemnización, quedarán inválidos.

3

- 1.- Un judío no puede ser miembro de una cooperativa.
- 2.- La afiliación de los judíos a las cooperativas expira el 31 de diciembre de 1938.

No se requerirá para esto ninguna notificación especial.

(8) Ídem Nota 7.

(9) Ídem Nota 7.

4

1.- El Ministro de Economía del Reich, conjuntamente con los ministros involucrados, tienen poderes para publicar los reglamentos que necesite la ejecución del presente decreto. Podrán permitir excepciones a la ley en los casos en que éstas sean necesarias, tales como la transferencia de una empresa judía a un propietario no-judío, o para la liquidación de una empresa judía, o, en casos especiales, para asegurar el abastecimiento de productos de primera necesidad.

Berlín, 12 de noviembre de 1938.

Plenipotenciario para el plan cuatrienal.

Göring

Mariscal del Campo

Autores reconocidos como Friedlander o Rafecas (10), explican la destrucción de la judería europea por etapas, al igual que Hilberg -entre otros-, por lo que no sería desacertado ubicar este primer período como “arianización de Alemania”. Es razonable entender en opinión del suscripto que con la Noche de los Cristales se ingrese a una persecución sistemática y sea un punto de inflexión para la aniquilación total de la población hebrea existente en Europa. También se podría comprender a lo sucedido entre los años 1933 - 1939 como el intento de lograr una Alemania libre de judíos.

Kristallnacht para varios tratadistas es el comienzo del Holocausto, ya que en opinión Rees que remite a las conclusiones de Broszat, la división por etapas se convirtió en un proceso de “radicalización acumulativa”, y si no se alcanzaba una solución satisfactoria se ingresaba en otra de mayor dureza y sin posibilidad de retroceso alguno.

El término Solución Final se entiende que responde a instrucciones de Goering, número dos en la jerarquía nazi Mariscal de Reich y Ministro Plenipotenciario entre otros cargos. Como expresiones similares se encuentran así:

Solución General (Gesamtoung).

Solución Final (Endlosung).

Hannah Arendt sostiene que en la correspondencia, las altas esferas nazis usaban sinonimias en lugar de los verbos matar o aniquilar (11); por ejemplo:

Evacuación (Aussiedlung).

Tratamiento Especial (Sonderbehandlug)

La segregación y la estrangulación económica del pueblo judío en Alemania, fue insuficiente hasta 1939. Aproximadamente solo la mitad de los judíos censados obtuvieron la posibilidad de recalcar en otros países y la perspectiva fue mucho más compleja luego del 1º de septiembre con la invasión a Polonia y el reparto de este Estado, que territorialmente fue dividido entre alemanes y soviéticos.

La pretendida Solución Final del problema judío con la exclusión de los mismos se agravó al quedar dentro de la gobernación general alemana en la Polonia ocupada, lo que originó otras etapas de concentración y exterminio. Estas se pueden ubicar con:

a) La creación de Ghettos.

b) La tarea de los Einsatzgruppen.

(10) La transmisión de la aniquilación del pueblo judío hasta la implementación de la Solución Final, se puede encontrar en los trabajos de Saúl Freidlander (2009) “El tercer Reich y los judíos (1933-1939). Los años de la persecución” y en Daniel Rafecas (2012) “Historia de la solución final: Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos.

(11) Esta interpretación corresponde al artículo “Dilemas y reflexiones en la transmisión del Holocausto”, cuya autoría corresponde al escritor del presente trabajo.

c) Campos de Exterminios.

Los ghettos pueden evaluarse como un procedimiento de aniquilación indirecta. La labor de los Einsatzgruppen consistía en la reducción de los judíos en las aldeas y pueblos en el camino hacia Rusia y su matanza por fusilamiento. La Solución Final, se consolida con la erección de Campos de Exterminios entre los cuales el más emblemático ha sido Auschwitz.

Este segundo tramo que comentamos amerita otra presentación posterior.

VI. Bibliografía indicativa

ARAD, Ytzjak, GUTMAN, Israel y MARGALOT, Abraham. (1996). *El holocausto en documentos*. Jerusalem: Yad Vashem.

ARENDETT, Hannah (1994). *Los orígenes del totalitarismo*. Barcelona: Planeta.

— (2000). *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*. Barcelona: Lumen.

— (2005). *Una revisión de la historia judía y otros ensayos*. Buenos Aires: Paidós.

BANKIER, David (2004). *El holocausto. Perpetradores, víctimas, testigos*. Buenos Aires: Fundación Memoria del Holocausto.

BANKIER, David y GUTMAN, Israel (2005). *La Europa nazi y la solución final*. Madrid: Losada.

BROWNING, Christopher R. (2002). *Aquellos hombres grises. El Batallón 101 y la solución final en Polonia. Ensayo histórico*. Barcelona: Edhasa.

DAWIDOWICZ, Lucy S. (1987). *The war against the jews 1933-1945*. U.S.A.: Penguin Book.

DÜLFFER, Jost (1996). *Nazi Germany 1933 1945. Faith and annihilation*. New York: Hodder Headline Group, London

FERRAN Gallego (2006). *De Múnich a Auschwitz*. Barcelona: Ediciones De Bolsillo.

FINCHELSTEIN, Federico (1999). *Los alemanes, el holocausto y la culpa colectiva. El debate goldhagen*. Buenos Aires: Eudeba

FRIEDLANDER, Saúl (2009). *El tercer Reich y los judíos (1933-1939). Los años de la persecución*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.

FRIEDLANDER, Saúl (2009). *El tercer Reich y los judíos (1939-1945). Los años del exterminio*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.

GOLDHAGEN, Daniel Jonah (1998). *Los verdugos voluntarios de Hitler: los alemanes corrientes y el holocausto*. Madrid: Santillana.

GOLDSTEIN, Yossi (2010). “La transmisión de la Shoá: entre una perspectiva universal y una particular”, En: *Seminario 2007: La enseñanza del Holocausto / Shoá como acontecimiento clave del siglo XX. Aportes para una agenda educativa en tiempo presente* (2007 agosto 8-9, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina). *Ponencias*. Buenos Aires: Museo del Holocausto - Argentina. Ministerio de Educación.

HAFFNER, Sebastián (2005). *Historia de un alemán. Memorias 1914 1933*. Barcelona: Destino.

HERE, Jeffrey (2008). *El enemigo judío. La propaganda nazi durante la segunda guerra mundial y el holocausto*. Buenos Aires: Sudamericana.

HILBERG, Raúl (1992). *Perpetrators, victims, bystanders. The jewish catastrophe. 1933-1945*. U.S.A: Harper Collins Publisher.

— (2005). *La destrucción de los judíos europeos*. Madrid: Akal.

- HITLER, Adolf (2001). *Mi lucha*. Chile: Trasandinas.
- KLEIN, Claude (1982). *De los espartaquistas al nazismo: la República de Weimar*. Madrid: Sarpe.
- KOGON, Eugene (2006). *The theory and practice of hell. The german concentration camps and the system behind them*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
- MAC DONOGH, Giles (2009). *1938. Hitler's gamble*. New York: Perseus Books Group.
- MUCHNIK, Daniel y GARVIE, Alejandro (2006). *El derrumbe del humanismo. Guerra, maldad y violencia en los tiempos modernos*. Argentina: EDHASA.
- NEUMANN, Peter (1976). *Diario íntimo de un joven nazi*. Barcelona: Crítica.
- POLIAKOV, León (1954). *Breviario del odio. El 3º Reich y los judíos*. Buenos Aires: Stilcograf.
- (1986). *Historia del antisemitismo, la Europa suicida 1870 1933*. Barcelona: Múnich.
- (1988). *Historia del antisemitismo*. Buenos Aires: Milá, t. I-VI.
- (2003). *La causalidad diabólica. Ensayo sobre las persecuciones*. Barcelona: Múnich.
- RAFECAS, Daniel (2012). *Historia de la solución final: Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- SCHOLEM, Gershom y ARENDT, Hannah (2005). "Eichmann en Jerusalén. Intercambio epistolar entre Gershom Scholem y Hannah Arendt", En: Arendt Hannah. *Una revisión de la historia judía y otros ensayos*. Buenos Aires: Paidós, 137-150.
- TRAVERSO, Enzo (2001). *El totalitarismo. Historia de un debate*. Buenos Aires: Eudeba.
- (2003). *La violencia nazi. Una genealogía europea*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- ZYLBERMAN, Abraham (2005). "La noche de los cristales: cerrando el cerco...", En: *Revista Nuestra memoria*, Buenos Aires, Fundación Memoria del Holocausto, 11(26).
- ZIMMERMAN, Héctor J. (2009a). *Derechos humanos, genocidio y holocausto*. Corrientes: Amerindia.
- (2009b). "Dilemas y reflexiones en la transmisión del Holocausto", En: *Revista Nuestra memoria*, Buenos Aires, Museo del Holocausto, 31.
- (2011). *Los campos de concentración y exterminio. Los dilemas de la supervivencia*. Corrientes: Amerindia.
- (2013). *Derecho, familia y adolescencia en el III Reich*. Corrientes: Amerindia.

Instituto da representação política e seu significado na democracia indireta

POR ORIDES MEZZAROBA (*) Y ALINE BOSCHI MOREIRA (**)

Sumario: 1. Introdução. — 2. Etimologia e evolução do vocábulo. — 3. Iluminismo e representação formalista segundo Pitkin. — 4. Tornar presente algo ou alguém por semelhança ou símbolos. — 5. Representar como ação substantiva. — 6. Conclusão.

Resumen

El tema de este trabajo es abordar los distintos conceptos del significado y las consecuencias de “Representación” en Hanna Pitkin a 45 años, en 2013, de la publicación del libro *The Concept of Representation*. Para ello se hace un detalle del desarrollo de la representación desde la antigua Roma hasta la actualidad, haciendo consideraciones de las teorías mayoritariamente analizadas en el libro (iluminista, formalista, descriptiva, simbólica y sustancial). Según Pitkin, el instituto de la representación, ya sea en la política, el derecho, las artes, es esencialmente antiguo y conocido, pero, a pesar de ser un término muy común, la comprensión de cada concepto separado permite conclusiones sólo parciales, que a su vez puede conducir tanto a gobiernos totalitarios como a la democracia. Exponer las consecuencias perversas de cada teoría es el objetivo principal del estudio y así como examinar esta pequeña obra conocida, pero actual como pocas

Palabras clave: Hanna Pitkin — Representación - Política - mandato.

Resumo

O tema do presente estudo consiste na abordagem dos diferentes conceitos e consequências do significado de Representação em Hanna Pitkin, que completa, em 2013, 45 anos de publicação da obra *The Concept of Representation*. Para tanto, perpassa o desenvolvimento da Representação desde Roma Antiga até a contemporaneidade, tecendo considerações a respeito das teorias majoritárias analisadas no referido livro (iluminista, formalista, descriptiva, simbólica, como ação substancial). Tem-se, de acordo com Pitkin, que o instituto da representação, seja na política, no direito, nas artes, é essencialmente antigo e notório, mas, apesar de ser um termo extremamente corriqueiro, o entendimento de cada conceito em separado permite conclusões meramente parciais, que, por sua vez, podem conduzir tanto ao governo totalitário quanto ao governo democrático. Expor as perversas consequências de cada teoria é o objetivo principal do estudo, bem como esmiuçar essa obra pouco conhecida, mas atual como poucas.

Palavras-chave: Hanna Pitkin — Representação — Política — Mandato.

(*) Professor Associado em Dedicación Exclusiva nos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Colaborador no Programa de Mestrado em Direito da Uninove/São Paulo. Pesquisador de Produtividade do CNPq. Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Capes. Pesquisador com o projeto de pesquisa: “O endereço da transpersonalização dos atores políticos no processo de reconstrução do modelo de Estado de Direito no Brasil”.

(**) Bolsista PIBIC/CNPq e atua principalmente nas seguintes áreas: Direito Eleitoral e Governo Eletrônico. Destaque da Iniciação Científica 2010 pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e em Administração Empresarial pela Universidade Estadual de Santa Catarina.

1. Introdução

Este trabalho é, antes de tudo, análise do conceito de Representação desenvolvido por Hanna Pitkin na obra *The Concept of Representation* — a qual completa 45 anos de sua publicação, permanecendo, todavia, contemporânea como poucos livros — e um estudo das diferentes formas de governos representativos tanto nas democracias indiretas como nos governos absolutistas e ditatoriais. A crise da representatividade, as divergências doutrinárias e as visões parciais sobre o conceito tornam imprescindíveis o julgamento da representação como um todo coeso e coerente — a representação não recai somente em seu viés unilateral político na referida obra. A reflexão da autora analisou, assim, as outras áreas da vida humana nas quais essa palavra fora e continua sendo utilizada, valendo-se da representação nas artes, nos símbolos, nas ações e no direito, consistindo uma tentativa nova na ciência.

Tem-se que o conceito em foco, em especial o de homens representando homens, é essencialmente moderno e notório (PITKIN, 1972). Não há dúvida que a sua popularidade, consoante a autora, depende, em particular, de estar conectada com o ideal de democracia, liberdade, justiça e, em geral, de ser consolidada ao longo dos séculos. Contudo, apesar de ser um termo extremamente corriqueiro, aponta-se no livro que a literatura está repleta de divergências quanto ao seu significado.

A abordagem e entendimento de cada teoria em separado permitem conclusões equivocadas e meramente parciais, que, por sua vez, conduzem tanto ao governo totalitário quanto ao democrático. É devido à extrema importância no cenário mundial que a representação deve ser entendida por meio de uma visão geral.

O trabalho se justifica na medida em que a representação abrange diversas áreas do conhecimento e é invocada na política sem a devida relevância das implicações conceituais. Tal ocorrência acarreta, de certa forma, insegurança e desentendimento entre os diversos autores do assunto, os quais geralmente se contradizem ou então argumentam sobre institutos diferentes que tem como denominação imprópria a palavra representação. Assim, Pitkin procurou esmiuçar as distinções e consequências que cada aporte teórico acarreta, inferindo acerca das incompatibilidades entre teses.

O método empregado nessa pesquisa foi o dedutivo, desenvolvido por meio de técnica essencialmente bibliográfica do livro *The Concept of Representation*. Por objetivo principal da pesquisa tem-se a extinção das divergências conceituais e uma avaliação não só do que é a representação (visão formalista), mas também como deverão ser as ações do representante e os juízos que podem ser auferidos sobre a atividade representativa nas democracias indiretas. Visando atingir tais objetivos, o trabalho é dividido em quatro tópicos, em consonância com o livro supracitado, perpassando as teorias majoritárias abarcadas no trabalho.

Primeiramente, tem-se um breve percurso sobre a origem da palavra e o significado que adquire nas épocas históricas. No segundo tópico, são expostas as ideologias liberais dos filósofos iluministas, dentre eles Hobbes, Locke e Montesquieu, os quais lançam as bases para a representação contemporânea. Neste mesmo capítulo, aborda-se a Representação Formal, onde o pensamento hobbesiano também está inserido, juntamente a autores como Weber, Jellinek e os adeptos da representação como prestar contas ao final do mandato. No terceiro, é tratada a representação descritiva e simbólica, ambas as formas de tornar presente algo que não está. Por esta ocasião, compreende-se a análise do sistema proporcional nas eleições e as ditaduras fascistas. E, no quarto tópico, por fim, busca-se uma representação mais atuante, um agir substantivo e que não se restrinja ao início ou final do mandato, mas que trabalhe durante o período de representação. Ou seja, trata-se de como o representante deve atuar e como conferir juízos de valor a essa atividade.

2. E timologia e evolução do vocábulo

Atualmente, observa-se que grande parte dos indivíduos deseja ser governado por representantes, assim como a maioria dos governos alega ser representativo (PITKIN, 1972). Para a jurista, não restam dúvidas de que a representação deve sua popularidade por estar intimamente conexa à ideia de de-

mocracia, justiça e liberdade, mas, apesar da enorme importância desse assunto e a frequência com a qual a palavra é utilizada, nota-se pouca discussão ou análise sobre o seu conceito.

Pela falta de esforços nesse sentido, a literatura se encontra repleta de divergências conceituais (PITKIN, 1972). Vê-se claramente esse problema, no estudo, quando se comparam tanto autores de épocas distintas quanto obras contemporâneas: Hobbes (2002) acredita ser representativo o governo no qual os pactuantes são governados por soberanos autorizados, os quais atuam da forma que acharem apropriadas, sem qualquer correspondência ou prestações de conta aos seus representados. Ademais, o pensamento majoritário é de que os representantes devem fazer o que for melhor para aqueles sob o seu comando, valendo-se da própria visão de bem-estar; uma minoria, contudo, mantém a ideologia de que o papel da assembleia legislativa é apenas refletir com demasiada semelhança os anseios e opiniões daqueles que ela torna presente — o eleitorado (PITKIN, 1972). Outros como Rousseau em *O Contrato Social* (1995), dirão que governos verdadeiramente representativos e democráticos não passam de ilusões uma vez que requerem muitas condições difíceis de serem reunidas.

Nos ensinamentos da autora, lendo cada teoria em separado, tem-se a aceitá-la como correta, no entanto a dificuldade só se torna aparente a partir do momento que se passa para uma próxima e igualmente plausível visão, mas que paradoxalmente apresenta argumentos incompatíveis com a primeira.

Apesar se apontar na obra política que talvez o motivo para tanta divergência reside no conteúdo vago do significado de Representação ou que o conceito tenha evoluído bastante ao longo do tempo; Pitkin (1972), todavia, é adepta do pensamento no qual representação abrange uma concepção única, altamente complexa e que não mudou significativamente desde o século XVII. Para a autora, não há muita dificuldade de formular, numa breve sentença, análise conceitual suficientemente ampla para cobrir seu uso nas variadas aplicações. A palavra representar seria então desmembrada em: “re-”-“presentar”, fazer presente novamente — tornar presente algo que de alguma forma não está de fato ou literalmente (PIKIN, 1972).

Em relação à sua raiz, o termo tem origem do substantivo latino *repraesentatio* e do verbo *repraesentare* os quais delimitam o ato de representar um papel, as atribuições de alguém ou alguma coisa (MEZZAROBIA, 2004). A representação, e neste caso em especial a representação política, desenvolve-se no Estado Liberal com o intuito de ser um vínculo estável entre os cidadãos e os governantes, no qual estes se encontram “autorizados a governar em nome e seguindo os interesses dos primeiros, e estão sujeitos a uma responsabilidade política de seus comportamentos” (COTTA, 1986).

No entanto, o substantivo adquiriu diferentes utilizações ao longo das épocas históricas e nem sempre associado à política. A evolução é apontada por Pitkin (1972) e Mezzaroba (2004) da seguinte forma: na Antiguidade Clássica, os gregos não possuíam uma palavra ou conceito correspondente e, em Roma, o Imperador era considerado pelos glosadores aquele que agia pelo povo; já a partir da Idade Média tem-se na figura do Papa a representação de Cristo reencarnado e dos apóstolos nas figuras dos cardeais; ademais, na Inglaterra, as convocações dos cavaleiros e burgueses pelo rei para aprovarem impostos trouxeram o reconhecimento gradual de que aqueles perseguiam o interesse de toda nação. Atravessando alguns séculos, segue-se que o progresso da representação acompanha os modelos ideológicos de pensadores iluministas como Hobbes, Locke e Montesquieu.

Contemporaneamente, o termo a que nos referimos e o sentido que carrega surgem em meados do século XIX e, outra vez conforme os ensinamentos de Pitkin (1972), devido a alguns fatores, a saber: a responsabilidade dos governantes pelos seus atos que remonta ao pensamento dos iluministas, o surgimento das organizações políticas e a luta pelo sufrágio universal.

3. Iluminismo e representação formalista segundo Pitkin

De acordo com as anotações de Pitkin (1972), Hobbes foi o primeiro autor inglês a iniciar uma pesquisa extensa e sistemática sobre a representação e — apesar de não ser usualmente conhecido como um dos teóricos da área — este instituto possui papel relevante em seus trabalhos políticos. Em

se tratando da obra *O Leviatã* — especialmente o capítulo XVI: Das pessoas, autores e coisas personificadas — Hobbes aborda o que considera ser pessoa natural, artificial, ator, autor e representação.

As interpretações de Pitkin (1972) acerca da influência do filósofo na seara da representação apontam que, para este, pessoa natural é aquela cujas palavras e ações são realizadas pelo e para o próprio sujeito; enquanto a artificial, ou pessoa simulada, é aquela em que as ações desempenhadas não são vistas como de sua autoria, mas feitas por ela para outro alguém (para o autor). Deduz-se, para o presente artigo, portanto, que muitas das pessoas artificiais — senão todas — são representantes (PITKIN, 1972).

No que tange à ação hobbesiana, tem-se uma analogia com autoridade (sendo esta o direito de fazer determinado ato): aquele que tem o poder de efetuar uma ação poderá fazê-la ele mesmo ou então autorizar alguém a desempenhá-la — autorizar o “ator” (PITKIN, 1972). Hobbes chama de “autor” a pessoa que possui autoridade para transmitir a outrem o direito para agir e de “ator” aquele que efetua tal atividade, havendo casos de representantes vinculados ou livres (PITKIN, 1972). Trazendo os levantamentos da autora sobre a concepção do filósofo jusnaturalista, homens podem dar autoridade em montantes limitados e, assim, restringir a capacidade de realizar atos, falando-se em balizas do que o representante deve fazer, ou ainda, dentro do sistema de pensamento hobbesiano, é admissível o poder ilimitado, criando uma representação total em que o sujeito atuante pode fazer o que lhe aprouver e, mesmo assim, imputar o representado.

Após essa breve introdução no trabalho *The Concept of Representation*, discute-se um aspecto importante acerca da responsabilidade do “ator”. As opiniões e ações realizadas pelo governante não são de sua autoria e, portanto, nem de sua responsabilidade, na medida em que está expressando quem o autorizou a efetuar tal ato; ou seja: quando o ator infringe a lei da natureza seguindo os comandos do representado, não é aquele que se responsabiliza por esses atos, e sim, este (PITKIN, 1972).

A definição de Hobbes para o termo é colocado por Pitkin (1972) como formalista, pois concebe somente os arranjos que precedem a representação quando infere que os homens ao sair do Estado de Natureza não efetuem apenas o contrato, mas autorizam um, entre eles, para representar o todo. Na intelecção de Pitkin (1972), o nome dado para essa teoria é Representação por Autorização que se situa dentro da esfera formal do instituto. Nesse viés, faz-se uma analogia com uma caixa preta, a qual é moldada pela doação inicial de autoridade, e que dentro de seus limites o representante pode fazer o que lhe aprouver (PITKIN, 1972). Segundo a autora, não pode haver representação boa ou ruim, já que qualquer ato amparado e dentro dos limites definidos é considerado ato representativo.

Assim, fica claro na tese da estudiosa que, ao nos depararmos com o trabalho hobbesiano, estamos cientes de quão parcial, formal e vazio de essência seu conceito de representação possui. Explica-se: um soberano com poderes absolutos e perpétuos, sem alguma obrigação de consultar os desejos e opiniões dos súditos e nenhum dever frente a eles, dos quais não há o que criticar — realmente nada poderia estar mais longe do que acreditamos ser uma democracia representativa atualmente (PITKIN, 1972).

No entanto, nem todos os iluministas seguiram essa linha de pensamento. Locke, em sua busca pela conservação da propriedade privada, consagra o Poder Legislativo como função suprema e última, sendo destinado à sociedade o encargo de escolher os representantes dessa repartição e verificar se as ações dessa instância não são contrárias à incumbência a ela confiada (LOCKE, 1998). Dessa forma, o que se “estabelece entre o Poder Legislativo e a Sociedade é uma relação de confiança, uma delegação de poderes de alguém para outra pessoa ou grupo de pessoas, cabendo ao depositário da confiança agir conforme o esperado, sob pena de revogação do mandato.” (MEZZAROBIA, 2004, p.51)

Enquanto que no pensamento lockeano a separação dos poderes é abordada de forma embrionária e também hierarquizada (sendo o Poder Legislativo a instância máxima), em Montesquieu (2003) torna-se determinante para a configuração do Espírito das Leis — que supera a pirâmide hierárquica (MEZZAROBIA, 2004).

Seguindo os ensinamentos de Bobbio (1988) acerca da divisão dos poderes, para que se evite o abuso de autoridade, deve-se distribuir as funções de modo que o poder supremo seja consequência de um jogo de equilíbrio entre diversos domínios parciais; não se concentrando nas mãos de uma só pessoa. O governo moderado deriva da dissociação do poder soberano e sua divisão com base nas principais funções do Estado: legislativa, executiva e judiciária (BOBBIO, 1988). Tomando por base os preceitos de Montesquieu, aqueles eleitos para a Potência Legislativa — ou seja, os representantes do Povo — na atividade de representar, teriam os interesses da coletividade como fundamento, não precisando, portanto, da autorização de cada um acerca das questões discutidas (MEZZARROBA, 2004).

Muitos teóricos foram influenciados pela visão formalista de Hobbes e pelos filósofos iluministas em geral, dentre eles Pitkin (1972) elenca: os filósofos alemães centrados no conceito de *Organschaft* em que Max Weber e Jellinek se destacam; o trabalho articulado por Eric Voegelin; os partidários da prestação de contas (*accountability*); estudiosos da democracia representativa; entre outros.

Para aqueles adeptos da visão do organismo vivo (*Organschaft*), termo de origem alemã do período da revolução francesa, o estudo começa pelo grupo e não a partir do indivíduo (PITKIN, 1972). Consoante a autora, Weber entende por representação atos de certos membros atribuídos ao resto do grupo, e este supostamente e de fato deve considerar as ações legitimadas e imputadas a todos. Assim, quando apenas algumas pessoas podem agir para o grupo se está ao encontro de uma forma mais desenvolvida de representação: o *Organschaft* — a ideia de que alguns grupos de pessoas são considerados organismos vivos, unindo os indivíduos por solidariedade e não necessariamente representação (PITKIN, 1972).

Nessa mesma perspectiva, mas com certas diferenças, Jellinek (1980, apud MEZZARROBA, 2004; PITKIN, 1972) argui que toda pessoa que desempenha uma função para o grupo é vista como seu representante. Em tal panorama, inclusive o eleitorado, com a função precípua de votar, pode ser considerado representante uma vez que tem a função de eleger outros órgãos (PITKIN, 1972). Mas Pitkin (1972) levanta interessante questionamento: por que apenas algumas funções e cargos são convencionalmente ditos representarem o povo e outras não? Jellinek (1980, apud MEZZARROBA, 2004; PITKIN, 1972) sugere que os órgãos do governo que são usualmente chamados pelo adjetivo representativo são na realidade secundários e, para cada organismo deste, existiria um primário que o legitima — por exemplo, as próprias pessoas constituiriam o órgão primário do Estado e a legislatura formaria o secundário.

A representação conforme um organismo vivo, desta forma, implica no ponto de vista de que grupos desempenharão funções à sociedade, como se fossem partes indispensáveis do corpo humano, uma especialização necessária, sendo considerados, portanto, representantes. Ocorre nessa ideologia, também, a mesma parcialidade da visão de Hobbes: a representação acaba quando se delega poderes ao grupo, sem se preocupar com as atividades em si desenvolvidas.

Seguindo a cadeia autoral da representação formalista, ademais, a versão explicitada por Eric Voegelin em sua obra *A Nova Ciência Política* (1982) e apontada também por Pitkin (1972), estabelece interessante diferença entre o senso comum de representação, o seu nível mais prático e o significado transcendental. Conforme a autora, o conceito de Voegelin, tal qual em Hobbes, se baseia na necessidade por ação: uma sociedade só existe quando apresenta um representante que possa agir por ela.

Todavia, a noção cotidiana de representação — utilizada por jornalistas na imprensa ou políticos em debates — é tida por Voegelin como um nível elementar, o qual deve ser criticado e, posteriormente, suplantado por um sentido essencial (PITKIN, 1972). Assim, a pesquisadora infere que Voegelin, bem verdade, não considera a visão de autoridade suficiente: nos seus apontamentos, a responsabilidade dos atos feitos por qualquer representante só será imputada à sociedade quando as atitudes daquele estiverem ao encontro do “Espírito da Nação”. A relação entre o senso comum (primeiro nível), o nível prático (posterior) e o sentido transcendente do Espírito da Nação (último) pode ser relacionado da seguinte maneira: o sentido corriqueiro, após a análise crítica dos cientistas políticos refinando sua terminologia, dá origem à autorização — ou segundo nível — que, por fim, resulta numa representação verdadeira e ativa apenas quando corrobora o Espírito da Nação (PITKIN, 1972).

Aqui, observa-se que Voegelin dá um passo à frente dos demais formalistas como Hobbes, Weber e Jellinek, pois a simples concessão do poder para representar não basta para vincular representante e representado. Há a necessidade imperiosa da confluência entre interesses da sociedade e do representante, nos moldes do “Espírito da Nação”.

Finalmente, analisaremos hipóteses de teóricos políticos, como os estudiosos da democracia representativa e os adeptos da prestação de contas (accountability), que também se valem das formalidades que precedem a atividade representativa em si (PITKIN, 1972). Indo ao encontro da anotação elaborada pela pesquisadora, a eleição é o critério nevrálgico para os partidários da democracia representativa, os quais, ao contrário de Hobbes, admitem somente a autorização limitada pelo tempo e função, sendo o status de representante atribuído ao funcionário enquanto perdurar o mandato.

Já no que tange aos favoráveis à prestação de contas (accountability), trata-se de outra teoria que, embora igualmente formalista e despreocupada com a atividade do representante durante o seu mandato, vai contra a visão de autoridade hobbesiana (PITKIN, 1972). Esse novo panorama é definido, de acordo com a autora, no ato de prestar contas, que corresponde à responsabilidade quando finda a representação — neste sentido veja Carl Friedrich Gobierno cosntitucional y democracia (1975). Retira-se do livro *The Concept of Representation* que, enquanto a concepção hobbesiana atribuía representação em termos de início da atividade, a prestação de contas considera o instituto em seu período final.

Desta forma, um representante é alguém que deve assegurar e oferecer relatórios, que deverá responder a outrem por seus atos e que poderá ser reeleito ou, dependendo de como atuou, ser afastado — visão diametralmente oposta da autorização exarada por Hobbes (PITKIN, 1972). Interpretando-se Pitkin (1972), Hobbes afirma ser o representante livre da responsabilidade usual de suas ações; já para a prestação de contas, significa precisamente ter novas e especiais obrigações — o dever de prestar contas após o mandato. A introdução da responsabilidade é uma resposta e correção ao sistema do filósofo iluminista, pois os estudiosos dessa nova teoria estão comprometidos em distinguir uma genuína, verdadeira e real representação daquela que muitas vezes não tem limites nem balizas (PITKIN, 1972). Sustentar a declaração de relatórios pelos funcionários após suas atividades, como elenca a autora, é fazê-los agir de uma maneira determinada e atentando para seus constituintes ou suas opiniões.

Desta feita, conclui-se a partir da obra comentada pelo presente artigo que, enquanto um grupo define o representante em termos de alguém que foi eleito (autorizado), o outro define como alguém que irá se sujeitar à reeleição (e deverá, antes, prestar contas). Ambas as visões são formais no sentido de que Pitkin (1972) bem explicou: os critérios de representação se encontram fora da atividade de representar durante o mandato — ou seja, antes de começar o mandato ou depois que ele termina. A fim de sair da visão formalista e adentrar a substantiva, a autora se pergunta o que um representante faz, o que é esperado que ele faça, o que constitui o ato de representar, ou então o que o representante deve ser a fim de representar.

4. Tornar presente algo ou alguém por semelhança ou símbolos

Com a finalidade de responder algumas dessas perguntas elaboradas alhures, cientistas políticos, chefes de Estado, teóricos, todos preocupados com a formação de uma Assembleia Legislativa, formularam teses de como um corpo representativo deveria ser (PITKIN, 1972). A autora sintetiza as respostas afirmando que um corpo representativo precisa corresponder com precisão às opiniões do povo, deverá ser um retrato exato, uma miniatura das pessoas em sua totalidade, sentir, ser, pensar, raciocinar e agir como elas. O nome conferido por Pitkin (1972) ao panorama é Representação Descritiva por semelhança, em que a função de legislar se aproxima da mais exata cópia da sociedade. Nesse sentido, John Stuart Mill (1981) afirma que a neutralização total da minoria está completamente oposta ao primeiro princípio da democracia, ou seja, da representação proporcional.

Partindo do pressuposto acima, analogias são esmiuçadas por Pitkin (1972) a fim de caracterizar a representação descritiva por semelhança: o corpo representativo deve ser como um pintor que retra-

ta com afinidade o objeto real; o legislativo deve refletir com exatidão o povo; deverá ser tal qual uma miniatura da nação, um condensado; ou então, para Mirabeau (1934, *apud* PITKIN, 1972), um corpo representativo é para a nação o que um mapa em escala é para a configuração física da terra. Nota-se, destarte, a diferença entre as abordagens formalista e descritiva: para esta, representar não é atuar com autoridade ou agir prestando contas ao fim do mandato, nem qualquer tipo de ação governamental, é permanecer um retrato fiel da sociedade — ser algo do que fazer algo (PITKIN, 1972).

O panorama descritivo, nos escritos da autora acima, se relaciona ao sistema proporcional nas eleições, pois a proporcionalidade é a tentativa de assegurar uma assembleia que seja um reflexo com maior semelhança e precisão matemática da realidade. Thomas Hare, citado por Mill em sua obra *Considerações sobre o Governo Representativo* (1981), argumenta que, nesse sistema, inclusive as ideias monstruosas têm espaço para serem expostas e discutidas, uma vez que a representação perfeita é inconsistente com a exclusão das minorias, pois a correspondência, em conformidade com Pitkin (1972), deve ser exata. Nesse viés exposto pela escritora, o que realmente importa é ter o direito de opinar, ser escutado e estar presente, porque eis o significado de representação.

Os proporcionalistas, como Mill, descrevem ainda que as legislaturas não podem nem devem governar porque são inaptas para ações políticas (PITKIN, 1972). Com frequência, explicitam o contraste entre a função de descrever e informar que assiste ao legislativo e a de atuar e governar, as últimas atribuídas ao executivo; assim as minorias têm o direito de representação, o qual não deve ser confundido com o direito de decisão: a maioria é aplicada como instrumento para governar, e não como meio de representar (PITKIN, 1972). Num “corpo representativo que realmente delibera, a minoria deverá certamente ser derrubada, e, em uma democracia, a maioria do povo, através de seus representantes, prevalecerá sobre a minoria e seus representantes. Mas, deverá a minoria por isso não ter nenhum representante?” (MILL, 1981, p.72)

Críticos a esse modelo, a exemplo de George Horwill, acusam que o zelo pela reflexão exata na composição do Legislativo tornou os teóricos proporcionalistas cegos para a importância das ações governamentais e apontam que o sistema atomiza as opiniões, aumenta a violência de facções, multiplica grupos políticos e impede o Legislativo de atuar (PITKIN, 1972). Contestam, na obra referenciada, a passividade que se instaurou na função normativa e questionam se realmente há algo a refletir.

Embora sejam feitas ressalvas ao princípio da proporcionalidade como aquelas apontadas acima, o argumento que estabelece ser o ato de representar conexo à reflexão exata da opinião pública — como um pintor retrata seu objeto, ou um mapa representa a geomorfologia da terra, um espelho reflete algo — é tão fascinante que uma vez articulado, Pitkin (1972) expõe que muitos o aceitam sem contestar. Todavia, é importante tecer algumas considerações a respeito do uso de analogias por esses teóricos.

A começar pela analogia do pintor e da arte representativa, Pitkin (1972) assevera que houve tempos em que o propósito desta era retratar com semelhança acurada o mundo visível e sendo até certo ponto ideal para o conceito de representação descritiva. Mas, ainda para a professora, a rigidez na pintura não foi sempre o principal objetivo ou medida da arte, a qual muda de acordo com estilo ou convenção e, por isso, a fidelidade em retratar não deve ser o fator para definir a representação, mas a intenção no retratar.

Em sentido similar, a analogia com o mapa ou desenho técnico parece ser até mais precisa para a representação tal qual reflexo da sociedade, já que ambos são feitos e usados para transmitir informações sobre o que eles retratam — por meio do uso de legendas e convenções (PITKIN, 1972). Com os mapas, chega-se ao modelo representativo que os teóricos políticos desejavam para acentuar a semelhança que define o termo (MIRABAU, 1934, *apud* PITKIN, 1972). Todavia, ainda aqui há que se fazerem algumas ressalvas trazidas pela teórica política: além de existirem vários tipos de cartografias para diferentes propósitos, estas cartas são meras estruturas parecidas ao território original e não a sua representação.

Com a noção do espelho parece que se chega quase ao cerne de precisão, pois, enquanto mapas e pinturas são estáticos, aquele fielmente mostra as mudanças que ocorrem no objeto — não sendo

apenas exato—, mas também flexível em relação ao tempo (PITKIN, 1972). A mesma autora aponta interessante ponto: pela imagem tão próxima à original, não se fala que o espelho representa meu rosto, e sim que ele o mostra, existindo, todavia, a possibilidade de distorções devido às irregularidades da superfície.

Uma visão semelhante às precedentes é aprofundada pela referida pesquisadora onde a representação descritiva é alcançada por meio de uma miniatura ou condensado da população original. O corpo representativo do Estado pode ser dito como um epítome de todo o corpo civil, isto é, uma réplica do eleitorado, havendo diversas maneiras de se conseguir tal condensado: o corpo legislativo poderá ser composto ou por representantes escolhidos ou por amostragem de homens que pertençam a toda sociedade, seja essa amostra escolhida matematicamente ou na sorte (PITKIN, 1972).

Os escritores expostos por Pitkin (1972) que desejam que o Legislativo seja uma amostragem de homens concluem que seria razoável que essa parcela fosse alcançada por um processo de seleção aleatória — neste sentido veja Harold Laski, *La Crisis de la Democracia*. Essa seleção produziria o microcosmo de todo o corpo de pessoas, visto que o princípio da amostragem na teoria democrática dispõe que um grupo pequeno, selecionado imparcialmente, escolhido dentre um grupo maior, tem a tendência de possuir as mesmas características que o todo e, portanto, consegue substituí-lo (PITKIN, 1972). O teórico Swabey (1937 apud PITKIN, 1972) argumenta ser o princípio da proporcionalidade um silogismo para o governo representativo moderno: primeiro, os eleitores são considerados uma amostra de toda a população; em seguida, a maioria dos eleitores e seus votos são considerados como amostras de todos os votos e eleitores; e, por fim, os funcionários públicos que foram eleitos são considerados uma amostra da nação. Contudo, para Pitkin (1972), sabe-se que até a mais perfeita réplica não irá duplicar todas as características da original, ou antes, devem-se distinguir objetos que podem ser duplicados (como pequenas porcelanas) daqueles que não conseguem ser replicados (como a nação).

Após o estudo das analogias e sua análise, existem ainda outros teóricos dentro da representação por semelhança que não se valem dessas relações, mas utilizam o instituto em sua morfologia adjetiva (PITKIN, 1972), para tanto veja a obra de Friedrich intitulada *Gobierno cosntitucional y democracia*. Representar, neste último caso e em conformidade com as obras referendadas, significa possuir características típicas, medianas (ser representativo), em que a eleição aparece como método de escolher os que possuem os adjetivos comuns à média da sociedade. Todavia, é um argumento simplista, porque poucas são as pessoas que realmente acreditam ser o melhor legislador aquele cujos conhecimentos ficam na média em cada conceito imaginável, incluindo inteligência e experiência (PITKIN, 1972).

Ainda para a jurista suso mencionada, apesar das várias suposições e implicações, as metáforas das pinturas, mapas, espelhos, miniaturas e o conceito adjetivo de representatividade, todos parecem ter algo em comum: relacionam representação de maneira bem diferente da definida pelos teóricos formalistas, em especial pela representação de algo ausente por meio de alguma característica semelhante. De acordo com tais assertivas, embora a visão descritiva, a morfologia adjetiva e o uso de analogias sejam tentadores, teve-se uma pequena noção das parcialidades do panorama, especialmente porque a precisão exata da sociedade é tentativa quase impossível de se alcançar. Ademais, a visão teórica não explica como deve ser a atividade do representante, salvo aquela de informar com precisão o entendimento dos grupos representados. Aqui se inclui também a necessidade de um novo olhar para a forma com que se retrata passivamente a população por esses autores.

Conforme o último ponto, um pequeno desvio no artigo é necessário a fim de, afastando-se das ideias originais de Pitkin em seu livro, inserir a interatividade na forma com que a arte e a representação devem ser vistas no mundo atual tecnológico. Para Domingues (1997), organizadora da obra *Arte no Século XXI*, o abandono das formas tradicionais artísticas (como a pintura, escultura, o desenho) pela inclusão dos avanços tecnológicos deixa lugar para novas representações de arte.

A autora fala no fim da arte representativa em favor de uma interatividade que não se encerra em objetos acabados como uma pintura. Na cultura das redes, as tecnologias a serviço das artes desencadeiam uma relação de diálogo a qual permite uma interação dinâmica que propõe a participação e a colaboração entre parceiros em que surge um novo espectador, que não apenas contempla como antigamente, mas agora se relaciona com o objeto (DOMINGUES, 1997). O mesmo deverá ser aplicado na área da representação política, a qual suplanta um pensamento passivo tanto do governante quanto do eleitor, ou seja, vai além da qualidade de quadro.

Quando a Representação Descritiva por semelhança é aplicada na esfera política, poderia sugerir que o legislativo fosse como um pintor ou técnico e a população um objeto passivo que se retira informações. Superar a esfera inerte e incorporar a atividade substantiva torna-se uma possibilidade real com o implemento das tecnologias da informação do século XXI (TICs), uma vez que, tanto na arte quanto na vida política, tais inovações são aplicadas no intuito de transformar o mero espectador em um agente que interaja, participe e se relacione com o objeto e também a vida política. Notavelmente a internet continua modificando o espaço contemporâneo, possibilitando as chamadas 'portas abertas' da interatividade tecnológica virtual e aproximando o representante daquele que se torna presente, o eleitor, a fim de promover maior inclusão política, participação popular e transparência (DOMINGUES, 1997).

Outras críticas surgem acerca da teoria descritiva por semelhança classicamente concebida por Mill e Thomas Hare: ela não abre espaço para a prestação de contas, pois uma pessoa acerta contas do que faz e não pelo o que se parece; o cenário não permite a atividade de representar, a não ser a muito especial e restrita que é a ação de fornecer informações; não há espaço para criatividade ou iniciativa, uma vez que o representante não deve prover novas opiniões, mas informar as já existentes (PITKIN, 1972). Ao discutir o dever dos representantes e distinguir aqueles que atuam bem ou mal, essa visão não é totalmente irrelevante como o é a formalista, uma vez que o juízo de valor recai em ser um reflexo próximo do real (PITKIN 1972).

Todavia, a representação descritiva por semelhança não é o único aporte em que uma coisa pode ser substituída por outra mediante alguma relação, dado que existe a possibilidade de símbolos fazerem o mesmo *link* entre representante e representado (PITKIN, 1972). Neste sentido, a representação política deve ser entendida como uma bandeira simboliza o povo, ou um emblema representa uma cultura, derivando do grego *symbolom* — sinal pelo qual se infere ou se sabe algo, sugerindo antes qualidades interiores do que semelhanças externas (PITKIN, 1972; FRIEDRICH, 1975).

Trazendo exemplos históricos da representação simbólica levantados por Pitkin (1972), artistas cristãos usavam o peixe a fim de sinalizar Cristo, especialmente para referências secretas. Ainda nos dizeres da professora, o peixe, neste caso, não estava fazendo alegações sobre a aparência de Cristo, nem mostrando a forma física de Jesus, mas simbolizando a sua figura. Outra hipótese é trazida no livro: trata-se da figura do Rei na monarquia britânica, o qual é dito representar o Estado — ele é, nesse respeito, como o objeto inanimado da bandeira.

Ainda que a representação simbólica seja uma forma de tornar presente algo que não está, têm-se distinções em relação à descritiva por semelhança, pois os signos tanto simbolizam quanto representam (PITKIN, 1972). Dizer que ele representa nas palavras de Pitkin (1972), é sugerir uma correspondência precisa, uma simples referência ou substituição; enquanto afirmar que ele simboliza é aludir a vagueza e a impossibilidade de exaurir ou capturar a totalidade sugerida de seu significado. Diferentemente da representação descritiva, os símbolos não são parecidos com seus referentes e nem tampouco análogos a eles, não fazem alegações sobre o que simbolizam, antes sugestionam, são mais que fonte de dados, pois têm a finalidade de serem recipientes de sentimentos ou ações (PITKIN, 1972). Quanto ao último, possuem o poder de evocar reações nas pessoas (ou supostamente fazê-las reagirem) de maneira apropriada ao que se representa, como por exemplo, beijar a cruz ou saudar a bandeira e, ao deixar a antiga bandeira tocar o chão, insulta-se não um pedaço de pano, mas a República que aquela representa (PITKIN, 1972).

Assim, a constituição de um signo nasce das atitudes e crenças das pessoas que acreditam nele (DE GRAZIA, 1951 apud PITKIN, 1972). Desta assertiva, inferem-se alguns aspectos importantes da representação simbólica, a saber: já que a conexão entre símbolo e representado é algo construído e existe somente onde se crê, então a representação simbólica repousa na emoção, afetividade, respostas psicológicas irracionais e não num critério justificável racionalmente (PITKIN, 1972). De acordo com a obra, um símbolo é dito possuir um significado além dele mesmo, não por mera semelhança ao referente, nem por qualquer conexão real, mas simplesmente porque é considerado pela sociedade.

Por tais motivos, Pitkin (1972) conclui que a representação política em tal aporte teórico não será uma ação, mas um estado de mente, uma vez que, enquanto as pessoas acreditarem, o líder continuará a representá-las. Na medida em que a escritora o considera como uma atividade, será a de fazer os outros crerem no político como representante — ressaltando que tal fé pode ser fomentada. Em seguida, a partir do momento que está presente na cultura e mente do povo, o chefe simbólico atrai lealdade emocional e identificação por parte de seus seguidores, ou seja, o mesmo tipo de elementos irracionais produzidos por hinos e marchas (PITKIN, 1972). Tal doutrina é normalmente associada por Pitkin (1972) com a atividade dos governos de unificar a nação em um único corpo, e é muito mais tentadora do que atingir essa união por meio de vários representantes.

Se, todavia, tomada ao extremo, essa visão encontra no fascismo a sua correspondência, pois, tendo como base os apontamentos de Pitkin (1972), por meio da fraude, força, nobres palavras, planos, a pessoa criativa do “representante” molda as pessoas para um corpo coeso. Fica claro na explanação da obra referendada que não é a sociedade quem faz a imagem do Estado totalitário, mas a vontade do povo coincide com a daquele e, portanto, as eleições se tornam menos atraentes do que paradas, marchas e uniformes, os quais influem na inconsciente humano. Mas, a atividade de criar aceitações dum símbolo não convencional jamais poderá ser considerada representação: o extremismo que tomou os governos fascistas revela que a representação nestas é invertida, ou seja, desce do líder para os representados (PITKIN, 1972).

Por fim, ambas as representações, descritiva por semelhança e simbólica, alargam nossa visão sobre o instituto, mas não o completam, permitem falar de representação por objetos inanimados — como mapas, pinturas, bandeira, cruz, peixe—, embora cada uma introduza um tipo especial de atividade (PITKIN, 1972). Para a representação descritiva exposta pela catedrática é um agir que informa e trabalha sobre o representado, tornando-o mapa, semelhança, amostra aleatória; já no que toca a atividade de fazer símbolos, envolve trabalhar e fomentar a mente daqueles que devem ser representados.

5. Representar como ação substantiva

De acordo com as anotações da obra base do presente trabalho, as conjecturas acima desenvolvidas não conseguiram abordar a representação como agir substantivamente por alguém, já que nenhum dos autores citados argumentou que a representação consiste numa atividade característica e definida por normas de comportamentos ou certas atitudes que um representante é esperado fazer. O que se encontra com demasiada frequência na literatura, observado ao longo do estudo de Pitkin (1972), são as obrigações, a responsabilidades de um representante e sua capacidade de falar e ser ouvido, sem que se reste aprofundado o que um representante deve fazer durante o mandato, tampouco como se separa a boa da má representação.

Em Hobbes, depois de dada a autorização, o governante não tem nenhuma atividade em especial, estando livre para fazer o que deseja; onde o representante está conectado a uma descrição ou símbolo, ele não representa por fazer alguma coisa, e sim por ser parecido ou acreditarem nele como líder — no máximo seria uma boa representação se atingisse a reflexão exata ou então se obtivesse sucesso na aceitação do signo (PITKIN, 1972). Entretanto, nenhuma dessas atividades nos dá a ideia de representação seguindo os interesses de outrem, como o agente de alguém, pois sendo o conteúdo da representação uma atividade, o teste do representante é quão bem ele age promovendo os objetivos dos representados — o que está em pauta no momento é o que acontece durante a representação (PITKIN, 1972).

De longe, Pitkin (1972) a apresenta como uma das concepções mais difíceis de analisar, pois cada pessoa apresenta um comportamento diferente quando atua em nome de alguém. Assim, dispõe o livro que podem ocorrer casos em que há a expectativa do representante ser mais cauteloso ao agir —já que o que é coragem e ousadia na nossa própria ação pode se transformar em irresponsabilidade quando praticada para outrem— e existem circunstâncias onde o contrário também é esperado, sendo o representante possuidor de uma liberdade em nome do principal que este talvez não possuísse se fizesse ele mesmo a ação (PITKIN, 1972).

Em se tratando de estabelecer uma atividade substantiva que englobe representação, Pitkin (1972) afirma que a literatura está repleta de sugestões, tais quais: o representante deve agir como os seus constituintes fariam se estivessem em seu lugar; ou então o oposto: aquele que representa é livre para atuar da maneira que considera melhor, através da representação por confiança (MEZZAROBBA, 2004). A questão paradoxal é transposta na controvérsia entre um representante obrigado a seguir as instruções que recebe de seu eleitorado e um governante desvinculado para agir perseguindo o bem-estar de seus membros. Claro que entre esses dois extremos restritos existem várias posições moderadas: a atividade discricionária efetuada com base nas consultas à população; a ação livre do governante até o momento em que recebe instruções devidas do povo; a liberalidade na função, embora conexo ao programa partidário; entre outras (PITKIN, 1972; MEZZAROBBA, 2004).

Bobbio sintetiza o paradoxo afirmando que *A* pode representar *B* ou como delegado ou como fiduciário. No caso da delegação, o representante é simplesmente um porta-voz e seu mandato é extremamente limitado. Se, ao invés disso, age como fiduciário, *A* tem o poder de agir com liberdade em nome e por conta dos representados, na medida em que, gozando da confiança deles, pode interpretar com discernimento próprio os seus interesses. Neste último caso diz-se que *A* representa *B* sem vínculo de mandato; na linguagem constitucional hoje consolidada diz-se que entre *A* e *B* não existe um mandato imperativo (BOBBIO, 1992).

Mas, qual seja a posição adotada, novamente analogias surgem a fim de qualificar o representante: naquela teoria que ata o representante a um mandato específico com instruções precisas, aquele é visto como um mero agente, alguém delegado ou subordinado; já na outra extremidade, o representante assume as qualidades de agente livre, como o filósofo com capacidades que vão além das de um homem comum (PLATÃO, 2002) e que, embora eleito, deve perseguir o interesse nacional (PITKIN, 1972) — o qual não emerge da soma dos desejos dos cidadãos (ROUSSEAU, 1995). Pitkin (1972) analisou, pois, as antinomias a fim de encontrar uma nova realidade possível, uma vez que ambas apresentam incompatibilidades reais.

Para os teóricos do mandato, a verdadeira representação política, retirada da passagem da obra de Pitkin (1972) que se baseia em Hillaire Belloc e G. K. Chesterton, reside num governo onde as decisões sejam feitas como se os constituintes fossem consultados, ou seja, segundo a opinião do povo — caso contrário há mera oligarquia. No que tange aos adeptos do representante independente, Lord Brougham (apud PITKIN; 1972) estabelece que não há representação onde o povo possui o controle das ações governamentais, pois, nesta circunstância, as políticas seriam feitas pela própria população numa democracia direta.

É bem verdade que um homem não pode ser considerado representante se, com frequência, vai de encontro ao eleitorado, mas também não o é se o constituinte age diretamente utilizando-o como mero instrumento (PITKIN, 1972). A atividade de representar politicamente exige, para a autora, certa autonomia, mas levando em consideração as vontades do povo que tendem a coincidir com os interesses gerais de bem-estar. E, quando houver conflito, ainda que o representante deva agir para que o mesmo não haja, deverá haver uma explicação para as atitudes tomadas, especialmente se a ação for contra os interesses de seus representados (PITKIN, 1972)

Por tais assertivas, a atividade de representar deve sobrevir do paradoxo entre vinculação e independência, a partir das verdades que ambas as teorias apresentam. Com efeito, o bem-estar pode

ser alcançado indo contra os desejos da população, pois nem sempre serão coincidentes. Embora normalmente não haja conflito entre o interesse maior e os desejos individuais, quando este conflito ocorre, clamam-se razões que justifiquem a discrepância. E, se o representante, após julgar as razões, continuar contrário à sociedade, precisa oferecer razoável explicação por sua escolha.

Finalizando, Pitkin (1972) desenvolve que, desta forma, a representação política é antes um concerto público institucional que envolve várias pessoas, grupos e opera nos modos com que os concertos sociais se comportam em grande escala, não recaindo numa ação singular realizada por algum participante, e sim na estrutura global e funcionamento do sistema. É, portanto, uma ação independente dos interesses dos governados, com, todavia, uma postura sensível ao eleitorado, sem que esteja constantemente em conflito com seus desejos (PITKIN, 1972). Por fim, a autora acentua, igualmente, o desafio de se construir instituições que se comprometam com o genuíno interesse público, ao mesmo tempo em que se permaneça a postura crítica ante a tais instituições e aprendizados, com o fito de se mostrarem abertos a novas reformas.

6. Conclusão

Conforme apresentado ao longo do presente artigo, fez-se uma leitura da obra de Hanna Pitkin intitulada *The Concept of Representation*, publicada inicialmente em 1967, em que a autora analisa o conceito de representação perpassando diversas áreas do conhecimento, teorias e períodos históricos. O livro abarca a evolução do conceito em Roma e na Idade Média, culminando com o absolutismo hobbesiano e o desenvolver do Estado de Direito em Locke, prosseguindo para a representação tanto nas democracias indiretas quanto nos governos fascistas, estabelecendo as bases para o sistema proporcional nas eleições e a democracia representativa no Estado Constitucional.

Nesta fase conclusiva, ressalta-se que a representação política como forma de democracia resgata nos autores iluministas o fundamento contemporâneo. Em sentido estritamente formalista, Hobbes analisa o representante (autor) apenas no momento que precede a representação. Consoante o filósofo iluminista, representar seria a autoridade para agir em nome daqueles que pactuaram, sem a imputação de qualquer responsabilidade perante os governados. A falta de balizas para as ações do soberano estabelece um governo absolutista e longe do ideal democrático da atualidade, que em pouco se adapta à Constituição vigente.

A fim transformarem o representante inimputável em alguém que seja obrigado a prestar contas ao final do mandato, teóricos formalistas estabeleceram uma nova teoria para o instituto. Tal visão aponta o surgimento de obrigações perante o representante: a atividade de apresentar relatórios sobre suas ações. Todavia, ainda que seja uma tentativa de aprimorar o pensamento hobbesiano, não há em ambas qualquer sucesso a respeito das qualidades do representante, o que se espera que este faça durante sua atividade ou de que forma distinguir a boa da má representação — perguntas necessárias para se concretizar uma democracia representativa em que os cidadãos não sejam objetos passivos das atividades dos representantes; mas capazes de julgar e iniciar também suas próprias ações.

Com o objetivo de responder tais questionamentos, teóricos como Thomas Hare e John Stuart Mill estabeleceram que uma assembleia representativa deve se apresentar como reflexo da sociedade. Os representantes escolhidos (pelo voto, por amostragem, seleção aleatória, qual seja o critério adotado) têm o dever de informar e deliberar sobre as opiniões populares, inclusive das minorias. Com efeito, o sistema proporcional permite que o legislativo seja tal qual uma réplica da população, a exemplo de um quadro que remete ao seu objeto real.

Muito mais curioso, no entanto, é analisar o representante simbolizar a nação, como uma bandeira e o seu país. Ainda que ele esteja tornando presente algo que não está — a população —, essa simbologia nasce a partir da crença e significa que, enquanto o povo acredita que o líder estatal age representativamente, este tem maiores facilidades de governar e unir a nação para um fim específico. Quando tomada ao extremo, todavia, observou-se que desemboca no fascismo, dado que as marchas,

paradas e discursos afamados com o fim de criar um símbolo se tornam mais interessantes que a própria legitimação pelo voto.

Notou-se, destarte, na breve recapitulação, que cada autor apresenta um conceito sobre o instituto que em muito se apresenta conflitante com o de outros estudiosos — contemporâneos ou não. Assim como por diversas vezes a literatura trata ser um representante alguém que na realidade é um mero instrumento, ou então um ditador. A compreensão geral do conceito permite, portanto, estabelecer um aporte multifacetado e crítico, o qual comporta a construção de um saber dialético e que interaja com as diversas teorias, sabendo identificá-las e separar a representação do simples mandato imperativo.

Representação, nesse sentido, passa a ser uma atividade substantiva, que nasce do paradoxo entre governante vinculado a um mandato e um representante livre. O governo representativo deve, pois, atentar para os interesses gerais que em grande parte coincidirão com os desejos dos governados. Mas, quando não for possível adequar ambos, terá o representante liberdade para definir qual irá prevalecer, sem olvidar a responsabilidade por seus atos.

Bibliografía

- BOBBIO, Norberto (1988). Teoria e formas de governo. Brasília: UnB.
- (1992). O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo. Paz e Terra: São Paulo.
- CERRONI, Umberto (1982). Teoria do Partido Político. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas.
- COTTA, Maurizio (1986). Representação Política. In: Bobbio, Norberto ET al. Dicionário de Política. Brasília: UnB.
- DOMINGUES, Diana (Org.). (1997). A Arte no século XXI: A humanização das tecnologias. São Paulo: Editora Unesp. Disponível em: <http://books.google.com.br/> Acesso em 15 de agosto de 2010.
- DUVERGER, Maurice (1987). Os Partidos Políticos. Rio de Janeiro: Guanabara.
- FRIEDRICH, Carl J. (1975) Gobierno cosntitucional y democracia: teoria y practica em Europa y America. Madrid: Institutos de Estudos Políticos.
- HOBBS, Thomas (2000). Leviatã: São Paulo: Ícone.
- LOCKE, John (1998). Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes.
- MEZZARROBA, Orides (2004). Introdução ao Direito Partidário Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- MILL, John Stuart (1981). Considerações sobre o Governo Representativo. Editora Universidade de Brasília: Brasília. Tradução de Manoel Inocência de L.
- MONTESQUIEU (2003). Do Espírito das Leis. Martin Claret: São Paulo.
- PITKIN, Hanna F. (1972) The Concept of Representation. University of California Press: California.
- PLATÃO (2002). A República. Martin Claret: São Paulo.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (1995). O contrato social. São Paulo: Cultrix.
- SWABEY, Marie Collins (1937). Theory of the Democratic State. Cambridge: Harvard University Press. Disponível em: <http://books.google.com.br/> Acesso em 15 de fevereiro de 2010.
- VOEGELIN, Eric (1982). A Nova Ciência Política. Editora Universidade de Brasília: Brasília.
- O presente foi desenvolvido a partir de outro texto publicado com algumas imprecisões técnicas na obra Estado, Jurisdição e Novos Atores Sociais. São Paulo: Conceito, 2010, p. 69-86. Livro organizado por Orides Mezzaroba, Maria Aurea Barroni Cecato, Mônia Clarissa Hannig Leal e Mirta Lerena Misailidis.

Constitución Nacional. Vigencia y Reforma

POR MARIO H. RESNIK (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Comentario inicial. — III. Encuadre. — IV. Particularidades de la sociedad y de la Constitución Nacional. — V. Lenguaje y vida política. — VI. El concepto de “sistema político argentino”. — VII. Elementos de la ontogenia del sistema político argentino. — VIII. Algunas preguntas acerca del sistema político argentino. — IX. Algunas oposiciones de la historia argentina. — X. ¿Debate o seudo debate? — XI. Las reformas posibles en la Constitución Nacional. — XII. Bibliografía.

Resumen

Se adopta una aproximación propia de la Teoría General de Sistemas para ensayar reflexiones acerca de la vigencia de la Constitución Nacional y el debate que se suscita cuando se postula su reforma. Se sugiere quedadas las condiciones en que opera la Constitución Nacional dentro del sistema político, aunque se mantenga el texto originario de la norma, se encuentra en permanente proceso de adecuación a las cambiantes condiciones del ambiente o contexto del sistema político.

Palabras clave: Sistema político - Constitución - vigencia - reforma.

CONSTITUTION NATIONALE EN VIGUEUR ET RÉFORME

Résumé

On adopte une approche découlant de la Théorie Générale des Systèmes pour faire des réflexions sur la Constitution Nationale en vigueur et le débat suscité quand on propose de la réformer. On suggère que, les conditions dans lesquelles agit la Constitution Nationale étant établies dans le système politique, même si on maintient le texte originaire de la norme, il se trouve de façon permanente dans un processus d'adéquation aux conditions changeantes du milieu ou contexte du système politique.

Mots clés: Système politique - Constitution en vigueur - réforme.

I. Introducción

Me interesa contribuir a un debate institucional que se viene planteando con asiduidad en el mundo del universo político argentino. Como se sabe desde hace algún tiempo voces de relieve institucional del país han expuesto la deseabilidad de un cambio constitucional importante. El contenido que se atribuye a esa reforma varía según los abogados de su viabilidad y conveniencia. Algunas voces postulan la inclusión de normas que prevean la reelección indefinida de quien ocupe la posición presidencial. Otras, en cambio, han sostenido la conveniencia de reemplazar el régimen presidencialista (o neopresidencialista) por uno de tipo parlamentario. Mi propósito es encarar el tema desde un punto de vista metodológico particular, que vengo sosteniendo desde hace muchos años, el que se identifica con la teoría general de sistemas.

Por esa y otras razones, este trabajo pertenece más al género del ensayo que al de una disciplina con aspiraciones científicas. Por eso, no abundan las citas ni las referencias bibliográficas, aunque la mayoría de las afirmaciones que contiene se fundamenta sobre el pensamiento de autores reconocidos.

(*) Profesor regular de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido investigador del Instituto de Investigaciones Sociales y Jurídicas Doctor Ambrosio Gioja, UBA y publicado diversos trabajos sobre su especialidad, ciencia política y pedagogía.

II. Comentario inicial

Hasta aproximadamente medio siglo, era habitual que las cuestiones relativas a temas de la vida pública e institucional fueran abordadas en los medios periodísticos por profesores del entonces llamado “derecho político” y algunos de derecho constitucional.

Hoy la situación en los medios masivos de comunicación ha cambiado de manera drástica. Las opiniones que circulan por los medios periodísticos son emitidas, casi sin excepción, por profesores de derecho constitucional. Es insólito que se requieran las opiniones de profesores de teoría del Estado.

De manera cordial podríamos evocar al político que sostuvo que la guerra es un fenómeno demasiado importante como para dejarlo en manos de los militares. En esa línea podríamos aseverar que las cuestiones constitucionales son demasiado importantes para el funcionamiento del sistema político estatal como para reservarlos en exclusividad a los constitucionalistas.

III. Encuadre (1)

En esta presentación, el tema de la vigencia constitucional y de una eventual reforma de la Constitución Nacional se encuadrará desde una aproximación teórica propia del enfoque sistémico y de un Estado nacional considerado, por ende, como un sistema.

Cuando digo “sistema” lo digo en el sentido riguroso propio de la metodología propuesta por Ludwig von Bertalanffy (1973) y que fue introducida por David Easton (1973) en el área del conocimiento de la política.

A más de esa filiación metodológica, deseo declarar una creencia: cualquier disciplina —incluidas las sociales y jurídicas— que aspire al nivel de la científicidad, debe encontrarse consciente de los fenómenos y particularidades del lenguaje, así como de las valoraciones implicadas en las afirmaciones de la disciplina que se trate.

A mi juicio, pues, una exposición sobre cualquier tema de las ciencias sociales, se ve favorecida por la adopción explícita de una metodología que permita ordenar el conocimiento con congruencia terminológica y consistencia lógica. Así sucede con la adopción de la perspectiva sistémica. (2)

Esquema propuesto

¿Qué elementos ofrece una aproximación sistémica para una reflexión constructiva sobre la vigencia constitucional y la eventualidad de su reforma?

Se supone que las experiencias políticas pueden examinarse con una visión sistémica (propia de la teoría general de sistemas). La comprensión sistémica de un fragmento del universo implica asumir o aceptar varios puntos centrales.

De manera sintética, algunos de esos puntos son los siguientes.

(a) Todo sistema opera dentro de un ambiente, entorno o contexto.

(b) El ambiente que rodea al sistema político en examen gravita sobre el funcionamiento de ese sistema. En la terminología que se adopta en este escrito, “ambiente” equivale a lo que también se denomina “entorno” (por ejemplo, en Nohlen). En esta visión, el ambiente comprende el sistema de relaciones internacionales, los sistemas económicos y sociales.

(c) El sistema se encuentra en interrelación permanente con el ambiente. Los elementos del sistema se encuentran en interrelación permanente entre sí.

(1) Conf.: RESNIK, M. H. (2012).

(2) Sobre el enfoque sistémico aplicado a la teoría del Estado y extensible, por ende, a la ciencia política, v. RESNIK (1998).

En la terminología que se adopta en este escrito, “ambiente” equivale a lo que también se denomina “entorno” (por ejemplo, en D. Nohlen, 1998). En esta visión, el ambiente comprende el sistema de relaciones internacionales, el sistema económico y el sistema social.

- El sistema se encuentra en interrelación permanente con el ambiente. Los elementos del sistema se encuentran en interrelación permanente entre sí.

(d) La concepción sistémica presupone una ordenación jerárquica de sus elementos. Cuando se habla de sistema, se habla de organización.

- Una de las ideas centrales de la idea de sistema es el concepto de “equilibrio”. “Equilibrio” no entendido como una situación de inamovilidad, como a veces lo han pretendido algunos críticos de la aproximación sistémica. Se quiere significar que un sistema en funcionamiento busca con permanencia el mantenimiento del equilibrio. Cuando el sistema está vivo, la busca permanente de equilibrio deriva en una situación de equilibrio inestable. Un sistema funciona en plenitud cuando esa busca del equilibrio es continua y no pone en peligro la subsistencia del sistema.

- La adopción de una visión sistémica en los campos de la ciencia política o de la Teoría del Estado no significa que se deban abandonar los conocimientos adquiridos en esa materia. Por el contrario, una aproximación sistémica reconoce esos aportes, pero los reubica y resignifica dentro de la aproximación sistémica. La ciencia política y la Teoría del Estado han centralizado su interés en ciertos subsistemas que componen el sistema político; aquellos subsistemas que parecen haber tenido una relevancia especial para el mantenimiento del equilibrio de ese sistema.

(f) Los elementos que componen un sistema siempre son indicativos de una manera, forma o estilo de comunicación entre ellos y de ellos con el sistema.

(g) Esa comunicación significa que se registran mensajes permanentes entre los elementos del sistema entre sí y del sistema con el ambiente y viceversa.

(h) Uno de los elementos que se han considerado siempre como relevantes para la explicación de cualquier sistema político o estatal es la constitución. Es sabido que “constitución” es un vocablo de marcada ambigüedad. Es un documento literario, cuyo nacimiento tiene lugar en un espacio y un tiempo determinados. Es un símbolo del sistema político. Encarna valores filosóficos, políticos y sociales a los que se les asigna perdurabilidad en el tiempo, a partir de la sanción constitucional.

(i) Otro de los conceptos centrales de la Teoría General de Sistemas es el de “ontogenia”. Las características definitorias de un sistema se conocen a partir del conocimiento de la historia de ese sistema. Es el concepto expuesto por Giombattista Vico (1723): *la naturaleza de las cosas se conoce en su nacimiento*. En términos más sencillos, se quiere significar que un sistema político es también su historia. Lo mismo se puede afirmar de la constitución: es un producto de la historia del proceso político.

(j) Por fin, el sentido de la Constitución Nacional no se puede conocer y captar (=comprender) si se elude el conocimiento y la comprensión de su génesis. A los efectos de esta presentación, la Constitución Nacional es el producto de la confluencia de la experiencia histórica, de su evaluación y de una decisión política de proyectar un rumbo superior de las dificultades que condujeron al estado preconstitucional argentino. Es la expresión de la voluntad de una generación argentina de superar las contradicciones del pasado (en el siglo XIX). Pero también significó una elección valorativa, tendiente a incorporar a la Argentina a las corrientes de la modernidad y del progreso y brindar un amplio cauce a los cambios institucionales.

IV. Particularidades de la sociedad y de la Constitución Nacional

La comprensión del debate sobre la Constitución Nacional, su vigencia y su eventual reforma exige tomar conciencia de algunos fenómenos de la sociedad contemporánea y de su historia (=ontogenia).

La filosofía dedicó reflexiones importantes acerca del lenguaje humano. Pensadores de la significación de Platón lo hicieron, preocupación que exhibieron pensadores de nuestro tiempo. Pero a fines del siglo XIX y en el siglo XX las reflexiones sobre el lenguaje alcanzaron una dimensión importante con el pensamiento de Ferdinand de Saussure (1923), el padre de la lingüística moderna; con la escuela oxoniana del lenguaje común; con los trabajos de Ludwig Wittgenstein; con la gramática transformacional difundida por Noah Chomsky, entre muchos otros.

Un gran impacto en favor de la significación del lenguaje para la comprensión del pensamiento y de las relaciones entre los grupos y los individuos fue producido por un gran revolucionario del imaginario individual y social que fue Sigmund Freud, seguido por una pléyade de psicoanalistas.

En esa línea se quiere significar, además, que una comprensión cabal de cualquier fenómeno social o interindividual parte, de manera implícita o expresa, de una creencia: los fenómenos sociales no se explican por motivos racionales. Por el contrario, cualquier fenómeno social solo puede explicarse de modo satisfactorio cuando se toman en cuenta los factores racionales que han concurrido a su producción, pero también se computan las relaciones producidas a partir de la subjetividad de los actores del drama que se desarrolla dentro de los sistemas sociales.

Se quiere afirmar que la sociedad no es un entramado de relaciones producidas en exclusividad por la razón humana. También concurren a su formación elementos propios de la vida emocional de las sociedades, los grupos y las personas.

Emocionalidad por un lado; y fenómenos del lenguaje, por el otro, concurren a cimentar explicaciones razonables del acontecer del sistema político. Dentro de esos lineamientos se ha hablado de la existencia de una sociedad conversacional; de una sociedad en la que no solo juegan un papel importante los sucesos, sino también la forma en que esos sucesos se traducen en el discurso de los grupos. En ocasiones se malinterpreta esta concepción y se hace predominar al discurso por sobre la experiencia. En verdad, de lo que se debe tener conciencia es que existe el mundo de la experiencia, pero también de que a esa experiencia no solo se tiene acceso por intermedio de la percepción empírica, sino también por medio del discurso.

En lo que interesa para esta exposición, habría que decir que el sistema político es el producto de una visión que interrelaciona de manera estrecha la experiencia el lenguaje que se utiliza en la vida social y en especial en la vida pública.

V. Lenguaje y vida política

Debe tenerse en cuenta que el lenguaje humano no es un fenómeno lineal. Por el contrario, la del lenguaje es una cuestión compleja. En primer lugar, cualquier lenguaje humano reconoce varios niveles. Hay un espacio de lenguaje que no se constriñe al solo recurso de las palabras. Hay lenguaje humano no verbal; es el lenguaje de las actitudes.

Esto es, que el lenguaje humano no engloba solo palabras y tampoco se refiere solo al mundo del conocimiento. El lenguaje humano comprende conocimiento, actitudes y valoraciones. Las supone, expresa, enjuicia y modifica. Es más; puede sostenerse que el mundo que conocemos nace del lenguaje, aunque no sea solo del lenguaje. Porque el lenguaje es un sistema, pero no independiente del sistema social. Las condiciones perceptibles de la sociedad también son cuestiones mencionadas por el lenguaje y que lo modelan. Las experiencias empíricas nunca son solo experiencias empíricas; en algún momento de su acaecimiento son también experiencias lingüísticas, comunicables (Shotter, 1993).

Por eso deben atenderse con mucho cuidado las fórmulas verbales que circulen en el mundo de la experiencia política argentina.

No hay fórmulas lingüísticas que no expresen o conduzcan a experiencias análogas a las mencionadas en el lenguaje usual. Una fórmula verbal amable expresa una actitud pacífica e invita a una actitud

semejante. Una fórmula verbal agresiva es un indicio y una invitación. Es un indicio de una actitud personal; es expresión de valoraciones sociales y es una invitación a concretar en actos el discurso violento o agresivo.

Resulta, en ese orden de ideas, preocupante la utilización intensiva del pensamiento de pensadores que postulan la *belicización* del sistema político y de las relaciones que el sistema comprende, que se homologue la relación política estatal con las relaciones de exterminio que fueron habituales hasta el siglo XX. No me refiero a las prácticas bélicas, que continuaron siendo tan inhumanas como siempre; me refiero a los intentos realizados para recortar de las prácticas guerreras las actitudes aberrantes que, en verdad, son connaturales con la sustancia bélica. Me refiero a quienes homologan la relación política con la relación amigo/enemigo, propia de las guerras antiguas, pero que aun subsiste en los enfrentamientos modernos.

Esa recepción sucede en una cultura jurídica como la argentina cuando no se reconocen las raíces profunda de la historia de la nación argentina. De ahí, la necesidad de la referencia que se ha formulado a la ontogenia del sistema político argentino, esto es su historia y al mundo de valores que puede reconocerse en esa ontogenia.

Repito que cuando la teoría general de sistemas hace referencia al concepto de “ontogenia,” en este trabajo se hace referencia a la historia del sistema político argentino.

El tipo de pensamiento belicista a que se ha hecho alusión más arriba se ha recogido entre nosotros —como sucede en otros ámbitos culturales— para subrayar aspectos críticos del sistema político democrático liberal. Pero en general se ha descuidado computar las consecuencias que para la estabilidad o equilibrio del sistema político argentino tendría aceptar las ideas de esos pensadores. En otras palabras, se atiende a una suerte de ética de los principios y se desdeña las exigencias de una ética de la responsabilidad, para decirlo en términos sugeridos por el pensamiento de Max Weber.

La teoría del Estado difundida en la Argentina a partir de las primeras décadas del siglo XX es un producto de la cultura de habla alemana, una cultura que vivía por esos años experiencias muy diferentes de las vividas en la Argentina, al menos las experimentadas hasta esos años de la primera mitad del siglo XX. Sin embargo, desde entonces, los contenidos de la Teoría del Estado en los ámbitos jurídicos argentinos han continuado casi inamovibles hasta el presente.

Creo que, en muchos casos, cuando se plantean las cuestiones del orden constitucional, se atiende por lo general, al presente contingente y se descuidan los elementos pasados configurantes de nuestro presente.

VI. El concepto de “sistema político argentino”

Los conceptos teóricos valen por su congruencia lingüística y su consistencia lógica. Pero desde un punto de vista pragmático también se les puede pedir que sean útiles, esto es, conducente a mejorar el conocimiento de una determinada área científica.

De aceptarse ese criterio, y supuesta la validez del enfoque sistémico, es dable ensayar una conceptualización del sistema político argentino, dentro de los parámetros de esa teoría general de sistemas.

En otras palabras, que la experiencia política argentina habrá de entenderse como un sistema en su sentido estricto.

Todos los rasgos que definen el enfoque sistémico habrán de encontrarse en el sistema político argentino: las relaciones del sistema con el ambiente; las interrelaciones de las partes integrantes del sistema; la ontogenia, la entropía, el equilibrio, entre otras. Agrego los elementos simbólicos y lingüísticos de partes relevantes del sistema político. Debe reconocerse que en las presentaciones sistémicas habituales se dedica poca atención —en el caso de que se lo haga— a los elementos lingüísticos y a los componentes comunicacionales que operan sobre los elementos del sistema.

VII. Elementos de la ontogenia del sistema político argentino

Ha quedado dicho que cuando utilizo el concepto de “ontogenia” deseo significar los elementos históricos de todo sistema; aquello que en los sistemas humanos individuales es la biografía.

No hay sistema que pueda eludir su historia o desconocerla. Sin caer en un determinismo rígido, los elementos del pasado siguen pesando como recuerdo y condicionante del presente. Así como nuestro presente se encontrará presente en el futuro de los sistemas que integremos.

A fines del siglo XIX y principios del XX solían meditar los pensadores argentinos sobre características del sistema argentino que provenían de su ontogenia.

Uno de esos autores fue Juan Agustín García cuando formuló, en consonancia con el paradigma vigente en Argentina en su generación, la síntesis de esa concepción. La sociedad argentina se caracterizaba, en el pensamiento de J. A. García, por la creencia en la grandeza futura del país; el éxito económico como cifra del éxito en la vida; el culto del coraje y el desprecio por la ley. (3)

VIII. Algunas preguntas acerca del sistema político argentino

Desde una aproximación sistémica, los estudiosos del sistema político argentino deberían examinar algunos lugares específicos de ese sistema. (4)

Entre esos aspectos relevantes deberían apuntar al estado actual de las relaciones que vinculan entre sí los elementos del sistema político argentino, esto es los subsistemas diferentes que conforman el sistema político estatal.

Una segunda tarea consistiría en examinar la forma en que funcionan o contribuyen al mantenimiento del equilibrio del sistema político argentino y a aquilatar cuál de ellos pone en riesgo el mantenimiento del equilibrio de ese sistema político.

Una vez que se diseñe el cuadro, habrá que evaluar si se puede estimar que esos eventuales desequilibrios del sistema pudiesen imputarse a la Constitución Nacional.

Si la respuesta fuera, como lo creo, negativa, la oportunidad de reformar la Constitución Nacional en la actualidad no se encuentra presente, como dato relevante, para el mantenimiento del equilibrio del sistema político argentino.

IX. Algunas oposiciones de la historia argentina

Existen varias circunstancias históricas, propias de la ontogenia del sistema político argentino, algunos de los cuales valdría la pena recordar ahora y aquí.

Las sociedades humanas se caracterizan porque mientras están vivas siempre manifiestan momentos de conflicto. No es la existencia de conflicto lo que debería alarmar a los observadores y a los protagonistas de la vida política. Lo que debería convocar el interés de los estudiosos es la forma en que

(3) Un presidente argentino, ya en el siglo XXI, después de la gran crisis de 2001 y 2001, consideró que la Argentina se encontraba condenada al éxito. Además, una parte de la sociedad argentina —tal como sucede en las naciones de elevado desarrollo económico— vive pendiente de los símbolos del status, haciendo predominar el tener sobre el ser (para utilizar la expresión de Erich Fromm). Este rasgo es propio del sistema social engendrado en el sistema económico capitalista. El culto del coraje pervive en la historia actual de la Argentina. Se lo vivió en la década de 1970 y se lo actualiza en los enfrentamientos de las barras bravas del entorno del fútbol, a más de los episodios de violencia que enfrenta a policías y presuntos delincuentes. El desprecio por la ley es experimenta de manera agobiante, hasta configurar un rasgo del funcionamiento del sistema político, social y jurídico de la Argentina. Aunque en este tampoco la Argentina sería una excepción al estado de situación, si se repara en ejemplos de Estados como España, Italia y Japón. En la década de 1980 Carlos S. Nino tituló uno de sus libros recurriendo a ese concepto (Un país al margen de la ley).

(4) V: RESNIK (1998).

el sistema transforma esas situaciones de conflicto en situaciones que tiendan al mantenimiento del equilibrio inestable definitorio de cualquier sistema.

Es posible que el sistema sea apto para transformar las energías en conflicto en energías para la cooperación sistémica. Si el sistema tiene esas aptitudes, es posible pronosticar para el sistema un futuro de equilibrio inestable prolongado.

La historia del sistema político argentino ha sido pródiga en oposiciones en apariencia insolubles, pero que nunca condujeron a una desarticulación total del sistema político que comienza a erigirse a partir del 25 de mayo de 1810.

Muchos de esos conflictos antinómicos de la historia argentina con frecuencia fueron silenciados por medio de la fuerza o por la violencia.

Algunos de esos conflictos enfrentaron a los partidarios de la emancipación en contra de quienes pretendían prolongar la dominación colonial.

También se enfrentaron las ciudades contra los usos y costumbres de la vida rural.

En la historia argentina se contrapusieron republicanos contra monárquicos.

Y no se podría olvidar el disenso generado en torno de las doctrinas y prácticas federales y unitarias.

El sistema político argentino pudo encauzarse cuando una de esas oposiciones, en apariencia insoluble, encontró la fórmula de la síntesis en el pensamiento de la Generación de 1837. El concepto de "puente" triunfó sobre el concepto de "brecha" o el de "abismo".

X. ¿Debate o seudo debate?

Son llamativos algunos de los puntos que se encuentran en debate en la actualidad en la escena política argentina con respecto a la Constitución Nacional y su eventual reforma.

El tema de la eventual reforma de la Constitución Nacional en su versión de 1994 es presentado a veces como central en el conjunto de cuestiones que se despliegan en el discurso político.

Sin embargo, la cuestión de la reforma constitucional es bifronte. Por momentos se la esgrime como arma tendiente a asegurar la continuidad en el poder del grupo gobernante y es utilizada por los sectores opositores como una expresión de temores de los sectores a las políticas oficiales.

La reforma constitucional es un síntoma expresivo de lo que sucede en casi cualquier tema de interés público durante la década reciente. Toda cuestión se dramatiza de tal manera que no surgen ni se proponen puentes de entendimiento entre las posiciones contrapuestas.

No se trata de una peculiaridad argentina exclusiva de nuestros días. Este encono irrazonable entre las posiciones divergentes se acomoda de buena manera a un estilo argentino, que consiste en subrayar las diferencias, creando la sensación de que una sola posición en asuntos públicos es la legítima y todas las demás carecen del derecho de existir.

Así fue siempre en la Argentina, tal como lo ha sostenido Tulio Halperín Donghi (2013), desde los días posteriores a mayo de 1810. Y así siguió ocurriendo hasta nuestros días. Mucho antes de que se conociera el pensamiento de Carl Schmitt en torno de la relación política de amigo/enemigo, entre nosotros Joaquín V. González postuló una "ley del odio" para explicar el grado, profundidad e intensidad de los disensos de la historia argentina.

No resulta de extrañar, pues, que el planteo, la mera sospecha de que se postule la reforma constitucional suscite la aparición de un movimiento contrarreformista de alto voltaje.

Ello, pese a que la reforma constitucional expresa es una posibilidad cierta del texto constitucional.

Ello no impide que se formulen algunos interrogantes acerca de la reforma posible de la Constitución Nacional.

¿La experiencia argentina muestra que los procesos de reforma constitucional siempre se realizaron de la manera prevista en el texto constitucional?

En 1860 se concretó la primera reforma sobre el texto de 1853, antes de que expirara el término de diez años previsto por los constituyentes para que el texto permaneciese incólume. Exigencias políticas de aquel hicieron que se pasara por alto esa cortapisa y se concretara una reforma constitucional decidida fuera de los cauces de la propia constitución.

Los movimientos interruptores del orden institucional de 1930 y de 1943 tuvieron el sentido de movimientos que desconocieron las bases de la legitimidad del sistema representativo de la Constitución Nacional. En términos kelsenianos, tuvieron el sentido de alterar la norma fundamental del orden jurídico.

La reforma constitucional de 1949 fue objetada en su legitimidad por los opositores al gobierno justicialista del momento por razones procedimentales que a la distancia parecen débiles.

En 1956, un bando de la Revolución Libertadora, régimen de facto, desconoció la validez de la reforma de 1949 y sometió la cuestión a la decisión de una Convención Reformadora.

En 1957 se reunió esa Convención Reformadora, convocada por un gobierno de facto, sin que se pudieran cumplir las exigencias de la Constitución Nacional para la convocatoria a la Asamblea Constituyente. Pese a lo discutible de su legitimidad, las inserciones producidas en el texto histórico de 1853/60 no fueron objetadas y esas disposiciones son invocadas aun por quienes fueron opositores de aquel régimen irregular.

En 1972, el régimen de hecho de aquellos tiempos también reformó la Constitución Nacional, en especial en sus aspectos electorales y en la duración de los períodos presidencial y senatorial. Esta reforma contó con el aval de una comisión de importantes especialistas en los temas del derecho político y del derecho constitucional. Esta reforma no tuvo permanencia, al no ser ratificada por las autoridades constituidas a partir del 25 de mayo de 1973.

En 1994 se realizó una reforma constitucional encuadrada dentro de las pautas establecidas por la Constitución Nacional y como consecuencia de un acuerdo político entre el presidente Carlos Saúl Menem y el ex presidente Raúl Alfonsín. Aunque se introdujeron en el texto originario reformas de fondo, la opinión generalizada fue que esa reforma tuvo como objetivo principal permitir la reelección del presidente Menem para un nuevo período presidencial, lo que le estaba vedado por la prohibición originaria de la Constitución Nacional.

XI. Las reformas posibles en la Constitución Nacional

Llego ahora a la tesis que deseo sostener, sustentada sobre diversos datos y conceptos.

En primer lugar, que la expresión “Constitución Nacional” contiene una variedad de significados.

Uno de esos significados, se refiere al texto literario rotulado con esa denominación, “Constitución Nacional”, “el pedazo de papel” de que hablaba Ferdinand Lassalle.

En otro sentido es una declaración acerca de las potestades y competencia de los habitantes del Estado nacional, en sus relaciones mutuas y en sus relaciones con los poderes estatales.

En algún sentido, se definen los ámbitos de competencias de los habitantes y de los órganos del Estado nacional.

La Constitución Nacional también es un manual de funcionamiento de los órganos centrales del Estado Nacional. Define cómo operan y se interrelacionan entre sí esos subsistemas que componen el sistema constitucional.

La Constitución Nacional no agota su significado en su literaridad. Por el contrario, presupone aquello que históricamente se denominaba una “visión del mundo” y en términos actuales se podría llamar un paradigma.

También es el producto y resumen de las relaciones reales de poder al momento de su aprobación y un testimonio de la adhesión de los creadores de la Constitución a ciertos modelos institucionales vigentes al momento de su creación. Es una declaración de principios y traduce la decisión de insertar al Estado argentino dentro del paradigma constitucional representativo y liberal desde el punto de vista político. Todo con la suficiente plasticidad para que el sistema político argentino no se encontrara encorsetado dentro de un arnés de acero.

Antes de postular la puesta en movimiento del complejo conjunto de operaciones que podría demandar una reforma constitucional, cabría preguntarse cuáles son los aspectos de la actual Constitución que el sistema político argentino aspira a derogar y cuáles a echar en el olvido.

¿Es la reforma constitucional una demanda perceptible del sistema político argentino? En todo caso, se debería estar en claro respecto de los aspectos del diseño constitucional que se procurara desechar, cuáles conservar y cuáles introducir.

¿Aspira el sistema político a generar una Constitución Nacional que deseche el Estado de Derecho, cualquier fuera la ambigüedad del concepto? ¿El sistema político argentino demanda el reemplazo del régimen neopresidencialista por un régimen parlamentario? ¿Se ha evaluado si la adopción del sistema neopresidencialista ha respondido a elementos de la ontogenia del sistema político argentino? ¿Creemos razonablemente que un régimen parlamentario crearía condiciones más propicias para el mantenimiento del equilibrio inestable del sistema político?

¿Reposa en la Constitución Nacional el grado máximo de responsabilidad en el mantenimiento del equilibrio inestable del sistema político? ¿O el mantenimiento del equilibrio depende de otros elementos que hablan de la complejidad del sistema político, tal como se viene señalando de antaño en la reflexión sociológica acerca de la Argentina

Mi tesis es que cuando se trata de la Constitución Nacional, su adecuación favorable para el mantenimiento del equilibrio inestable del sistema político depende de la condición de texto lanzado hacia el futuro que tiene el documento constitucional.

Aunque no se la perciba con expresa claridad, es permanente el proceso de su reforma. Su reforma es permanente porque de manera pronunciada varían los sentidos de las palabras que conforman el texto constitucional. Y, por lo demás, no resulta posible una interpretación del texto constitucional que descuide que una constitución es un elemento de un sistema que se encuentra en permanente situación de cambio, tanto por los cambios en las relaciones entre los elementos que constituyen el sistema como por los cambios de las relaciones del sistema con el ambiente o contexto o entorno.

En consonancia con lo expuesto, a modo de síntesis, habría que concluir en que la reforma constitucional es una posibilidad siempre abierta para la decisión del sistema político, a la que solo debería recurrirse cuando se estuviese razonablemente seguro que de esa reforma dependa el mantenimiento del equilibrio inestable de ese sistema.

XII. Bibliografía

BERTALANFFY, Ludwig von (1973). *General System Theory. Foundations. Development. Applications*. Londres: Penguin Books.

DE SAUSSURE, Ferdinand (1916). *Curso de lingüística general*. Trad. española de Dámaso Alonso; numerosas ediciones a partir de 1940.

EASTON, David (1976). *Esquema para el análisis político*. Buenos Aires: Amorrortu. .

HALPERÍN DONGHI, Tulio (2013). *La Argentina y la encrucijada del mundo*. Buenos Aires: Ariel.

NOHLEN, Dieter (1998). *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica.

RESNIK, Mario Héctor (1997). *Estado y política. Una aproximación sistémica*. Buenos Aires: La Ley.
— (1998, 2012): *Paradigmas en ciencia política*; Buenos Aires, Eudeba.

SHOTTER, J. (1993): *Realidades conversacionales. La construcción de la vida a través del lenguaje*; Buenos Aires. Amorrortu.

VICO, Giambattista (1725). *Principios de una ciencia nueva*. Numerosas ediciones en español.

WITTGENSTEIN, Ludwig (1988). *Investigaciones filosóficas*. Madrid: Crítica.

Nota: un listado bibliográfico más amplio puede consultarse en Resnik (2012).

Derecho Procesal

La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio

POR **ROBERTO O. BERIZONCE** (*)

Sumario: I. El principio de precaución, su naturaleza, requisitos, alcances y límites. — II. La protección ambiental como tutela diferenciada sustantiva y procesal. — III. La protección ambiental como conflicto colectivo de interés público, estratégico o estructural. — IV. El principio de precaución en su perspectiva procesal. — V. La prueba científica de los elementos del principio precautorio. — VI. Conclusiones. — VII. Bibliografía. — VIII. Jurisprudencia consultada.

Resumen

El principio precautorio abordado desde una perspectiva procesal, ofrece matices singulares que se derivan de su necesaria articulación con las diversas técnicas propias de las tutelas procesales diferenciadas de los derechos fundamentales “sensibles”, entre los que se incluye el medio ambiente. Desde esa óptica, el principio precautorio incide particularmente en los conflictos colectivos de interés público, donde su operatividad está supeditada a la puntual acreditación de sus presupuestos mediante pruebas científicas cuya valoración corresponde al juez, como garante de la solución equitativa y ponderada que permita conjugar armoniosamente los derechos fundamentales en disputa en el proceso ambiental.

Palabras clave: principio precautorio — tutelas procesales — medio ambiente

INCERTITUDE SCIENTIFIQUE QUE LE BUDGET PRINCIPE DE PRÉCAUTION

Résumé

Le principe de précaution analysé d'un point de vue procédural, présente des nuances singulières qui proviennent de son articulation nécessaire avec les divers techniques des tutelles procédurales qui sont différenciées des droits fondamentaux “sensibles”, parmi lesquels, l'environnement. Dès ce point de vue, le principe de précaution a une grande incidence dans les conflits collectifs d'intérêt public, où son opérativité demeure subordonnée à démontrer l'existence de ses conditions par des preuves scientifiques, dont le juge établira la valeur dans son rôle de garantir une solution équitable et soignée; solution qui permette de conjuguer de façon harmonieuse les droits fondamentaux en litige pendant la procédure environnementale.

Mots-clés: principe de précaution — tutelles procédurales — environnement

“En el tiempo inmediato, en que seguramente las conquistas científicas nos deslumbrarán aún más, el Derecho deberá hacer un redoblado esfuerzo de superación de sus propios niveles, para no quedar inmovilizado y, al cabo, descompensado.”

Augusto Mario Morello (1999: 897)

(*) Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

I. El principio de precaución, su naturaleza, requisitos, alcances y límites

Nos proponemos, como expresa el título de este análisis, abordar tan solo ciertos aspectos que se nos antoja no suficientemente esclarecidos en la amplísima doctrina sobre el principio precautorio, genéricamente relativos a la incertidumbre científica y demás presupuestos que condicionaran su aplicación. Se trata de una mirada desde la perspectiva procesal que pretende contribuir a sustentar un principio que resulta esencial para la protección diferenciada y efectiva del medio ambiente y la salud pública, encarecido por los textos constitucionales y convencionales, tanto como en una creciente normativa derivada de éstos en el nivel supranacional.

Va dicho entonces que para ceñirnos a aquel objetivo, no es propósito adentrarnos, sino en todo caso, tener como punto de arranque los esclarecimientos y consensos que, en general, asienta la doctrina autorial sustantiva especializada y una consecuente jurisprudencia tribunalicia. Así, y más allá de ciertas disputas que perviven (1), parece atinado considerar que, a esta altura, estamos ante un principio que define el art. 4° de la Ley General del Ambiente n° 25.675 (LGA), cuyos requisitos o condiciones de aplicación derivan, precisamente de su texto. La precaución es a la vez un principio político y jurídico emergente del derecho internacional y los textos constitucionales (art. 41, CN) con profundas raíces en la legislación comparada y las propias decisiones de los tribunales transnacionales (2), que nace para brindar respuesta a los riesgos potenciales generados por la actividad científico-tecnológica en la “sociedad de riesgo” (3) y de riesgo global. (4)

Conforme al mentado art. 4° LGA, “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”. De modo que los requisitos de esencia para su configuración son: 1. la existencia de una situación de incertidumbre acerca de la peligrosidad misma de la cosa, generadora de un riesgo potencial. 2. la evaluación científica del riesgo, de la que resulte al menos sospechas científicamente fundadas de que el riesgo potencial es real. 3. la perspectiva de un daño grave o irreversible, en tanto las restricciones que se derivan solo estarán justificadas si los posibles perjuicios resultantes de un determinado producto o actividad tengan una magnitud tal que hagan preferible abstenerse de ellos y buscar alternativas más seguras. (5) O, si se prefiere, porque no es sustancialmente distinto, tales elementos pueden reducirse a solo dos: la incertidumbre científica y el nivel de gravedad del daño, en tanto la exigencia de evaluación científica del riesgo se puede considerar inserta en el elemento de incertidumbre científica como en aquel otro de la magnitud o gravedad del daño. (6)

Va entendido, igualmente, el dilatado ámbito de aplicación del principio que nos ocupa, enmarca genéricamente en la protección del medio ambiente y la salud y con operatividad, entre otros, en sectores tan significativos y complejos como los propios, v. gr., de la peligrosidad de los campos eléctricos, magnéticos o hidromagnéticos, de los productos transgénicos, de los materiales radioactivos,

(1) Por limitarnos a las más recientes, p. e., los contrapuntos tan filosos entre quienes discrepan sobre tópicos viscerales como la científicidad o no del propio principio precautorio, su utilidad o inconveniencia en términos económicos y de sustentabilidad, y aún sus condicionantes ideológicos y valorativos. Véase Prieto Molinero R. J. (2011:943) y su réplica en Bestani (2012:893).

(2) Véase MORELLO, A. y CAFFERATTA, N. (2004:43 y ss.); ANDORNO R. (2002:1326); ídem (2003:962 y ss.); CAFFERATTA, N. (2004: 1202 y ss.); ídem (2006: 1142 y ss.); GOLDENBERG, I. y CAFFERATTA, N. (2002: 1142 y ss.); FALBO A. (1995: 976); ídem (2003: 1246); ídem (2005: 501 y ss.).

(3) Véase BESTANI, Adriana (2012: 893).

(4) La generación de “riesgos globales”, los que provienen de situaciones de emergencia planetaria, entre ellos el cambio climático y la afectación catastrófica del ambiente en general, se ha sostenido, plantea la necesidad de encarar acciones políticas transfronterizas y, aún, la construcción de una forma cosmopolita de estatalidad (Beck, 2008: 98-102).

(5) Véase ANDORNO, R (2002: 1332-1333).

(6) Véase BESTANI, A. (2012: 893); ídem (2011: 11 y ss.).

o ya las consecuencias derivadas de la emisión de efluentes líquidos, gaseosos y en general residuos contaminantes del ambiente natural, o de la explotación o erosión intensiva de los suelos, la deforestación y en general los ataques nocivos de la biodiversidad; y un largo etcétera.

Por otro lado, la doctrina ha identificado otros elementos calificados de “accesorios” (Andorno, 2002: 1333-1334) y que, en realidad, constituyen singularidades o técnicas del procedimiento administrativo y, sobre todo, jurisdiccional y de la propia decisión que lo coronan. De ese cariz participan en punto a las técnicas procesales, las reglas particulares sobre la carga de la prueba, su inversión y la concepción dinámica al momento de su evaluación; la operatividad decisiva de las medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en general y, sobremanera, de la vía del amparo colectivo. Y, en cuanto al pronunciamiento en sí mismo, las connotaciones que se derivan de la propia materia que constituye su objeto y de las finalidades públicas superiores de interés general que lo condicionan, que imponen formalidades y sobre todo contenidos decisionales típicos, en línea de sentido con los postulados y exigencias de la democracia deliberativa, y aún participativa, a través de la jurisdicción. Tanto como los previsibles conflictos con los poderes políticos, propios de un mayor activismo judicial, con su correlato de intervención en las políticas públicas.

Si bien se ve, desde esta atalaya parece claro que en verdad el proceso ambiental en general, y dentro de él la aplicación del principio precautorio, con todos sus consecutarios ya señalados, participa de los caracteres de aquellos que se vertebran para asegurar los derechos y situaciones de tutela diferenciada. Y, por otro lado, no se diferencia sustancialmente de los denominados conflictos colectivos de interés público (7), estratégicos o estructurales. (8) En todo caso, resulta útil el enfoque bajo tal óptica para poder contribuir, al cabo, a desentrañar las singularidades propias del mentado principio precautorio, tanto como su operatividad.

II. La protección ambiental como tutela diferenciada sustantiva y procesal

1. Que contemporáneamente el proceso jurisdiccional se erige como un espacio privilegiado para la búsqueda y consecución de las soluciones compositivas de los conflictos de interés general, es un novedoso fenómeno político propio del Estado Constitucional de Derecho. Paradójicamente es el proceso civil, ahora reformulado como tal desde sus propias bases, el instrumento que bajo nuevas y remozadas reglas, se reconvierte para satisfacer las exigencias de una conflictividad que pasa, cada vez más y de modo más acentuado, por lo colectivo. Y con ello, en primer lugar, el propio rol del juez, ensalzado y promovido a un primer plano por la necesidad de un activismo conciente y prudencial imprescindible para asegurar la efectiva protección de los derechos, singularmente “sensibles”. En ese marco, el juez asume alternativamente inéditos, complejos y superadores roles de “acompañante”, “gestor”, “controlador”, ejecutor del interés general comprometido en cada caso, preservación del medio ambiente, protección de la competencia y de los consumidores y usuarios, del interés superior del niño, de la institucionalidad democrática y republicana, etc.

Claro que semejante protección diferenciada se deriva de los propios principios y valores de rango supremo, bajando a la legislación infraconstitucional que entreteje reglas y procedimientos “de acompañamiento” sustantivo y procedimental. Pero siempre, por la propia y natural condición principista de los preceptos superiores, queda un ancho margen de dilatados espacios abiertos a la interpretación judicial supletoria, subsidiaria e “intersticial” (Carnelutti), que posibilita a los jueces, a través del control de constitucionalidad-convencionalidad, la asunción en plenitud de la función de garantía en confrontación, a menudo, con las funciones de gobierno propias de los poderes políticos. (9)

(7) Nos permitimos remitir a nuestros aportes anteriores: BERIZONCE, R. (2011: 69-100); ídem (2012: 481 y ss.).

(8) La bibliografía es extensa: CAPPELLETTI (1976:643). Asimismo CAPPELLETTI y GARTH (1983: 58 y ss.); CHAYES (1976: 1281); FISS (1979: 1); asimismo de este último autor: *The law as it could be*, 2003 (versión castellana: *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007, trad. E. Restrepo Saldarriaga, que seguimos aquí); SABEL y SIMON (2004: 1019).

(9) Véase ZANETTI JR. (2011: 33 y ss., especialmente, 42-43). Hemos desarrollado estos principios en *Procesos de interés público y función de la garantía...*, ob. cit., pp. 481 y ss.

Se articulan de ese modo verdaderas y propias *tutelas diferenciadas, preferentes y privilegiadas* de ciertos derechos y situaciones que se enaltecen desde la visión valorativa constitucional-concencional (arts. 41, 43, 75 inc. 22 y 23, C.N. etc.), que abarca genéricamente a los “nuevos derechos y garantías”, principalmente los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC). Ahora bien, semejantes tutelas diferenciadas se concretizan no solo con los preceptos sustantivos sino, también y especialmente, a través de principios, técnicas, reglas y procedimientos típicamente procesales, incluyendo las propios de la organización judicial. Se trata de los genéricamente denominados *derechos o garantías fundamentales materiales y formales de la organización y el procedimiento*, destinados a la realización y aseguramiento de los (demás) derechos fundamentales (Alexy, 2002: 454-459), y que se resumen en el derecho a la *tutela judicial eficaz y eficiente*, la eficaz prestación de los servicios de justicia, que proclama el art. 114, párrafo tercero, apartado 6° *in fine*, C.N.

El catálogo de las novedosas técnicas orgánico-funcionales y procesales comprende un amplio abanico instrumental que confluye bajo aquel derecho fundamental, y se despliega en un menú abierto. Así, la creación de fueros especializados, algunos ya existentes —laboral, previsional, de familia y menores, etc.—, o propugnados por las opiniones autorales —de consumidores, ambiental, etc.—. O, específicamente en cuanto las técnicas procesales, aquellas relativas a la amplificación en general de los poderes del juez, sea en la dirección y gestión, cuanto en la preparación e instrucción del trámite, incluyendo los alcances y modalidades de la protestad decisoria y la ejecución del pronunciamiento; o ya el auspicio de las soluciones autocompuestas en sus diversas modalidades; o el cuidado del acceso irrestricto a la jurisdicción; o, en correlato con el mayor protagonismo del órgano, la paralela acentuación de los deberes de colaboración de las partes, sea en la información de los hechos y la aportación probatoria, incluyendo la carga dinámica o interactiva de las pruebas; al igual que la atenuación del principio preclusivo, para posibilitar la preclusión elástica de las deducciones; o la flexibilización de los principios procesales de legalidad y de congruencia. Sin olvidar la recurrencia a las técnicas de sumarización del proceso en general, o las tutelas anticipatorias y urgentes, los mandatos preventivos y la imposición de acciones positivas. Y aún, con particular relevancia, la operatividad revaluada del amparo y, dentro de su trámite, de las medidas cautelares, anticipatorias y urgentes.

Por último, para completar el cuadro teórico-dogmático de las tutelas procesales diferenciadas, habrá que reparar en una de sus características más típicas: la emergencia de un conjunto inacabado de nuevas técnicas y procedimientos más adecuados y funcionales, aunque casi siempre heterodoxos, lejos de estar agotada permanece abierta y disponible para la continuidad de una búsqueda incesante. Sea por vía del perfeccionamiento de nuevos métodos y “montajes” procesales, ya por su propagación y “derrame” recíproco, en un movimiento de traslación hacia y desde los varios segmentos de la litigiosidad sobre derechos y situaciones de tratamiento preferenciado. Así ha acaecido ya, v. gr., respecto de la amplificación de los poderes del juez, que fue migrando desde el proceso laboral al previsional, al de familia y menores; y desde allí a los procesos colectivos de consumidores, ambiental y coetáneos. En ese movimiento continuo, inversamente, técnicas novedosas gestadas para atender la tutela más eficiente de los derechos sensibles refluyen y se trasladan, casi siempre por virtualidad de la jurisprudencia, hacia el proceso común de cognición; así, por caso, la morigeración de los principios de preclusión o de congruencia.

2. En definitiva, semejante visión permite insertar la protección procesal de los derechos del ambiente en un “microsistema” más amplio, genérico y abarcador, cual es de la tutela de los nuevos derechos fundamentales “sensibles”. Enfoque recíprocamente enriquecedor, favorable y de apertura para la interpretación más certera y rendidora de las propias, y desde luego insuficientes, reglas procesales de la legislación ambiental. Todo el arsenal de las técnicas y procedimientos típicos del sistema de protección de aquellos genéricamente denominados “derechos sensibles”, ya referidos, pueden resultar de particular utilidad para la interpretación más funcional y creativa de las reglas de la LGA y de los ordenamientos provinciales.

III. La protección ambiental como conflicto colectivo de interés público, estratégico o estructural

1. El reclamo de tutela medioambiental, es bien sabido, genera y deriva de común en típicos y singulares *conflictos de interés público, estratégicos o estructurales* (10), novedosa categoría sobre la que ha labrado entre nosotros calificada doctrina. (11) Varios de ellos, por su parte, han ocupado la atención de la CSN y diversos tribunales inferiores. Baste memorar el *habeas corpus* colectivo y correctivo promovido por el CELS (12); “Lavado Diego J. y otros c. Prov. de Mendoza y otros” (13), ambos sobre la situación de detenidos en establecimientos carcelarios; en materia ambiental, “Beatriz Mendoza” (14), todos de la CSN; o “Acuña María Soledad c. Ciudad de Buenos Aires,” amparo colectivo que versara sobre la situación de los pacientes alojados en el Hospital Neuropsiquiátrico Braulio Moyano de la Capital, decidido por la Cám. Nac. Cont. Adm. y Trib., CABA, Sala I. (15) La nómina continúa, como es sabido, y se enriquece de modo permanente.

Los litigios de interés público involucran derechos fundamentales colectivos y se caracterizan por ciertas notas típicas: a) el *activismo procedimental* y la *dilatación de los poderes del juez*, tanto en el comando y dirección del trámite, cuanto a la instrucción probatoria y aun a los alcances de la decisión; b) el *método dialogal* impulsado por el tribunal, que arbitra en un marco de amplia transparencia de los procedimientos, en el que “expone” a las partes —habitualmente entidades de la sociedad civil, públicas, corporativas- comprometiéndolas en la búsqueda de soluciones consensuadas. Diálogo público que se enriquece con la eventual intervención de terceros, *amicus curiae*; c) la singularidad de la decisión, conformada por sucesivos pronunciamientos que se proyectan hacia el futuro, asumiendo una función “remedial”, tendiente a la modificación “estructural” de las organizaciones burocráticas involucradas y, de ese modo, lograr la satisfacción en concreto de los derechos fundamentales involucrados; d) el cumplimiento o la ejecución pasa a constituirse en una etapa de continua relación entre el tribunal y las partes, anudándose un vínculo de supervisión a largo plazo de instrucciones fijadas en términos más o menos generales, y en última instancia, de resorte de la administración obligada, aunque en el marco de una “microinstitucionalidad” diseñada por aquél. (16)

2. Según se ha señalado certeramente (17), la evolución de los remedios estructurales ha representado una suerte de abandono, en las decisiones judiciales, de las regulaciones prescriptivas de *ordenar —y controlar—*, en tránsito hacia lo que se denomina una *intervención experimentalista*. Se institucionaliza, de ese modo, un verdadero proceso de aprendizaje y reconstrucción continua.

Claro que la intervención activa de los jueces, a través de la herramienta operativa del control de constitucionalidad-convencionalidad para la tutela de los derechos fundamentales, implica casi siempre su participación, de un modo u otro, en las políticas públicas, lo cual conduce a la ardua cuestión de sus alcances y límites. (18) Parece claro que, en esa misión superior, la virtud de la prudencia debe guiar a los jueces para evitar inmiscuirse indebidamente en la configuración de las políticas públicas, invadiendo esferas de poder por principio reservadas y propias de los poderes políticos. El Poder Judicial no tiene la tarea de imponer políticas públicas, sino de confrontar el diseño de las

(10) Véase supra nota 8.

(11) LORENZETTI (2010: 18, 163 y ss.); BERGALLO (2006: 1165 y ss.); COURTIS (2006: 1215 y ss.); UCÍN (2009: 329 y ss.); Abramovich (2009: 443 y ss.); Thea (2010: 309).

(12) Véase “Verbitsky Horacio s/hábeas corpus”, en Fallos: 328:1146. Asimismo véase BERTOLINO (2009: 425 y ss.) y GULLCO H., Garantías en el proceso penal, en ADC (2008:314-324).

(13) Véase Fallos: 329:3863; 330:111; 330:1135. Un análisis pormenorizado del tratamiento del caso puede verse en GULLCO, H., ob. cit., pp. 324-326.

(14) Véase el caso en Fallos: 329:2316.

(15) Respecto al caso “Acuña, María Soledad c CABA”, del 23/12/08, véase la nota de THEA (2010: 309).

(16) LORENZETTI (2010: 185-186).

(17) Véase SABEL y SIMON (2004: 1019). Asimismo, BERGALLO (2006: 1165 y ss.).

(18) Véase bibliografía citada supra en nota 9.

asumidas por tales poderes políticos con estándares jurídicos aplicables y —en caso de hallar divergencias— reenviar la cuestión a los poderes competentes. (19) Aún, en los conflictos de interés público, las proyecciones de las decisiones judiciales deben ser cuidadosamente sopesadas y confrontadas de cara a sus consecuencias previsibles. En ese delicado equilibrio, el rol judicial no está encaminado a sustituir la voluntad de las mayorías sino, en todo caso, a asegurar los procedimientos a través de los cuales se expresan, sosteniendo las reglas de juego institucionales. (20)

3. Lo que aquí nos interesa subrayar, entonces, es que más allá de todas las singularidades de la tutela ambiental, cuando se genera una contienda colectiva de interés público son las reglas y procedimientos típicos de esta categoría de litigios los que se aplican. No porque se trata de un conflicto ambiental, sino porque se está frente a un conflicto estratégico o estructural.

La búsqueda de la armonización de los valores en juego mediante un juicio de ponderación razonable, tanto como los procedimientos y reglas propias de la democracia deliberativa, o los principios de información pública, transparencia y control, son típicos y genéricos de los conflictos colectivos de interés público. Confluyen, en última instancia, para la legitimación de la judicatura y su alta misión institucional. También los ha aplicado la CSN, entre otros, en el caso de las familias “en situación de calle”. (21)

IV. El principio de precaución en su perspectiva procesal

1. Lo hasta aquí señalado permite ahora avocarnos al análisis del principio precautorio en sentido estricto, en clave procesal, para desentrañar su singular contenido y requisitos de operatividad. Ello supone enfocar el núcleo esencial de los elementos y requisitos que lo configuran, dejando de lado aquellos ingredientes “accesorios” que, como quedó demostrado, en realidad no son típicos del principio, ni siquiera del proceso ambiental, sino más propios de las denominadas tutelas procesales diferenciadas y sus técnicas específicas; y aún, de la conceptualización de los conflictos colectivos de interés público como conjunto de reglas, técnicas y procedimientos a través de los cuales se articula la tutela de los derechos fundamentales colectivos, en general.

2. Ciñéndonos entonces a los aspectos estrictamente procesales que convergen para la operatividad del principio de precaución, conviene subrayar en primer lugar que la tutela judicial preventiva o inhibitoria sustantiva se materializa en el proceso judicial a través de la adopción de “medidas eficaces” típicamente anticipatorias, con la finalidad sea de prevenir o evitar el daño ambiental o a la salud, ya de evitar el riesgo cuando el daño se avizora como probable. Ahora bien, tales pretensiones pueden canalizarse por diversas vías: a) proceso de cognición plena, plenario ordinario o abreviado; b) amparo o proceso sumarísimo (ley 11.723, Provincia de Bs. As. y similares); y aún la acción declarativa de certeza (art. 322, CPCN), o acción declarativa originaria de inconstitucionalidad (por caso, en Provincia de Buenos Aires); c) medidas cautelares, anticipatorias materiales y urgentes, actuadas como autónomas (22) o dentro del marco de cualesquiera de los tipos procesales anteriormente mencionados. Claro que la vía del amparo ambiental preventivo se erige en el instrumento más adecuado

(19) ABRAMOVICH (2009: 449).

(20) LORENZETTI (2010: 243-244).

(21) Véase el caso “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, del 24/04/2012 y nota de Gil Domínguez (2012: 385)

(22) La CSN ha sostenido que cuando se petitiona la protección del ambiente basada en el principio de protección o de precaución, no se trata de una medida cautelar sino de un proceso urgente autónomo y definitivo (causa “Mendoza Beatriz c/Estado Nacional y otros” del 08/07/2008). En realidad, que la sentencia resulta equiparable a definitiva a los fines del recurso extraordinario, no transforma según entendemos el carácter provisional de la propia medida. Se trata de resoluciones jurisdiccionales precarias, condición de esencia que no se altera aun cuando se admita que a menudo tienden de hecho a ordinarizarse (doctrina de CSN, 22/5/2012, “Grupo Clarín S.A. y otros, s/medidas cautelares”, consid. 8º). Ulteriormente, el propio Tribunal, por mayoría, desestimó el recurso de queja contra un pronunciamiento que acogiera una cautelar en relación a la instalación de un electroducto de alta tensión, considerando que tal resolución no revestía el carácter de definitiva o equiparable. La minoría estimó que

para la cesación del daño por su singular naturaleza y a condición, naturalmente, que concurren sus presupuestos típicos (Safi, 2012: 127 y ss., especialmente 142-145). Las cautelares materiales anticipatorias, bien que tan solo confieren virtualidad interina, provisoria, de cualquier manera son especialmente aptas para el logro de la tutela material inmediata. De modo que, en los hechos, y al margen de la necesidad de articular más afinadamente el régimen de tales tutelas con aquel del amparo y aún del propio proceso de cognición, es lo cierto que se han convertido en uno de los conductos más rendidores. Máxime la potestad judicial de decretarlas oficiosamente en el marco del art. 32, LGA.

Las cautelares anticipatorias materiales, potenciadas por el principio precautorio, es bien sabido están recibiendo creciente acogida en la jurisprudencia, comenzado por la CSN a partir del caso "Salas Dino" (23), y otros tribunales de grado. (24) Precisamente, en las más recientes decisiones del Alto Tribunal pueden encontrarse pautas de interpretación, aunque no siempre compartidas unánimemente, que por su riqueza devienen de particular utilidad para la configuración del contenido mismo, los requisitos que lo integran y, a la postre, la operatividad del principio precautoria en el marco de las "medidas eficaces" a que alude el mentado art. 4 de la LGA (Bestani, 2011: 11).

3. En los conflictos ambientales resulta apodíctico que la demora en la tutela "consume" el bien protegido (Lorenzetti, 2008:160), de modo tal que la persistencia de la situación genera *per se* un daño que debe ser remediado rápidamente e *in natura*, incluso de oficio, cuando concurren sus presupuestos básicos.

La operatividad del principio de precaución requiere de la configuración de dos ingredientes esenciales: a) la existencia de una situación de incertidumbre científica, comprensiva de la evaluación científica del riesgo, y b) la magnitud del daño, que debe ser grave e irreparable.

a. Debe configurarse un riesgo potencial que proviene de la peligrosidad misma de la cosa, producto o actividad, lo que acaece cuando la relación o nexo causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido aún científicamente comprobado de modo pleno. La incertidumbre, asimismo, presupone que existan, al menos, sospechas también científicamente fundadas de que el riesgo es real y no imaginario o infundado (Andorno, 2002: 1332-1333) Han de ser sospechas sustentadas en hipótesis científicamente plausibles, con suficiente virtualidad de poner a prueba las tesis existentes. (25)

En la base misma del concepto de incertidumbre se aloja el postulado actual que preconiza la propia falta de certidumbre como ingrediente del conocimiento científico, como parte esencial de la naturaleza de los descubrimientos científicos. La idea moderna de progreso y de progreso indefinido está puesta severamente en cuestión, y aún superada por un nuevo contexto de duda e incertidumbre científica, en el cual las creencias son solo contingentes y provisorias. (26) Allí encuentra sustento lo que se ha considerado "una nueva filosofía de la seguridad", frente a la desaparición de los modelos científicos de "causa-efecto", fuertemente confrontados por conceptos como el de teoría del caos, de ciencia de los fenómenos no lineales, etc. De ello se deriva, en última instancia, el formidable reto de búsqueda de nuevos marcos científicos de referencia y el consecuente compromiso de actuar sobre bases científicas más sólidas y rigurosas.

mediaba sentencia definitiva pues recaía en un "proceso urgente autónomo y definitivo" (CSN, 28/9/10, "Alarcón Francisco y otros c/ Central Dock Sud S. A. y otro." Recurso de hecho).

(23) Ver fallos de CSJN, correspondientes a Salas, Dino y otro c/Provincia de Salta y Estado Nacional s/amparo de fechas 29/12/08 y 26/03/09.

(24) C.Fed. La Plata, Sala III, 25/10/07, La Ley, 2008-E, 602; SCBA, 19/5/98, LLBA, 1998-1314; 19/3/03, J.A., 2004-II, p. 327; C.Fed. B.Blanca, 17/3/99, J.A., 1999-III, p. 247; entre otros.

(25) Véase BESTANI (2012: 893) y allí nota 14. En contra: GOLDENBERG y CAFFERATTA (2002: 1142), para quienes no cabe descartar una evaluación "no científica" del riesgo.

(26) Así, se ha planteado si "¿resultarán ser duraderas las actuales ortodoxias en cosmología, en física o en biogenética? Aunque de manera infrecuente, incluso las matemática requieren revisión: ciertos axiomas euclidianos están, en el sentido más amplio, refutados por las geometrías no euclidianas" (STEINER, 2004: 166).

El interrogante principal asienta, entonces, en cómo instalar y asegurar en el proceso judicial semejante exigencia, lo cual nos conduce a la demostración del factor constitutivo de la incertidumbre científica, y por correlato, del de la evaluación del riesgo. Hemos de volver, entonces, a la cuestión visceral de la científicidad de la prueba.

b. En cuanto al restante requisito de la perspectiva de un daño grave e irreversible, se trata de acreditar —también mediante prueba científica— la especial gravedad de los daños temidos, así como su carácter irreversible actual o futuro, cuando el efecto del producto o actividad en cuestión no se manifiestan de modo inmediato pero sí a mediano o largo plazo por su residualidad. Se trata de riesgos potenciales, por la incertidumbre científica que existe acerca de los posibles daños derivados, p. e., del cambio climático, productos transgénicos, telefonía móvil y un largo etcétera. La sospecha de daño naturalmente ha de ser fundada y se basará siempre en hipótesis científicamente demostradas y plausibles; de ahí que se aluda a “sospechas científicas razonables de daño” (Bestani, 2012:893).

V. La prueba científica de los elementos del principio precautorio

1. Ha de convenirse que el núcleo central del debate acerca del principio de precaución pasa por el concepto mismo de falta de certeza. ¿A qué va referida la falta de certeza?, ¿cómo se evalúa la “razonabilidad” o “la proporcionalidad”, si dada la incertidumbre en la que se opera no se cuenta con datos fiables? (Prieto Molinero, 2011:943). Estos interrogantes y otros similares pueden encontrar respuestas adecuadas, nos parece, en el proceso judicial, en la medida en que en los casos recurrentes las decisiones sean adoptadas con suficiente sustento en pruebas científicas.

a. Claro que, ya desde el principio, conviene prevenir y colocarse en guardia ante la escalada siempre ascendente del rol que los expertos asesores técnico-científicos (peritos, academias científicas) desempeñan en el proceso judicial, fenómeno que no puede implicar menoscabo de los poderes jurisdiccionales de decisión, que desnaturalizaría la garantía del debido proceso. Un vaciamiento semejante implicaría consagrar —como se ha afirmado (27)— una suerte de “autoritarismo tecnocrático”, el montaje de un “laboratorio” dominado por la técnica y neutro respecto de los valores que están en juego y en los cuales, a través del incanjeable pronunciamiento del juez, se reflejan las vivencias prevalecientes en la sociedad. Si bien no puede exigírsele que posea una ciencia superior a la del perito, de todos modos está en condiciones de *controlar el grado de aceptabilidad* en el plano del conocimiento común de los nuevos métodos científicos, o bien la racionalidad del procedimiento seguido por los expertos. La decisión no depende entonces de los criterios técnicos que manejan éstos, sino del propio convencimiento razonado del juez. En ese marco se identifica a la prueba científica como un argumento de prueba de características particulares y calificadas. (28)

b. El mayor desafío del juez será discernir entre la verdadera ciencia y la pseudociencia, la ciencia “basura” (*junk science*), lo cual se presenta como vital y acuciante cuando se está ante *procesos complejos* (29) como lo es, entre otros, el ambiental.

La cuestión más relevante pasa a ser entonces el uso correcto de los conocimientos científicos y, en particular, la selección de conocimientos y métodos verdaderamente dotados de validez científica, útiles al logro de los resultados perseguidos. Se trata de evitar el riesgo de que la decisión se nutra y sustente en “mala ciencia” o en seudo ciencia privada de validez en relación a las finalidades de aquélla.

(27) Véase DENTI, V. Estudios de derecho probatorio (1974:301-302); del mismo autor ver Significado de la expresión “cientificidad de la prueba” (1972:498-499); TARUFFO, M. Sentido común, experiencia y ciencia en el razonamiento del juez (2006:107 y ss.).

(28) Véase VERBIC, F. (2008:37-45); WATANABE, K. (2012:193 y ss.) La complejidad del proceso ambiental asienta en la alegación de su lesión, su demostración y evaluación, con la particularidad de que la decisión supone casi siempre el control de una política pública por el Poder Judicial (WATANABE, 2012:194-195).

(29) MORELLO, A. M. (2004: pássim); WATANABE (2012:193-194).

c. En nuestro derecho, a diferencia del sistema probatorio anglosajón, el momento de la selección y apreciación del valor de todas las pruebas, también las científicas, se concentra al tiempo del decisorio. La inadmisibilidad temprana de los medios de comprobación queda restringida a supuestos de ilegalidad, al margen de los cuales la regla es la admisibilidad más amplia.

En ese marco, cabe diferenciar (a) la *pericia científica lato sensu*, que integra un área que sobrepasa las posibilidades estándar del conocimiento común, comprensiva de una “competencia” para comprender el fenómeno, leer el registro y extraer el hecho de éste (Falcón, 2003:66), y (b) la *pericia stricto sensu* de conocimientos y operaciones científicas altamente especializadas (Taruffo, 2002:468), regulada en nuestros ordenamientos como informes (art. 475, CPBA) o consultas científicas o técnicas (art. 476, CPN). A lo cual cabe agregar la previsión puntual del art. 33, LGA, que asimila los “dictámenes emitidos por los organismos del Estado” sobre daño ambiental, a los informes periciales, desde su agregación al proceso y sin perjuicio del derecho a impugnarlos que cabe a las partes. Estos últimos, en realidad, constituyen actuaciones administrativas a las cuales se reconoce valor probatorio *per se*, aún prescindiendo de la intervención en aquella sede de las partes del proceso judicial, bien que queda a salvo el contradictorio en éste; y naturalmente, están sujetas a la libre apreciación del juez. (30)

d. En definitiva, al margen de las diversas modalidades que pueden asumir las pruebas científicas, sea que deriven del dictamen de peritos, ya se trate de informes o consultas de entidades de alta especialización científicas o técnicas, o bien de dictámenes externos emitidos por organismos de la administración en materia ambiental, la cuestión visceral que debe asumir el juez al tiempo de la valoración probatoria en la sentencia, es la de discernir entre la ciencia verdadera y aquella que no lo es, la llamada, “ciencia basura” o “ciencia mala”. Concepto este último que engloba a todas las pseudociencias que escapan a cualquier valoración de científicidad y todos aquellos casos de empleo impropio, incorrecto o errado de métodos científicos de investigación. La falta de preparación adecuada del perito, que no alcanza a comprender el sentido de los interrogantes que se le plantean, o no utiliza técnicas de análisis o de investigación adecuadas, son hipótesis corrientes que desembocan en suministrar al juez ciencia “mala”, conocimientos sin consistencia científica; y la misma descalificación cabe para la prueba que se recoge fuera del proceso —informes y dictámenes administrativos, por caso—, que debe ser sometida a controles muy rigurosos para verificar la validez del método empleado y la corrección científica de las conclusiones (Taruffo, 2009:462-464).

e. La correcta decisión final sobre los hechos en controversia enfrenta, en los procesos complejos, el dilema de la apreciación de las pruebas científicas por lo general decisivas para la solución del conflicto. En nuestro sistema resulta claro, por virtualidad del principio de la sana crítica, que los amplios márgenes de la libre valoración imponen al juez la función indelegable de actuar como un verdadero *perito peritorum*. No ha de contentarse con tan solo descansar sobre la ciencia y las conclusiones que brindan los expertos, sino que, siempre, está obligado a satisfacer el imperativo constitucional de fundamentación razonada de la sentencia, el cual le obliga a explicar las razones por las cuales considera que aquellos elementos de prueba científicos o técnicos están o no dotados de un determinado grado de eficacia suasoria en relación a los hechos en debate. Si bien el juez no está obligado a volver a recorrer el *iter* del análisis de los experimentos, de los cálculos y de las valoraciones que ha formulado el experto, lo que sí le corresponde y deviene decisivo para apuntalar el referido imperativo constitucional, es indicar los criterios en base a los cuales ha formulado su *propia tesis*, su singular interpretación y valoración de los datos y las informaciones científicas aportadas por el experto. En

(30) En Brasil las acciones colectivas, habitualmente promovidas por el Ministerio Público u otros entes públicos legitimados, son precedidas por una fase previa investigatoria, en cuyo curso es posible la realización de pericias técnicas o pruebas científicas, cuya eficacia probatoria depende de la observancia del contradictorio, sin perjuicio de la valoración judicial (WATANABE, 2012:196-197). Así, con alegación del principio de precaución, y con el solo sustento en la investigación civil en sede administrativa, se dispuso a título de anticipación de tutela, la suspensión temporaria de las actividades de explotación petrolífera en todo Brasil de las empresas Chevron y Transocean. La medida dictada el 31/7/2012 en el marco de una acción civil pública promovida por el Ministerio Público Federal, fue decidida por la Quinta Turma Especializada del Tribunal Regional Federal, voto de Ricardo Perlingeiro.

especial, ha de pronunciarse sobre el grado de confirmación probatoria que tales pruebas ofrecen, en confrontación con los estándares de demostración corrientes que se aplican en los distintos tipos de procesos (Taruffo, 2009:478-480)

f. A la correcta evaluación de la prueba científica tienden, por un lado, los diversos mecanismos procedimentales previstos para asegurar la regularidad en su producción y la *par conditio*, que vigorizan el contradictorio posibilitando a las partes el control de la pericia, informe o dictamen experto en los sucesivos estadios de la admisibilidad —incluyendo la selección del perito o informante— y de los procedimientos de formación, producción y adquisición (arts. 458 y ss. CPCN). Por otro lado, y en correlato con lo anterior, el juez viene dotado de singulares poderes-deberes para ejercer también oficiosamente: declarar la admisibilidad de la pericia o informe científico-técnico, fijar los puntos de pericia o informe, asistir a los actos preparatorios, requerir explicaciones en relación al dictamen o informe, designar nuevos peritos y, en general, ejercer las atribuciones tendientes a asegurar el “resultado” esperado.

En el momento culminante de la decisión ha de realizar la evaluación probatoria valiéndose de la regla genérica de la sana crítica, que el propio ordenamiento procesal enriquece para asegurar aquel resultado estableciendo ciertos cartabones o parámetros indicativos: la competencia de los peritos, la uniformidad y disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se fundan, la concordancia con la aplicación de las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 477, CPCN). La potestad judicial de apartarse de las conclusiones periciales a condición de expresar los fundamentos de su opinión contraria, principio que la doctrina y la jurisprudencia han asentado pacíficamente (Falcón, 2003:85-93), conduce en verdad al punto inicial de la indagación: cómo discernir la ciencia, la verdadera ciencia de aquella que no lo es.

g. En este punto, el juez, quien naturalmente no tiene un conocimiento de la ciencia superior ni siquiera similar al del perito, está en condiciones sin embargo, de controlar el *grado de aceptabilidad en el marco del conocimiento común de los métodos científicos, o bien la racionalidad del procedimiento seguido por el perito*. Lo que es lo mismo: verificar si las conclusiones del perito son atendibles en el *plano del método* para establecer, en suma, si el experto ha producido “buena ciencia” o “mala ciencia”.

Para elaborar su propia motivación, habrá de realizar un análisis crítico puntual y racionalmente fundado de la prueba científica, identificando sus eventuales vicios y las serias razones por las cuales considera que no está fundada.

A ese fin, en particular para los procesos complejos, y en el marco de la sana crítica (Falcón, 2009:21 y ss.) (Morello, 2009:51 y ss.), será de particular utilidad aplicar ciertos criterios objetivos y tributarios genéricamente de las reglas de la lógica y de las máximas de experiencia, propios del correcto entendimiento humano, que si bien provienen en origen del sistema del *common law* americano (Taruffo, 2009:464-466), (Taruffo, 2003:101-102), cuentan con un amplio reconocimiento doctrinario (Ricci, 2011:421 y ss.). En ese sentido se establecen cuatro condiciones de validez de la ciencia: 1) que exista consenso general por parte de la comunidad científica interesada en cuanto al conocimiento de que se trate; si median dudas, debe descartarse; 2) que ese conocimiento de alguna manera, sea científicamente verificable; 3) que se conozca el margen de error, que condiciona todo conocimiento verdadero; 4) que el conocimiento en cuestión se haya sujetado a la revisión por parte de un comité o consejo de pares, que se hubiere publicado en revistas científicas que certifiquen su valor (referato). La doctrina fue fijada en un precedente de la SC norteamericana, el caso “Daubert”, de 1993, y se integró con otros pronunciamientos posteriores, lo que se conoce como la “trilogía Daubert” (Verbic, 2008:71-78), considerada como un verdadero valiente contra la *junk science*, que permitía al juez asumir el rol de un verdadero *gatekeeping* en capacidad de contrastar con medios simples la aceptabilidad de pruebas técnicas que, aunque aparentemente confiables, de hecho no lo eran. Se trata de incorporar criterios de valoración probatoria más estrictos, objetivos y específicos que permitan un control judicial típico sobre los métodos y el resultado de la experticia, de empleo simple en tanto

son derivación de principios lógicos y reglas de experiencia universalmente válidas. (31) Conclusión que ha de ser compartida y que, en consecuencia, habilita la aplicación de criterios semejantes en nuestro proceso civil, particularmente en los litigios complejos, entre ellos los medioambientales que aquí tratamos.

Queda abierta y pendiente, bien vale aclararlo, la cuestión no menos trascendente de la siempre propiciada mejor y más adecuada formación, capacitación y actualización científica de los jueces, imprescindible para que puedan afrontar los crecientes desafíos. (32)

2. Sentado lo anterior, la respuesta a las cuestiones planteadas inicialmente acerca del concepto y la propia demostración de los elementos típicos configurativos del principio precautorio, ha de encontrarse, nos parece, en la aplicación de los criterios que han quedado expuestos a propósito de las misiones del juez en los procesos complejos en general, y especialmente el tratamiento de las pruebas científicas. Le corresponde determinar en cada caso ocurrente, como verdadero *perito peritorum*, si se configura la existencia de una situación de incertidumbre científica, aplicando con estrictez los estándares propios de la sana crítica en la valoración de las pruebas científicas recogidas para, en definitiva, sustentar en decisión fundada y acabadamente argumentada, su propia tesis racionalmente justificada. (33) Claro que —como se ha observado con agudeza (Taruffo, 2006:480)— el empleo cada vez más extendido de la ciencia como instrumento de conocimiento de los hechos en el ámbito del proceso implica, para el juez, máximas dificultades y compromisos que debe saber afrontar. No es menos cierto, también, que seguramente se trate del único camino para asegurar la efectividad de los derechos contrapuestos que esgrimen las partes, dirimiendo el conflicto con justicia.

VI. Conclusiones

Como contribución desde una perspectiva procesal al arduo debate sobre el principio precautorio en el conflicto ambiental, nos permitimos señalar algunas conclusiones de cierre:

1. La aplicación del principio precautorio en el derecho ambiental, tanto como el concepto mismo de incertidumbre científica y de los demás requisitos que lo integran, genera como es natural un debate fragoroso inevitablemente teñido por las ideologías y, lo que es peor, por desnudos intereses, en el que se entrecruzan argumentos y razones de todo tipo que, a menudo, contribuyen al desenfoque de las cuestiones centrales implicadas.

2. Desde una perspectiva objetiva y con aspiración de superadora, se destaca la común raigambre superior, constitucional-convencional, de los derechos fundamentales contrapuestos —medio ambiente sano, propiedad, ejercicio de industria lícita, etc.— y el objetivo último de articular y ponderar adecuadamente los principios y valores en tensión. Tanto en el escenario administrativo, cuanto en las sedes jurisdiccionales.

3. En el marco del proceso, la protección sustantiva de los “nuevos derechos y garantías”, incluyendo el medio ambiente, se articula con las genéricamente denominadas *tutelas procesales diferenciadas*, también de fuente constitucional-convencional, desarrolladas en la jurisprudencia, y que se integran con una serie o abanico abierto de técnicas orgánico-funcionales y, sobre todo procesales, devenidas instrumentos esenciales para el aseguramiento en concreto de tales derechos “sensibles”. Entre ellos, las técnicas relativas a la amplificación de los poderes ordenatorios, instructorios y de ejecución y aún sancionatorios reconocidos al juez; la paralela acentuación de los deberes de colaboración de las partes, incluyendo la carga dinámica o interactiva de la prueba; el acceso irrestricto a la jurisdic-

(31) Véase RICCI (2011:434-436, 441-443, 456-457), donde desarrolla la posibilidad del uso de los aludidos criterios en el proceso italiano.

(32) Véase TARUFFO (2006:136-139); WATANABE, (2012:198-199), donde se propicia la idea de institucionalizar servicios de apoyo científico para los jueces. Asimismo: VERBIC (2008:87-88).

(33) Queda superada así la discusión en torno de si la evaluación del riesgo ha de ser “científica” o “no científica”, o si es suficiente a esos fines la simple “información calificada” como propugna un prestigioso sector de la doctrina (Goldenberg y Cafferatta, 2002:5); (Falbo:2005).

ción; la atenuación o flexibilización de ciertos principios procesales; las nuevas técnicas de sumariación y las tutelas anticipatorias o urgentes; la imposición de acciones positivas; y un largo etcétera. El proceso ambiental, en ese marco, se articula no solo con las previsiones legales de la LGA y otras normativas locales, sino también con las demás técnicas procesales propias de las *tutelas procesales diferenciadas* genéricamente aplicables y que, de ese modo, vienen a enriquecerlo.

4. La protección ambiental se canaliza por lo habitual a través de típicos *conflictos de interés público o estructural*, delineados en sus caracteres y notas esenciales por la jurisprudencia de la CSN y de numerosos tribunales inferiores. Activismo procedimental, método dialogal en procedimientos transparentes, participación amplia de las partes públicas involucradas, intervención de *amicus curiae*, compromisos de sustentabilidad o similares, régimen singular de ejecución y seguimiento de los pronunciamientos judiciales, etc., no son sino singularidades de todos los procesos de interés público, que colocan a la jurisdicción como escenario privilegiado para el ejercicio de la democracia deliberativa. De hecho, la aplicación del principio precautorio se enriquece, facilita y adquiere legitimación en el marco ampliado de esta concepción.

5. Los presupuestos de aplicación del principio precautorio, la falta de certeza científica, comprensiva de la evaluación científica del riesgo, y el daño grave e irreparable, han de acreditarse en cada caso concreto mediante pruebas científicas. Se trata, entonces, de asegurar a través del proceso judicial la seriedad en términos de fundamentación suasoria suficiente de las decisiones, que han de sustentarse sobre bases científicas sólidas y rigurosas. El juez, quien no posee una ciencia superior ni similar a la del experto, asume el rol de *perito peritorum*, como gestor y garante de los procedimientos que conducen a la adquisición de las pruebas respectivas, y en especial, cuando asume en el momento de la valoración probatoria el control y verificación del grado de aceptabilidad, en el plano del conocimiento común, de los métodos científicos empleados y de la racionalidad de las conclusiones. En esa delicada misión, la aplicación de los tradicionales cánones de la sana crítica se enriquecen mediante criterios específicos, propios de los conflictos complejos, que se desarrollan en la jurisprudencia comparada como desenvolvimientos de las reglas del correcto entendimiento humano, y por ello, de operatividad en nuestro derecho. De ese modo, en definitiva, el juez del conflicto ambiental se erige en garante de la solución equitativa y ponderada que permite conjugar armoniosamente los derechos fundamentales en contienda.

VII. Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor (2009). "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política", EN: Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (coords.),

La ciencia del derecho procesal constitucional. Homenaje argentino. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, v. II, 443.

ADC (2008). *La Corte y los derechos*. 2005-2007. Buenos Aires: Siglo XXI.

ALEXY, Robert (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. 3a. reimp.; trad. E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ANDORNO, Roberto (2002). "El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico en la era tecnológica", En: *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, D, 1326.

— (2003). "Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución", En: *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, III, 962.

BECK, Ulrich (2008). *La sociedad del riesgo mundial*. Trad. por Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós.

BERGALLO, Paola (2006). "Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de derecho público", En: *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, II, 1165.

BERIZONCE, Roberto Omar (2011). "Los conflictos de interés público", En: *Revista de derecho procesal*, Buenos Aires, 2, Procesos colectivos, 69-100.

— (2012). “Procesos de interés público y función de garantía para la efectividad de los derechos fundamentales”, En: *Revista de derecho procesal*, Buenos Aires, número extraordinario, Procesos colectivos, 481.

BERTOLINO, Pedro (2009). “El habeas corpus colectivo”, En: Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Homenaje argentino*, v. I, 425

BESTANI, Adriana (2011). “El principio de precaución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, En: *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, IV, 11.

— (2012). “Críticas al principio precautorio”, En: *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, A, 893.

CAFFERATTA, Néstor A (2004). “Principio precautorio y derecho ambiental”, En: *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, A, 1202.

— (2006). “Principios de derecho ambiental”, En: *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, II, 1142.

CAPPELLETTI, Mauro (1976). “Vindicating the public interest through the Courts: A comparativist’s contribution”, En: *Buffalo Law Review*, 25, 643.

CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant (1983). *El acceso a la justicia*. Trad. S. Amaral. Buenos Aires: Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata.

COURTIS, Christian (2006). “Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos”, En: *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, II, 1215.

CHAYES, Abram. (1976). “The role of the judge in public law litigation”, En: *Harvard Law Review*, 89, 1281.

DENTI, Vittorio (1972). “Significado de la expresión ‘cientificidad de la prueba’”, EN: *Revista argentina de derecho procesal*, Buenos Aires, 4, 485-500.

— (1974). *Estudios de derecho probatorio*. Trad. de S. Sentís Melendo y T. A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA.

FALBO, Aníbal J. (1995). “El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales”, En: *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, IV, 976.

— (2003). “La información ambiental como principio rector de la protección del ambiente”, En: *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, III, 1246.

— (2005). “El principio precautorio del derecho ambiental y sus funciones cautelares y de interpretación”, En: *Lexis Nexis*, Buenos Aires, 4, 501.

FALCÓN, Enrique (2003). *Tratado de la prueba*. Buenos Aires: Astrea, v. 2.

— (2009). “Lógica y justificación del razonamiento probatorio”, En: Eduardo Oteiza (coord.). *La prueba en el proceso judicial*. Santa Fe: AADP, Rubinzal-Culzoni, 21 y ss.

FISS, Owen (1979). “The forms of justice”, En: *Harvard Law Review*, 93, 1.

— (2003). *The law as it could be*. New York: University Press.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2012). “Estado constitucional de derecho, políticas públicas y derecho de acceso a una vivienda digna”, En: *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, C, 385.

GOLDENBERG, Isidoro y CAFFERATTA, Néstor A. (2002). “El principio de precaución”, En: *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, IV, 1142.

GULLCO, Hernán (2008). “Garantías en el proceso penal”, En: ADC. *La Corte y los derechos. 2005 - 2007*. Buenos Aires: Siglo XXI, 314-324

LORENZETTI, Ricardo Luis (2008). *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires: La Ley

— (2010). *La justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

MORELLO, Augusto Mario (1999). “La prueba científica”, En: *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, C, 897.

— (2004). *Dificultades de la prueba en procesos complejos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

— (2009). “La prueba civil. Aperturas y variaciones”, En: Eduardo Oteiza (coord.). *La prueba en el proceso judicial*. Santa Fe: AADP, Rubinzal-Culzoni, 51 y ss.

MORELLO, Augusto Mario y CAFFERATTA, Néstor (2004). *Visión procesal de cuestiones ambientales*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

PRIETO MOLINERO, Ramiro J. (2011). “El principio de precaución”, En: *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, F, 943.

RICCI, G. F. (2011). “Esperienze statunitensi e prova scientifica nella ricerca della verità giudiziale”, En: *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*. Bologna: BUP, 421.

SABEL, Charles F. y SIMON, William H. (2004). “Destabilization rights: how public law litigation succeeds”, En: *Harvard Law Review*, 117, 1019.

SAFI, Leandro (2012). *El amparo ambiental*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

STEINER, George (2004). *Lecciones de los maestros*. Trad. de M. Córdor. México: FCE, Siruela.

TARUFFO, Michele (2002). *La prueba de los hechos*. Trad. J. Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta.

— (2003). *Cinco lecciones mexicanas: memoria del taller de derecho procesal*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

— (2006). “Sentido común, experiencia y ciencia en el razonamiento del juez”, En: *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Trad. de B. Quintero. Bogotá: Temis, 107.

— (2009). “Ciencia y proceso”, En: *Páginas sobre justicia civil*. Trad. M. Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 462-464.

THEA, Federico (2010). “Hacia nuevas formas de justicia administrativa. Apuntes sobre el “litigio estructural” en la Ciudad de Buenos Aires”, En: *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, A, 309.

UCÍN, María Carlota (2009). “El rol de la Corte Suprema ante los procesos colectivos”, En: *Revista de derecho procesal*, Buenos Aires, 1, 329 y ss.

VERBIC, Francisco (2008). *La prueba científica en el proceso judicial*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

WATANABE, Kazuo (2012). “A prova e as medidas provisionais nos litígios complexos e processos coletivos”, En: I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, *Procesos colectivos. Class actions*. Buenos Aires: IAPL-IIDP, 193 y ss.

ZANETTI Jr., Hermes (2011). “A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia”, En: Ada Pellegrini Grinover y Kazuo Watanabe (coords), *O controle jurisdiccional de políticas públicas*. Río de Janeiro: Forense, 33 y ss.

VIII. Jurisprudencia consultada

CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 23/12/2008, Acuña, María Soledad c/Ciudad de Buenos Aires. *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, 2010-A, 310.

CFed. La Plata, sala III, 25-10-07, Agüero, Norberto y otros c/Municipalidad de Cañuelas. *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, 2008-E, 602.

CSJN, 03-05-2005, Verbitsky, Horacio s/habeas corpus. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 2005-328, 1146.

CSJN, 20-06-2006, Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 2006-329, 2316.

CSJN, 06/09/2006, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Provincia de Mendoza y otro. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 2006-329, 3863.

CSJN, 13/02/2007, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Provincia de Mendoza y otro. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 2007-330, 111.

CSJN, 20/03/2007, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Provincia de Mendoza y otro. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 2007-330, 1135.

CSJN, 08/07/2008, Mendoza, Beatriz c/Estado Nacional y otros". *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 2008-331, 1622.

CSJN, 29/12/2008, Salas, Dino y otro c/Provincia de Salta y Estado Nacional s/amparo. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 2008-331, 2925.

CSJN, 26/03/2009, Salas, Dino y otro c/Provincia de Salta y Estado Nacional s/amparo. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 2009-332, 663.

CSJN, 28/09/2010, Alarcón, Francisco y otros c/Central Dock Sud S. A. y otro. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 2010-333, 1849.

CSJN, 24/04/2012, Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo. *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, 2012-C, 390.

CSJN, 22/05/2012, Grupo Clarín S. A. y otros s/medidas cautelares. *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, 2012-C, 399.

SCBA, 19/05/1998, Almada, Hugo N. c/Copetro S.A. y otro; Irazu, Margarita c/Copetro S.A. y otro; Klaus, Juan J. c/Copetro S. A. y otro. *La Ley Buenos Aires*, 1998-1314.

Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares

POR LEANDRO J. GIANNINI (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Premisas adoptadas como puntos de partida. — III. La necesidad de reemplazar el concepto de verosimilitud por el de probabilidad. La probabilidad cautelar como estándar atenuado de prueba. — IV. Conclusiones. — V. Bibliografía. — VI. Jurisprudencia consultada.

Resumen

El trabajo está dedicado a elucidar una de las más tradicionales nociones utilizadas como condición para el dictado de una medida cautelar: la “verosimilitud del derecho”. El autor indaga en los alcances de dicha expresión cuando se lo enfoca a los *hechos* alegados por el peticionante de esta clase de medidas.

Su planteo parte de aceptar como premisa general que el problema de la determinación de los hechos en el proceso no consiste en verificar si es posible, en este ámbito, alcanzar la verdad “material” o “absoluta” a su respecto, sino de analizar qué grado verdad (relativa) es aceptable perseguir como finalidad del sistema de justicia. A partir de allí, se distinguen en el artículo los dos principales sentidos con los que frecuentemente se define a la verosimilitud del derecho en el ámbito cautelar: un primer significado asociado a la “apariencia” de que el relato articulado sea ajustado a la realidad y una segunda acepción, relativa a la “probabilidad” de que tales hechos hayan existido. Si bien usualmente tales sentidos son confundidos, se sostiene en el ensayo la necesidad de distinguirlos, para terminar concluyendo que las medidas cautelares deben ser sometidas a un juicio de probabilidad *stricto sensu* (estándar de prueba atenuado por la fase del pleito en la que se desarrolla habitualmente), excluyendo así todo examen de “apariencia,” noción superficial y redundante en este medio.

Palabras clave: medidas cautelares — requisitos — verosimilitud del derecho

PLAUSIBILITY, APPEARANCE AND PROBABILITY.

THE ATTENUATED STANDARDS OF PROOF IN PROVISIONAL REMEDIES.

Abstract.

This article seeks to elucidate one of the most traditional notions used as a condition to order a provisional remedy: the “plausibility of the asserted right”. The author analyzes the scope of that term when referred to the facts alleged by the petitioner of this type of remedy. His approach begins with the acceptance of the general premise by which the problem of the judicial determination of facts does not consist on whether it is possible, in this area, to reach an “absolut” or “material” truth about them, but to analyze the degree of (relative) truth is acceptable to pursue in courts. From there, the article distinguishes two main meanings of the expression “plausibility of the asserted right” that are often confused as the same thing, concluding that provisional remedies must be decided on a “probability” test basis *stricto sensu* (that is: a weakened standard of proof justified in the preliminary stage of procedure in which they are decided), discarding the “appearance” criterion.

Key words. Provisional remedies — plausibility — appearance — probability

(*) Profesor Ordinario Adjunto, de Derecho Procesal II, Cátedra I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

I. Introducción

Objetivo

El presente trabajo tiene por objeto analizar uno de los problemas que presenta el requisito de la “verosimilitud del derecho” vigente en las medidas cautelares. Procuramos indagar en los alcances del recaudo de verosimilitud cuando se lo enfoca a los *hechos* alegados por el peticionante de esta clase de medidas, buscando distinguir dos de los sentidos con los que frecuentemente se lo define: la “apariencia” y la “probabilidad” de que el hecho alegado haya existido. Concluiremos el análisis concluyendo que esta clase de medidas deben ser sometidas a un juicio de probabilidad *stricto sensu* (estándar de prueba atenuado por la fase del pleito en la que se desarrolla habitualmente), excluyendo así todo examen de “apariencia”, por transformarse este último en un resorte superficial y redundante.

II. Premisas adoptadas como puntos de partida

A partir de las profundas meditaciones desarrolladas en las últimas décadas sobre la necesidad de trasladar el problema general de la posibilidad y límites del conocimiento humano, al contexto procesal (v., por todos, Taruffo, 2005), es posible extraer una serie de premisas que serán tomadas como marco teórico indispensable en este análisis:

En primer lugar, que el problema de la verdad de los hechos en el proceso no puede ser aceptablemente abordado partiendo de una postura ingenuamente “realista” (que pretenda lisa y llanamente afirmar que en el proceso es posible arribar a una verdad “material”, descontando acríticamente que esa forma de conocimiento resulta viable dentro y fuera del proceso), ni —en el polo opuesto— desencantadamente irracionalista o negatoria de toda posibilidad de aspirar a determinar la verdad de los hechos controvertidos en juicio. (1)

Que la imposibilidad de arribar a la verdad absoluta (inconveniente que el derecho procesal comparte con las restantes ciencias empíricas), en modo alguno implica la negación de cualquier forma de determinación verdadera de los hechos en el proceso, siempre que se acepte la posibilidad de hablar de verdad o certeza “relativas” como aspiraciones básicas del sistema de justicia y del conocimiento científico en general.

Que, por consiguiente, el problema de la determinación de los hechos en el proceso no consiste en verificar si es posible, en este ámbito, alcanzar la verdad “material” o “absoluta” a su respecto, sino de analizar qué grado verdad (relativa) es aceptable perseguir como finalidad del sistema de justicia.

Llegamos así al problema de los estándares de prueba, que radica en determinar que “grado de conocimiento” es exigible en un sistema de justicia basado en reglas de determinación fáctica epistemológicamente aceptables. El planteo del problema no importa desconocer los límites legal y constitucionalmente impuestos para la búsqueda de la verdad en cada ordenamiento jurídico, sino que busca precisamente apoyarse en dichos condicionantes (que muchas veces conspiran lisa y llanamente contra la búsqueda de la verdad), (2) para determinar el grado de verificación por encima

(1) “Jan Schlichtmann: “They’ll see the truth ...” (hablando del jurado que resolvería una causa ambiental causa) — Jerome Facher: “The truth? Oh! I thought we were talking about a court of law. Come on! You’ve been around long enough to know that a courtroom isn’t a place to look for the truth ... If you’re really looking for the truth, look for it where it is: at the bottom of a bottomless pit” (extracto del film: A Civil Action, 1998, que forma parte de un conocido pasaje en el que, en puridad, los protagonistas expresan en breves fórmulas el lugar común en el que caen los extremos del realismo “naiv” y del escepticismo basado en la creencia de que el proceso es únicamente un método de resolución de disputas en el que no es posible —ni interesa— arribar a una solución justa basada en una determinación “verdadera” de los hechos debatidos).

(2) La adopción de límites a la búsqueda de la verdad en el proceso, que en cualquier ciencia empírica serían lisa y llanamente descartados como condicionantes epistemológicamente inaceptables, muchas veces tienen sustento constitucional y plena justificación dentro del sistema en el que se enclavan (vg., la necesidad de resolver el pleito en un plazo razonable). En otros casos, no encuentran razones de ese tenor que expliquen su subsistencia

del cual es posible considerar probada una hipótesis fáctica en sede judicial. En otras palabras, la temática de los estándares de prueba consiste en determinar qué punto intermedio es exigible, en el contexto procesal, para considerar verificada una proposición fáctica entre los infinitos valores trazables en la escala de grises que va desde el “desconocimiento total” (grado 0) hasta el conocimiento de la “verdad absoluta” (grado 100), tomado exclusivamente como valor referencial.

III. La necesidad de reemplazar el concepto de verosimilitud por el de probabilidad. La probabilidad cautelar como estándar atenuado de prueba

Al examinar el primero de los requisitos exigidos en general para el dictado de una medida cautelar (esto es: la llamada “verosimilitud del derecho”), la doctrina y la jurisprudencia tienden en general a aproximar este concepto con la “apariencia” de que tanto la proposición fáctica como la tesis jurídica del peticionante, se aproximan respectivamente a la verdad de los hechos denunciados y a la interpretación correcta del marco normativo aplicable a dicho cuadro de situación.

Para acudir a una formulación que refleje clara y concisamente esta línea de pensamiento, puede citarse el reiterado entendimiento jurisprudencial según el cual la existencia de verosimilitud del derecho “se verifica en el plano de la mera apariencia y no de la certeza”. (3)

La identificación de la verosimilitud con la “apariencia” es una definición por demás significativa, que aleja al análisis de ese presupuesto cautelar del ámbito de los estándares de prueba al que no hemos referido previamente.

Es que, con buenas razones, se han distinguido dos acepciones diversas para la voz “verosimilitud”, una referida a la *apariencia* de veracidad de un relato y otra asociada a la *probabilidad* de que el mismo sea cierto. Se trata de dos categorías que no pertenecen al mismo eje temático, ni son reconducibles como distintos “grados” dentro de la escala de verificación de una hipótesis fáctica (es decir, como estándares de prueba más o menos próximos a la verdad “real” o “histórica”).

En la primera acepción (que para autores como Taruffo es la que mejor se acopla a la voz mentada), (4) el concepto de verosimilitud se relaciona con la apariencia de que un relato sobre la realidad sea verdadero, lo que nada dice acerca de si existen elementos de convicción que permitan justificar en concreto la existencia del hecho en cuestión. Basta con que la hipótesis explicitada (por ejemplo, en una novela, en una película o en una demanda), sea parecida a la realidad o compatible con ella de acuerdo con el “orden normal de las cosas”, para que la misma sea verosímil. Así, por ejemplo, una novela sobre intrigas en el núcleo de poder de un país poderoso o un film sobre una historia de amor, pueden derivar en relatos verosímiles, sin que necesariamente tengan pretensión de ser verídicos (o aproximados a la verdad sobre la base de elementos probatorios que ratifiquen la existencia de las intrigas o pasiones descriptas en la obra).

Algo parecido ocurre en el proceso. La afirmación contenida en un escrito postulatorio según la cual el demandado “...transitaba a 80 kilómetros por hora” u “omitió dar paso a un transeúnte que cruzó la calle por la senda peatonal”, parece un relato verosímil, especialmente en un país que no tenga una cultura cívica consolidada acerca del respeto inexorable de ciertas reglas de tránsito. Lo mismo puede decirse de alegaciones como que el accionado “recibió la mercadería que le envié” o que la administración “no respondió el pedido de acceso a la información”, etc. ¿Qué quiere decir que sean verosímiles estas afirmaciones? Que contrastadas con el “orden normal de las cosas” el relato sea plausible (Taruffo), antes de ser sometido a cualquier contrastación empírica o probatoria para

(vg., normas de prueba “tasada” que exigen al juez valorar de determinado modo y no de otro ciertos medios de prueba, criterios de exclusión de ciertos elementos de convicción —vg., testigos excluidos, etc.—), por lo que sólo permanecen en el ordenamiento como condicionantes epistemológicamente inaceptables.

(3) V. SCBA, I. 2.132, res. del 21-IV-1998, “Carrefour Argentina S.A.”; I. 67.719, res. del 1-VI-2005, “Sociedad de Bomberos Voluntarios de Berisso”; Ac. 86.570, “Asociación Bonaerense de Televisión”; sent. del 6-VII-2005, etc.

(4) TARUFFO, Michele, *La Prueba ...*, ob. cit., esp. pp. 505-506 (calificando a éste como el significado “propio” del término y postulando la eliminación de cualquier alusión a la verosimilitud como “prueba débil” del hecho).

verificar si, además de ser “verosímil”, es “probable” o “aproximadamente cierto”. En tales términos, la categoría de la verosimilitud *stricto sensu*, al quedar acotada a la mera “apariencia”, transforma a la estimación del juez en una tarea independiente y preliminar respecto de la actividad probatoria; de una fase que nada dice acerca de la existencia de elementos que sustenten concretamente la existencia del hecho alegado.

Es dable entonces situar a los conceptos de probabilidad y verosimilitud *stricto sensu* como categorías independientes, lo que permite sostener, por ejemplo, que puedan existir afirmaciones verosímiles no respaldadas por elemento de prueba alguno.

Ahora bien, cuando los tribunales se pronuncian sobre la procedencia de las medidas cautelares, luego de apoyar su discurso sobre la premisa de que el juicio de verosimilitud demanda una valoración de “apariencia”, suelen incorporar otros patrones de valoración ajenos a esta última categoría, en los que se avizora la utilización de estándares probatorios propiamente dichos, es decir, de criterios de evaluación que desbordan el mero juicio de apariencia. Así, cuando se afirma que la verosimilitud de una afirmación sólo puede predicarse frente a la presencia de “semiplena prueba”; (5) o cuando se exige un “mínimo de responsabilidad acreditada”; (6) o la presencia de “elementos de convicción que permitan afirmar la probabilidad del hecho” (7) o su “fuerte probabilidad” (especialmente frente a medidas cautelares innovativas o de tutela anticipada), (8) etc.

Si bien los parámetros a los que alude cada una de las corrientes aludidas difieren entre sí, lo que une a todos estos precedentes es que se demanda la presencia de elementos de convicción concretos que respalden la hipótesis fáctica sostenida por quien reclama tutela cautelar, como condición para su acogimiento. Se postula por ello la necesidad de realizar un juicio de probabilidad (9) y no de mera apariencia, pese a la premisa con la que generalmente parece desmentirse esta exigencia.

La verosimilitud adquiere entonces un sentido ambiguo en nuestro medio, al englobarse como un mismo fenómeno al juicio de “apariencia” (verosimilitud *stricto sensu*) y al de “probabilidad” relativa. (10)

(5) Cám. Civ. y Com., 1°, sala I, La Plata, causa 232119 RSD-296-98, sent. del 1-XII-1998, “Piñas” (asimilando la exigencia cautelar civil de verosimilitud, con el recaudo explícitamente previsto en sede penal para la privación preventiva de la libertad); Cám. Civ. y Com, Necochea, RSI-131-99, res. del 16-VI-1999, “Posskrog”, etc.

(6) Cám. Civ. y Com. 1°, sala I, Mar del Plata, causa 73.001, RSI-216-89, res. del 28-III-1989, “Alvarez”

(7) Cám. Civ. y Com., sala I, San Isidro, causa 86.094, RSI-790-00, res. del 6-X-2000; Cám. Civ. y Com., 2°, sala III, La Plata, causa 101.626, RSD-341-4, sent. del 15-XII-2004, “Giovannini Felipe”.

(8) SCBA, Ac. 98.260, sent. del 12-VII-2006, “L., R.”; Cám. Civ. y Com., 1°, sala III, La Plata, causa 231.329, RSI-446-99, res. del 24-VIII-1999, “Díaz”; Cám. Cont. Adm., Mar del Plata, causa C. 1.625, RSD-22-10, sent. del 12-II-2010, “Castelli Cifola”, entre otras.

(9) En múltiples precedentes se identifica el examen de verosimilitud con un juicio de probabilidad (aunque sin explicar la diferencia entre ambos conceptos ni adscribiendo a la distinción entre apariencia y probabilidad), v. Cám. Nac. Civ., sala E, LL 1980-C-714; Cám. Civ. y Com. 1°, sala I, La Plata, causa 218.828, RSI-826-94, res. del 13-IX-1994; Cám. Civ. y Com. 1°, sala II, Mar del Plata, causa 106.972, RSI-864-98, res. del 20-X-1998, “Orellano”; Cám. Civ. y Com, San Martín, causa 59.757, RSI-387-7, res. del 6-XI-2007, “Delpino”; Cám. Civ. y Com., 2°, sala I, La Plata, causa 110.040, RSI-236-8, res. del 2-X-2008, “Ocampo”; Cám. Civ. y Com 1°, sala II, Mar del Plata, causa 146.150, RSI-567-10, res. del 30-IX-2010, “Santecchia”, etc.

(10) Más de una vez nuestra jurisprudencia ha utilizado indistintamente las categorías de apariencia y probabilidad en el ámbito cautelar, como si fueran la misma cosa. Así, por sólo citar un ejemplo, podemos acudir a un precedente de la Cámara Civil y Comercial de La Plata en el que se entiende que la primera nota (verosimilitud o apariencia) queda precisamente definida por la segunda (probabilidad): “... Para obtener el dictado de una resolución que acoja favorablemente una pretensión de aseguramiento debe aparecer acreditada la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor (tradicionalmente llamado “*fumus bonis iuris*”), en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho...” (Cám. Civ. y Com. 2°, sala I, La Plata, causa 112.226, RSI-333-9 res. del 15-XII-2009, “Izeta”).

El problema de esta concepción, por fuera de la discutible uniformación terminológica que lleva a denominar del mismo modo institutos de diversa naturaleza y funcionamiento, es que, una vez que el juzgador se ve forzado a transitar por los caminos de la prueba propiamente dicha, *el juicio de apariencia se torna un resorte superficial y redundante*. El juicio de verosimilitud, al concentrarse fundamentalmente sobre la faz postulatória (verificar si una hipótesis es compatible con la experiencia general, con independencia de si está probada en concreto), hace en general innecesaria toda actividad probatoria y permite resolver comparando lo alegado con algún criterio de “normalidad”. Ahora bien, si se decide dejar de lado esta forma superficial de valoración y se postula la necesidad de acompañar la hipótesis formulada con elementos de convicción que permitan analizar su probabilidad en concreto, es superfluo seguir insertando en este ámbito un examen de “apariencia”.

Existen a nuestro juicio razones suficientes para postular la necesidad de enfocar el primero de las presupuestos de las medidas cautelares, dentro del estudio de los estándares de prueba, transformando lo que hoy se denomina genéricamente “verosimilitud del derecho” en un juicio de probabilidad apoyado en un estándar de prueba atenuado (esto último, en comparación con el grado de certeza exigible para dictar la sentencia de mérito).

Así como para emitir determinado tipo de sentencias de mérito condenatorias no es necesario tener como plenamente acreditada la relación causal entre el obrar denunciado y el daño alegado, bastando con la duda razonable a su respecto (como ocurre, por ejemplo, con la acción de cesación del daño ambiental, sobre la base del denominado principio precautorio), (11) en materia cautelar también sería posible exigir un juicio de probabilidad atenuada. En otras palabras, no debería bastar la mera apariencia, aunque obviamente tampoco sería exigible la confirmación de la hipótesis alegada con el mismo estándar de convicción que ordinariamente (por fuera de las excepciones aludidas) acompaña al juicio de mérito.

Hay quienes considerarán que para esto no es necesaria demasiada alteración de la praxis tribunálica, ya que —como fuera expresado— la jurisprudencia tiende generalmente a desbordar el examen de “apariencia” al juzgar sobre la procedencia de una medida cautelar, por más que se afirme hasta el cansancio que el examen requerido a tales efectos no supera dicha comparación superficial. La experiencia actual, continuarían nuestros objetores, sólo agrega un paso previo y quizás innecesario (el estudio de apariencia), pero no produce resultados devastadores que permitan afirmar que la idea aquí postulada produzca consecuencias demasiado útiles.

Sin perjuicio de aceptar que muchas veces los tribunales avancen en esta materia a través de una evaluación más profunda que la de la mera “apariencia”, lo cierto es que explicitar conceptualmente la diferencia puede provocar un efecto virtuoso en la práctica, por dos razones fundamentales:

La primera de ellas es que, al concentrar el estudio de este recaudo en lo que interesa, se evita desviar la atención con fórmulas estereotipadas que inducen a creer que los jueces pueden avanzar cautelarmente sobre el patrimonio y la libertad individual o sobre la eficacia de políticas públicas diseñadas por los poderes políticos, con meros juicios superficiales de “apariencia”. Evitar la confusión conceptual favorece inicialmente el prestigio de la jurisdicción, no sólo por depurar conceptualmente los resortes de los que se nutre, sino especialmente por dejar en claro a la comunidad con qué rigor se evaluará la procedencia de esta clase de pedidos.

(11) Algo parecido puede decirse, en materia laboral, (con la regla in dubio pro operario aplicada, a partir de 2008 (ley 26.428), a la prueba de los hechos alegados por el trabajador (art. 9, in fine, Ley de Contrato de Trabajo). Si bien dicha regla no importa una inversión de la carga de probar los hechos constitutivos (por ejemplo, el accidente laboral, el trabajo “en negro”, etc.), sí implica una atenuación del estándar de prueba exigido para tener por acreditada la hipótesis fáctica respectiva en la sentencia de mérito. No es este el lugar de destacar el uso indebido que en más de una oportunidad se hace del concepto “carga de la prueba”, para incorporar en él problemas propios de la valoración probatoria (remitimos sobre el punto a lo expresado en GIANNINI, Leandro, “Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)”, en LL 2010-F-1136.

En segundo lugar, cabe advertir que al afirmarse como premisa en todos los fallos sobre medidas cautelares, que la valoración a concretar es de mera “apariencia”, se crean consciente o inconscientemente condiciones aptas para el dogmatismo. Es decir, que al aceptarse acríticamente que el juicio en cuestión es de mera apariencia, se sientan las bases conceptuales para enervar el rigor de la motivación en este ámbito, debilitamiento que se ve ampliamente corroborado en la praxis. Por lo que, al reconducirse el estudio de este presupuesto general de procedencia de las medidas cautelares como un juicio epistemológicamente aceptable acerca del grado de probabilidad de la existencia de un hecho, se suprimen algunas de las “fórmulas” o “atajos” que permiten generalmente a los jueces acoger o denegar medidas cautelares sin una motivación adecuada. Es decir, que si en este ámbito el magistrado debe explicitar los motivos por los que juzga el grado de probabilidad o de “certeza” de una proposición fáctica, la tarea de justificación de lo resuelto termina asimilándose a la que se emplea en la sentencia de mérito al valorar la prueba. Respecto de la proposición fáctica, la diferencia entre ambos juicios, simplemente recae en el estándar de prueba utilizado para cada uno (en general: un estándar agravado en el juicio de mérito, y otro atenuado para evaluar la razonable perspectiva de éxito de la pretensión fondal, propia del ámbito cautelar). De este modo, al superarse en este ámbito el análisis de mera “apariencia”, los operadores pierden uno de los principales “atajos” que les permiten frecuentemente obviar la explicación de los elementos que los llevaron a la convicción racional sobre el grado de probabilidad de los hechos alegados por quien peticona una medida cautelar. (12)

IV. Conclusiones

De lo expresado pueden extraerse las siguientes conclusiones preliminares:

Si bien las medidas cautelares, por la fase procesal en la que frecuentemente se resuelve su procedencia y la finalidad para la que están mentadas, no pueden ser sometidos al mismo estándar de prueba de las proposiciones fácticas de las partes que el exigido para resolver el mérito de la contienda, ello no obsta a que el juez deba desplegar una actividad de determinación de los hechos relevantes mediante una composición epistemológicamente aceptable.

Para ello el juez debe desarrollar una tarea asimilable a la que desarrolla en la sentencia de mérito, aunque atenuando el rigor que en este último ámbito se impone para confirmar la hipótesis fáctica sostenida por la parte respectiva.

Este juicio de probabilidad (atenuado en cuanto al estándar de verificación exigido para la hipótesis fáctica en cuestión) se distingue del juicio de mera “apariencia”, que sólo demanda comparar los hechos alegados con criterios de normalidad basados en la experiencia general, sin requerir la presencia de elementos de convicción “en concreto” que respalden la veracidad del relato.

Al exigirse un estudio de probabilidad propiamente dicho, el juicio de apariencia se torna redundante, por lo que dicha categoría puede ser suprimida del ámbito cautelar. Terminológicamente, la modificación postulada debería llevar a un alejamiento en el uso de la expresión “verosimilitud” en este ámbito, pese a su generalizada utilización doctrinaria y forense.

En cuanto a los efectos prácticos de la reformulación propiciada, consideramos que la misma: a) permitirá enfocar adecuadamente los alcances de la tarea que debe desempeñar la magistratura cuando es llamada a resolver medidas de estas características, dejando en claro que el mero juicio de apariencia es insuficiente a su respecto y que debe desarrollarse una actividad epistemológicamente

(12) Algo parecido puede decirse, en materia laboral, con la regla in dubio pro operario aplicada, a partir de 2008 (ley 26.428), a la prueba de los hechos alegados por el trabajador (art. 9, in fine, Ley de Contrato de Trabajo). Si bien dicha regla no importa una inversión de la carga de probar los hechos constitutivos (por ejemplo, el accidente laboral, el trabajo “en negro”, etc.), sí implica una atenuación del estándar de prueba exigido para tener por acreditada la hipótesis fáctica respectiva en la sentencia de mérito. No es este el lugar de destacar el uso indebido que en más de una oportunidad se hace del concepto “carga de la prueba”, para incorporar en él problemas propios de la valoración probatoria (remitimos sobre el punto a lo expresado en GIANNINI, Leandro, “Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)”, en LL 2010-F-1136.

aceptable para juzgar la probabilidad de que la hipótesis fáctica del peticionante quede verificada en el curso del proceso; y b) ayudará a reducir el riesgo de dogmatismo en la concesión o denegación de medidas cautelares, al favorecer la supresión de fórmulas estereotipadas que funcionan habitualmente como “atajos” que permiten a los operadores obviar la justificación racional de los elementos que los llevaron juzgar el grado de probabilidad de los hechos alegados por quien peticiona una medida cautelar.

V. Bibliografía

TARUFFO, Michele (2005). *La prueba de los hechos* (trad.: Jordi Ferrer Beltrán), 2da edición, Madrid: Trotta.

VI. Jurisprudencia consultada

SCBA, I. 2.132, res. del 21-IV-1998, “Carrefour Argentina S.A.”; I. 67.719, res. del 1-VI-2005, “Sociedad de Bomberos Voluntarios de Berisso”; Ac. 86.570, “Asociación Bonaerense de Televisión”; sent. del 6-VII-2005; Ac. 98.260, sent. del 12-VII-2006, “L., R.”; causa B. 64.769, res. del 8-XI-2006, “B., A.” (voto del Dr. De Lázari).

CCiv. y Com., 1º, sala I, La Plata, causa 232.119, RSD-296-98, sent. del 1-XII-1998, “Piñas”; *íd.* causa 218.828, RSI-826-94, res. del 13-IX-1994;

CCiv. y Com., 1º, sala III, La Plata, causa 231.329, RSI-446-99, res. del 24-VIII-1999, “Díaz”.

CCiv. y Com. 2º, sala I, La Plata, causa 112.226, RSI-333-9 res. del 15-XII-2009, “Izeta”; *íd.* causa 110.040, RSI-236-8, res. del 2-X-2008, “Ocampo”;

CCiv. y Com., 2º, sala III, La Plata, causa 101.626, RSD-341-4, sent. del 15-XII-2004, “Giovannini Felipe”.

CCiv. y Com, Necochea, RSI-131-99, res. del 16-VI-1999, “Posskrog”.

CCiv. y Com., sala I, San Isidro, causa 86.094, RSI-790-00, res. del 6-X-2000.

CCont. Adm., Mar del Plata, causa C. 12-II-2010, “Castelli Cifola” 1.625, RSD-22-10.

CNCiv., sala E, LL 1980-C-714;

CCiv. y Com. 1º, sala II, Mar del Plata, causa 106.972, RSI-864-98, res. del 20-X-1998, “Orellano”; *íd.* causa 146.150, RSI-567-10, res. del 30-IX-2010, “Santecchia”.

CCiv. y Com, San Martín, causa 59.757, RSI-387-7, res. del 6-XI-2007, “Delpino”.

El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación

POR FRANCISCO VERBIC (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Ubicándonos en el contexto. — III. La sentencia de fondo y el remedio estructural. — IV. Ejecución de la sentencia (i): cuestiones de competencia, asignaciones presupuestarias y responsabilidad personal de los funcionarios actuantes. — V. Ejecución de la sentencia (ii): monitoreo de la ejecución e impulso de oficio por la CSJN ante la falta de avances adecuados. — VI. Reflexiones finales. — VII. Bibliografía.

Resumen: El objetivo principal de este trabajo es analizar el remedio estructural dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Mendoza”. También se presentan aquí algunas dificultades procesales surgidas durante los primeros tres años del proceso de su implementación, y el modo en que la Corte Suprema las resolvió.

Palabras clave: Procesos colectivos - medio ambiente - remedio estructural - participación ciudadana - legitimación colectiva.

THE “MENDOZA” CASE STRUCTURAL INJUNCTION

BACKGROUND, MAIN FEATURES AND SOME ISSUES RAISED DURING THE FIRST THREE YEARS OF ITS IMPLEMENTATION

Abstract: The principal aim of this paper is to analyze the structural injunction issued by the Argentine Supreme Court of Justice in the “Mendoza” case. It also presents some procedural difficulties that arose during the first three years of the enforcement proceedings, and the way the Supreme Court solved them.

Key words: Collective Proceedings — environment - structural injunction - citizen participation - collective standing to sue.

I. Introducción

Este trabajo tiene por objeto analizar el remedio procesal ideado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN”, “la Corte” o “el Tribunal”) al dictar sentencia definitiva en la causa “Mendoza, Beatriz y o/s. c. Estando Nacional y o/s. s/Daños y Perjuicios”, (1) así como también presentar algunas de las cuestiones que se generaron con motivo de la implementación de tal decisión durante los primeros tres años transcurridos a partir de su dictado.

El análisis está dividido en cuatro partes principales. En la Parte II describiré la problemática general involucrada detrás de este proceso ambiental y los antecedentes de la causa que derivaron en el dictado del pronunciamiento del 8 de Julio de 2008 (en adelante “sentencia de fondo”). Como veremos, en esta sentencia la CSJN resolvió sólo una parte de la pretensión planteada, más precisamente

(*) Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Procesal II, Cátedra III. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

(1) CSJN, causa M.1569.XL.

aquella que se refiere a la prevención de mayores daños futuros y a la recomposición del medio ambiente en cuanto bien colectivo vulnerado. El remedio estructural fue pensado exclusivamente para dar respuesta a esa porción de la pretensión actora, mientras que numerosas pretensiones conexas fueron derivadas a otros cauces procesales, o bien se encuentran aun pendientes de resolver en esta misma causa. El conflicto social detrás del caso y el alcance del problema, el deslinde entre las distintas pretensiones, la definición de competencias para entender en tales asuntos y la intervención de terceros que pretendieron influir en el alcance de lo discutido son algunos de los puntos que serán considerados en esta parte del trabajo. La idea es poner el tema en contexto para lograr un mejor entendimiento de por qué y cómo la CSJN llegó a dictar la novedosa sentencia estructural en el año 2008.

En la Parte III me detendré a explicar las principales características del remedio establecido por la CSJN para recomponer el medio ambiente y evitar mayores daños futuros. A tal fin, por un lado describiré los contornos del programa que fijó la Corte en dicho pronunciamiento para guiar las acciones de los Estados demandados; y por el otro analizaré los mecanismos de participación ciudadana allí incorporados con la finalidad de monitorear la ejecución del programa, así como también el rol asignado al Defensor del Pueblo de la Nación y a la Auditoría General de la Nación. Asimismo, analizaré los alcances de la delegación que realizó la CSJN en un juez federal de primera instancia para llevar adelante la ejecución del mencionado programa. Debe tenerse en cuenta desde el inicio que este remedio estructural es algo completamente novedoso en el ordenamiento jurídico argentino. (2)

En las Partes IV y V pasaré revista a los pronunciamientos interlocutorios de mayor relevancia dictados con posterioridad a la sentencia de fondo para monitorear el proceso de ejecución y para resolver distintos tipos de dificultades allí suscitadas. Entre los asuntos que provocaron la intervención de la CSJN pueden mencionarse: (i) la definición del grado de participación que debe asumir al Ministerio Público de la Nación en el trámite de ejecución de la sentencia; (ii) la responsabilidad personal de los funcionarios de turno frente al incumplimiento de las mandas contenidas en el programa; (iii) planteos de competencia de diversa naturaleza; (iv) problemas para deslindar canales recursivos, lo cual también derivó en planteos de competencia; y (v) falta de avance razonable en los objetivos trazados, lo que llevó a la propia CSJN a monitorear e impulsar de oficio la ejecución del programa. El análisis de estos pronunciamientos -más aun, podría decirse que su mismo dictado demuestra el carácter flexible y en algún punto experimental de este tipo de remedios estructurales en la República Argentina. Asimismo, demuestra el compromiso asumido por la CSJN para enfrentar una problemática sumamente compleja que involucra en algún punto una participación directa (si bien limitada) del Poder Judicial en la marcha de la administración.

Una vez finalizadas las cuatro partes principales del trabajo, presentaré algunas conclusiones relacionadas con el caso "*Mendoza*" y también una breve reflexión sobre la necesidad de avanzar en la discusión de marcos conceptuales y normativos adecuados para permitir el desarrollo de este tipo de remedios judiciales en el ordenamiento jurídico argentino.

II. Ubicándonos en el contexto

1. Algo de historia y de la problemática social detrás del caso

Además de ser el litigio estructural más complejo de la República Argentina, es importante tener en cuenta que "*Mendoza*" representa la judicialización de una problemática ambiental y social muy profunda que tiene sus más remotos antecedentes a comienzos del siglo XIX. Es por ello que, como bien señala Spirito, en el análisis del caso no puede dejarse de lado el carácter acumulativo de la contaminación de la región. En este sentido, dicho autor recuerda que en 1801 ya existían 31 saladeros ubicados sobre las márgenes del Riachuelo y que en 1871 los medios periodísticos describieron al

(2) El único antecedente relevante en materia de litigio estructural está configurado por la causa "*Verbitsky*", en la cual se discuten las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires. Para mayor información ver el sitio web del Centro de Estudios Legales y Sociales.

Riachuelo como un río “*que no tiene ni el color ni el olor del agua, sino olor a putrefacción y sangre*” (Spirito, 2010). Más aún, la cuestión ambiental que hoy se discute en el expediente fue también motivo de planteos judiciales por aquel tiempo, aunque con distintos argumentos.

Lo que debe quedar en claro es que el problema de la contaminación en la zona, producto de la mencionada acumulación de contaminación a lo largo de numerosas décadas, es crítico y atraviesa horizontalmente diversas áreas de política pública. Sucede que, además del daño al medio ambiente (bien tutelado por la Constitución Nacional en su art. 41 desde la reforma de 1994), es posible advertir que el conflicto involucra cuestiones relacionadas con infraestructura sanitaria, salud, vivienda, trabajo y navegabilidad, entre otras. Para poder tomar real dimensión del asunto vale la pena detenerse por un momento en algunos números.

La Cuenca Matanza-Riachuelo tiene 64 km. de largo y 35 km. de ancho, alcanzando una superficie total de aproximadamente 2.250 km. cuadrados. En esta región residen más de 5.000.000 de personas, lo cual representa aproximadamente un 13% de la población de toda la República Argentina. De ese número de personas, más de la mitad carecen de acceso a un sistema de cloacas, una tercera parte carece de acceso a agua potable, y 500.000 residen en asentamientos sumamente precarios sobre el margen del río. De acuerdo con relevamientos oficiales, hasta el 28 de febrero de 2011 se han empadronado 19.727 industrias radicadas en la zona. (3) En lo que hace a la contaminación propiamente dicha, en el curso de agua se encontraron 8.500 toneladas de hierro, 67 barcos abandonados, 17 cascos de barcos hundidos, contaminantes químicos (tales como arsénico, cadmio, plomo, mercurio, cromo y cianuro) y contaminantes orgánicos (en particular, hidrocarburos aromáticos, DDT y coliformes).

Antes de abordar los alcances de la demanda y algunos de los antecedentes judiciales que derivaron en el dictado de la sentencia de fondo, cabe señalar que existieron algunos intentos gubernamentales para solucionar el problema. Tal vez el mejor ejemplo de tales intentos está configurado por la creación de “Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo” en el año 1995. Este Comité era un órgano integrado por representantes de los tres principales Estados que posteriormente fueran demandados en el caso “*Mendoza*” (Estado Nacional, Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires), y debía ocuparse de implementar el Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo por entonces vigente, así como también de poner en marcha los esquemas institucionales allí establecidos para buscar respuestas a la problemática.

Dicho Comité, que fracasó rotundamente en su misión, puede considerarse como el antecedente directo de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) creada por Ley N° 26.168. Como veremos, esta ley fue sancionada poco menos de 5 meses después del dictado de la primera sentencia en el caso “*Mendoza*”. Volveré sobre ella más adelante, detengámonos primero en algunas de las características salientes de este proceso judicial

2. Antecedentes relevantes de la causa previos al dictado de la sentencia de fondo (I): la decisión del 20/06/06, las audiencias públicas celebradas en la CSJN y la intervención de la Universidad de Buenos Aires como experto

La demanda que inició la causa “*Mendoza*” fue promovida por un grupo de personas que vivía en la zona contaminada. El caso fue iniciado en instancia originaria de la CSJN contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas radicadas en la zona. Con posterioridad a ello, como veremos, también fueron demandados 14 Municipios de la Provincia de Buenos Aires.

Entre los objetos perseguidos por la demanda se encontraban los siguientes: (i) reparación de los daños y perjuicios ambientales de tipo colectivo emergentes de la contaminación de la cuenca del río Matanza-Riachuelo; (ii) creación de un fondo público para reparar los daños individuales homogéneos ocasionados a las víctimas y llevar adelante acciones tendientes a modificar la situación;

(3) Al 12 de mayo de 2011 el 60,97% de dicha base de datos había sido ya inspeccionado.

(iii) obtención de una orden para que el Poder Ejecutivo Nacional reanude y continúe con la ejecución del Plan de Gestión Ambiental de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo; (iv) implementación de medidas urgentes para atender la salud de la población ribereña de la cuenca; y (v) anotación de litis para impedir que las empresas demandadas se insolventen a fin de evitar enfrentar una eventual condena pecuniaria en su contra.

Al dictar la primera sentencia de la causa el 20/06/06, la CSJN formuló un distingo entre dos tipos de pretensiones incorporadas en la demanda. Pretensiones cuya acumulación en un mismo proceso consideró inadmisibles. Así, la Corte abrió las puertas de su competencia originaria sólo respecto del “daño de incidencia colectiva” por ser el “único reglado y alcanzado” por la Ley General del Ambiente N° 25.675. Los derechos individuales de las personas afectadas, por el contrario, debían canalizarse ante los jueces correspondientes de acuerdo con el territorio y de conformidad con las normas del proceso individual.

Sentada esta distinción, la Corte puso de resalto numerosas deficiencias del escrito de demanda que, a su juicio, hacían que no hubiera información adecuada para obtener lo que buscaban los actores. (4) Con fundamento en esta falta de información, y asumiendo un rol activo pocas veces visto antes (si es que alguna vez), la Corte no rechazó la demanda sino que tomó una serie de importantes medidas instructorias y ordenatorias con el objeto de poder avanzar en la resolución del conflicto. Entre ellas se destacan las siguientes: (i) pedido de informes a las empresas demandadas sobre diversos aspectos relacionados con el caso; (5) (ii) requerimiento a los tres Estados demandados y al COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente) para que presenten un plan integrado que contemple diversas actividades orientadas a solucionar el conflicto; (6) (iii) citación a una audiencia pública para que las partes informen oralmente al Tribunal sobre dicho plan integrado; y (iv) concesión de una oportunidad para la parte actora a fin de mejorar su demanda mediante el aporte de la información faltante, puesta de resalto en la propia sentencia.

Dos meses después del dictado de esta decisión, en fecha 30/08/06 la Corte dictó una nueva sentencia por medio de la cual resolvió diversos pedidos de intervención de terceros (tema que abordaré en el apartado siguiente) y dictó un reglamento *ad hoc* para la audiencia pública a desarrollarse. En primer lugar, dicho reglamento formula aclaraciones sobre el objeto de la audiencia. En este sentido, con respecto a las empresas señala que la información que pretende obtenerse es aquella de carácter público relativa a las “medidas concretas de prevención y recomposición del daño ambiental colectivo”. (7) En lo que hace a los Estados demandados y al COFEMA, destacó que el objeto era una “sucinta exposición” del plan integrado que había ordenado elaborar y presentar. En segundo lugar, el Reglamento establece pautas de trámite tales como la necesidad de presentar la información en forma escrita con anterioridad a la audiencia, el orden de exposición y el modo en que serían distribuidos los tiempos de

(4) Entre ellas, que tal escrito: (i) no contiene descripción precisa del nexo causal; (ii) no describe adecuadamente el grado de incapacidad ni la entidad de las lesiones sufridas por las personas afectadas; (iii) no ilustra al tribunal aspectos esenciales sobre la cuestión litigiosa; (iv) no se basa en estudios actualizados; (v) no aporta elemento alguno para sustentar la pretensión de crear el fondo reclamado; y (vi) no aporta elemento alguno que permita identificar el objeto de la obra que solicita se realice para indemnizar el daño moral colectivo.

(5) Punto IV de la parte resolutive: “1. Líquidos que arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción. 2. Si existen sistemas de tratamiento de los residuos. 3. Si tienen seguros contratados en los términos del art. 22 de la ley 25.675”.

(6) Según el punto V de la parte resolutive el plan integrado debía contener: “1. Un ordenamiento ambiental del territorio. 2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas. 3. Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata. 4. Un programa de educación ambiental. 5. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada”.

(7) La Corte justificó la necesidad de esta aclaración en los siguientes términos: “En razón de que no está constituida la litis, al no haberse corrido traslado de la demanda, y para no afectar el derecho de defensa, la información que se solicita es la que resulta pública. De tal modo, el contenido de la audiencia será limitado a la exposición sobre temas de información pública concernientes a la contaminación del ambiente” (punto I.2 del Reglamento).

las partes, la facultad del Tribunal de formular preguntas y pedir explicaciones, la cantidad de lugares disponibles para las partes en la sala donde habría de desarrollarse la audiencia, y la posibilidad de que asista al acto el periodismo.

Una segunda audiencia pública tuvo lugar el 20/02/07, esta vez con la exclusiva finalidad de que los tres Estados principales demandados informaran ante la CSJN sobre: (i) las medidas adoptadas y cumplidas hasta la fecha en materia de prevención, recomposición y auditoría ambiental; (ii) las atinentes a la evaluación de impacto ambiental respecto de las empresas demandadas; y (iii) las acciones llevadas a cabo con relación al sector industrial, poblacional y con la atención y prevención en materia de salud. En lo que hace al trámite de esta audiencia, la Corte utilizó el mismo reglamento establecido en la sentencia del 30/08/06.

Los resultados no fueron los esperados por el Tribunal. Ello puede inferirse del hecho que, tan sólo tres días después de celebrada dicha audiencia, la CSJN dictó un breve pronunciamiento en el cual señaló que estimaba apropiado *“contar con elementos cognoscitivos de los que carece”* para dictar sentencia sobre el fondo del asunto. En razón de ello hizo uso nuevamente de sus facultades instructorias y ordenó la intervención de la Universidad de Buenos Aires (UBA) a fin de que informe al Tribunal sobre la factibilidad de diversos puntos del plan presentado por los demandados y realice las observaciones o recomendaciones que estime necesarias. No sólo eso, sino que -una vez presentado el informe por parte de la UBA- la Corte volvió a fijar una audiencia pública convocando a las partes y a los terceros intervinientes para que expresen las observaciones que estimaran conducentes tanto con respecto al Plan Integrado presentado por los demandados como en relación al informe de factibilidad presentado por dicha Universidad Nacional. Esta última audiencia fue uno de los hitos más relevantes en la causa hasta el dictado de la sentencia de fondo. Sentencia en la cual, como veremos en el acápite III de este trabajo, la CSJN se refirió expresamente a la falta de aportes de ambas partes como el principal argumento para sostener su competencia a fin de dictar el Plan Integral de Saneamiento que actualmente se encuentra en plena ejecución.

3. Antecedentes relevantes de la causa previos al dictado de la sentencia de fondo (II): la intervención de terceros que pretendieron influir en el alcance de lo discutido

En fecha 24/08/06 la CSJN resolvió un pedido del Defensor del Pueblo de la Nación por medio del cual éste pretendía ampliar demanda contra catorce Municipios. La Corte rechazó tal pretensión por considerar que de otro modo se infringiría el *“preciso alcance subjetivo”* que los actores habían dado al caso. A pesar de la fuerte participación que el Tribunal había tenido en la gestión del proceso hasta ese momento, al resolver esta petición aquél sostuvo que la morigeración de ciertos principios vigentes en el proceso civil tradicional y la flexibilización de las formas rituales en asuntos de esta naturaleza no era fundamento suficiente para permitir la introducción de peticiones que exijan apartarse de *“reglas procedimentales esenciales”* y que -de ser admitidas- terminarían por convertir al proceso en una *“actuación anárquica”* que impediría el ejercicio de una tutela jurisdiccional adecuada. De este modo, la CSJN rechazó el pedido de ampliación de demanda pero reconoció al Defensor del Pueblo la posibilidad de participar en la discusión en carácter de tercero.

Una semana después, en fecha 30/08/06, la Corte rechazó otro planteo similar, esta vez formulado por siete asociaciones civiles que pretendían citar como terceros a los mismos catorce Municipios con respecto a los cuales el Defensor del Pueblo buscó ampliar demanda y al CEAMSE (Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado). Asimismo, estas asociaciones buscaban incorporar nuevas cuestiones al debate. Luego de analizar el estatuto de tales organizaciones para definir si estaban habilitadas para formular estos planteos, la Corte reconoció a cuatro de ellas la posibilidad de participar como terceros en la causa debido a que sus fines estatutarios guardaban necesaria vinculación con la pretensión ventilada en el expediente. (8)

(8) Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Fundación Greenpeace Argentina, Asociación Civil Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Asociación Vecinos de la Boca (consid. 2º). Por falta de esa “ne-

Para este momento, entonces, el caso contaba con la participación de catorce individuos afectados, el Defensor del Pueblo de la Nación y cuatro asociaciones civiles integrando el polo activo de la relación procesal, por un lado, y cuarenta y cuatro empresas, el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires integrando el polo pasivo de la relación procesal, por el otro. Sin lugar a dudas, un proceso extremadamente complejo. Y fue esta complejidad la que llevó a la Corte a poner límites a nuevas intervenciones a través de la decisión del 20/03/07. En esta ocasión se trataba de otra asociación civil y setenta personas afectadas que buscaban participar como terceros en la causa. La Corte, por ajustada mayoría, aceptó la intervención de todos ellos pero aclaró que no permitiría ninguna más en el futuro por entender que los derechos de la parte actora se encontraban suficientemente representados. La disidencia, por el contrario, propuso rechazar de plano las intervenciones solicitadas para evitar que el proceso continuara complejizándose y pudiera afectar la posibilidad de brindar una tutela efectiva para el caso.

Antes de continuar cabe destacar que finalmente los catorce municipios fueron incorporados al proceso como demandados, aunque para ello fue necesario que la parte actora originaria ampliara su demanda en los términos del art. 331 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

4. Antecedentes relevantes de la causa previos al dictado de la sentencia de fondo (III): creación de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR)

Como fuera adelantado, la ACUMAR es un ente interjurisdiccional de derecho público creado poco menos de cinco meses después del dictado de la sentencia del 20/06/06. Fue establecido en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación y está compuesto por ocho miembros: dos por la Provincia de Buenos Aires, dos por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y tres por el Estado Nacional, además del titular de la mencionada Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (quien además ejerce su presidencia).

De acuerdo con su ley de creación N° 26.168, la ACUMAR tiene por competencia regular, controlar y fomentar actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la cuenca. Asimismo, se encuentra facultada a intervenir administrativamente en materia de prevención, saneamiento, recomposición y utilización racional de los recursos naturales (art. 5°).

En otro orden, vale señalar que además de encontrarse autorizada para dictar sus reglamentos de organización interna y de operación, la ACUMAR cuenta con el apoyo de dos cuerpos creados por la misma Ley N° 26.168 en sus arts. 3° y 4° para operar dentro de su ámbito: (i) un Consejo Municipal, integrado por un representante de cada Municipio de las jurisdicciones comprendidas y que tiene por objeto cooperar, asistir y asesorar al ente; y (ii) una Comisión de Participación Social integrada por representantes de organizaciones del tercer sector con interés en el área y que tiene por objeto cumplir funciones consultivas. Por último, tenemos que la Ley N° 26.168 dispuso también la creación de un “Fondo de Compensación Ambiental” para ser administrado por la ACUMAR y destinado prioritariamente “a la protección de los derechos humanos y a la prevención, mitigación y recomposición de los daños ambientales” (art. 9°).

Según veremos a continuación, la ACUMAR fue el ente condenado por la CSJN en la sentencia de fondo (sin perjuicio de la responsabilidad concurrente del Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

III. La sentencia de fondo y el remedio estructural

La sentencia de fondo resolvió el mérito de sólo una de las pretensiones promovidas por la parte actora. Más precisamente, de aquella que persigue como objeto la recomposición del ambiente y la prevención de nuevos daños en el futuro (esto es, la pretensión de objeto indivisible). Al hacerlo

cesaria vinculación” fue rechazada de plano la intervención de Fundación Metropolitana, Fundación Ciudad y Poder Ciudadano.

estableció una serie de cuestiones novedosas que serán presentadas y brevemente analizadas por separado a continuación.

1. Principales características de la sentencia de condena y contenido del programa de saneamiento

Por medio de esta sentencia la CSJN condenó a la ACUMAR, al Estado Nacional, la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires a tomar diversas medidas con la finalidad de recomponer el medio ambiente y evitar que se produzcan mayores daños en el futuro. (9) Según explicó la propia Corte, la condena y tales medidas son consideradas como parte de un *“mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados”* cuyo contenido específico fue diagramado por el propio tribunal en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente N° 25.675. Llama la atención que si bien la Corte invocó la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente como fundamento de su competencia para determinar el contenido del mandato, al mismo tiempo evitó citar artículo alguno de tales normas o especificar a qué principios o directrices políticas de las comprendidas en aquéllas estaba haciendo alusión. Tampoco se encuentra en la sentencia algún tipo de cita doctrinaria o jurisprudencial (local o extranjera) que pueda ser de utilidad como fuente de referencia. No obstante, como se ha señalado desde la doctrina, es posible advertir que la estructura y el objeto de la decisión comulgan en gran medida con los contornos que adquieren las *structural injunctions* en el sistema estadounidense (Verbic, 2008).

De acuerdo con lo que se desprende de la sentencia, la decisión de establecer el mandato en los términos que veremos a continuación encontró fundamento en la falta de aportes precisos de las partes con relación a las medidas que correspondía tomar para cumplir con lo pedido. (10) El contenido de este mandato fue estrictamente delimitado por la Corte, quien se ocupó de subrayar que su sentencia *“se orienta hacia el futuro”* y se circunscribe a fijar *“criterios generales”* para cumplir con el objeto de la pretensión. En este punto puede advertirse una consciente autorrestricción de parte de la CSJN, quien puso de manifiesto expresamente la necesidad de evitar un avance indebido sobre la esfera de actuación de los otros poderes del Estado. Es por ello que el mandato obligatorio dejó en manos de los demandados la elección de las acciones concretas que fueran necesarias para cumplir los objetivos allí trazados.

Los criterios generales fijados por la Corte fueron precisados como integrantes de un *“programa”* que fue considerado como necesario para garantizar la eficacia en la implementación de la sentencia. Las principales características del contenido de dicho programa fueron resumidas por la CSJN en los siguientes términos: *“un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control”*. Entre los contenidos del programa detallados en el consid. 17° de la sentencia encontramos los siguientes:

(9) En el consid. 16° la Corte explica que *“la autoridad obligada a la ejecución del programa, que asumirá las responsabilidades ante todo incumplimiento o demora en ejecutar los objetivos que se precisarán, es la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168. Ello, sin perjuicio de mantener intacta en cabeza del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la responsabilidad que primariamente les corresponde en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las obligaciones impuestas en materia ambiental por disposiciones específicas de la Constitución Nacional recordadas por esta Corte desde su primera intervención en el mentado pronunciamiento del 20 de junio de 2006, como así también de las normas superiores de carácter local del estado bonaerense y de la ciudad autónoma demandada”*.

(10) *“Con relación al plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo presentado por la parte demandada se han realizado audiencias y dictámenes que evidencian deficiencias que este Tribunal debe tener en cuenta. De todo ese proceso, descrito en los considerandos anteriores, surge que existen importantes diferencias entre las distintas versiones presentadas, y que en muchos aspectos no hay una elaboración actualizada sino una reedición de documentos que existían con anterioridad y que datan de varios años. También han existido dificultades para conocer datos objetivos, públicos y mensurables sobre las distintas situaciones existentes, lo cual ha sido agravado por la dispersión de las fuentes de información y la falta de una terminología homogénea”* (consid. 15).

(i) Tres objetivos simultáneos a cumplir, consistentes en la mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca, la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos), y la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción. (11)

(ii) La obligación de organizar un sistema de información pública digital vía internet “para el público en general”, que de modo concentrado, claro y accesible contenga todos los datos actualizados que habían sido solicitados en una resolución anterior. (12)

(iii) En materia de contaminación de origen industrial, la obligación de realizar inspecciones en todas las empresas radicadas en la cuenca Matanza-Riachuelo, identificar aquellas que se consideren agentes contaminantes, intimar a todas las empresas identificadas como agentes contaminantes para que presenten a la autoridad competente el correspondiente plan de tratamiento, considerar y resolver -por parte de la ACUMAR- la viabilidad de dichos planes de tratamiento, ordenar a las empresas que no hayan obtenido aprobación de un plan el cese de su actividad contaminante, adoptar medidas de clausura o traslado, poner en conocimiento de las empresas las líneas de créditos existentes y disponibles a tales efectos, presentar en forma pública -actualizada trimestralmente- informes sobre el estado del agua y las napas subterráneas, además de la calidad del aire de la cuenca, presentar -también en forma pública, detallada y fundada- un proyecto de reconversión industrial y relocalización en el marco del Acta Acuerdo del Plan de acción conjunta para la adecuación ambiental del polo petroquímico de Dock Sud, y finalmente presentar en forma pública el estado de avance y estimación de plazos de las iniciativas previstas en un Convenio Marco suscripto para ser ejecutado en el contexto de la cuenca.

(iv) En materia de saneamiento de basurales, el deber de asegurar la ejecución de las medidas necesarias para impedir que se sigan volcando residuos en los basurales -legales o clandestinos- que serán cerrados, para implementar el programa de prevención de formación de nuevos basurales a cielo abierto presentado ante la Corte en el marco de la causa, para erradicar las habitaciones sobre los basurales e impedir la instalación de nuevas. Asimismo, debe ordenar la erradicación, limpieza y cierre de todos los basurales ilegales relevados por la ACUMAR, y concretar el plan de Gestión Integral de los Residuos Sólidos Urbanos (GIRSU) presentado ante la Corte.

(v) Con relación a la limpieza de márgenes de río, la obligación de informar “en forma pública, de modo detallado y fundado” sobre la finalización de la etapa de desratización, limpieza y desmalezado de cuatro sectores específicos que habían sido individualizados en el plan presentado por los demandados, así como también sobre el avance de las obras públicas para transformar la ribera en un área parqueada.

(vi) En lo que hace a las tareas de expansión del servicio de agua potable, desagües pluviales y saneamiento cloacal, establece la obligación de informar sobre el plan de ampliación de las obras de captación, tratamiento y distribución a cargo de AySA (Aguas y Saneamientos Argentinos) y del Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (Enohsa), así como también sobre el plan de obras respecto de las últimas dos cuestiones.

(vii) Por último, el programa contiene un mandato dirigido a establecer un plan sanitario de emergencia habida cuenta el incumplimiento de diversos informes que fueran solicitados en el curso del proceso. En particular, se exigió la realización de un mapa sociodemográfico y encuestas de factores ambientales de riesgo a los efectos de determinar la población en situación de riesgo, elaborar un diagnóstico de base para deslindar enfermedades provocadas por la contaminación y aquellas que no lo son, elaborar un sistema de registro y base de datos de acceso público que incluya las patologías

(11) Para medir el nivel de cumplimiento de esos objetivos la Corte indicó que la ACUMAR “deberá adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición que se encuentran disponibles e informar al tribunal competente para la ejecución de esta sentencia en un plazo de 90 (noventa) días hábiles”. Asimismo, estableció que “el incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca”.

(12) Sentencia del 22/08/2007.

detectadas en la Cuenca. Asimismo, la Corte solicitó especificar las medidas de vigilancia epidemiológicas adoptadas en la zona de emergencia.

Antes de seguir adelante vale señalar dos cuestiones. La primera es que todas estas medidas fueron dispuestas para ser cumplidas en plazos que varían entre los 30 días y 1 año. Más allá de la urgencia en solucionar el asunto, especialmente debido al riesgo a la salud que enfrentan las personas que viven en la zona afectada, el paso del tiempo demostró que tales plazos eran abiertamente inadecuados a la luz de la complejidad de la problemática de fondo y de la realidad burocrática de los Estados condenados. De hecho, esta complejidad fue la que llevó a la presentación y posterior reformulación de un plan de saneamiento que es el que actualmente gobierna las tareas desarrolladas por los demandados para cumplir con la manda de la CSJN.

La segunda cuestión es que la intimación al cumplimiento de todas esas medidas fue dispuesta por la CSJN bajo un apercibimiento bastante particular: una multa diaria en cabeza del presidente de la ACUMAR. Esto es, bajo responsabilidad personal de dicho funcionario (según veremos más adelante, esta medida de coerción dio lugar a uno de los primeros planteos que la Corte debió resolver con posterioridad al dictado de la sentencia).

2. Delegación de la ejecución en el Juzgado Federal de Quilmes

La Corte delegó el proceso de ejecución de sentencia en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, a quien también facultó para fijar el valor de las multas diarias derivadas del incumplimiento del programa. Esta delegación configura uno de los aspectos más novedosos del fallo. Según se desprende de la sentencia, las razones que llevaron a la Corte a tomar esta decisión fueron tres: (i) las dificultades e incidencias procesales que con seguridad se presentarían durante el cumplimiento de las numerosas mandas contenidas en el programa; (ii) la necesidad de mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe manejar; y (iii) la búsqueda de un mayor grado de inmediación entre la magistratura y las partes. La CSJN también se refirió en su sentencia a la importancia de evitar intromisiones e interferencias que impidan el cumplimiento del mandato, e investió al mencionado Juzgado de Primera Instancia con la competencia exclusiva para intervenir en la revisión judicial de las decisiones de la ACUMAR. Esta última medida fue tomada con la finalidad de procurar uniformidad y consistencia en la interpretación de las cuestiones que pudieran suscitarse en el trámite de la ejecución.

Este aspecto de la decisión encuentra algunos antecedentes en el derecho comparado, especialmente en los tribunales estadounidenses donde podemos encontrar a los denominados “oficiales de la Corte” (*officers of the Court*). Tales funcionarios tienen por misión llevar adelante o controlar personalmente las tareas que sean necesarias para cumplir con lo dispuesto en la sentencia (Taruffo, 1988). Operan bajo la dirección de la Corte y a ella deben acudir tanto para rendir cuentas de su actuación como para obtener la remoción de cualquier obstáculo que encuentren en el cumplimiento de su cometido y que exceda los poderes que le fueran otorgados para actuar (Taruffo, 1990). Si bien se trata de un recurso de carácter excepcional, la utilización de estos auxiliares apareja importantes ventajas para los magistrados ya que -sin perder el poder de dirección y control sobre el asunto- impide que su tarea cotidiana resulte absorbida por la gestión que exige el cumplimiento de la decisión (Verbic, 2007:361). Tan es así que algunos han considerado la designación de este tipo de funcionarios como un verdadero mecanismo para “crear tiempo judicial” (Brazil-Hazard, 1983). Si bien la figura nació como una creación jurisprudencial, en la actualidad cuenta con una regulación bastante detallada en la Regla 53 de procedimiento federal, reformada en el año 2003. Antes de la sanción de las *Federal Rules of Civil Procedure* en el año 1938, las cortes federales estaban ya facultadas para designar *special masters* y definir sus deberes para el caso (Ferleger, 2004).

3. Mecanismos de control y participación ciudadana en el procedimiento de ejecución. Rol de la Auditoría General y del Defensor del Pueblo de la Nación

La CSJN estableció un sistema de monitoreo y control sobre la ejecución de la sentencia, el cual es ejercido con una fuerte participación de organizaciones no gubernamentales. Por un lado, el tribunal designó a la Auditoría General de la Nación como encargada de controlar específicamente la

asignación de fondos y la ejecución presupuestaria de todo lo que tenga relación con el programa. Asimismo, autorizó al juez de la ejecución para presentar ante dicho organismo de control cualquier cuestionamiento que estime necesario con relación al control presupuestario y a su ejecución.

Por otro lado, y esta vez con el declarado objetivo de fortalecer la participación ciudadana en esta causa judicial, la Corte designó al Defensor del Pueblo de la Nación como coordinador de un cuerpo colegiado a conformarse con las distintas organizaciones no gubernamentales que estaban por entonces ya presentadas en la causa (sobre cómo fueron incorporadas al proceso me remito a lo explicado en la parte II de este trabajo). Este cuerpo colegiado tiene por objeto: (i) recoger sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado; (ii) recibir información; y (iii) formular planteos concretos ante la ACUMAR para el mejor logro de los objetivos trazados en el programa.

Cabe destacar que el Defensor del Pueblo ya estaba para ese entonces muy involucrado con el problema de fondo que se discute en el proceso debido a anteriores actividades relacionadas con el caso. (13) En cumplimiento de la manda judicial, esta figura creó el Cuerpo Colegiado y aprobó su reglamento interno de funcionamiento por medio de la Resolución N° 100/08.

Este mecanismo de participación configura sin lugar a dudas otra de las novedades más interesantes de la sentencia. Además, cobra particular importancia en cuanto extiende al campo judicial un derecho ya reconocido a los ciudadanos por la Ley General del Ambiente N° 25.675, aunque exclusivamente para participar en sede administrativa. (14) Procesos colectivos como el que dio lugar a la sentencia de fondo generan un espacio de resonancia social propicio para el desarrollo de la participación ciudadana en la toma de decisiones (Marinoni, 2003) (15). Teniendo esto presente, puede sostenerse que la participación del tercer sector en la forma descripta ha provocado lo que Berizonce dio en denominar una “*saludable oxigenación*” del proceso judicial (Berizonce, 1988).

IV. Ejecución de la sentencia (i): cuestiones de competencia, asignaciones presupuestarias y responsabilidad personal de los funcionarios actuantes

Como adelanté en la introducción de este trabajo, con posterioridad a la sentencia de fondo la CSJN dictó una serie de pronunciamientos interlocutorios para resolver distintos tipos de dificultades encontradas en el trámite de ejecución.

1. Alcance de la intervención del Ministerio Público Fiscal

Dos meses después del dictado de la sentencia de fondo surgió una de las primeras cuestiones de relevancia a resolver. El Procurador General de la Nación dirigió una comunicación a la CSJN con dos

(13) Al ya mencionado “Informe Especial sobre la Cuenca Matanza-Riachuelo”, 2003 deben sumarse las diversas recomendaciones formuladas por el Defensor del Pueblo que tuvieron origen en dicho informe. Entre las más importantes se cuentan las contenidas en las resoluciones N° 31/2003, 112/2003, 43/2006, 44/2006, 46/2006, 47/2006 y 48/2006. Asimismo, el Defensor del Pueblo coordinó un segundo informe especial sobre el tema denominado “Informe Especial de Seguimiento Cuenca Matanza-Riachuelo”, también disponible online.

(14) En su parte pertinente la Ley General del Ambiente N° 25.675 establece lo siguiente: “ARTÍCULO 19. Toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general”. “ARTÍCULO 20. Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública”. “ARTÍCULO 21. La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados”.

(15) Esta característica de los procesos colectivos no es exclusiva de aquellos que versan sobre materia ambiental. En este sentido creo que el mejor ejemplo -y uno de los antecedentes más relevantes en la jurisprudencia argentina en materia de reforma estructural- puede verse en el caso “Verbitsky”, donde se discute sobre las condiciones del sistema penitenciario de la Provincia de Buenos Aires.

objetivos. En primer lugar, destacar que no se le había otorgado participación con carácter previo al dictado de la sentencia. Esta participación, a su modo de ver, era obligatoria para preservar las funciones y competencias que le otorga la Constitución Nacional (art. 120). En segundo lugar, el Procurador solicitó a la CSJN que haga saber al juez federal de Quilmes la improcedencia de su participación en el trámite de la ejecución de la sentencia (pedido que se disparó con motivo de una citación cursada al Procurador por dicho juez federal para que participara en una audiencia).

Con respecto al primer cuestionamiento, que de alguna manera hubiera puesto en tela de juicio la legitimidad de la decisión en cuanto acto procesal válido, la CSJN señaló que éste contó con *“la participación que corresponde con arreglo a los textos normativos aplicables y a la actuación que voluntariamente tomó dicho órgano”*. Ello así toda vez que no se presentaba en el proceso planteo de inconstitucionalidad alguno, ni se habían introducido cuestiones relativas a la distribución de competencias entre el Estado Nacional y los estados locales. Por el contrario, el tribunal enfatizó que el asunto versaba sobre cuestiones de hecho y sobre *“la definición de mandatos prestacionales y reglas para la actuación procesal ulterior”*. Este tipo de cuestiones, como bien sostuvo la Corte, no requieren dictamen previo del Ministerio Público Fiscal con arreglo a las atribuciones reconocidas a dicho órgano en el art. 33 inc. “a”, de la Ley N° 24.946. Asimismo, la CSJN recordó que el Ministerio Público Fiscal cuenta con importantes atribuciones para intervenir en causas relacionadas con la prevención y remediación del medio ambiente, encontrándose autorizado a intervenir como parte en dichos procesos de acuerdo con lo dispuesto por el art. 41, inc. “a”, de la Ley N° 24.946. Facultad de participar que el Procurador no ejerció en el caso *“a pesar de haber sido notificado del trámite conferido a este asunto y de la excepcional difusión pública con que contó este proceso”*.

En lo que se refiere a los alcances de la intervención que cabe al Ministerio Público en el trámite de ejecución de la sentencia, la CSJN sostuvo lacónicamente que su participación *“está reglada por los supuestos que contemplan los arts. 25, 39 y 41 de la ley 24.946 y, que de corresponder, la intervención será otorgada al representante que corresponda por razón del grado, materia y territorio”*.

2. Responsabilidad personal de los funcionarios actuantes

Un segundo obstáculo a sortear para avanzar con la ejecución fue planteado por quien ocupaba por entonces el cargo de Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable, órgano de la administración pública nacional con responsabilidad primaria en materia ambiental. Vale recordar aquí que, tal como fuera señalado en la Parte II de este trabajo, de acuerdo con la estructura de la ACUMAR el Secretario de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable es -al mismo tiempo- Presidente de la Autoridad de Cuenca. En este último carácter, la funcionaria solicitó a la CSJN una aclaratoria de diversos aspectos de la sentencia de fondo. Entre ellos se encontraba el alcance de la responsabilidad que fue fijada personalmente en su cabeza.

En fecha 12/8/8 la CSJN rechazó de plano el planteo al señalar que la decisión era *“suficientemente clara”* y no había incurrido en errores materiales u omisiones que pudieran dar lugar a una nueva intervención de su parte (arts. 36, inc. 6°, y 166, inc. 2° CPCCN). Asimismo, destacó que el planteo también era inadmisibles por cuanto pretendía revisar la sustancia de la decisión sobre la responsabilidad asignada a la Presidenta de la Autoridad de Cuenca.

3. Cuestiones de competencia (I)

Ya en el mes de abril de 2009, la CSJN rechazó una cuestión de competencia promovida por el juez federal de Quilmes con motivo de una denuncia realizada ante sus estrados. La decisión de la CSJN no permite vislumbrar cuál era el contenido de dicha denuncia. Sin perjuicio de ello, en esta breve sentencia interlocutoria la CSJN no sólo señaló que no existía un *“adecuado planteamiento de la cuestión de competencia”*, sino que también sostuvo que no se observaban razones *“en los términos del art. 24, inc. 7°, del decreto ley 1285/58 y del pronunciamiento dictado el ocho de julio de 2008”* que *“justifiquen la intervención que se promueve”*. De este modo el tribunal confirmó que las previsiones contenidas en la sentencia de fondo relativas a asignación de competencias entre órganos judiciales

serían consideradas, en el exclusivo marco de este proceso, como fuente de derecho al mismo nivel que las disposiciones reglamentarias ordinarias.

4. Cuestiones de competencia (II)

En el marco de la misma denuncia que originó el planteo resuelto por sentencia del 28/04/09, la CSJN debió tratar nuevamente un planteo de incompetencia promovido por los sujetos involucrados en dicho expediente. En esta oportunidad el juez federal de Quilmes remitió al tribunal la totalidad de las actuaciones y, una vez más, la CSJN resolvió en fecha 11/06/09 y por mayoría que no correspondía su intervención ya que *“no se presenta la situación especialmente contemplada en el considerando 21 del pronunciamiento dictado el ocho de julio de 2008”* ni cualquier otra de las que *“con carácter general el art. 24, inc. 7° del decreto-ley 1285/58 somete a conocimiento del Tribunal”*.

De este modo, el pronunciamiento ratifica el criterio sentado en la decisión del 28/04/09. Más aún, en el voto de los Dres. Lorenzetti y Fayt pueden encontrarse algunas precisiones que sirven de guía respecto del tema en discusión. Dichos ministros señalaron que la competencia asignada al Juzgado Federal de Quilmes a raíz de lo decidido por la CSJN en la sentencia de fondo (consid. 20° y 21°) en principio corresponde, por razones de conexidad, a los delitos de naturaleza ambiental que afecten tierra, agua y aire del territorio de la cuenca, así como también a aquellos en que los hechos demuestren un alzamiento, desobediencia o resistencia a cumplir las órdenes que la propia Corte fijara en el pronunciamiento de fondo. (16)

5. Asignaciones presupuestarias: el pedido del juez de la ejecución

Poco antes de cumplirse un año del dictado del pronunciamiento de fondo, en fecha 07/07/09 el Juez de Primera Instancia a cargo de la ejecución dictó una sentencia en la cual -entre otras cosas- ordenó a las áreas de economía de los Estados que componen la ACUMAR (recordemos, Estado Nacional, Provincia de Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires) que aseguren los fondos necesarios para el efectivo cumplimiento de las mandas allí contenidas. (17) Contra dicho pronunciamiento se interpuso un recurso extraordinario federal por parte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por medio del cual se pretendía revocar tal pronunciamiento a fin de que fuera sólo el Estado Nacional quien proveyera recursos para integrar el fondo de compensación ambiental previsto en el art. 9° inciso e) de la Ley N° 26.168 (ley de creación de la ACUMAR). El recurso fue rechazado por medio de la decisión de fecha 07/08/2009. En esta sentencia el juez federal de Quilmes recordó que, según lo dispuesto por la citada norma, entre los recursos que conforman el fondo se cuentan *“otros recursos que le asigne el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y el gobierno la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”*. En virtud de ello, según la sentencia *“no caben dudas”* que la composición económica de dicho Fondo no incluye sólo asignaciones presupuestarias del Estado Nacional.

Más allá de la claridad de los fundamentos que sostienen el rechazo del recurso interpuesto, esta decisión contiene algunas precisiones que van en línea con las directrices fundamentales que subyacen en el pronunciamiento de fondo. Entre ellas vale destacar la mención de que en materia ambiental *“se hace imprescindible enfocar las disposiciones de la ejecución de la sentencia en la eficacia del procedimiento ejecutorio, para lo cual, la actuación pro activa de los Jueces en casos ambientales se hace absolutamente necesaria”*. En la misma línea, el juez sostuvo que su actuación en esta etapa

(16) La disidencia de Highton de Nolasco, mientras tanto, consideró que correspondía tener por configurada la cuestión de competencia y tomar intervención en el pedido. Ello así por tratarse de *“una situación que podría resultar frustratoria de lo decidido por esta Corte en la sentencia dictada en esta causa”* en virtud del *“grave riesgo institucional comprometido”* en la denuncia que originó el planteo.

(17) El Punto VII de la parte resolutive dispone *“Hacer saber a las carteras económicas del Estado Nacional, Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que deberán asegurar los fondos necesarios para cumplimiento de los objetivos del fallo en ejecución, en especial para dotar de los recursos humanos y materiales a los distintos componentes internos de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) -principalmente los relacionados con el control industrial y la salud pública-, conforme lo esbozado en el Considerando 27° de la presente resolución”*.

de ejecución “*debe manejarse con criterios de previsibilidad y de conformidad con los postulados emanados por los principios generales de la Ley General del Ambiente N° 26.675*”. (18) Esta premisa puede verse reflejada en cómo la decisión subraya la importancia de resolver el asunto en discusión ya que “*en corto tiempo los poderes legislativos de los Estados intervinientes, someterán a votación el presupuesto anual para el año 2010*”.

Por último, vale la pena destacar que el juez mantuvo una adecuada prudencia para no inmiscuirse en competencias que son propias del poder ejecutivo de cada uno de los Estados involucrados. En tal sentido, para rechazar la tacha de arbitrariedad invocada en el recurso extraordinario el magistrado sostuvo que estaba ordenando a la administración que cumpla un objetivo (aseguramiento de los fondos) sin decirle cómo “*ya que los medios para hacerlo son ajenos al pronunciamiento jurisdiccional*”. Asimismo, destacó que no había lugar para dudas en cuanto a que la decisión impugnada respetaba “*absolutamente la frontera constitucional, sin avanzar en la definición de los procedimientos*”.

6. Cuestiones de competencia (III). Resolución de las divergencias interpretativas con carácter general

Ya hacia fines del año 2009, más precisamente el 10/11/09, la CSJN volvió a dictar un pronunciamiento de tipo ordenatorio en el marco de la causa. La razón que motivó la intervención del tribunal en esta oportunidad fueron las “*divergencias interpretativas*” que se habían generado para entonces entre tribunales de distinta naturaleza, sede y grado acerca del alcance de las reglas recursivas y de competencia establecidas en la sentencia de fondo. Tales divergencias eran evidentes a la luz del gran número de jueces federales y provinciales que habían elevado a la CSJN expedientes en los cuales: (i) se tomaron decisiones inhibitorias en materia de competencia; o (ii) se consultaba directamente a dicho tribunal acerca de las diversas vías procesales que deben transitar los planteos y peticiones acumuladas en el proceso. Con la finalidad declarada de evitar el planteo de conflictos de competencia “*que comprometen directamente la pronta terminación de los procesos*”, la CSJN tomó intervención con el declarado objetivo de definir cuestiones concernientes a la competencia reglada en el pronunciamiento de fondo.

En primer lugar, la CSJN recordó que, en materia no penal, las cuestiones sometidas a competencia del Juzgado Federal de Quilmes pueden agruparse en tres categorías, a saber: (i) cuestiones relacionadas con la ejecución de la sentencia, específicamente con el cumplimiento de los mandatos referidos a la prevención y recomposición del medio ambiente que fueron incluidos en el programa diagramado en el pronunciamiento de fondo; (ii) planteos promovidos con el objeto de obtener la revisión judicial de las decisiones tomadas por la ACUMAR; y (iii) litigios relativos a la ejecución del plan, por acumulación; y, por radicación, aquellas acciones colectivas que tengan por objeto una controversia sobre el mismo bien jurídico (aun cuando el actor y la *causa petendi* sean diferentes, tal como sostuviera en el pronunciamiento de fondo). La Corte señaló que las dos primeras categorías no dieron lugar a grandes complicaciones, mientras que la tercera es la que generó las interpretaciones divergentes que justificaron esta nueva intervención.

En pos de solucionar la situación planteada, la CSJN aclaró que la litispendencia declarada en la sentencia de fondo, con la consecuente radicación de las causas ante el Juzgado Federal de Quilmes, está “*rigurosamente limitada*” a aquellos procesos en que el bien jurídico ambiental comprometido es de naturaleza colectiva. Según el tribunal, tales procesos son únicamente aquellos en que “*los derechos cuya tutela se persigue corresponden a un bien que pertenece a la esfera social y transindividual*”. (19)

(18) Entre ellos la sentencia menciona los siguientes: “congruencia, prevención, precaución, equidad intergeneracional, progresividad, responsabilidad, subsidiaridad, sustentabilidad, solidaridad y cooperación”.

(19) Esta litispendencia, precisó el tribunal, “alcanzará inclusive a las cuestiones que, pese a haber sido introducidas —por vía de pretensiones accesorias, cautelares, de medidas informativas o probatorias de carácter preliminar, o bajo cualquier otro nomen juris— en procesos que por su objeto principal quedan excluidos de su radicación ante el juzgado de Quilmes, exhiben un contenido que está —expresa o virtualmente— comprendido dentro de los mandatos impuestos a la autoridad de cuenca en la mencionada sentencia del 8 de julio, y cuya ejecución fue encomendada al juzgado indicado”. En estos casos “la causa continuará tramitando ante el tribunal competente

Por el contrario, la Corte sostuvo que cuando la lesión a bienes de incidencia colectiva tuviera repercusión sobre el patrimonio individual hay una diferencia sustancial: aun existiendo una causa fáctica y normativa homogénea, se pretende la satisfacción de intereses individuales cuyo ejercicio singular se encuentra suficientemente justificado. Esta segunda clase de asuntos (con relación a los cuales la CSJN se declaró incompetente en la sentencia del 20/06/06, según vimos), se encuentra excluida de la declaración de litispendencia y, por tanto, de su radicación ante el Juzgado Federal de Quilmes. En la misma línea de lo sostenido por el propio tribunal en su sentencia del 20/06/06, se señaló en esta oportunidad que tales asuntos individuales homogéneos deben tramitar ante el órgano judicial que resulte competente según las reglas generales ya que las peticiones relacionadas con la tutela de derechos individuales está *“inequívocamente excluida de la competencia atribuida al Juzgado Federal de Quilmes”*.

En lo que respecta al régimen recursivo establecido en el pronunciamiento de fondo, la CSJN subrayó que la vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la Ley N° 48 sólo corresponde para revisar las decisiones dictadas por el Juzgado Federal de Quilmes *“en el marco exclusivo”* de las causas comprendidas dentro de las dos primeras categorías señaladas más arriba. Por el contrario, cuando se trata de procesos acumulados o radicados ante dicho Juzgado con causa en las reglas de litispendencia (tercera categoría), el juez debe otorgar a la causa el trámite que correspondiese con arreglo a las normas procesales en vigencia para la clase de actuación de que se trate. La CSJN aclaró expresamente que entre tales normas procesales queda comprendido el régimen ordinario de recursos vigente según el tipo de proceso que se asigne al caso (cautelar, amparo, sumarísimo, ordinario).

Por último, el tribunal estableció que todos los conflictos y cuestiones de competencia que se susciten entre órganos judiciales con motivo de la intervención asumida por el Juzgado Federal de Quilmes en cuestiones no penales serán decididos *“en todos los casos por esta Corte”*. De este modo, la CSJN desplaza *“para este proceso genuinamente de excepción”* la regla que habilita tal intervención del máximo tribunal en procesos ordinarios sólo cuando los órganos en disputa carecen de un superior jerárquico común (Decreto-Ley 1285/58, art. 24, inc. 7). El objetivo perseguido por esta nueva regla procesal establecida por la Corte es *“facilitar la pronta y fundada decisión”* de las cuestiones. De acuerdo con la parte resolutive de esta decisión, tanto el régimen de litispendencia como el régimen recursivo establecidos por la sentencia de fondo deben considerarse integrados por las precisiones vertidas en esta oportunidad.

V. Ejecución de la sentencia (ii): monitoreo de la ejecución e impulso de oficio por la CSJN ante la falta de avances adecuados

1. La solicitud de un informe circunstanciado

En un nuevo pronunciamiento dictado en fecha 06/04/2010, y luego de recordar los alcances de la sentencia de fondo, (20) la CSJN ordenó a la ACUMAR y a los tres Estados condenados presentar en forma conjunta un informe circunstanciado que diera cuenta del *“íntegro y fiel cumplimiento de todos*

(federal o provincial), con la única exclusión de la reclamación o medida que guarda conexidad en los términos señalados con la causa “Mendoza” y que, por ende, interfiere en la jurisdicción federal de naturaleza originaria delegada por esta Corte en el juzgado de Quilmes, para ejecutar el fallo del 8 de julio de 2008”

(20) A fin de lograr la más alta eficacia en la implementación del programa, el Tribunal identificó al sujeto pasivo directamente responsable de cumplir con las obligaciones impuestas; fijó, con especial énfasis, comportamientos definidos con precisión técnica; estableció plazos; autorizó la aplicación de sanciones; predeterminó índices objetivos que permitiesen el control periódico de sus resultados; habilitó la participación ciudadana como mecanismo de control bajo la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación y de las organizaciones no gubernamentales interesadas en la tutela del ambiente; encomendó el control presupuestario del programa a una autoridad federal autónoma y, con el objeto de preservar el más riguroso control de los mandatos impuestos y de favorecer la necesaria inmediatez que una decisión de esta naturaleza aconsejaba para favorecer su mejor cumplimiento, decidió apartarse de un procedimiento que, por su naturaleza, correspondía a su competencia y poner en manos de un juez federal de primera instancia las ingentes atribuciones que conciernen al trámite de ejecución de la sentencia dictada.

los mandatos impuestos en la sentencia del 8 de julio de 2008 con respecto a cada uno de los objetivos y resultados establecidos". Esta manda judicial, aclaró la Corte, fue dispuesta en mérito al tiempo transcurrido desde el dictado de la sentencia de fondo y *"sin perjuicio del conocimiento con que cuenta el Tribunal a raíz de los numerosos y exhaustivos informes que ha enviado a esta sede el Juzgado Federal de Quilmes sobre la actuación cumplida en el marco de la ejecución encomendada"*.

En cuanto al contenido, dicho informe debía señalar el grado de avance alcanzado hasta el 31/03/2010 con relación a cada uno de los objetivos y resultados establecidos en el Programa. En cuanto a las formas, la Corte impuso condiciones para el cumplimiento de lo ordenado: el informe debía ser presentado con una copia en formato digital, con un análisis separado con respecto a cada uno de los objetivos, y *"en forma sinóptica, con rigurosa precisión y mediante la utilización de pautas cuantitativas"*. El plazo acordado a los demandados para cumplir fue de 15 días.

El informe fue presentado por los demandados, pero sin cumplirse con las pautas formales y de contenido indicadas. Es por ello que el 26/05/10 la CSJN intimó a la ACUMAR y a los tres Estados para que en 3 días cumplieran con lo requerido. Según la Corte, la presentación efectuada no daba *"adecuada respuesta al informe requerido"* pues no establecía las pautas cuantitativas exigidas ni el grado en que han sido alcanzados respecto de todos los objetivos y resultados. Esta intervención puede verse como una nueva muestra de que, a pesar de la delegación, la Corte mantiene bajo su órbita fuertes facultades para instar la ejecución del fallo.

2. Nuevas directrices para el juez de la ejecución y énfasis en la responsabilidad personal de los funcionarios actuantes

En fecha 10/08/2010 (esto es, transcurridos dos años desde el dictado del pronunciamiento de fondo), la CSJN volvió a intervenir en el asunto señalando que *"a pesar de los continuos requerimientos efectuados por el juez delegado"* se advertían por entonces diversos incumplimientos no justificados. En razón de ello, en líneas generales la Corte encomendó al juez federal de Quilmes que *"adopte las medidas necesarias para el inmediato y eficaz cumplimiento de la sentencia"*. Además, específicamente le solicitó que *"en forma inmediata y bajo apercibimiento de las sanciones ya previstas para el caso de incumplimiento"* ordene a la ACUMAR, al Defensor del Pueblo de la Nación y a la Auditoría General de la Nación el cumplimiento de ciertas mandas y la presentación de informes y explicaciones relacionadas con el grado de avance del programa. (21) Todas estas medidas, subrayó la Corte, deben ser puestas en ejercicio por el juez federal de Quilmes, quien se encuentra *"investido por esta Corte de atribuciones suficientes para la aplicación de las sanciones pecuniarias que considere adecuadas en orden a la gravedad de los incumplimientos verificados"*. Sanciones pecuniarias que deben hacerse efectivas *"en la persona del Presidente de la Autoridad de Cuenca"* y de los demás funcionarios que pudieran resultar involucrados por mandatos específicos y determinados.

(21) Las mandas contenidas en esta sentencia son las siguientes: "I. A la autoridad de Cuenca: 1. La instrumentación de un sistema de información digital de acceso público que contenga todos los datos, informes, listados, cronogramas, costos, etc. actualizados (considerando 17, punto II del pronunciamiento antes referido). 2. La adopción de algunos de los sistemas internacionales de medición disponibles incluyéndose la realización de auditorías técnicas de control (considerando 17, punto I, último párrafo de la sentencia citada), con el objeto de dar confiabilidad a la información provista por la Autoridad de Cuenca. 3. La explicación de las razones por las cuales no se dio cumplimiento a los mandatos establecidos en la sentencia (respecto a la contaminación de origen industrial, al saneamiento de basurales, a la expansión de la red de agua potable, desagües pluviales, saneamiento cloacal y al Plan Sanitario de Emergencia, considerando 17 puntos III, IV, VI, VII, VIII Y IX), identificando con precisión las causas y los funcionarios involucrados. 4. Informe las razones por las cuales se ha celebrado un convenio con la Auditoría General de la Nación (fecha 26 de abril de 2010) relacionado con el control de los fondos públicos (considerando 18 de la sentencia citada) y si existió alguna actuación de dicha auditoría desde la fecha de la sentencia hasta la firma del convenio referido. II. A la Auditoría General de la Nación: 1. Informe las dificultades que haya tenido para efectuar el control encomendado y las observaciones que haya realizado hasta el momento. III. Al Defensor del Pueblo de la Nación: 1. Manifieste las observaciones que estime pertinente respecto del grado de cumplimiento del Plan de Saneamiento".

3. La citación a una nueva audiencia pública

El 17/02/11 la CSJN dio un nuevo impulso de oficio a la ejecución de la sentencia mediante la citación a una nueva audiencia pública para discutir diversos aspectos del asunto. En esta oportunidad, la Corte sostuvo que las últimas medidas informativas y pronunciamientos ordenatorios por ella dictados hasta el momento habían representado un incentivo para profundizar la tarea que viene desarrollando el titular del Juzgado Federal de Quilmes en el trámite de ejecución de la sentencia. Sin perjuicio de ello, el Máximo Tribunal consideró que la celebración de una audiencia pública con todas las partes involucradas como responsables constituía por entonces un valioso instrumento para tomar conocimiento “inmediato e integral” de todas las circunstancias relacionadas con el estado de cumplimiento de las obligaciones establecidas en la sentencia de fondo.

Partiendo de esas premisas, la Corte convocó la celebración de la audiencia para el 16/03/11, citando para ello a los “*más altos funcionarios responsables de cada una de las jurisdicciones alcanzadas*”. Asimismo, dispuso que tanto el Defensor del Pueblo como la Auditoría General de la Nación formaran parte del acto. El primero de ellos, para expresar las observaciones que tenga respecto del grado de cumplimiento del plan de saneamiento; mientras que la segunda lo haría con la finalidad de informar las dificultades encontradas para efectuar el control del fallo (tal como le fuera encomendado) y presentar las observaciones que hubiera realizado hasta el momento.

La audiencia del 16/03/11 terminó con un cuarto intermedio dispuesto por la Corte, hasta que en fecha 19/04/11 ésta dictó una nueva sentencia para disponer su continuación. En esta oportunidad la CSJN señaló expresamente que correspondía a la ACUMAR concentrar en su presentación la información concerniente al genuino y preciso grado de avance respecto de cada uno de los objetivos del plan establecido en la sentencia de fondo. De esta forma el Tribunal ratificó que la responsabilidad primaria por el cumplimiento del plan está en cabeza de dicho ente interjurisdiccional. Mientras tanto, a los efectos de la audiencia la Corte precisó que el resto de los Estados demandados debían limitarse a prestar colaboración con relación a requerimientos relacionados con temas de su competencia territorial. Hay dos cuestiones más de esta sentencia que merecen destacarse. En primer lugar, la fijación de una agenda con los temas que serían abordados por la Corte en el acto de la audiencia. (22) En segundo lugar, el hecho que el Tribunal dispuso realizar un reconocimiento judicial sobre el territorio correspondiente a la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo, delegando en el Presidente de la Corte y en su secretaria el dictado de las medidas que fuera necesario adoptar para la mejor realización de dicha medida instructoria.

VI. Conclusiones

El proceso judicial es tan solo uno de los medios habilitados para resolver conflictos en el marco de una sociedad democrática. Medios que, en cuanto tales, sólo pueden valorarse con relación al tipo de conflicto que se pretenda resolver por su intermedio. En este sentido, alguna vez escuché un profesor que comparaba al proceso judicial con el oído humano: los sonidos débiles no puede percibirlos, mientras que los sonidos altos lo aturden. Conflictos ambientales y sociales como el ventilado en la causa “*Mendoza*” claramente aturden el proceso civil tradicional, pensado siglos atrás para atender problemas de otras dimensiones.

Esto es lógico. No puede pretenderse que un proceso ideado para discutir derechos individuales pueda brindar una respuesta adecuada a la hora de resolver asuntos que involucran derechos “de incidencia colectiva”. (23) Las complejas aristas sociales, políticas y económicas que presentan los

(22) Ver el Anexo de la decisión. En esta agenda se desagregan numerosas actividades hasta llegar a un total de 75 “núcleos temáticos”, divididos por responsable de informar (Defensor del Pueblo, Auditoría General de la Nación, ACUMAR, etc.). El Tribunal fue cuidadoso en dejar abierta la posibilidad de abordar otros temas al señalar que dicha enunciación de temas “no conforman un conjunto cerrado”.

(23) Así califica la Constitución Nacional argentina al derecho a un medio ambiente sano, entre otros (arts. 41 y 43 CN).

procesos colectivos (ambientales y no ambientales) exigen un mecanismo de discusión rodeado de mayor transparencia, publicidad y ciertos reaseguros que permitan solucionar el conflicto sin vulnerar la garantía de debido proceso legal de las personas involucradas. La República Argentina carece de un marco legal adecuado para atender este fenómeno que, a esta altura del siglo XXI, ya no puede considerarse como algo verdaderamente novedoso.

En efecto, a pesar de que la reforma constitucional de 1994 incorporó legitimaciones colectivas en el texto de la carta magna, así como también reconoció la existencia de una categoría de derechos que excede el campo exclusivamente individual (los derechos “de incidencia colectiva” a que me refería hace un momento), el legislador nacional no ha regulado un proceso adecuado para canalizar discusiones promovida por afectados, defensor del pueblo o asociaciones intermedias en pos de desactivar conflictos que envuelven ese tipo de derechos.

Las escasas reglas procesales contenidas en la Ley General del Ambiente N° 25.675 han demostrado ser abiertamente insuficientes para enfrentar esta problemática. Sus arts. 30, 32 y 33 sólo se refieren a los sujetos legitimados para promover la acción, establecen la posibilidad de plantear una demanda por cesación del daño, y regulan -en forma parcial- ciertos aspectos de competencia, medidas cautelares, medidas probatorias y alcance subjetivo de la cosa juzgada. Entre otras cuestiones de relevancia, la norma no contempla la posibilidad de juzgamiento colectivo de conflictos individuales homogéneos, no exige controlar la calidad del representante colectivo en el caso concreto, nada dice sobre la posibilidad de ampliar demanda por otros legitimados, no regula adecuadamente la intervención de terceros, carece de normas sobre publicidad del proceso y notificaciones, carece de normas sobre litispendencia y, algo de suma relevancia para nuestro trabajo, carece de normas sobre el modo de implementar la decisión y ejecutar la sentencia.

Si bien la situación en la cuenca Matanza-Riachuelo dista de ser la ideal y aun queda mucho por hacer, las mejoras logradas en la zona contaminada gracias a este proceso son muy importantes. En este contexto, podría verse a “Mendoza” como un ejemplo de que, a pesar de las falencias normativas de tipo procesal brevemente descriptas, los jueces pueden llevar adelante un caso de estas características si toman la decisión de hacerlo. De hecho, prácticamente la totalidad de la doctrina argentina que ha comentado la decisión no tiene más que elogios en este sentido. Comparto esta lectura, pero con una nota de advertencia que creo necesaria: la CSJN puede gestionar el proceso como lo está haciendo porque es la CSJN. Lo que quiero decir es que difícilmente encontremos un juez de primera instancia con la voluntad, los recursos y la audacia para embarcarse en una empresa semejante. Ello por no hablar de los serios cuestionamientos que podría generar para este hipotético juez de primera instancia el apartamiento manifiesto de diversas normas procesales (como ha sucedido en “Mendoza”), especialmente en un escenario judicial mayormente conservador como el argentino.

En Julio de 2011 se cumplieron tres años desde el dictado de la decisión de fondo. Tres años en los cuales, según intenté mostrar a lo largo de este trabajo, la ejecución de lo decidido ha generado numerosos problemas y cuestionamientos, pero también un diálogo institucional continuo entre el Poder Judicial y la administración. Diálogo institucional del cual se hallaban excluidos muchos de los habitantes de la zona.

Sin lugar a dudas el remedio estructural diseñado en esta causa ha servido y servirá como fuente de ideas y como disparador para continuar profundizando en la discusión. Una discusión que debería arrojar como resultado argumentos sólidos para sustentar la sanción de un sistema procesal acorde con la magnitud de los intereses sociales, políticos y económicos que se encuentran en disputa en este tipo de procesos.

VII. Bibliografía

BERIZONCE, Roberto Omar (1988). “La participación popular en la justicia,” En: *Jurisprudencia Argentina* 1988-III-725.

BRAZIL, Wayne D.- HAZARD, Geoffrey C. Jr. — RICE, Paul R. (1983). *Managing Complex Litigation: A Practical Guide to the Use of Special Masters*, Chicago: American Bar Foundation.

CAFFERATTA, Néstor (2007). “El tiempo de las ‘cortes verdes’”. En: *La Ley*, 2007-B, 423.

FELLOWS, Mark A. — HAYDOCK, Roger S. (2005). “Federal Court Special Masters: a Vital Resource in the Era of Complex Litigation”, En: *William Mitchell Law Review*, Vol. 31:3, p. 1270.

FERLERGER, David (2005). “Masters in Complex Litigation and Amended Rule 53”, EN: http://www.ferleger.com/pdfs/Ferleger_master_ARTICLE.pdf [Fecha de consulta: 02/05/13]

GIL DOMINGUEZ, Andrés (2006). “El caso ‘Mendoza’: Hacia la construcción pretoriana de una teoría de los derechos colectivos”, En: *La Ley*, 2006-E, 40.

MARINONI, Luiz G. (2003). “Tutela inhibitoria (individual y colectiva)”. San Pablo: *Revista dos Tribunais*.

SPIRITO, Carlos (2010). “La Cuenca Matanza Riachuelo: últimas acciones llevadas a cabo en el ámbito provincial”, En: *Revista de la Administración Pública, Provincia de Buenos Aires*, Vol. 91/92.

TARUFFO, Michele (1988). “L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici”, En: *Rivista Tri-metrale di Diritto Processuale*.

— (1990). “Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni”, En: *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Torino: UTET, Tomo VI.

VERBIC, Francisco (2007). *Procesos Colectivos*. Buenos Aires: Astrea.

— (2008). “El caso ‘Mendoza’ y la implementación de la sentencia colectiva”, En: *Jurisprudencia Argentina 2008-IV-336*.

Legislación consultada

Decreto N° 482/95 <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/2500029999/27648/norma.htm> [Fecha de consulta: 02/05/13]

Ley N° 26.168 <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/120000124999/122769/norma.htm> [Fecha de consulta: 02/05/13]

Ley N° 25.675 <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm> [Fecha de consulta: 02/05/13]

Decreto-Ley 1285/58 <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37915/texact.htm> [Fecha de consulta: 02/05/13]

Resoluciones del Defensor del Pueblo de la Nación N° 31/2003, 112/2003, 43/2006, 44/2006, 46/2006, 47/2006 y 48/2006. <http://www.dpn.gob.ar/riachuelo.php> ms=area3andid=55 [Fecha de consulta: 02/05/13]

Resolución del Defensor del Pueblo de la Nación N° 100/08. <http://www.dpn.gob.ar/riachuelo/res100-08.pdf> [Fecha de consulta: 02/05/13]

Jurisprudencia consultada

CSJN, 14/05/1887, “Los Saladeristas Podestá c. Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 31:273.

CSJN, 20/06/2006, “Mendoza, Beatriz y ots. c. Estado Nacional y ots. s/Daños y Perjuicios”, *Fallos*: 329:2316.

CSJN, 30/08/2006, “Mendoza Beatriz y ots. c. Estado Nacional y ots. s/Daños y Perjuicios”, *Fallos*: 329:3528.

CSJN, 06/02/2007, “Mendoza, Beatriz y ots. c. Estado Nacional y ots. s/Daños y Perjuicios”, *Fallos*: 330:289.

CSJN, 23/02/2007, “Mendoza, Beatriz y ots. c. Estado Nacional y ots. s/Daños y Perjuicios”, *DJ 2007-I-1073*.

CSJN, 12/06/2007, “Mendoza, Beatriz y ots. c. Estado Nacional y ots. s/Daños y Perjuicios”, *Fallos*: 330:2746.

CSJN, 24/08/2006, “Mendoza, Beatriz y ots. c. Estado Nacional y ots. s/Daños y Perjuicios”, online en www.csjn.gov.ar.

CSJN, 30/08/2006, “Mendoza, Beatriz y ots. c. Estado Nacional y ots. s/Daños y Perjuicios”, online en www.csjn.gov.ar [Fecha de consulta: 02/05/13]

CSJN, 20/03/2007, “Mendoza, Beatriz y ots. c. Estado Nacional y ots. s/Daños y Perjuicios”, online en www.csjn.gov.ar [Fecha de consulta: 02/05/13]

CSJN, 23/07/2008, “Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c. Estado Nacional y ots.”, *La Ley 10/09/2008*.

CSJN, 12/08/2008, “Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c. Estado Nacional y ots”, *DJ 2008-II, 1394*.

CSJN, 28/04/2009, “Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c. Estado Nacional y ots.”, online en www.csjn.gov.ar [Fecha de consulta: 02/05/13]

CSJN, 11/06/2009, “Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c. Estado Nacional y ots - I00 (incidente sobre informes Juzgado Federal de Quilmes)”, online en www.csjn.gov.ar [Fecha de consulta: 02/05/13]

CSJN, 10/11/2009, “Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c. Estado Nacional y ots”, online en www.csjn.gov.ar [Fecha de consulta: 02/05/13]

CSJN, 06/04/2010, “Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c. Estado Nacional y ots”, online en www.csjn.gov.ar [Fecha de consulta: 02/05/13]

CSJN, 26/05/2010, “Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c. Estado Nacional y ots”, *La Ley 08/06/2010*.

CSJN, 10/08/2010, “Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c. Estado Nacional y ots”, *La Ley 2010-F, 187*.

CSJN, 19/04/2011, “Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c. Estado Nacional y ots”, *DJ 15/06/2011*.

CSJN, 03/05/2005, “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, online en www.csjn.gov.ar [Fecha de consulta: 02/05/13]

Juzgado Federal de Quilmes, diversas sentencias dictadas en el marco de la causa “Mendoza”, disponibles en http://www.acumar.gov.ar/informacionPublica_causa_mendoza_informe.php?tipo=resolucion [Fecha de consulta: 02/05/13]

Otros documentos consultados

Advisory Committee Notes to the Federal Rules of Civil Procedure, 2003 Amendments.

http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23 [Fecha de consulta: 02/05/13]

Auditoría General de la Nación. <http://www.agn.gov.ar/> [Fecha de consulta: 02/05/13]

Centro de Estudios Legales y Sociales. <http://www.cels.org.ar/agendatematica/?info=homeMiniSitioandids=158andlang=esandss=171> [Fecha de consulta: 02/05/13]

Corte Suprema de Justicia de la Nación. www.csjn.gov.ar [Fecha de consulta: 02/05/13]

Informe Especial sobre la Cuenca Matanza-Riachuelo (2003). <http://www.dpn.gov.ar/informes/riachuelo.pdf> [Fecha de consulta: 02/05/13]

Informe Especial de Seguimiento Cuenca Matanza-Riachuelo (2006). <http://www.dpn.gov.ar/informes/riachuelo2006.pdf> [Fecha de consulta: 02/05/13]

Informe sobre inspecciones a industrias realizadas. http://www.acumar.gov.ar/Informes/Gestion/Contaminacion_industrial.pdf [Fecha de consulta: 02/05/13]

Otros informes relevantes relacionados con la causa. <http://www.dpn.gob.ar/main.php?cnt=101andms=area3> [Fecha de consulta: 02/05/13]

Plan Integral de Saneamiento Ambiental. http://www.acumar.gov.ar/pdf/PLAN_INTEGRAL_DE_SANEAMIENTO_AMBIENTAL_DE_LA_CUENCA_MATANZA_RIACHUELO_MARZO_2010.pdf [Fecha de consulta: 02/05/13]

Reglamento Interno de Funcionamiento del Cuerpo Colegiado. <http://www.dpn.gob.ar/riachuelo/r-reglamento.pdf> [Fecha de consulta: 02/05/13]

Divina Trinidad: Progresividad del sistema penitenciario, salidas transitorias y resocialización de los penados

POR NATALIA ARGENTI (*)

Sumario: I. Palabras preliminares. — II. Desarrollo de la propuesta. — III. Las exigencias legales y los problemas de corte progresivo. — IV. Reflexión final.

Resumen

El tema escogido se relaciona con el acceso gradual a la libertad ambulatoria en la etapa de ejecución de la pena de la mano del beneficio de las salidas transitorias. La idea del presente trabajo es la de pasar revista sobre la temática seleccionada, nucleando la exposición de contenidos doctrinarios, la letra del texto legal, la experiencia de la práctica judicial y las repercusiones públicas. La propuesta señalada, básicamente asienta su eje sobre la premisa relativa a que el beneficio de las salidas transitorias resulta un derecho de vital importancia para quien se encuentra purgando una pena privativa de la libertad, del mismo modo que se decanta como una vía adecuada para llegar al destino final de la ejecución de la pena, esto es la “resocialización de los penados”. Resaltando que toda imposibilidad sobre su goce propina al reo una grave lesión dentro del tránsito por el proceso, modula en su perjuicio un castigo más duro que el establecido para el caso concreto por el Tribunal que dictó su sentencia —arts. 40 y 41 del C.P.—, atenta contra la aludida finalidad resocializadora del encierro carcelario y corporiza un trato cruel, inhumano o degradante.

Palabras Clave: libertad ambulatoria —salidas transitorias - resocialización de los penados—

DIVINE TRINITY: PROGRESSIVITY OF THE PRISON SYSTEM, TEMPORARY RELEASE AND RESOCIALIATION OF PRISONERS

Abstract

The theme relates to the gradual access to the freedom of movement in the implementation phase of the worth of the hand of the benefit of the suspense outputs. The idea of the present work is to spend magazine on the selected theme, where the exposure of doctrinal content, the letter of the legal text, the experience of practice of the judiciary, public impact. The proposal outlined above, basically settles its axis on the premise that the benefit of the suspense outputs is a right of vital importance for who is serving a custodial sentence, the same way that you prefer as a proper path to reach the final destination of the execution of the sentence, this is the “socialization of prisoners”. Highlighting that any inability on your enjoyment tip the accused a serious injury within the transit through the process, modulates its prejudice in a punishment than that established for the specific case by the Court that rendered its judgment —arts. 40 And 41 of the C. P.—, violates the aforementioned rehabilitating purpose of incarceration and embodies a cruel, inhuman or degrading treatment.

Key Words: freedom of movement - transitional outputs - socialization of the prisoners-

(*) Auxiliar Docente con funciones de Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Procesal Penal, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

I. Palabras preliminares

El tema escogido se relaciona con el acceso gradual a la libertad ambulatoria en la etapa de ejecución de la pena de la mano del beneficio de las salidas transitorias.

La idea del presente trabajo es la de pasar revista sobre la temática seleccionada, nucleando la exposición de contenidos doctrinarios, la letra del texto legal, la experiencia de la práctica judicial y las repercusiones públicas.

La propuesta señalada, básicamente asienta su eje sobre la premisa relativa a que el beneficio de las salidas transitorias resulta un derecho de vital importancia para quien se encuentra purgando una pena privativa de la libertad, del mismo modo que se decanta como una vía adecuada para llegar al destino final de la ejecución de la pena, esto es la “resocialización de los penados”.

Resultando que toda imposibilidad sobre su goce propina al reo una grave lesión dentro del tránsito por el proceso, modula en su perjuicio un castigo más duro que el establecido para el caso concreto por el Tribunal que dictó su sentencia —arts. 40 y 41 del C.P.—, atenta contra la aludida finalidad resocializadora del encierro carcelario y corporiza un trato cruel, inhumano o degradante.

El encarcelamiento debe respetar los principios constitucionales fundamentales, efectuarse en el marco de condiciones carcelarias adecuadas, expresión que puede asimilarse a “trato adecuado o digno”, que involucra no sólo cuestiones que hacen al espacio, salubridad, alimentación, educación, trabajo intramuros y remuneración, sino también al expedito ejercicio de los institutos que la ley de ejecución nacional 24.660 y sus decretos reglamentarios colocan al alcance de los internos.

La ley 24.660 —sustitutiva del Decreto ley 412/58 ratificado por ley 14.467— se ajusta al compás que marcan los tratados internacionales y en especial las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y Recomendaciones Relacionadas aprobadas por la ONU en 1955. Contempla numerosos beneficios que van apareciendo a medida que el interno avanza por el camino del régimen progresivo y auspician un contacto gradual con el medio social externo.

En suma, la empresa de este trabajo será dejar al descubierto que el egreso liberatorio, bajo la modalidad de salidas transitorias, que la fase de ejecución penal ofrece al condenado en la inteligencia de su “preparación para el regreso progresivo al medio libre”, posee sus raíces en el bloque constitucional federal y por ende obliga su cobertura con el programa más amplio posible de tutela jurídica; so pena de incurrir el Estado Argentino en responsabilidad internacional por incumplimiento del imperativo constitucional que impele “la *reforma y la readaptación social de los condenados*”.

II. Desarrollo de la propuesta

La estructura del trabajo se halla dividida, a modo de premisas ordenatorias en 3 ejes: el eje 1 dirigido a brindar el contexto legal federal del beneficio de las salidas transitorias (I. Marco legal y II. Las Exigencias legales y los problemas de corte progresivo), el eje 2 reúne herramientas jurídicas para dar respuesta al problema (Coordenadas para arribar a una respuesta adecuada) y el eje 3 orientado a visualizar la faz práctica del instituto (salidas transitorias en acción).

Ubicándose al final una reflexión personal a modo de conclusión.

Eje 1: I. Marco legal.

La Ley 24.660 y sus decretos reglamentarios brindan un *itinerario diseñado hacia la libertad de la mano de la estructura de un régimen progresivo*.

El art. 1º del Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución (Decreto 396/99) indica que la progresividad del régimen penitenciario consiste en un proceso gradual y flexible que posibilita al interno, por su propio esfuerzo, avanzar paulatinamente hacia la recuperación de su libertad. Camino que requiere el tránsito por 4 períodos (arts. 7/48): 1. *Observación* para la confección de un diagnós-

tico y pronóstico criminológico y la ubicación del interno en la fase del período de Tratamiento adecuada —selección del establecimiento, sección o grupo de destino y programa a ejecutar—, 2. *Tratamiento* dividido en 3 fases: a. Socialización —con supervisión continua—, b. Consolidación —con supervisión atenuada con asignación de actividades con menos control— y c. Confianza —con aumento en la autodeterminación—, 3. *Prueba* se destaca por el empleo de métodos de autogobierno, incorporación del interno a establecimiento abierto o sección independiente basada en el principio de autodisciplina y la *posibilidad de obtener salidas transitorias* e incorporación al régimen de semilibertad —trabajo extramuros con horario de regreso— y 4. *Libertad Condicional* (art. 13 del C.P.).

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires rige la ley 12.256, que en líneas generales establece un régimen para los procesados (que se caracteriza por la asistencia y se divide en modalidad atenuada: con prevalencia del método de autogestión y autocontrol, y modalidad estricta: con mayor control para internos con serias dificultades de convivencia) y un sistema para los penados que comprende el régimen abierto (programas de autogestión, prisión discontinua, semidetención, prisión diurna y prisión nocturna), el semiabierto (con modalidad amplia y limitada según el grado de control) y el cerrado (bajo modalidad moderada o severa en orden al grado de peligrosidad y problemas de convivencia).

En lo que hace a las salidas transitorias los arts. 100 y 146 de dicho código de rito exigen para su concesión la calidad de condenado incluido en el régimen abierto o en el semiabierto y el asesoramiento de la Junta de Selección (y específicamente el art. 146 reclama la proximidad del egreso en un plazo de seis meses); en el art. 160 se las denomina salidas a prueba para el régimen cerrado.

Sin perjuicio de lo expuesto cierto es que resulta de plena aplicación la Ley 24.660 en orden a la doctrina de la CSJN “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus” que caracterizó a las disposiciones de dicho cuerpo legal como el piso mínimo garantizado: “Declarar que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención”. De allí que los contenidos de naturaleza federal que serán trabajados a lo largo de este artículo no resultan ajenos al fuero ordinario.

III. Las exigencias legales y los problemas de corte progresivo

El art. 16 de la Ley 24.660 legisla sobre los motivos que habilitan la concesión de los egresos transitorios: “a) Para afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales; b) Para cursar estudios de educación general básica, polimodal, superior, profesional y académica de grado o de los regímenes especiales previstos en la legislación vigente y c) Para participar en programas específicos de prelibertad ante la inminencia del egreso por libertad condicional, asistida o por agotamiento de condena”. Estableciéndose una duración de 12, 24 y hasta 72 horas. Pudiendo efectivizarse, de acuerdo al nivel de confianza: con el acompañamiento de un empleado que en ningún caso irá uniformado, bajo la tuición de un familiar o persona responsable o bajo palabra de honor.

El art. 17 enumera los recaudos necesarios para que un interno pueda usufructuar el beneficio: “Para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de la semilibertad se requiere: I. Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución: a) Pena temporal sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: la mitad de la condena; b) Penas perpetuas sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: quince años; c) Accesoria del artículo 52 del Código Penal, cumplida la pena: 3 años. II. No tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente. III. Poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación. IV. Merecer, del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado”.

El art. 34 del Decreto 396/99 reza “Para que el interno se encuentre en condiciones legales y reglamentarias de ser incorporado a Salidas Transitorias o al Régimen de Semilibertad, deberá reunir, previamente, la totalidad de los requisitos que se enumeran: a) Encontrarse en el Período de Prueba;

b) Haber cumplido el tiempo mínimo de ejecución de la pena según el artículo 17 de la Ley N° 24.660; c) No tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente; d) Poseer conducta Ejemplar; e) Merecer del Servicio Criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las Salidas Transitorias o el Régimen de Semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del interno; f) Ser propuesto al Juez de Ejecución por el Director del establecimiento mediante resolución fundada, a la que acompañará lo requerido en el artículo 18, incisos a), b) y c) de la Ley N° 24.660”.

El art. 27 del mentado decreto dispone: “La incorporación del interno al Período de Prueba requerirá: I. No tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente; II. Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución: a) Pena temporal sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: Un Tercio de la condena; b) Pena perpetua sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: Doce -12- años; c) Accesoria del artículo 52 del Código Penal: cumplida la pena. III. Tener en el último trimestre conducta Muy Buena Ocho -8- y concepto Muy Bueno Siete -7-, como mínimo. IV. Dictamen favorable del Consejo Correccional y resolución aprobatoria del Director del establecimiento.

El art. 15 de la ley 24.660 señala que “El período de prueba comprenderá sucesivamente: a) La incorporación del condenado a establecimiento abierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina; b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento; c) La incorporación al régimen de la semilibertad”.

A su turno el Decreto 1139/00 —Reglamento de Recompensas— estipula recompensas que se traducen en anotaciones favorables en el legajo personal del interno con repercusión positiva en las calificaciones, progresividad, obtención de beneficios extraordinarios (becas, traslados), acceso al régimen de salidas transitorias, etc.

Los arts. 168 de la ley 24.660 y 5° del Decreto 1136/97 en la misma sintonía incentivan: “Las relaciones del interno con su familia, en tanto fueren convenientes para ambos y compatibles con su tratamiento, deberán ser facilitadas y estimuladas. Asimismo se lo alentará para que continúe o establezca vínculos útiles con personas u organismos oficiales o privados con personería jurídica, que puedan favorecer sus posibilidades de reinserción social”.

Expuesto el contexto legal ha llegado la hora de desarrollar los recaudos legales del art. 17 de la ley 24.660 que ofrecen mayor complejidad a los efectos de la concesión del egreso transitorio, a saber: a) *Factor puntuación* y c) *Factor tiempo*. Debiendo señalarse que si bien se dan casos que encastran a la perfección en la manda legal, hay muchos otros que denotan serios problemas a la hora de armonizar el texto legal con los datos de la realidad carcelaria; y de acuerdo al criterio que se adopte se delinearán el alcance del beneficio en estudio: ampliándolo o acotándolo.

a) *Factor puntuación* (tratado en detalle por Argenti y Cova 2006:1730-1731):

Para la viabilidad de las salidas transitorias la ley, como se vio, pide una exigente puntuación: “ejemplar o máximo guarismo calificadorio”. Si bien ello parece cosa sencilla, la faz práctica del acto de puntuación nos muestra un terreno poblado de hostilidades para acceder a la calificación exigida.

Conforme la letra de los arts. 49/50 y 67 del Decreto 396/99 sólo los internos que se encuentran alojados en *calidad de penados* (sentencia firme) serán calificados trimestralmente por el Consejo Correccional por medio de dos ítems: conducta (también llamada comportamiento) y concepto. La calificación de conducta se basa “en la observancia de las normas reglamentarias que rigen el orden, la disciplina y la convivencia en el establecimiento y durante las salidas transitorias, el régimen de semilibertad o los permisos de salida” (art. 56) y “tendrá valor y efectos para determinar la frecuencia de las visitas, la participación en actividades recreativas y otras que los reglamentos establezcan” (art. 57)...” y el concepto es entendido como “la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social” (art. 60) y “servirá de base para la aplicación de la progresividad del régimen, el otorgamiento de salidas transitorias, semilibertad,

libertad condicional, libertad asistida, conmutación de pena o indulto (art. 61); mientras que quienes se encuentran alojados en *calidad de procesados* sólo serán calificados por su conducta o comportamiento (art. 67) —salvo que peticionen su incorporación al régimen de Ejecución Anticipada Voluntaria prevista en los arts. 35/39 del Decreto 303/96 con las limitaciones que allí se indican—.

Observándose en la práctica dificultades en la puntuación de aquellos que por registrar sentencia firme, abandonan la calidad de procesados para revestir el status de penados, ya que sufren una baja abrupta y automática en el ítem calificadorio. (1)

Otro problema que se da a nivel del sistema de calificaciones se encuentra constituido por la incidencia de las sanciones disciplinarias en el puntaje, ya que el art. 59 del Decreto 396/99 prevé la posibilidad de disminuir la puntuación en atención a las infracciones disciplinarias sancionadas y el art. 65 del Decreto 18/97 “Reglamento de disciplina para los internos” habilita al director “cuando el interno condenado fuere sancionado por infracción grave o reiterada (...) podrá disponer su retrogradación al período o fase inmediatamente anterior de la progresividad”, en relación a la complejidad de las vías recursivas previstas para los correctivos disciplinarios, ya que el art. 96 de la ley 24.660 indica que “La interposición del recurso no tendrá efecto suspensivo, a menos que así lo disponga el magistrado interviniente...”, lo que a su vez resulta reforzado en el art. 24 del Decreto 18/97 cuando dice “En el supuesto de primera infracción en el establecimiento, si el comportamiento anterior del interno lo justificare, el director, en la misma resolución que impone la sanción, podrá, motivadamente, dejar en suspenso, total o parcial, su ejecución...” Contexto que también debe evaluar el magistrado para no restringir arbitrariamente el alcance del beneficio en estudio.

b) Factor temporal:

El art. 16 de la ley de ejecución en lo que hace a penas temporales establece como piso mínimo el cumplimiento de la *mitad de la condena*. Recaudo que al combinarse con la letra del art. 34 inc. e) del Decreto 396/99 produce, en gran parte de la población carcelaria del fuero federal (aclaro el fuero ya que el Código Procesal de la Provincia de Bs. As. al implementar el proceso en flagrancia imprime una impronta de velocidad que deja atrás el problema en estudio), un grave choque entre la realidad y las exigencias de rito.

El art. 34 señala “Para que el interno se encuentre en condiciones legales y reglamentarias de ser incorporado a Salidas Transitorias, deberá... a) Encontrarse en el *Período de Prueba*...” A su turno el art. 27 del mismo decreto impele la calidad de condenado para transitar por esta fase. De allí que para poder tomar el beneficio deben encontrarse reunidos los extremos: mitad de la condena, condición de penado y ubicación en la fase de Prueba.

Si bien se dan casos de internos que reúnen en forma coetánea los 3 recaudos enunciados, lo cierto es que la gran mayoría se encuentra alojado en condición de procesado y al tiempo de recaer sentencia firme si bien se perfecciona el requisito temporal (mitad de la condena sufrida en prisión preventiva) el recaudo relativo al estadio en la fase de prueba resulta de imposible materialización —ya que como se dijo resulta privativa de los condenados—.

Una vez más, queda en manos del órgano judicial el empleo de mecanismos de corrección del caso para no acotar el beneficio inherente a los egresos en estudio.

Sobre el punto Rivera Beiras (1999) ha dicho que “... si un condenado ha cumplido con los tiempos de encierro que prevé el artículo 17 y reúne además los otros requisitos que exige la norma, la responsabilidad de que no haya alcanzado el período de prueba será siempre del Estado, ya sea por la larga duración de los procesos o por una mala aplicación de la progresión del régimen.” (Rivera Beiras, 1999: 249).

(1) A los efectos de visualizar la faz práctica de este problema en el Eje 3. del presente trabajo —pp. 17/18— luce la transcripción del dictamen fiscal emitido en el marco de la causa “ALONSO, Ángel Omar” (N° 1955/1/05).

Creo no equivocarme al decir que las normas en crisis no sufren vaguedades, ambigüedades, textura abierta, tampoco puede señalarse que la exigencia temporal a la par de la de estadio en período de prueba y la de calidad de condenado, presente contradicciones normativas —no hay ninguna inconsistencia normativa— ya que no se ha correlacionado el caso con dos o más soluciones, tampoco se registran, a la luz de pautas valorativas contradicciones axiológicas, ya que el caso no choca con otra norma sino contra la realidad del sistema procesal carcelario.

La penumbra interpretativa no se da dentro de la norma, que provee una solución acorde a los presupuestos de su creación (imagino que el legislador al momento de la construcción de la norma pensó en un proceso penal expedito, sin gruesas brechas de separación entre el tiempo sufrido en prisión, la calidad de condenado y el tránsito por el estadio de prueba). Dicha penumbra debe ubicarse fuera del texto legal y dentro de los laberintos del sistema de la administración de justicia.

En tal dirección puede aseverarse que el ordenamiento jurídico carece respecto del caso de una solución normativa, y observamos una *laguna normativa*, que no se originó, como se dijo, en un error del legislador a la hora de contemplar los casos a correlacionar con una solución jurídica, ya que no podemos responsabilizarlo por no avistar la cara de una justicia lenta y aletargada como es la de nuestros tiempos —hipótesis impensada—.

Conviene apuntar también que la redacción de la norma no choca contra imperativos constitucionales, sino que la omisión del caso puntual es el que genera el problema y entonces la solución debe ajustarse a dicho contexto constitucional, proveyendo la mayor tutela jurídica posible.

Y es en miras a la solución de tal problema que debe trabajar el operador judicial. Situaciones que reclamarán auténticas decisiones (y no simples deducciones), llenado vacíos de la legislación, y haciendo frente, con mayor imaginación y coraje, a las cambiantes necesidades del cuerpo social (Carrio, 1990), en virtud de que la necesidad de resolver casos particulares hace que la magistratura advierta, en muchos casos con más facilidad que los legisladores, efectos sociales inconvenientes de una disposición legal, razón por la cual procede a realizar en palabras de Carlos Nino una interpretación correctiva (Carlos Nino, 1988).

Eje 2: Coordenadas para arribar a una respuesta adecuada

Primera coordenada: “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos” —Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977—.

Regla nº 57: “La prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son afflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad. Por lo tanto, a reserva de las mediadas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación”.

Regla nº 60: “El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona. 2) Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz”.

Regla nº 80: “... Deberá alentarse al recluso para que mantenga o establezca relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer los intereses de su familia así como su propia readaptación social” y 61 “En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la

sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin debe recurrirse, en lo posible, a la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento en su tarea de rehabilitación social de los reclusos. Cada establecimiento penitenciario deberá contar con la colaboración de trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del recluso con su familia y con los organismos sociales que puedan serle útiles. Deberán hacerse, asimismo, gestiones a fin de proteger, en cuanto ello sea compatible con la ley y la pena que se imponga, los derechos relativos a los intereses civiles, los beneficios de los derechos de la seguridad social y otras ventajas sociales de los reclusos”.

Segunda coordinada: “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en condición de vulnerabilidad” —Aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada 4, 5 y 6 de marzo de 2008—.

Este documento abraza en su ámbito de aplicación a las *personas privadas* de su libertad incluyéndolas en la categoría de “personas en situación de vulnerabilidad”. La exposición de motivos postula que el sistema judicial se debe configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, ya que poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener su tutela. Recalca que si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio, reclamando una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. Ello con el objetivo de que el sistema de justicia pueda contribuir de forma importante en la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social.

Tercera coordinada: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en causa “Romero Charane, Hugo Alberto” que marca un rumbo puntual y definido, señalando que:

“... El ingreso a una prisión (...) no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional (...) Los prisioneros son, no obstante ello, personas titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso (Fallos: 318:1894) (...) La Corte como cabeza suprema del Poder Judicial de la Nación, no puede permanecer indiferente a situaciones que por su gravedad, pueden llevar a que el modo en que se hacen efectivas las detenciones durante el proceso o la ejecución de las penas, revista el verdadero carácter de una condena accesoria que no corresponda a las aplicadas en las sentencias que emanan de este Poder Judicial, ni a la pena establecida por ley para el delito de que se trata (Fallos: 310: 2412)”.

Cuarta coordinada: Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Guía de importancia resultan los precedentes de la corte Interamericana de Derechos Humanos en los cuales se rechazó todo tipo de trato carcelario que, por cruel o inhumano, lesione tanto el plano físico como el moral, veamos:

Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú:

“... La comisión agregó que la presunta víctima estuvo recluida en el penal de Yanamayo desde el 17 de enero de 1996 hasta el 7 de octubre de 1998 (2 años, 8 meses y 20 días), período durante el cual fue sometida a condiciones inhumanas de detención. 100. Este Tribunal ha indicado que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. (...) 101. Las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e “implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita”. Sin embar-

go, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5º de la Convención. Las situaciones descritas son contrarias a la “finalidad esencial” de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, “la reforma y la readaptación social de los condenados”. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas. 102. De conformidad con el artículo 5º de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que respeten sus derechos fundamentales y una vida digna. 104. La incomunicación sólo puede utilizarse de una manera excepcional, tomando en cuenta los graves efectos que genera, pues “el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles”.

Caso Daniel David Tibi vs. Ecuador:

“... 143. Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*. La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas (...) 145. La Convención Interamericana contra la Tortura, que entró en vigor en el Estado el 9 de diciembre de 1999, forma parte del *corpus iuris* interamericano que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y alcance de la disposición general contenida en el artículo 5.2 de la Convención Americana. Conviene atender, en especial, al artículo 2º de la Convención Interamericana contra la Tortura (...) 150. De conformidad con ese precepto toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos. (...) 201. En cuanto a la supuesta violación del derecho a la protección de la familia, consagrado en el artículo 17 de la Convención Americana, los representantes de la presunta víctima y sus familiares alegaron que (...) e) el Estado no adoptó las medidas necesarias para proteger a la familia del señor Tibi, sino causó la separación y disolución de la misma, con violación del artículo 17.1 de la Convención Americana”.

Caso Loayza Tamayo vs. Perú:

“... 24.f) El sentido de urgencia tiene un doble fundamento: por una parte, que el Perú mediante dicha medida le ha causado un daño irreparable a una persona que ha sido procesada y juzgada en forma arbitraria, en violación de la Convención y, por otra, el padecimiento físico y mental que soporta la señora María Elena Loayza Tamayo como consecuencia de estar recluida en una celda extremadamente pequeña durante veintitrés horas y media cada día e incomunicada durante un año y sometida a un régimen de visitas restrictivo, significa también trato cruel e inhumano. (...) 57. La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta (...) Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana (cf. *Ibíd.*, párr. 38) en violación del artículo 5º de la Convención Americana”.

Quinta coordinada: Precedentes de las Salas II y IV de la Cámara Nacional de Casación Penal del año 2005.

Un avance muy significativo lo ha proporcionado la doctrina sentada por la Cámara Nacional de Casación Penal en una saga de fallos datados del año 2005 (2) por medio de los cuales enfatizó sobre el poder del órgano judicial para controlar los informes producidos por el Servicio Penitenciario Federal con el claro objetivo de que todas las decisiones de la etapa de ejecución, que implicasen una alteración de la determinación de la pena, sean de la incumbencia del órgano jurisdiccional —revi-sando calificaciones y sanciones, promoviendo avances en la progresividad del régimen, etc.—.

Nuevamente, en el año 2010, la Cámara de Casación volvió a dar precisas instrucciones para el área de ejecución penal:

La Sala IV en la causa “Amirante Augusto” indicó que:

“Corresponde declarar la nulidad de la resolución que denegó el pedido de salidas transitorias del condenado, ya que el a quo ha soslayado toda evaluación relativa a la posible incorporación al período de prueba expresamente solicitado por la defensa en tanto se limitó a señalar que el encausado aún no reunía la totalidad de los requisitos exigidos por el decreto 396/99, y a la negativa postulada por el fiscal. De tal modo, no se dio respuesta al pedido defensorista relativo a que, de conformidad con el tiempo que lleva cumplido el imputado en detención y a los guarismos que registra y a lo prescripto por el art. 7º de la ley 24.660, correspondía que el tribunal se expidiese en cuanto a la promoción. Lo expuesto revela que en el caso en estudio el a quo se apartó de la obligación de motivar la resolución judicial, que le impone al art. 123 del C.P.P.N. bajo pena de nulidad, mandato que no se encuentra satisfecho con la mera alusión al informe técnico criminológico, en tanto exige consignar las razones concretas que determinaron la decisión del tribunal y a la vez, abordar todos y cada uno de los planteos de la defensa conducentes a la resolución del caso”.

La Sala III en el expediente “Coscia Liliana”, por mayoría de los Dres. Ledesma y Riggi, resolvió que:

“De una interpretación armónica de la ley de ejecución, se desprende que la única norma que regula las condiciones para acceder a las salidas transitorias es el art. 17 ley 24.660, que no exige que se encuentre atravesando el período de prueba, sino que por el contrario el art. 17 de la ley hace referencia a esa fase como una etapa más del régimen progresivo, enunciando sólo que las salidas transitorias integran ese período; en tales condiciones, la exigencia prevista en el art. 34 inc. e) del decreto 396/99 no debe ser tenida en cuenta, en tanto reglamentariamente se estableció un requisito no previsto en la ley, vulnerando el principio de legalidad (...) los informes negativos confeccionados por la administración penitenciaria no obstan para acceder a las salidas transitorias, pues sólo deben ser valorados como elementos probatorios y no como opinión vinculante para el juez. La disidencia sostuvo que del informe del Servicio Penitenciario se desprende que el condenado no reúne los requisitos del art. 34 inc. a) del decreto 396/99 y que los argumentos de la defensa sólo muestran discrepancia con el resultado alcanzado.”

Eje 3.: Marco Práctico (Dictámenes confeccionados en la Fiscalía General n° 1 de La Plata):

Bajo este título pretendo mostrar que tanto el Ministerio Público Fiscal en sus dictámenes como el órgano judicial en sus resolutorios —actos interlocutorios— realizan ante un requerimiento liberatorio un trabajo de constatación de circunstancias fácticas y jurídicas, una especie de amplio reconocimiento de la zona que le posibilitará formar su opinión sobre la procedencia o improcedencia del instituto solicitado.

A modo ilustrativo de la problemática aludida y con la finalidad de hacer hincapié en que las decisiones de los operadores del sistema judicial resultan del estudio pormenorizado y acabado del planteo, he de transcribir extractos de dictámenes elaborados en la Fiscalía en la que me desempeño:

En el marco de la causa “ALONSO, Ángel Omar” (N° 1955/1/05), que fue aquella en que se trató por primera vez en la Fiscalía General N° 1 de La Plata el principio de judicialización en relación a las

(2) CNCP: Sala II, 04/02/2005, Acceta Juan Pablo, registro 19/05.3, Sala II, 08/03/2005, Fernández José, registro 127/05.3 y Sala IV, 05/05/2005, Romero Apolinario, registro 6562.

salidas transitorias, puede observarse, aparte del supuesto de hecho concreto, la base jurídica general aplicable a toda petición de salidas transitorias:

“ha sido condenado por sentencia firme a la pena única de 15 años de prisión, declarándose reincidente. Ha cumplido más de 10 años en prisión es decir que ha superado con creces la mitad de la condena. (...) en el mes de junio del corriente año registraba comportamiento ejemplar, habiendo sido calificado en el mes de septiembre del presente, ya como condenado, con conducta buena cinco -5- concepto bueno cinco -5-, encontrándose transitando la fase de socialización de la progresividad del régimen penitenciario. (...) teniendo en cuenta el criterio sostenido por el suscripto en casos similares, el que requerido en reiteradas oportunidades al Sr. Juez de Ejecución se urja la incorporación del condenado al período de prueba, siempre que temporalmente se encontraren en condiciones de acceder a las salidas transitorias y no registre correctivos disciplinarios, ello a fin de no tornar ilusoria los beneficios contemplados en la ley 24.660, y considerando que el interno es totalmente ajenos a los tiempos administrativos, es que entiendo debe revisarse la situación de Ángel Omar Alonso. Al respecto y siguiendo la doctrina sentada por la Cámara Nacional de Casación Penal en fallos: “Aceta, Juan P. s/recurso de casación” rta. El 4/2/05, registro 19/2005 (Sala tercera), “Fernández, José s/recurso de casación” rta. El 8/3/05 registro 127/2005 (Sala tercera) y “Romero Apolinario A. s/recurso de casación” rta. El 5/5/2005 causa registro 6552 (Sala Cuarta), en donde se reconoció la facultad de los jueces competentes para controlar los informes producidos por el Servicio Penitenciario Federal, quienes hasta ese momento poseían absoluta discrecionalidad en ese aspecto (principio de judicialización), considero conveniente se recalifique al interno Alonso y se promueva su avance en el sistema progresivo, ello teniendo en cuenta el tiempo de detención sufrido, los informes socio ambiental y criminológico, entendiéndose necesario ajustar el tratamiento penitenciario individual del causante de autos y subsanar de tal modo el retraso administrativo. Los fallos de ambas salas resultan contundentes en cuanto al reconocimiento del principio de judicialización. (...) “... los jueces deberán controlar la vigencia de los derechos en el ámbito carcelario y que todas las decisiones de la etapa de ejecución que implican una alteración de la determinación de la pena deben ser tomadas por un juez...” Se ha precisado de tal forma la función del Juez de Ejecución como garante de los derechos de las personas privadas de la libertad y como contralor de la actuación de la Administración Penitenciaria. Debe tenerse en cuenta que la calificación del condenado debe ser motivada, expresándose en forma concreta los fundamentos que inducen a emitir tal acto, ello por una razón elemental: la omisión de la exigencia de motivación acarrea la imposibilidad de ejercer un control de legalidad y razonabilidad sobre la actuación de la autoridad administrativa y priva al interno del debido ejercicio de su derecho de defensa. (...) Debe tenerse presente que la calificación de conducta es puramente objetiva, ya que dependerá de que el condenado haya sido o no pasible de correctivos disciplinarios. Precisamente por tal motivo el art. 59 del decreto 396/99 determina cual será la incidencia de las sanciones disciplinarias de acuerdo a su entidad (faltas leves, medianas o graves) en lo que concierne a la determinación de la conducta. Es por ello que para fundar una baja calificación de conducta, la autoridad administrativa no puede apelar a ningún argumento distinto del dato objetivo de la existencia de sanciones. Cualquier otro criterio utilizado en perjuicio del condenado torna inmotivado el acto (por ejemplo la gravedad del delito o el tipo penal cometido). Debe resaltarse que en el caso en estudio el interno Alonso no registra sanciones disciplinarias desde el año 2000, de lo que surge que la abrupta disminución del acto calificadorio ha sido coetánea con el ingreso del interno al régimen de condenados, práctica penitenciaria arbitraria...” (diciembre de 2005).

Veremos a continuación otros dictámenes de la Fiscalía que muestran los distintos problemas que pueden presentarse a la hora de resolver un pedido de salidas transitorias, siendo su variedad la que impone el estudio de diferentes alternativas a los efectos de poder aplicar la base jurídica apuntada en el dictamen que antecede. Advirtiéndose que la respuesta a los problemas exige la reunión de un conjunto de datos de variada índole.

La opinión fiscal vertida en el incidente “SAN MARTÍN Carlos Alberto” (N° 1947/2/05)” exhibe la manera en que fue seleccionada la información necesaria para descartar la opinión penitenciaria de rechazo del instituto, recurriendo a los informes generales de las distintas áreas del establecimiento:

“Del informe confeccionado por el Departamento de Evaluación y Clasificación de Internos Procesados (...) surgen las calificaciones registradas por el interno en calidad de procesado, a saber: diciembre 2005: Muy Bueno, Marzo 2005: Ejemplar y junio 2005: Ejemplar, sin poseer correctivos disciplinarios en ningún período. Los informes del Servicio Criminológico (...) expresan que la incorporación al Ré-

gimen de condenados tuvo lugar el 29 de agosto de 2005, ingresando el 28 de julio de 2005 a la Fase de Observación —por cuanto no fue calificado en ese período—, ingresando el 28 de agosto de dicho año a la Fase de Socialización del Programa de Tratamiento de la Progresividad. Que el primer acto calificador como condenado data del 2 de diciembre de 2005 (...) ostentando el guarismo Conducta Buena 6 y Concepto Bueno 5, sin imposición de correctivos ni sanciones. (...) la Sección Trabajo destaca que el encartado no se encuentra afectado a ningún taller, ni desarrolla tareas en el establecimiento en orden a la falta de cupo laboral. (...) Sección Educación (...) ha participado en actividades recreativas, deportivas y de biblioteca y que se encuentra inscripto en el tercer ciclo de la escuela especial para adultos. Que tal como queda sentado en el informe de fs. 67, la opinión negativa del Consejo Correccional en punto al otorgamiento del beneficio, resulta de no encontrarse el interno en el período de prueba, ostentar conducta ejemplar y concepto muy bueno. ...” (febrero 2006).

En la causa “SÁNCHEZ Víctor Hugo” (N° 2085/1/05) se hace visible la manera en que el fiscal evaluó la información disponible para superar un problema de imposibilidad material de obtener otros datos específicos:

“he de tener en cuenta (...) en primer orden que el lugar de alojamiento de Sánchez, desde su detención hasta el día 12 de abril de 2005, fue una seccional policial y no una unidad carcelaria del Servicio Penitenciario Federal; en segundo término que a la fecha mencionada en el párrafo que antecede el nombrado se hallaba anotado como procesado, cuando en realidad ya registraba condena firme y por último que se encuentra desempeñando actividades laborales en el taller de Laborterapia, lo que me permite inferir que pese a no haberse elevado calificación alguna (ya sea las del régimen de la progresividad o las que tenía como procesado) goza de buen comportamiento dentro del penal, lo que se ve forzado ante la ausencia de sanciones disciplinarias o correctivos de ningún tipo...” (diciembre 2005).

Cabe señalar que con el objeto de aumentar el caudal de datos, resulta concudente peticionar a la unidad carcelaria que mejore o complete el informe enviado, tal como lo ejemplifica la causa “TOLEDO Claudio Domingo” (N° 1936/1/05) en la cual la fiscalía requirió al Tribunal que recabe datos para conocer si el causante registraba sanciones disciplinarias y en su caso la fecha de su imposición.

La reunión de datos también permite diseñar el modo apropiado para el desarrollo del beneficio, así en el incidente “FRANCISCO Walter Daniel” (N° 2454/1/08) el fiscal recomendó la concesión de las salidas transitorias bajo la modalidad de tuición familiar como recaudo de seguridad.

También debe reunirse información sobre los elementos que obstaculizan la concesión de las salidas, como por ejemplo saber si el peticionante posee causas en trámite; véase que en el caso “DIAZ Pablo Rubén” (N° 1629/03) la comunicación recibida anotando sobre la existencia de dos causas en curso —por los delitos de robo agravado y violación— auspició el temperamento fiscal de rechazo.

No sólo debe reunir información para dar su opinión fundada, sino que debe ocuparse de analizar en profundidad el criterio de la administración penitenciaria.

Ello resulta tarea sencilla cuando hay coincidencia con el criterio administrativo, tal como lo que refleja el incidente “VILLALBA Germán Arnaldo” (N° 2568/2/09):

“teniendo en cuenta la opinión vertida por unanimidad por el Consejo Correccional de la Colonia Penal de Ezeiza (Unidad 19), que puso de resalto la adecuada evolución observada en el desarrollo del tratamiento individual aconsejado al causante, lo que se refleja en los guarismos calificadorios obtenidos, esto es: Conducta Ejemplar -10- y concepto Muy Bueno -7-, no encuentro objeción alguna para que V.E. haga lugar a lo peticionado bajo la modalidad y forma de control que considere adecuada.” (agosto 2011).

Diferente es la situación que se presenta ante el rechazo de la opinión penitenciaria, casos en que surge con mayor entidad el deber de fundar con precisión el por qué del apartamiento. La causa “PORTALES Héctor” (N° 1938/2/05) nos ofrece un supuesto de rechazo del informe penitenciario, en virtud del carácter de obstáculo que el Consejo Correccional pretendió darle a la condición de reincidente del penado:

“el informe confeccionado por la Sección Progreso de la Unidad 5 del Servicio Penitenciario Federal (...) tildó de dudosa la reinserción del encausado basándose en el dato propiciado por el informe social relati-

vo a su carácter de reincidente como factor denotativo de una escasa reflexión sobre su accionar delictivo. Que el Consejo Correccional fundándose en el informe apuntado precedentemente dictaminó en igual sentido. Teniendo en cuenta que la ley 24.660 no erige como obstáculo para la viabilidad del beneficio impetrado el hecho de la reincidencia del condenado, y siendo que en autos se encuentran dados los recaudos legalmente exigidos, no he de oponerme al proveimiento de lo peticionado” (marzo 2007).

Otro retoque fiscal, que se da en forma constante, es el relativo a superar la negativa administrativa basada en la ausencia de requisitos legales; recaudos que deben reconocerse como imposibilidades que derivan, no ya de la conducta procesal del encausado, sino exclusivamente del desfase que se registra entre los plazos y condiciones auspiciados por las normas y el tiempo efectivamente consumido en el trámite judicial, y/o en arbitrarias prácticas administrativas. Cuestiones retratadas en el caso “RODRIGUEZ Daniel” (N° 2927/II/10):

“Surge de los presentes actuados que el causante fue condenado en autos a la pena de 5 años de prisión, hallándose detenido desde el día 29 de diciembre de 2007, de allí que se encuentre en condiciones temporales de acceder al beneficio solicitado. (...) en punto a los demás requisitos que deben darse para el otorgamiento del instituto, he de tener en cuenta el informe técnico confeccionado por la División Servicio Criminológico del Complejo Penitenciario Federal II que data del día 28 de septiembre de 2010 (fs. 25). Según el mismo Daniel Nelson Rodríguez ha merecido en calidad de procesado el más alto guarismo calificadorio, esto es: Comportamiento Ejemplar -10- —calificación que ha registrado en forma continua durante todos los períodos en que ha estado alojado—, sin contar con sanción disciplinaria alguna desde su ingreso a la unidad, encontrándose aguardando cupo para desempeñarse en el taller de trabajo y desarrollando en forma irregular el segundo curso del CENS. Tal como ha quedado plasmado en el mentado informe, la opinión negativa de la Unidad Carcelaria en orden al otorgamiento del beneficio, resulta de no encontrarse el interno —registrado aún como procesado dado que no ha sido notificada la sentencia firme— en condiciones legales y reglamentarias de ser incorporado al beneficio (...) a fin de que no se tornen en ilusorios los beneficios contemplados en la ley 24.660 (...) es que entiendo debe revisarse la situación del encausado. (octubre 2010).

La tesitura que acabamos de ver, se hace palpable también en la letra de los informes anuales presentados por la Fiscalía General n° 1 de La Plata ante la Procuración General de la Nación:

Informe anual 2009: “Etapa de ejecución: Esta Fiscalía General en la etapa de ejecución mantiene en todos los dictámenes la idea de control e injerencia en la vida intramuros (Fallos de la Cámara Nacional de Casación Penal “Acceta, Juan P.” registro 19/2005 (Sala tercera), “Fernández Apolinario A.” registro 127/2005 y “Romero Apolinario A.” Registro 6552 (Sala Cuarta). (...) Creo que la solidez de nuestro sistema de justicia reposa en el cumplimiento de las leyes, en velar porque los derechos y garantías consagrados en nuestra Constitución Nacional no sufran menoscabos y puedan ser plenamente usufructuados. En tal tónica no puedo dejar de señalar que es una manda constitucional la preservación de la dignidad humana durante la vida intramuros y que los lineamientos de nuestra ley de ejecución contemplan un régimen progresivo de fases de avance hacia el acceso paulatino a formas de contacto con la libertad. Entiendo que conforme el plexo legal la opción ajustada al ordenamiento jurídico no puede ser otra que la protección de tales derechos y el consecuente otorgamiento de los beneficios para que ellos no se transformen en ilusorios y no permanezcan latentes sobre las palabras. Así digo, que siempre que se den los requisitos legales correspondientes, guiada su constatación por el principio rector de que los internos son totalmente ajenos a los tiempos del órgano judicial y del órgano penitenciario, debe estarse por la concesión del beneficio”.

Informe anual 2010: “Etapa de ejecución: Esta Fiscalía General en la etapa de ejecución mantiene en todos los dictámenes la idea de control e injerencia en la vida intramuros (Fallos de la Cámara Nacional de Casación Penal (...)) Una vez más señalo entonces mi postura relativa a que conforme el plexo legal la opción ajustada al ordenamiento jurídico no puede ser otra que la protección y el otorgamiento de los derechos que repara la ley 24.660 en el tránsito por la progresividad.”

Informes anuales 2011 y 2012: “En lo que hace a la etapa de ejecución los parámetros de trabajo de la Fiscalía General n° 1 resultan trazados por la idea de control e injerencia en la vida intramuros con asiento en el principio de judicialización”.

IV. Reflexión final

La diversidad de elementos que han sido conjugados a lo largo de este trabajo dejan ver con claridad que tanto puede reputarse cruel una pena cuando es ejecutada al estilo de las calamidades carcelarias retratadas en el precedente de la CSJN “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus” del 03/05/2005, las que se reeditan en la actualidad en la Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 10/09/2010, en el asunto de las Penitenciarías de Mendoza; tanto cuando se impide el expedito ejercicio de los derechos de los cuales los internos resultan titulares por imperativo constitucional.

El tema que nos convoca ocupa la “cúspide suprema” de la pirámide jurídica: la Constitución Nacional y ley 24.660 (como normas de fuente interna) y los arts. 7º y 10 fracción 3º del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y art. 5º apartados 2 y 6 del “Pacto de San José de Costa Rica” (como normas de fuente internacional), conformando por convergencia un “bloque constitucional federal” con jerarquía compartida en un mismo nivel, y por tanto los derechos que de este emanan deben ser protegidos con la máxima tutela posible (Bidart Campos, 1995: 583-584).

En tal orden de ideas, y constituyendo la “progresividad del sistema carcelario” el vehículo de tránsito hacia la “resocialización de los penados”, toda conducta que perjudique la libre circulación por el mismo y prive al interno del goce de los beneficios que este depara —aumentando el rigor y los sufrimientos propios del encierro— torna al encierro en cruel, inhumano y degradante, y lo aleja de los objetivos constitucionales.

Emplearé para cerrar este trabajo las atinadas palabras de Ferrajoli (1997):

“Argumento decisivo contra la inhumanidad de las penas es por el contrario el principio moral del respeto a la persona humana, enunciado por Beccaria y por Kant con la máxima de que cada hombre, y por consiguiente también el condenado, no debe ser tratado nunca como un “medio” o “cosa”, sino siempre como “fin” o “persona”. (...) la pena no debe ser cruel o inhumana; y los principios son tales precisamente porque no se pliegan a lo que en cada caso convenga. (...) este argumento tiene un carácter político, además de moral; sirve para fundar la legitimidad del Estado únicamente en las funciones de tutela de la vida y los restantes derechos fundamentales; de suerte que, conforme a ello, un Estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes.” (Ferrajoli 1997, 395-396).

Bibliografía

ARGENTI, Natalia y COVA, Ana J. (2006) “Ejecución de la pena privativa de la libertad” En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis*, Buenos Aires, septiembre, páginas 1729/1733.

BIDART CAMPOS, Germán J. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo VI, Buenos Aires: EDIAR.

CARRIÓ, Genaro R. (1990). *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

FERRAJOLI, Luigi (1997). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Trotta.

NINO, Carlos (1988). *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires: Astrea.

RIVERA BEIRAS, Iñaki, SALT, Marcos Gabriel (1999). *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Buenos Aires: Editores Del Puerto.

Legislación Consultada

Ley n° 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de la libertad, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 16/07/1996.

Decreto 303/1996, Reglamento General de Procesados. Texto ordenado por resolución 13/97. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 20/01/1997.

Decreto 1136/1997, Reglamento de comunicaciones de los internos. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 05/11/1997.

Decreto 18/97, Reglamento de disciplina para los internos. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 14/01/1997.

Decreto 396/1999, Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 05/05/1999.

Decreto 1139/2000, Reglamento de Recompensas. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 15/12/2000.

Ley n° 12.256, De Ejecución Penal Bonaerense, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 25/01/1999.

Jurisprudencia consultada

CIDH, 17/9/1997, Loayza Tamayo vs. Perú, [on line] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/> [25/03/2013]

CIDH, 7/9/2004, Daniel David Tibi vs. Ecuador, [on line] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/> [25/03/2013]

CIDH, 25/11/2004, Lori Berenson Mejía vs. Perú, [on line] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/> [25/03/2013]

CSJN, 09/03/2004, Romero Cacharane Hugo Alberto, Fallos: 327:388, R. 230 XXXIV.

CSJN, 30/05/2005, Verbitsky Horacio, Fallos: 328:1146, V. 856 XXXVIII.

CNCP, Sala IV, 16/06/2010, Amirante Augusto, registro n° 13.550.

CNCP, Sala III, 19/03/2010, Coscia Liliana, registro n° 311.1.

Derecho Público Provincial y Municipal

Algunas consideraciones sobre el municipio

POR DARDO R. DIFALCO (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Consideraciones generales sobre el municipio. Concepto. Análisis del concepto. Ideas de Esteban Echeverría sobre la Institución Municipal. Teorías sobre el origen del municipio. — III. Evolución histórica del municipio. Roma. República Argentina. — IV. Aspectos constitucionales. Referencias al régimen municipal en la Constitución Nacional. Referencias al régimen municipal en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1994). — V. Legislación nacional. El Código Civil Argentino y las municipalidades. — VI. Competencia municipal. Policía municipal. Servicios públicos. Obras públicas. — VII. Autonomía municipal. Concepto. Congresos Interamericanos. La Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal. La creación de la "OICI". — VIII. Bibliografía.

Resumen

Resulta extremadamente complicado sintetizar en un trabajo sobre el Municipio lo que ocupó y ocupa años de nuestra vida histórica. Estas páginas pretenden reflejar, con modestia, los aspectos más destacables y discutidos de nuestros municipios, sin incursionar en absoluto en áridos campos. Empero, persiguen demostrar la importancia que revisten para lograr una verdadera organización política y social a fin de alcanzar una democracia apoyada sobre bases sólidas y estables, ya que *los municipios constituyen la piedra fundamental de nuestra organización política*. El municipio es la primera comunidad política que procura el bien común de todos los que la forman. Y la idea no es mala, porque responde a un proceso estructural y de integración que empieza de abajo hacia arriba, que va de lo menos a lo mayor, partiendo del municipio, siguiendo con la provincia y coronando el edificio con el estado federal. Cuando se dice, un poco a la ligera, que el municipio es la primera célula de la democracia, tal vez no se piensa cabalmente todo el contenido de verdad que encierra la frase, ya que el mismo ofrece, por la inmediatez de sus vecinos con sus autoridades locales y por la índole de las necesidades que en él se satisfacen, un ámbito propicio para la participación política. En definitiva, el municipio, viene a empalmar, igual que el federalismo, con la libertad, con el pluralismo, con la democracia.

Palabras clave: municipio - democracia - pluralismo

QUELQUES CONSIDÉRATIONS SUR LA COMMUNE

Résumé

Il est très compliqué de syntétiser dans un travail sur la Commune, ce qui a occupé et continue à occuper des années de notre vie historique. Ces pages veulent refléter, humblement, les aspects les plus remarquables et polémiques de nos communes, sans entrer dans des domaines ardu. Cependant, elles ont le but de démontrer l'importance que possèdent les communes, afin d'arriver à

(*) Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Público Provincial y Municipal; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

une véritable organisation politique et sociale pour atteindre une démocratie appuyée sur des bases solides et stables, étant donné que *les communes constituent la pierre angulaire de notre organisation politique*. La commune est la première communauté qui cherche le bien être de tous ceux qui en font partie et l'idée n'est pas mauvaise, vu qu'elle répond à un processus structurel et d'intégration qui commence de bas en haut, qui va du moins au plus; partant de la commune, continuant par la province et finalisant le bâtiment avec l'État Fédéral. Quand on dit, un peu à la hâte, que la commune est la première cellule de la démocratie, peut-être qu'on ne pense pas au contenu de vérité renfermé dans cette phrase, parce qu'il offre un cadre favorable pour la participation politique, étant donné le rapprochement des voisins des autorités locales, ainsi que les besoins qui sont satisfaits par la commune. En conclusion, la commune, de la même façon que le fédéralisme rejoint la liberté, le pluralisme, la démocratie.

Mots clés: commune - démocratie - pluralisme

I. Introducción

El tema abordado en esta ocasión es el municipio, el cual es la primera comunidad política que procura el bien común de todos los que la forman y también es el lugar propicio para la participación política y el pluralismo.

Jurídicamente es una persona de derecho público, constituida por una comunidad humana -vecinos- asentada en un territorio determinado, con facultad para organizarse, darse sus propias normas de gobierno y administrar sus propios y peculiares intereses.

II. Consideraciones generales sobre el municipio

Concepto

El Municipio, municipalidad o comuna es, jurídicamente, una persona de derecho público, constituida por una comunidad humana, asentada en un territorio determinado, que administra sus propios y peculiares intereses y que depende siempre, en mayor o menor grado, de una entidad pública superior, el Estado Provincial o Nacional.

Análisis del concepto

* Persona de derecho público: Al municipio, como tal, lo encontramos en la redacción del artículo 33 del Código Civil, dada por la Ley 17.711. Dicho artículo hace una enumeración de las personas de derecho público y de las personas de derecho privado, incluyendo al municipio junto al Estado Nacional, las provincias, las entidades autárquicas y la Iglesia Católica, como personas de derecho público.

* Población: La población en un municipio se caracteriza por su mayor densidad y por las relaciones de vecindad que existen entre sus habitantes. Estas aglomeraciones de personas, hacen surgir una serie de necesidades que aluden a distintos factores y que buscan ser satisfechas, lo cual estará a cargo del régimen municipal.

* Territorio: Debemos tomar como base que "sin territorio no existe el municipio". Sobre esto existe coincidencia absoluta entre los distintos doctrinarios. Lo que ha variado, son las consideraciones sobre la extensión del mismo. En un primer momento se lo caracteriza como muy pequeño, caracterización que día a día va perdiendo su valor debido al fenómeno llamado "Urbanismo".

* Dependencia de entidad pública superior: Es necesaria, por parte de todas las entidades autárquicas del Estado, en miras de una unidad política y a un interés general, claro está, esa dependencia no deberá convertirse en subordinación absoluta.

Los grados de dependencia variarán según la forma y extensión que la constitución política del Estado (en nuestro sistema las provincias) dé al régimen municipal.

Analizado el precitado concepto, debemos aclarar que existe una infinidad de definiciones sobre el municipio, pues el transcurrir de los años ha motivado que los mismos tengan que atender materias antes no contempladas, motivando ello que el concepto, de municipalidad, sea mucho más amplio.

En consecuencia, digamos que uno de esos conceptos es el que considera al Municipio como la institución política administrativa territorial, basada en la vecindad, organizada jurídicamente dentro del Estado para satisfacer las necesidades de la vida de la comunidad local, en coordinación con otros entes territoriales y servicios estatales.

1) Expresamos que es una institución política porque tiene poder público de carácter estatal. Su función no es meramente administrativa sino gubernativa, vale decir, resuelve entre otros, problemas políticos, de orden social y económico, por lo tanto sus autoridades ejercen cargos gubernativos y de carácter político.

2) Decimos que es una institución política administrativa, pues tiene por función conservar y mejorar los bienes que integran el dominio público municipal, calles, jardines, bosques, plazas, playas, bibliotecas, etc. prestar los servicios públicos municipales, administrar el patrimonio municipal y realizar actividades sociales, culturales y comerciales de interés social.

3) Afirmamos, también, que es una institución política administrativa territorial, por ser el territorio un elemento imprescindible que fija los límites espaciales de su jurisdicción; aseveramos además, que la municipalidad está basada en la vecindad y en las relaciones de convivencia social.

Ideas de Esteban Echeverría sobre la Institución Municipal

Esteban Echeverría debe ser reconocido como el primero que, además de exponer con verdadera fuerza y amplitud un *programa municipal*, afirma la necesidad de dar bases democráticas a las municipalidades y destaca la trascendencia de su papel institucional dentro de la organización a dar al país.

El recuerdo de Echeverría como municipalista, no se funda en las ideas contenidas en el Dogma Socialista, ya que en la Ojeada Retrospectiva... que lo precede (publicada en 1846) solo se encuentra una referencia incidental sobre el municipio, al señalar el "sufragio y la representación en el distrito municipal" como una de las bases de la democracia.

Lo cierto es que las ideas de Esteban Echeverría sobre el tema, deben buscarse en sus cartas célebres a Pedro De Angelis.

En la segunda de dichas misivas, publicada por primera vez en la ciudad de Montevideo en el año 1847, en respuesta a un artículo de De Angelis sobre el Dogma Socialista aparecido en el Archivo Americano y espíritu de la prensa del mundo, consideraba al Municipio como una institución básica para el ejercicio de la soberanía popular y como la única capaz de proporcionar al pueblo educación democrática. Unas cuantas páginas de esta carta estaban consagradas a mostrar e iluminar la institución municipal como remedio de la deficiencia de la vida argentina. Con su estilo apasionado y entusiasta Echeverría imaginó el municipio como institución perfecta.

Al exponer los aciertos y errores del partido Unitario, señala entre estos últimos los siguientes:

"... en suprimir los cabildos y no establecer la representación municipal en el departamento y en el distrito municipal para que sirviese al pueblo de escuela política; para hacer palpable a cada individuo el beneficio de su concurso, para el fomento del interés común y crear de ese modo, en cada sección de la campaña, elementos de orden y progreso; para realizar con más facilidad el censo y el asiento de la recaudación del impuesto, para el arreglo y la organización de la milicia de cada departamento; para fundar la enseñanza primaria en la campaña y compeler a los padres a enviar a ellas a sus hijos; para contrabalancear la fuerza de unos partidos contra otros y evitar de ese modo el alzamiento en masa de la campaña y el predominio de los caudillos sobre el paisanaje; fomentar la industria agrícola y el pastoreo de ganado menor; para promover, en suma, mejoras locales de todo género que preparasen gradualmente al país para una organización estable". (Echeverría, 1847)

Se observa, pues, que no puede ser más amplia su concepción sobre las funciones del municipio y más ardiente su fe en los resultados que la instauración traería para el progreso político y social del país.

Múltiples son las funciones que -siguiendo en esto al antecedente de los cabildos- atribuye al municipio: políticas; económicas, militares, educacionales, etc. A pesar de ello, fácil es advertir que concebía a la municipalidad como una organización integral y compleja en el orden local y que a su vez debía ser la base de la organización política general.

Páginas más adelante desarrolla su tesis fundamental que vincula el municipio a la forma democrática de gobierno que no es sino la soberanía del pueblo.

Entiende que la democracia no puede desarrollarse bajo regímenes centralistas como los ensayados hasta entonces, porque no educan al pueblo, haciéndolo apto para el gobierno de sí mismo y no satisfacen ni aquietan al localismo.

Se muestra pues, partidario de la descentralización política y halla en el municipio la institución capaz de hacer “poco a poco a la sociedad argentina para el régimen democrático”.

Observa pesaroso que el localismo “guiado por instintos vagos, ha obrado casi siempre como principio disolvente y desorganizador, y que nunca ha sabido comprender sus intereses legítimos, hacerlos valer y ponerlos al servicio de la única institución que podrá eficazmente protegerlos y promoverlos - la institución municipal”.

El espíritu de la localidad era para Echeverría una realidad, un hecho anterior a la Revolución de Mayo, robustecido y legitimado por ella.

Echeverría mira a la comuna como una institución natural y básica de la organización social y política del país. Los elementos naturales y espirituales de la vida local, ya existían. Faltaba por lo tanto organizarlos jurídicamente, crear el poder municipal.

Para realizar esa organización municipal, proponía “la convocatoria de una comisión *ad hoc* que resuma toda la autoridad y el poder de la República; que forme las leyes y dicte las disposiciones necesarias para planificarlas, que vigile su ejecución y observancia”.

Para precisar el pensamiento de Esteban Echeverría debemos recurrir a la *Ojeada Retrospectiva*, donde al juzgar a la centralización política como contraria al pensamiento democrático de Mayo, expresa:

“Concebíamos por esto en la futura organización, la necesidad de descentralizar todo, de arrancar al poder sus usurpaciones graduales, de rehabilitar al pueblo en los derechos que conquistó en Mayo; y de constituir con ese fin, en cada partido, un centro administrativo y gubernativo, que elaborándose a los demás, imprimiese vida potente y uniforme a la asociación nacional gobernada por un Poder Central”.

La alusión al municipio en referencia al “partido” es perceptible.

Teorías sobre el origen del municipio

Según la teoría llamada Sociológica o iusnaturalista, el municipio resulta ser una organización que se forma espontáneamente y no intencionado, porque así lo requiere el derecho natural, que diversos grupos de familias se instalen en terrenos próximos a otros, de donde surgen necesidades comunes y la precisión de regularlas y administrarlas.

De ahí que la municipalidad, muy lejos de ser una institución creada por el Estado, tenga un origen anterior a él, o si se prefiere que el municipio haya constituido después de la familia la primera forma de organización política y que la existencia de diversas comunas dentro de territorios también próximos y con necesidades comunes, haya dado origen a otro organismo superior que es el Estado.

Por su parte la teoría llamada Legalista, entiende que el municipio no solo no tiene el expresado origen natural, sino que es una institución creada por la ley y sin más atribuciones que las que le concede el propio Estado.

Estas dos teorías precitadas han tenido muchos defensores. Entre los que siguen a la teoría sociológica, podemos citar a Posadas, que en este sentido escribe:

“... desde que el hombre social fija su asiento sobre el suelo y convierte el espacio ocupado en medio para la convivencia con sus semejantes, formando alrededor de un núcleo de atracción, una población concentrada o dispersa en pequeños grupos, pero entre sí relacionados, merced a una causa más que el parentesco, de la proximidad o contigüidad espacial, surge aunque sea de la manera más elemental o rudimentaria, un sistema de preocupaciones generadoras de servicios comunes, que, a la larga, constituirán la materia de un régimen que, al diferenciarse de otras manifestaciones de la vida en común (territorial y espacial), se convertirá en régimen de policía y por fin en un régimen local o municipal”.

III. Evolución histórica del municipio

Roma

En el mundo occidental el municipio nace como consecuencia de la expansión de Roma.

Roma conquistaba ciudades que iba incorporando a su imperio, con la peculiaridad que sus habitantes no poseían derechos políticos (*civitas sine suffragio*) solo gozaban del derecho de gentes, aunque se veían, igualmente, obligados a pagar un tributo que se denominaba *Municipia*.

La Ciudad constituía un *Municipium*, el que era un sujeto de derecho privado, origen de la persona jurídica; con facultad de adquirir bienes y contraer obligaciones.

Debido al comercio y a la gran cantidad de ciudades conquistadas, Roma se ve en la necesidad de otorgar otros derechos a los habitantes de esas ciudades, llegando entonces el municipio romano a caracterizarse por la calidad de ciudadanos reconocida de sus habitantes y por la autonomía administrativa local.

El régimen municipal romano, en la época de mayor esplendor, tenía un carácter esencialmente urbano: la organización municipal era un privilegio de ciudad, la campaña carecía de él.

Los cargos municipales eran electivos y temporales, siendo los principales funcionarios:

- a) Los *Duunviros*, que constituían el órgano ejecutivo colegiado.
- b) Los *Ediles*, que tenían a su cargo las funciones de política general.
- c) El *Curator*, era el encargado de velar por los intereses fiscales.
- d) El *Defensor Civitatis*, era quien controlaba la inversión de la renta y defendía a los habitantes de las exacciones o abusos que quisieran cometer quienes recaudaban los impuestos.

La mencionada organización se consolidó bajo el Imperio, llegando la Institución Municipal, a su mejor esplendor en la primera época, pero a fines de éste, el centralismo de Constantino absorbió paulatinamente gran parte de las atribuciones del municipio.

República Argentina

Durante la Época Colonial, de las ruinas del municipio romano, surgió el Consejo Medieval y con él se forjó el ayuntamiento español.

Algunos municipios argentinos nacen de los antiguos cabildos coloniales. Nuestros Cabildos son de existencia anterior al Virreynato, puesto que su creación era simultánea a la ciudad que le servía de asiento.

Los Cabildos formaban parte del sistema, siendo de su jurisdicción el municipio.

Para integrarlos se requería ser vecino de la ciudad; siendo el cargo anual y gratuito, realizando los cabildantes salientes la elección de los nuevos miembros.

Según algunos historiadores, esta calificación -cabildantes salientes- es un tanto alusiva puesto que: 1) los vecinos, únicos con derecho a integrarlos, no agotaban toda la población y ni si quiera constituían la mayoría; 2) con frecuencia se formaban grupos que se reemplazaban en los cargos en sucesión cerrada; 3) con el tiempo los Cabildos habían ido perdiendo independencia política, al depender de los intendentes la confirmación de los alcaldes y regidores, excepto el Cabildo de Buenos Aires, que por diversos motivos, conservó y aumentó su importancia política.

De todas maneras, dado su estrecho contacto con los problemas comunales, ejercieron importante influencia sobre el municipio.

Además, cabe destacar que fue la última institución donde el pueblo participó en el gobierno local al nombrar sus jueces de menor cuantía, organizar la policía local, propender al bienestar común, fomentar el progreso edilicio; por ello cuando fue necesario, se alzaron y opusieron a los gobernadores y agentes de la Corona, toda vez que estos intentaron hollar su autonomía o quitarles sus prerrogativas seculares. Por otra parte, eran las únicas instituciones basadas en principios de libertad e independencia que se encontraban en la organización comunal.

Al decir de Alberdi, a partir del año 1820 desaparecieron los gobiernos nacionales que habían existido desde 1810 de hecho o de derecho, con la desaparición de ellos comienza la desorganización, para llegar finalmente a la anarquía.

Con el advenimiento del nuevo gobierno de Buenos Aires desaparecieron los Cabildos. La drástica decisión sancionada por la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires el 24 de diciembre de 1821 y promulgada el mismo día por decreto del gobernador Martín Rodríguez, refrendado por el Ministro Dr. Manuel José García, por imposibilidad de Rivadavia, es consecuente con la política centralista, prounitaria, de inspiración rivadavina, por entonces predominante.

La importancia y trascendencia de esta ley es innegable, por eso resulta importante analizarla. Dice así:

“La Honorable Junta de Representantes de la Provincia, usando de la soberanía ordinaria y extraordinaria que reviste, ha acordado y decreta con todo el valor y fuerza de ley lo siguiente:

Art. 1º: Quedan suprimidos los Cabildos hasta que la representación crea oportuno establecer la ley general de las Municipalidades

Art. 2º: La justicia ordinaria será administrada por cinco letrados denominados jueces de primera instancia.

Art. 3º: Dos de los cinco jueces administraran justicia en la Capital y tres en la campaña.

Art. 4º: La dotación de los jueces de la Capital será de mil y quinientos pesos y la de los de la campaña de dos mil pesos anuales, sus atribuciones hasta el establecimiento de los códigos serán las mismas en lo civil y criminal que las de los alcaldes llamados ordinarios.

Art. 5º: En la imposibilidad de establecer una división bien proporcionada del territorio de la provincia, hasta obtener el padrón y plano topográfico, el gobierno designará en el ínterin a los tres jueces de campaña en sus respectivas jurisdicciones.

Art. 6º: Se nombrará un letrado que desempeñe las funciones de defensor de pobres y menores y procurador general de la provincia con la dotación de mil doscientos pesos anuales.

Art. 7º: Habrá en cada parroquia un juez de paz.

Art. 8º. En las parroquias de la campaña el gobierno establecerá los que considere necesarios según su extensión.

Art. 9º: Las atribuciones de los jueces de paz serán: juzgar en todas las demandas que las leyes y practica vigentes declaran verbales, arbitrar en las diferencias y en la campaña reunirán las de los acaldes de hermandad, que quedan suprimidos.

Art. 10: La policía alta y baja, la inspección de mercados y abastos en todo el territorio de la provincia estará a cargo de un jefe de policía, de seis comisarios para la Capital y ocho para la campaña.

Art. 11: La dotación del Jefe de Policía será de dos mil pesos anuales, de los seis comisarios para la Capital, cuatro tendrán el sueldo de ochocientos pesos anuales, los otros dos serán inspectores de mercados y abastos, con la dotación de seiscientos pesos anuales y la misma tendrán los comisarios de campaña.

Art. 12: Las atribuciones del jefe y comisarios de policía serán designadas por el gobierno hasta la sanción de las leyes correspondientes."

Con lo preceptuado en el artículo 1º, se termina con los Cabildos y su secular competencia, para dar paso a las municipalidades de delegación. Vale decir, se pretende pasar del gobierno municipal descentralizado - típico del derecho hispano y de Indias-, al sistema de municipalidades francés, propio de los regímenes unitarios.

La gran crisis del municipalismo es debido a la ley en análisis, crisis que se va a extender hasta la organización Constitucional definitiva del país, en 1853. Pues, al consagrarse en la Carta Fundamental el régimen federal y la autonomía de las provincias federadas, el municipio recobra su antigua jerarquía y adviene, por conducto del artículo quinto, en instituto del derecho público.

Cabe recordar, que el General Urquiza, el 2 de septiembre de 1853, siendo director provisorio de la Confederación, dictó un decreto disponiendo la creación de la municipalidad para la ciudad de Buenos Aires.

IV. Aspectos constitucionales

Regular el funcionamiento de los gobiernos locales en la Argentina es potestad de los gobiernos provinciales. Cada provincia establece un régimen para ellos en su Constitución y en una Ley Orgánica que rige para aquellos que no estén habilitados para dictarse una Carta Orgánica o que estando habilitados aún no la posean.

La Nación ha refrendado esta capacidad de los gobiernos provinciales en la última reforma de la Constitución Nacional (1994) en la que además enuncia el principio de autonomía de los municipios.

En el caso de aquellos municipios que cumplan ciertas condiciones, generalmente de cantidad de habitantes pueden llamar a una Convención para el dictado de una Carta Orgánica de acuerdo con lo establecido en la Constitución Provincial. Esta Carta debe ser aprobada por la Legislatura Provincial.

Referencias al régimen municipal en la Constitución Nacional

Capítulo Primero: Declaraciones, derechos y garantías

Art. 5º - Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno Federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

Título Primero: Gobierno Federal

Sección Primera: del Poder Legislativo

Capítulo Cuarto: Atribuciones del Congreso

Art. 75 - Corresponde al Congreso:

30. Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

Segunda Parte: Autoridades de la Nación

Titulo Segundo: Gobiernos de Provincia

Art. 123 - Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el Art. 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

Referencias al régimen municipal en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1994)

Sección Séptima:

del Régimen Municipal

Capítulo Único

Art. 190.- La administración de los intereses y servicios locales en la Capital y cada uno de los partidos que formen la Provincia, estará a cargo de una municipalidad, compuesta de un departamento ejecutivo unipersonal y un departamento deliberativo, cuyos miembros, que no podrán ser menos de seis ni más de veinticuatro, durarán cuatro años en sus funciones, renovándose cada dos años por mitad y serán elegidos en el mismo acto que se elijan los senadores y diputados, en la forma que determine la ley.

Art. 191.- La Legislatura deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiriéndoles las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales, con sujeción a las siguientes bases:

1.- El número de miembros del departamento deliberativo se fijará con relación a la población de cada distrito.

2.- Serán electores los ciudadanos inscriptos en el registro electoral del distrito y además los extranjeros mayores de edad que sepan leer y escribir en idioma nacional, con dos años de residencia inmediata en el municipio, que estén inscriptos en un registro especial y paguen anualmente impuestos fiscales o municipales que en conjunto no bajen de doscientos pesos.

3.- Serán elegibles todos los ciudadanos mayores de veinticinco años, que sepan leer y escribir, vecinos del distrito, con un año de domicilio anterior a la elección y si son extranjeros, tengan además cinco años de residencia y estén inscriptos en el registro especial.

4.- Las funciones municipales serán carga pública, de la que nadie podrá excusarse sino por excepción fundada en la ley de la materia.

5.- El ciudadano a cargo del departamento ejecutivo durará cuatro años en sus funciones. Para desempeñar este cargo se requiere ciudadanía en ejercicio y las condiciones necesarias para ser concejal.

6.- Los concejales extranjeros no podrán exceder de la tercera parte del número total de los miembros del Concejo Deliberante.

Art. 192.- Son atribuciones inherentes al régimen municipal, las siguientes:

1.- Convocar a los electores del distrito para elegir municipales y consejeros escolares, con quince días de anticipación por lo menos, cuando el Poder Ejecutivo dejare transcurrir los términos legales sin hacerlo.

2.- Proponer al Poder Ejecutivo, en la época que corresponda, las ternas para nombramientos de jueces de paz y suplentes.

3.- Nombrar los funcionarios municipales.

4.- Tener a su cargo el ornato y salubridad, los establecimientos de beneficencia que no estén a cargo de sociedades particulares, asilos de inmigrantes que sostenga la Provincia, las cárceles locales de detenidos y la vialidad pública.

5.- Votar anualmente su presupuesto y los recursos para costearlo; administrar los bienes raíces municipales, con facultad de enajenar tanto estos como los diversos ramos de las rentas del año corriente; examinar y resolver sobre las cuentas del año vencido, remitiéndolas enseguida al Tribunal de Cuentas.

Vencido el ejercicio administrativo sin que el concejo deliberante sancione el presupuesto de gastos, el intendente deberá regirse por el sancionado para el año anterior. Las ordenanzas impositivas mantendrán su vigencia hasta que sean modificadas o derogadas por otras. El presupuesto será proyectado por el departamento ejecutivo y el deliberativo no esta facultado para aumentar su monto total. Si aquél no lo remitiera antes del 31 de octubre, el concejo deliberante podrá proyectarlo y sancionarlo, pero su monto no podrá exceder del total de la recaudación habida en el año inmediato anterior. En caso de veto total o parcial, si el concejo deliberante insistiera por dos tercios de votos, el intendente estará obligado a promulgarlo.

Toda ordenanza especial que autorice gastos no previstos en el presupuesto, deberá establecer los recursos con que han de ser cubiertos.

6.- Dictar ordenanzas y reglamentos dentro de estas atribuciones.

7.- Recaudar, distribuir y oblar en la tesorería del Estado las contribuciones que la Legislatura imponga al distrito para las necesidades generales, sin perjuicio de que el Poder Ejecutivo nombre funcionarios especiales para este objeto, si lo cree más conveniente.

8.- Constituir consorcios de municipalidades y cooperativas de vecinos a los fines de la creación de superusinas generadoras de energía eléctrica.

Art. 193.- Las atribuciones expresadas tienen las siguientes limitaciones:

1.- Dar publicidad por la prensa a todos sus actos, reseñándolos en una memoria anual, en la que se hará constar detalladamente la percepción e inversión de sus rentas.

2.- Todo aumento o creación de impuestos o contribución de mejoras, necesita ser sancionado por mayoría absoluta de votos de una asamblea compuesta por los miembros del Concejo Deliberante y un número igual de mayores contribuyentes de impuestos municipales.

3.- No podrá autorizarse empréstito alguno sobre el crédito general de la municipalidad, sino por ordenanza sancionada en la forma que determina el inciso anterior; pero en ningún caso podrán sancionarse ordenanza de esta clase cuando el total de los servicios de amortización e intereses, afecte en más del 25 por ciento los recursos ordinarios de la municipalidad.

Cuando se trate de contratar empréstitos en el extranjero o enajenar o gravar los edificios municipales, se requerirá, además, autorización legislativa.

4.- Siempre que se haga uso del crédito será para obras señaladas de mejoramiento o para casos eventuales, y se votará una suma anual para el servicio de la deuda, no pudiendo aplicarse los fondos a otro objeto que el indicado.

5.- Las enajenaciones solo podrán hacerse en remate público.

6.- Siempre que hubiere de construirse una obra municipal, de cualquier género que fuere, en la que hubieren de invertirse fondos del común, la municipalidad nombrará una comisión de propietarios electores del distrito, para que la fiscalice.

7.- Las obras públicas cuyo importe exceda de mil pesos nacionales, deberán sacarse siempre a licitación.

Art. 194.- Los municipales, funcionarios y empleados, son personalmente responsables, no sólo de cualquier acto definido y penado por la ley, sino también por los daños y perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento a sus deberes.

La ley determinará las causas, forma y oportunidad de destitución de los municipales, funcionarios y empleados, que, por deficiencias de conducta o incapacidad, sean inconvenientes o perjudiciales en el desempeño de sus cargos.

Art. 195.- Todos los actos y contratos emanados de autoridades municipales que no estén constituidas en la forma que prescribe esta Constitución, serán de ningún valor.

Art. 196.- Los conflictos internos de las municipalidades, sea que se produzcan entre los departamentos ejecutivo y deliberativo, sea que ocurran en el seno de este último, los de las distintas municipalidades entre sí o con otras autoridades de la Provincia, serán dirimidos por la Suprema Corte de Justicia.

Art. 197.- En caso de acefalía de una municipalidad, el Poder Ejecutivo convocará inmediatamente a elecciones para constituir la.

V. Legislación nacional

El Código Civil Argentino y las municipalidades

El Código Civil, según las prescripciones del art. 75 inc. 12 -atribuciones del Congreso-, fue sancionado en el año 1869 y con vigencia en todo el país a partir de 1870.

Dicha legislación, sobre la base del proyecto del Doctor Dalmacio Vélez Sársfield, dio al derecho privado la normalización necesaria y brindó también la adecuada normalización al *ius civile*, base de la sociabilidad y convivencia argentina.

El precitado código, como legislación de fondo, en su artículo 33, distingue a las personas jurídicas en dos grupos:

- a) Personas jurídicas de existencia necesaria y
- b) Personas jurídicas de existencia posible.

Las primeras son indispensables para la organización social y política de un país y, al enumerarlas, el Código comienza con el Estado (inciso 1°); sigue con las Provincias (inciso 2°) y luego se encuentran expresamente mencionados los Municipios (inciso 3°).

Al efectuar un rápido análisis del mencionado cuerpo legislativo, en lo que atañe a los artículos que se refieren a las municipalidades, podemos citar los siguientes:

Art. 1624: "El servicio de las personas de uno y otro sexo que se conchabaren para el servicio doméstico, será juzgado por las ordenanzas municipales o policías de cada pueblo...".

Art. 1647: "Los empresarios constructores son responsables, por la inobservancia de las disposiciones municipales o policiales, de todo daño que se causen a los vecinos".

Art. 2069: "Las loterías y rifas, cuando se permitan, serán regidas por las respectivas ordenanzas municipales o reglamentos de policía".

Art. 2344: "Son bienes municipales los que el Estado o los Estados han puesto bajo el dominio de las Municipalidades. Son enajenables en el modo y forma en que las leyes especiales lo perciban".

Art. 2839: "El usufructo no puede establecerse sobre los bienes del Estado o de los Estados, o de las Municipalidades, sin una ley especial que lo autorice".

También el Código hace mención al régimen municipal en los artículos 2535 - 2639 - 2640 - 2729.

Las autoridades municipales están citadas en los artículos 3655, 3689 y 3690 en el título referentes a las formas de los testamentos.

Asimismo, encontramos artículos donde se hace referencia a los agentes municipales y se prohíbe la realización de determinados actos. Ellos son: 841, 1361 y 1443.

El Código Civil reconoce además el poder tributario de las municipalidades cuando atribuye privilegios a “los créditos del fisco y de las municipalidades por impuestos públicos directos o indirectos” (artículos 3879 inc. 2º y 3880 inc. 5º).

Conforme a las disposiciones legales enumeradas, es evidente que queda demostrada la personalidad o personería legal de las municipalidades como entidades de derecho.

Por último, debe recordarse que el Código de Comercio de 1889 contenía referencias a las municipalidades. (1)

VI. Competencia municipal

En reglas generales podemos decir que al municipio le corresponde la administración de todos los asuntos que conciernen a una determinada vecindad - barriada, a fin de lograr el bienestar común de las personas que viven en ella.

Ahora bien, la competencia municipal ha ido variando con el transcurrir de los años y de las diferentes legislaciones, debido al crecimiento de la población, la urbanización, el incipiente intercambio de productos y personas; que hacen que las comunas tengan que atender materias nuevas.

Como materias comunes a los municipios podemos mencionar, por ejemplo, las que afectan a la sanidad de la población, asistencia benéfica, alumbrado y limpieza, transportes urbanos, a la ordenación del tránsito, al desarrollo urbanístico; todas las cuales serán atendidas como recursos provenientes de distintas fuentes y que perciben en razón de su particular régimen financiero.

Los recursos municipales provienen generalmente de: impuestos, tasas, contribuciones de mejoras, de la explotación de sus bienes públicos, de la explotación de sus bienes privados, de los empréstitos, etc.

Las tres materias principales que corresponden a la competencia municipal son:

Policía municipal

Es la que protege un orden de intereses puramente locales, v gr., la moralidad (prostitución, espectáculos públicos, etc.); la higiene (policía de mercados, policía alimenticia o bromatológica); la edificación; la de tránsito vehicular, que día a día va adquiriendo mayor importancia debido al incremento desmedido de automóviles, que trae aparejado problemas de estacionamiento y de seguridad de las personas, etc.

El ejercicio del poder de policía municipal debe ser reglado en líneas generales por “ordenanzas” que, sin limitar la facultad discrecional del órgano ejecutivo en punto a la eficiencia (oportunidad y medios) establezcan una efectiva protección de los administrados.

Servicios públicos

Es atribución de las comunas organizar estos servicios, que son de interés local, a fin de alcanzar un estable bienestar de las familias que integran el municipio. Entre ellos podemos enumerar: alumbrado, barrido y limpieza, etc.

(1) Lo hacía en el título X del Contrato y Letras de Cambio, artículos 715 y 716. En el libro IV respecto a las quiebras, también citaba a las comunas en los artículos 1359 y 1472 inc. 6º.

Obras públicas

En las obras públicas municipales, como en toda obra pública, hay dos fases importantes desde el punto de vista jurídico: la primera es de organización y contratación y la segunda de ejecución.

La primera se inicia con el contrato, al cual preceden las operaciones preliminares de licitación y adjudicación y luego la expropiación cuando la adquisición de las cosas no se hace por los medios del derecho privado.

En todos los casos interviene el órgano que tiene el poder de decisión. El contrato, aunque lo suscriba el intendente, como representante de la municipalidad, presupone una autorización del Concejo Deliberante.

En la segunda, de ejecución, la intervención del Intendente es constante, pues es de contralor, de vigencia del cumplimiento de obligaciones y aún de cooperación técnica. Esto no obsta a que los miembros del Concejo Deliberante observen directamente y se informen de la ejecución de los trabajos.

El régimen de las obras públicas no sólo debe aplicarse a las obras que realiza la municipalidad para incorporarlas al uso público o al dominio público, o bien a su dominio privado, sino también a los que realizan los concesionarios. Pues aún cuando la obra realizada por el concesionario sea de su propiedad, lo tocante a ejecución en punto a condiciones de solidez y eficacia de ellas, debe estar sujeto al régimen de obra pública.

La razón de intervención de la autoridad municipal no es la propiedad, sino la eficacia y seguridad de utilización de tal propiedad o cosa.

En las construcciones privadas la intervención municipal se funda en razones de seguridad, higiene, estética.

Queda claro pues, que según lo establezcan sus respectivas leyes orgánicas, las obras públicas municipales pueden ser realizadas directamente por la administración, o por un contrato de obra pública, o mediante una concesión de obra pública.

Para poder cumplir con las tareas, que generalmente le corresponden de ensanche y apertura de calles, pavimentación de calzada, formación de plazas, construcción de hospitales, etc., las municipalidades deben tener la facultad de expropiar los inmuebles necesarios y de gravar a los vecinos que resulten beneficiados con contribuciones de mejoras o impuestos.

VII. Autonomía municipal

Concepto

Para desarrollar este tema, resulta necesario recordar conceptos como los de soberanía, autonomía y autarquía.

La soberanía se aplica al Estado y es un concepto político y jurídico. Significa un poder sobre el cual no existe ningún otro. Es la voluntad superior del Estado, expresa el poder supremo del Estado.

La autonomía, por el contrario, es la facultad que poseen determinados entes para organizarse, darse sus propias normas de gobierno y administrarse, desde ya, dentro de prefijados límites legales.

La autarquía, concepto propio del derecho administrativo, significa la facultad que tiene un ente o entidad de administrarse a sí mismo, prerrogativa derivada de la ley.

Efectuado dicho repaso, digamos pues que la autonomía municipal consiste en el derecho de la ciudad al gobierno propio, a ejercerlo con independencia de cualquier otro, a elegir sus autoridades; y de conformidad con las leyes fundamentales del Estado, a dictar una Carta Orgánica que establezca su organización política-administrativa y fije el límite del ejercicio de sus propias facultades, debidamente garantizadas por la Constitución Nacional en los aspectos políticos, administrativos y económicos.

Nuestra Carta Fundamental establece la existencia de tres niveles de gobierno; el central o gobierno nacional, que es soberano; el provincial o de provincia, que es autónomo; y el municipal como tercer orden de gobierno.

No obstante, existen hoy, a pesar del nuevo art. 123 de la Constitución Nacional, autores que sostienen que el municipio no puede ser autónomo, pues es puramente administrativo y por lo tanto es autárquico.

Existen otras corrientes que entienden desde hace ya muchos años, como los Dres. Adolfo Korn Villafañe y Tomás Diego Bernard, de la Escuela Municipal de La Plata, que los municipios no son simples entidades administrativas, sino entidades de naturaleza política y que participan del gobierno de la nación y de las provincias como tercer orden o nivel, vale decir, como gobierno de los municipios.

Congresos Interamericanos

En lo que respecta a la divulgación que encontró el concepto de autonomía municipal a lo largo de los años, debemos reconocer que fueron y son los Congresos internacionales de municipios los que contribuyeron eficazmente a dicho cometido, pudiendo mencionarse entre los más importantes los siguientes:

1º) Primer Congreso Panamericano de Municipios: se efectuó en La Habana en el año 1938 y formuló recomendaciones sobre la autonomía municipal, entre las que encontramos: "Considera conveniente asegurar constitucionalmente el principio de autonomía municipal, garantizando de un modo especial la efectividad de sus gobernantes, la libre percepción e inversión de sus rentas dentro de su propia esfera administrativa y financiera, el control jurisdiccional de sus decisiones y la facultad de iniciativa y de acción en todo lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas locales".

2º) Cuarta Reunión del Congreso Interamericano de Municipios: se realizó en la ciudad de Montevideo en 1953 y se declaró

a) que la autonomía municipal se caracteriza por el reconocimiento en la Constitución Nacional: I) De la autonomía política fundada en los principios democráticos. II) De la capacidad financiera con recursos adecuados para el cumplimiento de sus fines y III) De la administración propia de los servicios públicos locales.

b) que el derecho y competencia de los gobiernos locales deba emanar del poder constituyente municipal reconocido en la Carta Fundamental del Estado. La Constitución Nacional debe establecer la atribución de los municipios para dictar su propia ley fundamental.

3º) Sexto Congreso Interamericano de Municipios: se llevó a cabo en Panamá en el año 1956, reiterándose principios autonomistas y expresándose que

"... los municipios nacieron y viven por imperativos sociales y económicos con miras a una mayor valorización del hombre y las comunidades, para procurar mejores condiciones de civilización y bienestar. El municipio es un grupo natural de sociedad, constituido por un conjunto de familias y organizado como una entidad política que debe ser reconocida y garantizada por el orden jurídico. En consecuencia, es aplicable al municipio el principio universal del orden político según el cual no puede haber autonomía sin autosuficiencia económica. Por ello, la autonomía jurídica sin autosuficiencia económica, o ésta sin aquélla, crean una forzada situación de equilibrio social. Toda autonomía sin suficiencia económica resulta condenada a desaparecer e igualmente, la existencia de comunidades locales autosuficientes desprovistas de autonomía produce una tensión social incompatible con la normal vida de los pueblos".

La Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal

La creación de la "OICI"

La filosofía intermunicipalista fue la que motivó sendas resoluciones en la V y VI Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebradas respectivamente en Santiago de Chile y La Habana en

los años 1923 y 1928. En virtud de ambas, diez años más tarde se creó la OICI durante el I Congreso Panamericano de Municipios, celebrado en La Habana durante los días 14 a 18 de Noviembre de 1938.

La resolución número 70, adoptada por el aludido Congreso, acordaba la creación de una asociación hemisférica de cooperación intermunicipal permanente que posteriormente se denominaría "Organización Interamericana de Cooperación Intermunicipal" (OICI). En el I Congreso Extraordinario de Montevideo de 1976, en consideración a la presencia de municipios españoles, brasileños y portugueses como miembros de número de la Organización, se cambió el término Interamericano por el de Iberoamericano. En sentido análogo, se modificó la denominación Congreso Interamericano por Congreso Iberoamericano desde la edición número 22 de Valladolid en 1992.

Objetivos

1. Contribuir al desarrollo, fortalecimiento y autonomía de los municipios.
2. Defender la democracia de la esfera local.
3. Promover la incorporación efectiva de las administraciones locales en el proceso de desarrollo de sus respectivos países.

Actividades

- A. Actuar como centro de difusión, estímulo e intercambio de estudios, ideas, experiencias y asistencia técnica.
- B. Promover el mutuo entendimiento, cooperación y buena vecindad entre los gobiernos municipales de los países miembros.
- C. Estimular el establecimiento de institutos nacionales e internacionales de administración municipal y de enseñanza de las técnicas de gobierno y de administración en dicha materia.
- D. Fomentar la participación e interpretación más directa de la comunidad en los asuntos de la vida local, promoviendo la mayor democratización en la organización y funcionamiento de las Administraciones locales.
- E. Prestar asistencia técnica en materia municipal a los miembros de la Organización.
- F. Promover la organización de Asociaciones Nacionales de Municipios y Asociaciones Técnicas en el área municipal en los países miembros.
- G. Celebrar periódicamente congresos, conferencias y seminarios nacionales e internacionales sobre temas municipales.
- H. Promover los mecanismos correspondientes para que todos los países latinoamericanos formen parte de la OICI.

Los Congresos de Municipios

Después del II Congreso Interamericano de Municipios celebrado en Santiago de Chile en 1941, se produjo el paréntesis obligado de la II Guerra Mundial, que impidió en la práctica la realización inmediata de actividades hasta el III Congreso que tuvo lugar en Nueva Orleans. Desde entonces se han celebrado aproximadamente veinticinco, de los cuales citaremos algunos a modo de ejemplo:

- I (Extraordinario) 1976 Montevideo
- XVI 1978 Cartagena de Indias
- XVII 1 1980 Montevideo
- XVIII 1984 Aracajú (Sergipe-Brasil)
- II (Extraordinario) 1985 Granada

- XIX 1988 Guadalajara (México)
- XX 1990 Caracas
- XXI 1992 Valladolid (España)
- XXII 1994 La Plata (Argentina)
- XXIII 1996 Lisboa
- XXIV 1998 Guadalajara (España)
- III (Extraordinario) 2000 Salvador de Bahía (Brasil)
- XXV 2001 Guadalajara (México)
- XXVI 2004 Valladolid (España)
- XXVII 2008 Cancún (México)
- XXVIII 2010 Lima (Perú)
- XXIX 2012 Cádiz (España)

La Carta de la Autonomía Local fue aprobada en el XX Congreso de Municipios de Caracas, se ratificó en el de Valladolid en 1992. Este congreso celebrado en Julio de 1992, fue la gran manifestación del municipalismo en un año tan significativo cargado de conmemoraciones. La OICI no podía dejar pasar una ocasión de tal importancia para reunir alcaldes, concejales, profesores y especialistas de uno y otro lado del océano para intercambiar experiencias, opiniones y tomar acuerdos que sentasen las bases del comportamiento municipalista. Gran importancia tuvo la “Declaración Final del XXIII Congreso Iberoamericano de la OICI a la Cumbre de Jefes de Estado Iberoamericanos”, documento aprobado el 23 de Octubre de 1996 en Lisboa. Se dirigió a la VI Cumbre que se reunió días después en Chile, haciéndose eco en discursos y comunicados de la necesidad de Municipios autónomos y de la incorporación de los ciudadanos a su gobierno.

Relaciones con otros organismos

La OICI tiene su sede en el edificio situado en el viejo Madrid, propiedad de la Federación Española de Municipios y Provincias desde 1988, pero la participación de esta asociación en la OICI se remonta a 1985. Desde entonces no faltó su apoyo y su concurso, incrementado notablemente a partir de 1989. Esta colaboración se ha plasmado en la mayoría de las actividades de la OICI en América y Portugal y a la recíproca en las de la FEMP en estos países, teniendo siempre en cuenta las características especiales de cada asociación, así como respetando escrupulosamente su autonomía y campo de acción.

Durante el período transcurrido, la OICI ha continuado instalada en el edificio sede de la FEMP, la cual desde 1989 presta apoyo logístico, despachos, material, comunicaciones, personal, etc., lo que supone una valiosa e inestimable aportación al sostenimiento de la OICI, ya que la fragilidad de esas entidades sólo puede compensarse cuando existen otras organizaciones nacionales que las apoyan. El apoyo de la FEMP a la OICI se traduce, también, en la existencia de un punto de referencia fijo en España para el municipalismo iberoamericano, que está sirviendo de modelo a otras iniciativas que tratan de crear un lugar común en el ámbito municipalista; citaremos: Coimbra (sede de la Asociación Nacional de Municipios Portugueses), Guadalajara (México), Caracas y La Plata momentáneamente, esperando la apertura de otros nuevos.

También el Instituto Nacional de Administración Pública, heredero del Instituto de Estudios de la Administración Local, participa en Seminarios, Simposios, etc., manteniendo una relación de reciprocidad con la OICI.

Muy importante fue la incorporación de la OICI en 1993 de los municipios portugueses y principalmente de su Asociación Nacional de Municipios (ANMP).

Con ello se dio un importante paso en la universalización de la OICI, ya que supuso completar su composición con la concurrencia de los municipios de un país del que durante años habíamos añorado su presencia.

Los convenios de colaboración

Desde 1985 los Consejos directivos consideraron la dificultad que suponía para la OICI la falta de continuidad en sus puestos de los electos locales iberoamericanos, incluso en muchas ocasiones, los períodos de mandato no superaban los dos años, situación corregida en diversos países con la introducción de reformas en la legislación municipal; respecto a los políticos era frecuente que su paso por la administración municipal fuera previo a otras responsabilidades en los niveles políticos más altos. Las consecuencias de esta situación resultaban negativas para la estabilidad de la OICI y por esta razón, no era extraño en 1985, la pérdida de la memoria histórica que existía en las municipalidades iberoamericanas sobre la OICI pese a su ejecutoria y veteranía.

La integración en un solo cuerpo doctrinal de las experiencias de los electos locales y de las aportaciones científicas de los profesores universitarios se ha convertido en un criterio habitual a la hora de organizar congresos y encuentros; incluso en el XXI Congreso Iberoamericano de Municipios, celebrado en Valladolid en 1992, se aprobó una propuesta en la que se recomendaba a los municipios que estableciesen “vínculos permanentes con otra institución de abolengo como es la Universidad para producir los cambios y adaptaciones que las sociedad demanda con una base científica cierta”. Fruto de tales criterios, los Convenios con Universidades existentes en la actualidad son:

Universidad Simón Bolívar (Caracas - VENEZUELA)

Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza - ARGENTINA)

Universidad de los Andes (Mérida - VENEZUELA)

Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario (Bogotá - COLOMBIA)

Universidad Carlos III (Madrid - ESPAÑA)

Universidad de Sevilla (Sevilla - ESPAÑA)

Universidad de Almería (Almería - ESPAÑA)

Universidad Nacional de la Plata (La Plata - ARGENTINA)

Universidad Latinoamericana y del Caribe (Caracas - Sao Paulo)

Universidad de Alcalá de Henares (ESPAÑA)

Universidad de Valladolid (ESPAÑA)

Universidad de Guadalajara (Jalisco - MEXICO) *en trámite*

Universidad Nacional de Rosario (Rosario - ARGENTINA) *en trámite*

Universidad Católica del Táchira (Venezuela)

Caja Rural del Duero (Valladolid - ESPAÑA)

Las actividades

Cuando en 1985 el nuevo equipo de municipalistas se hizo cargo de la OICI, además de la reorganización de la Secretaría General y la Tesorería, se plantearon varios objetivos tratando de superar la inercia de la celebración de un Congreso cada dos años. En primer lugar tenía que funcionar realmente el Consejo Directivo, verdadero órgano de gobierno intercongresal, con reuniones periódicas, coincidiendo con la celebración de algún encuentro, seminario o actividad.

Un segundo paso era la adaptación de los Estatutos a las necesidades actuales, sin renunciar a ninguno de los principios inspiradores de gran validez en nuestros días. Además había que proceder a la normalización de conceptos, producto de anteriores modificaciones. La reforma estatutaria se abordó en el XXII Congreso Iberoamericano de Municipios celebrado en La Plata en Octubre de 1994. El texto aprobado en aquella ocasión es el que se encuentra en vigor, fue ratificada en el XXIII Congreso celebrado en Lisboa.

Paralelamente se elaboraron programas anuales de actividades de la OICI, publicados en la revista Carta Local y dirigidas hacia los temas más preocupantes para los municipios miembros como: medio ambiente, servicios públicos, el turismo como factor de desarrollo local, la financiación, la autonomía municipal, los problemas de la descentralización, la capacitación de funcionarios públicos, el planteamiento urbano, etc.

Las publicaciones

Otro punto de gran trascendencia ha sido la publicación de las actividades de la OICI. Los libros de los Congresos de Municipios, recogen las actas de los mismos, con las ponencias, el contenido doctrinal y el debate interno de la Organización en sus asambleas. Inicialmente, su publicación estuvo a cargo del Instituto de Estudios de Administración Local de España, con una nómina que se abre en el XIV: Congreso de Málaga en 1972 y sigue con los de Santiago (1975), I Extraordinario de Montevideo (1976), Cartagena de Indias (1978), Montevideo (1980), II Extraordinario de Granada (1985). A partir de esa fecha la entidad coeditora ha sido la Federación Española de Municipios y Provincias con los de Caracas (1990), Valladolid (1992), La Plata (1994) y Lisboa (1996), Guadalajara España (1998), Guadalajara México (2001), Cancún México (2008), Lima Perú (2010), Cádiz España (2012).

Seminarios y eventos

“Turismo Rural”, Segovia 1993, coeditado con la Diputación Provincial de Segovia, la FEMP

VI Simposio Iberoamericano sobre Medio Ambiente y Municipio Sevilla 1994, con la Diputación Provincial de Sevilla.

I Seminario Iberoamericano sobre Mancomunidades 1996 con la Junta de Castilla y León y la Diputación Provincial de Segovia.

VII Simposio Iberoamericano sobre Medio Ambiente y Municipio. Con CIEPROL (Venezuela).

Autonomías Locales, Descentralización y Vertebración del Estado, 1998, coeditada por la Universidad Carlos III, IFEDEC (Venezuela) y la Secretaría de Estado de Cooperación.

Patrimonio Artístico, 2000, coeditado con el Ayuntamiento de Valladolid y la Caja Rural del Duero

Municipio Rural y Desarrollo Local, 2002 Con las mismas entidades.

En prensa Ordenación del Territorio y Desarrollo sostenible, encuentro realizado en 2003 También con el Ayuntamiento y la Caja Rural del Duero.

Desde el mes de Marzo de 1997, se publican con periodicidad cuatrimestral, bajo los auspicios de la FEMP, los “Cuadernos de la OICI”, órgano de opinión y difusión de su actividad municipalista iberoamericana, la OICI, experiencias municipalistas, entrevistas y opinión, han aparecido hasta la fecha varios números.

Esperando que se consolide en los próximos años como la publicación más completa del municipalismo iberoamericano.

VIII. Bibliografía

ALBERDI, Juan Bautista (1914). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Francisco Cruz.

(2002). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

BAUZA, Salvador Eduardo (1968). *Autonomía municipal: Actualidad y vigencia*. Rawson: [s.n.]

BERNARD, Tomás Diego (1976). *Régimen municipal argentino*. Buenos Aires: Depalma.

BIDART CAMPOS, Germán (1964). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar.

DANA MONTAÑO, Salvador M. (1939). *El problema de la autonomía municipal*. Buenos Aires: [s.n.]

GNECCO, Jorge (1973). "El gobierno comunal en el derecho municipal comparado", En: *Curso de Municipalismo*. La Plata: UCA

GRECA, Alcides (1943). *Democracia y eficacia en el gobierno municipal*. Santa Fe: [s.n.]

MASSOLO, Héctor C. (1983). *El municipio argentino: Naturaleza jurídica*. La Plata: Universidad Notarial Argentina. Instituto de Derecho Municipal y Urbanismo.

Derecho Romano

Sobre la enseñanza del Derecho Romano

POR **GASTÓN LEANDRO MEDINA** (*)

Sumario: I. Prólogo personal. — II. Fin y método de la educación moderna. — III. Un proceso fatal. — IV. Estudio y enseñanza del Derecho Romano. — V. Conclusión. — VI. Bibliografía.

Resumen:

Las consideraciones críticas sobre la enseñanza moderna y actual del Derecho Romano, vertidas en el presente trabajo, pueden ser aplicadas al estudio del Derecho en general, toda vez que la problemática que se atribuye al modo o forma de conocimiento del fenómeno jurídico es, en rigor de verdad, un asunto de conciencia jurídica.

Como signo inconfundible de decadencia cultural, el racionalismo ha alcanzado tal nivel de consagración en la historia de la educación general en Occidente, que se ha convertido más que en método de estudio, en forma de pensamiento; en el modo como nuestra conciencia se expresa, desea, cree, siente y valora.

El presente estudio, tratará de sentar algún indicio o sospecha, sobre la necesidad de un cambio de paradigma en torno al método dialéctico racionalista aplicado en la enseñanza del Derecho Romano, que conlleve el alejamiento insoslayable de esa forma de pensar la realidad basada en los silogismos de la pura razón, so riesgo de perder el último resabio de antigüedad, y con ello, quizá, el último aliento de humanidad.

Palabras clave: estudio, método, derecho romano.

ON THE TEACHING OF ROMAN LAW

Abstract:

The critical considerations on modern and contemporary teaching of Roman law, expressed in this work can be applied to the study of law in general, since the problem is attributed to the mode or form of knowledge of the legal phenomenon is, strictly indeed, a matter of legal awareness.

As unmistakable sign of cultural decadence, rationalism has reached such a level of dedication in the history of general education in the West, which has become more than study method, in the form of thought in how our consciousness is expressed, want, think, feel and value.

This study will seek to establish any indication or suspicion, on the need for a paradigm shift around the rationalist dialectic method applied in the teaching of Roman law, which involves the removal of that inescapable reality mindset based on syllogisms of pure reason, or risk losing the last remnant of antiquity, and thus, perhaps, the last breath of humanity.

Keywords: study, method, Roman law.

I. Prólogo personal

Debo confesar, previo a todo, que las presentes líneas que auto-preludio, carecen con seguridad del apoyo de mis colegas más cercanos, y con no menos certeza, de la complicidad del colectivo docente en general.

(*) Docente de Derecho Romano, Cátedra III. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

La presente constituye una prieta crítica que nos toca de cerca y pone de manifiesto nuestra propia incompetencia, frente a las exigencias y el nivel de compromiso que implica un cambio necesario en el método de enseñanza en general y, en lo que nos atañe, en el impartido a nivel universitario.

Es que somos parte del sistema, colaboradores entrañables del mismo, pero, asimismo, somos víctimas al igual que los destinatarios últimos de sus frutos, los estudiantes.

Y ello, toda vez que el racionalismo ha alcanzado tal nivel de consagración en la historia de la educación general que se ha convertido más que en método de estudio, en forma de pensamiento, en el modo como nuestra conciencia se expresa, desea, cree, siente, valora.

Sentado ello, debo -asimismo- confesar que el presente trabajo no goza de la sistematicidad ni del rigor científico esperados, siendo con seguridad, el resultado de una profunda intuición personal que se me ha manifestado como una obsesión desde hace algunos años cuando me inicié en la práctica docente universitaria como profesor de Derecho Romano: Es la idea de que la educación racionalista, al servicio de la moral mercantilista moderna, resulta contraria a la felicidad de los hombres, al desarrollo pleno de sus fuerzas físicas y espirituales.

Así, el presente trabajo de prospección, tratará de sentar algún indicio, alguna sospecha, sobre la necesidad de un cambio de paradigma en torno al método dialéctico racionalista de enseñanza, lo cual supone previamente, un insoslayable cambio cultural.

II. Fin y método de la educación moderna

Si concurriéramos en la actualidad a cualquier clase, de cualquier materia, en cualquier universidad de esta parte del orbe, seríamos testigos de la misma escena: Entre los actores encontraríamos a un docente y varios alumnos que forman un mismo grado o nivel de aprendizaje.

El sistema, sin dudas, será el “simultáneo”, caracterizado por la enseñanza sincrónica; donde los alumnos incorporan al unísono un mismo contenido.

La uniformidad del conocimiento es una de las herramientas centrales de este método, cuyo origen se remonta al siglo XVII, con Comenius y su “Didáctica Magna”, y su consagración al siglo XIX, desarrollándose con eficacia admirable desde entonces hasta la actualidad. Un mismo maestro, equivale a un mismo libro.

De modo tal que la finalidad ulterior de los sistemas educativos modernos, que nos es otra, que la formación de ciudadanos, es decir, de sujetos con la capacidad intelectual y moral para vivir en la sociedad burguesa capitalista -conciencia ciudadana-, quedará eficazmente asegurada mediante el control de los contenidos curriculares.

Dicho control sustancial -de contenidos- también se ha dado, de modo no menos intenso, en un aspecto formal, en los niveles de la educación primaria y secundaria, mediante la incorporación de reglas de conducta, de hábitos, por cierto, burgueses.

En este sentido, las reglas sistematizadas por Jean Baptiste La Salle (1651-1719) precursor del método, son reglas de conducta, más que contenido de conocimiento, lo cual pone de manifiesto la genuina utilidad buscada en la educación: Ser un eficaz instrumento de disciplinamiento colectivo, disuasivo subrepticio, canalizador de los proyectos particulares hacia el Ser social o interés general.

Hete aquí, la realización de los preceptos de la única revolución cultural, la burguesa, que implicó cambios paradigmáticos a nivel científico e industrial.

Lamentablemente, el sistema de enseñanza mutua, ideado por el genio Pestalozzi (1746-1804) y sistematizado por Bell y Lancáster y, más tarde, reformado por Herbart (1776-1881) bajo el nombre “Método global”, ha quedado en el olvido. Yace sepultado en las sombras de la simultaneidad propuesta por Comenio un siglo antes y, ahora, universalmente consolidada, aunque, desgraciadamente, al servicio de intereses económicos más que sociales o culturales.

A diferencia de éste, aquel método maestro -el mutuo- sí constituía un arte, más que una técnica. En él, la relación de autoridad se desarrollaba en forma espontánea y natural mediante la articulación colectiva y recíproca de los aprendices.

El propio Pestalozzi definió a la enseñanza como *“el arte de tender la mano a esa tendencia natural hacia su propio desarrollo (...) de poner en relación y en armonía las impresiones que han de grabarse en el niño en la graduación precisa del desarrollo de sus fuerzas”* (...), es decir, *“lo que conviene a cada edad del niño”* (Pestalozzi, Johann H, 1927:34).

Todo lo cual, coloca al maestro en el ejercicio de un rol social de vital importancia para el mantenimiento del Estado, desde sus mismas bases, siendo su función en el sistema educativo nacional, la de formar la conciencia ciudadana desde la más temprana edad escolar.

Durkheim, bien lo expresa al definir a la educación como una socialización metódica de las jóvenes generaciones, a cargo de las adultas y al preguntarse *“de qué puede servir imaginar una educación que sería mortal para la sociedad que la pusiera en práctica?”* (Durkheim, Émile. 1997:127).

Volviendo la mirada a aquella cotidiana escena universitaria con la cual comenzamos, la disposición de los agentes nos dice demasiado sobre el fin práctico enunciado y que hemos atribuido a ese método moderno.

Así, los “a-lumnos”, de la clase reciben los rayos del saber de su astro central: El docente. Será este “Sol” quien, dispuesto al frente de la escena ilumina en forma radial a aquellos con conocimientos pretendidamente absolutos.

Existe un ostensible uso de la autoridad del maestro, que excede la confianza en la veracidad de sus dichos, y se proyecta sobre una estructura jerárquica de poder, que autoriza una comparación entre el maestro y el Estado, y entre los alumnos y los súbditos de este.

Ello condice con una sociedad jerarquizada, que exigirá a sus ciudadanos la asimilación de dicha realidad sin la menor conjetura en contrario.

Esta disposición de los alumnos en el espacio áulico, es funcional al método simultáneo, toda vez que posibilita la centralización de la atención de ellos frente al docente y la sincronización del aprendizaje, siendo por consiguiente, funcional a sus fines.

En cuanto a la organización de la clase, habrá un aprovechamiento notable del tiempo, lo cual es coherente con la sobre-dimensión que la cultura moderna hace del mismo.

Así, en el mundo de hoy, como en el del siglo XIX, el precio de casi todos los bienes del mercado son traducibles según el *tiempo* de trabajo que requiera producirlos.

Asimismo, el simple transcurso del *tiempo* generará riqueza si se trata de inversiones financieras. Ello explica que el tiempo sea minuciosamente medido y apreciado.

Pero no solo la jornada escolar es regulada, también lo es la distribución de los alumnos en el espacio áulico, todo ello como medio de conseguir el orden.

De modo tal que, todo ello armonizado, se constituya en un eficaz instrumento de sometimiento mediante la inculcación de hábitos como el silencio, el orden y la disciplina, el trabajo obligatorio, la competición y, principalmente, la sumisión a los jefes-patronos o, lo que es igual, la docilidad o subordinación al capital.

La comparación del hábitat áulico con la sociedad moderna resulta insoslayable.

Crear buenos obreros, buenos ciudadanos, esa es la consigna.

El método, la educación racionalista, aquella que se basa en la lógica y los principios de la razón, como aquel que enseña a producir lo mismo con menos esfuerzo.

Por el contrario, aquel mutualismo fundamenta su relación de autoridad, en la ley humana y natural según la cual la mejor autoridad es la que vive internalizada en el grupo de estudiantes y se exteriorizada mediante el “auto-control” de los propios alumnos.

La autoridad circula entre ellos, fluye, quienes participan más activamente en el proceso educativo.

Lamentablemente, las bondades del sistema no fueron suficientes para convencer a la nueva sociedad industrial ni a su economía capitalista.

Y lo que podría creerse como propio de la educación primaria, también se desarrolla en los niveles secundarios y terciarios de enseñanza.

Ello se advierte, al conocer los altos índices de afiliación en las carreras denominadas formales: Economía, Derecho, Medicina, Ingeniería. Carreras, por cierto, con un alto grado de funcionalidad al sistema y con un alto nivel de financiamiento por parte de los Estados.

Las características hasta aquí descritas, responden a condiciones seculares gestadas por los dos siglos precedentes al XIX, entre las que podemos señalar las siguientes:

Desde el aspecto político, en el siglo XIX ya ha triunfado la idea del progreso social mediante el cambio político y la educación del pueblo soberano -titular del poder político- en detrimento de la idea de autoridad divina como fuente de toda organización del poder en el mundo.

Por su parte, las tendencias de pensamiento vigentes durante este siglo, son consecuencia del movimiento iluminista desarrollado desde el siglo anterior, que se constituyó como un fenómeno integral fruto de la crisis de la cultura feudal.

Pero retomemos ahora la línea histórica emprendida.

La revolución de 1789, con la declaración de sus principios republicanos y liberales, y el empirismo sensible de Bacon, Rousseau, Voltaire, Newton y Locke, entre otros, respectivamente, son ejemplo claro de ello.

Asimismo, mediante Newton se consolida la idea mecanicista de la naturaleza, bien recibida por la Iglesia de aquella época, por ser compatible con la existencia de Dios, ya que el reloj supone al relojero.

Newton representa la síntesis entre dos corrientes antagónicas de pensamiento, el empirismo baconiano y el racionalismo cartesiano, pretendiendo ser la síntesis superadora entre ambas que ejercerá influencia sobre todo el siglo XIX.

Así, durante este siglo, el “nuevo hombre”, aquel “Ser” pensado y moldeado por la moral de mercado, para venir a reinar en la nueva era moderna, finalmente encontrará su prototipo: Un “Ser” racional, calculador, materialista y, por sobre todas las cosas, individualista y amante de la certeza. Un “Ser” preocupado en descifrar la estructura matemática, mecánica y causalista de la naturaleza, más que las necesidades de su espíritu.

Pero faltaba todavía un logro mayor: la masificación de esa “*mens*” moderna, mediante una política educativa definida y caracterizada por un sentir laico y universal.

La educación habíase convertido en una cuestión de Estado, que ahora, sería la nueva superestructura política de autoridad, como fuera otrora -durante la Edad Media- la Iglesia, pero con la común condición, de ser ambas relaciones de autoridad ideadas sobre una ficción intelectual que Rousseau denominará “Pacto Social”. Nace así, la mayor abstracción moderna: El “Ser Social”.

Idea, elaborada sobre la base de la conciencia social y supraindividual, que sólo podrá lograrse mediante una disciplina rigurosa aplicada en la escolarización popular y elemental.

Sin embargo, como suele ocurrir, las políticas educativas quedarán subsumidas al desarrollo económico y al incremento de la riqueza durante todo el siglo en cuestión.

Ello explica por qué el analfabetismo fue el caro precio que debió pagar la mayor potencia industrializada del siglo, Inglaterra, en donde la escuela fabril, no fue más que el cumplimiento de una pura formalidad impuesta por la ley de la sociedad industrial.

Asimismo, a partir del siglo XIX, se realizarán aquellos principios revolucionarios, que no son otros que los de la moral burguesa, y se intensificará su típico sistema de producción, el capitalismo que ahondará las diferencias sociales y se alejará de la igualdad y justicia social proclamados por la revolución burguesa de la primera hora.

Hete aquí, las raíces históricas del programa social-pedagógico del siglo decimonono, cuyo fin último será crear hábitos de vida, un modo de vida, una forma de pensar y de conciencia, un sentir funcional al mantenimiento y conservación del Estado, a su sistema económico de producción y a su constitución político-social.

Finalmente, cabe señalar que dicho modelo sigue vigente, desarrollando sus fuerzas cada vez con mayor intensidad sobre el colectivo social, a través de esa peculiar forma de pensar basada en los silogismos de la pura razón.

III. Un proceso fatal

La enseñanza, considerada como proceso de socialización o facticidad social del individuo es, ciertamente, un proceso fatídico, en el sentido de pérdida o finalización.

Si bien, el hombre, en ese derrotero educativo se adapta al *ethos* social de ciudadano, es decir, a un nuevo status y rol de hombre moderno, con derechos y deberes implícitos y explícitos, ello no borrará su sensación de orfandad o pérdida, de lo que adolecerá siempre.

En qué consiste entontes esa ausencia, ese vacío. Nos explicamos:

Lo hayamos, creemos, en la ajenidad de conciencia a la que es sometido el hombre nuevo en el proceso institucionalizado de enseñanza y aprendizaje _modelo moderno_; en la separación, siempre temprana e inhumana, de su mente y su alma; en el extrañamiento con los profundos temores y deseos de su alma; en el desconocimiento de su propia conciencia, es decir, de sí mismo.

Como si el hombre nuevo, requeriría, para su configuración suprema, desarraigarse de su propia naturaleza, de su propio "Ser", para enlistarse en las filas del "Ser Social" y sus apetitos.

Y así, desplacitado, camina el Hombre moderno por el mundo, errante y moribundo, entre la vida y la muerte, a medio morir... enajenado.

Cuántas cosas sagradas nos han sido arrancadas de nuestro puño apretado, desde que el hombre es Hombre!

Hemos ganado algo, es cierto, seremos al final buenos ciudadanos y obreros; buenos estudiantes y padres de familia.

Nos habremos ganado la coronación cultural de nuestro tiempo, es cierto, y sentiremos el tranquilo letargo que sucede al placer del deber cumplido, pero también el moribundo siente un gran alivio físico al morir, luego de una cruenta y larga agonía, a costa de perder su cuerpo para siempre.

La enseñanza moderna, al servicio exclusivo de las exigencias del mercado, constituye un proceso fatal, en el que la angustia es el resultado de la desvinculación de nuestra mente con nuestra conciencia o, mejor dicho, con nuestra alma.

Y así, como el miembro de una sociedad primitiva, que marca para siempre en su piel, las huellas de su pertenencia al grupo en condiciones de igualdad, el hombre civilizado, lleva en su memoria dura, los estigmas de aquella penosa y forzada muerte, dando lugar a la reducción artificial y coactiva de su sagrada conciencia, esto es, a la formación del inconsciente, como síntoma patológico de la ajenidad de conciencia impuesta por aquel advertido proceso de enseñanza basado en la razón pura.

Y esto no significa, bajo ningún concepto, el rechazo absoluto e in limine de la utilidad de los saberes científicos, en relación al ámbito de aplicación de la realidad que les pertenezca, sino que, lo que en síntesis se critica, es la extralimitación de esa forma científica de conocimiento sobre otras esferas de la realidad, como por caso sobre nuestras valoraciones, sentimiento y preferencias axiológicas; sobre nuestra íntima conciencia; o sobre los ideales siempre presentes detrás de la formación y aplicación del Derecho.

Y ese “inconsciente”, revela la fuerza incontrastable de la naturaleza. Como si el alma se resistiera con uñas y dientes, desde el interior de sus entrañas, a la propia muerte.

Me viene al final el recuerdo de una frase universal: “*Conócete a ti mismo y conocerás a los dioses y al universo*”. (1)

IV. Estudio y enseñanza del Derecho Romano

Mi modesta experiencia docente al frente de cursos promocionales de Derecho Romano en distintas Universidades, ha generado en nosotros dudas razonables -que este trabajo pretende esclarecer- sobre la presencia de un enemigo invisible de consecuencias nefastas en las jóvenes generaciones de estudiantes, quienes arrastran consigo, sin saberlo, sin siquiera sospecharlo, un vicio redhibitorio -oculto- de su consciencia.

Un modo de ver y de apreciar la vida, una manera de pensar y, lo peor, de sentir y valorar.

Me refiero al racionalismo como modo de la conciencia burguesa en la modernidad.

La derrota en la batalla contra dicho flagelo parece previsible, en cuanto advertimos que dicho vicio también nos afecta a nosotros, los docentes y, lo que es peor, con el mismo grado de inconsciencia; siendo lícito atribuir la presente confesión a un esporádico intervalo de lucidez.

De modo tal, que la pretendida misión de alcanzar un cambio paradigmático en el modo de enseñar, de transmitir y aprehender conocimiento, exige, necesariamente y con carácter previo, una modificación en el modo de pensar y de sentir las cosas del mundo.

En dicho desafío, me he valido de la iniciativa de enseñar los contenidos curriculares de la materia que enseñé, desde el genuino sentir del pueblo romano, es decir, desde la “*mens*” del hombre antiguo.

Desde esa óptica -que podríamos mal llamar “romántica”- no todo necesita ser explicado para tener sentido o tenerse por cierto, porque la verdad no se identifica con “lo” ciertamente conocido, sino con “lo” intuitivo, “lo” sentido, “lo” percibido, que será tomado como real, aunque no pueda ser cabalmente entendido por nuestro intelecto ni respete la ley de la causalidad; aunque en el fondo ni siquiera pueda ser explicado, esto es, no pueda ser captado por el “único” canal de conocimiento “serio”: la razón.

Así, conceptos tales como “energía”, “ritos”, “magia”, “espíritus”, “honor”, “manus”; “fides”, “plenitud”, “divinidad”, “conjuros”, “augurios”, “fuerzas”, cobrarán existencia ontológica como objetos serios y necesarios de conocimiento; desempolvando sus gastadas vestiduras en el cajón de los recuerdos al que habían sido condenados por la cultura racionalista moderna.

He encontrando en la materia que enseñé, la excusa adecuada y procedente para discurrir sobre dichos conceptos desde una óptica alejada del racionalismo y del positivismo científicista modernos.

No obstante resultar -sólo a primera vista- dichos términos tan extraños a la enseñanza del Derecho son, sin embargo, inherentes a la cultura antigua, y su estudio se erige en necesidad imperiosa, so riesgo de promocionar el curso sin beber del genuino sentir romano.

(1) Frase atribuida al poeta Píndaro que, según leyenda, figuraba tallada sobre el pórtico de la puerta de entrada del templo de Zeus, en Atenas.

El cambio propuesto, me embarcó en la ardua tarea de re-significación de varios conceptos e institutos jurídicos romanos, alejándome en muchos casos, del significado tradicional de conceptos, hechos y costumbres, seguidos por la moderna romanística.

Así, por ejemplo, tuve que enseñar que el verdadero sentido de los ritos jurídicos empleados por el derecho romano más antiguo, residía en una profunda creencia en la magia y sus efectos benefactores.

Por caso, tuve que hacerles ver que la esencia del vínculo familiar (*ad-gnatio*) entre los integrantes de una misma “gens” o “clan” era de índole esencialmente religioso y consistía en la profesión de un culto doméstico (*Sacra Privata*) común, que implicaba compartir los mismos dioses ancestrales.

Tuve, asimismo, que dejar en claro la importancia del valor histórico de la familia romana, la idea de la familia perpetua e indivisible que obraba en su seno y que hoy es tan sólo un sórdido eco en el olvido.

Les dije, también, que la relación de autoridad del sistema jurídico romano, de la ley romana -ya oral, ya escrita- se basaba en la natural y esperada eficacia coactiva que deriva de los entrañables lazos de familia, ya que los dioses familiares eran los ancestros (*lares, manes, penates, genius*); de modo que, la regla social, era cumplida con el mismo espontáneo acatamiento como se respetan los consejos de nuestros abuelos que, conservados como genuinos tesoros, son transmitidos en forma oral de generación en generación.

Asimismo, me ví en la necesidad de dejar en claro, que para el sentir del hombre antiguo, todo giraba en torno a una cosmovisión que integraba al Hombre, la tierra, los Dioses y el cielo, y en la que el primero tenía el deber sagrado de respetar en su obrar (*labor improbus*) la dialéctica y armónica relación entre las partes del todo.

Estado de equilibrio que los romanos llamaban Paz (*Pax*). Que tamaña belleza, era significada por el antiguo vocablo latino “*Res*” que sintetiza la cosmovisión latina que, al considerar a la realidad como una unidad armónica, integradora, en donde el equilibrio de las fuerzas se basa en el respeto de cada “parte” al “todo”, se erige como auténtica cosmovisión ecológica del mundo, hoy hecha sombra.

Tuve que enseñarles también, que la cultura moderna es contraria a esa cosmovisión, ya que en ella se enseña a explotar a la naturaleza, a dominarla, a someterla al servicio de las necesidades culturales del hombre que son, por cierto, tan volátiles, tan contingentes y cambiantes como las necesidades del mercado.

Finalmente, les dije, que si de algo estaba seguro era de que en la modernidad el pacto de paz entre los Hombres y la Naturaleza estaba roto y que dicho estado de cosas resultaba impensable en la cultura antigua.

En este orden, lo expresa el maestro Alfredo Di Pietro al citar, en sus célebres trabajos “*Iustissima Tellus*” (1965) y “*Homo Conditor*” (1980), a Spengler “(...) *El que cava y cultiva la tierra no pretende saquear la naturaleza, sino cambiarla. Plantar no significa tomar algo, sino producir algo. Pero al hacer esto, el hombre mismo se torna planta, es decir aldeano, arraigando en el suelo cultivado*”. (Spengler O, 1951:110).

Es este ideal agrícola en el que el poder se basa en el respeto de la naturaleza y la pequeñez de “lo humano”, el que también se repetirá en el ideal político, en relación al gobierno de la Civitas y sus autoridades, respectivamente.

Las palabras también hablan por sí mismas en la cultura jurídica moderna y son claras en resaltar la actual contradicción con aquel sentir.

Se habla así de “sujetos” y “objetos”, en lugar de “personas” y “cosas” como lo hacía la antigua. El binomio “sujeto-objeto”, etimológicamente se refiere a la situación de sujeción de alguien o algo a una autoridad externa que se impone de modo coactivo reflexivo, no espontáneo.

Ambos, son términos modernos, no antiguos, que suponen la sumisión de los hombres a la Ley y al Estado (*Sub- iectus*), o la de las cosas a los hombres (*ob- iectus*).

Surge coherente _en este orden_ hablar del individuo “al” servicio del Ser social, y de la naturaleza “al” servicio de la explotación para el Hombre.

Aquella sagrada Pax romana, ha sido, a las luces, reemplazada por una relación de autoridad basada en la fuerza coactiva de la ley, vaya a saber uno al servicio de qué intereses y por qué motivos.

Di Pietro (1965), con la lengua poética que caracteriza su pluma, nos enseña cuan ajena resulta al hombre moderno esta concepción del mundo y de las cosas, al decirnos que:

“(...) ha dejado de asimilada por el hombre occidental descendiente del viejo romano, hasta tal punto que para el actual hombre moderno este concepto se vuelve incomprensible. Es que hoy día el hombre ha perdido todo contacto con la Tierra, a la cual ha despreciado. Se ha encerrado en la Ciudad, pero esta Ciudad no tiene nada que ver con las fundadas por los romanos. Ya no son el receptáculo de los dioses ni están impregnados del sacro misterio de la labor humana dirigida al plano de lo divino. Por el contrario, son el resultado de las finanzas y del comercio. Mercado” (Di Pietro, Alfredo, 1965: 17).

Lo que más nos sorprende, es la reacción del alumnado al hablarle sobre la idea romana acerca del poder, la cual dista mucho de su denotación actual.

Los sistemas jurídicos modernos de tradición romanista, han tomado muchas nociones e ideas de la doctrina alemana de los siglos XVIII y XIX, muy influenciada por la teoría voluntarista y el individualismo iluminista.

De modo tal que la idea romana de “poder” -luego de atravesar dicho filtro- ha llegado tergiversada a nuestros días, de mano por caso, de grandes juristas como Savigny, a quien expresamente sigue Vélez en nuestro Código Civil.

La diferencia radica en que para los romanos el poder es una situación resultante de un rito mágico, de un pase de magia ancestral, algo así como un *estado objetivo de conocimiento*, en donde el verdadero “hacedor” son los dioses familiares, y el “autor” del rito, tan sólo un mero instrumento (médium) de comunicación con aquellos.

Por el contrario, la idea moderna de “poder”, atribuye éste al poder de la voluntad u otras virtudes del sujeto, siendo una visión individualista/voluntarista de aquel.

Para los romanos, el poder es algo objetivo, un estado (status) no dependiente del sujeto, sino que le es dado; *constituyendo un estado óptimo de energía ritual, de fuerza benefactora*, activada mediante el rito, e ininteligible pero sensible y real, de la que goza -aunque lo trascienda- por caso, el jefe de la familia (*pater familias*) en el ejercicio de su “*potestas*” dentro de la familia, o el mismo magistrado mayor, durante el ejercicio de su “*imperium*” en la República.

De este modo, el poder configura antes que un beneficio para su actor, un deber supremo impuesto por el orden de la Tradición y su eficaz fuerza vinculante, cuyo fin será el servicio del grupo, o de la comunidad, según el grado o nivel de la estructura social en que se ejerza. Así, el rol de Pater (primero, jefe), será una “carga-deber” más que un “beneficio-poder”.

Para el sentir del hombre antiguo -no solamente romano- el poder es “deber legal” más que “facultad subjetiva”, expresión por demás moderna e inapropiada para comprender la idea romana de poder.

El escenario descrito, representa una síntesis del estado actual de la cuestión y de los escollos innumerables que, en el ejercicio cotidiano de la docencia universitaria, debemos sortear so riesgo de la difusa pero siempre palpable sensación de estar enseñando otra materia.

V. Conclusión

Como siempre, guiado por una profunda intuición, creo que la enseñanza del genuino espíritu del derecho Romano, corre riesgo de perecimiento en un futuro no muy lejano. Todavía hoy, pende de un hilo, a través del incansable trabajo hermenéutico de grandes maestros nacionales como Di Pietro, Di Pietro (hijo), Lázaro, Ginés García, Ghirardi, Gabernet, Costa, Martín, Raimundo, Rinaldi, Alvarez, entre otros; quienes desde sus cátedras y con su vasta experiencia, forman alumnos en el auténtico sentir romano.

El futuro es, en el mejor de los casos, incierto.

Hemos llegado al final del camino y creemos adecuado recordar aquello que dijimos más arriba, cuando categóricamente expresamos: *“Y esto no significa, bajo ningún concepto, el rechazo absoluto e in limine de la utilidad de los saberes científicos, en relación al ámbito de aplicación de la realidad que les pertenezca, sino que, lo que en síntesis se critica, es la extralimitación de esa forma científica de conocimiento sobre otras esferas de la realidad, como por caso, sobre nuestras valoraciones, sentimiento y preferencias axiológicas; sobre nuestra íntima conciencia; o sobre los ideales siempre presentes detrás de la formación y aplicación del Derecho”*.

La enseñanza del derecho romano “modernizado” en las diversas Universidades del país continúa su malogrado derrotero, moribundo, afectado por una patología degenerativa y crónica. Por fortuna, como ha dicho Jorge Luis Borges, todavía Roma es *“aquel imperio que, a través de otras naciones y de otras lenguas, es todavía el Imperio”*; y esta idea garantiza la posibilidad de un futuro distinto que represente un cambio de paradigma en el estudio y enseñanza de esta rama tan vasta y germinal de la ciencia jurídica universal que fue, es y será el Derecho Romano.

Se erige así, como imperativo necesario, una nueva síntesis conceptual de la materia; una nueva comprensión global -cosmovisión- que tome como punto de partida y de llegada “lo colectivo” por sobre “lo individual”; “lo natural” por sobre “lo cultural”, lo “concreto” por sobre lo “abstracto”, lo “humano” por sobre todo aquello que no respete la regla “pro homini”, y contra todo aquello que no conlleve a “el deber” por sobre “el poder”; para podemos decir sin temor a equívocos, que somos un pueblo digno ser recordado.

VI. Bibliografía

- BOURDIEU, PIERRE (1998). *La esencia del neoliberalismo*, Cambridge, Polity Press.
- BOURDIEU, PIERRE, (1988). *Homo academicus*, Cambridge, Polity Press.
- BOWEN, JAMES (1992). “La educación y la ilustración: La revolución conceptual”, En *Historia de educación occidental*. Barcelona: Herder, T. III.
- COMENIUS (1986). *Didáctica Magna*. Madrid: Akal.
- DI PIETRO, ALFREDO (1980). *Homo Conditio*, En Revista “La Ciudad”. Buenos Aires.
- DI PIETRO, ALFREDO (1965). *Iustissima Tellus*, En Revista “Iustitia”, Buenos Aires.
- DUBY, GEORGE (1986). “La catedral, la ciudad, la escuela”, En *Europa en la Edad Media*. Barcelona: Paidós.
- DUBY, GEORGE (1997). “La época feudal”, En *Guerreros y campesinos. Desarrollo inicial de la economía europea. 500-1200*. México: Siglo XXI.
- DURKHEIM, ÉMILE (1992). “La Iglesia primitiva y la enseñanza”. En *Historia de la educación y de la pedagogía*. Madrid: La Piqueta.
- DURKHEIM, ÉMILE (1997). “La moral laica”, En *La educación moral*, Buenos Aires: Losada, 134-167.
- GRIMAL, PIERRE (2008). *La civilización romana*, Buenos Aires, Paidós.

HERBART, JOHANN FRIDRICH (1927). *Bosquejo para un curso de pedagogía*. Madrid: Ediciones de La Lectura.

HOBSBAWM, ERIC (1998). "Vista panorámica del siglo XX", En *Historia del siglo XX*. Buenos Aires: Mondadori.

HOBSBAWM, ERIC (2007). *Guerra y paz en el siglo XXI*. Barcelona: Ed. Crítica.

KROTSCH, CARLOS y OTROS (1993). *Universidad y Sistemas productivos*. Barcelona: Ed. Miño y Dávila.

LA SALLE, JEAN BAPTISTE (1720) "La conducta de las escuelas cristianas", En "*Selección de fuentes a cargo de Leandro Stagno*". Inédito.

LE GOF, JACQUES (1969). *La civilización del Occidente medieval*. Barcelona: Juventud, pp. 214.

LE GOFF, JACQUES (1986). "La función cultural", En *Mercaderes y banqueros en la Edad Media*. Buenos Aires: Eudeba.

LE GOFF, JACQUES (1996). "El siglo XIII. La madurez y sus problemas", En *Los intelectuales de la Edad Media*. Barcelona: Gedisa.

PESTALOZZI, JOHAN F (1835-1927). *Cómo Gertrudis enseña a sus hijos*. México: Porrúa, 1-26.

ROMANO, RUGGIERO (1981). "La crisis del siglo XIV", En *Los fundamentos del mundo moderno: Edad Media tardía, reforma, renacimiento*. Madrid: Siglo XXI.

SABATO, ERNESTO (1991). *Hombres y engranajes*. Buenos Aires: Seix Barral.

SPENGLER, OSWALD (1998). *La Decadencia de Occidente*. Madrid: Espasa libros. T. I-II.

Historia Constitucional

La difícil relación entre el Consejo de Regencia y las Cortes de Cádiz y la Revolución en el Río de La Plata: Rechazos e influencias

POR JUAN P. GARDINETTI (*)

Sumario: I. Introducción: La ilegitimidad del Consejo de Regencia según la perspectiva revolucionaria. — II. Las Cortes de Cádiz y el rechazo por la Revolución rioplatense. La cuestión de la desigual representación entre la Península y América. El rechazo formal. — III. Actitudes contradictorias. La recepción de la obra constitucional de Cádiz. Balance y conclusiones. — IV. Bibliografía utilizada.

Resumen

El cautiverio de Fernando VII, la imposición en el trono de José Bonaparte y la lucha del pueblo español por su liberación, enmarcan el fenómeno juntista en la Península. Todo ello tuvo repercusión en América, donde si bien inicialmente se acató la autoridad de la Junta Central de Sevilla, no ocurrió lo mismo respecto del Consejo de Regencia, creado por aquélla al disolverse, desconociéndose su legitimidad. Tampoco se reconoció la autoridad de las Cortes instaladas en Cádiz que desarrollaron una proficua labor legislativa y constituyente. La desigual representación entre peninsulares y americanos fue un argumento central. Sin embargo, y más allá del rechazo a esa corporación por los gobiernos revolucionarios, algunas de sus normas tuvieron repercusión en el Río de la Plata. Es tema debatido la influencia de la Constitución de 1812 en la Constitución histórica argentina: en este trabajo se concluirá que ella es mediata y limitada. Se trabajará con los documentos constitucionales españoles y rioplatenses y se efectuará un análisis en base a autores contemporáneos al proceso gaditano, utilizándose asimismo bibliografía reciente en la materia.

Palabras clave: Revolución rioplatense-Consejo de Regencia-Constitución de Cádiz

Résumé:

La captivité de *Fernando VII*, l'imposition au trône de Joseph Bonaparte et la lutte du peuple espagnol pour sa libération, encadrent le phénomène des juntes dans la Péninsule.

Tout cela a eu une répercussion au continent américain, où, même si au début l'autorité de la Junte Centrale de Séville a été respectée, finalement le Conseil de Régence, créé par celle-là au moment de sa dissolution, n'a pas suivi le même sort, puisque sa légitimité a été déniée. On n'a même pas reconnu l'autorité des *Cortes* de Cadix qui ont développé un ample travail législatif et constituant. La représentation inégale des espagnols et des personnes des vice-royaumes du continent américain en a été l'argument principal.

Pendant et au-delà du refus à cette corporation par les gouvernements révolutionnaires, quelques normes votées par les Cortes ont eu une répercussion au Río de la Plata. L'influence de la Constitution de 1812 dans la Constitution historique argentine est un sujet de débat: dans ce travail, on conclura qu'elle est médiata et limitée. On étudiera les documents constitutionnels espagnols et *rioplatenses* et on fera une analyse selon des auteurs contemporains du processus gaditain et aussi une bibliographie récente sur le sujet en question.

(*) Jefe de Trabajos Prácticos en Historia Constitucional, Cátedra II; Auxiliar Docente en Historia Constitucional, Cátedra III y Auxiliar Docente en Derecho Constitucional, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

Mots clés: Révolution au Río de la Plata- Conseil de Régence- Constitution de Cadix.

I. Introducción: La ilegitimidad del Consejo de Regencia según la perspectiva revolucionaria

1.- Al abordar el proceso revolucionario que estallara en mayo de 1810 en Buenos Aires, una pregunta inicial se impone: ¿por qué no se obedeció al Consejo de Regencia instalado en Cádiz cuando con anterioridad sí se había obedecido a la Junta Suprema Central de Sevilla? A ello se podría contestar: “La respuesta se puede articular en dos partes: la primera, tiene que ver con la legitimidad de la Junta Central; la segunda, con la cuestión de la intransferibilidad de los poderes de los integrantes de la corporación sevillana a la Regencia” [Gardinetti, 2010:54].

Completar con algún detenimiento la respuesta a este interrogante es un paso necesario e ineludible a efectos de enmarcar el rechazo que tanto la Regencia de Cádiz como las Cortes que sesionaron en dicha ciudad obtuvieron por parte del núcleo revolucionario rioplatense. En primer lugar, recordemos que los líderes revolucionarios van a insistir una y otra vez con el argumento del pacto histórico con la Corona castellana, como nexo y vínculo entre las Indias y aquélla. Para ello, rescatarán la Real Cédula de Carlos V de 1519, antecedente —junto a otros documentos regios— de la Ley 1º del Título 1º Libro III de la Recopilación de 1680 [López Díaz Valentín, 2010:426,429]. La consecuencia necesaria de la utilización de este argumento histórico y jurídico-político no era otra que —en la situación de ausencia y cautiverio del monarca legítimo— la suspensión de la eficacia del vínculo por la obvia imposibilidad del ejercicio del poder magestático, y la consiguiente retroversión de los derechos de la soberanía al pueblo o comunidad política en particular.

2.- Establecido ello, debemos pasar a analizar la cuestión atinente a la falta de reconocimiento y obediencia a la Regencia gaditana cuando anteriormente se había reconocido a la Junta Central. Y volvemos a recordar que la respuesta que se dé está íntimamente vinculada a la argumentación que se utilice por la dirigencia revolucionaria para negarle legitimidad y rechazar la autoridad de las Cortes Generales y Extraordinarias.

En este sentido, la respuesta fue ensayada por Moreno en sus célebres escritos publicados en la *Gazeta* de Buenos Aires entre los meses de octubre y diciembre de 1810 y que llevaron por título *El Congreso que acaba de convocarse, y la Constitución del estado*. Puntualmente, en el extenso artículo fechado el 2 de noviembre, el secretario del gobierno revolucionario instalado en Buenos Aires el 25 de mayo, decía:

“La disolución de la Junta Central (*que si no fue legítima en su origen, revistió al fin el carácter de soberanía por el posterior consentimiento, que prestó la América aunque sin libertad ni examen*) restituyó a los pueblos la plenitud de sus poderes, que nadie sino ellos mismos podía ejercer, desde que el cautiverio del Rey dejó acéfalo el reino, y sueltos los vínculos que lo constituían centro y cabeza del cuerpo social” (resaltado nuestro) [Moreno, 1810 (1946) a:119-120]

Surge con absoluta claridad que, en el pensamiento de Moreno, y en orden al pretendido gobierno de las Indias, la Junta sevillana adolecía de un defecto de legitimidad en su origen, defecto que se había subsanado *ex post*, con el propio reconocimiento y obediencia prestados por los americanos: en el caso puntual del Río de la Plata, por el acto de juramento prestado el día 8 de enero de 1809 y, más concretamente, por el acatamiento de la designación como virrey de Baltasar Hidalgo de Cisneros, aún con las tentativas patriotas (Belgrano, Castelli, Passo, Pueyrredón, Viamonte, Rodríguez Peña) de resistir dicho nombramiento.

Sin embargo, lo cierto es que la instalación de Cisneros en Buenos Aires al frente de su virreinato, desde fines de julio de 1809 —cargo en el que permanecerá por espacio de diez meses— resulta el dato objetivo acerca del acatamiento de la autoridad de la Junta Central, dándose —como lo alegaba Moreno— el revestimiento de legitimidad en el ejercicio del poder. Sin embargo, el avance de la ocupación francesa, los reveses militares y el descrédito en que había entrado este cuerpo, hizo que esa legitimidad precariamente adquirida se esfumara, “y ya no se podría remplazar la autoridad con un nuevo cuerpo que pretendiera representar la soberanía sin lograr el concurso activo de los pueblos americanos” [Gardinetti, 2010:55].

Cabe recordar aquí que en su instalación en Aranjuez en el mes de septiembre de 1808, la autodenominada Suprema Junta Central Gubernativa de España e Indias contaba con treinta y cinco vocales, representantes de los distintos reinos y provincias *de la Península*: dos diputados por cada una, salvo Canarias que contaba sólo con uno. Es decir, desde el inicio mismo, no se contaba con representación americana.

3.- Ahora bien, no obstante los términos —en principio cordiales— de la proclama del 22 de enero de 1809, la misma parece no haber sido dictada con sinceridad de propósitos, sino más bien como un instrumento destinado, por un lado, a obtener legitimación frente a los americanos al ofrecer “constituir parte de la Juan Central Gubernativa del reino, por medio de sus correspondientes diputados”, previniendo ideas autonomistas o separatistas y, por otro, para continuar recibiendo la vital ayuda económica americana para solventar los gastos de la guerra contra la ocupación napoleónica. Como prueba de esto, vemos que tiempo después, en respuesta a una consulta formulada por la Junta Central acerca de la *“Parte que deben tener las Américas en las Juntas de Cortes”*, el Ayuntamiento peninsular de Córdoba expresó que se concedía representación a los americanos “para empeñar a los habitantes de aquellas vastas regiones en la causa justa que defendemos, y proporcionarnos por este medio abundantes recursos con que sostenerla”; expresiones similares fueron vertidas por varios otros ayuntamientos españoles y algunos obispos en sus respuestas a la cuestión planteada [Pérez Guilhou, 1981:56]. (1)

4.- Ahora bien, la segunda parte de la respuesta que pretendemos esbozar para justificar el argumento revolucionario de la falta de legitimidad del Consejo de Regencia como órgano de gobierno para América, está relacionada con la falta de aptitud de los miembros de la Junta Central para constituir la Regencia y delegarle sus poderes y atribuciones. Recurriremos aquí al discurso vertido por Juan José Castelli en el congreso general celebrado en la capital del virreinato rioplatense el 22 de mayo de 1810. Expresó allí:

“que desde que el Señor Infante don Antonio había salido de Madrid había caducado el Gobierno Soberano de España: que ahora con mayor razón debía considerarse haber expirado con la disolución de la Junta Central *porque además de haber sido acusados de infidencia por el pueblo de Sevilla, no tenía facultades para el establecimiento del Supremo Gobierno de Regencia; ya que los poderes de sus vocales eran personalísimos para el Gobierno y no podían delegarse y ya por falta de concurrencia de los diputados de América en la elección y establecimiento de aquél Gobierno, deduciendo de aquí su ilegitimidad y la reversión de los derechos de la Soberanía al pueblo de Buenos Aires y su libre ejercicio en la instalación de un nuevo Gobierno, principalmente, no existiendo ya, como se suponía no existir, la España en la dominación del Señor Don Fernando Séptimo*”. (2)

Analizando las palabras de Castelli —representativas del ideario revolucionario—, podemos observar que para consolidar la conclusión referida a la reasunción de los derechos soberanos por parte del pueblo de Buenos Aires, se estructuran los siguientes pasos argumentativos:

i. El gobierno soberano (y legítimo) de España había caducado con la salida de Madrid del tío de Fernando VII, el infante don Antonio Pascual de Borbó, último representante de la *estirpe real*, para utilizar las palabras del jurisconsulto español Juan de Hevia Bolaños en su obra *Curia Philipica*. El infante don Antonio había quedado al frente de una Junta nombrada por el propio Fernando VII al partir a suelo francés; el príncipe estaba acompañado de cuatro ministros.

(1) En nota a pie de página, el autor que citamos acompaña un exhaustivo listado de las opiniones concordantes en tal sentido; para concluir “se les lisonjea [a los americanos] con una mayor jerarquía para no perder su preciosa ayuda económica”.

(2) Una de las versiones del discurso de Castelli fue la contenida en el informe elaborado por los oidores de la Real Audiencia de Buenos Aires, expulsados del Río de la Plata hacia las islas Canarias por el nuevo gobierno: es -puede conjeturarse- la más completa y confiable, a pesar de haber sido redactada (o, tal vez, por eso mismo) por enemigos de la Revolución. El informe de los oidores fue publicado por Carlos A. Pueyrredón en 1810. La Revolución de Mayo según amplia documentación de la época (1953), y el discurso en particular ha sido reproducido en varias obras, entre ellas, la de Marfany [Marfany, 1981:59-60]

ii. Empero, en caso de aceptarse que la Central se había instituido en gobierno legítimo (cuestión de por sí dudosa), este órgano había desaparecido también.

No era un dato a soslayar que, en la disolución de la Junta sevillana, había pesado el descrédito público en que había caído por sospechas de corrupción y traición (“acusados de infidencia por el pueblo de Sevilla”, dijo Castelli), a lo que podríamos agregar lo expresado por Moreno en el artículo publicado en la *Gazeta* del 25 de septiembre de 1810 en el que se contestaban, en tono de a ratos panfletario, las afirmaciones del virrey del Perú, Fernando de Abascal y Souza: “... Tres vocales se pasaron a los franceses en compañía de su Presidente; y los demás, dispersos, insultados por los pueblos, cubiertos de oprobio e ignominia, llegaron a Cádiz, y se embarcaron ocultamente, para sustraerse del furor popular que los amenazaba...” [Moreno, 1810 (1946) b:87]

iii. Otro dato —esta vez fundamental en el razonamiento revolucionario— está dado por el hecho de que los poderes de los miembros de la Central eran personalísimos y, por tanto, intransferibles a otro órgano.

Al respecto, bien ha sintetizado el historiador argentino Vicente Sierra:

“Pero Castelli estuvo en lo cierto al negar que la Suprema Junta, por su sola voluntad, pudiera entregar la soberanía en otras manos, pues en el viejo derecho español se establecía que, sin la anuencia del pueblo, tal traspaso no podía hacerlo ni el propio monarca, para dar a la nación un nuevo señor. El ilustre juriconsulto Vázquez de Menchaca, en su obra ‘Controversias fundamentales,’ desarrolló ese principio de manera luminosa a comienzos del siglo XVII.” [Sierra, 1960:540]

Apuntemos también que en la *Gazeta* del 14 de junio de 1810, la Junta revolucionaria vuelve a insistir en que “la Junta [Central de Sevilla] no tiene facultades para transmitir el poder soberano que se le había confiado, que éste no puede pasar a segundas manos sino a través de aquel mismo que lo depositó en las primeras” [Pérez Guilhou, 1981:78].

iv. Los pueblos americanos no habían concurrido por medio de diputados a la constitución e instalación del nuevo órgano.

Es notable aquí la concordancia de parte de los argumentos revolucionarios presentados en Buenos Aires con los esgrimidos por la Junta Suprema revolucionaria de Caracas, pues ésta dice “que el poder que se ha arrogado la Regencia es nulo, ilegítimo y contrario a los principios reconocidos por las leyes” [Pérez Guilhou, 1981:77]. Sin embargo, del análisis de algunos pasajes de la respuesta caraqueña parece desprenderse, al menos en principio, cierta aceptación del dogma de la unidad nacional, opuesto —como vimos— al del pacto histórico, mayormente utilizado en Buenos Aires.

5.- Destaquemos, para finalizar este primer capítulo de nuestro trabajo, un punto fundamental, cual es el referido a que el Río de la Plata no llegó a enviar ningún diputado para integrarse a la Central de acuerdo a lo dispuesto en la Real Orden del 22 de enero de 1809, más allá de que el complicado proceso eleccionario había sido puesto en marcha en varias provincias del virreinato durante el gobierno de Liniers y continuado en el de Cisneros, quedando trunco al producirse el estallido revolucionario. Tampoco, obviamente, había tenido parte el Río de la Plata en la integración del Consejo de Regencia.

Y no puede decirse que hubiera una participación efectiva americana en este último órgano por la simple designación, por parte de la Junta Central, de Esteban Fernández de León en representación de América, reemplazado casi inmediatamente por Miguel de Lardizábal y Uribe, oriundo de México. Se trataba, como en el caso de los diputados suplentes para las Cortes, simplemente de americanos de nacimiento que residían en la Península (“(...) acordando que las provincias de la América y Asia españolas y sus islas, fuesen representadas provisionalmente en las próximas cortes extraordinarias por naturales de ellas residentes en estos dominios (...)”, decía el aviso del decreto de la Central del 1º de enero de 1810 (véase su reproducción facsimilar en [González, 1937:88,89, lámina VII]).

En tales condiciones, no puede sostenerse que la representación haya sido auténtica *sino, más bien, de carácter aparente o ficta.*

II. Las Cortes de Cádiz y el rechazo por la Revolución rioplatense. La cuestión de la desigual representación entre la Península y América. El rechazo formal

1.- Volvamos al tema de la representación decretada para América a efectos de integrar la Junta Central por esa misma corporación, según la Real Orden del 22 de enero de 1809. En ella, como ya expresamos, se vertían términos que podían parecer a simple vista amistosos, pero que encubrían el verdadero propósito: dejar establecido el nuevo dogma político de la unidad nacional [López Díaz Valentín, 2010: 436] para prevenir ideales autonomistas, granjearse la simpatía y apoyo americanos a fin de legitimarse como órgano de gobierno depositario de una soberanía en suspenso, y mantener el vital flujo dinerario americano hacia la Península.

Comienza diciendo: “... considerando que los vastos y preciosos dominios que España posee en las Indias no son propiamente colonias o factorías, como las de otras naciones, sino una parte esencial e integrante de la monarquía española...” Cabe prestar especial importancia a las palabras “España posee”, pues ellas refieren inmediatamente a la idea de que las Indias no eran posesión del monarca —ahora ausente—, sino de la propia España, en general, formando “parte esencial e integrante de la monarquía española”, tomando a la “monarquía española” como equivalente a “nación española”. (3)

Este argumento de la unidad nacional española se va a contraponer directamente con el que formulan los dirigentes revolucionarios en las jornadas de mayo de 1810 en Buenos Aires.

Pero yendo al punto que nos ocupa ahora, el de la desigual representación entre peninsulares y americanos, vemos que en la Real Orden se decreta:

“(...) que los reinos, provincias e islas que forman los referidos dominios deben tener representación nacional e inmediata a su real persona, y constituir parte de la Junta Central gubernativa del reino, por medio de sus correspondientes diputados. Para que tenga efecto esta real resolución, han de nombrar los virreinos de Nueva España, el Perú, nuevo reino de Granada y Buenos Aires, y las capitanías generales independientes de Cuba, Puerto Rico, Guatemala, Chile, provincias de Venezuela y Filipinas, un individuo cada cual que represente su respectivo distrito (...)”

(el texto completo puede consultarse en [González, 1937: 267-269]; cabe destacar que el primer tomo de esta informada obra está dedicado casi exclusivamente a ponderar el dictado de esta Real Orden por parte de la Junta Central y a analizar los procesos electorales que tuvieron lugar en el Río de la Plata con motivo de la elección del diputado-vocal que debía representarlo en dicha corporación. Como lo ha destacado Pérez Guilhou, [Pérez Guilhou, 1981: 45], la primera parte de la obra de González “es un interesante estudio tendiente a demostrar que el gobierno representativo argentino tiene sus raíces en las disposiciones de los gobiernos revolucionarios peninsulares y en particular en el decreto del 22 de enero de 1809”).

Hay como puede observarse de una simple lectura del decreto, dos tipos de asimetrías: una, tal vez la menos importante pero que agravaba de todos modos el principio de proporcionalidad como base de la representación, referida a la arbitraria asignación de un diputado por cada virreinato, provincia autónoma o capitanía general, pasando por alto las diferencias lógicas existentes entre estas jurisdicciones; la restante, de mayor entidad y agravio hacia los americanos, referida a esa misma asignación igualitaria en un diputado-vocal mientras que la totalidad de los reinos y provincias peninsulares (Aragón, Asturias, Extremadura, Galicia, Jaén, León, Murcia, Navarra, Valencia, etc.) estaban representadas con dos diputados miembros de la Central, más uno en representación de Canarias, los que sumaban un total de treinta y cinco miembros, frente a los cuales, los apoderados americanos serían, indefectiblemente, minoría.

(3) Según las enseñanzas del catedrático de Navarra, Prof. Gregorio Monreal Zia, Monarquía española o católica, es el nombre oficial que recibe el Estado español en aquellos tiempos, en que ya se había constituido como una entidad unitaria e incluso uniforme. Ello permite explicar, entonces, la aceptación del concepto de nación, de cuño revolucionario francés, adoptado explícitamente en el art. 1º de la Constitución de 1812, al decir que: “La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios” [Monreal Zia, 2012:8,20]

Un destacado político, jurisconsulto e historiador español del período, el asturiano Álvaro Florez Estrada, quien incluso llegó a presentar un proyecto de constitución liberal a la Junta, criticaba esta disposición por su intrínseca iniquidad: "... como si fuese un negocio puramente de gracia, que dependiese de su voluntad, acordó que cada Virreynato de América nombrase un solo Diputado para ser individuo del Cuerpo Soberano, sin hacerse cargo que era una injusticia no acordar dos por cada virreinato, cuando cada Provincia de la Metrópoli había comisionado este número" [Florez Estrada, 1812: 13]. (4)

2.- Los problemas atinentes a la representación volvieron a evidenciarse en oportunidad de dictarse el decreto sobre representación supletoria de América, el 1° de enero de 1810, redactado por Jovellanos según él mismo lo dejó asentado en su *Memoria*, y que ya hemos mencionado, el que establecía el número total de diputados a las Cortes Extraordinarias a celebrarse próximamente, en representación "de las dos Américas islas de Barlovento y Filipinas; veinte y seis diputados que sean naturales de sus provincias" (art. 1°). *Naturales de América pero residentes en la Península, lo cual era una obstáculo más que evidente para poder predicar de ésta una auténtica representación de los pueblos americanos en las Cortes.*

Analizando este decreto, Pérez Guilhou expresaba, con algo menos de severidad:

"Surge del decreto la confirmación de la convocatoria de América a las Cortes, siguiendo la línea ya trazada de antemano; que se determina el carácter supletorio de los candidatos de aquélla, plenamente justificado en mérito de una situación de fuerza mayor impuesta por la urgencia; y que se fija en un número reducido sus representantes. Esto último resulta caprichoso, como quiera que no se dice cuál es el número de cada provincia, e injusto, desde el momento en que a España se le reconoce un representante cada cincuenta mil habitantes, mientras a ultramar se le fijan en total veintiséis. Esta desigualdad abona la semilla ya plantada con el mismo propósito en el decreto de enero de 1809" [Pérez Ghilhou, 1981:63-64].

Julio V. González admitía que:

"[d]onde la Junta Central no tiene defensa, es en la adjudicación que hizo de sólo 26 diputados para el ejercicio de la representación de las provincias americanas. Al pueblo español de Europa se le reconocía un número de diputados por cada provincia, en proporción de uno por cada 50.000 habitantes. Al pueblo español de América, en cambio, se le imponía una cantidad fija de 26 representantes. Aun contemplado el caso en relación a las provincias europeas ocupadas por el enemigo —con las cuales, como se ha dicho, se equiparó a las ultramarinas—, queda en pie la crítica, porque a éstas se le reconocieron por el art. 5° del decreto de 29 de enero, cuatro diputados a cada una, resultando así con un número de ellos superior a los 26 de América" [González, 1937: 91];

Sin embargo, este autor termina su exposición al respecto con una mirada benevolente, pues entendiéndole que si hubo un menoscabo en el derecho que se proclamaba, lo era sólo en cantidad mas no en calidad.

Por nuestra parte, nos permitimos observar que la equiparación pretendida no resultaba pertinente, pues no había argumento alguno que justificase la asimilación de las provincias y reinos americanos a las provincias y reinos peninsulares bajo el dominio de José I.

Cabe apuntar que el procedimiento eleccionario de este decreto, para nosotros merecedor de las críticas que ya hemos venido apuntando, fue complementado por el dictado por la misma Junta Central el 29 de enero, disponiendo una mecánica de doble sorteo para el establecimiento de la representación ficta americana.

3.- Y, nuevamente se evidenció el tema de la representación de ultramar, apenas semanas después, al constituirse el Consejo de Regencia, órgano cuya autoridad ya fue desconocida, desde un primer momento, en importantes núcleos urbanos de Hispanoamérica, empezando por Caracas y Buenos Aires, ambos en el segundo trimestre de 1810. Recordamos también que se había reservado un sitio

(4) Es la edición citada por González [1937:72]; en cambio, Pérez Guilhou, [1981:45] cita el fragmento de la edición madrileña (Biblioteca de Autores Españoles) de 1958, Atlas, tomo CXIII, p. 9.

para la representación americana (que ocupó Lardizábal y Uribe), en lo que, a nuestro juicio, fue solamente una representación ficta, como ya lo hemos explicado.

Sin embargo, aun sin tomar partido por el desconocimiento revolucionario del Consejo, no puede obviarse el dato objetivo de la minúscula porción americana en el total de miembros: cuatro peninsulares sobre un total de cinco integrantes (Pedro de Quevedo y Quintana, Obispo de Orense; Francisco de Saavedra; el general Francisco Javier Castaños; el general de Marina Antonio Escaño; y el nombrado Miguel de Lardizábal y Uribe).

4.- Entendemos que ya hemos pasado revista a los argumentos más importantes esgrimidos por los revolucionarios rioplatenses para justificar el rechazo a la conformación del Consejo de Regencia, aceptarlo como un órgano legítimo depositario de la soberanía, y a la convocatoria presentada por la Junta Central y llevada a efecto por la Regencia, de las Cortes Generales y Extraordinarias que sesionaron en Cádiz. Sin embargo, en punto al desconocimiento formal que se expresó desde Buenos Aires al órgano constituyente gaditano, no podemos pasar por alto el artículo publicado en la *Gazeta*, el día 25 de febrero de 1811, que lleva por título *Discurso sobre la nulidad de las cortes que se celebran en España*, y cuya autoría se le adjudica al Deán Gregorio Funes, verdadero cerebro político del gobierno revolucionario, desaparecido Moreno del mismo.

Como lo ha destacado oportunamente Pérez Guilhou, los reproches formulados contra las Cortes que ya sesionaban en la ciudad-puerto, parecen centrarse en:

“la desigualdad de representación entre América y España atendiendo a su población, a que no corresponde que tengan diputados los pueblos bajo el dominio de Napoleón porque no se conoce su voluntad y, finalmente, que los representantes deben ser libremente elegidos y no disponer de suplentes que nunca pueden traducir el verdadero y espontáneo sentir de los pueblos” [Pérez Guilhou, 1981: 79].

Es, en verdad, una explicación parcialmente válida, pues no cabe soslayar que la propia dinámica revolucionaria iba acentuando, mes tras mes, un perfil autonómico y fuertemente anti-peninsular, por lo cual el argumento de la desigual representación encaja perfectamente en la retórica discursiva y la praxis del gobierno propio, incomunicado —al menos de momento— con cualquier tipo de autoridad metropolitana.

Si bien se ha hecho notar una posible ambigüedad en la situación rioplatense, también se ha admitido que la posición asumida en estas playas “parecía alejarse cada vez más de cualquier alternativa negociadora con la asamblea gaditana, teniendo en cuenta que ésta tampoco se preocupó por instrumentar negociación alguna con las regiones por ellos catalogadas de insurgentes” [Ternavasio, 2007:50].

5.- Para finalizar este acápite, debemos señalar que operaba en el ambiente revolucionario, si bien no se contaba con un núcleo de ideas firmes al respecto, la noción de un futuro congreso de carácter constituyente a instalarse en el Río de la Plata. En efecto, si bien su impulsor más decidido había sido Moreno, fuera de la Junta desde diciembre de 1810 y prematuramente fallecido en febrero de 1811, los artículos publicados en la *Gazeta*, en los que había sostenido que la misión de los diputados llegados del interior de las provincias no era incorporarse a la Junta Provisional sino, justamente, constituir un futuro congreso que dictara la constitución, flotaban en el colectivo revolucionario, más allá de las contradicciones internas del mismo y las urgencias del momento.

Entonces, la propia noción de un futuro congreso rioplatense era la negación misma de la aptitud y legitimidad constituyente de las Cortes peninsulares, lo cual es un argumento más a tener en cuenta para el rechazo de las mismas, más allá del trabajado argumento de la representación desigual.

III. Actitudes contradictorias. La recepción de la obra constitucional de Cádiz. Balance y conclusiones

Ahora bien, sentado el desarrollo precedente en orden al rechazo de las Cortes instaladas en Cádiz, debemos mencionar lo que hemos denominado una actitud contradictoria con dicha repulsa,

pues a partir de 1811 se empezará a verificar, con mayor o menor intensidad, en el Río de la Plata la influencia de la obra legislativa del congreso peninsular. En efecto, parece haber una tensión difícil de resolver entre el plano declamatorio y la recepción de las ideas fuerza que impregnan la normativa que se va dictando en las Cortes gaditanas.

1.- La tónica liberal que se imprime a aquélla es receptada de manera general en el Río de la Plata, en un primer momento, a través de los decretos emanados de la Junta Grande, sobre todo el denominado Reglamento Orgánico (también llamado Reglamento de poderes), del 22 de octubre de 1811.

Este documento (constaba de veintisiete artículos, agrupados en tres secciones) reviste importancia en la historia constitucional argentina, pues allí aparece plasmada, según el molde clásico, la división de poderes por vez primera en nuestra vida institucional [Gardinetti, 2012:138] En este sentido, se ha destacado que la idea de limitar el poder ya no estribaba tanto en la conformación de un cuerpo colegiado (el modelo juntista) sino en la de establecer la división de poderes, [Ternavasio, 2007:70] es decir, la estructuración de distintos órganos con diferenciación de funciones estatales. Según González Calderón, se trató de “la primera Constitución del pueblo argentino” [González Calderón, 1930:46].

Recién expresamos nuestra opinión en el sentido de la importancia de este documento constitucional. Cabe puntualizar, empero, que constitucionalistas del siglo XIX de la talla de A. del Valle ya habían criticado severamente al mismo [Del Valle, 1942:102,110] Apuntemos, por fin, la crítica dirigida por J.M. Rosa, con su habitual actitud, para quien es una mera copia de documentos de igual tenor sancionados por las Cortes gaditanas, reunidas desde finales de 1810 [Rosa, 1970:322].

Por su parte, la profesora de Mendoza, Seghesso de López Aragón, ya ha dejado puntualizado que las fuentes directas del Reglamento fueron el decreto fechado el 22 de octubre de 1810 y el Reglamento Provisional del Ejecutivo del 16 de enero de 1811 [Seghesso de López Aragón, 2000: 79].

2.- También cabe admitir la influencia de las Cortes gaditanas en la sanción, por parte del gobierno del primer Triunvirato, del Decreto de Seguridad Individual el 23 de noviembre de 1811. En dicho documento se pueden evidenciar las fuentes francesas (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y las Constituciones de 1793, 1795 y 1799), pasadas por el tamiz de las Cortes peninsulares, con su tono liberal atemperado; amén de algún aporte proveniente del constitucionalismo norteamericano (la IV Enmienda) verificable en los arts. 3º y 4º del Decreto.

En síntesis, podríamos decir que los textos franceses conformarían las fuentes mediatas, mientras que los provenientes de las Cortes españolas serían las inmediatas.

3.- Por último, y sin pretensiones de agotar una temática tan rica, corresponde al menos mencionar la discusión acerca de la influencia receptada en el constitucionalismo argentino de la propia Constitución sancionada en Cádiz y promulgada y jurada en dicha ciudad el 19 de marzo de 1812.

A modo de advertencia, cabe señalar que la misma nunca llegó a tener efectiva vigencia en el actual territorio argentino, a diferencia de otros puntos de la América española, como Montevideo, donde fue jurada a partir del 24 de septiembre de 1812 bajo el gobierno de Gaspar de Vigodet. En cambio, en el resto del territorio rioplatense bajo dominio más o menos efectivo de los gobiernos revolucionarios, se le negó acatamiento. (5)

A pesar de ello, los autores han destacado las influencias —directas e indirectas— que pudo tener la carta española en la Constitución histórica de 1853/60. Al respecto, Sagüés ha relevado las diferentes opiniones relativas a esa posible influencia, agrupándolas en derredor de cuatro posturas: i. aquellos que reconocen al modelo norteamericano como la fuente más importante, pero destacando que la carta gaditana resultó relevante en tópicos como la institución ministerial; ii. la de quienes consideran que tanto la Constitución de 1812 como la chilena de 1833 distanciaron a la carta argentina de su molde norteamericano imprimiéndole un perfil propio; iii. la que enseña que el texto de Cádiz sólo

(5) Salvo en la ciudad de Salta donde, según Vanossi, tuvo una aceptación virtual por unas pocas semanas [Vanossi, 2012:41]

pudo influir de manera indirecta a través de la Constitución unitaria de 1826 y de modo “completamente secundario”; iv. y por último quienes niegan toda influencia gaditana en el texto argentino. El profesor rosarino parece englobarse en una posición intermedia, admitiendo, tras afirmar que se verifican cerca de treinta impactos del texto español en el argentino, que su importancia cualitativa, si bien notoriamente inferior en relación con la Constitución de Filadelfia, “no desluce su valor. Sin hipercotizarla, tampoco cabe devaluarla” [Sagüés, 2012:49, 58].

Se ha señalado que la principal deuda con la Constitución española de 1812 estaría dada por la consagración de la institución ministerial (capítulo VI, C. de Cádiz), incluyendo la responsabilidad política de los ministros frente al Legislativo (art. 226, C. de Cádiz) y el refrendo y legalización ministerial de los decretos (art. 225, C. de Cádiz). Ello es así, aunque cabe hacer notar que estos institutos también estuvieron previstos en las cartas rioplatenses de 1819 y 1826, por lo cual cabría pensar, en todo caso, en una influencia mediata.

También se señala el origen gaditano del poder reglamentario del órgano ejecutivo (art. 171, fac. primera, C. de Cádiz) [Dalla Vía, 2010:27]; amén de importantes atribuciones de éste último poder, v.gr, en la esfera de la disposición y distribución de las fuerzas militares (art. 171, fac. novena, C. de Cádiz), aunque en estos casos convergiendo con el cauce de la influencia chilena de 1833. Los autores citados entienden que la influencia gaditana se proyectaría en varias otras disposiciones.

Por nuestra parte, y a modo de colofón, pensamos que dicha influencia es limitada y, ciertamente se halla —como ya dijéramos— mediatizada por el pasaje a través de otros documentos que sirvieron de fuentes más directas a la Constitución argentina histórica, v. gr. las ya citadas cartas de 1819 y 1826. Así, un análisis global de las fuentes constitucionales argentinas nos permite verificar una influencia que podemos denominar sólo de segundo orden en el texto de 1853/60. Como sintetizó Vanossi al referirse a la mentada influencia: “... es muy relativa y viene de segunda mano, de otras Constituciones que tomaron algo de la de Cádiz” [Vanossi, 2008: 428].

Ello sin perjuicio de recordar que algunas cláusulas contenidas en los primeros documentos patrios —como el Reglamento Orgánico o Decreto de Seguridad Individual, norma esta última que inspiró gran parte del art. 18 C.N.— reconocieron la impronta de la primera legislación gaditana —anterior a la carta del ‘12—, aun cuando a veces sólo fuera como la dosificación y adaptación del constitucionalismo revolucionario francés.

El texto de la Constitución de 1812, en general, recortó los postulados provenientes del otro lado de los Pirineos: los derechos no tenían una concepción universal como en las declaraciones y cartas francesas, y se omite —imperdonablemente— un reconocimiento explícito de la igualdad, sin perjuicio de algunas medidas tomadas en esa dirección (supresión del acceso privilegiado de los nobles al Ejército y la Marina, etc.) [Monreal Zia, 2012:22]. Cabe señalar entre los puntos criticables también a la consagración oficial y exclusiva de la religión católica y la prohibición del ejercicio de cualquier otra (Capítulo II, art. 12). Nótese, en relación a ello, que los proyectos constitucionales presentados en 1813 en el Río de la Plata, tanto el elaborado por la Sociedad Patriótica como el propuesto por la Comisión Oficial se distanciaron de dicha fórmula, ya que si bien se estableció a la católica como religión del estado, se garantizó que a nadie se perseguiría ni molestaría por sus opiniones religiosas.

IV. Bibliografía utilizada

ARGÜELLES, Agustín de, Examen histórico de la reforma constitucional que hicieron las Cortes Generales y Extraordinarias, Imprenta de Carlos Wood e hijo, Londres, 1835.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA, Cádiz, 19 de marzo de 1812; (6) disponible en versión digitalizada en: www.cervantesvirtual.com [Consulta: 31 de marzo de 2013]

(6) En la Biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, hemos consultado también un ejemplar original de dicha Constitución que perteneciera al fundador de dicha Casa de Altos Estudios, Joaquín V. González.

DALLA VIA, Alberto Ricardo, “La Constitución de Cádiz de 1812: su influencia en el movimiento emancipador y en el proceso constituyente”, En: *Anales*, La Plata, 2010, N° 42, 17-33.

DALLA VIA, Alberto Ricardo, “La Constitución de Cádiz como antecedente constitucional argentino”, disertación en el Acto en Conmemoración de los 200 años de la promulgación de la Constitución de Cádiz, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 16 de agosto de 2012, 7-22; disponible en www.ancmp.org.ar (*Anales*, Tomo XXXIX, 2012) [Consulta: 1 de abril de 2013]

DEL VALLE, Aristóbulo, *Nociones de derecho constitucional*, Ed. Científica y Literaria argentina, Buenos Aires, 1942.

FLOREZ ESTRADA, Álvaro, *Examen imparcial de las disensiones de América con España, de los medios de su reconciliación y de la prosperidad de todas las naciones*, Imprenta de D. Manuel Ximenez Carreño, Cádiz, 1812.

GARDINETTI, Juan Paulo. “Apuntes acerca de las ideas constitucionales de Mariano Moreno”, En: *Debates de actualidad (Homenaje al Bicentenario)*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2010, Año XXV, N° 203, 54-61.

GARDINETTI, Juan Paulo. “La élite porteña en el poder revolucionario: sombras (y algunas luces) en la labor institucional del primer Triunvirato”, En: *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje y despedida de Pedro J. Frías*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2012, 135-150.

GELLI, María Angélica, “Influencia de la Constitución de Cádiz en el proceso emancipador de la República Argentina”, En: Javier Moscoso del Prado (Dir.) *Actualidad Jurídica Aranzadi. Especial Bicentenario*, Navarra, 22 de marzo de 2012, Año XXI, N° 839, 6.

GONZÁLEZ, Julio V., *Filiación histórica del gobierno representativo argentino*, Ed. La Vanguardia, Buenos Aires, 1937.

GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Historia de la organización constitucional*, J. Lajouane and Cía., Buenos Aires, 1930.

LEVENE, Ricardo, *Ensayo histórico sobre la Revolución de Mayo y Mariano Moreno*, 4ta. ed., Ed. Peuser, Buenos Aires, 1960, t. II.

LINARES QUINTANA, Segundo V., *El espíritu de la Constitución*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

LÓPEZ DÍAZ VALENTÍN, Patricio J. “Pacto histórico versus unidad de la nación”, En: AA.VV., *Actores y testigos de la Revolución de Mayo*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos-Ex Libris, Mendoza, 2010, 425-443.

MARFANY, Roberto H., *El Cabildo de Mayo*, 2da. ed., Macchi, Buenos Aires, 1981.

MONREAL ZIA, Gregorio, *Las Cortes y la Constitución de Cádiz, Lección inaugural del curso académico 2012-2013 de la Universidad Pública de Navarra*, Pamplona, 7 de septiembre de 2012; disponible en versión digital en:

http://www.unavarra.es/digitalAssets/169/169127_LeccionInaugural_es.pdf [Consulta: 31 de marzo de 2013]

MORENO, Mariano, “El Congreso que acaba de convocarse, y la Constitución del Estado”, En: *El pensamiento vivo de Mariano Moreno*, presentado por Ricardo Levene, 2da. ed., Losada, Buenos Aires, 1946.

MORENO, Mariano, “Impugnación del bando en que el Virrey del Perú, José de Abascal, ‘declara reunidas á aquel Virreinato, las Provincias del de Buenos Ayres’”, En: *El pensamiento vivo de Mariano Moreno*, presentado por Ricardo Levene, 2da. ed., Losada, Buenos Aires, 1946.

PÉREZ GUILHOU, Dardo, *La opinión pública española y las Cortes de Cádiz frente a la emancipación hispanoamericana 1808-1814*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1981.

ROSA, José María, *Historia argentina*, t. II, Juan C. Granda editor, Río de Janeiro, 1970.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La constitución de Cádiz y Argentina (a los doscientos años de la ‘constitución política de la Monarquía española’)”, En: *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje y despedida de Pedro J. Frías*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2012, 47-60.

SANCHEZ GÓMEZ, Julio, “Montevideo y la Constitución de Cádiz”, EN: *Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz* (en prensa); disponible en versión digital en: www.campus.usal.es [Consulta: 31 de marzo de 2013]

SECO VILLALBA, José Armando, *Fuentes de la constitución argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1943.

SEGUESSO DE LÓPEZ ARAGÓN, María Cristina, “Los poderes públicos y su funcionamiento (1810-1853)”, En: *Nueva Historia de la Nación Argentina*, t. V, tercera parte (cont.), Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia-Planeta, 2000, 77-104.

SIERRA, Vicente D., *Historia de la Argentina*, Unión de Editores Latinos, Buenos Aires, 1960, tomo IV.

TERNAVASIO, Marcela, *Gobernar la revolución: poderes en disputa en el Río de la Plata, 1810-1816*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007.

TORENO (Conde de), *Historia del levantamiento, guerra y revolución en España*, Biblioteca de Autores Españoles, Atlas, Madrid, 1953.

VANOSI, Jorge Reinaldo A., “La Constitución de Cádiz de 1812 como antecedente constitucional argentino”, Comunicación en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 23 de julio de 2008, 421-433; disponible en www.ancmyp.org.ar (Anales, Tomo XXXV, 2008) [Consulta: 1 de abril de 2013]

VANOSI, Jorge Reinaldo A., “La Constitución de Cádiz como antecedente constitucional argentino”, disertación en el Acto en Conmemoración de los 200 años de la promulgación de la Constitución de Cádiz, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 16 de agosto de 2012, 41-49; disponible en www.ancmyp.org.ar (Anales, Tomo XXXIX, 2012) [Consulta: 1 de abril de 2013]

Introducción al Derecho

El fenómeno jurídico

POR RUBÉN MARCELO GARATE (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Desarrollo. — III. Viejas ideas para nuevas teorías. — IV. Normas y conductas. — V. El lenguaje y los valores jurídicos. — VI. El problema de la validez jurídica. — VII. Perspectiva jurídica del discurso. — VIII. Conclusiones. — IX. Bibliografía.

Resumen

Las distintas teorías jurídicas, nos permiten pensar el fenómeno jurídico desde distintos puntos de vista. Nuestra intención es brindar una reflexión, que nos permita establecer una visión integral de la realidad jurídica. Para lograr nuestro propósito nos resulta necesario considerar los aportes de Kelsen y de Cossio, a fin de considerar el mundo jurídico como una relación compleja de normas y conductas.

Palabras clave: normas — neologología — axiología

THE LEGAL PHENOMENON

Abstract.

About different legal theories, we can think the legal phenomenon from different points of view. We have the intention to give a reflection which let us lay down an integral view about legal reality. To get our purpose we must consider Kelsen and Cossio contributions in order to consider the legal world like a complex relation between standards and behaviors

Key words: standards — neologology — axiology

I. Introducción

Cuando nos propusimos analizar temas relacionados con la teoría general del derecho y la realidad jurídica, entendimos que ambos aspectos, nunca pueden presentarse de forma separada, en tanto que el ámbito teórico y empírico, no pueden estudiarse aisladamente.

Bien podemos señalar que nuestro trabajo tiene un carácter eminentemente ontológico, ya que pensamos que el derecho es un objeto complejo, compuesto por normas y conductas que se encuentran relacionados dialécticamente, cuya comprensión requiere de una doble dimensión lógica y axiológica. Asimismo, entender esta relación (norma-conducta) resulta sumamente importante para poder interpretar acabadamente, todo fenómeno jurídico. No obstante, consideramos que los valores, juegan un rol fundamental en esta relación. Si bien los valores conforman un capítulo aparte, podemos reconocer que se encuentran estructuralmente implicados tanto en la producción de las conductas, como en las normas.

La norma que se presenta como una categoría constitutiva de la realidad, nos permite un conocimiento "a priori" del *da sein* (*ser ahí*) — fenómeno jurídico. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la actividad cognitiva del jurista, no puede dejar de lado el *so sein* (*ser así*), que se expresa en la realidad de la conducta intersubjetiva.

En consecuencia, planteamos la existencia de una 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. Es más, el discurso

(*) Jefe de Trabajos Prácticos de Introducción al Derecho, Cátedra II. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

jurídico, juega un papel trascendente en esta relación dialéctica entre la norma y la conducta, porque posee la capacidad de reactualizar el contenido normativo, estableciendo una consecuencia jurídica, con la intención de lograr la máxima corrección en función de los mandatos imperantes en el derecho.

II. Desarrollo

Dentro de las ciencias socioculturales, ubicamos a las ciencias jurídicas, su conocimiento explicativo, sistemático y riguroso, tiene por finalidad alcanzar un criterio de verdad intersubjetiva o, mejor dicho, lograr la formulación de hipótesis, ciertamente compartidas por la comunidad científica.

Esto implica que no dejamos de reconocer un aspecto empírico de la investigación jurídica, sujeto a contrastación, que permite conjugar la intuición sensible, intelectual y emocional, a fin de realizar una complementación entre razón teorizante y realidad.

Frente a un pedazo de vida social, el jurista, debe determinar la regla de derecho vigente relativa al caso planteado, para encontrar al precepto en vigor, que se refiere a la materia en cuestión. Una vez hallada la norma aplicable, será necesario interpretarla resaltando sus consecuencias implícitas. Los cambios que se verifican en la realidad social y jurídica, requieren una constante reelaboración, por lo que se resalta la confrontación entre aspectos teórico y con el axiológico (Alexy, 2008:21).

Las normas generales, constituyen la expresión de las valoraciones establecidas por el legislador. Esas valoraciones declaradas en las normas legislativas, reglamentarias y consuetudinarias, no impiden la posibilidad de complementación, con otras valoraciones no contenidas en la norma escrita. Por eso, toda actividad interpretativa está empapada de una serie de juicios de valor, que responden a la lógica de lo razonable (Recasens Siches, 1998:7).

La norma como forma de pensar las acciones, nacen como obligación. Su sentido coercitivo, posibilita que se pretenda en su concreción un mayor grado de corrección en la aplicación.

Sin embargo, cuando hablamos de normas, suponemos la existencia de la libertad, en la medida que sustenta la existencia del fenómeno jurídico. Ella, se vincula con lo futuro, como un proyectarse inteligente en la consecución de un propósito, en el cual se ofrece un repertorio de posibilidades (Vilanova, 1992:36).

Esto supone la producción de juicios de valor, a fin de provocar un estadio de objetivación y orientación axiológica.

Las normas, constituye una parte de un proceso estimativo que confiere *funcionalidad normativa* a los juicios aceptados socialmente (Smith, 1990: 19).

En este sentido, las visiones integradoras de la sociología jurídica, reconoce la necesidad de avanzar sobre un análisis funcionalista, de las estructuras empíricas normativas y culturales (David, 1980: 196); reconociendo que el derecho no se puede resumir en un solo aspecto, porque su realidad resulta, sumamente compleja.

Igualmente entendemos que la ciencia del derecho, participa de la crisis en que se halla inmerso el saber científico en general, porque se ha olvidado los grandes principios de la disciplina, y su campo de conocimiento, se ha atomizado en una pluralidad de comportamientos que pretenden alcanzar creciente autonomía (Laclau, 1999: 23). Tal situación sólo podrá ser superada en la medida en que se elabore una teoría general del derecho que permita ubicar los diversos saberes dentro de un conjunto coherente y se reconozca su unidad fundante. Para ello, será preciso poner en claro los supuestos filosóficos sobre los cuales se sustenta cada teoría científica.

III. Viejas ideas para nuevas teorías

Parece que en filosofía del derecho, todo se ha dicho. Sin embargo, para poder decir algo mejor es preciso saber lo que se ha dicho antes. No es posible realizar un aporte original, si se expresa desde la

ignorancia. De allí que la tarea de investigar implica reflexionar sobre lo que se sabe y se comprende. Razonablemente podemos esperar de este tipo de tareas, que se cumpla con dos objetivos centrales: uno es el de presentar la base ontológica de la ciencia jurídica que sustenta la investigación. El segundo, consiste en brindar los contenidos críticos y presentar nuevas cuestiones; actividad que es muy difícil cumplir si no se recurre a las líneas de pensamiento académico de mayor significación.

Esto es parte del desafío que nos propusimos: insertarnos dentro de una tradición y, al mismo tiempo renovarla, atento que la mera incorporación de conocimientos, desvinculada de la posibilidad de cuestionarlos, desembocando en un peligroso dogmatismo, que provoca un esfuerzo estéril digno de rechazo.

Regresar a la concepción sostenida por Juan Carlos Smith, requiere comprender el derecho desde una visión de integración, moviéndonos en la frontera de la tradición, escrita por la teoría pura y la teoría egológica del derecho, para desde ella, poder decir algo novedoso. Reflexionar sobre el fenómeno jurídico, implica pensar sobre nosotros mismos, sobre nuestras pretensiones y pareceres; con la única finalidad de comprender mejor la realidad que nos toca vivir, manteniendo la esperanza en la posibilidad de encontrar un camino adecuado que nos permita integrar teoría y realidad.

En este sentido las ideas de Smith, nos proponen una visión integral del fenómeno jurídico, al afirmar, que la norma, atribuye significación jurídica a la conducta, conformando una única estructura ontológica.

La perspectiva tridimensional (1), tiene una visión similar al entender que las normas conforman una estructura lógica, *a priori* de la experiencia jurídica. Este aspecto formal de las normas organiza el material empírico, en el momento de su aplicación. Así, una norma general que se materializa en la sentencia o en el cumplimiento espontáneo, convierte su idealidad en una realidad; de modo tal, que la norma se incardina a la conducta, como dimensión de un mismo objeto cultural complejo, que no puede ser otro que el derecho (Zucchi, 2001: 187).

La lógica deóntica de Von Wright, nos ha enseñado a analizar el concepto de acto humano, afirmando que todo acto o suceso provoca un cambio en el mundo. Dicho cambio lo reconocemos como resultado de nuestro actuar. La realización de un acto voluntario implica la existencia de tres elementos fundamentales: discernimiento, intención y libertad (Delfino y Grau, 1993: 83). Esto nos permite señalar que es posible predicar con relación a un acto que, “se puede hacer”, “se debe hacer” o en su defecto que “no se puede hacer”. Y que por lo tanto, la *posibilidad* solo está reservada a las normas (Echave, Urquijo y Guibourg, 1985: 121), porque ellas poseen un carácter prescriptivo, que las identifica y diferencia. La norma representa la pura posibilidad de ser y por lo tanto su concreción depende de la conducta que la realice. El *deber ser*, como objeto de nuestro análisis lógico, establece un sistema dinámico de relaciones, al construirse como un orden de posibilidades de acciones y omisiones.

El *deber ser*, se revela como categoría ontológica del actuar, producto de la voluntad creadora, se expresa racionalmente por medio de juicios sintéticos *a priori*.

Esto permite entender las enseñanzas de Rudolf Stammler cuando explica que el derecho como un *querer*, de carácter imperativo, independiente de las ambiciones personales, que genera una ligazón objetiva con validez formal (Stammler, 1958: 47).

En consecuencia, cuando hablamos de ontología jurídica, entendemos que nuestra búsqueda se dirige a conocer el *ser del deber*. El que solo se nos presenta desde un aspecto epistemológico, cuando tomamos en cuenta su doble sentido: lógico y axiológico.

(1) Zucchi, H. se distancia de la visión trialista de Goldschmidt y Ciuro Caldani, solo 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, aproximándose a la posición de Cossio.

Las normas como modalidades de las conductas señalan *deberes o facultades*, ya que no solo obligan, sino que también permiten y adjudican facultades, para actuar dentro de los límites que el propio ordenamiento normativo impone.

La reflexión axiológica se muestra como un formidable intento de indagación preliminar y fundamental de las profundas raíces vitales de la relación yo-mundo en el ininterrumpido movimiento de la acción humana. Los valores constituyen, una especie de energía vital que da impulso a la dinámica de la existencia y significado a la convivencia (Méndez de Smith, 1982: 45).

En consecuencia, el deber objetivo, descansa en los valores que están por encima de los vaivenes de nuestros gustos o disgustos, de nuestros intereses o nuestras conveniencias (Fronzizi, 2001:18). Hartmann, considera que todo valor tiene consistencia “en sí”, independiente de la experiencia, por ser aprehendido por el sujeto, mediante una intuición específica *a priori*, lo que nos lleva a considerar en los valores como fundamento ontológico preteórico del derecho.

IV. Normas y conductas

Hemos encontrado una inescindible relación entre la norma y la conducta, en tanto que una nos habla de la otra y ambas se refieren mutuamente. Si bien, resultan totalmente distintas, al pertenecer a esferas diferentes (ideal — real), constitutivamente contrarias entre sí. Tanto influye la una sobre la otra, que la conducta se encuentra motivada por la sanción.

Esto nos permite hablar de una relación dialéctica, entre la norma y la conducta, como parte del deber ser del derecho, sobre la cual nos habla la lógica jurídica. Esta coimplicancia, puede ser entendida, como *devenir* en tanto que se presenta como parte de un momento histórico. La realidad, es esencialmente dialéctica, en tanto que depende en su realización del elemento social. De modo tal, que el derecho objetivo, puede ser entendido como parte del proceso de exteriorización que se realiza en la praxis humana (Hegel, 1975: 255).

Por medio de la existencia del ordenamiento normativo, la sociedad cobra conciencia de sí misma, no solo como comunidad organizada, sino también como programa de acción jurídica y política.

Esta complejidad del derecho es observada por Fernando Martínez Paz, quien comprende que el derecho desde un modelo jurídico multidimensional, al entender que los fenómenos jurídicos, son una variedad del fenómeno social, compuesto por un complejo de normas, comportamientos y relaciones, jurídicamente relevantes (Martínez Paz, 2004: 41).

Esta perspectiva epistemológica, establece una visión interdisciplinaria sumamente amplia, que incluye contactos con la antropología y la sociología cultural. El derecho es un instrumento del poder social, constituido por normas y leyes vigentes y adecuadas a las circunstancias históricas, que se traducen en un conjunto de prescripciones directivas que determinan la organización jurídico-social y política de una comunidad, respetando su núcleo de valores éticos y jurídicos. Heller, reconoce que toda actividad social del hombre, debe entenderse como una unidad dialéctica de acto y sentido, que solo es posible comprender si la vinculamos las normas y las conductas con el mundo cultural (Heller, 1942a: 62).

La dimensión antropológica, la observamos en la centralidad que tiene la persona para el Derecho. Todo hombre, comparte un modo de ser que lo identifica, en tanto constructor de una sociedad y de una cultura. El estudio de una antropología del derecho, tiene que ver con la vida y la responsabilidad del hombre, en la medida que la vigencia y eficacia de las normas se pueda imponer desde la práctica (Heller, 1942 b: 80).

Cassirer, afirma que el hombre, no puede escapar de sus propios logros, como condición de su propia vida. El universo simbólico, en el que se entretajan los diversos hilos del lenguaje, los mito, el arte, la religión y el derecho, conforman una red, que contextualizan la experiencia humana. Si bien, Aristóteles, definía al hombre como un animal racional, hoy podemos afirmar que, es mucho más que razón. Es todo lo que de sí mismo puede expresar, es un *animal simbólico* (Cassirer, 2007: 49).

El hombre, no se enfrenta con la realidad de un modo inmediato, sino que siempre depende de la intermediación de la palabra, sobre la que construye formas lingüísticas, imágenes artísticas, símbolos míticos o formas jurídicas. El hombre no vive un mundo de hechos crudos sino, en un mundo de emociones, esperanzas y temores, en medio de sus fantasías y sueños. Los lazos que crean las palabras, le permiten al hombre acceder a la humanidad, al otorgarle una significación a su vida. La trama social, se conforma por los vínculos creados por las palabras. No obstante, podemos afirmar que, no todas nuestras palabras nos vinculan, no todas nuestras palabras nos obligan, pero sin embargo, todas nuestras palabras tienen un sentido.

El lenguaje toma todos estos matices de la vida del hombre, y se especifica en ciertas ocasiones en un lenguaje de tipo jurídico. Desde esta perspectiva, el derecho, que convierte al hombre en sujeto, no solo tiene que ver con la regulación de algunos lazos sociales, sino que también con la significación de los actos que realiza.

El derecho reúne la infinitud de nuestro universo mental con la finitud de nuestra experiencia física y cumple así en nosotros una función antropológica de instauración de la razón. En el centro mismo de la racionalidad, que sella nuestro tiempo, sigue habiendo creencias garantizadas e instituidas por el derecho.

Como cualquier sistema normativo, el derecho se sitúa dentro del tiempo, y consolida ciertas categorías cognitivas. Por eso, las nuevas leyes que señalan nuevas categorías de lo prohibido o lo permitido, requiere de consenso social, que le otorgue legalidad. En consecuencia podemos hablar de una consciencia social construida bajo el influjo cultural de la comunidad. Que se fundamenta en la posibilidad de la autodeterminación racional, sustentada desde una dimensión lógica y axiológica, que permiten asumir como propia, las limitaciones impuestas heterónomamente.

Lógicamente que el derecho es necesario a la vida en sociedad, como camino hacia la búsqueda de una integración comunitaria. En la medida que una sociedad que garantiza la paz social, está otorgando premios y castigos, a través de las normas jurídicas.

Cuando afirmamos que el objeto de estudio de una teoría general del derecho es el fenómeno jurídico, en su totalidad, estamos reconociendo que el mundo del derecho se encuentra indefectiblemente vinculado con el mundo cultural.

V. El lenguaje y los valores jurídicos

El proceso comunicacional fue explicado por Roman Jakobson (1986: 85), al distinguir, dos sujetos, un *emisor* y un *receptor* que estableciendo algún tipo de *contacto*, comparten un mismo *código* que les permite comunicarse transmitiendo un *mensaje*, dentro de un *contexto*. (2)

El lenguaje que utilizamos para comunicarnos, ya sea con signos lingüísticos o paralingüísticos puede tener distintas funciones según lo que se quiera expresar (Modica y Ferro, 1996: 11).

Lenguaje posee un ámbito específico, dominado por su precisión y formalidad.

Podemos hablar de la existencia de un el lenguaje jurídico, vinculado a una realidad histórica específica, que tiene una función axiológica, que se utiliza para explicar que es “lo mejor, lo justo y lo necesario”. Se encuentra construido por las distintas fuentes del derecho y se constituye en base a una estructura lógica específica.

(2) Otros estudios más recientes sobre la comunicación como el de Kerbrat-Orecchioni, reformulan el esquema de Jakobson, haciendo hincapié en la complejidad de la comunicación al establecer aspectos “a priori” del discurso emitidos por el emisor como son las competencias lingüísticas o competencias ideológicas y culturales que influyen en la codificación y decodificación del mensaje; sin negar que se deben tener en cuenta la determinación psicológica del sujeto, a la hora de expresar e interpretar el discurso mientras que, no solo los estados anímicos, sino las características de la propia personalidad influyen en el aspecto discursivo de cada individuo.

Esto nos permite fundamentar la tesis de la existencia de un lenguaje jurídico particular, que encuentra su canal de expresión por medio del discurso jurídico. La relación directa con el lenguaje jurídico, con un metalenguaje de carácter científico, propio de las Ciencias Jurídicas, nos explica las características del derecho como fenómeno en su totalidad, al tomar como objeto de estudio el lenguaje jurídico (Del Carril, 2007: 68).

La filosofía del lenguaje de Ludwig Wittgenstein, ha llamado la atención sobre la disparidad semántica de las expresiones de un mismo idioma, así en algunas ocasiones, un mismo término puede tener significados diametralmente opuestos según el contexto en el cual se expresan. Esta disparidad de sentidos, la llama “juegos del lenguaje” (Wittgenstein, 1993: 115), porque ya no existe la posibilidad de un lenguaje unívoco y acabado. La idea de juego, que nos propone el filósofo, implica situarnos primeramente en una actividad que se encuentra reglada; condición que es conocida y aceptada por los participantes, siempre que quieran jugar al mismo juego. Sin embargo, no existe nada en la realidad que imponga necesariamente una modalidad de juego, por lo que estas reglas son totalmente arbitrarias, y solo obligan a quienes quieran participar de la actividad. (3) Sin embargo se producen al mismo tiempo, diferentes juegos que pueden ser jugados, por distintos participantes, los que podrán ser agrupados en base al contexto pragmático del mundo de la vida en el que se encuentren.

Claro está, que uno de estos juegos es el que juegan los distintos operadores jurídicos. El lenguaje jurídico, tiene sus propias reglas y formalidades. Este es un juego diferente. No obstante, no por esto deja de ser abierto a toda una comunidad política, está compuesto por las expresiones que se manifiestan desde cada una de las fuentes del derecho.

La condición “a priori” es la existencia de un lenguaje común (idioma), enmarca la pertenencia a una comunidad lingüística general, como razón subyacente de todo discurso (Vigo, 2004-I-89).

Este consenso lingüístico, que sustenta la base del discurso, se denomina *comunidad semántica*. Aquí, debemos recordar las enseñanzas de Ferdinand de Saussure, cuando diferencia entre *lengua* y *habla*; para distinguir distintos grados de comunicación. Afirmando que la *lengua*, es la parte social del lenguaje, exterior al individuo, que por sí solo no puede ser creada ni modificada. Existiendo como una especie de contrato preestablecido entre los miembros de la comunidad. Mientras que el *habla*, se relaciona con un acto individual de voluntad e inteligencia, que dependen de: 1ro.) La utilización que realice el sujeto hablante de los códigos para expresar su pensamiento y 2do.) Del mecanismo psicofísico que le permite exteriorizar esas combinaciones (Saussure, 1988: 42).

El lenguaje jurídico, tiene como particularidad, que no solo nos permite relacionarnos con las normas, sino que, nos remite directamente a las conductas, porque tanto las normas como las conductas contienen y expresan valores. Por lo tanto, la función discursiva del lenguaje jurídico, es vital para el análisis del fenómeno jurídico y para la proyección de la Ciencia del Derecho.

Las normas que regulan el comportamiento, dan sentido a la convivencia social, intentando concretar aspiraciones comunitarias, al establecer un orden de vida. Estas finalidades estimables y expresadas en las normas como la justicia, la paz o la seguridad, nos permiten la conexión con la problemática axiológica.

Esto no significa que dejemos de reconocer las limitaciones que posee el lenguaje normativo, como es el caso de la ambigüedad de los términos jurídicos. Este problema es muy difícil de evitar, dado que el legislador o el juez cuando enuncia la norma, quiere hacerla comprensible a la comunidad y se sirve de palabras de uso vulgar. (4) También la propia realidad jurídica, en tanto dinámica y cambian-

(3) A su vez, cada uno de estos juegos se encuentra enmarcado en una situación de habla, es decir, en un determinado contexto no lingüístico en el que este juego del lenguaje se desenvuelve, al que se da en llamar “mundo de la vida”.

(4) Carrió, G. R. reconoce que las normas utilizan términos que fuera de su utilización normativa, hace que pierda su fuerza significativa; este fenómeno se presenta como un límite para el propio lenguaje jurídico. Sobre los límites del lenguaje normativo.

te, hace dificultoso poner en conceptos, la singularidad de situaciones que poseen connotaciones particularmente diferentes unas de otras.

VI. El problema de la validez jurídica

Las distintas escuelas jusfilosóficas han procurado presentar un concepto de validez jurídica que responda a las exigencias del derecho moderno.

Creemos conveniente establecer un criterio de validez y determinar su fundamentación. Resulta de fundamental importancia en el planteamiento de este problema, la obra de Hans Kelsen. La Teoría Pura sostiene que la validez jurídica, debe ser estudiada en el momento de adentrarse en el análisis de los términos jurídicos.

El tema de la validez puede ser analizado desde distintas perspectivas. Para von Wright, la validez tiene que ver con la legalidad del acto de creación. Este depende de que se encuentre autorizado por otra norma superior del sistema, dando lugar a una "cadena de subordinación" (Von Wright. 1970: 194).

También resulta esclarecedor el análisis de Hart sobre la validez, como heredero de la tradición de la analítica de la jurisprudencia, atento que la concibe desde una visión intra-sistemática.

El estudio de los conceptos jurídicos, parte de un análisis epistemológico, en el cual hay que separar entre el derecho "que es" y el derecho que "debe ser". Dicho de otra forma, es necesario contraponer dos análisis teóricos diferentes de un mismo fenómeno, distinguiendo, entre jurisprudencia descriptiva o expositiva. (5)

En este sentido, Hart entiende que una teoría general debe abocarse a producir un análisis eminentemente formal que se ocupe del estudio de la estructura de las reglas jurídicas y de los conceptos jurídicos. A la sociología del derecho, le corresponde hacer referencia, a la realidad social de un modo teórico, para intentar describirla.

La clave para entender la idea de sistema jurídico, expuesto por Hart es la unión que establece entre reglas primarias y secundarias; característica que le otorga heterogeneidad funcional a las normas. Dentro de las reglas secundarias encontramos a las reglas de reconocimiento, que tienen por función primordial identificar las reglas primarias del sistema jurídico.

No se puede dar una clave general para cualquier sistema, sino se sabe en qué consiste la regla de reconocimiento, para ello, hay que indagar los criterios funcionales del sistema.

La regla de reconocimiento no es sólo una regla identificadora de las reglas primarias del sistema, sino también la regla básica del mismo. Su función es dotar de validez a las reglas jurídicas que componen el ordenamiento. Las reglas, pueden ser consideradas como válidas, cuando satisface todos los requisitos impuestos por la regla de reconocimiento, o cuando satisface todos los requisitos impuestos por los criterios cuyo conjunto forma el contenido de la regla de reconocimiento. Dichos criterios determinan los requisitos para reconocer si una regla forma o no parte del sistema jurídico.

Para Hart, no tiene sentido hablar de validez respecto de un sistema que sea prácticamente ineficaz. Si en la práctica general del grupo, no se acata las reglas, se hace imposible la identificación de las reglas del sistema. Así la práctica generalizada de los operadores y ciudadanos, es la que proporciona

(5) Esta terminología empleada ya por Bentham, quien con el término jurisprudencia expositiva se refiere a la jurisprudencia o ciencia del derecho que se limita a exponer o describir su objeto, que es el derecho positivo o puesto por los seres humanos, y con el de jurisprudencia crítica alude a la crítica del derecho, entendiéndolo por tal a la investigación del derecho que "debe ser" o en otras palabras, al arte de la legislación. Esta contraposición es introducida asimismo por Austin, aunque con distinta terminología, distinguiendo entre jurisprudencia general, a la que también denomina Filosofía del derecho positivo y Ética, en el que analiza el problema deontológico de las normas.

el criterio último para decidir acerca de la eficacia y, por tanto, de la validez. La validez cede el paso a la eficacia, de modo una regla es válida solo cuando los hechos así lo demuestran.

Este análisis implica detenernos solamente en un concepto de validez formal o intrasistemática, ya que la solución al problema se encuentra dentro del propio sistema, sin acudir a elementos exteriores. Dicha solución vendría dada, por la legalidad del acto de creación de las normas, conforme a los requisitos establecidos por el propio sistema jurídico. En este sentido la validez explica la “existencia” del ordenamiento; dependiendo su explicación del criterio que se adopte en cada caso.

Ahora bien, cuando pensamos en el “fundamento” de validez del orden jurídico en su conjunto, ya no nos encontramos con un concepto intrasistemático, que pretenda resolver el problema desde dentro de la estructura del sistema jurídico; sino que su planteamiento y su solución sólo son posibles desde una perspectiva extrasistemática. El problema del fundamento de la validez del orden jurídico sólo puede hallarse “fuera” del propio ordenamiento jurídico.

Para el realismo jurídico, el concepto de validez se encuentra relacionado con el término *vigencia*. Esta escuela jusfilosófica afirma que el orden jurídico está implantado en un determinado contexto social, sobre el que se construye el derecho positivo. De modo tal que el término *vigencia*, se aproxima al concepto de *eficacia*. La *vigencia* de una regla sería su implementación real, que expresa la fuerza de imponerse a los destinatarios.

El término “*vigencia*”, nos habla de la existencia temporal de las normas jurídicas delimitada entre el acto de su creación y el de su derogación. Pero también sobre, la pretensión de obligación, que dicha norma implica para sus destinatarios. De esta forma, decir que una norma jurídica está en vigor significa que ha sido creada legalmente, y por lo tanto que su existencia conlleva una fuerza vinculante.

En este sentido la escuela del realismo jurídico, nos ha enseñado la importancia de la relación fundamental entre validez y eficacia, que no puede dejar de ser tenida en cuenta a la hora de pensar la realidad del ordenamiento.

Otra perspectiva totalmente diferente nos brinda, la escuela del derecho natural, que ha utilizado el término *validez*, como sinónimo de *justicia*, de tal forma que una norma jurídica o un ordenamiento es considerado válido, si se adapta a los principios materiales de *justicia*, bien sea a través de la existencia de un derecho natural, que está por encima del derecho positivo y cuya validez es general y universal, a través de la presunción de una ley moral absoluta, con la cual ha de coincidir el contenido del derecho positivo.

En este caso el iusnaturalismo, aporta una preocupación por la fundamentación material del derecho.

Alfred Verdross, admite la derivación de la validez jurídico-formal, de una norma inferior de otra superior, pero se plantea la validez de todo el ordenamiento jurídico, para lo que recurre a una dimensión axiológica.

Como sugiere Fariñas Dulce (1991: 124), el problema de la validez es un problema filosófico-jurídico, y por lo tanto, se necesita recurrir a un plano axiológico; o bien es un problema sociológico-jurídico, quedando nuestra respuesta reducida al tema de la eficacia.

La teoría pura del derecho, formulada por Kelsen, es eminentemente una teoría normativista, de carácter formal. En el análisis de la norma hipotética fundamental, se presupone un orden jurídico eficaz, objetivamente válido y obligatorio. La norma hipotética posee suficiente grado de eficacia, y por lo tanto debemos consideramos al ordenamiento jurídico como válido. No obstante, se podría negar la existencia objetiva del concepto de validez, como lo ha hecho Alf Ross, reduciendo el problema a la eficacia social o a la *vigencia* de las normas.

Según nuestro análisis, es importante reconocer que el “*deber ser*” presenta un modo de comportamiento posible, que es exigido a uno o varios individuos, por un sistema de normas instituidas. El problema de la validez nos lleva indefectiblemente a plantear desde lo fáctico, una reflexión sobre la

eficacia normativa. Si bien, el aspecto lógico de las normas, se relaciona con el cumplimiento de los procesos formales. Ambos aspectos, garantizan la legitimidad de las normas jurídicas.

La visión culturalista sostenida conjuntamente por Smith y Pettoruti, quienes reconocen una triple dimensión del problema de la validez (fáctica — lógica — axiológica), relaciona los hechos físicamente observables y verificables, pero también estudia el problema desde su significación intrasistemática, reconociendo que la validez del orden jurídico también se relaciona con la finalidad del mismo.

VII. Perspectiva jurídica del discurso

Ponderar, medir o evaluar es una parte indispensable de la elección, que realizan los seres humanos cuando deben decidir.

La actividad interpretativa implica el análisis de los intereses sociales, los valores y los comportamientos espontáneos, en función de mantener los postulados positivistas epistemológicos, a fin de lograr conocimientos objetivos sobre el contenido de las normas jurídicas. Frente a un caso jurídico concreto, es posible encontrar una respuesta mayormente *aceptable*, en relación a cierta unidad de valores políticos-éticos durables, en una sociedad estable (Petev, 1997: 18).

Sin embargo siempre debemos tener en cuenta que el derecho no contiene una sola solución correcta y justa para todos los casos particulares. Si bien, podemos descartar que se logra en una cantidad considerable de ellos.

El derecho indica más bien una solución “privilegiada”, desde el punto de vista social y ético, en una coyuntura determinada de la vida de la sociedad, apoyada por amplios grupos sociales en un momento dado y favorecida por un gran público.

Siempre hay soluciones posibles, sin duda sostenibles, desde el punto de vista de los intereses de ciertos grupos sociales, pero que no constituyen, la medida jurídica predominante en una época determinada.

El fenómeno jurídico, siempre necesita de la elaboración de una ontología del derecho según cada teoría jurídica, que permita considerar las normas en un amplio contexto social, político y ético y no como datos aislados.

La teoría tridimensional de Werner Goldschmidt entiende al derecho desde una concepción tridimensional, sosteniendo que se encuentra compuesto por tres dimensiones a saber: realidad social, normas y valores. Desde esta perspectiva las normas son proyectos a futuro y que requieren de nuestra capacidad estratégica en la búsqueda del logro de objetivos jurídicos. (6) El derecho es percibido como “reparto”, si tenemos en cuenta su dimensión sociológica. Esto es, como un acto de adjudicación de potencias e impotencias, las que favorecen o perjudican a las personas y puntualmente a sus vidas.

Las normas captan por medio de su descripción actos individuales, que luego serán tenidos en cuenta por el juez que valorará los repartos, según determinados requerimientos de justicia. Esta decisión implica establecer “quienes” se benefician y “quienes” se perjudican, como así también los “aspectos” de la vida que se verán beneficiados y los que se verán perjudicados.

Dichos repartos pueden tener distintas formas, en tanto que exista la posibilidad de transitar un camino procesal o de negociación. Sin embargo, pareciera que lo más importante de una decisión tiene que ver con los móviles, que son tenidos en cuenta, según las razones alegadas generalmente por los propios repartidores. Ahora bien, las razones de los repartos, se relacionan directamente con la justificación jurídica que expresa los motivos de la misma, los que se encontraran formulados en el discurso jurídico.

(6) CIURO CALDANI, M. A. 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.

Por lo tanto, podemos observar que el juez se encuentra limitado por un marco de posibilidades que le otorga la Constitución material, en la que influye el juego de factores de poder, limitando sus decisiones.

La solución judicial, se produce en una dinámica en la que intervienen distintos intereses que se ponen en juego y que son defendidos por los factores de poder. (7) Resulta lógico entonces, que el juez en su justificación tome una decisión con la intención de encontrar consenso social (*razones sociales*) y aceptación (*razones alegadas*).

En resumen, la justificación depende de la fuerza de convicción que genere la sentencia judicial, en tanto constituye un reparto razonable, al encontrarse inserta en el tejido fáctico y axiológico de la sociedad.

La norma individual, expresada en los fallos judiciales, resulta ser un discurso *predecible*, cuando se aplica una norma general, cuya *inmediatez*, implica una relación entre el aspecto abstracto de las normas y lo concreto, del caso particular.

La sentencia como fuente formal del derecho, encuentra su justificación en criterios de razonabilidad, siempre y cuando, tenga sentido dentro del ordenamiento normativo, es decir que tenga en cuenta los precedentes, como las propias normas jurídicas.

En consecuencia, la norma tiene un sentido dinámico, ya que se requiere ponerla en ejercicio. La interpretación, la elaboración, la argumentación y la aplicación, son ejemplo de esto.

En resumen, el trialismo reconoce que la conducta del juez, se identifica por la realización de reparos en la medida que aplica las normas a distintas situaciones, tendiendo a la realización de valores.

Los valores se encuentran conectados con el mundo cultural y con el interés vital de cada persona. El derecho, en tanto parte del mundo cultural, no puede dejar de relacionarse con los valores.

Existe una dependencia de los valores, a las formas sociales y culturales, por lo que se presentan como parciales y diversos. Los valores jurídicos como elementos significativos, tienen una función orientadora, como principios fundamentales que expresan, con mayor o menor amplitud las exigencias de justicia.

Como afirmara Cossio, los valores nos ponen en una relación coexistencial, con las circunstancias de la vida (hechos), con las personas (otro) y nos vinculan indefectiblemente con toda la sociedad (nosotros).

En la medida que se establezcan pautas de acción, se determina un marco de valores significativos, que nos permiten calificar las conductas. Asimismo, podemos afirmar, como sostiene Jerome Hall, que la conducta expresa normas realizando valores (David, 1967: 6).

En consecuencia entendemos que el orden jurídico vigente entraña una específica valoración jurídica de la realidad social en la que vivimos. De suerte, que los valores jurídicos no han de ser entendidos como entidades separadas de las normas positivas, ni de las conductas que los realizan, sino como cualidades objetivas, que se encuentran sustancialmente vinculadas a las normas y a las conductas, y que no pueden ser pensadas u observadas, sin una clara referencia a ellas.

(7) Un caso específico a tener en cuenta, es el de los intereses supraindividuales (como el medio ambiente) en el que los sujetos pasivos del reparto trascienden a los actores que formalmente figuran en el expediente (ejemplo: contaminación que produce una empresa por residuos tóxicos que afecta las aguas de una comunidad). Siendo difusa la fuerza adjudicatoria no solo de los acontecimientos, sino también de los repartos. Presentándose el interrogante de cómo garantizar a aquel que no participa y que de una u otra forma puede verse perjudicado por una decisión judicial, sus derechos individuales y comunitarios). En estos casos la solución con respecto al objeto a repartir, no lo encontraremos en las normas, sino de la aceptación de un enfoque interdisciplinar, que nos aproxime a la resolución adecuada.

En tal sentido, si bien hemos analizado la posición dialéctica del derecho, como una postura intelectual que nos aporta elementos más que importantes en el análisis del fenómeno jurídico, nos diferenciamos al entender que los valores no son un tercer elemento ontológico del derecho sino que afirmamos, que tanto la conducta como la norma, poseen una dimensión lógica y axiológica.

Sabemos que las conductas poseen un sentido, que nos permite vislumbrar, no solo la motivación sino también el valor que ella encierra. En este caso, la conducta es sometida a un análisis empírico dialéctico que nos permita descubrir su inteligibilidad y sentido. Mientras que el análisis hermenéutico nos permite conocer la significación del texto normativo. La hermenéutica jurídica provoca la confrontación, entre valores, conductas y normas. En tanto que la actividad interpretativa, requiere poner de relieve los elementos axiológicos, sustentados por el sistema normativo.

Cuando hablamos de relación dialéctica entre la norma y la conducta, queremos explicar parafraseando el pensamiento de Hegel, que el derecho posee epistemológicamente una dimensión lógica, en tanto que es una expresión de la racionalidad socio-cultural. En la cual las normas se presentan como un momento de *abstracción*, en tanto resultan ser un producto intelectual.

Las normas establecen como categorías del deber ser, una pura potencialidad. (8) Sin embargo, el derecho no es algo estático, sino que adquiere una realidad dinámica, en la conducta que lo realiza. Motivo por el cual, observamos un segundo momento *dialéctico*. Que supera la unilateralidad del mundo ideal normativo, en la medida que existe una dimensión empírica, que se observa en el proceso del devenir de la conducta y forma un elemento constituyente del fenómeno jurídico. Permitiendo poner en contacto el mundo del deber, con el mundo del ser, enriqueciéndose mutuamente como parte de una misma realidad jurídica.

Ahora bien, el discurso jurídico debe entenderse como un hecho histórico social, y como la condición necesaria, para el desarrollo de las potencialidades de las categorías establecidas por el *deber ser*. Este paso hacia la racionalidad discursiva, es el instante mismo en el que comienza la plena autoconciencia del derecho. El momento de la realidad del derecho, requiere de un proceso jurídico discursivo que exponga y reactualice la vigencia de las normas, en el cual se concibe la unidad ontológica del derecho desde, su doble dimensión lógica y axiológica. Porque implica por parte del jurista, una actitud no solo especulativa (positiva racional), sino también estimativa del fenómeno jurídico.

Es el plano de la subsumición de los momentos anteriores; de lo abstracto y de lo real, hasta llegar a determinar el derecho que es y existe en este contexto histórico.

De esta forma, el discurso jurídico se convierte en la plasmación de la realidad del derecho, en el cual se reconoce la relación dialéctica entre la norma y la conducta.

VIII. Conclusión

Una tesis de tipo ontológica se fundamenta en última instancia en una visión antropológica. En definitiva, el derecho debe encontrarse al servicio del hombre, porque su creación responde a las necesidades sociales.

Es necesario volver a subrayar la importancia de la libertad, porque es el fundamento de todo discurso jurídico, que se produce en el contexto de una sociedad políticamente democrática. Solo la libertad, nos permite entender la existencia de los derechos individuales. Esencialmente, en una democracia liberal se encuentra el lugar para la comunicación, que presupone siempre la posibilidad de diálogo, y el respeto a la libertad del hombre.

(8) Se genera cuando el intelecto diferencia las cosas, produciendo lo abstracto. Que denominaremos como lo en sí. Por ser pura potencialidad, de desarrollo, ya que de él se parte y en él está contenida la totalidad, como pura posibilidad. Hegel lo explica diciendo: "pero lo que es en sí, no es aún la verdadera, sino lo abstracto; es el germen de lo verdadero, la aptitud, el ser en sí de la verdadera".

Pensar en una sociedad políticamente democrática, implica reflexionar acerca de una buena ordenación social, según determinadas condiciones de criterios de justicia y eficiencia, bajo las cuales se produce la acción comunitaria. Como sostiene Vilanova (1984: 170), se trata de maximizar la libertad de los individuos que integran una comunidad política minimizando las restricciones a la libertad. Estableciendo por tanto como consecuencia que: la limitación a la libertad, debe imponerse luego de un proceso deliberativo, que surja la convicción, que de no imponerse cierta restricción, se afectaría la libertad individual de otros. No se trata meramente de lograr mayor libertad (cuantitativa) sino una mejor libertad (cualitativa). Tener la posibilidad de hacer lo que se me ocurra, puede resultar no ser lo mejor, como por ejemplo cuando se produce alguna violación de los derechos del niño.

Sin embargo, toda restricción encuentra un límite insalvable si su imposición viola algún derecho consagrado en la Constitución Nacional o en la Convenciones Internacionales.

La libertad individual, es el fundamento principal de la aparición de los derechos humanos. Claro que la idea de libertad no puede ser entendida cabalmente si no se la relaciona con el principio de igualdad ante la ley, sustento del ordenamiento jurídico de carácter democrático liberal.

Si afirmamos que la democracia se basa en el individualismo axiológico, por ser totalmente contraria a la idea de un igualitarismo social, no implica que caigamos en un relativismo axiológico absoluto, sino que tengamos una actitud de respeto por el otro, según lo establecido por el sistema normativo, puesto que la norma al ser entendida como una modalidad de la conducta se convierte en un parámetro objetivo, que asegura el goce de los derechos.

Así, los derechos humanos, son la consecuencia del reconocimiento de la importancia de la persona humana. Claro que su interpretación y por lo tanto su aplicación depende de criterios que van más allá de lo puramente interpretativo o de las posibilidades de llevarlos a la práctica; tiene que ver con un criterio ontológico del derecho.

En este sentido, tanto la teoría, como la filosofía del derecho, juegan un papel siempre actual, ya que pretende alejarnos de las sombras que se proyectan en la caverna, para aproximarnos al mundo de las ideas. Sin que ello implique, alejarnos de la realidad, sino pensar *lo que es* desde una visión integral, para entender los fenómenos y así intentar alguna respuesta, que nos permita explicar la realidad del derecho.

La pregunta ontológica, puede tener mayor o menor vigencia, en las discusiones actuales, pero de ningún modo deja de ser la más antigua pregunta, que se encuentra siempre presente a toda reflexión intelectual.

En tal sentido, para el jusfilósofo la reflexión primera se orienta sobre el fenómeno jurídico, en procura de lograr su inteligibilidad máxima y justificar trascendentalmente su carácter imperativo.

En consecuencia, observamos que el ser del hombre participa del ser del derecho, en tanto que este último, resulta ser una construcción cultural, que sirve de mediador hacia valores existenciales, que pretenden mejorar nuestra calidad de vida. Esto, hace que siempre valga la pena indagar sobre su constitución dinámica y preguntarnos constantemente ¿qué es y para qué sirve el derecho?

IX. Bibliografía

- ALEXY, Robert (2008). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- CARRIO, Genaro Roberto (2001). *Sobre los límites del lenguaje normativo*. 1ª reimp. Buenos Aires: Astrea.
- CASSIRER, Ernest (2007). *Antropología filosófica. Introducción a una filosofía de la cultura*. 24a. reimp. México: Fondo de Cultura Económica.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (1987). "Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces", En: *Jurisprudencia Argentina. Doctrina*. Buenos Aires, 13.

- DAVID, Pedro R. (1967). *Sociología criminal y juvenil*. Buenos Aires: Depalma.
- (1980). *Sociología jurídica. Perspectivas fundamentales. Conflictos y dilemas de sociedad, persona y derecho en la época actual*. Buenos Aires: Astrea.
- DEL CARRIL, Enrique H (2007). *El lenguaje de los jueces*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- DELFINO, J. R. y GARU, G. C. (1993). *Derecho*. 3a. ed. Buenos Aires: Plus Ultra.
- ECHAVE, Delia Teresa, URQUIJO, María Eugenia y GUIBOURG, Ricardo A (1985). *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea.
- FARIÑAS DULCE, María José (1991). *El problema de la validez jurídica*. Madrid: Civitas.
- FRONDIZI, Risieri (2001) *¿Qué son los valores?* 17a. reimp. México: Fondo de Cultura Económica.
- GOLDSCHMIDT, Werner (1987). *Introducción filosófica al derecho*. 6ª ed., 5ª reimp. Buenos Aires: Depalma.
- HEGEL, George Wilhelm (1975). *Introducción a la historia de la filosofía*. Madrid: Aguilar.
- (1997). *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*. 7a. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- HELLER, Herman (1942). *Teoría del estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- JAKOBSON, Roman (1986). *Ensayo de lingüística general*. Barcelona: Planeta Agostini.
- KERBART ORECCIONI, Catherine (1987). *La enunciación. De la subjetividad en el lenguaje*. Buenos Aires: Hachette.
- LACLAU, Martín (1999). *Conducta, norma y valor. Ideas para una nueva comprensión del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MARTINEZ PAZ, Fernando (2004). *La construcción del mundo jurídico multidimensional*. Córdoba: Advocatus.
- MENDEZ DE SMITH, Elisa. A. (1982). *Las ideologías y el derecho*. Buenos Aires. Astrea.
- MODICA, O. y FERRO, F. (1996). *La praxis de la escritura*. Buenos Aires: UTN.
- PETEV, Valentín (1997). *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- RECASENS SICHES, Luis (1998). *Tratado general de filosofía del derecho*. 13a. ed. D.F México: Porrúa.
- SAUSSURE, Ferdinand (1988). *Curso de lingüística general*. 25a. ed. Trad. Amado Alonso. Buenos Aires: Losada.
- SMITH, Juan Carlos (1990). *Los supuestos de la ciencia política. Una introducción a la problemática científica de la política*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- STAMMLER, Rudolf. (1958). *La esencia del derecho y de la ciencia del derecho*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- VIGO, Rodolfo. (2004). “Razonamiento justificatorio judicial”, En: *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, I, 89.
- VILANOVA, José Manuel. (1992). *El concepto de derecho. Estudios iuspositivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- VON WRIGTH, George Henrik. (1970) *Norma y acción, una investigación lógica*. Madrid: Tecnos.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. (1993). “Cuaderno marrón”, En: *Los cuadernos azul y marrón*. Madrid: Tecnos, I, 5.
- ZUCCHI, Héctor. (2001). *El derecho como objeto tridimensional*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

El despido incausado como acto discriminatorio

POR GASTÓN LEANDRO MEDINA (*)

Sumario: I. Introito: La dialéctica engañosa del poder. — II. El juez laboral como artífice del cambio. — III. El despido incausado como acto discriminatorio. — IV. El despido de causa discriminatoria como acto doblemente antijurídico. — V. El Protocolo de San Salvador. — VI. La doctrina del despido radicalmente nulo en el Tribunal Constitucional de España. — VII. La recepción jurisprudencial en Argentina. — VIII. El sistema de presunciones como medio de protección efectiva contra el despido discriminatorio — IX. El fallo “Álvarez” de la Corte Nacional. — X. Conclusión. — XI. Bibliografía. — XII. Jurisprudencia consultada.

Resumen:

El presente estudio, tiene por meta, la demostración de que detrás de todo despido arbitrario o falto de causa, yace un acto antijurídico y discriminatorio, con prescindencia de la existencia del móvil discriminatorio, ya expreso, ya oculto detrás del despido sin causa. Como desarrollo argumental, el presente trabajo echa mano al tratamiento que, en el Derecho Comparado español —puntualmente en el ámbito del Tribunal Constitucional de España— ha merecido el llamado despido radicalmente nulo, y su recepción por la jurisprudencia de nuestro país mediante señeros pronunciamientos en los que se declaró la ineficacia extintiva del acto de despido y el restablecimiento *in natura* mediante la reincorporación, y en donde tuvo brillante acogida la teoría de la carga dinámica de la prueba, los supuestos de inversión, y las presunciones *hominis ope indicere*.

Finalmente, se concluye en la necesidad de un auténtico cambio cultural, y no meramente político, que desde una visión humanista y des-mercantilista de la relación de Trabajo, haga efectiva la garantía legal contra el despido arbitrario consagrada por el artículo 14 bis de Nuestra Constitución Nacional y por el bloque constitucional integrado por el Derecho Internacional de los Tratados, como necesidad impostergable.

Palabras clave: Discriminación-despido-arbitrariedad.

THE ACT DISCRIMINATORY DIMISSAL WITHOUT CAUSE

Abstract:

The present study has a target, demonstrating that behind arbitrary dismissal or lacking because, lies a delict and discriminatory, regardless of the existence of discriminatory motive, and express, and hidden behind the dismissal without cause. As plot development, this paper lay hold to treatment, in Comparative Law in the field —Spanish Constitutional Court has received the call España— dismissal radically null, and its reception by the jurisprudence of our country through flagship pronouncements in which extinctive pleaded inefficiency of the act of dismissal and reinstatement *in natura* by reinstatement, where he was bright and welcoming the theory of dynamic load test, investment assumptions, and assumptions *hominis indicere operations*.

(*) Docente de Derecho Romano, Cátedra III. Miembro del Instituto de Derecho Social. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

Finally, we conclude on the need for a cultural change, not merely political, since decommodified humanist vision of the employment relationship, effectively the legal guarantee against arbitrary dismissal enshrined in Article 14 bis of Our Constitution and the constitutional bloc composed of International Law of Treaties, as urgent necessity.

Keywords: Discrimination-dismissal-arbitrariness.

I. Introito: La dialéctica engañosa del poder

El resultado de la tensión histórica existente entre los sectores sociales —sector dominante y sector de resistencia— constituye la síntesis cultural de un pueblo dado, en un lugar y tiempo determinados.

De tanto en tanto, inexorable como el paso del tiempo, el cambio cultural resurge de su aparente letargo, y el Hombre es testigo de un nuevo paradigma. Para que ello sea posible, el péndulo del poder que nunca descansa, debe detener su marcha sobre el sector subordinado que configura la resistencia. Sin embargo, no todo cambio, será el genuino sentir de las fuerzas emergentes. No toda idea de reforma será siempre progreso social, en el sentido de optimización de las condiciones sociales que garanticen la igualdad real de oportunidades entre los individuos o grupos sociales —en ambos bandos— el pleno desarrollo de sus fuerzas materiales y espirituales; la eficaz tutela legal de sus derechos fundamentales (al trabajo, a la salud, a la seguridad, a la educación, al proyecto de vida, a la indemnidad material y espiritual, a la dignidad, etc.); la democratización de la lógica y los institutos jurídicos.

Si la función histórica del Derecho —como sistema de pensamiento— ha sido asegurar el mantenimiento de las instituciones sociales y jurídicas que sustentan a las constituciones políticas, (1) con mayor intensidad hubo de manifestarse dicho devenir en el campo del Derecho del Trabajo, cuyo dato sociológico insoslayable fue, desde sus orígenes, la asimetría de poder social representada por el binomio trabajo asalariado-capital. De modo tal, que median sobrados motivos para desconfiar de los eventuales cambios jurídicos. Por esa razón, el cambio necesario y paradigmático, debe hacer su derrotero desde fuera del sistema jurídico, en un plano cultural trascendental que lo mantenga vinculado a las fibras íntimas del sector social subordinado y en permanente sintonía con la idea de lo sagrado y la dignidad de la persona. Y ello sólo es posible desde fuera de la moral burguesa. Hablamos, como se podrá advertir, de un auténtico cambio revolucionario, que trastoque los elementos en juego, colocando al Hombre —a todos ellos— como señor de todos los mercados. Empero, el sector cultural dominante, también se nutre de la idea de reforma como mecanismo auto-defensivo, que operando desde la superficie de la estructura y afectando únicamente elementos secundarios y accesorios, garantiza el mantenimiento y conservación de los elementos sustanciales de los que penden las relaciones de poder establecidas, generando, aparentialmente, el cambio vital al mantenimiento de su sistema de pensamiento (racionalismo), de valores (moral burguesa), y de mercado (liberalismo).

Así, la regla de Tancredi (2) seguirá —intacta— su devenir, hasta que el permanente y continuo esfuerzo de la comunidad de operadores jurídicos (estudiantes, abogados, docentes, juristas, jueces), mancomunados por la justa causa de cumplir y hacer cumplir las exigencias culturales de su tiempo, y por mismo sentir social, hagamos realidad la mal llamada utopía de la estabilidad real, deteniendo el péndulo sobre ella, finalmente su curso.

II. El juez laboral como artífice del cambio

La observación del devenir histórico del Derecho y su dialéctica de poder, nos muestra claros ejemplos de aparentes (“formales”) cambios culturales, a saber:

(1) Siguiendo a Foucault, para quien la elaboración del pensamiento jurídico se hizo esencialmente en función del poder.

(2) Personaje de la obra ‘El gatopardo’, de Giuseppe Tomasi de Lampedusa, quien sostenía la necesidad de cambiar todo para que nada cambiara.

En la antigua Roma, el paso del régimen Monárquico al Republicano no tuvo por motivación real la democratización del poder político ni la justicia social, sino la hegemonía del patriciado latino mediante la caída de la casa Tarquina.

La esclavitud, no fue legalmente prohibida por razones morales ni religiosas, sino por la necesidad de la celebración de un nuevo pacto social —instado por una nueva conciencia jurídica del sector subordinado— que asegure la continuidad de la explotación ajena.

Por idénticos motivos, el antiguo sistema feudal medieval fue derogado por la revolución burguesa de fines del siglo XVIII, a fin de que las fuerzas económicas de producción quedaran en aparente simetría de poder y, libertado el siervo del yugo del señor, quedara expuesto a la libre explotación de las fuerzas productivas mediante un negocio jurídico que lo obligaba a vender su fuerza de trabajo al precio vil de su necesidad, perdiendo para siempre, su natural propiedad sobre el fruto del sudor de su frente (*labor improbus*).

Como bien lo enseña el maestro Meik:

“La revolución francesa consagró derechos fundamentales del hombre frente al absolutismo monárquico; la libertad, igualdad y fraternidad fue una conquista del pueblo, luego la forma de representación política y la concentración de la riqueza hizo que la mayoría de la población quedara alejada de la lógica con que la democracia representativa garantizaba esos derechos del hombre, que expresados individualmente no tenían el mismo peso en la balanza frente a los que detentaban el dominio de los bienes de la producción” (Meik, Moisés, 1. 2007: 3).

La ausencia de una legislación laboral procesal eficaz y adecuada a la asimetría de poder y sus conflictos, es claro ejemplo de aquel mecanismo autodefensivo del sector dominante. Qué sentido tiene, por caso, enaltecer el principio protectorio si en la realidad concreta del proceso, no es aplicada su virtud igualadora con acabada amplitud y contundencia, mediante la hermenéutica más beneficiosa, la ley y el fuero más favorable, las presunciones *ope legis* y *hominis ope indicere*, el indubio *pro operarii* y la vocación de verdad real que implica el principio de primacía.

Sentado ello, proclamamos la importancia del rol social del juez del trabajo en esta hora de la Historia, pues será su ámbito natural, el proceso, la clave de bóveda que abrirá el camino hacia la reforma de fondo de los institutos sustanciales del Derecho del Trabajo, cual *praetor* republicano, adecuando el vetusto rigor del *ius quirritum* al innovador principio *aequitas*.

III. El despido incausado como acto discriminatorio

La acción y efecto de discriminar, son definidos por la Real Academia Española, como *“separar, distinguir, diferenciar una cosa; dar trato de inferioridad a una persona” (Diccionario de la Lengua Española. 1984:45).*

En sentido jurídico, la discriminación se configura cuando la distinción de trato se da entre sujetos en igualdad de circunstancias, no existiendo causa de justificación, ergo, cuando es arbitraria. Así, la decisión unilateral del empleador de extinguir el contrato de trabajo sin que medie una causa objetiva de despido, resulta ser, en sentido jurídico, un ostensible acto discriminatorio al interior del colectivo de trabajadores. Así, quien segrega a uno o más trabajadores sin razones objetivas, o sin explicar ni manifestar las existentes, ejerce una conducta jurídicamente discriminatoria al brindar un trato desigual —en el caso, negativo— a un sujeto de entre otros en igualdad de condiciones. Toda discriminación implica una desigualdad arbitraria que siempre conlleva daño y antijuridicidad.

La dimensión del daño que apareja el despido arbitrario, es asombrosa. Desde el punto de vista extra-patrimonial, la discriminación ínsita en ese tipo de segregación afecta, directamente, la dignidad del hombre trabajador —inherente a su fuerza creadora— comprometida en el trabajo, e indirectamente, a un cúmulo de derechos humanos fundamentales que haya en aquella su asidero natural; como el derecho a la igualdad de trato; al trabajo; al proyecto de vida; a la indemnidad material y espiritual; a la familia; a la vida tal como es concebida en un mundo en el que el trabajo dependiente es, para el setenta por ciento de la humanidad, la única opción de inserción al sistema. En este sentido

decimos, que todo despido sin causa objetiva que lo justifique, importa una arbitrariedad lesiva de un valor humano sagrado e irrenunciable: la dignidad de la persona. El hecho expuesto, refleja el grado inadecuado de protección que, frente al despido, confiere el art. 245 del RCT (suponiéndolo válido, sí y sólo sí, a efectos del ejercicio), al trabajador subordinado. En el plano descrito, todo despido arbitrario es discriminatorio, y la discriminación se manifiesta, en el contrato, como hecho de violencia de quien detenta el poder contra la parte débil de la relación: el trabajador subordinado. Cabe hablar así, de una discriminación que lesiona directamente la garantía de igualdad (16 CN) y trato laboral no discriminatorio (art. 81 ley 20.744 - RCT y Tratados del Derecho de Gentes, art. 75 inc. 22 CN), mediante el simple acto segregatorio *in nutum*, que podemos llamar “discriminación primaria”.

Recién en segundo plano, y desde el aspecto patrimonial, este tipo de despido daña la expectativa económica del trabajador —frustrada por la ruptura *anti-tempus* del vínculo—, y su derecho adquirido sobre las condiciones laborales con fuente en el negocio jurídico laboral.

No obstante, el ostensible daño de doble dimensión, nuestro sistema *supo* regular permisivamente ese tipo de despido, convalidando lisa y llanamente, un acto antijurídico lesivo de derechos y garantías constitucionales, en franca transgresión, asimismo, de leyes infra-constitucionales prohibitivas de discriminación, como la ley 23.592 (3), o la ley 23.551. Si bien la ley, en el fondo, consideraba antijurídico al despido sin justa causa (4), lo validaba y le confería eficacia resolutoria, recepticia e *ipso iure* —sistema de “*validez e ilicitud*”, al decir de Justo López—, con el fin de resguardar, ya el Orden Público Económico; ya el derecho constitucional de propiedad privada (17 CN); ya la célebre garantía de libertad de industria y comercio (art. 14 CN); otorgando, de este modo, supremacía al interés económico por sobre el principio de justicia social. (5) En este contexto, encontraron asidero varios precedentes judiciales —hasta decisorios del Máximo Tribunal de la Nación—, que declararon la inconstitucionalidad de toda fuente normativa contraria al sistema de estabilidad relativa (6) del sector privado, reglamentado por el art. 245 de ley 20.744 (RCT). (7)

Como dijimos más arriba, la ley “*supo* regular permisivamente” el despido arbitrario mediante la monetización de sus consecuencias, pero ello fue así hasta la reforma constitucional del año 1994, a partir de la cual, el tratamiento del instituto fue profundamente reformulado, en cuanto se hubieron incorporado por vía del art. 75 inc. 22 de la Carta Nacional, sistemáticamente, un complejo de normas y tratados internacionales que exigen la causalidad del despido como medio adecuado y eficaz de protección, con derecho de opción, entre la reincorporación o una indemnización. Hoy, a casi veinte años de la mentada reforma, el cambio experimentado en nuestro Derecho por las fuentes positivas de regulación del contrato de trabajo, ha adquirido singular carácter, debido al bloque complementario de pactos, tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos que, al ser incorporados con jerarquía

(3) Ley federal promulgada el 23 de agosto de 1988. Dispuso expresamente la nulidad de los actos discriminatorios y la reparación in natura del derecho fundamental conculcado, más una indemnización integral complementaria.

(4) “La indemnización, tasada o no, presupone la antijuridicidad del acto. ‘No se puede afirmar que existe libertad para despedir pagando la indemnización como no se puede decir que existe libertad para atropellar un peatón pagando la indemnización. Afirmar esto presupone ignorar el concepto mismo de antijuridicidad civil. El despido sin justa causa es, por definición, el despido sin causa de justificación. Sólo requiere causa de justificación lo que es ab initio ilícito...” (conf. Moisés Meik, 2003).

(5) Esta posición surge de fallos de la CSJN. Entre ellos: “Soengas c. ferrocarriles” (Constitucionalidad de la ley de facto 21.476 sobre la eliminación de reajuste automático de la bonificación por antigüedad prevista en el convenio colectivo); “López c. Explotación Pesquera La Patagonia” (Aplicación de la tasa pasiva a la indemnización derivada de un accidente de trabajo); “Cacace c. Municipalidad” (Procedencia del pago con Bonos de una indemnización por accidente de trabajo mortal). Todos ellos citados en Jurisprudencia consultada.

(6) Lo cual configura un absurdo, ya que se “es estable” o se “es inestable”.

(7) Existen dos fallos de la CSJN que revelan ese criterio restrictivo-economicista, como el vinculado al Estatuto del Trabajador Bancario (ley 12.637) “De Luca c/Banco Francés” y el relativo al Convenio Colectivo de los Mineros, en el fallo “Figueroa, Oscar c. Loma Negra CIASA”. Ambos citados en Jurisprudencia consultada.

constitucional por vía del mentado inc. 22 del art. 75, a la Carta Magna, han ampliado la real dimensión del Orden Público Protectorio Laboral (O.P.P.L.), nutriendo al sistema jurídico local del ritmo universal de los derechos humanos y principios del *ius cogens* o *ius gentium* (derecho común a los pueblos). Como lo ha expresado en reiteradas ocasiones el maestro Meik, en alusión a la influencia ejercida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el Derecho Interno: “*Decir de ellos, que nada nuevo han contribuido al ordenamiento jurídico nacional, es ignorar la historia de la humanidad y la frondosa labor de juristas prestigiosos del orbe como así también la abundante jurisprudencia que se ha desarrollado en foros internacionales que la enriquece*” (Meik, Moisés. 2. 2007:23).

Pues, en los múltiples tratados, convenciones y recomendaciones, nacidos de los Estados u Organismos supra-estatales y receptados legislativamente por nuestro ordenamiento, es donde yace el ritmo universal de los Derechos Humanos que, en las condiciones de su vigencia, es decir, con el sentido y alcance que los Organismos específicos de control y seguimiento determinen (8), arremete con mayor intensidad y eficacia tuitiva produciendo innovaciones sobre el sistema tradicional de fuentes —jerárquico y piramidal (arts. 31, 33 ss. y cc. de C.N.)— y consagrando un nuevo sistema legal de preeminencia de la fuente —ya interna, ya internacional— que garantice de modo más eficaz y óptimo la conservación de los niveles de protección logrados por el Trabajador de acuerdo el positivo principio, garantía de progresividad. Hombre trabajador éste, quien no en vano, ha sido declarado por nuestro Máximo Tribunal Nacional como “*sujeto de preferente atención constitucional*” (Cons. 10 del fallo “Vizzoti” (2004)), zanjando toda duda posible, sobre el orden de prioridad de los intereses en juego en el Derecho del Trabajo. (9)

IV. El despido de causa discriminatoria, como acto doblemente antijurídico

Como ya expresamos, para nosotros todo despido sin justa causa que lo justifique resulta jurídicamente discriminatorio. Sentado ello, cabe ahora referirnos, puntualmente, a una categoría agravada de esta discriminación “primaria”. Nos referimos un modo agravado de anti-juridicidad del despido que lo torna doblemente reprochable: el despido de causa o finalidad discriminatoria, es decir, aquel que ha sido ejecutado con la directa y perfecta intención de discriminar, que hemos de llamar “discriminación secundaria”.

La Corte Internacional de Derechos Humanos (C.I.D.H.), ha recomendado a los Estados parte que: “No se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición” (Corte IDH 2003: párrafo 101)

Centrando nuestra atención en la parte in fine de la recomendación citada —destacado nuestro— el maestro Meik ha afirmado, con la certeza y lucidez de siempre, que “es en ese párrafo final donde tienen cabida numerosos supuestos”.

“(...) Es en ese párrafo final donde tienen cabida numerosos supuestos. De este modo, cabe consignar como incluíble en la esfera de las relaciones de trabajo, el comportamiento patronal de represalia contra un trabajador que ha ejercido el derecho fundamental a tener derechos y/o conservarlos, actuando así uno de los primeros y centrales derechos humanos, que es el reivindicar y defender los derechos.” (Meik, Moisés. 2007:12) (10).

(8) Así, la CSJN en la causa “Giroldi” (1995), citada en la jurisprudencia consultada.

(9) La CJN -en actual integración- enfáticamente a dicho: “(...) Sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el Art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22)...” (Cons. nro. 10, CSJ in re “Vizzoti c. Amsa SA”, citada en Jurisprudencia consultada.

(10) Conf. MEIK, Moisés, “En el veneno está el antídoto...” Ponencia presentada en Córdoba, año 2007, en Conmemoración del 50º Aniversario del 14 bis. de la Constitución Nacional. Recuerda el autor con esa expresión al iuslaboralista Lyon Caen.

En el orden interno, la ley 23.592, define el acto discriminatorio y prevé su reparación mediante el cese del acto la reparación in natura del daño, esto es, mediante la efectiva reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo con pago de los salarios caídos o de tramitación, con más una indemnización por los daños materiales y morales ocasionados. (arts. 1º y 2º)

Es posible identificar en todos los supuestos, un patrón de calificación íntimamente relacionado con aspectos inherentes a la dignidad de la persona; cualidades o caracteres personalísimos, sobre los que el sujeto pasivo carece de poder de control, siendo superiores a su arbitrio, ya sea por estar vinculados a su naturaleza, o a su dignidad. (11)

Conclusión que refuerza nuestra idea acerca de la índole discriminatoria del “mero” despido incausado, ya que en él, se abusa de una condición connatural del trabajador: la hiposuficiencia. (12)

Por todo lo expuesto, el acto de despido que encubre o manifieste un fin discriminatorio, está prohibido por el sistema normativo argentino vigente, en su doble dimensión —interna e internacional— y, por ende, trae aparejado el efecto jurídico propio de los actos de objeto prohibidos (art. 953 del CC), cual es la sanción de nulidad —siendo esta del tipo absoluto o radical— al lesionar un derecho humano fundamental de igualdad y trato no discriminatorio, tutelado por la Constitución Nacional (art. 16, 14bis y 43), y las leyes dictadas en su consecuencia: Ley 20.744 (arts. 17, 81 y 172); Código Civil (arts. 18, 953, 1040, 1050, 1057, 1083 ss. y cc.); ley federal 23.592 y ley 23.551 (arts. 47 a 52 ss. y cc.). A lo que se suman, diversas convenciones de la O.I.T. relativas a la discriminación, como el Convenio 87, que reconoce como derecho de todos los trabajadores la libertad de afiliación y opinión sindical; el Convenio 135 sobre la situación de los representantes de los trabajadores que expresamente prevé, como causa de discriminación, a la opinión sindical; el art. 1º del Convenio 98 sobre el derecho a la sindicación y negociación colectiva; el art. 4º párr. 2do., del Convenio 151, sobre las relaciones de trabajo en la Administración pública; el Convenio 156 sobre los trabajadores con cargas de familia y, por último, la célebre Convención 158, sobre extinción del vínculo laboral por decisión unilateral del empleador, que sin perjuicio de no gozar de la ratificación de nuestro Estado, prohíbe expresamente el despido discriminatorio, y aconseja su nulidad como sanción más adecuada (arts. 5º y 10 Conv. 158 OIT).

Entre los tratados y convenciones internacionales que prohíben radicalmente los actos discriminatorios, que como ya dijimos, desde la mentada reforma constitucional son derecho positivo vigente nacional, hallamos, a saber: La Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23 1. y 2; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2º inc. 1º, 3 y 26; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 3º y 7º; la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre, art. 2º; la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, arts. 1º y 2º inc. d); la Carta de Organización de Estados Americanos, art. 34; y la ya célebre Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7º (Pacto de San José de Costa Rica y su protocolo facultativo de San Salvador) (13). Va de suyo destacar, que al gozar dichos tratados de jerarquía constitucional, la descrita dimensión de protección contra el acto prohibido, de móvil discriminatorio, adquiere una mayor amplitud, a la luz del deber público de control constitucional inherente a la magistratura.

In suma, si el despido *sine causae* o *in nutum* constituye un acto antijurídico, al dañar —injusta y arbitrariamente— al sujeto trabajador en su dignidad y en sus bienes, en franca violación a las garantías sancionadas por los arts. 14 bis, 16, 17, y 19 de la Constitución Nacional, el acto segregatorio del empleador, que tenga y/o encubra una causa o móvil discriminatorio, estará viciado de una doble antijuridicidad, configurando una situación más gravosa que aquella primaria ilícita, no pudiendo acarrear otra consecuencia, más lógica y razonable, que la nulidad absoluta o *ab radice* del acto, y la

(11) En este sentido KIPER, Claudio (1999) en “Derechos de las minorías ante la discriminación”. Sobre los derechos con fuente en la dignidad, nos remitimos al punto 3.

(12) Síntesis conceptual sustantivada propuesta por Enrique Arias Gibert para referirse a la situación histórico-cultural del trabajador dependiente.

(13) El protocolo de San Salvador, en lo que aquí respecta, es tratado al punto 5 del presente trabajo.

reparación del status quo anque. Y ello, conforme el juegoeto prohibido por los arts. 18, 953, 1044, 1047, 1050, 1057 y 1083 de nuestro *Código Ci armónico* de los arts 49 y ss. de la ley 20.744; 2º de la ley 23.592; y todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial, el Convenio 158 de la OIT y el Protocolo facultativo de San Salvador.

Esta idea de reparación *in natura*, entendida como la solución resarcitoria más adecuada ante un despido lesivo de derechos y garantías fundamentales como el discriminatorio, no solo ha recibido acogida y en el ámbito local, sino en el extranjero, puntualmente, en la competencia del Tribunal Constitucional de España (T.C.), en donde se ha brindado a ese tipo de ilícito, un lugar preferencial dentro de la llamada teoría de la ineficacia del negocio jurídico, aconsejando su nulidad absoluta o radical; lo que constituye una muestra clara del papel protagónico desempeñado por los magistrados laborales en la obra de reforma legislativa procesal y sustancial acaecida en ese país (14), que será tratada en acápite especial.

V. El protocolo de San Salvador (15)

Así como el Dante, guiado por su maestro de Mantua, conoció acertadas sentencias de boca de sabios espíritus, de igual modo, llegó a mí el trabajo de Lombardi sobre “La muerte del despido directo arbitrario”, de la mano del maestro Meik.

Pensamos, siguiendo esa tesitura que, actualmente, ya no resulta lícito decir que la doctrina de la “validez e ilicitud” del despido directo arbitrario se halle vigente, puesto que ello importaría una contradicción *ad radice* entre una norma de mayor protección y otra de menor, que solo puede ser salvada, mediante la preeminencia de la primera sobre la segunda, en virtud del principio de aplicación de la norma más favorable (art. 9º del RCT), como manifestación específica del constitucional principio de progresividad (arts. 14bis, 75, inc. 23 CN y art. 39 de CPBA).

La solución legal frente al despido, adoptada por el Protocolo de “San Salvador” es, lisa y llana, contraria a la monetización reparadora como única solución legal. Allí, se impone a los Estados el deber de asegurar “*La estabilidad de los trabajadores en sus empleos*” y, frente al despido sin causa, el derecho a una indemnización, “*o a la readmisión en el empleo.*” (art. 7º inc. d)

De este modo, la nulidad del despido incausado, resulta una opción legal válida prevista por nuestra Constitución Nacional, mediante la incorporación y ratificación del mentado Protocolo. Porque, vale decirlo, el despido arbitrario, configura un acto discriminatorio y, asimismo, “socialmente injusto”. (16)

Recientemente, las previsiones del mentado Protocolo, han sido objeto de consideración y estudio en las “II Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (F.A.C.A.), en las que se concluyó que la aplicación del art. 7º inc. “d” del Protocolo resulta válida, ya que resulta ser la ley más favorable (art. 9º RCT). (17)

VI. La doctrina del despido radicalmente nulo en el Tribunal Constitucional de España

La sentencia del T.C, Sala II, 38/1981 (“BOE” 22-12), de 23 de noviembre de ese año, constituye el punto de partida para la construcción pretoriana de la nulidad radical, como grado de ineficacia

(14) En el año 1980, fue reformada la LPL española del 4 de julio de 1958, incorporándose a la discriminación como causa de nulidad del despido. Sin embargo, casi una década más tarde, y mediante la influencia ejercida por el TC, fue receptada la nulidad radical como única y adecuada consecuencia reparadora.

(15) Fue aprobado por la Ley 24.658 del año 1996. “Apruébase el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador...”

(16) En su proyecto de reforma del RCT del año 2006, Gianibelli, refiere a la categoría de despido socialmente injusto como especie de despido nulo.

(17) FACA, II Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo, San Nicolás, 30.9.2011. “Conclusiones...” inédito.

adecuado a la figura del despido discriminatorio y, en general, a todo acto que actúe una lesión a un derecho o garantía fundamental. (18)

La trascendencia del decisorio radica, en las consecuencias que produjo en torno al alcance de la nulidad de un despido lesivo de la libertad sindical (art. 28.1 de C.E.), al disponer que: *“El despido nulo” (...)* *“comporta, necesariamente, la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la integración de los trabajadores a su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos”* (fundamento 7). (19)

De esta manera, quedó consagrada la efectiva *“readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir”* (arts. 55.4 y 10.4 de la Ley de Procedimiento Laboral, T.O. 1980), con exclusión de toda opción de no-readmisión ni monetización sustitutiva.

Fue así, de modo pretoriano, que el T.C de España, hubo reconocido frente a las categorías tradicionales de ineficacia —improcedencia y nulidad relativa—, equiparadas, a nivel procesal, mediante una opción de no readmisión monetizada, un tercer tipo de mayor severidad, cual fue la nulidad radical o absoluta, *“sancionándose —al decir de Meik (2007)— más intensamente lo que anteriormente, a lo sumo, sólo estaba formalmente prohibido e insuficientemente garantizado”*.

VII. La recepción jurisprudencial en Argentina

Actualmente, a lo largo y ancho de nuestro país, se observa la recepción jurisprudencial de la doctrina de la nulidad radical. Se trata, pues, de criterios judiciales que nulifican despidos al estar afectados de esa doble ilicitud, representada por la ausencia de causa objetiva de despido (anti-juridicidad primaria), y por el específico fin discriminatorio del acto (anti-juridicidad secundaria o anti-constitucionalidad). En este sentido, es claro ejemplo, el célebre fallo de la Sala VI de la C.N.Trab., in re *“Balaguer c. Pepsico de Argentina SRL”*, de marzo de 2004, cuando en ocasión del tratamiento de un despido discriminatorio sostuvo que:

“Esta conclusión surge de la nulidad del acto y de lo ordenado por la ley 23.592, en el sentido de que el damnificado tiene derecho ante todo a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y a que se reparen los daños materiales y morales ocasionados. Y, en el punto, entiendo que el régimen general que rige en materia de despido y que posibilita el despido sin causa con pago de una indemnización, cede frente a las normas de rango superior o igual (tal el caso de la ley 23.592) que tutelan la dignidad del hombre y que, por ende, sancionan las conductas discriminatorias y que, ante todo, tienden a privar de efectos al acto violatorio de dichas normas fundamentales. Por lo expuesto, comparto lo resuelto por el juez de grado en orden a la reincorporación de la trabajadora que fuera objeto de un trato discriminatorio (...).”

En idéntico sentido se manifestó la Sala IX de la CNT en la causa *“Greppi”*, en fallo del 31 de mayo de 2005:

“En efecto, resulta comprendido el despido de la reclamante en dicha categoría por constituir una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho de cuño constitucional a propagar sus ideas (art. 14). Asimilado por influjo del citado art. 1º de la ley 23.592 el acto discriminatorio al acto nulo, la solución que prevé la norma en análisis cuando se encuentra comprometida la ruptura del vínculo laboral excede el marco del sistema de estabilidad relativa o impropia en el que se respalda la argumentación recursiva, ya que se impone el restablecimiento de la vigencia de la relación, sin que se sustente en norma alguna que la condición de trabajador del afectado lo excluya de la proyección de dicho esquema.”

En el mismo orden de ideas se ha pronunciado la Sala V, al tratar, en la causa *“Parra Vera”*, sobre otro caso de discriminación anti-sindical, decidiéndose que:

“El despido discriminatorio padecido por la actora es un acto nulo de objeto prohibido y, además, ilícito, por lo que propicio revocar la sentencia de grado, y hacer lugar a la acción de amparo, declarando la

(18) Según la opinión de autores de la talla de Palomeque López y Almansa.

(19) T.C de España, Sala II, fallo del 23 de noviembre de 1981, citado en Jurisprudencia consultada.

nulidad del despido, y condenando a la demandada a readmitir a la trabajadora en el empleo, y a resarcir los daños y perjuicios pertinentes (conf. arts. 18, 953, 1044, 1066, 1083 y concs., C. Civ.; 1º, ley 23.592)."

En el caso "Arecco" —fallo del 21 de diciembre de 2006— la misma Sala V, sostuvo categóricamente que:

"En definitiva, si bien en nuestro ordenamiento jurídico laboral, rige un sistema de "validez e ilicitud" al decir de Justo López, propio del régimen de estabilidad relativa, o estabilidad impropia (ver, en tal sentido, De la Fuente Horacio "Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad", Ed. Zavallia), la empleadora no podría invocar la eficacia de su decisión extintiva si el acto tiene por teleología la discriminación."

No resulta casual que, en el fallo citado, se hable de "decisión" extintiva, en lugar de "facultad", ya que como venimos afirmando, un ilícito no es un acto jurídico.

Por su parte, la Sala II de la Alzada, ha decidido en la célebre causa "Álvarez", en fallo del 30 de noviembre de 2007, a la hora de evaluar la sanción más adecuada a varios despidos antisindicales que:

"Consecuentemente, corresponde mantener la decisión de nulificar los despidos y ordenar la reinstalación de los actores, así como también el pago de los salarios caídos, como derivación de lo resuelto en torno al acto extintivo que implica considerar la subsistencia del vínculo de trabajo y su presupuesto, la disposición generadora de los salarios, en los términos de lo normado en el art. 103 de la L.C.T." (Del voto de la Dra. González, en mayoría).(20)

Sentado ello, trataremos ahora, sobre las implicancias procesales de su recepción doctrinaria en el ámbito nacional.

VIII. El sistema de presunciones como medio de protección efectiva contra el despido discriminatorio

Ya lo ha dicho con suma certeza el jurista Zas, al interpretar una regla de sentido común, según la cual, "uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria" (Fallo "Parra Vera", 2006). Y ello, porque es regla general que el agente activo de discriminación actúe subrepticamente, ocultando el verdadero móvil, toda vez que nadie puede negar el sentido inmoral, que culturalmente, se le atribuye hoy a la discriminación. A su vez, normalmente, quien discrimina en el ámbito laboral es el empleador, ya sea mediante el ejercicio del despido arbitrario, ya mediante la invocación de una aparente causa de justificación que actúe como de "cobertura" del móvil discriminatorio, ya a través del ejercicio abusivo del *ius variandi*, entre otras modalidades.

En dicho contexto, resulta pertinente, plantear la posibilidad de una inversión de las reglas tradicionales sobre la carga de la prueba (21), sobre la base del sistema de presunciones judiciales u *hominis ope indicere*. (22) El fin protectorio, alcanza así, su aplicación práctica en el ámbito del procedimiento laboral, creando justas desigualdades —al decir de Plá Rodríguez: desigualdad compensatoria—, a favor de la parte débil, en busca de equilibrio. El sistema de presunciones —cuyo ámbito de operatividad natural es el procesal— constituye así el instrumento eficaz de protección judicial de los derechos y garantías fundamentales de los trabajadores, siendo la piedra de toque. Hablamos de un plexo convictivo razonable y racional en base a indicios serios y precisos sobre la motivación atribuida al agente del despido. De esta manera, se explica, que la regla general en materia de prueba de discriminación es de signo inverso.

(20) Es este caso concreto, el que llegará a los estrados del Máximo Tribunal de la Nación a fines del año 2010, como veremos más adelante.

(21) La máxima romana dice: "Actori incumbit onus probandi; actor non probante, reus absolvitur".

(22) Deducción del Juez operada por medio de indicios. De la voz latina "indicium", cuya derivación es "indicere", que significa indicar o hacer conocer algo.

El voto del Dr. Zas ha expresa con suma claridad, la lógica del sistema en el célebre fallo “Parra Vera”:

“El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad” (Del voto del Dr. Zas, in re “Parra Vera”, ob. cit.).

A su turno, la Sala VIII, también se enrola en este camino en la causa “Cáceres” de 13 de noviembre de 2007, al decir:

“En este sentido, no dudo que en conflictos como el de autos no puede marginarse la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas o de prueba compartida, como expresión del deber de cooperación y buena fe procesales y, en tal contexto, asignar el “onus probandi” a la parte que se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de probar un hecho (...) es decir, como lo ha dicho la Corte Suprema, hacer “recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo” (Fallos 324:2689)” (Del voto, en mayoría, de la Dra. Vázquez).

Otro claro ejemplo, lo encontramos en la causa “Álvarez”, cuando la Sala II de la CNTrab. sostuvo que:

“Ante la alegación de un acto discriminatorio, mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias” (Del voto, en mayoría, de la doctora González).

Fue esta causa, la que llevó la cuestión hasta manos del Máximo Tribunal de la Nación en el año 2010. Su tratamiento será objeto del siguiente acápite.

IX. El fallo “Álvarez” de la Corte Nacional

El caso “Álvarez”, es un claro ejemplo de despido discriminatorio antisindical, en donde la empresa decidió la segregación de varios trabajadores, como medio de represalia contra la iniciativa de estos, de crear una asociación sindical. El remedio procesal idóneo, utilizado por los trabajadores afectados, fue una acción sumarísima —amparo sindical del art. 47 de ley 23.551— promovida ante la autoridad judicial competente, por la que se solicitó la nulidad de los actos discriminatorios (cese de los despidos) y la consiguiente reinstalación de los actores en sus puestos de trabajo. La CNT, Sala II, confirma el pronunciamiento de primera instancia, compartiendo los fundamentos.

Finalmente, llega la cuestión ante los estrados de la Corte de la Nación quien en diciembre de 2010 consagra, a nivel nacional, la doctrina de la nulidad radical del despido de móvil discriminatorio, declarando *in concreto* válida y legítima la nulidad absoluta de los despidos antisindicales dispuesto por la empleadora. Recordando, para así decir, a la elaboración doctrinaria del T.C de España supra reseñada y acogiendo plenamente el principio procesal de “carga dinámica de la prueba”, allí elaborado.

Asimismo, el Máximo Tribunal, declaró aplicable la ley 23.592, en materia laboral, zanjando toda duda convidada por algún sector.

La Corte deja bien en claro, que no existe un derecho a despedir discriminatoriamente, pero no salva dudas sobre la existencia o no de un derecho a despedir sin causa. Anacrónicamente —sin estar a la altura de las exigencias axiológicas de su tiempo— cita indirectamente la doctrina de la Corte en fallos “Deluca” y “Figueroa”, suspendiendo el engañoso péndulo del poder sobre uno de los dos polos de aquel histórico binomio con el que comenzáramos estas líneas.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires —con diferencia de días— recepta plenamente la “doctrina” del fallo “Álvarez”, al resolver in re “Villalba”, con el mismo penoso margen de duda.

X. Conclusión

Para finalizar, a modo de síntesis conceptual, nos parece oportuno precisar el contenido de aquellas proclamadas “*exigencias de nuestro tiempo*”, que no es otro, que el plexo axiológico de nuestro pueblo en esta etapa de su historia, y que se nos revela como cambio cultural radical que conlleva el paso de la democracia política a la democracia social; del Estado liberal al Estado de Derecho Social; del Derecho Social ortodoxo al Derecho Social como apéndice de los Derechos Humanos; del sistema legal piramidal al sistema de preeminencia de la norma más protectora y progresiva; de la democratización de las relaciones laborales y de la ciudadanía en el ámbito de la empresa, y a pesar de ella... Para que podamos decir, sin temor ni dudas, que el Hombre es el Señor de todos los mercados.

XI. Bibliografía

- ALMANSA, Pastor (1968). *El despido Nulo*. Madrid. Tecnos.
- BARRERA NICHOLSON, Antonio J. (2009). El despido discriminatorio por violación de la libertad sindical. EN *el DIAL — DC110E*.
- CORNAGLIA, Ricardo Jesús (2003). La constitucionalización del principio de progresividad. En: *Revista de Derecho Laboral*. Buenos Aires. T. XVII, 214.
- CURURCHET Eduardo y BARREIRO, Diego (2008). Sobre el tipo de reparación adecuada al despido discriminatorio. Inédito.
- Diccionario de la Lengua Española. Madrid. 20 ed. 1984.
- ELFMAN, Mario (2000). La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio. En: *Revista de Derecho Laboral*. T. IX1, 1.
- FERNADEZ MADRID, Juan Carlos (2007). *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. 3ra. edición. T. I y II. Buenos Aires. La Ley.
- FOUCAULT, Michel (1996). *Genealogía del Racismo*. Buenos Aires. Altamira.
- KIPER, Claudio. (1999). *Derechos de las minorías ante la discriminación*. Buenos Aires. Hammurabi.
- MEIK, Moisés. Después de 50 años el Catorce Bis se proyecta al ritmo universal de la justicia. En: *Jornadas en Conmemoración del 50 Aniversario del 14bis de la Constitución Nacional*. (2007, Córdoba). Inédito.
- MEIK, Moisés (2003. Inédito). *Estudio de doctorado en Economía Industrial y Relaciones Laborales. La protección contra el despido injustificado en España como derecho al trabajo con estabilidad*. (Master) Universidad de Castilla-La Mancha, Campus Albacete.
- MEIK, Moisés. En el veneno está el antídoto: El Derecho al trabajo proyectado como un Derecho Fundamental de protección efectiva contra el despido. *Jornadas en Conmemoración del 50º Aniversario del 14 bis de la Constitución Nacional*. (2007, Córdoba). Inédito.
- MONEREO PEREZ, José Luis (1996). *La carga de la prueba de los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Madrid. Trotta.
- LOMBARDI, Juan Carlos (2009). Muerte del despido directo arbitrario. Inédito.
- PALOMEQUE LOPEZ (1986). El despido radicalmente nulo En: *Revista de Derecho Social*. Madrid. TX. 78.
- PEREZ REY, JOAQUIN (2001). *Estabilidad en el empleo*. Madrid. Trotta.
- XII. Jurisprudencia consultada**
- CSJN. (07.04.1995) “Giroldi, Horacio David s/Recurso de Hecho. *Fallos*. 1995, 318:514.

- CSJN (14.09.2004), “Vizzoti, Carlos A c. AMSA S.A.” *Fallos*. 2004. 327:3677.
- CSJN (07.08.1990) “Soengas Héctor C/Ferrocarriles Argentinos” *La Ley*, 1996-B, 18.
- CSJN (10.06.1992), “López Antonio M c. Explotación Pesquera de La Patagonia” *Fallos* 1992. 334:1245.
- CSJN (19.10.1990) “Cacace, Josefa c. Municipalidad de Buenos Aires” *Fallos*, 1990, 313:664.
- CSJN (25.02.1969) “De Luca José c. Banco Francés del Río de La Plata s/reincorporación”. *Fallos*. 1969. 273:87.
- CSJN (04.09.1984) “Figuroa Oscar c. Loma Negra CIASA”, *La Ley*, 1985-B, 326. *Derecho del Trabajo*, 1984-B, 1809. *Fallos*. 1984. 306:1208.
- SCJBA, (22.12.2010) “Villalba, Franco Rodrigo c. The Value Brands Company de Argentina s/Amparo”. *La Ley*, 2011-A, 43.
- CNTrab. Sala V, (14.06.2006) “Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A.” *La Ley*, 2006-D, 217.
- CNTrab- Sala V (21.12.2006) “Arecco, Maximiliano c. Praxiar SA”. *La Ley*, 2007-B, 607.
- CNTrab. Sala II, (25.06.2007) “Álvarez, Maximiliano c. Concecud SA”. *La Ley*, 2007-E, 38.
- CNTrab. Sala VII — 05/7/2007 “Jiménez, Hugo Oscar c. Jockey Club s/despido”.
- CNTrab. Sala VI. (10.03.2004) “Balaguer Catalina Teresa c. Pepsico de Argentina SRL s/ Juicio sumarísimo”. *Derecho del Trabajo*. 2004, 775.
- CNTrab. Sala X, (21/6/2001), “Stafforini, Marcelo c/Ministerio del Trabajo”. En Boletín temático de Jurisprudencial. CNT 2001. julio 2003.
- CNATrab. Sal V, (20/12/2007), “Quispe, Quispe, Néctar c/Compañía Argentina de la Indumentaria S.A. S/Juicio sumarísimo”. En: *Boletín temático de Jurisprudencia*. CNT. Julio/2007.-
- CNATrab. Sala V, (20/08/2008), “Belén, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina S.A.”
- CNTrab. Sala IX, (31/05/2005) “Greppi, Laura Karina c. Telefónica de Argentina” En: *Boletín temático de Jurisprudencia*. CNT. Julio/2007.
- Tribunal Constitucional de España. Sala II. (23.11.1981) Sent. 38/1981, “BOE”, 22-12.
- Superior Tribunal de Justicia. Provincia de Río Negro, (02/06/2005), in re “Pellejero, María Mabel s/ Amparo s/ Apelación” (Expte. 19872/04-STJ-).

El cambio social, las políticas criminales erráticas, el discurso punitivo

POR JULIO RUBÉN IZA (*)

Sumario: I. Introducción. — II. La política criminal y los diseños de políticas públicas. III. Las reformas legislativas en la provincia de Buenos Aires de carácter punitivo. — IV. Las políticas de seguridad y los discursos políticos. — V. Hacia un sistema penal eficaz. — VI. Las políticas de seguridad en la ciudad de La Plata. — VII. Conclusiones. — VIII. Bibliografía. — IX. Legislación Consultada. — X. Jurisprudencia Consultada. — XI. Otros documentos consultados.

Resumen

Así como los fundadores de la sociología estudiaron el cambio social, porque era el tema central en sus escritos en aquel momento; hoy se debe investigar las relaciones entre la estructura social y los fenómenos individuales como causas del delito, para poder realizar diseños de políticas criminales, en democracia estas políticas se deben realizar a través de acuerdos entre dirigentes políticos y sociales, partiendo de la premisa de que nadie tiene toda la razón, para que de esta manera puedan ser sostenidas en el tiempo independientemente de quienes se encuentren en el gobierno.

Palabras clave: cambio social - políticas criminales - acuerdos políticos.

SOCIAL CHANGE, ERRATIC CRIMINAL POLICY AND PUNISHMENT DISCOURSE.

Abstract

In the same way the founders of sociology studied social change, because it was the central topic in their writings at that time; today it has to be studied the relationships between the social structure and the individual phenomena as crime causes, so criminal policies can be designed. In a democracy, these policies have to be achieved by agreements between political and social leaders, based on the premise that nobody is totally right, so these policies can be sustained throughout time regardless of who is in charge of the government.

Key Words: social change- criminal policy-political agreements.

I. Introducción

Desde el inicio de la Sociología los autores estaban preocupados por el cambio social, refiriéndose a Durkheim dice (Giddens, 1993:48) “el tema central que animaba sus escritos era el del cambio: tal como virtualmente todos los principales pensadores sociales de su generación, estaban preocupados sobre todo por la confrontación entre la sociedad ‘tradicional’ en disolución y el tipo ‘moderno’ emergente”.

(*) Jefe de Trabajos Prácticos Interino de Sociología Jurídica, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

Este fenómeno del cambio social lo podemos observar en Augusto Comte, (1) en Carl Marx, (2) Emile Durkheim, (3) F. Tönnies, (4) Max Weber, (5) entre otros.

Por los escritos de estos fundadores de la disciplina que investigaron el cambio social, en esa misma dirección, en la actualidad las investigaciones empíricas demuestran la relación existente entre las crisis socioeconómicas y los delitos contra la propiedad. (Kessler, 2009), (Cieza, 2012:125).

La explicación a este fenómeno es que las personas cometen delitos, además trabajan, cuando se producen las crisis socioeconómicas pierden el empleo y sólo viven del producto del delito, por eso su incremento.

Este fenómeno social es desconocido por quienes implementan las políticas de seguridad, la característica de las políticas criminales de los diferentes gobiernos en Argentina, es que son erráticas y de carácter punitivo (6), esto tiene que ver con diferentes factores, el temor social a la inseguridad por un lado, —que aparece en las encuestas como la mayor preocupación—, que presiona a los dirigentes políticos para dictar normas con carácter represivo, lo que implica una recarga sobre el sistema penal y en particular sobre el sistema carcelario que termina aumentando el nivel de reiteración delictiva, por el efecto criminógeno de la cárcel (Quintero, 2013), pero sin tener en cuenta que el delito es un fenómeno social multicausal, al que hay que investigar en forma transdisciplinar, para aplicar políticas de seguridad.

(1) En la descripción que hace de la ley de la evolución intelectual de la humanidad o ley de los tres estados. (Comte, 1982: 41).

(2) Entre otras de sus obras en el Manifiesto Comunista, en la descripción que hace del pasaje de una sociedad medieval, a una sociedad capitalista y finalmente a una sociedad comunista. (MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, 2004).

(3) Se ocupa del cambio social cuando describe las características de la sociedad primitiva y su relación con la solidaridad social —mecánica— y el derecho represivo, y la sociedad moderna determinada por la división social del trabajo, la solidaridad orgánica y el derecho restitutivo. (DURKHEIM, 2004).

(4) Analiza el cambio social cuando describe las características del pasaje de la comunidad a la sociedad. (TÖNNIES, 1979).

(5) Se preocupó por el tema del cambio social en La ética Protestante y el espíritu del Capitalismo, refiriéndose como las ideas religiosas produjeron entre otras razones la aparición del capitalismo moderno. (WEBER, 1983).

(6) (BOMBINI, 2010: 371) afirma que: "... si se aprecia en el escenario político criminal local reciente dos momentos de fuerte ascenso del denominado 'populismo punitivo', hoy parece consolidarse una nueva acentuación de la demagogia penal". Se pueden citar ejemplos que después de la comisión de un hecho delictivo que causó conmoción pública esto concluyó en reformas al Código Penal aumentado las penas; como consecuencia del secuestro y asesinato del joven Axel Blumberg en marzo de 2004, se modificó el artículo 55 del Código Penal por la ley 25.928 (B.O. 10/9/2004) en el caso de concurso real de delitos, antes de la reforma, la pena no podía exceder el máximo de pena para el delito de que se tratase (veinticinco años de reclusión o prisión el máximo), después de la reforma esta suma no podrá exceder de cincuenta años de reclusión o prisión. En 1999, a raíz de las presiones de grupos feministas y diversas opiniones que reclamaban un mayor castigos para los abusos sexuales, particularmente a partir de un fallo de la Cámara de la Justicia Nacional (que no consideró violación la fellatio forzosa), se modificó el capítulo de delitos sexuales del Código Penal (ley 25.087), unificando la calificación de tipos penales, abriéndolos, y aumentando los máximos... También en 1999 el Congreso, a partir de la conmoción pública suscitada por el antes mencionado caso 'Cabello' en que un conductor que jugaba 'picadas' chocó y mató a dos víctimas, y a instancias del Presidente (de La Rúa) a fines del año 1999 agravó en dos años el máximo cuando el homicidio fuera por tránsito y con pluralidad de víctimas (ley 25.189)". Esto es citado por Gutiérrez (2010:397). En esta misma dirección de aumentar penas creyendo que van a prevenir el delito se dicta la ley 26.791 (B.O. 11/11/12) que modifica el artículo 80 del Código Penal de la Nación, donde se tipifican los homicidios calificados, con esta disposición se agrega la pena del artículo 52 del Código Penal, la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria a la última condena.

II. La Política Criminal y los Diseños de Políticas Públicas

Analizando el tema de la gestión de políticas públicas (7) y realizar diseños de política criminal (8) esto debe llevarse adelante a través de los acuerdos de los dirigentes políticos y sociales, con participación de la comunidad, para una mejor gestión de los conflictos sociales, además de realizar investigaciones empíricas que midan esas políticas públicas para conocer la eficacia de las mismas.

Afirma Binder, que la función de la política es resolver los conflictos sociales a través del logro de consensos sociales y dice:

“... Los sistemas democráticos, con todas sus imperfecciones, tratan de abordar estas cuestiones; tras ese objetivos parten de suponer que nadie tiene toda la razón acerca de lo que es necesario hacer. Por eso generan mecanismos para gestionar la conflictividad social y construir consensos. Todo ello en el marco de un procedimiento que permita conocer las opiniones de todos, que posibilite discutir y una vez alcanzada alguna solución, se lo pueda sostener con fundamentos que puedan ser conocidos también por todos” (2004: 19).

Este mismo autor, al profundizar el tema de la conflictividad social, da un ejemplo de aquella cuando afirma:

“La situación empeora cuando el porcentaje de personas que están excluidas de los bienes elementales es muy alto. En nuestro país esos niveles son, obviamente, muy elevados. Sólo en el Gran Buenos Aires existen un millón y medio de jóvenes entre 14 y 21 años que son pobres, que no estudian, que no tienen trabajo estable.

Estos datos hablan de un nivel de exclusión donde es inevitable que se presenten enormes conflictos de seguridad. Supongamos (en un ejercicio hipotético) que sólo un diez por ciento de ese número de jóvenes generara acciones vinculadas con hurtos, robos o actos violentos en general. Eso significaría que ciento cincuenta mil personas realizarían actos de esa naturaleza” (2004: 22).

Por las razones antes mencionadas sobre la conflictividad social es que se debe poner primero el acento de políticas pública que trabajen sobre la prevención social del delito, en este mismo sentido Binder afirma que la prevención en sentido estricto es la que se encarga de evitar que la conflictividad alcance niveles mayores de violencia (2004). Obviamente, toda política pública genera mayores o menores consecuencias indeseables; si por ejemplo tuviéramos una mejor distribución de la riqueza o del gasto público, probablemente existirían menores conflictos de seguridad; pero esas son tareas propias de la política económica o de la administración de las finanzas públicas.

También conjuntamente a partir de las políticas de prevención social, hay que poner el acento las políticas de prevención situacional, ya que estas evitan que el conflicto se desarrolle, en este sentido es importante entender que la disuasión, en cambio, previene la aparición de un conflicto (o de una manifestación desatada por él) porque lo contiene y no porque acabe con la existencia de la dificultad originaria. Esto no significa que las políticas disuasivas no sean necesarias; al contrario, ellas forman parte importante de la políticas de seguridad. Se habla del patrullaje, de la vigilancia de espacios

(7) (BINDER, 2004:26). Se refiere a las políticas públicas: “Al conjunto de instituciones que se preocupan de intervenir con distintos instrumentos y métodos lo llamaremos sistema público de gestión. Al conjunto de políticas encargadas de crear, sostener y perfeccionar ese sistema lo denominaremos, simplemente, políticas de gestión”.

(8) (BINDER, 2004:27). Afirma: “... cuando queremos autorizar al Estado a utilizar sus instrumentos violentos (cárcel, detenciones, etc.) debemos crear antes un delito que describir con toda precisión en qué casos el poder está autorizado a ejercer esa violencia. Generar esa figura es, pues, una decisión política de mucha gravedad. El segmento de las políticas de gestión que se preocupa de cómo, cuándo y para qué crear delitos, lo conocemos como política criminal”.

públicos, de los puestos de control, etc. Existen otras alternativas de disuasión que tienden a evitar que se generen situaciones favorables para la aparición de delitos o de sus manifestaciones violentas; estas medidas tienen que ver con la iluminación de lugares públicos, la generación de ambientes hostiles a la delincuencia y demás.

En texto de (Ciafardini, 2006:103) donde se describe el Plan Nacional de Prevención del Delito (9) en la introducción se hace un diagnóstico de la seguridad ligada al delito en las últimas décadas en Argentina la cual se comparte, por lo tanto se resumirá sintéticamente.

Este autor (Ciafardini, 2006:104) dice:

“La Argentina constituye un universo complejo en el que se reúnen espacios urbanos diversos, en función de múltiples variables demográficas, políticas, económicas y culturales. Estos espacios urbanos presentan tendencias en cuanto a la evolución de la seguridad urbana que muchas veces no sólo no coinciden sino que son contradictorias entre sí. Por consiguiente, resulta muy difícil aislar dinámicas de la seguridad urbana con respecto al conjunto del país...es posible afirmar en función de la evidencias empíricas existentes que en determinados espacios urbanos de nuestro país se ha dado, desde 1990, un crecimiento constante de la inseguridad urbana”.

Más adelante (Ciafardini, 2006:105) afirma:

“En los últimos años ha aumentado efectivamente la criminalidad, sobre todo en ciertas jurisdicciones como la provincia de Buenos Aires, la ciudad de Buenos Aires o la provincia de Mendoza. Por un lado, se trata de los llamados ‘delitos callejeros’ o ‘delitos predatorios’: fundamentalmente, determinada gama de delitos contra la propiedad, como los hurtos y robos —especialmente acompañados del uso de la violencia—, y determinados tipos de delitos contra las personas, como las lesiones. Este tipo de delitos se desarrolla principalmente en el espacio público —aunque también se da en el espacio privado, como en el caso de la violencia doméstica—, y la mayor parte de sus víctimas provienen, como muchos de sus autores, de los sectores sociales de menores recursos económicos, sociales y culturales, y por ello tienden a concentrarse geográficamente en las áreas más degradadas de espacio urbano”.

En el texto de Ciafardini hace una descripción detallada del Plan Nacional de Política Criminal, a continuación se realizará una descripción sintética del mismo el que fue sancionado en el año 2000 por la Dirección Nacional de Política Criminal.

Meta:

El Plan Nacional de Prevención del Delito se propone como meta contribuir al mejoramiento de la seguridad urbana en la Argentina, promoviendo la reducción de la criminalidad y la sensación de inseguridad, a través de la puesta en marcha de mecanismos preventivos más allá del sistema penal, que apuntan al fortalecimiento del sistema democrático a través de esquemas de compromiso, cooperación y articulación entre actores gubernamentales y la participación activa de los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil.

Objetivos:

- 1) Reducir los delitos callejeros, especialmente los delitos contra la propiedad y contra las personas que implican el uso de la violencia física, en centros urbanos grandes y medianos de la Argentina.
- 2) Disminuir la sensación de inseguridad frente a los delitos callejeros en centros urbanos grandes y medianos de la Argentina.

(9) En el texto de (CIAFARDINI, 2006:103). Describe los lugares donde se aplicó brevemente y en forma discontinua el Plan Nacional de Prevención del Delito, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad de Buenos Aires, la Provincia de Mendoza, Río Negro, Entre Ríos, Tucumán, Formosa y Santa Cruz.

Objetivos complementarios:

- 1) Fomentar la activa participación de actores no gubernamentales.
- 2) Colaborar en la producción de una nueva cultura en materia de seguridad urbana.
- 3) Construir una red de compromiso, cooperación y articulación entre actores gubernamentales de nivel nacional, provincial y municipal.
- 4) Promover la transformación de las instituciones policiales para la generación de técnicas de intervención fundadas democráticamente.

Diagnóstico y selección de zona de implementación

Una vez constituida la estructura de gestión del PNPd (10) se procederá a desarrollar un diagnóstico científico del estado de la seguridad urbana en la ciudad respectiva. Este diagnóstico científico deberá basarse en las siguientes fuentes cuantitativas de información.

- *Estadísticas policiales.
- *Estadísticas judiciales.
- *Estadísticas de victimización.

Mapeo de las zonas de implementación

Una vez definidas las zonas de implementación del PNPd, el Equipo de Implementación Municipal, con la colaboración del Equipo de Implementación nacional, desarrollará un “mapa” de cada una de dichas áreas urbanas.

Ese mapa deberá describir y analizar las características demográficas, sociales, económicas e infraestructurales de la zona de implementación. En este mapa deberán consignarse los elementos clave de estos tres tipos de rasgos: por ejemplo, la proporción de jóvenes residentes, la incidencia de la pobreza o la cantidad de espacios verdes en la zona de implementación, etc.

Estrategias de prevención del delito

Dado que los espacios en los que se implementará el PNPd —zonas de ciudades grandes y medianas del país— poseen características diferenciadas desde el punto de vista social, económico, cultural, político y delictivo, los problemas y las prioridades que se establezcan en cada uno de ellos tendrán un amplio grado de variabilidad.

Por lo tanto se apuntará a realizar estrategias de prevención integrada del delito, tal como se entiende en el PNPd, implica la puesta en marcha medularmente de la estrategia de prevención social —aquella dirigida a incidir en los factores asociados a proceso políticos, económicos y culturales que generan delitos—, combinada con ciertos elementos de la estrategia de prevención situacional-ambiental aquella destinada a reducir las oportunidades de realización de los delitos, cuidadosamente seleccionados y articulados.

Prevención social

La estrategia de prevención social del delito asume que la criminalidad en nuestra actualidad posee una etiología compleja que se enraíza en profundos procesos políticos, económicos y culturales, como las metamorfosis de las condiciones laborales, los cambios en la organización de la vida fami-

(10) Desde ahora se utilizará las siglas PNPd para referirse al Plan Nacional de Prevención del Delito.

liar, las transformaciones del sistema educativo, el impacto cultural del individualismo, el crecimiento de la pobreza, la desigualdad y la exclusión social.

Por ello, la estrategia de prevención social del delito busca incidir en estos factores asociados a la generación de criminalidad a partir de incentivar de diversas formas la integración social, económica y cultural.

Prevención situacional-ambiental

La estrategia de prevención situacional-ambiental comprende un conjunto de medidas dirigidas a reducir las oportunidades de realización de ciertos delitos (tal como son percibidos por los potenciales ofensores) a través de la transformación del ambiente inmediato en que éstos ocurren.

El programa Comunidades Vulnerables

Como lo establece el PNPD, se reconoce la necesidad de poner en marcha especialmente estrategias de prevención social del delito, en este sentido, a finales del año 2001 se diseñó el programa Comunidades Vulnerables.

Este consiste en un modelo específico de abordaje territorial, centrado en dos ejes de acción interrelacionados:

*La integración social.

*La prevención del delito y la violencia.

Monitoreo

La actividad de monitoreo consistirá en producir información sobre las diversas actividades del proceso de implementación del PNPD, verificando si éstas se ajustan a la planificación.

Evaluación

Una evaluación sería resulta clave, en tanto ejercicio de autocrítica par el perfeccionamiento de las estrategias e intervenciones preventivas.

Evaluación cuantitativa

Esta forma de evaluación explorará, a través de metodologías de investigación social cuantitativas, el grado de realización de los objetivos del plan.

Evaluación cualitativa

Este tipo de evaluación se construye a partir de metodologías de investigación social cualitativas, un trabajo etnográfico detallado y agudo sobre el proceso de implementación en cada una de las zonas urbanas específicas, una descripción analítica de su nacimiento, desarrollo y estado actual.

La reflexión que se puede realizar, es que existiendo un Plan Nacional de Prevención del Delito desde el año 2000, sólo se aplicó en pocos lugares del país y por tiempo limitado, las políticas públicas de seguridad tienen que ver más, por las decisiones que toman los dirigentes políticos de turno en el poder, Presidentes, Gobernadores, Intendentes, que muchas veces están ligadas a los reclamos sociales por mayor seguridad que terminan traducándose en políticas de índole represivas.

III. Las reformas legislativas en la provincia de Buenos Aires de carácter punitivo

Se puede observar una vez más, en la Provincia de Buenos Aires, la actitud de utilizar el proceso penal no como un instrumento para reglamentar las garantías constitucionales establecidas en la

constitución nacional, sino como una herramienta de carácter punitivo, negando para determinada categoría de delitos la posibilidad de excarcelar a los imputados sometidos a proceso. Descociendo expresamente fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en particular, N. 284. XXXII. Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis de Código Penal. Del 22/12/1998. Que dice:

“... la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas —por más aberrantes que puedan ser— como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legiferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido preventivamente esa calidad...”

En la Provincia de Buenos Aires nuevamente se cambia el régimen excarcelatorio modificando este año, el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal mediante la ley 14.434 (B.O. 8/2/2013) en la actual redacción, deniega la excarcelación en caso de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre, el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento. Además la presente ley se aplicará con efecto retroactivo. (11)

Esta nueva disposición, repitiendo las mismas estrategias que la ley 12.405, —durante el período del Gobernador Ruckauf, ampliando esta restricción con las leyes 13.177, 13.183 del año 2004 durante el gobierno de Felipe Sola—, intentando combatir el delito limitando la excarcelaciones sin tener en cuenta la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país, donde afirman que la libertad del imputado debe ser la regla general durante el proceso y la detención la excepción; en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, V-856 - XXXVIII-Rec. De hecho, sent. del 03/05/2005, se declaró que la legislación provincial no se ajustaba a la Constitución Nacional y los tratados internacionales, por lo tanto debía adecuarse.

Seguramente aplicando la jurisprudencia mencionada y otros precedentes, esta reforma legislativa introducida al artículo 171 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, será declarada inconstitucional por los jueces. (12)

En referencia a lo que se acaba de mencionar, en la causa 1-72427 caratulada “Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y otros c/ Provincia de Bs. As. s/inconstitucionalidad Ley 14.434”, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires el día 26/02/2013 dispuso como medida cautelar, la suspensión de los efectos de la ley 14.434, hasta tanto se dicte sentencia defi-

(11) La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo A. 112. XLI. “Recurso de hecho Arce, Enrique Hermínio s/ homicidio agravado al ser cometido con ensañamiento, etc. —causa N° 5531— del 1/4/2008. Adhiriendo al dictamen del Procurador General de la Nación dispuso que corresponde la aplicación de la ley más benigna, “Más aún, tratándose de normas que afectan la libertad ambulatoria, la prohibición de retroactividad regiría incluso si se considerara que revisten carácter procedimental”.

(12) (PENNA, 2013:1) cita a Einstein cuando dice: “Locura es hacer la misma cosa una y otra vez esperando obtener diferentes resultados”. Este autor describe los problemas constitucionales de la norma en estos términos: “Muchos son los problemas que el proyecto en estudio evidencia frente a un análisis de constitucionalidad/conventionalidad, y que podrían agruparse, básica y principalmente, en los siguientes puntos: (a) vulneración del principio de inocencia —y de excepcionalidad del encarcelamiento preventivo—, (b) vulneración del principio de proporcionalidad del encarcelamiento preventivo, (c) vulneración del principio de igualdad ante la ley, (d) vulneración del principio de división de poderes, (e) afectación de los principios de culpabilidad, derecho penal de acto y ne bis in idem por alentar la aplicación de un tipo penal que se aparta en forma manifiesta de esos principios, y (f) vulneración del principio de legalidad e irretroactividad de las normas procesales que coarten o restrinjan derechos previamente reconocidos o contemplados con mayor amplitud”. Mimeo.

nitiva que resuelva el planteo de inconstitucionalidad presentado, por el CELS y otras organizaciones sociales.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al conceder la medida cautelar de suspensión de la ley 14.434, está adelantando que va a declarar inconstitucional la norma, es por ello que desde el Poder ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires se adelantó, a través de los medios de comunicación, que se dictaría una nueva norma que se adecuara a lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

IV. Las políticas de seguridad y los discursos políticos

Hoy la mayor preocupación social es la inseguridad ligada al delito, los ciudadanos traducen ese reclamo "... en mayores penas para los que cometen delitos", "... que los que cometen un delito no entren por una puerta y salgan por la otra", etc.

Esta demanda social, influye en los dirigentes políticos, algunos acuerdan con este reclamo social, otros no, pero con el objetivo de obtener un mejor posicionamiento electoral, dictan medidas en esta dirección.

Lógicamente, estas decisiones políticas, de aumentar las penas en el Código Penal, limitar la posibilidad de excarcelar imputados sometidos a procesos penales, contribuyen a detener mayor cantidad de personas en comisarías y cárceles, imposibilitando algún tratamiento penitenciario y de reinserción social, lo que influye, además de otras razones en un aumento de la reiteración delictiva.

Otro tema importante es lo inapropiado de utilizar el tema de la seguridad con fines exclusivamente electoralistas (13), (Bombini, 2010:371) dice:

"Y actualmente, ya parece que estamos inmersos en un momento de ascenso de esta lógica expresiva, abierta por una serie de hechos recurrentes que han motorizado en la lógica electoralista tanto al oficialismo como a los principales referentes de la oposición a acudir a expresiones bélicas, altisonantes y expresivas en pos de mostrarse duros frente al problema criminal y captar eventualmente adeptos en la lógica electoralista, máxime cuando se presenta un fuerte debate instaurado en torno a ciertas muestras de debilidad que vienen apreciándose en el sector oficialista".

Entonces vemos que el debate político pasa por el reclamo de mayor severidad judicial encarnado al unísono por los más altos funcionarios del gobierno nacional y encabezado por la propia presidente de la Nación (14), secundada por el ministro de Justicia de la Nación (15) y el propio ex presidente de la República (16), e inusitadamente hasta por el propio presidente de la Excma. Corte Suprema

(13) (FREDERIC, 2004:28). Esta autora afirma que "desde las investigaciones de Antropología y Sociología Política se estudia la separación entre la esfera política y la esfera moral", cita a Claudio Lomnitz, cuando afirma que "expresamente conceptualiza la moral como un 'orden normativo' diferenciado de las 'exigencias prácticas del poder', ratificando dicha separación entre política y moral, y la dinámica que cualquier posible relación entre ambas imprime a procesos concretos". Más adelante la autora afirma: "el discurso político puede encarnar evaluaciones morales con efectos prácticos, a través de la persuasión y la performance de la retórica sobre el campo político... Como señala Pierre Bourdieu: 'En política, 'decir es hacer', quiere decir, hacer creer que se puede hacer lo que se dice...'"

(14) Clarín, "Muchas veces, la Policía detiene y la justicia libera. Los jueces tienen los instrumentos para denegar excarcelaciones". 02/11/2008.

(15) Clarín, "Un delincuente que no debía estar en la calle cometió un delito. Vamos a ir a buscar al señor Juez que lo liberó". 02/11/2008.

(16) Clarín, "No van a alcanzar las leyes si hoy entran y mañana salen. Es hora de que la Justicia se ponga los pantalones largos". 02/11/2008.

de Justicia de la Nación (17), y seguido de persecuciones incesantes a funcionarios judiciales por sus sentencias ‘favorables a los delincuentes’, con adjetivaciones y descalificativos altisonantes (18) en procura de diseñar estrategias de desresponsabilización y capitalización electoralista. (19)

El Gobernador de la Provincia de Buenos Aires también tuvo algo que decir en el debate. (20)

También en este debate político por la seguridad la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires estuvo presente. (21)

(17) Clarín, “Los jueces deben entender que el respeto de las garantías no tiene nada que ver con la noción de puerta giratoria”. 02/11/2008.

(18) El propio jefe de Gabinete del gobierno nacional, Sergio Massa, subió del tono de la discusión acorde a esta estrategia emotiva: “también quiero invitar a que el Juez (Rafael) Sal Lari y la Fiscal (María del Carmen) Gigante pongan la cara ante los vecinos de Tigre y les expliquen por qué en Talar deben convivir con un violador, que fue dejado libre por un error, o con los integrantes de la banda que robó el banco de Acasusso (...) lo mejor es ponerle nombre y apellido a las cosas porque si frente a un detenido aparece un Juez o Fiscal, que por error o incapacidad, queda en libertad, lo que termina pasando es que la sensación de impunidad consolida el temor... Y es por ese error o ineficiencia que los vecinos de Tigre hoy tienen que convivir con un violador libre en la calle, o también con los integrantes de la banda que robó el Banco Río de Acasusso o los responsables del homicidio del ingeniero Regis”, Clarín, 8/23/2009. En el mismo periódico se afirmaba que “Massa ha mantenido en las últimas horas reuniones con el diputado Guido Lorenzino, el senador José Molina y el responsable del Jury de enjuiciamiento de la Provincia Bonaerense, Ulises Jiménez, con el objetivo de solicitarle el aceleramiento del proceso de enjuiciamiento de Sal Lari y Gigante que según el pensamiento del Jefe de Gabinete representan un obstáculo en el combate contra la inseguridad”, y que lo “más importante en este momento es que hagamos cumplir la ley y no nos quedemos en baches o artilugios para que queden delincuente libres”.

(19) En el documento Asedio a los jueces penales, suscripto por la denominada Red de Jueces, se afirmó resultar “chivos expiatorios” de los rebrotes delictivos y “nuevamente advertimos un generalizado recrudescimiento de las imputaciones de funcionarios políticos nacionales, provinciales y municipales, así como de formadores de opinión (incluyendo a personajes mediáticos y de la farándula), dirigidas en contra de los jueces”. Asimismo, aclarando la carencia de competencias judiciales en la adopción de políticas vinculadas a la seguridad pública y la imposibilidad de asumir una función de continuación del actuar policial, en tanto poder independiente vinculado al control de aquellas actividades en cuanto a sus posibles excesos o abusos, se afirma también que “asociar de manera directa y automática como a menudo sucede el acuciante auge de la criminalidad o, en ciertos casos puntuales, la comisión de delitos graves y gravísimos con las libertades concedidas, preventivamente, por los criterios resultantes de los pactos internacionales de derechos humanos sobre la ejecución de las penas carcelarias, conlleva un alarmante desconocimiento jurídico (cuando no mala fe, ante el aprovechamiento oportunista del desasosiego que generan las repetidas situaciones de inseguridad) por parte de quienes emiten tales descalificaciones.” Y criticando el vínculo entre crecimiento delictivo y “mano blanda”, se dice que “de haber sido así, por ejemplo, tanto la legislación aprobada en el gobierno bonaerense de los años 2000 y 2001 bajo los auspicios de la doctrina de “ley y orden” o, más recientemente, el severo endurecimiento penal que trajo consigo la campaña mediática y social que impulsara el ex ingeniero Juan Carlos Blumberg, habrían provocado un brusco descenso de los índices delictivos, lo que de ninguna manera ocurrió. Ese tipo de ‘soluciones providenciales’ trajeron otro tipo de resultados”, en referencia al espasmoso incremento de la población prisionalizada. Culminando en que “la solución de fondo al problema que hoy inquieta a la sociedad, acaso deba buscarse a partir de la prevención del delito, adoptando medidas que tiendan a reducir la exclusión y la marginalidad social, a través de políticas activas del estado en materias tales como educación, salud, trabajo, vivienda, integración familiar, etc., respecto de los cuales los jueces no tenemos ninguna injerencia. Sabido es que no existe mejor política criminal que la justicia social”.

(20) Scioli expresó: “La mayor frustración para un buen policía es que después de hacer un buen trabajo y detener a un delincuente lo vea el otro día caminando por el barrio. Que quede claro que cuando hablo de hipergarantismo hablo de los casos en los que la ley se aplica con ligereza; no hablo de las garantías constitucionales. Tampoco le hablo a ningún Juez en particular, porque no me corresponde”. Clarín, 4/2/2009.

(21) La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en su resolución 744/09 firmada por los jueces Juan Carlos Hitters, a cargo de la presidencia del tribunal, Luis Genoud, Hilda Kogan, Eduardo Pettigiani, Eduardo de Lazzari y Daniel Soria, se advirtió que “el Estado sancionó las leyes a los que los magistrados se deben sujetar y generó las condiciones sociales de marginación que provocaron, en parte, el crecimiento del delito... No fue la Justicia la que ha sancionado dicho bloque normativo al que debe sujetar necesariamente su labor en un Estado de Derecho, como tampoco ha generado condiciones sociales de marginación, aun cuando no sean ellas el factor exclusivo de esta problemática... cuando la crítica

Se puede hacer política criminal, buscando consensos, imaginado algo diferente, investigando, sin necesidad de tirar al niño con las aguas.

Respecto de los discursos políticos las preguntas que se formulan serían las siguientes: a) Si el discurso político cumple la función de convencer a los ciudadanos y a los propios militantes, ¿entonces es sólo un medio para obtener un resultado? b) El político profesional ¿está convencido en algún momento del contenido de su discurso?

V. Hacia un sistema penal eficaz

Si se piensa en los diseños de Política Criminal debe observarse al Sistema Penal desde la prevención del delito, la justicia penal y el sistema penitenciario, para la eficacia de de todo el sistema penal.

En este sentido Christie, afirma que todo diseño de política criminal debe contener: “La necesidad de redes sociales informales, la necesidad de conocer a los vecinos, la necesidad de control primario como alternativa al control social Estatal” (2004: 111).

Con este objetivo se debe analizar la multicausalidad del fenómeno delictivo y su relación con causas individuales (22) y las que tienen que ver con la Estructura Social (23), por lo tanto, modificar los niveles de delito a través de Políticas Públicas (24) resulta una tarea permanente que debe pensarse a muy largo plazo. (25)(26)

proviene de otros altos niveles del Estado o parece razonable que, al mismo tiempo que se la formula, se ignore que frente a cada decisión existen niveles de revisión... No puede recurrirse al estrépito mediático para eludir mecanismos constitucionales de revisión del trabajo de los magistrados, sin afectar la independencia del Poder Judicial”.

(22) (BERGALLI, 2010: 28) en referencia a las causas del delito y al control social este autor afirma: “Pienso que, dadas las circunstancias estructurales en que se manifiestan las conductas que se conocen como delictivas, no puede atarse el conocimiento criminológico exclusivamente a las causas individuales de tal tipo de comportamientos. Antes, por el contrario, es el control que se ejerce sobre tales conductas el que genera los interrogantes que corresponde dilucidar: cómo se controla, a quién se controla y quiénes son los que ejercen dicho control. De tal modo, el control punitivo, como tal y en todas sus vertientes, es el objeto de conocimiento prioritario de la perspectiva que he esbozado. Claro está que este tipo de conocimiento ha de tomar por cierto en cuenta las reglas que lo establecen y permiten su ejercicio, pero desde fuera de la composición dogmática-jurídica de ellas, dando prioridad al examen de la existencia (creación) y despliegue de un determinado sistema penal. Lo que vengo proponiendo, en consecuencia, es una sociología del control penal”.

(23) (WACQUANT, 2000:108) dice: “Elías ofrece un modelo de transformación social que abarca y une varios niveles de análisis que van desde organizaciones de gran escala del poder político y económico, pasando por las relaciones sociales institucionalizadas, hasta los patrones de interacción de los de personalidad. Este modelo nos exhorta a mantener conceptualmente juntos la más “macro” de las macroestructuras y la más “micro” de las micro-transformaciones —llegando hasta la constitución “biopsicosocial” del individuo, para hablar como Marcel Mauss (1968)—. Porque la sociogénesis y la psicogénesis son dos lados de la misma moneda de la existencia humana, y cambios en la una no pueden sino repercutir en la otra”.

(24) (WACQUANT, 2000:13) este autor cita el caso de las políticas de tolerancia cero contra el delito seguidas en Nueva York, por Giuliani y las compara con las ciudades de San Diego y Boston que eligieron un camino diferente: “... En realidad, criminólogos, juristas y jefes de policía coinciden en la idea de que el feudo de Rudolph Giuliani pagó un pesado tributo financiero y cívico por la baja de la criminalidad: elevación masiva del presupuesto y el número de efectivos de las fuerzas del orden, escalada de las denuncias por abuso y violencias policiales, crecimiento continuo de la cantidad de personas detenidas y encarceladas, desconfianza temor crecientes de la población de los barrios pobres y notable deterioro de las relaciones entre la comunidad afroamericana (e hispano parlante) y la policía...”

(25) (DAVID, 2003:304) afirma que: “No obstante la seriedad del problema y el desafío creciente del futuro se ha observado que una significativa reducción de la criminalidad es posible si los siguientes objetivos son rigurosamente observados: primeramente, la prevención de la criminalidad, asegurando a todos los habitantes su efectiva participación de los beneficios y responsabilidades de la vida en sociedad, mejorando los procedimientos de aplicación de la ley y reduciendo las oportunidades criminológicas”.

(26) (GARLAND, 2001:14) explica que: “en las sociedades posmodernas las agencias estatales se encontraron con una nueva problemática, la persistente presencia de altas tasas de delito y de desorden y de la creciente con-

No obstante se debe trabajar en descender la sensación de inseguridad (27) que perciben los habitantes de un país (28), hoy en Argentina la inseguridad ligada al delito, es el tema que aparece en las encuestas como la primera preocupación ciudadana. (29)

VI. Las políticas de seguridad en la ciudad de La Plata (30)

La ciudad de la Plata es la capital de la Provincia de Buenos Aires, tiene actualmente 654.324 (31) habitantes, durante la década de los 90' con la reforma del Estado (32) y las privatizaciones, varias empresas radicadas en la zona se retiraron y otras como YPF despidieron gran parte de su personal, lo que produjo un aumento de la conflictividad social, en las ciudades con las mismas características de la Provincia de Buenos Aires, La Plata siempre tuvo niveles altos de desempleo. (33)

Las autoridades Provinciales y Municipales junto con la Universidad Nacional de La Plata, trabajaron en conjunto para la realización de proyectos para mejorar las condiciones económicas y sociales del lugar.

Es así que en la ciudad de La Plata las actividades que se desarrollaban eran administrativas —como ciudad capital de la Provincia— universitarias (en la ciudad están radicadas las facultades con mayor

ciencia acerca de los límites de la justicia penal moderna en lo que respecta a su capacidad de controlar el delito y proveer seguridad”.

(27) El análisis que hace el Interaccionismo Simbólico de los hechos sociales (BERGER, P. L. y LUCKMANN, T, 1994:13) afirman: “Que la realidad se construye socialmente y que la sociología del conocimiento debe analizar los procesos por los cuales esto se produce. (...) La sociología del conocimiento debe, ante todo, ocuparse de lo que la gente ‘conoce’ como ‘realidad’ en su vida cotidiana, no-teórica o pre-teórica. Dicho de otra manera, el ‘conocimiento’ del sentido común más que la ‘ideas’ debe constituir el tema central de la sociología del conocimiento”. Hoy esta teoría permite analizar el fenómeno de la sensación de inseguridad que puede o no corresponderse con los índices de delito que muestran las estadísticas. El concepto de inseguridad lo define Wagman, Daniel. (2003). Los cuatro planos de la seguridad. En Revista “Revista Seguridad Sostenible”. Instituto Internacional de Gobernabilidad. Disponible en: www.iigov.org/seguridad/?p=17_01. Pág.1. “Un concepto clave en el mundo actual es la seguridad y como contrapartida también su opuesto la inseguridad. Buena parte de los acontecimientos de la vida contemporánea tienen que ver con la inseguridad en todas sus variantes: internacional, nacional y cotidiana. Sin duda, la búsqueda de la seguridad es un requisito básico para que el ser humano pueda satisfacer otras necesidades vitales. Sin embargo, el concepto de la palabra seguridad es abstracto, etéreo y poco concreto” (...) “También la inseguridad incluye múltiples dinámicas sociales y naturales que operan sobre el planeta. Peligros y amenazas que van desde desastres naturales, guerras, epidemias, accidentes de transporte, envenenamiento alimenticio, crisis económicas, pérdida de empleo, hasta un infinito etcétera”.

(28) (AGUIRRE, 2001: 6). Además de proponer un plan integral para tratar la inseguridad (que incluye políticas de prevención social y situacional), sugiere analizar la incidencia social de los medios de prensa, sobre todo en lo que hace a la profundización de la sensación de inseguridad y da como ejemplo el caso de Suiza, donde la percepción de alarma social respecto del delito es menor que en países con similares indicadores de criminalidad, precisamente por la seriedad y mesura en el tratamiento periodístico de la cuestión.

(29) Dice (ZAFFARONI, 2011:210). “El Poder de la criminología mediática fue detectada por los sociólogos desde fines del siglo XIX. Con motivo del poder de los diarios en el caso Dreyfus, Gabriel Tarde afirmaba que en el presente (en el año 1900), el arte de gobernar se ha convertido en gran medida en la habilidad de servirse de los diarios. Denunció claramente la fuerza extorsiva de los medios masivos (en su tiempo los diarios), la gran dificultad para neutralizar los efectos de una difamación periodística y la explotación de la credulidad pública”.

(30) Esta información fue obtenida por entrevistas realizadas a funcionarios del área de seguridad del Municipio de La Plata en el marco de la investigación para la Tesis Doctoral, Yza, Julio Rubén. Origen de “El Principio de Oportunidad en Materia Penal; su seguimiento e impacto en las instituciones jurídicas de la Provincia de Buenos Aires en el período 2010-2013. (Tesis de doctorado). La Plata. UNLP.

(31) INDEC Censo poblacional 2010.

(32) Con la reforma del Estado se reglamentó un régimen de retiros voluntarios para empleados públicos, se les daba una suma de dinero para que dejaran la administración pública.

(33) Fuente INDEC.

cantidad de matriculados del país UNLP, junto con la UBA y la Universidad de Córdoba), a partir de los últimos 20 años uno de los proyectos centrales fue convertir a la ciudad en un centro turístico, en esa dirección, se mejoró la Catedral, el Museo, el Observatorio, se concluyó la obra de reparación del Teatro Argentino, se restauró el teatro Coliseo Podestá, se mejoró el Zoológico, la Ciudad de los Niños, se crearon centros de arte y cultura, —Pasaje Dardo Rocha, Centro Cultural Islas Malvinas—, se inauguró el Estadio Único de La Plata, donde se presentan espectáculos artísticos y deportivos, nacionales e internacionales.

También hace pocos días se inauguró, el Tren Estudiantil —con fondos del Gobierno Nacional— que desde la Estación de Trenes ubicada en calle 1 y 44, lleva a los estudiantes universitarios hasta las calles 60 y 120 donde están ubicadas varias Facultades.

Otra de las obras importantes, se puso nuevamente en funcionamiento el Astillero Río Santiago, donde se fabrican y reparan barcos de gran calado.

Están todavía en cartera, proyectos como, la construcción de la Estación Ferroautomotor (ya están los terrenos afectados para ese fin), la reapertura y dragado del Puerto de La Plata, que convertiría a la ciudad en un centro industrial para la región, generando mano de obra y mejorando las condiciones económicas y sociales de la ciudad.

Todos estos proyectos, impactan directamente sobre la seguridad ligada al delito, si hay mejores condiciones económicas y sociales, descienden los índices de delito, en particular los delitos contra la propiedad, pero además es necesario aplicar políticas de prevención social (34) y situacional (35) del delito, lógicamente hay que agregar que, una ciudad en desarrollo, es más sencillo recaudar impuestos para destinarlo a estos fines.

En la ciudad de La Plata, la seguridad depende en gran medida de los fondos que destina la Provincia de Buenos Aires, (agentes de policía, patrulleros), y la Nación (centro de monitoreo electrónico y cámaras de seguridad) pero cada vez más la Provincia delega en el Municipio esta tarea y éste debe hacerse cargo con pocos recursos económicos.

Esto determina que, ante una demanda creciente por la seguridad ligada al delito por parte de los ciudadanos, implica una enorme dificultad para el Municipio para poder satisfacerla.

Por lo tanto se observa solamente en la ciudad de La Plata políticas de prevención situacional del delito, pero no políticas de prevención social (36), que deben ser mantenidas en el tiempo, con grandes inversiones.

En relación al manejo de recursos económicos, es importante aclarar que realizar actividad política exige, entre otras cosas, la administración de recursos escasos, por esta razón los gobiernos son reticentes para aplicar estrategias de prevención social, además estas políticas deben sostenerse en el tiempo, evaluarse para saber si el delito descendió y además dependen de otras circunstancias

(34) (CIAFARDINI, 2005:105) define las estrategias de prevención social: “la estrategia de prevención social del delito busca incidir en estos factores asociados a la generación de criminalidad a partir de incentivar de diversas formas la integración social, económica y cultura”.

(35) (CIAFARDINI, 2005:106) da un concepto de las estrategias de prevención situacional ambiental: “La estrategia de prevención situacional-ambiental comprende un conjunto de medidas dirigidas a reducir las oportunidades de realización de ciertos delitos (tal como son percibidos por los potenciales ofensores) a través de la transformación del ambiente inmediato en que éstos ocurren”.

(36) En particular las estrategias de prevención social, además de trabajar sobre los grupos en riesgo social, deben realizarse en los municipios pensando en estrategias que tiendan a disminuir los niveles de violencia social, con formas alternativas de solución de los conflictos, de tal manera que no se llegue al sistema penal que resulta siempre ineficaz, en particular por la sobrecarga de trabajo que siempre tiene.

para su mayor eficacia, una mejora en la situación económica y social del país, menor conflictividad social, etc.

El tema de los recursos económicos para invertir en políticas públicas, está directamente relacionado con nuestro sistema de gobierno ya que la república Argentina adoptó como forma de gobierno representativa, republicana y *federal* (37) (art. 1° Constitución Nacional) en particular el sistema Federal de gobierno (38)(38) implica una coparticipación adecuada de los recursos entre la Nación, Provincias y Municipios, en la práctica el Gobierno Nacional es el que recauda la mayor cantidad de impuestos y los Gobernadores de Provincia tienen que estar reclamando al Gobierno Nacional el cumplimiento de esta cláusula constitucional, otros han optado directamente por demandar al Gobierno Federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 116 Constitución Nacional), esto implica también para las provincias que no puedan cumplir con la manda constitucional de la autonomía municipal (art. 123 Constitución Nacional), de esta manera se desvirtúa el sistema democrático de gobierno (art. 38 Constitución Nacional) limitando la posibilidad de la competencia política y la igualdad de oportunidades.

VII. Conclusiones

Como los fundadores de la sociología que investigaban el cambio social, hay que realizar investigaciones empíricas sobre el fenómeno del delito, sus razones estructurales e individuales, para poder diseñar políticas criminales que tengan en cuenta, en particular, estrategias de prevención social y situacional del delito, (39) además estas políticas públicas deben llevarse adelante a través de acuerdos entre los diversos dirigentes políticos y sociales (40) en que participen las instituciones representativas de la sociedad y los ciudadanos para una política de seguridad democrática (Universidades, ONG, Colegios de Abogados, Colegios de Magistrados, Foros de Seguridad, etc.), para que puedan llevarse adelante a través de décadas como políticas de Estado, independientemente del partido político que se encuentre en el gobierno.

De lo contrario, las políticas de seguridad, como resulta ahora son erráticas, de carácter punitivo, donde la única respuesta al fenómeno delictivo resulta en la criminalización de los autores de cualquier imputación penal.

Si como argumenta Norbert Elías (1998), el conocimiento científico aumenta el control sobre el curso de los acontecimientos, se espera entonces que esta publicación sirva de aporte a los diseños de política criminal en la Argentina.

(37) El resaltado es nuestro.

(38) (SAGÜÉS, 1999:343). Fundamenta las razones de la falta de Federalismo en la Argentina: "... a) Una evolución natural, común a muchas federaciones, por la cual el poder tiende a concentrarse en las autoridades centrales... b) La falta de vocación federalista de la dirigencia política... c) La existencia de grandes partidos nacionales que han impuesto sus directivas tanto a legisladores federales cuanto a gobernadores y legisladores provinciales... d) El cesarismo presidencial... e) Un uso arbitrario de las intervenciones federales... f) La vigencia en todo el país, durante lapsos prolongados (un cuarto en el siglo XX), de gobiernos de facto..."

(39) La reflexión que se puede realizar, es que existiendo un Plan Nacional de Prevención del Delito desde el año 2000, sólo se aplicó en pocos lugares del país y por tiempo limitado, las políticas públicas de seguridad tienen que ver más, con las decisiones personales que toman los dirigentes políticos de turno en el poder, Presidentes, Gobernadores, Intendentes, que con criterios técnicos, que muchas veces están ligadas a los reclamos sociales por mayor seguridad que terminan traducándose en políticas de índole represivas.

(40) (BINDER, 2004:19) dice: "... Los sistemas democráticos, con todas sus imperfecciones, tratan de abordar estas cuestiones; tras esos objetivos parten de suponer que nadie tiene toda la razón acerca de lo que es necesario hacer. Por eso generan mecanismos para gestionar la conflictividad social y construir consensos. Todo ello en el marco de un procedimiento que permita conocer las opiniones de todos, que posibilite discutir y una vez alcanzada alguna solución, se lo pueda sostener con fundamentos que puedan ser conocidos también por todos".

VIII. Bibliografía

- AGUIRRE, Eduardo (2001). *Plan de Gestión Dirección Nacional de Política Criminal*. Mimeo.
- BERGALLI, Roberto (2010). "Convocatoria para la memoria y la reflexión en torno a Juan Pegoraro". En: Sozzo, M. (Com.). *Por una sociología crítica del control social. Ensayos en honor a Juan S. Pegoraro*. Buenos Aires: del Puerto.
- BERGER, P. L y LUCKMANN, T (1994). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- BINDER, Alberto M (2004). *Policías y Ladrones. La inseguridad en cuestión*. Argentina: Capital Intelectual.
- BOMBINI, Gabriel (2010). "La renovación de la retórica punitiva". En: Sozzo, M. (Com.). *Por una sociología crítica del control social. Ensayos en honor a Juan S. Pegoraro*. Buenos Aires: del Puerto.
- CIAFARDINI, Mariano (2006). *Delito urbano en la Argentina. Las verdaderas causas y las acciones posibles*. Buenos Aires: Ariel.
- CIEZA, Daniel. A (2012). *Sociología Jurídica. Notas introductorias sobre un curso de Teoría Socio-Jurídica Crítica*. Argentina: Tierra del Fuego.
- CHRISTIE, Nils (2004). *Una sensata cantidad de delito*. Argentina: Del Puerto.
- COMTE, Augusto (1982). *Discurso Sobre el Espíritu Positivo*. Buenos Aires: Aguilar.
- DAVID, Pedro R. (2003). *Sociología Criminal Juvenil*. Buenos Aires: Depalma.
- DURKHEIM, Emile (2004). *La división del trabajo social*. Buenos Aires: Libertador.
- ELIAS, N (1998). *Envolvimento e Alienação*. Río de Janeiro: Ed. Bertrand.
- FREDERIC, Sabina (2004). *Buenos vecinos, malos políticos. Moralidad y política en el Gran Buenos Aires*. Buenos Aires: Prometeo.
- GARLAND, David (2001). *La cultura del control*. España: Gedisa.
- GIDDENS, Anthony (1993). *Emile Durkheim. Escritos Selectos. Introducción y selección de Anthony Giddens*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- GUTIÉRREZ, Mariano H. (2010). "La tragedia de la lucha por la justicia". EN: Sozzo, M. (Com.). *Por una sociología crítica del control social. Ensayos en honor a Juan S. Pegoraro*. Buenos Aires: del Puerto.
- KESSLER, Gabriel (2009). Seminario. Las teorías sociológicas sobre el delito. Aportes para la comprensión del problema. Instituto de Estudios Judiciales. Suprema Corte de Justicia. Provincia de Buenos Aires.
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich (2004). *Manifiesto Comunista*. Buenos Aires: Andrómeda.
- PENNA, Cristian (2013). *Proyecto de reforma del art. 171 del C.P.P. de la Provincia de Buenos Aires sobre denegatoria de excarcelaciones: crónica de una inconstitucionalidad anunciada*. Disponible en: www.revista.pensamiento.penalespublicado en edición 149- 05/11/12. [Fecha de consulta 10/2/2013]
- QUINTERNO, Fabián. *Modelos de Intervención Penal y Criminológica. Una aproximación desde las Ciencias Sociales*. Escuela de Verano. Organizado por la UNLP. En los días 18 al 22 de febrero del 2013.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (1999). *Elementos de Derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

TÖNNIES, Ferdinand (1979). *Comunidad y Asociación. El comunismo y el socialismo como formas de vida social*. Buenos Aires: Península.

WEBER, Max (1983). *Ensayos sobre sociología de la religión*. Buenos Aires: Taurus.

WACQUANT, Loïc (2000). *Las Cárceles de la Miseria*. Buenos Aires: Manantial.

WAGMAN, Daniel (2003). “Los cuatro planos de la seguridad”. EN: *Revista Seguridad Sostenible*. Instituto Internacional de Gobernabilidad. [Disponible en: www.iigov.org/seguridad/?p=17_01.]

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2011). *La Cuestión Criminal*. Argentina: Planeta.

IX. Legislación consultada

Ley Nº 14.434 Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 8/2/2013.

X. Jurisprudencia consultada

CSJN, 22/12/1998, Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis de Código Penal. N. 284. XXXII. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar>. [Fecha de consulta: 13/5/2011]

CSJN, 03/05/2005, Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus, recurso de hecho, V-856 - XXXVIII. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar> [Fecha de consulta: 22/10/2010]

CSJN, 1/4/2008, Arce, Enrique Herminio s/ homicidio agravado al ser cometido con ensañamiento, etc. —causa Nº 5531—, A. 112. XLI. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar>. [Fecha de consulta: 15/12/2012]

SCBA, 26/2/2013, Centro de Estudios Legales Y Sociales (CELS) Y otros c/ Provincia de Bs. As. S/ Inconstitucionalidad Ley 14.434, 1-72427. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar>. [Fecha de consulta: 8/3/2013]

XI. Otros documentos consultados

INDEC. Disponible en: <http://www.INDEC.Gov.ar> 23/12/12.

Poema

La inundación

Palpo la ciudad
porque necesito buscarla

Un hedor corroe
las sombras que dejaron
las furiosas aguas

Los árboles heridos
desparraman sus ramas

Los edificios ciegos
devuelven las miradas

Las casas ausentes, quietas
o quizás calladas...

Mil historias se urden
en cada manzana

Un hombre salvó al vecino
y el amigo recogió seis desconocidos
que durmieron en su almohada

Algunos se aferran a la nada,
otros se guarecen en esa noche cerrada

En todas partes,
la gente enmudecida lloraba
Un grito de angustia se ahogaba
en sus gargantas

Desesperados, preguntan por los suyos,
un hijo, el nieto, su mujer
o su hermana

En los ríos que formaron
esas rabiosas lágrimas,
nafragaron siluetas,
recuerdos y esperanzas

Por un momento, bajo los brazos
pero los levanto
porque ellos los alzan

Son jóvenes que brotan
de repente,

que se toman de las manos
para enhebrar una cadena
de confianza

Veo todo esto
en esta tierra exhausta
y pienso que esos gestos solidarios,
conmueven y acompañan

Y me pregunto,
dónde están los que no estaban?

Hoy lunes,
una pareja se besa
en la ciudad desolada

La Plata, 8 de abril del 2013

RICARDO PABLO RECA

Pautas de Publicación

Revista Anales. Anexo 2.

Sumario: I. Naturaleza de los trabajos para publicar en Revista Anales. — II. Reglas generales para la presentación de artículos. — III. Aceptación de los artículos. — IV. Estructura de los artículos. — V. Aspectos formales.

I. Naturaleza de los trabajos para publicar en Revista Anales

En Revista Anales se podrán publicar:

- Artículos originales y ponencias o comunicaciones a congresos (no publicados),
- Artículos de revisión, reseñas y estados del arte.

II. Reglas generales para la presentación de artículos

La presentación de los trabajos se hará de acuerdo con las siguientes reglas generales:

-Para publicar en Revista Anales se requiere pertenecer al cuerpo docente ordinario o extraordinario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, de otra Facultad o Escuela de Derecho de Universidad nacional o extranjera, o ser investigador en el área de las ciencias jurídicas con pertenencia a un Instituto o Centro de investigaciones u Organización Científica reconocida.

-Los autores podrán publicar en un mismo número hasta dos artículos de autoría personal correspondientes a diferentes materias, o dos artículos de una misma materia, pero en este caso uno solo de los trabajos podrá ser de autoría personal y el segundo en coautoría.

-Los trabajos serán entregados, dentro del plazo establecido en cada llamado, en la Secretaría de Investigación Científica o en el Área de Institutos y Difusión Científica.

-Los autores deberán presentar dos copias de sus trabajos, una digital grabada en CD y otra impresa, firmados bajo seudónimo. Presentarán también en sobre cerrado o archivo distinto identificado con el seudónimo, el **Anexo 3** con sus datos personales y pertenencia institucional. La copia impresa no será requerida para los autores de pertenencia institucional distinta a la de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

-La copia digital deberá presentarse en archivo de documento de texto en formato rtf.

III. Aceptación de los artículos

-La presentación de los artículos deberá ajustarse a los plazos que el Consejo de Redacción establezca, los que se difundirán a través de la página web de la Facultad y por correo electrónico.

-Los trabajos recibidos para ser publicados en la Revista serán sometidos en primer lugar a una revisión de los aspectos formales, esto es: configuración de página, formato, fuente, notas al pie, citas, referencias bibliográficas, todos los cuales deberán ceñirse a las presentes pautas de publicación. En el caso de que requiera correcciones, se notificará al autor a fin de que retire el trabajo para efectuar las modificaciones correspondientes, ajustándose la presentación del artículo

corregido al plazo estipulado por el Consejo de Redacción.

-Una vez revisados y aprobados los aspectos formales, el contenido del trabajo será sometido a **referato**, proceso de evaluación en el que podrán intervenir tanto árbitros internos (docentes de esta Facultad) como externos. En virtud de que el proceso de referato es confidencial, se reserva tanto la identidad de los autores como la de los árbitros que participan en la evaluación de los artículos. En el caso de resultados discrepantes se remitirá a un tercero, cuyo dictamen será definitivo.

-La función de los árbitros consistirá en evaluar, previamente a su publicación, la calidad del contenido de los trabajos presentados y dictaminar una de cuatro opciones: 1) aprobación sin observaciones; 2) aprobación con observaciones menores; 3) devolución para revisión y corrección de su contenido; 4) rechazo; cualquiera sea el caso el autor será debidamente notificado.

-En caso de requerir revisión y corrección del contenido para su eventual aprobación, se notificará y se devolverá el trabajo a su/s autor/es, ajustándose la segunda presentación a un plazo fijado por el Consejo de Redacción.

-La evaluación considerará la relevancia del tema elegido, la originalidad del enfoque y metodología empleada, el nivel académico, la claridad y orden del desarrollo de cada sección, la calidad y adecuación a las pautas de la presentación.

IV. Estructura de los artículos

Todo trabajo a ser publicado deberá ajustarse a la siguiente estructura:

- Título del artículo (centrado, en mayúsculas y en negrita, sin subrayar)
- Seudónimo (a continuación y a la derecha del título, en negrita y mayúsculas)
- Resumen en español (15 líneas como máximo)
- Palabras clave (3 como mínimo, 5 como máximo)
- Resumen traducido a uno de los siguientes idiomas: inglés, francés, portugués, alemán o italiano
- Palabras clave traducidas al idioma extranjero escogido
- Títulos de secciones (alineados a la izquierda, en negrita, sólo letra inicial en mayúscula, sin subrayar)
- Introducción
- Desarrollo (organizado a criterio del autor en las secciones que correspondan)
- Conclusiones
- Bibliografía
- Legislación consultada (si la hubiera)
- Jurisprudencia consultada (si la hubiera)
- Otros documentos consultados

V. Aspectos formales

En todos los casos, **sin excepción**, los artículos presentados para publicar deberán seguir los aspectos formales que a continuación se describen:

1. Extensión

La extensión deberá estar comprendida entre **20 (mínimo) a 25 (máximo)** carillas para *artículos originales y ponencias o comunicaciones a congresos (no publicados)* y, de **8 (mínimo) a 10 (máximo)** carillas, para *artículos de revisión, reseñas y estados del arte*. Sólo en casos excepcionales el Consejo de Redacción autorizará la publicación de artículos más extensos a lo pautado.

2. Formato

Los artículos deberán ser redactados de acuerdo con las siguientes pautas:

- Hoja **A4**,

- Tipografía **Times New Roman**,
- Tamaño de fuente **12**
- Interlineado **doble**,
- Márgenes izquierdo, derecho, superior e inferior a **2,5 cm**,
- Texto **sin sangría**

3. Impresión

La impresión del artículo deberá realizarse a **simple faz**.

4. Paginación

Todas las páginas deberán enumerarse correlativamente con números arábigos en el ángulo superior derecho.

5. Resumen

-Los textos deberán ser acompañados de un **resumen en español** y su correspondiente traducción a uno de los siguientes idiomas: **inglés, francés, portugués, alemán o italiano**.

-La extensión del resumen tendrá **no más de 15 líneas**, continuas, separadas por punto seguido, texto sin sangría.

-Cada resumen estará encabezado por el título del artículo en el idioma correspondiente.

El resumen deberá orientar al lector a identificar el contenido del artículo de forma rápida y precisa y a determinar la relevancia del mismo, por tanto su contenido deberá expresar en forma clara y breve los objetivos, el alcance del estudio, la metodología aplicada y las conclusiones.

6. Palabras clave

-Se deberán agregar al final del texto de cada uno de los resúmenes, **3** palabras clave como **mínimo** o **5** como **máximo**, en sus respectivos idiomas, a efectos de facilitar la recuperación del artículo.

-Deberán escogerse términos específicos, representativos del contenido temático del artículo.

-Las palabras clave se transcribirán en letra minúscula, separadas una de otra por guiones.

7. Notas al pie de página

-La utilización de las notas al pie de página se limitará a ampliaciones, aclaraciones o precisiones de asuntos elaborados en el cuerpo del texto; deberán reducirse al mínimo posible y por tanto serán redactadas en forma breve y concreta,

-No deberán usarse para transcribir referencias bibliográficas. Estas últimas se enlistarán en la Bibliografía,

-Las notas se indicarán en el texto mediante la numeración correlativa que adjudica automáticamente el procesador de texto,

-La redacción de las notas al pie se hará en tipografía Times New Roman y tamaño de fuente 8, con interlineado simple,

Ejemplo:

Otro recurso es encontrar un trabajo, generalmente “en negro” (1) que poco le aportará para el posterior ejercicio profesional.

(1) Trabajo “en negro” significa que no tiene estabilidad, obra social y aportes provisionales.

8. Citas bibliográficas

Una cita bibliográfica es la transcripción parcial de un texto con la referencia precisa de la fuente de donde se la extrajo, debiendo consignarse esta última en el texto mismo del trabajo, a continuación de la cita. Existen diferentes tipos de citas bibliográficas que responden a la forma en que se transcriba el texto de la cita, a saber: citas textuales, citas parafraseadas o contextuales y también citas de citas. Las opiniones tomadas de otros autores y mencionadas en un trabajo de investigación, siempre deben ser documentadas de manera precisa, haciendo referencia a la/s fuente/s original(es).

8.1 Citas textuales

Una cita es textual cuando un autor transcribe en su trabajo de manera exacta, aportes o ideas extraídas de una fuente correspondiente a otro autor.

-Las citas textuales integradas al cuerpo del texto que tengan una extensión mayor a 5 líneas (extraídas de libros, revistas, periódicos, testimonios de informantes, entrevistas, etc.) se destacarán transcribiéndose en párrafo aparte, con sangría derecha e izquierda de 1 cm., en cuerpo 10, texto entre comillas e interlineado simple;

-Las frases o palabras que se omitan serán reemplazadas por puntos suspensivos (...);

-A continuación de la transcripción de la cita se indicará con datos mínimos y entre paréntesis la referencia a la fuente de donde se la extrajo, con el siguiente formato: (Apellido del (los) autor(es), **coma**, año de edición **dos puntos**:página/s). La referencia bibliográfica **completa** de la obra se transcribirá en la **Bibliografía**.

Ejemplo:

“Qué cosa es el pasado, qué contiene y qué es lo que la ciencia histórica busca en él, es un interrogante que los historiadores han considerado ajeno a su misión intelectual y han transferido a los filósofos, exactamente a aquellos que se conocerían, por eso, como filósofos de la historia. A ellos parecía corresponderles esa indagación, porque se sobreentendía que discurrir sobre ese enigma constituía un ejercicio teórico más próximo a la metafísica que a una ciencia empírica.” (Romero, 1988:15)

En la Bibliografía se transcribirá la cita completa:

ROMERO, José Luis (1988). *La vida histórica*. Buenos Aires: Sudamericana

8.2 Cita parafraseada o contextual

Se considera cita parafraseada o contextual a aquella que sintetiza o resume las aportaciones de un autor, o bien expresa la idea con otras palabras. En este tipo de cita solo deberá indicarse el apellido del (los) autor(es) y año de edición de la obra entre paréntesis, sin indicación de página. La referencia bibliográfica **completa** de la obra consultada se transcribirá en la Bibliografía.

-Ejemplo de cita contextual tomada de la obra de un autor:

Como sostiene Vacchino (1983), condiciones particulares favorecieron la irrupción de la integración latinoamericana después de la Segunda Guerra Mundial.

-En la Bibliografía se transcribirá:

VACCHINO, Juan Mario (1983). *Integración Latinoamericana. De ALAC a la ALADI*. Buenos Aires: Depalma

-Ejemplo de cita contextual tomada de una obra correspondiente a dos autores

También se tiende a verificar que las actividades, objeto del control público, sean cumplidas con eficacia y eficiencia, es decir, que expresen cuantitativamente el progreso hacia la concreción de los cambios deseados en las estructuras y en la coyuntura y puntualicen sobre el aprovechamiento de los recursos utilizados para lograrlos. (Isoard y Jiménez de Sandi, 1979).

En la Bibliografía se volcará la cita completa de la fuente:

ISOARD, Carlos y JIMÉNEZ DE SANDI, Alfonso (1979). *Auditoría de las operaciones del gobierno. Efectividad, eficacia y eficiencia del gasto público*. México: Fondo de Cultura Económica

-Ejemplo de cita contextual tomada de una obra correspondiente a tres autores

En los últimos tiempos el problema de la violencia doméstica fue incluido en el temario de los organismos internacionales, dictándose numerosos documentos en los que se intentó poner de relieve su importancia política y universal. (Salanueva, González y Cardinaux, 2003)

En la Bibliografía se transcribirá la cita completa de la fuente:

SALANUEVA, Olga, GONZÁLEZ, Manuela y CARDINAUX, Nancy (2003). *Familia y justicia: Un estudio socio-jurídico de los conflictos familiares*. La Plata: EDULP

-Ejemplo de cita tomada de una obra de más de tres autores

En este caso se procederá a mencionar entre paréntesis solamente el primer autor agregando a continuación y otros.

Ejemplo

En la década 1965 a 1975 surge la primera tipología del maltrato infantil, conformada por cinco sub-tipos básicos, tales como, maltrato físico, abandono físico, maltrato emocional, abandono emocional y abuso sexual, agregándose en los últimos años, entre otras, las siguientes formas: maltrato prenatal, explotación laboral, mendicidad, corrupción, prostitución infantil. (Abad y otros, 2008)

En la Bibliografía la cita completa se transcribirá:

ABAD, Susana y otros (2008). *La violencia cotidiana en el ámbito escolar: Algunas propuestas posibles de prevención e intervención*. Buenos Aires: Lugar

8.3 Cita de cita

Es la cita de una obra que a su vez está citada en otra obra; el autor al citar no consulta la fuente original sino que el contacto con ella es a través de la obra que la cita.

En este caso se deberá aclarar el autor y título de la obra original como así también el autor y título de la obra que la cita.

El formato que deberá seguir es el siguiente: APELLIDO, Nombre del autor de la obra original. Título de la obra original. Citado en: Apellido, Nombre del autor de la obra en que está citado (año de publicación). Título de la obra en que está citado. Lugar: Editorial

Ejemplo

BASS, Bernard. *Organizational decision making*. Citado en: Harrison, Ernest (1987). *The managerial decision making process*. Boston: Houghton Mifflin

9. Tablas, cuadros, gráficos

-Las tablas, cuadros y gráficos se insertarán en el cuerpo del texto.

-Deberán estar enumerados consecutivamente con números arábigos.

-Tendrán que llevar título, que de cuenta del contenido al cual el texto haya hecho referencia, y al pie se indicará la fuente de donde se extrajo la información utilizada para su elaboración.

10. Bibliografía

-Deberá incluirse al final del texto del artículo y estará conformada por las referencias bibliográficas de cada una de las fuentes documentales que el autor ha consultado para fundamentar su trabajo.

-Las referencias bibliográficas serán elaboradas con datos precisos y detallados tomados de las propias fuentes documentales, ajustándose para tal fin a las presentes pautas, incluida la puntuación.

-Se ordenarán alfabéticamente por apellido del (los) autor (es), en el caso de personas físicas o por el nombre si se tratara de personas jurídicas y en el caso de existir varias obras de un mismo autor con diferentes años de edición se ordenarán cronológicamente comenzando por la obra más antigua.

-Tanto en lo que respecta a los datos como a los signos de puntuación utilizados para confeccionar las referencias bibliográficas, se respetará el siguiente formato para los distintos tipos de documentos consultados:

10.1. Referencias de libros

Para elaborar las referencias bibliográficas de libros deberá seguirse el siguiente formato:

Personas físicas

APELLIDO, Nombre del (los) autor(es) (año de edición). *Título del libro (en cursiva)*. Lugar de publicación: Editorial

Personas jurídicas

NOMBRE DE LA/S ENTIDAD/ES (año de edición). *Título del libro (en cursiva)*. Lugar de publicación:

-Cuando la obra es publicada por el propio autor, luego del lugar de publicación se colocará **Edición de autor**. Ver ejemplo 1.

-Si no se tuviera la fecha de publicación se indicará entre paréntesis con la abreviatura (s.f.); en caso de no encontrarse el lugar de edición, se indicará entre paréntesis con la sigla (s.l.) y, si fuera el nombre de la editorial el dato faltante, se reemplazará por la abreviatura (s.n.) entre paréntesis.

-Si una obra tiene más de tres autores en la referencia bibliográfica se mencionará solo APELLIDO, Nombre del primer autor y a continuación **y otros**. Ver ejemplo 4.

-Si se indicara el número de edición a la que corresponde la obra, el dato se volcará a continuación del título, en números ordinales y a continuación la sigla ed., como se describe en el ejemplo 1.

-En los casos en los que se tenga más de una referencia bibliográfica de un mismo autor, se indicarán los datos del autor sólo en la primera; en las siguientes los mismos se reemplazarán por una línea y, a continuación, los restantes datos se volcarán en el siguiente orden: Entre paréntesis (año de edición). *Título (en cursiva)*. Separados por dos puntos Lugar de edición: Editorial. Ver ejemplo 6.

-En el caso de que en el cuerpo del texto se haga referencia a distintas obras de un mismo autor publicadas en el mismo año, la distinción entre cada uno de los títulos se hará mediante una letra del alfabeto, minúscula, que se ubicará a continuación del año de edición y facilitará el ordenamiento de sus respectivas referencias bibliográficas en la Bibliografía.

Ejemplos: (Quiroga Lavié, 1995a:17-20) (Quiroga Lavié, 1995b:35-48) (Quiroga Lavié, 1995c:123) Ver referencia bibliográfica completa de estas citas en el en el ejemplo 5.

-Si las obras de un mismo autor correspondieran a distintos años de publicación, las referencias se confeccionarán de igual forma, citando al autor sólo en la primera referencia, pero serán ordenadas cronológicamente, comenzando por los títulos más antiguos. Ver ejemplo 6.

Ejemplo 1: obras de un autor

BORDA, Guillermo (1998). *Manual de contratos*. 18a. ed. Buenos Aires: Perrot

BESIO MORENO, Nicolás (1915). *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

Ejemplo 2: obra correspondiente a dos autores

GERLERO, Mario y CARDINAUX, Nancy (2000). *Sociología argentina*. Buenos Aires: Docencia

MORELLO, Augusto Mario, SOSA, Gualberto Lucas y BERIZONCE, Roberto Omar (1982-1999). *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación: comentados y anotados*. 2ª ed. reelaborada y ampliada. La Plata: Platense

Ejemplo 4: obra de más de tres autores

ARENAS, Norma y otros (2004). *Comprensión de textos y resolución de problemas*. Mendoza: EDIUNC

Ejemplo 5: referencias bibliográficas de tres obras del mismo autor y año de edición, que han sido citadas en el cuerpo del texto

QUIROGA LAVIÉ, Humberto (1995a). *Estudio analítico de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Depalma

— (1995b). *Lecciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma

— (1995c). *Constitución de la provincia de Buenos Aires: Comentario a las reformas y notas de jurisprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni

Ejemplo 6: tres obras del mismo autor con diferentes años de edición

MORELLO, Augusto Mario (1987). *El recurso extraordinario*. La Plata: Platense

— (1995). *Juicios sumarios*. 3a. ed. La Plata: Platense

— (2001). *Procesalistas inolvidables*. Buenos Aires: Hammurabi

10.2. Referencias de capítulos de obras colectivas

Una obra colectiva está constituida por aportes de varios autores los cuales se funden en una obra única y autónoma, creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una o más personas físicas o jurídicas que la editan y difunden bajo su nombre. La referencia bibliográfica a alguno de sus capítulos se hará en el siguiente orden y con los signos de puntuación que se detallan:

APELLIDO, Nombre completo del autor del capítulo (año de edición). “Título del capítulo” (entre comillas), EN: Nombre y Apellido del (los) compilador/es, coordinador/es o editor/es (grado de responsabilidad entre paréntesis y en forma abreviada, por ej. comp., coord., ed.) *Título del libro (en cursiva)*. Lugar de publicación: Editorial, páginas que abarca el capítulo citado (Lugar de publicación y Editorial se separarán con dos puntos)

Ejemplo:

FALCONE, Roberto (2007). “La disponibilidad de la acción penal pública: Cuestión procesal o sustancial”, EN: Joaquín Da Rocha (coord.). *La balanza de la justicia*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 27-33

10.3. Referencias de partes de libros en obras de autoría individual

Para redactar la referencia bibliográfica de la parte de un libro de autoría individual, por ejemplo un volumen, un capítulo, una sección, se seguirá el siguiente formato: APELLIDO, Nombre del autor de la obra (año de edición). “Título de la parte”, EN: *Título de la obra*. Lugar: Editorial, localización de la parte, páginas

Ejemplos

LEDESMA, Carlos (1991). “Introducción a la economía internacional”, EN: *Principios de comercio internacional*. Buenos Aires: Macchi, cap. 1, 7-39

10.4. Referencias de artículos de revista

Los elementos de la referencia bibliográfica de un artículo de revista son los siguientes: APELLIDO, Nombre completo del autor (entre paréntesis año de publicación del tomo o volumen de la revista en la que fue publicado el artículo). "Título del artículo" (entre comillas), EN: *Título completo de la revista (en cursiva)*, Lugar de edición, número ó letra del volumen o tomo, páginas del artículo

Ejemplo:

MORELLO, Augusto Mario (2006). "La enseñanza del derecho en el pensamiento de Carlos Cossio y su recepción por el derecho procesal", EN: *Revista de derecho procesal*, Buenos Aires, 1, 501-509

En el caso de una revista organizada en volúmenes, compuestos cada uno de ellos por dos o más números, se indicará el número de volumen y a continuación entre paréntesis, sin dejar espacio, el nº de entrega perteneciente a ese volumen.

Ejemplo:

COSSIO, Carlos (1941). "La revolución y la integración de la teoría pura del derecho", EN: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*, La Plata, 12(2), 535-548

10.5. Referencias de información contenida en prensa

Para referir información contenida en prensa, las referencias adoptarán el siguiente formato:

1. Con autor: APELLIDO, Nombre del autor. Título del artículo. Fuente (en cursiva), fecha (dd/mm/aaaa), Sección, página/s

Ejemplo: OBARRIO, Mariano. Más gestos entre el gobierno y Macri. *La Nación*, 12/11/2011, Política, 8

2. Sin autor: Título del artículo. Fuente (en cursiva), fecha (dd/mm/aaaa), Sección, página/s

Ejemplo: Alarmante presencia de menores de corta edad en hechos de naturaleza penal. *El Día*, 02/11/2011, Opinión, 4

10.6. Referencias de tesis

Las tesis deberán citarse según el siguiente formato: APELLIDO, Nombre del autor (año de publicación). *Título de la tesis (en cursiva)*. (Grado que se opta entre paréntesis). Lugar: Institución en la que fue presentada.

Ejemplo PETTORUTI, Carlos Enrique (2002). *La validez del derecho*. (Tesis de doctorado). La Plata: UNLP

GARDETTI, Miguel Angel (1999). *El olor: teoría, contaminación y aspectos regulatorios*. (Tesis de maestría). Buenos Aires: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.

10.7. Referencias de actas emanadas de Congresos, Jornadas, Reuniones

Los datos se ordenarán como sigue: NOMBRE COMPLETO del congreso, jornada o reunión (entre paréntesis número de la conferencia: año y si los hubiere mes y día/s en que se realizó el evento, lugar del evento). *Título de la publicación (en cursiva)*. Lugar de publicación: Editor o Institución/es patrocinante/s, año de publicación. ISBN (lugar de publicación y editorial deberán separarse por dos puntos).

Ejemplo:

CONGRESO IBEROAMERICANO DE INFORMÁTICA Y DERECHO (3: 1992 septiembre 21-25, Mérida, España). *Informática y derecho: Actas*. Mérida: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional de Extremadura, 1994. ISBN 8488861028, 9788488861023

10.8. Referencias de ponencias presentadas en Congresos, Jornadas, Reuniones

Se seguirá el siguiente formato: APELLIDO, nombre del autor. Título de la ponencia (año de publicación), EN: nombre del Congreso, Jornada, o Reunión y entre paréntesis (número: año mes día/s, lugar del evento). *Título de la obra* emanada del evento y en la cual se encuentra publicada la ponencia (*en cursiva*). Lugar de publicación: Editor o Institución/es patrocinante/s (separados por dos puntos).

Ejemplo:

ALENDE, Jorge Oscar. Flujo de datos transfronterizas y subdesarrollo, EN: Jornadas Internacionales de Informática al Servicio del Derecho (1ª: 1985 junio 6-9, Mercedes, Argentina). *Ponencias*. La Plata: Dirección de Impresiones del Estado y Boletín Oficial, 1985.

10.9. Referencias de sitios web

Para elaborar referencias de páginas web se seguirá el siguiente orden: Título de la página web. Editor (fecha de publicación). Disponibilidad. [Fecha de consulta: dd/mm/aaaa]

Ejemplo:

IAPG. Instituto Argentino del Petróleo y del Gas (2012). Disponible en: www.iapg.org.ar [Fecha de consulta: 23-11-2011]

10.10. Referencias de documentos publicados en Internet

-Libro electrónico

Las referencias de documentos monográficos publicados en Internet se harán en el siguiente orden:

APELLIDO, Nombre del autor (año de publicación). *Título del libro* [on line]. Lugar de publicación: Editorial. Disponible en: dirección de la página web. [Fecha de consulta: dd/mm/aaaa]

Ejemplo:

ORLANDO, Marcela y OZOLLO, Fernanda (2005). *Formulación de proyectos culturales* [on line]. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo. Disponible en: <http://bdigital.uncu.edu.ar/1098>. [Fecha de consulta: 23/11/2011]

-Artículo de revista

APELLIDO, Nombre completo del autor (año de publicación). Título del artículo, EN: *Título de la revista* [on line], Lugar de publicación, número del volumen y/o número de entrega. Disponible en: dirección de la página donde se localiza el artículo [Fecha de consulta: dd/mm/aaaa]

Ejemplo: VEGA ALMEIDA, Rosa Lidia (2006). La relación dialógica entre la planificación estratégica y el aprendizaje organizacional, EN: *ACIMED* [on line], La Habana, 14(6). Disponible en: http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol14_6_06/aci09606.htm [Fecha de consulta: 04/11/2011]

-Tesis

BRUCKMAN, Amy Susan (1997). *MOOSE Crossing: Construction, community, and learning in a networked virtual world for kids* (Tesis de Doctorado) [on line]. Disponible en: <http://www-static.cc.gatech.edu/~asb/thesis/> [Fecha de consulta 21/11/2011]

-Ponencia

ABDO FERREZ, María Cecilia (2008). *Los procesos de individuación en Spinoza y Leibniz: Cuerpos, representaciones y organización*. EN: Jornadas de Investigación en Filosofía (7ª, 2008 noviembre 10-12, La Plata, Argentina) [on line]. La Plata: FAHCE-

UNLP. Disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar> [Fecha de consulta 23-11-11]

11. Legislación

Si la hubiera, la legislación se citará a continuación de las referencias bibliográficas. Las citas se harán bajo el título **Legislación consultada**, alineado a la izquierda, en negrita y sólo con la letra inicial en mayúscula. El orden que se deberá seguir es el siguiente: Tipo de norma, N° de norma (si fuera un decreto o una resolución, a continuación del n° se coloca una barra y luego el año), título oficial de la norma si lo tuviere, título de la publicación oficial en la que fue publicada, lugar, fecha de publicación utilizando el formato dd/mm/aaaa

Ejemplos

- Ley n° 26.600. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 07/07/2010
- Decreto 1224/2007. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 11/09/2007
- Resolución 309/2009. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 30/04/2009

12. Jurisprudencia

Si las hubiera, las citas de fallos se harán a continuación de las referencias de Legislación consultada, bajo el título **Jurisprudencia consultada**, alineado a la izquierda, en negrita y sólo con la letra inicial de la primera palabra del título en mayúscula.

Los datos de los fallos se citarán en el siguiente orden:

Sigla del tribunal del que emanó el fallo, lugar (si fuera un fallo de cámara provincial), sala (si correspondiera), fecha del fallo con el formato dd/mm/aaaa, Nombre de las partes litigantes. *Título completo de la revista en la que se encuentra publicado (en cursiva)*, Lugar de publicación, año **guión** letra y/o número del tomo, páginas

Los fallos localizados en bases de datos on line, se citarán con el siguiente formato:

Sigla del Tribunal, sala (si correspondiera), fecha del fallo dd/mm/aaaa, Nombre de las partes litigantes [on line]. Disponible en: dirección del sitio donde se localizó el fallo [Fecha de consulta: dd/mm/aaaa]

Ejemplos:

- CNCiv., sala K, 30-09-2003, Piazzolla, Daniel c. Telefónica Argentina S.A. *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, 2003-F, 582-590
- CSJN, 07/12/2010, Monserrat, Gabriel y otros c. Estado Nacional. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación*, Buenos Aires, 2010-333, 2281-2296
- CCiv., Lomas de Zamora, sala I, 10/03/2011, Celelier, Dora Alicia c. Parra, Juan Carlos [on line]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is>. [Fecha de consulta: 21/11/2011]

13. Otros documentos consultados

Bajo este epígrafe se enlistarán las referencias correspondientes a aquellos documentos que no se incluirán en la Bibliografía, como por ejemplo obras de referencia (diccionarios, enciclopedias), sitios web consultados en general (no documentos en particular tomados del sitio). Se ordenarán alfabéticamente por título, siguiendo las pautas establecidas en el presente anexo para cada tipo de documento.