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

**Universidad
Nacional
de La Plata**

ANALES

DIRECTOR

JUAN CARLOS CORBETTA

**AÑO 12
/ N° 45
2015**

ISSN 0075-7411

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Abog. Vicente Santos ATELA
Decano

Abog. Rita Marcela GAJATE
Vicedecana

Secretario de Asuntos Académicos: Abog. José ORLER

Secretario de Investigación: Dr. Adalberto Luis Busetto

Secretaria de Posgrado: Abog. Valeria HUENCHIMAN

Secretario de Extensión: Abog. Rodolfo BROOK

Secretario de Asuntos Estudiantiles: Abog. Martín MACHADO

Secretario de Económico Financiero: Cdr. Sebastián TORTORICE

Secretario de Relaciones Institucionales: Abog. Javier MOR ROIG

ANALES

DIRECTOR

Prof. Juan Carlos CORBETTA

CONSEJO EDITORIAL

EDITORA: Lic. María Luciana ALI

ASISTENTES DE EDICIÓN: Abog. Silvina Laura SARTELLI
Abog. Juan H. GARCIA ZEBALLO
Fabián AMARILLO

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof. Juan Carlos CORBETTA

Abog. Rita M. GAJATE

Dr. Ricardo Sebastián PIANA

Lic. María Luciana ALI

CONSEJO HONORABLE EDITORIAL

Prof. Dr. Jorge Horacio ALTERINI (Prof. Extraordinario Emérito, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Prof. Dr. Jorge Reinaldo VANOSSI (Prof. Extraordinario Honorario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Prof. Dr. Roberto Omar BERIZONCE (Prof. Extraordinario Emérito, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Prof. Dr. Juan Carlos HITTERS (Prof. Extraordinario Emérito, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Prof. Dr. Roberto H. LAVIGNE (Prof. Extraordinario Emérito, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

CONSEJO CONSULTIVO EXTRAORDINARIO

Giorgio ALBERTI (Universidad de Bologna, Italia)

Pierre BIRNBAUM (Universidad Sorbonne, Francia)

Alessandro CAMPI (Universidad de Perugia, Italia)

Giusseppe DE VERGOTTINI (Universidad de Bologna, Italia)

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (Universidad Complutense de Madrid, España)

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (Real Academia Española)

David HELD (London School of Economics, Inglaterra)

Antonio LA PERGOLA (Consejo de Europa, Francia)

Jerónimo MOLINA (Universidad de Murcia, España)

Ramón MONTERO (Universidad Autónoma de Madrid, España)

Dalmacio NEGRO PAVÓN (Real Academia de Ciencias Políticas, España)

Ada PELLEGRINI GRINOVER (Universidad de Sao Paulo, Brasil)

Francisco RUBIO LLORENTE (Universidad Complutense de Madrid, España)

PRESENTACIÓN

En este número de Anales, contamos con el aporte de distinguidos Profesores de nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; de la Universidad de Buenos Aires; de la Universidad de San Pablo, Brasil, y de las Universidades de Camagüey y Guantánamo, Cuba. Todas estas colaboraciones muestran el reconocimiento y la valoración de la comunidad académica nacional e internacional.

El contenido de esta entrega se centra en algunas problemáticas particulares que enfrentan las diversas ramas de las ciencias jurídicas y sociales y serán abordadas desde las distintas perspectivas que nos presentan los autores.

En este número 45 avanzamos con el proceso de reestructuración de la Revista con el objetivo de alcanzar mayores niveles de calidad editorial, de científicidad y de visibilidad. Para ello el equipo editorial está abocado a la reformulación de las pautas editoriales y a la exigencia de su cumplimiento. En este camino para los próximos números, los autores podrán enviar sus colaboraciones a través de un formulario de carga ubicado en la página institucional de nuestra facultad. Ello nos permitirá facilitar las entregas y agilizar los tiempos cumpliendo con los requisitos exigidos.

Quiero destacar que este año también se publicó el Número Extraordinario *Aportes sobre el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*; allí, destacados especialistas estuvieron presentes con sus contribuciones.

El próximo año este Anuario cumplirá noventa años desde su fundación. Por tal motivo el número 46 será un Número Especial en homenaje a tantos años abocados a la difusión de las producciones académicas de nuestra Facultad. Invitamos a todos aquellos docentes de esta casa de estudio y de otras Universidades nacionales y extranjeras que quieran estar presentes con sus destacados aportes.

Asimismo se publicará un Número Extraordinario: *Homenaje al Bicentenario de la Declaración de la Independencia argentina (1816-2016)*. En este espacio destacados especialistas nos brindarán sus colaboraciones.

Mi agradecimiento especial al Sr. Decano de esta Facultad, Abog. Vicente Atela, por su apoyo y confianza en el nuevo camino a recorrer por Anales. También a la Vicedecana Abog. Rita Gajate, por su aliento constante para que Anales alcance los objetivos propuestos. Y por último a todo el nuevo equipo editorial, que con esfuerzo y dedicación han hecho posible la publicación de este nuevo número.

Muchas gracias.

Juan Carlos Corbetta
Director

SUMARIO

DERECHO CIVIL

El nuevo derecho civil y ética de los vulnerables POR LUIS ALBERTO VALENTE	1
El concepto de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación POR MIRTA L. JURIO Y RICARDO A. PARRA.....	22

DERECHO CONSTITUCIONAL

Los convenios internacionales de las entidades miembros de un estado federal. El caso argentino POR MARÍA DE LA NIEVES CENICACELAYA	35
La supresión del colegio electoral y el debilitamiento del federalismo en la Argentina POR JUAN P. GARDINETTI	49
Las políticas públicas y su armonía con la Constitución POR GABRIEL TOIGO	60
La Constitución de la República de Cuba y el desarrollo local POR VLADIMIR NARANJO GÓMEZ.....	65

DERECHOS HUMANOS

Centenario del genocidio armenio: recordar y exigir POR MARCELO A. KRIKORIAN.....	75
--	----

DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

El desarrollo. Continuidades y rupturas teóricas POR NOEMÍ B. MELLADO.....	81
Petrocaribe y ALBA-TCP: propuestas de Venezuela para una nueva integración regional y energética POR EUGENIA C. PARDO Y CARMEN R. SCHAPOSNIK.....	97

DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

El régimen previsional del personal aeronavegante y la inaplicabilidad del artículo 252 de la Ley de Contrato de Trabajo POR MATÍAS BARONE	108
---	-----

VIII

DERECHO FINANCIERO

Luces y sombras de la protección ambiental mediante instrumentos económicos de gestión en la Cuba actual POR AGUILA CARRALERO ALISVECH	129
Consecuencias jurídico-económicas de los efectos del impuesto de sellos en la República Argentina POR NICOLÁS MESCHIANY	141

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Catologação dos direitos fundamentais no direito internacional POR MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR	153
--	-----

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Aportes de jurisprudencia comparada en materia de sustracción internacional de niños POR LILIANA ETEL RAPALLINI	167
--	-----

DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

Conjuntos inmobiliarios. Perspectiva registral POR LUANA ALBERDI IMAS	178
--	-----

DERECHO PENAL

Los casos y la evaluación en los Consejos de la Magistratura POR ERNESTO E. DOMENECH	190
Principio de legalidad estricta en materia penal. Breve historia y desvíos. El caso del terrorismo POR RAMIRO PÉREZ DUHALDE.....	210
Problemática del acceso a la educación en contexto de encierro carcelario cuando debe ser un derecho y no un beneficio POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU.....	227
La sentencia y la selección punitiva: penas de reclusión, prisión y perpetuas POR NATALIA L. ARGENTI Y NICOLÁS A. BLANCO	237
La impunidad del estado en la violación de derechos humanos perpetrada por sus agentes POR CECILIA N. FANESSI Y MANUEL L. RUIZ-MORALES	254
La exigibilidad judicial de los derechos reproductivos POR MARÍA CELESTE LEONARDI	266
Política criminal y enfoque de derechos: la incidencia de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en el ejercicio de la violencia estatal POR LISANDRO OZAFRAIN	280

DERECHO PROCESAL CIVIL

La necesidad de una reforma integral de la justicia colectiva POR LEANDRO J. GIANNINI	294
--	-----

DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL Y MUNICIPAL

La justicia municipal de faltas en la provincia de Buenos Aires
 Por VICENTE S. ATELA Y JUAN MANUEL CAPUTO 315

La situación del municipio en la provincia de Buenos Aires —crónica de una involución—
 POR RICARDO P. RECA 329

DERECHO ROMANO

De la patria potestas romana a la responsabilidad parental en Argentina: evolución de la obli-
 gación alimentaria
 POR PAOLA E. ZINI HARAMBOURE 340

DERECHO SOCIAL

El concepto de derecho del trabajo
 POR ADOLFO N. BALBÍN 359

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Es tiempo de hacer justicia
 POR RUBÉN M. GARATE 376

SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Buscando articulaciones posibles: puntos de encuentro y encrucijadas
 POR MANUELA G. GONZÁLEZ E HILDA G. GALLETTI 386

El nuevo derecho civil y ética de los vulnerables

POR LUIS ALBERTO VALENTE (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Planteo del problema.— III. Desarrollo.— IV. Los menores.— V. Persona con capacidad restringida y incapacidad.— VI. El divorciado.— VII. Las mujeres (microsistemas y subsistemas).— VIII. Procesamientos de datos.— IX. Conclusión.— X. Bibliografía.

Resumen: Con el extraordinario aporte del derecho internacional de los derechos humanos la consideración jurídica de la vulnerabilidad se erige en estos tiempos en una insoslayable realidad. El nuevo Código Civil y Comercial consagra al paradigma protectorio hacia los más débiles erigiendo como principio rector, una verdadera ética de los vulnerables. Sin embargo, si se quiere alcanzar la igualdad real que se pregona deberá partirse por redefinir el término, y entonces, vulnerable no se es por pertenecer sólo a una categoría (discapacitado, menor, indígena, mujeres, etc.), sino que es una consideración que invita a promover las propias potencialidades a fin de que pueda superarse el escollo e integrarse al entorno. La reflexión normativa es fundamental en tal sentido.

Palabras claves: derechos humanos - vulnerabilidad - discriminación - igualdad.

The new civil law and ethics of the vulnerable

Abstract: *With the extraordinary contribution of the international law of human rights the legal consideration of vulnerability is built in our times on an unavoidable reality. The new Civil and Commercial Code vests the protecting paradigm of the weakest as the ruling principle, a true ethics of those who are the most vulnerable. However, if the so proclaimed real equality wants to be reached to, redefining the corresponding concept should be the starting point of departure, and thus, it is not considered vulnerable the one who belongs to one category alone (disabled, minor, indigenous, women, etc.), but it is a consideration which invites to promote the self potentialities which will allow anyone to overcome the hurdle and therefore integrate to the environment. A reflective legislation is crucial to that effect.*

Keywords: *human rights - vulnerability - discrimination - equality.*

I. Introducción

La ley 26.994 (sancionada el 1º de octubre de 2014 y promulgada el 7 del mismo mes y año) aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación —CCiv. y Com. C.C.C.N.— derogando de esa forma el Código Civil de Vélez Sarsfield. Como bien se destacará, al presentarse el Proyecto aquel se inserta en un sistema complejo caracterizado por el incesante dictado de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes.

El Código define los grandes paradigmas del derecho privado y lo hace estableciendo principios que van a ir estructurando al resto del ordenamiento.

Los microsistemas jurídicos estarán plasmados en leyes especiales, las que con mayor especificidad en relación a la temática que conforma su objeto, conducirán a que aquellos grandes principios sean reformulados.

(*) Prof. titular de Derecho Civil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

De esa forma, lejos de pretender una visión omnicompreensiva, el nuevo Código comparte su vida con esos microsistemas jurídicos y con los subsistemas, produciendo un fraccionamiento del orden similar al planetario. Aquellos giran con su propia autonomía, su vida singular. El Código es como el sol, los ilumina, colabora en su vida, pero ya no puede incidir directamente sobre ellos (Lorenzetti, 1995:14).

A su vez, no se trata de analizar el dispositivo jurídico como si fuera una isla nacida en un Código omnicompreensivo. Lejos de concebirlos como compartimentos diferenciados, la compleja sistemática impone una interpretación producto de un diálogo entre las fuentes, en un todo de acuerdo con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, y que en definitiva, conduzcan a una decisión razonablemente fundada (artículos 1º, 2º y 3º del C.C.C.N.).

A tono con ello, la constitucionalización del derecho privado obliga al operador a una constante remisión a los documentos internacionales sobre derechos humanos (artículo 75, inc. 22, de la CN), que sojuzgan o determinan a los textos de derecho privado, ya que deben ser considerados jurídicamente a la luz de aquellos.

Ya el artículo 75, inc. 23, de la CN impone al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Constitución, y entre los conglomerados sociales comprendidos y de manera expresa, hace alusión a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

De lo expuesto se deduce que existen grupos expuestos a situaciones de vulnerabilidad y sometidos por ende a una consideración especial.

Entre las directivas que en materia de derechos individuales hallan feliz recepción en el nuevo articulado hay algunas que se imponen ante la sagaz mirada del operador jurídico. Tal es lo que ocurre con aquellas que responden al principio de autonomía, igualdad, no discriminación y al absoluto respeto a las individualidades en el marco de una sociedad multicultural.

II. Planteo del problema

Al presentarse el entonces Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se hizo una breve alusión a los fundamentos de aquel.

Y entre otros, se recordaba el paradigma protectorio a los más débiles cuyo fundamento se apoyaba en la igualdad real y en una verdadera ética de los vulnerables.

Parafraseando a Ronald Dworkin puede decirse que la igualdad real constituye el tipo estándar o directriz, esto es, el objetivo que ha de ser alcanzado; en tanto que aquella protección a los vulnerables fundamenta al principio que debe ser observado por exigencias de justicia o por cualquier otra dimensión de la moralidad (cfr. Dworkin, 1999: 72).

De esa forma, el referido a la protección de los vulnerables tiene un papel esencial en la argumentación jurídica ya que permite motivar juicios referidos a determinados derechos y obligaciones. A su vez, como todo principio constituye un mandato de optimización (Alexy Robert, 2008: 68), que se puede cumplir en diferente grado, y de allí, en la mayor medida posible pero dependiendo de posibilidades reales y jurídicas.

Entonces, la objetiva protección del vulnerable puede erigirse en un principio ordenador que aspire a lo óptimo y que dispuesto a ese fin se lo cumplimente en la mejor medida posible. De allí que la cuestión pasa por vislumbrar de qué manera se puede lograr ese objetivo, o cuáles son los mandatos jurídicos que funcionan sobre la base de esas premisas.

Sin perjuicio de lo expuesto y de la normativa subyacente, es posible vislumbrar modelos de conducta que redefinen a determinados grupos a través de una mirada actualizada y apegada a nuevos lineamientos. Es lo que parece ocurrir (por ejemplo) en relación con la normativa referida al sujeto con padecimientos mentales o aquella que regula la problemática de los menores.

Ahora bien, ¿cuál es la hermenéutica que cabe atribuir a esa vulnerabilidad que se intenta proteger?, ¿cuáles son los paradigmas que a la luz del nuevo ordenamiento se erigen como presupuestos de esa vulnerabilidad?, ¿la vulnerabilidad se mide siempre o en todos los supuestos de la misma manera?, ¿cuál es el patrón determinante de las diferencias?

Cabe advertir que la desventaja en ciertos casos puede resultar *ministerio legis*, y por hallarse el sujeto inmerso en una situación jurídica determinada, como ocurre en el caso de los beneficiarios del inmueble protegido y destinado a vivienda —v. gr., el conviviente— (artículos 244, 246, etc., C.C.C.N.); o las derivadas del cese de la convivencia (artículos 524 y ss. del C.C.C.N.) o las derivadas de las relaciones de consumo (conf. artículos 1092 y ss., esp. artículo 1094, C.C.C.N).

En este caso, y ante una puntual circunstancia, la protección a la que aludimos es una emergente de mandatos normativizados.

En otros, en el nuevo ordenamiento trasunta una feliz vinculación entre ciencia jurídica y bioética, disciplina ésta de enorme peso y que compromete a concebir un orden jurídico abierto y permeable y que hacen a la concreta situación del vulnerable.

Cuadra advertir que no se pretende dar una respuesta única ya que seguramente el interrogante planteado no la tiene. Lo que del texto se desprende es que la vulnerabilidad de determinados colectivos debe ser justipreciada a la luz de su propia ratio, la que a su vez, moviliza a la solución buscada.

Sin embargo, ello no obsta a que en torno al tema se puedan trazar lineamientos generales.

Tal como se dijo, el espíritu del nuevo Código proyecta su fundamento sobre la igualdad real, vale decir, aquella que no resulte sólo pregonada, e incluso, desde los primeros lineamientos normativos invita a un diálogo hermenéutico complejo que no excluya ningún factor de posible incidencia sobre el caso concreto.

Bajo ese entendimiento, la situación de inferioridad o vulnerabilidad es un factor que cualifica a las personas que la padecen, y de allí que debe ser reformulada y ajustada a la situación de quien la sufre.

En tanto, la misma vulnerabilidad se erige en un concepto apto para delinear subsistemas, que a su vez, son depositarios de matices argumentativos propios.

En fin, la *prudentia juris* exige que las dimensiones paradigmáticas del derecho privado moderno sean sojuzgadas a la luz de una exhaustiva dialéctica y referida ellas a un pensar aporético, vale decir, un pensamiento sobre los problemas; y que a su vez ha de arrancar de un pormenorizado análisis de los componentes de esos problemas prácticos de conducta y en función de una decisión humana existencial.

De acuerdo con lo expuesto, la vulnerabilidad es la nota que se proyecta sobre determinado colectivo y que cualifica al sujeto de derecho en función de ciertas circunstancias. Nuestro análisis se basará en la consideración de aquella nota y de estas últimas, a la luz de la directiva legal y encauzada hacia la mentada igualdad real.

III. Desarrollo

A. Lineamientos generales

Sin perjuicio de desarrollos venideros, por lo pronto, con el término vulnerabilidad se designa a quienes se encuentran en un estado o circunstancia desfavorable, o que padecen desventajas, carencias, o se encuentran bajo circunstancias que afectan el goce y ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, en fin, se alude a circunstancias que obstan a la satisfacción de sus necesidades específicas.

Por lo pronto y aunque por diferentes causas la vulnerabilidad (en sentido amplio) es un concepto que nos comprende a todos (nadie escapa a esa situación), el análisis jurídico deberá ponderar la capacidad de respuesta ante la causa generadora de esa desigualdad. A su vez, esa vieja idea, según la cual al

ocuparse del individuo el derecho civil atiende sólo a las personas avasalladas en su personalidad fue cediendo paso, y hoy la idea es pensar al sujeto desde una posición de desventaja, sea por pertenecer a un grupo de personas que padecen un interés homogéneo, o bien por hallarse en una situación de inferioridad que impide el goce de sus derechos.

Esa situación de inferioridad o desventaja define su vulnerabilidad y justifica un tratamiento diferencial que procure o se encamine a una protección específica.

Adita lo expuesto, la fabulosa perspectiva del derecho constitucional de los derechos humanos y el rico campo de los derechos personalísimos que en el nuevo derecho civil hallan un desarrollo realmente destacado. Por lo pronto debe recordarse la enorme incidencia que sobre la legislación interna han tenido y tienen los documentos internacionales, algunos de los cuales ostentan jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22), como por ejemplo, la Convención de los Derechos del Niño o los que eliminan toda forma de Discriminación. Mención especial merecen en la especie aquellas Convenciones que han repercutido decididamente sobre el derecho interno, como por ejemplo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobado por Naciones Unidas en el año 2006 (ley 26.378).

B. Los derechos de la personalidad

Uno de los medulares aciertos de la reforma fue establecer un régimen sistemático de los derechos de la personalidad (artículos 51 y ss., C.C.C.N.), que en principio son indisponibles, salvo excepciones a las que cabe una interpretación restrictiva y libremente revocable (artículo 55). Las previsiones en torno a estos derechos han de constituir el núcleo básico sobre el cual se erigirá la defensa de los grupos vulnerables, y a su vez deberán adaptarse a la casuística respectiva. Al sostenerse que toda persona humana es inviolable expresamente se reconoce que, en cualquier circunstancia, tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. Y la afectación de esta última, puede provenir de una lesión a su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, etc. (artículos 51 y 52, C.C.C.N.).

La dignidad se erige así en la base criteriológica indubitable sobre la cual se amerita el factor de la vulnerabilidad, siendo por cierto una directiva amplia y de extensión variada y que da cabida a muy diversas significaciones.

A su vez, no debe obviarse lo preceptuado por el artículo 57 del Código en relación a las prácticas prohibidas, estableciendo en tal sentido, que están prohibidas aquellas que estén destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia. Si bien excede al marco teórico aquí trazado, recordemos que la manipulación genética significa la alteración del patrimonio genético del embrión. Es la actuación sobre las células germinales del individuo, sea para evitar el desarrollo futuro de una enfermedad, o bien, con fines eugenésicos para conseguir determinado tipo humano o de determinadas características, vale decir, embriones a la carta (Bustos Pueche, 1996: 191). El precepto legal parece rechazar esta última posibilidad, no así la primera.

Debe recordarse que la genética preimplantacional es una nueva herramienta diagnóstica que permite (antes de la implantación del embrión en el endometrio) detectar la presencia de defectos congénitos las que pueden ser el resultado de anomalías cromosómicas o de enfermedades génicas. Si bien la idea que moviliza a las prácticas puede sintetizarse como diagnóstico realizado sobre el embrión para ser utilizado en su propio beneficio, ello no obsta a mensurar los posibles riesgos ante cierta veterinización del embrión no implantado, por lo que no resulta dislocado referirse a una peligrosa manipulación. La cuestión es sumamente compleja, más aún cuando se considera que la dignidad del vulnerable debe erigirse en el valor supremo.

C. Aristas de la problemática referida a los grupos vulnerables (los indicadores observables)

1. Derechos individuales y derechos de incidencia colectiva

En esa línea y en un significativo Título Preliminar, el Código Civil y Comercial aporta reglas que brindan un marco intelectual de mayúsculo peso. En el Capítulo 3 de ese Título Preliminar el nuevo

Código reconoce a los derechos individuales y a los derechos de incidencia colectiva destacando en el artículo 14 *in fine* que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los primeros que puedan afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. Esto último está en línea con lo dispuesto en el artículo 10 del mismo ordenamiento en torno al abuso del derecho.

A su vez y como se recordará, la Constitución Nacional en su artículo 41 protege el derecho a un ambiente sano y apto para el desarrollo humano, como asimismo, contempla de forma expresa el daño ambiental; en tanto, es el artículo 43 del texto constitucional el que expresamente reconoce la posibilidad de interponer la acción de amparo ante cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, como así a los derechos de incidencia colectiva en general.

Sin embargo, el actual texto del artículo 14 del Código Civil y Comercial modificó la redacción original del Anteproyecto, que reconocía con mayor precisión y junto con los derechos individuales, *stricto sensu*, a los derechos individuales en los que existe pluralidad de afectados, y a su vez, lo son por una causa y sufren un daño común pero al mismo tiempo divisible. En tanto, también se reconocía a los derechos de incidencia colectiva, que siendo indivisibles son de uso común (artículo 14 del Anteproyecto).

Dicha supresión es consecuente con la ocurrida respecto a los artículos 1745 y 1746 del Anteproyecto que se referían a los daños a los derechos de incidencia colectiva y a los daños a derechos individuales homogéneos. Bien lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Halabi, Ernesto c/ PEN - ley 25.873 s/ amparo - ley 16.986”, la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del artículo 43 a los derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos. Tal sería los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, sin embargo, hay un hecho único y continuado que provoca lesión a todos ellos y que es identificable como una causa fáctica homogénea. De manera que la pretensión es común aunque el daño que individualmente se sufre sea diferente.

Vale decir, en definitiva, el nuevo Código al reconocer los derechos de incidencia colectiva cumple con el postulado constitucional, y también amplía el manto protectorio respecto a aquellos que sufren una situación de vulnerabilidad derivada de un hecho único que afecta al sujeto que pertenece a un grupo o colectivo determinado.

2. Los pueblos indígenas

A raíz del proceso de exclusión vivido por los pueblos indígenas a lo largo de la historia, desde mediados del siglo XX la comunidad internacional comenzó una etapa de consideración hacia aquellos, y sin perjuicio de otros documentos emanados de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del 13 de setiembre del año 2007 significó un hito importante al respecto.

De manera consecuente, el artículo 18 del C.C.C.N. destaca que las comunidades indígenas con personería jurídica tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca una ley específica y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75, inciso 17, de la CN. A tono con lo expuesto la ley 26.994 (aprobatoria del Código Civil y Comercial) —artículo 9º— establece que los derechos de los pueblos indígenas serán objeto de una ley especial.

Por último, la tónica finalmente asumida por el Código difiere de la del Anteproyecto, ya que en este último se regulaba de forma especial acerca de la propiedad comunitaria indígena en el Título V del Libro Cuarto referido a la Propiedad comunitaria indígena. Asimismo el artículo 1887, inciso c), de este último que expresamente se refería a la propiedad comunitaria indígena como un derecho real.

La ley 26.994, en líneas generales, señala que los derechos de esta comunidad serán objeto de una ley especial (artículo 9º).

3. La problemática del concebido

a) El comienzo de la existencia

En el Capítulo I del Título I (“Persona humana”) del Libro Primero (Parte General), el Código Civil y Comercial de la Nación regula acerca del *comienzo de la persona* (artículo 19).

No está demás advertir que determinar desde qué momento existe jurídicamente la persona, implica establecer el punto de partida en el cual comienzan a producirse los efectos jurídicos que tienen como fuente a esa personalidad, y entre ellos, el momento a partir del cual el sujeto adquiere derechos, sean éstos de índole patrimonial como extrapatrimonial.

No debe obviarse a la ley 26.061 que de manera integral protege a las niñas, niños y adolescentes y que tiene como norte esencial garantizar el disfrute pleno de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación Argentina es parte.

En esa senda puede recordarse la ley 23.849 que aprobó la Convención sobre los Derechos del niño adoptado, a su vez, por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1989 y que ostenta jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22, CN) que reconoce que el niño es titular de derechos.

De acuerdo con esa normativa por niño se entiende todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años.

Una tradicional discusión en el Derecho Civil giraba en torno a si la persona por nacer es o no un sujeto diferente a la madre que lo concibe, vale decir, si el *nasciturus* tiene o no una personalidad diferenciada. De esa forma podía considerarse que antes del parto el feto es una parte de la mujer; o bien, que los que están en el útero pueden considerarse existente. Como se sabe, el artículo 70 del Código Civil de Vélez (siguiendo al artículo 221 del *Esboço* de Freitas) establecía que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas, de manera que antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido (conf. artículo 63 del Código Civil).

Y, a su vez, esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos nacen con vida.

Tal como se advirtió el codificador originario siguió en la solución preconizada a Augusto Teixeira De Freitas. Para el jurista brasileño lejos de ser un *commodum* (o regla de ventaja a favor del concebido) la existencia de la persona antes del nacimiento es real, y de allí, las consecuencias jurídicas que arroja esa conclusión. Aquella vieja disquisición adquiere en los tiempos que corren renovados bríos ya que la problemática es observada a la luz de las nuevas técnicas de reproducción asistida, y sobre todo, mediante fecundación *in vitro*.

En efecto, la actual normativa del Código Civil y Comercial difiere del primitivo Anteproyecto. El artículo 19 de este último disponía que la existencia de la persona humana comience con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida. De lo expuesto cabe deducir que la solución preconizada por el original cuerpo normativo difería de la actual, ya que daba un tratamiento diferenciado expreso según que el embrión fuera naturalmente concebido en el útero de la mujer, o bien, si lo era mediante técnicas de reproducción humana asistida, en cuyo caso, la existencia de la persona ocurría desde la implantación en el útero de la mujer.

A su vez, el Proyecto de Unificación del mismo Código mantuvo de manera similar aquella fórmula, aunque dejaba a salvo lo que pudiera prever la legislación especial a los fines de proteger al embrión no implantado (artículo 19 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial).

El actual artículo 19 del Código Civil y Comercial establece que la existencia de la persona comienza con la concepción. De acuerdo con ello el embrión es persona.

Sin embargo la ley 26.994 aprobatoria del Código Civil y Comercial —artículo 9°— dispone que la protección del embrión no implantado sea objeto de una ley especial.

Esto último se explica a los efectos de establecer el *status* del embrión extra corpóreo creado y que es producto de la manipulación genética. La disposición de embriones es un tema que conmueve a la ciencia jurídica en orden a los reparos de índole axiológicos que sin dudas merece, sea que nos refiramos a la posibilidad de crioconservarlos y mucho más si se trata de seleccionarlos a los fines de investigación o en función de las necesidades de quienes aportan el material genético. No es ocioso recordar que, en los hechos, la concepción puede acaecer dentro o fuera del seno materno. Esta última observación se vincula con la conocida fecundación extracorpórea o *in vitro*. Y según que el material genético provenga o no de la pareja puede ser homóloga o heteróloga.

El caso “Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se refiere a la concepción mediante técnicas de reproducción humana asistida. En el mentado decisorio, se estableció que a los efectos de interpretar el término concepción la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación.

Y si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano, lo cierto es que el embrión requiere ser implantado en el cuerpo de la mujer, pues de lo contrario sus posibilidades de desarrollo son nulas, es decir, no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo. Bajo este entendimiento el embrión requiere ser implantado en el útero, y sólo así puede considerarse que ha tenido lugar la concepción a la que alude el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para esta postura el término concepción no puede ser considerado como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer ya que no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. A su turno, nuestra jurisprudencia ha sostenido que existe un reconocimiento implícito de que las condiciones para la evolución del embrión comienzan a desarrollarse a partir de su implantación. Pues el mentado artículo 9° de la ley 26.994 hace una diferenciación entre embrión implantado y no implantado (conf. C. Fed. San Martín, sala 1ª, “G. y S. c/ OSDE s/ prestaciones médicas”).

Sin perjuicio de lo expuesto, no debe obviarse la advertencia de que la problemática lejos de estar definitivamente resuelta está abierta a debate.

b) La problemática del concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida

A tono con lo expuesto en el Título V del Libro Segundo a partir de los artículos 560 y ss. del Código Civil y Comercial se establecen las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

El texto final del mentado artículo 560 se refiere al consentimiento en las técnicas de reproducción asistida. A tono con otras normas de similar vuelo sostiene dicho artículo que el consentimiento de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida debe ser previo, informado y libre. El mismo debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. El artículo 562 establece el concepto de voluntad procreacional, de acuerdo con el cual, los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre y de la mujer que ha prestado su consentimiento, con independencia de quién haya aportado sus gametos.

Acaece en la especie una voluntad *ministerio legis*, y siendo un concepto medular, la voluntad procreacional es una construcción legal que en lo pertinente reemplaza al dato genético, y ello —obviamente— desde el punto de vista jurídico.

Por lo pronto, y de manera consecuente, la ley determina que cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo alguno con éstos salvo a los fines de mediar impedimentos matrimoniales (artículo 575, Código cit.).

Aduna lo expuesto el artículo 564: a) según el cual la persona nacida a través de estas técnicas puede obtener información del centro de salud interviniente, pero en la medida en que ello es relevante para la salud. Asimismo, puede obtener la identidad del donante pero siempre que ocurran razones debidamente fundadas y evaluadas por la autoridad judicial —artículo 564, inc. b)—.

IV. Los menores

A. Los menores y su capacidad de ejercicio

En la Sección 1ª del Capítulo 2 del Libro Primero, concretamente en el artículo 23 del Código Civil y Comercial, el nuevo ordenamiento se refiere a la capacidad de ejercicio. De esa manera destaca que toda persona humana puede ejercer sus derechos, con la salvedad de las limitaciones que expresamente estén previstas en el Código o en una sentencia judicial.

Consecuente con esa preceptiva el artículo 24 del cuerpo jurídico bajo examen señala a las personas incapaces de ejercicio, y en ese sentido, ubica a las personas por nacer, a quienes no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente, como así, a la persona declarada incapaz por sentencia judicial y en la extensión dispuesta en esa decisión.

Asimismo mantiene la preceptiva según la cual la mayoría de edad acaece tras haber cumplido dieciocho años e introduce a la mentada normativa la figura del adolescente estableciéndose que se denomina tal a quien cumplió trece años (artículo 25, Código cit.).

Sin perjuicio de ello y frente al carácter rígido del Código derogado que se desprende de la fijación de una edad puntual, el legislador moderno incorpora la idea de la capacidad progresiva.

En efecto, la idea de capacidad progresiva se ajusta a la edad y grado de madurez, la que a su vez, está condicionada a las aptitudes intelectuales y psicológicas del menor.

Ya la jurisprudencia había advertido que a partir de la ley 26.061, ya no será posible atar la capacidad de hecho exclusivamente a períodos cronológicos, sino que debe tenerse en cuenta la autonomía progresiva que adquiere el niño (C. Nac. Civ., sala B, “K. M. y otro c/ K., M. D.”).

En línea con lo expuesto, el artículo 26 del Código, tras recordar que el menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, establece no obstante que si cuenta con edad y grado de madurez suficiente, puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento (conf. artículo 26, Código cit.).

Se trata en verdad de reconocer en el menor, *competencia* para evaluar de manera autónoma cuestiones que caben en su esfera de actuación y por lo cual habrá que atenderse a su efectiva evolución y grado de madurez. A su vez, se impone la obligación de que deba ser oído en todos los asuntos que le conciernen y de que su opinión deba ser tenida en cuenta.

Esa consideración se reitera en varios dispositivos, como por ejemplo, cuando establece que es deber de los padres considerar las necesidades específicas del menor y atender a las aptitudes y grado madurativo sin perjuicio de las características psicofísicas de aquel (artículo 646 del C.C.C.N.). En determinados supuestos la ley presume la competencia del menor ante determinados actos.

Por el artículo 26 del Código, se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud, ni ponen riesgo grave su vida o integridad física. Es de rigor pensar que es una presunción *iuris tantum*, vale decir, que admite prueba en contra. En tanto que si se trata de tratamientos invasivos el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores. La misma norma agrega que el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior sobre la base de su opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico (artículo 26 del C.C.C.N.). A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto

para las decisiones atinentes a su propio cuerpo (artículo 26 cit.), es decir, es competente para esos actos médicos. De lo expuesto se desprende la autodeterminación del menor en cuestiones vinculadas al cuidado de su propio cuerpo o de cuestiones que hacen a su salud lo que implica decir que debe mediar su consentimiento informado respecto al acto médico.

B. Los menores y la responsabilidad parental

A tono con lo expuesto y de singular importancia es el régimen atinente a menores, y concretamente los principios en punto a denominada “Responsabilidad parental” (Título VII del Libro II).

El nuevo Código reemplaza la clásica expresión “patria potestad” por la de *Responsabilidad parental* locución que intenta dar significación a la idea de que el compromiso del padre es reorientar al niño hacia el uso correcto de su autonomía, como así, procurar el desarrollo integral de su potencialidades a fin de que éstos puedan ejercer sus derechos de manera progresiva.

No es por lo tanto un cambio meramente semántico sino que encierra toda una concepción de la relación entre padres e hijos y que ya se hallaba plasmada en documentos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño y también por leyes nacionales como la ley 26.061 denominada “de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”.

Por lo pronto, los nuevos paradigmas imponen mensurar el marco de interacción entre el adulto y el niño quien ya no debe ser considerado, sin más, como objeto de sumisión y control ilimitado de sus padres.

En efecto, la nueva normativa impone nuevos rumbos y tiende a dejar a un lado, la vieja concepción, según la cual era dable observar una dependencia absoluta del niño al padre (“*potestas*”), inmerso entonces en una estructura familiar jerárquica; mediante la locución “responsabilidad parental” se indica que el conjunto de deberes y derechos que los padres ostentan sobre los hijos apuntan primordialmente a satisfacer el “interés superior del niño”.

Este último es el delicado principio que irradia luz a toda la problemática regulada en torno a los menores. El nuevo Código define a la “Responsabilidad Parental” y señala que es un conjunto de deberes y derechos que corresponde a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo menor de edad y para su protección, desarrollo y formación (artículo 638 del C.C.C.N.).

La responsabilidad parental se rige por principios y uno de ellos, de visceral importancia es el interés superior del niño, que ya venía justipreciándose a raíz de la Convención sobre los Derechos del Niño (v. gr., artículo 3º) o la ley 26.061 que en su artículo 3º lo define como la máxima satisfacción, integral y simultánea, de los derechos y garantías reconocidos en la ley, y estableciendo entre otros ítems, el respeto al pleno desarrollo personal y de sus derechos, en su medio familiar, social y cultural (artículo 3º, inciso b), de la ley 26.061).

Se trata de una directriz hermenéutica basilar de rango constitucional, de vastísimas proyecciones y sobre la cual la jurisprudencia ha plasmado pautas operativas acerca de su concreto alcance.

En una primera aproximación en interés superior del niño se asienta sobre el paradigma de los derechos fundamentales del niño, ya que implican su realización concreta y el respeto consecuente de las diferentes etapas evolutivas de la niñez, las necesidades y las expectativas que subyacen en esa realidad tan específica. Como se advirtió, el interés superior del niño es el principio basilar mantenido por el Código, verbigracia, por los artículos 639, 621, etc., e incluso puede justipreciarse la directiva emanada del artículo 671, inc. b), del Código Civil y Comercial. Criterio que desde luego se mantiene en materia de adopción (v.gr., artículo 595, inc. a)], entre otros. En tanto, consecuente con el principio de autonomía progresiva, *el niño tiene derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.*

El derecho del menor a ser oído y a participar de su propio proceso educativo, como así, en todo lo referido a sus derechos personalísimos es un principio que reitera al considerar los deberes y derechos de los progenitores (artículo 646, inciso c)). En definitiva, estamos ante parámetros que tienden a forjar

la capacidad del menor a través de la toma de decisiones, y que a su vez, le permitan desarrollar su autonomía personal, y ello, en un todo de acuerdo con el propio proceso evolutivo.

De lo expuesto se desprende que la vulnerabilidad de este colectivo debe ser ponderada a la luz del respeto de su autonomía, como así, a su puntual y concreto discernimiento y de más características psicofísicas.

C. La adopción de menores

La adopción de menores tiene como norte darle cuidados parentales a quien no los tiene, sea por no tener a los padres o por haberlos perdido, por no haber sido reconocido o por haber sido desatendido por ellos. A tal fin, la ley establece un vínculo legal a quien se le otorga la adopción, ahora definida por el artículo 594 del nuevo ordenamiento.

A tono con lo expuesto y con la Convención sobre los Derechos del Niño, en toda adopción rige un principio superior que es el interés superior del niño, y junto a él, el derecho a la identidad, el agotamiento de las posibilidades de permanecer en su familia de origen o ampliada, la preservación de sus vínculos fraternos y su separación por razones fundadas, el derecho del niño a conocer sus orígenes, el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años (artículo 595 del C.C.C.N.). El derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes es un derecho expresamente reconocido, datos que están a disposición del adoptado cuando lo requiera, es más, los adoptantes se comprometen a dar a conocer aquellos quedando expresa constancia de ello en el expediente respectivo (artículo 596 del C.C.C.N.).

A su vez, y de manera sistemática, la nueva normativa (artículos 619 y conchs. del Código) junto a las formas de adopción plena y simple reconoce la adopción de integración (artículos 630 y ss. del Código citado), que como bien lo dijo la Suprema Corte de Buenos Aires, se trata de un instituto que no está orientado a amparar la infancia abandonada, sino a consolidar un vínculo preexistente.

V. Persona con capacidad restringida y con incapacidad

La vieja y contundente dicotomía entre capaz e incapaz en materia de dementes ha quedado totalmente superada. Ya la ley 17.711 —se recordará— había reconocido que no debía incapacitarse, sino inhabilitarse a quien por embriaguez habitual o uso de estupefacientes, o bien, quien padecía una enfermedad mental pero que no llegaba a constituir un supuesto de demencia podían otorgar actos perjudiciales no sólo a su persona sino también a su patrimonio (conf. artículos 141 y 152 bis, incisos 1º y 2º, del Código de Vélez).

Pero como bien resaltaba el Profesor Tobías el enfoque patrimonialístico que se le daba a la inhabilitación ponía en duda la posibilidad de comprender o no, a simples debilitamientos decisionales como suelen ocurrir, por ejemplo, con quienes padecen diferentes grados de senectud (Tobías, 2009).

En estos tiempos, hay un nuevo dimensionamiento de la normativa atinente a quien padece una enfermedad mental o bien sufre una adicción de suficiente gravedad y de manera permanente o prolongada.

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad significó un aporte decisivo en la materia al establecer principios como el respeto a la dignidad del discapacitado y de su autonomía individual, no discriminación, igualdad de oportunidades y respeto por las diferencias, accesibilidad, toma de conciencia de la sociedad fomentando actitudes receptivas y promoviendo la concientización social respecto de quien sufre o padece esta problemática.

Esa somera descripción, desde luego, es meramente indicativa de los influyentes principios de ese trascendental documento.

Algo similar ocurre en el ámbito comparado. Así por ejemplo el derecho italiano incorporó la *amministrazione di sostegno* cuyo fin es limitar lo menos posible la capacidad del enfermo en relación a su desenvolvimiento con autonomía en su vida diaria y con los apoyos que sean realmente necesarios.

Esas medidas son recursos técnicos dirigidos al juez que debe decidir en una determinada casuística y al que se le intenta proporcionar un traje a medida a fin de que su decisión se ajuste (de manera lo más precisa posible) a la situación particular de la persona vulnerable.

En nuestro medio, la Ley 26.657 de Salud Mental ha significado un paso importantísimo a fines de alcanzar la correcta estimativa de quien sufren este tipo de padecimientos.

Sin embargo, ello obliga a advertir que la nueva normativa o el renovado enfoque no implica de manera alguna una derogación de la tradicional preceptiva de Vélez.

En definitiva, el nuevo ordenamiento establece las restricciones a la capacidad y tiene como norte proteger a la persona sin perder su poder de decisión (artículos 31 y ss., C.C.C.N.).

No es el momento de ser exhaustivos pero sí mentar algunos principios, y en línea con ello, mentar que la capacidad de ejercicio se presume aun estando la persona internada, siendo las limitaciones a la capacidad de carácter excepcional y que ellas deben entenderse siempre en beneficio del enfermo.

El sujeto debe ser informado y adaptándose esa información a los medios y tecnologías adecuadas para su comprensión. A su vez debe priorizarse las alternativas lo menos restrictivas posibles de los derechos y libertades.

De acuerdo con el artículo 32 del Código Civil y Comercial debe diferenciarse, por un lado, la persona con capacidad restringida, y por el otro, la persona con incapacidad absoluta; y ello en un todo de acuerdo con la problemática concreta del enfermo mental y según el grado de dolencia o alteración que presente. Se puede restringir la capacidad de la persona mayor de trece años que padece una alteración mental (permanente o prolongada) de suficiente gravedad, y que permita suponer que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar daño a su persona o a los bienes. Y por otro lado, el juez puede incapacitarlo de manera excepcional y cuando la persona esté absolutamente imposibilitada de interaccionar con el entorno según literalmente reza el artículo 32 citado. Sobre esa base, puede decirse que en el campo de la salud mental y la atención psicosocial se habla de sujeto “en” sufrimiento psíquico o mental, pues siendo que la alteración es experimentada por el sujeto puede hablarse de nuevos derechos para sujetos en sufrimiento mental (Amarante, 2007: 68). Esto último parece dar en el meollo de la cuestión: se debe respetar el grado justo de autonomía, como así, justipreciar la dolencia del enfermo a fin de integrarlo en lo posible al entorno y que pueda interaccionar con él. En gran parte, la vulnerabilidad de este colectivo es provocada por la misma sociedad que obstaculiza esa interacción.

Enseña Elba Tornese que el desarrollo del encéfalo permite la emergencia de las categorías de conducta. La plasticidad es una característica de las células nerviosas debido a que pueden reaccionar a los estímulos, cesar de reaccionar o ser capaces de modificar su función de modo más o menos permanente. El cerebro puede reorganizarse en respuesta a estímulos ambientales y farmacológicos y en el transcurso de las diversas edades de la vida (2006: 151-152).

Es que la exposición a estímulos “favorables” o “desfavorables”, dentro de un estado de interrelación entre el individuo y su entorno, genera tendencias de respuesta adaptativa. Es que las respuestas aprendidas reflejarían la maduración continua del cerebro.

De acuerdo con la novel normativa (artículo 32 citado), y tal como ya lo advirtiéramos, el juez puede restringir la capacidad de quien lo requiere y para determinados actos.

En relación al ejercicio de estos últimos debe designar el o los apoyos necesarios, especificando las funciones que se limitan y propiciando los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

Con el mismo direccionamiento el nuevo Código Civil y Comercial establece un *sistema de apoyo* al ejercicio de la capacidad y cuya finalidad es ayudar a la persona con capacidad restringida (artículo 102). En efecto, el artículo 43 del C.C.C.N. establece que se entiende por apoyo 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. Su función es promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos (artículo 43 citado). El apoyo puede estar referido a disímiles aspectos de la vida del sujeto, exigiendo una mirada interdisciplinaria y ajustada a las necesidades y habilidades de la persona, y todo ello, de acuerdo con el o los derechos implicados y a los actos comprometidos.

En tanto, si la persona está totalmente incapacitada se le nombra un curador cuya función no se limita sólo a cuidarla sino también, debe procurar que recupere su salud (artículo 138 del C.C.C.N.).

La internación sin consentimiento de enfermo es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo, debe estar fundada en la evaluación de un equipo interdisciplinario y que procede sólo ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad y no sólo en relación a la persona protegida sino también ante la posibilidad de que dañe a terceros (artículo 41 del C.C.C.N.).

En definitiva, por la normativa de marras se tiende a superar el modelo de sustitución (representación) por el de apoyo y basado en la efectiva situación de la persona.

VI. El divorciado

En punto a la disolución del matrimonio en el Capítulo 8 del Título I —“Matrimonio”— del Libro Segundo —“Relaciones de familia”—, en el artículo 435 el Código de marras establece las causales.

Las mismas son: la muerte de uno de los cónyuges (artículo 435, inciso a)), la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento (artículo cit., inciso b)), y, por último, el divorcio declarado judicialmente (artículo cit., inciso c)). Este último es el divorcio vincular (*o ad vinculum*) derogándose respecto a la legislación anterior la figura de la separación personal.

Al no generar una sanción no se exige probar la culpa de uno o ambos cónyuges. Al suprimirse las causales subjetivas de divorcio se tuvieron en cuenta el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias al sumergirse a un trámite contencioso.

En los últimos años la tendencia en Europa occidental y en los Estados Unidos es llevar hasta sus últimas consecuencias el criterio del divorcio remedio que fundándose en la desunión de los esposos, no se atiende a investigar cuál es el culpable de esa situación.

La imposibilidad de indagar culpas se mantiene aun cuando el divorcio se lo obtenga sobre la base de la inconducta del otro.

En este sentido, se ha preguntado nuestra jurisprudencia si tras un juicio contradictorio ¿sabemos realmente cual fue el comportamiento del otro cónyuge, que a su vez, ostenta el título de inocente?; ¿qué conocemos acerca de lo que pudo acontecer en las cuatro paredes de un dormitorio matrimonial? De allí que pueda concluirse que puede ser poco creíble hablar de cónyuge inocente ya que ello puede estar totalmente alejado de la realidad (conf. C. Nac. Civ., sala B, 12/4/2014, “A., A. M. c/ L., H. P. s/ Divorcio”).

De todo lo expuesto es posible concluir que los efectos del divorcio no reposan sobre las causas del divorcio, vale decir, no hay que fundarlo en quién causó la ruptura; sino que hay que ameritarlos sobre otros factores. Todo indica que éste es el temperamento que se impone.

Los alimentos posteriores al divorcio sólo se deben en hipótesis y con efectos muy puntuales (conf. artículos 434 y concs., C.C.C.N.).

Como muestra del desarrollo exponencial que la autonomía de la voluntad tiene en el derecho de familia, otra posibilidad es que las partes concierten lo que se conoce como convenio regulador (conf. artículos 439 y concs.; asimismo, artículos 428 y concs. en caso de nulidad del matrimonio; y también, artículos 524 y concs. en el supuesto de cese de la unión convivencial).

El convenio en cuestión debe contener cuestiones relativas a la atribución de vivienda, al ejercicio de la responsabilidad parental, etc., y a su vez, la eventual compensación económica al cónyuge al que el conflicto le signifique un manifiesto desequilibrio y que implique un empeoramiento de su situación que tenga por causa adecuada la ruptura del vínculo matrimonial (conf. artículos 439 y 441, C.C.C.N.).

El fin de la ley es que los cónyuges resuelvan sus controversias de la manera más pacífica posible, pero también se entiende que no es forzoso acordar y pese a lo terminante del artículo.

El convenio regulador obviamente no tiene carácter alimentario, sino asistencial, con fundamento en la solidaridad familiar; y no estando fundado en la culpa, no se confunde con los daños y perjuicios ni con el enriquecimiento sin causa.

El artículo 442 del Código establece la fijación judicial para el supuesto de no acordar.

En el derecho comparado se ha puesto el énfasis en la finalidad reequilibradora del remedio, es decir, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura. No hay necesidad de probar la existencia de necesidad, pero sí, que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica.

El plazo estará en consonancia con la previsión de la superación del desequilibrio, por lo que deberá actuarse con prudencia y moderación adoptándose medidas que eviten la total desprotección (Fernández Urzainqui, 2006: 230).

Ahora bien, es letra en la doctrina comparada que la vulnerabilidad en el marco jurídico debe articularse en torno a un concepto que dé sentido y permita reorganizar la realidad pragmática de los injustamente desfavorecidos. De manera que aquella no se articula en torno a la idea de desventaja de resultados, sino, sobre la de desventaja inmerecida en el disfrute de los bienes (Suárez Llanos, 2013: 41 y s.).

De esa forma debe reforzarse las técnicas de protección jurídica al servicio del vulnerable.

En línea con lo expuesto, se ha sostenido que el tratamiento científico del pos divorcio debe ser visto desde la óptica de la vulnerabilidad social, que ubica el proceso posterior a una ruptura matrimonial en un contexto de riesgo e incertidumbre en el que los individuos se ven obligados a replantearse su “proyecto vital” en función de la diversidad de recursos de que disponen (García Pereiro, Thaís —y otra—, 2010).

A su vez, y según el reciente ordenamiento, la acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia (conf. artículo 442 *in fine* del Código) o de haber tenido lugar algunas de las causas de finalización de la convivencia (artículo 525 *in fine* del Código).

Siendo que la vulnerabilidad pos divorcio reconoce la ruptura matrimonial como un largo proceso de readaptación social y todo en función de las percepciones, recursos y capacidades de los involucrados en la problemática; no puede dudarse que la intensidad y duración de tales consecuencias varían de persona a persona, pues su capacidad de ajuste dependerá de los factores que son consecuencia directa de la crisis (García Pereiro, 2010).

En el supuesto del nuevo Código, la exigüidad del plazo puede poner en jaque la razón jurídica de la figura, y a su vez, habrá de atenderse a la habilidad con que se encare el acuerdo, y en su caso, será la agudeza del juez quien deberá resolver sobre la base de las constancias de la causa y teniendo en cuenta los parámetros establecidos por los artículos 442 o 525 del Código.

Ello implica apreciar la situación de vulnerabilidad en la que puede quedar, en ciertos casos, el cónyuge o conviviente que se halla en palmaria desventaja ante los hechos y que depende de su capacidad de ajuste. Tampoco debiera obviarse la falta o el insuficiente poder negociador del cónyuge al inicio de los trámites, o bien, al fin de una relación tormentosa.

VII. Las mujeres (microsistemas y subsistemas)

Compartimos que el nuevo Código define los grandes paradigmas del derecho privado.

A tales efectos establece principios que van estructurando al resto del ordenamiento, siendo ésta la propuesta central y que obedece una nueva forma de concebir al moderno cuerpo normativo de derecho privado. La potencialidad de esos principios irá reformulando a los microsistemas normativos, derivados éstos de un derecho civil dinámico cuya normativa se acompasa constantemente a los nuevos tiempos. Esto último hace lugar a leyes especiales que permiten concebir al Derecho Civil como una categoría cultural con un fenomenal poder de expansión.

Uno de esos microsistemas se adscribe en torno de la problemática de la violencia de género cuyas múltiples aristas son innegables superando la estrechez de la mirada sólo enfocada en el proceso penal. A tono con lo expuesto, la ley 26.485 regula lo atinente a la violencia contra la mujer en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. El mismo texto legal señala que la ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la Convención sobre los derechos del Niño y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (artículo 3º de la ley 26.485).

No puede dudarse que el factor de vulnerabilidad viene dado por la misma relación asimétrica en que la violencia se encarna, vale decir, una desigualdad de poder, ya que mientras una parte exhibe fortaleza la otra asume un rol degradado a raíz de su propia debilidad.

Dicho microsistema exhibe vastas proyecciones y halla un subsistema cuya realidad se manifiesta ante un Derecho Civil que como se vio, es dinámico, amplio, y que debe ofrecer respuestas siempre vigentes y fundadas (artículos 2º y 3º del Código cit.).

Nos referimos a la violencia en las relaciones interpersonales entre los adolescentes y que deriva en violencia de género. Las primeras conclusiones que arroja el análisis de una problemática que no ha sido suficientemente explorada (ni aún por el derecho comparado), parten por sostener que esas relaciones sentimentales son una fuente de aprendizajes sociales y pautas relacionales en el desarrollo individual.

Desde una perspectiva psicoevolutiva y psicoeducativa el abordaje de esos fenómenos pasa por el análisis de las características y situaciones que sitúan a adolescentes y jóvenes en una situación de vulnerabilidad, y ello, ante la emergencia de fenómenos de violencia ligada a varios factores (Ortega, Sánchez y otros, 2011: 99).

Se concluye entonces en la necesidad de un análisis multidimensional y probabilístico que ayude a comprender al fenómeno de la violencia durante la etapa adolescente, sea en el interior de la red de iguales o bien en las primeras parejas; mirada multidimensional que será útil para pensar en una intervención preventiva o paliativa sobre la población juvenil vulnerable (Ortega, Sánchez y otros). Debe considerarse que las dinámicas relacionales poseen aditamentos especiales ya que al tiempo de factores exógenos; la ira, la impulsividad, la agresividad, la costumbre de culpabilizar al otro de las propias frustraciones, las discusiones, etc., permiten en muchos casos pensar que entre los adolescentes, los dos son (al mismo tiempo) agresores y víctimas, pues responden a un esquema mental alimentado por la violencia.

Es un subsistema jurídico de características sui géneris que posee enorme vigencia y complejidad, por lo que puede concluirse en la necesidad de un derecho civil de los menores no sólo paliativo sino también preventivo, y ante la violencia a quien es vulnerable por pertenecer a un grupo que, naturalmente, también lo es.

VIII. Procesamientos de datos

1. No es del caso (por la complejidad del tema) sumergirnos aquí en la urticante cuestión relativa a si el embrión es o no persona.

En función de ello, nos parece a toda luz correcta la división entre *ciencia embrionaria*, *tecnología embrionaria* y *ética embrionaria* (George - Tollefsen, 2012: 20 y ss.).

Si es verdad que la ciencia embrionaria puede decirnos qué son y cuándo comienza la existencia de los embriones, ello es insuficiente para la toma de decisiones morales.

Se trata también de vislumbrar lo que pueden los investigadores hacer con los embriones o a los embriones (tecnología embrionaria).

Pero ello no basta, pues la cuestión debe también ser analizada desde el punto de vista de una guía moral acerca del trato que merecen, o sea, una ética embrionaria por la que se justiprecie la imperiosa protección al vulnerable. Prevalecerá en la especie una postura más o menos utilitarista, o si se quiere hedonista, pero ese aspecto es lo que decididamente encauza y redefine el debate generando una toma de posición. En verdad, el tema de los grupos vulnerables puede ser analizado con la ayuda de diferentes disciplinas y desde diversos ángulos (Carmona Tinoco).

Y aun la sola idea de cuestionarnos qué define, caracteriza o distingue a un conglomerado de este tipo ubica al operador en una argumentación que seguramente ostentará razones metajurídicas.

A su vez, la noción de vulnerabilidad puede aplicarse a individuos, a grupos sociales o a sociedades y las causas pueden obedecer a varios factores, y no es exactamente lo mismo vulnerabilidad que incapacidad, ni es aquella una noción que se presenta automáticamente por el sólo sentido de pertenencia a un grupo.

Nos parece importante destacar que en derecho civil la vulnerabilidad se presenta en aquel sector que en virtud de disímiles factores sufren un perjuicio por *la* omisión, precariedad o discriminación en la regulación o en el tratamiento de su situación.

De allí también, que se ha pensado en una concepción holística, integral y multidisciplinar que tenga en cuenta al contexto, la complejidad y dinámica de los sistemas sociales (Carmona, Omar). Esa hermenéutica entiende que la vulnerabilidad es la predisposición o susceptibilidad física, económica, política o social de sufrir un perjuicio en caso de que un fenómeno desestabilizador de origen natural o antrópico se manifieste.

En el plano de las ciencias sociales, sobre todo, el término vulnerabilidad ha sido utilizado para referirse al riesgo, o bien, a condiciones de desventaja derivada incluso de la simple amenaza. El riesgo es un concepto complejo que no sólo hace alusión al daño sino que puede involucrar factores sociales, institucionales, organizacionales, etc. y que debe ser relacionado con el contexto, las fragilidades sociales y la falta de resiliencia, asociada ésta con la capacidad de responder o absorber el impacto.

2. Bajo esa égida, puede recordarse que un concepto amplio de vulnerabilidad la asocia con la degradación ambiental. En tal sentido, el nuevo ordenamiento civil limita el ejercicio de los derechos individuales cuando puedan afectar al ambiente o a los derechos de incidencia colectiva en general (artículo 14 *in fine*, C.C.C.N.), como así, no pueden afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, etc. (artículo 240 del C.C.C.N.).

Es decir, se protege el equilibrio ecológico o el impacto estético y toda actividad debe estar conteste con un desarrollo sustentable (artículo 75, inc. 18, CN).

Se trata de la consagración de la conocida catástrofe ecológica aludida con cierta reserva por el Código de fondo, persiguiendo una ética de la alianza (Mainetti, 1990) entre el hombre y la naturaleza, vale decir, una ética ambiental, que va más allá de las simples relaciones interpersonales para constituir una ética de la vida.

De lo expuesto se deduce que el nuevo Código parece inclinarse por una ética del desarrollo, vale decir, una ética en la cual los objetivos económicos del progreso estén subordinados no sólo al funcionamiento de los sistemas naturales y a la biodiversidad, sino fundamentalmente, a criterios de respeto a la dignidad humana y mejoría de la calidad de vida (artículo 41, CN, y 240 del Código cit.). Es decir, puede hablarse de una construcción social del riesgo apoyado en supuestos de vulnerabilidad, o bien, amenazas de padecer el perjuicio. De manera que desde el punto de vista social, la vulnerabilidad refleja una carencia o déficit de desarrollo ya que el riesgo se genera y se construye socialmente (Carmona, Omar).

3. En unos primeros lineamientos se advierte un cambio en la consideración de la vulnerabilidad basada casi exclusivamente (mecánicamente) en la identificación de categorías de personas o grupos vulnerables (niños, mujeres, indígenas, discapacitados, etc.), a un tratamiento de la vulnerabilidad basada en derechos que pone énfasis en la dignidad, la construcción de capacidades y la atribución de poder a las mismas personas a fin de fortalecer su capacidad de respuesta. La vulnerabilidad pasa de ser un valioso constructo a ser un factor desencadenante, y ello, a efectos de que los derechos del sujeto se realicen. Tras lo expuesto, no caben dudas que un *derecho* civil de la igualdad no puede omitir establecer un trato o una consideración diferenciada a quienes son mercedoras de una mirada protectoria, empoderando a quien padece la desventaja, fortaleciendo sus aptitudes y evitando su marginación. A su vez tampoco se trata de considerar a la igualdad como aquel principio según el cual —mecánicamente— debe dispensarse idéntico trato a quienes se encuentran en idénticas circunstancias; ya que puede hablarse de grupos proclives a ser discriminados y marginados al sufrir la humillación del trato diferenciado y a una exclusión social cuya consideración, muchas veces, viene corroborada por el insoslayable dato histórico. Se trata de una igualdad efectiva y real de oportunidades, por lo cual las pautas legales estarán orientadas a superar las desigualdades estructurales que ocasionan desventajas. Y de allí, el trato diferenciado.

Sin embargo, podemos estar frente a una desventaja socio estructural que ocasiona la desigualdad y de allí la necesaria protección jurídica. Es lo que ocurre cuando esta última recae sobre la situación del paciente frente a puntuales actos médicos e investigaciones en salud (artículo 59, Código cit.); los beneficiarios de la afectación de la vivienda al régimen previsto por el artículo 244 del Código, o bien, la rica normativa referida al consumidor a partir de los artículos 1092 y ss., C.C.C.N. En estos casos se trata de la protección de la parte débil pero en función de una situación o relación jurídica determinada y la razón de aquella persigue sus propios motivos.

4. De manera que la misma vulnerabilidad o debilidad como *factum normativo*, persuaden de una constante reconsideración y rezonificación de los conceptos, pues una evolución sistémica obliga a que tradicionales ideas deban ser revisados constantemente e incorporadas a través de los denominados microsistemas normativos.

La hermenéutica de la ley debe contribuir a paliar o corregir las desigualdades, que a su vez aluden a una situación de inferioridad y cuya especificidad es de rigor considerar cuando se trata de individualizar a los grupos comprendidos en el concepto.

Entre los grandes principios, según se vio, el de autonomía encuentra una irrefutable recepción legal (artículo 26, 31, 32 *in fine*, 639, etc., Código de marras).

Pero la noción de autonomía no es, en sí mismo, el objetivo perseguido; ni debe interpretarse como una cualidad absolutamente necesaria para atribuir derechos.

La noción de competencia inmersa en la solución que el nuevo Código consagra en relación a los menores, el respeto de su autonomía progresiva, y así su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida

en cuenta, pero atendiendo a su edad o grado de madurez (conf., entre otros, artículo 639, incisos b) y c)); son aspectos que abastecen la noción.

Lo expuesto ubica la problemática de la vulnerabilidad en el reconocimiento de derechos, atribuyendo prerrogativas, pero sin dejar de vislumbrar la efectiva interacción del menor con su entorno, lo que a su vez, justifica un tratamiento diferenciado en la atribución de derechos.

En contraposición a lo expuesto, algunas presunciones del mismo Código pueden generar algunas vacilaciones a la hora de ser aplicadas; y ello debido a la misma vulnerabilidad que condiciona el reconocimiento de derechos al grupo.

Nos parece que eso puede ser lo que ocurra con las presunciones legales y respecto a decisiones del adolescente atinentes a su salud (artículo 26, párrafos 4º, 5º y 6º).

Obsérvese que la visceral trascendencia que en la especie tiene el fijar si es o no un tratamiento invasivo o riesgoso, y la excesiva generalización y judicialización de la responsabilidad parental, son algunos de los peligros que se corren al establecer presunciones que si bien son *iuris tantum*, pueden ser peligrosas si no son debidamente justipreciadas.

Lo mismo ocurre al determinar, sin más, que a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado del propio cuerpo (artículo 26 *in fine* del Código). Es una presunción que en materia de adolescentes deberá ser aplicada con suma cautela y en un contexto que favorezca a esa solución.

5. El concepto de voluntad procreacional (artículo 562 cit.) se erige en una presunción a ser analizada desde la óptica de quien ha nacido por las técnicas de reproducción humana asistida y quiere saber su verdad, y ello, en la medida en que se mida con estrictez lo mentado por el artículo 564.b) del C.C.C.N. En efecto, el concepto de voluntad procreacional es el elemento central, fundante y visceral que determina la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida permiten la disociación de tres elementos: el elemento biológico, el genético y el volitivo; y al considerarse que la voluntad procreacional es lo decisivo, se le otorga primacía al tercer elemento, esto es, el volitivo. De esa forma aparece relegado el dato genético otorgándose prioridad al volitivo. Sin embargo, así planteada la cuestión y en referencia al supuesto de marras, puede entenderse vulnerado el derecho humano a la identidad del niño (artículos 7º, 8º y 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículos 11 y conscs., ley 26.061). Ello ocurre cuando en la especie acaece la inseminación heteróloga.

A la identidad se la puede ver estáticamente, esto es, como identificación (fecha y lugar de nacimiento, nombre de los progenitores, huellas digitales, etc.) y que se construye sobre la base de datos físicos de la persona; y también se puede observar en su faz dinámica, comprensiva de su biografía existencial, social y cultural.

Se entiende que el supuesto de reproducción humana asistida sólo cabría el derecho a la información, sobre todo, a aquella que se limita (llegado el caso) a develar los datos genéticos del donante pero que no es identificatoria de aquél.

Y en este último sentido, y desde el punto de vista del sujeto que ha nacido producto de estas técnicas, sólo puede obtener información cuando ello es relevante para su salud, o bien, cuando por razones debidamente fundadas y evaluadas por autoridad judicial, pueda saber la identidad del donante (artículo 564 del Código). Es decir el derecho a conocer los orígenes, en la especie, parece circunscribirse preferentemente al dato genético, y ello, en los límites de la ley. Todo indica que en este caso el predominio lo tiene quien quiere ser padre, es decir, se trata del derecho a tener un hijo mediante la técnica de reproducción humana heteróloga.

Independientemente de estar o no de acuerdo con la solución legal, ello no obsta a considerar que muchas veces y ante una determinada casuística puede acaecer una desigualdad cultural, por la cual,

a determinado estereotipo se le asigna un rol de poder que afecta a la situación de quien padece la desventaja. Puede ser lo que ocurra en la especie. Obsérvese que la solución va encaminada a mantener el derecho al anonimato del donante, aun cuando ello implique parcializar el derecho a conocer los orígenes de quien ha nacido producto de estas técnicas.

Ante dos derechos en pugna se aspira a aplicar el principio de proporcionalidad, pero obsérvese que esta última la fija el legislador y por razones de conveniencia o de política legislativa.

En fin, si se trata de una ponderación la cuestión se limita a vislumbrar cuál tiene mayor peso. Los riesgos pueden sobrevenir si esa ponderación es arbitraria e inconsistente ante los derechos de quien padece la situación de inferioridad.

6. El artículo 48 del Código define a la discapacidad, y obsérvese, que aquella alteración importa desventajas considerables para la integración de la persona en relación a su medio. Se trata entonces de asignarle derechos y superar las desventajas a fin de que puedan realizarse, superando escollos. En este sentido, es de visceral trascendencia la oportuna revisión a la Convención de los Derechos de la Persona con Discapacidad, que en el artículo 1º, sostiene que en ese colectivo se incluye a quienes su deficiencia les impide interactuar con el entorno.

El tratamiento de la vulnerabilidad desde el esquema antidiscriminatorio surge fundamentalmente al considerar estereotipos sociales que asignan a las personas discriminadas roles de subordinación, cuando en verdad se trata de reconocerles derechos a fin de evitar la dominación cultural, el irrespeto y la exclusión. En otros términos, la cuestión es que, cuando los estereotipos convierten a unas personas en dependientes de otras, los derechos sirven para legitimar y consolidar relaciones de poder que se producen en los espacios privados (Barranco Avilés, 2014: 30). Se puede caer en una dominación cultural que genera desigualdades y desventajas, y que a su vez, puede colisionar con la situación del vulnerable.

Lo expuesto nos permite acompañar la idea de que existe un cambio de paradigma en el tratamiento de la vulnerabilidad, al menos, desde el punto de vista de la reflexión moral.

Sin embargo, esa consideración debidamente contextualizada se proyecta en el derecho positivo de los derechos humanos y se fundamenta en una teoría basada en adjudicar derechos a quien padece una ofensa a su dignidad.

7. De lo expuesto resulta, que en la nueva sistemática la discriminación se transforma en uno de los ejes irrefutables alrededor del cual gira la problemática jurídica de los vulnerables.

Entre esos aspectos es la vulnerabilidad que se puede sufrir (también) por razones de edad, uno de los ejes sobre el cual se ha de construir un nuevo subsistema, esta vez, referido a la vejez (artículo 75, inc. 23, CN).

Se ha sostenido que la discusión acerca de la titularidad de derechos en la edad avanzada se inserta en un contexto más amplio de debate académico, y que a su vez, responde a un movimiento filosófico que entiende de gran valor la atribución de derechos a determinados grupos. En el caso de las personas mayores son titulares de derechos individuales pero también lo son de derechos de grupo (Guzmán - Huenchuan, 2005). En esa senda, tanto en la Segunda Conferencia que sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe organizada por la CEPAL (2007), como así, en la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe, adoptada en la tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe (San José de Costa Rica, 2012); constan importantes conceptos al respecto.

Luego de insistir en que la edad es un motivo explícito y simbólico de discriminación que afecta el ejercicio de todos los derechos humanos en la vejez, se destaca entre otras ideas, la necesidad de reforzar la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas mayores. La problemática ahora considerada exige direccionar (una vez más) aquellas normas generales del Código de marras y que reposan en la inviolabilidad de la persona humana y el respeto a su dignidad

(artículos 51 y ss., C.C.C.N.), o en su caso, actuar de acuerdo con lo pautado por los artículos 31, 32 y concordantes del nuevo ordenamiento. Debe entenderse que la vulnerabilidad no es una característica apreciable en todos los sujetos y grupos por igual, sino que debe contextualizarse y evaluarse tras un examen multidimensional que evalúe los disímiles factores involucrados. La protección de los mayores es un aspecto más de la integración de los más débiles a través de acciones positivas encaminadas a ello (artículo 75, inc. 23, CN cit.).

IX. Conclusión

De todo lo expuesto, no caben dudas que los textos jurídicos modernos imponen un cambio de paradigmas —de visceral trascendencia— en la consideración jurídica de los temas involucrados.

En ese sentido, la vulnerabilidad (*lato sensu*) se erige en dato insoslayable.

Por lo pronto, la contemplación jurídica de la vulnerabilidad puede dar claridad a los conceptos de riesgo, amenaza o desastre ya que puede ser entendida como la reducida o nula capacidad de adaptarse o ajustarse a determinadas circunstancias.

El Código Civil y Comercial parece ir detrás de esa idea al mentar o involucrar en la sistemática civil al ambiente, al funcionamiento y sustentabilidad de los ecosistemas de la flora fauna, biodiversidad, el agua, etc. (artículos 14, 240 y concs., C.C.C.N.).

A su vez, si la dignidad humana (pregonada ahora de manera expresa por el orden jurídico) implica en gran parte reconocer en el individuo su aptitud para que pueda trazar y llevar a cabo su proyecto de vida, pudiendo optar libremente entre diversas posibilidades, la desventaja que causa la vulnerabilidad estará estrechamente unida a la desigualdad que ésta genera para la concreción de ese proyecto vital.

En otros términos, el orden jurídico debe rediseñar y reconocer esa esfera de libertad protegiendo al vulnerable a efectos de que pueda alcanzar su meta.

La protección de la vulnerabilidad encierra un ampuloso concepto del que se desprende una amplia repercusión axiológica, y que en muchos casos, delinea una ética determinada.

Ejemplo de ello, se vislumbra no sólo al observar, sin más, aquellos grupos que en situación de desventaja deben enfrentar la realidad que los moviliza, sino también, al mensurar que aquella es indicativa de la incapacidad de ajuste o de adaptación de ese colectivo y ante la acción de eventos sociales, naturales o tecnológicos que se encuentran en la base misma del concepto de vulnerabilidad.

Esto último nos conduce a la idea de que más que evaluar la vulnerabilidad del grupo, muchas veces, se debe apreciar las condiciones de vulnerabilidad del sujeto que de forma concreta padece la desventaja, y a fin justamente de remover los obstáculos que pueda encontrar su autonomía.

De esa forma, vulnerable es quien sufre un obstáculo para el autodesarrollo y cuyas causas interfieren en sus perspectivas e intereses.

De lo expuesto se desprende la necesidad de empoderar a las personas reconociendo sus capacidades y potencialidades a fin de que pueda exteriorizar sus perspectivas e intereses.

La situación de desventaja debe ser interpretada bajo ese entendimiento ya que debe considerársela a fin de permitir a la persona superarlas.

La vulnerabilidad va asociada a la idea, por la cual, el sujeto puede tomar o potenciar sus propias decisiones integrándose al entorno.

Ese concepto, por lo tanto, conduce a otro de enorme gravitación y que viene dado por la posibilidad de resiliencia, esto es, la aptitud para reponerse de la propia adversidad. Si se trata de empoderar a las personas quiere ello decir que la gestión va enfocada a fortalecer la resiliencia.

En definitiva, afanarse por fundar una ética de los vulnerables significa ir detrás de los grandes principios, esto es, de aquellos que fundamentan el conocimiento filosófico y científico del derecho y al servicio de una solución racionalmente fundada.

X. Bibliografía

ALEXY, Robert (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

AMARANTE, Paulo (2009). *Superar el manicomio. Salud mental y atención psicosocial*, Topía.

BARRANCO AVILÉS, María Carmen y CHURRUCA MUGURUZA, Cristina (2014). *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch.

BELLUSCIO, Augusto César (2011). *Manual de Derecho de Familia*, 10ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

BUSTOS PUECHE, José Enrique (1996). *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid: Dykinson.

CARDONA, Omar Darío (2003). *La necesidad de repensar de manera holística los conceptos de vulnerabilidad y riesgo. Una crítica y una revisión necesaria para la gestión*, Colombia: Centro de Estudios sobre desastres y riesgo, CEDERI, Universidad de los Andes. Disponible en: www.desenredando.org/Public/articulos/2003/rmhcvr/ (fecha de consulta: febrero de 2015).

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises (s/f.). *Panorama y propuestas sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales de los grupos en situación vulnerable*, Disponible en: biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/94/11.pdf (fecha de consulta: diciembre de 2014).

CIFUENTES, Santos (1966). “El *nasciturus* (las personas por nacer)”, EN: ED 15-956.

DWORKIN, Ronald (1999). *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier (2006). *Código Civil*, 8ª ed., Buenos Aires: Aranzadi.

FREITAS, Augusto Teixeira de (1860). *Esboço de Código Civil*, Rio de Janeiro: Typographia, ps. 153 y ss.

GARCÍA PEREIRO y SOLSONA i PAIRÓ, Montserrat (2010). *El divorcio como nudo biográfico. Una revisión de la literatura reciente desde la perspectiva de la vulnerabilidad posdivorcio*. Disponible en: www.raco.cat/index/php/DocumentsAnalisi/article/viewFile/ o <http://dialnet.unirioja.es> (fecha de consulta: enero de 2015).

GEORGE, Robert y TOLLEFSEN, Christopher (2012). *Embrión. Una defensa de la vida humana*, Madrid: Rialp.

GUZMÁN, José Miguel; HUENCHUAN, Sandra y MONTES DE OCA, Verónica (2005). *Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales. Políticas hacia las familias con adultos mayores: el desafío del derecho al cuidado en la edad avanzada*, CEPAL, Naciones Unidas. Disponible en: www.cepal.org/dds/noticias/paginas/2/21682/JGuzman_SHuenchuan.

KELMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora (2012). *Filiación derivada de la reproducción asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información al vínculo jurídico*, Buenos Aires: La Ley, p. 1257.

LORENZETTI, Ricardo Luis (1995). *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

LORENZETTI, Ricardo Luis (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

MAINETTI, José. *Compendio bioético. Bioética filosófica*, La Plata: Quirón, capítulo II: “La crisis bioética”. Disponible en: MJ-DOC-4504-AR/MJD4504.

ORTEGA, Rosario; SÁNCHEZ, Virginia; ORTEGA-RIVERA, Javier y VIEJO, Carmen (2011). “La violencia sexual en las relaciones interpersonales de adolescentes”, EN: *Violencia de género, Consejo Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, Universidad de Vigo, Monografías, p. 722.

SUÁREZ LLANOS, Leonor (2013). “Caracterización de las personas y grupos vulnerables”, EN: PRESNO LINERA, Miguel A. (coordinador), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Principado de Asturias: Universidad de Oviedo, p. 41. Disponible en: <http://presnotiera.wordpress.com/2009/09> (fecha de consulta: diciembre de 2014).

TOBÍAS, José W. (2010). “Debilitamientos decisionales, vejez e inhabilitación (artículo 152 bis)”, publicado EN: DFyP, enero y febrero, p. 213. Cita online: AR/DOC/4681/2009.

TORNESE, Elba Beatriz (2006). *Neurociencia y Salud Mental*, Buenos Aires: Salerno.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”. Disponible en www.csjn.gov.ar/data/cidhfa.pdf.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto c/ PEN - ley 25873 - dec. 1563/2004 s/ amparo - ley 16.986”. Puede verse en elDial.com — AA4FEF, publicado el 25/2/2009.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 4/7/2007, “D., M. M. s/ adopción, acciones vinculadas”. Disponible en: elDial.com-AA3EBF, publicado el 13/7/2007.

Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala 1ª, 12/11/2014, “G. y S. c/ OSDE s/ prestaciones médicas”. Puede verse en La Ley del 18/12/2014, LL 1015-A-37 o Jurisprudencia Agrupada; también en diario La Ley del 26/3/2015, p. 4.c).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 19/3/2009, “K., M. y otro c/ K., M. D.”. Puede verse en LL 2009-C-407.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 12/4/2014, “A., A M c/ L., H. P s/ Divorcio”. Disponible en: elDial.com AA8C44, publicado el 5/1/2015. ♦

Fecha de recepción: 21-04-2015

Fecha de aceptación: 16-09-2015

El concepto de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación

POR MIRTA L. JURIO (*) y RICARDO A. PARRA (**)

Sumario: I. Introducción: A. Concepto de contrato (arts. 957 a 965 Código Civil y Comercial de la Nación - ley 26.994/2014); B. Contrato por adhesión a cláusulas generales predisuestas; C. Contrato de consumo. — II. Conclusión. — III. Bibliografía.

Resumen: El Código Civil y Comercial de la Nación elabora una teoría general, que comprende tres categorías de contratos. El contrato discrecional que surge de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, el contrato por adhesión a cláusulas predisuestas y el contrato de consumo. No obstante, cabe resaltar que a partir del Título II Contratos en General, Capítulo 1, en las Disposiciones Generales, la nueva ley de fondo modifica el concepto de contrato regulado en el Código de Vélez Sarsfield a la altura del (art. 1137). Además regula la libertad de contratación, cuya doctrina fue impuesta en nuestro derecho por Spota, legisla la buena fe en el mismo capítulo de los contratos, impone el carácter de las normas, la prelación normativa, la integración del contrato y el derecho de propiedad, entre otros.

Palabras clave: contrato - prelación normativa - derecho de propiedad - adhesión - contrato de consumo.

The contract concept in the Nation's Civil and Commercial Code

Abstract: *The Civil and Commercial Code of the Nation made a general theory comprising three categories of contracts. The discretionary contract arising from the autonomy of the contracting parties, the contract of adhesion to predisposed clauses and consumer contract. However, it is worth noting that from Title II Contracts in General, Chapter 1, General Provisions, the new substantive law modifies the concept of contract governed by the Code of Velez Sarsfield at the height of (art. 1137). Also regulates the freedom of contract, whose doctrine was imposed on our right by Spota legislates good faith in the same chapter of contracts, imposes the character of rules, regulations priority, integration of contract and property rights, among others.*

Keywords: *contract-before law-property rights-adhesion-consumer contract.*

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación — C.C.C.N.—, en el capítulo II destinado a las disposiciones generales de la Teoría de los Contratos, comienza definiendo al acto jurídico en el art. 957, a nuestro entender con una visión más acabada y clara, respecto a lo prescripto en el art. 1137 del Código Civil de Vélez Sarsfield. El art. 958 plasma el principio de Libertad de contratación, la fuerza vinculante del art. 959, reforzando el Principio General de Autonomía de la Voluntad, la facultad de los magistrados en la contratación entre particulares del art. 960, la buena fe, la integración del contrato, la prelación normativa, etc., hacen que las disposiciones legales resulten claras para una parte de la doctrina imperante en la materia. A nuestro entender, no es tan así, ya que el sistema de notas del Codificador, lejos de confundir, ayudaba a interpretar la normativa en análisis. Además recepta una teoría general que comprende tres categorías de contratos. La primera de ellas es el contrato discrecional que surge de la autonomía de la voluntad, cuyo concepto se da a través del acto jurídico en el cual dos o más partes

(*) Prof. Adjunta Derecho Civil III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

(**) Jefe de Trabajos Prácticos de Contratos Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, UBA.

se ponen de acuerdo para crear, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (art. 957 C.C.C.N.).

En los arts. 958 a 965 se prescribe la libertad de contratación, el efecto vinculante, la buena fe, el carácter de las normas legales, prelación normativa, integración del contrato y el derecho de propiedad. La segunda categoría es el contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas, que surge cuando uno de los contratantes adhiere a cláusulas predispuestas por la otra parte o un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción (art. 984 C.C.C.N.). En los arts. 985 a 989 se prescriben los requisitos de las cláusulas generales, las cláusulas particulares, interpretación, cláusulas abusivas y control judicial de las cláusulas abusivas. La tercera categoría es el contrato de consumo, que es formalizado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica, que actúa profesional u ocasionalmente, con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de servicios por parte de los consumidores o usuarios para su uso privado, familiar o social (art. 1093, C.C.C.N.).

A. Concepto de contrato (arts. 957 a 965 Código Civil y Comercial de la Nación - ley 26.994/2014)

Comienza definiendo al acto jurídico en el art. 957, a nuestro entender con una visión más acabada y clara, respecto a lo prescripto en el art. 1137 del Código Civil de Vélez Sarsfield. De su redacción resulta que lo plasma como acto jurídico —extremo que no resiste análisis— ya que reviste tal categoría, pero si establece que ambas partes contratantes, al menos dos con intereses contrapuestos, deben manifestar su consentimiento (elemento esencial de éste), para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Sobre la base de la nota al art. 1137 del Código Civil, la doctrina concluía que dicha norma definía el concepto de convención, más que el propiamente de contrato (Bueres, 2015: 556). A la altura del art. 958, el legislador dispone la Libertad de Contratación, en tanto libertad de las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido. Esta norma, hoy regulada, se deriva del principio general de autonomía de la voluntad plasmado en el art. 1197 del Código Civil, toda vez que permitía a las partes contratantes regular situaciones jurídicas y obligaba a ajustarse a ellas, como si la misma ley las hubiese dispuesto. Este principio, que se complementaba con el de Libertad contractual, no advierte en la nueva legislación una interpretación tan rígida e indisoluble, como el codificador lo había dispuesto.

El art. 959, recepta el efecto vinculante de las contrataciones, extremo subsumido por el art. 1197 del Código Civil, pero, como plasmamos en el párrafo anterior, sin el rigorismo que Vélez le había impreso, toda vez que surge de la disposición actual que las partes pueden modificar su contenido o extinguir el contrato por acuerdo de ambos en los supuestos que la misma legislación prevé, insistiendo en que la irrevocabilidad del acuerdo en el Código Civil, hoy se flexibiliza por la disposición normativa y posiciona de una manera más laxa la situación entre los contratantes.

El art. 960 faculta a los jueces solamente a intervenir en la contratación entre particulares, si la petición emana de una de ellas, y de oficio sólo cuando el orden público, regulado en la parte general del Código de fondo (art. 12), se vea afectado. El objetivo de la norma actual, le da mayor claridad a la cuestión, fijando un principio general que inhibe a los jueces para intervenir en los términos del contrato, reforzando la autonomía de la voluntad, pero podrá hacerlo para paliar situaciones disvaliosas, de abusos o desigualdades entre las partes y su fuerza negocial de los términos contractuales (Bueres, 2015: 557). El art. 961 regula el Principio General de Buena Fe, receptado en el Código de Vélez y por imperio de la reforma de la ley 17.711 del año 1968 en el art. 1198 1ª parte. Si bien la primera parte del artículo no se modifica, ya que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, amplía la nueva norma los criterios de alcance de la misma, aunque a nuestro criterio, incorporando en su última parte un término vago en palabras de Carlos Nino (2003:14), toda vez que el “contratante cuidadoso y previsor”, importará axiológicamente múltiples interpretaciones, ya que lo que para una de las partes puede significar ser cuidadoso y previsor, puede tener otro valor para el otro.

“Art. 962: Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto, resulte su carácter indisponible”.

De la disposición normativa, surge la procedencia en tanto hace referencia a una de las clasificaciones de las normas jurídicas en general, en el caso: a la clasificación según la fuente de procedencia, apuntando claramente al carácter de las normas legales, es decir, a normas objetivas.

Según como actúe la voluntad individual de las partes en un contrato, las leyes pueden ser imperativas y supletorias. En general, la Ley imperativa (*jus cogens*) se impone a la voluntad de los particulares. La primacía de las “reglas imperativas” resulta conforme lo explica Alterini de los principios de Unidroit (art. 1.3) y del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (art. 2.1) (Alterini, 1998: 51). Es decir que, conforme la opinión de Rivera, la Ley imperativa es la que excluye la voluntad privada de tal modo que la regulación que establece se impone a los interesados sin poder ser modificada ni sustraerse a sus consecuencias (Rivera 2014: 415). De hecho, el principio de autonomía de la voluntad derivado del art. 1197 del Código de Vélez Sarsfield que establece claramente la libertad de contratar, supone una acotada libertad contractual, la cual según Spota (2009: 51-55), se encuentra amparada en los límites que sobrevienen al mencionado principio. A saber, según lo prescripto por la ley 26.994/2014: el art. 10 de abuso del derecho; art. 12 de orden público; art. 332 de Lesión; art. 958 de libertad de contratación; arts. 9 y 961 de buena fe; arts. 279, 1003 y 1004 del objeto del acto jurídico; arts. 281 y 1012, 1013 y 1014 de la causa (1).

Respecto de la normativa de fondo, a más de las disposiciones consagradas en leyes especiales que han adquirido jerarquía constitucional tales como la ley 24.240 (reformada por leyes 26.361 y 26.994) de defensa de los consumidores y usuarios —art. 42 de la Constitución Nacional— (Gelli, 2008: 56); el art. 41 en cuanto a la protección del medio ambiente (Gelli, 2008: 580) también consagrado en la Carta Magna y el resto de la normativa de orden público que prescribe la obligación de las partes contratantes a ajustarse a sus disposiciones, son imperativas, no permitiendo que las mismas sean suplidas por dicha voluntad particular.

Es por ello que las normas de carácter legal siempre son tanto en el viejo, como en el nuevo Código, supletorias de la voluntad de las partes contratantes, es decir, suplirán la no redacción de una cláusula determinada en el acto jurídico, salvo que, conforme reza el nuevo art. 962 “(...) de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulte su carácter indisponible”, es decir obligatorias, en donde las mismas partes contratantes convengan la imperatividad de la ley sustantiva.

A mayor abundamiento, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público.

En el derecho local, el ámbito propio de esta determinación se asocia a las leyes supletorias, que en materia contractual materializan el principio general plasmado en el art. 958 de la autonomía de la voluntad. Mientras que, en el Derecho Internacional el Código Europeo de Contratos, refleja estas normas en los arts. 2:101 y 2:102 (2).

“Art. 963: Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este código y de alguna Ley especial, las normas se aplican en el siguiente orden de prelación:

- a) Normas indisponibles de la Ley especial y de este Código;
- b) Normas particulares del contrato;
- c) Normas supletorias de la ley especial;
- d) Normas supletorias de este Código”.

(1) Ley 26.944, B.O. 32.985 (08/10/2014).

(2) Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Partes I y II (Revisadas) Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos. Traducción del texto de los artículos publicados en Lando, Beale, eds., “Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, La Haya, 2000: 1-93”. La versión inglesa de los principios es la versión original. Recuperado de: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>.

Normas indisponibles de la ley especial y de este Código

Se establece como primer orden de aplicación las normas indisponibles de la ley especial y de este Código. Además del Código existen numerosos institutos especiales con su regulación particular: defensa del consumidor, sociedades, propiedad intelectual, registro inmobiliario, ley de navegación, seguros, entre otros. El Código funciona como un sistema central que se vincula con los regímenes especiales para generar una plena comprensión del régimen jurídico (Rivera, 2014: 416).

El instituto de defensa del consumidor se encuentra receptado en la Constitución Nacional con motivo de la reforma del año 1994, en su art. 42. Este instituto se encuentra regulado en su ley especial (ley 24.240 modificada por leyes 26.361 y 26.994) y está legislado en el Código (Contratos de consumo, art. 1092 a 1122). En esta normativa se establece con carácter indisponible que las normas aplicables a las relaciones de consumo siempre deben ser ejecutadas de acuerdo al principio de protección al consumidor y al del acceso al consumo sustentable. En el supuesto de aplicar este Código o las leyes especiales prevalece la más favorable al consumidor (conforme al art. 3° de la ley 24.240 modificada por ley 26.361, conforme ley 26.994 —art. 1094— Código Civil y Comercial de la Nación).

En la formación del consentimiento, son normas imperativas las de defensa del consumidor y son aplicables a toda persona, física o jurídica, que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Se equipara al consumidor la relación de consumo que comprende a quién sin ser parte en una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (conforme art. 1° de la ley 24.240 modificada por ley 26.361 y 26.994 —conforme arts. 1092, 1096 y concordantes— Código Civil y Comercial).

Es norma indisponible la prohibición de prácticas abusivas y requiere la obligación de los proveedores de garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores o usuarios (art. 8° bis, ley 24.240 modificada por ley 26.361 y 26.994 —art. 1096 y concordantes— Código Civil y Comercial).

El Código en su art. 1117 remite a los arts. 985 a 988, referentes a los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas. Se define, en el art. 984, contrato por adhesión como “(...) aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

Antes de su recepción en el artículo arriba mencionado la doctrina ha reconocido el contrato de adhesión como el acuerdo de voluntades que refiere a la mera adhesión de una de las partes a lo que la otra preordenó como Ley del Contrato (Spota y Leiva Fernández, 2009: 41).

Cabe aclarar que no siempre todo contrato por adhesión se aplica a los contratos de consumo. Existen contratos con cláusulas predispuestas que no son de consumo así por ej. el contrato bancario, de espectáculo y de transporte, entre otros.

El Código, en el art. 986, recepta las cláusulas particulares, que son las negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes, regulada en el art. 987 del Código, se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente. El predisponente debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Es él quien dispone de los medios necesarios para evitar toda duda por no haberse expresado con claridad. Se recepta la regla “contra proferentem”, que importa la aplicación del principio de buena fe que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente.

Es norma imperativa el art. 988 del Código, que recepta las cláusulas abusivas y establece que se deben tener por no escritas:

- “a) Las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;
- b) Las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;
- c) Las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles;
- d) Normas particulares del contrato. Se rige por el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y por las específicas previsiones que las partes convinieron al contratar;
- e) Normas supletorias de la Ley especial. Se aplican las normas supletorias de la Ley especial debido a que las partes nada han convenido;
- f) Normas supletorias de este Código. Se aplican las normas supletorias de este Código cuando las partes no han acordado al respecto”.

De acuerdo con la jerarquizada opinión de Rivera, si bien es cierto que el art. 963 no reconoce un antecedente directo en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que nunca fue legislado de la forma propuesta, no es menos cierto que su antecedente deriva del art. 903 del Anteproyecto de 1998 (Rivera 2014: 416).

“Art. 964: Integración del Contrato. El contenido del Contrato se integra con:

- a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;
- b) las normas supletorias;
- c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

Las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas. Del precepto surge que la integración del contrato se hará con las normas indisponibles que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas”.

La cláusula particular del contrato, incompatible con las normas indisponibles, genera la nulidad parcial si es separable de las restantes cláusulas. De no ser separables, por imposibilidad de cumplimiento de su finalidad, se declara la nulidad total del contrato. En la nulidad parcial, de ser necesario, el Juez integrará el contrato considerando los intereses perseguidos por las partes de acuerdo con el art. 389 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La integración dispuesta en la norma de fondo, refiere a una heterointegración del contrato en consonancia con el resto de los incisos, creándola a favor de la parte más débil. Ejemplo de ello son los arts. 36 y 37 de la ley 24.240 —Ley de Defensa del Consumidor— reformada por ley 26.361 y 26.944, concediéndole facultades a los jueces para integrar el contrato, luego de haber tachado alguna de sus cláusulas de nulas, así como lo receptan los arts. 987 a 989 en los contratos de adhesión, los arts. 1061 a 1068 en cuanto se refiere a las cláusulas generales de interpretación del contrato y 1093 a 1095 específicamente en las relaciones de consumo del Código Civil y Comercial.

Normas indisponibles como las plasmadas en el párrafo anterior reflejan el caso más clásico en la actualidad en donde casi todos los actos de la vida de las personas son relaciones de consumo; es decir que, la Ley de Consumidor crea un derecho protectorio a favor de la parte más frágil de la contratación, reconociéndole a su vez en los arts. 40 (según ley 24.999) y 40 bis (incorporado por ley 26.361), el derecho de peticionar la reparación pertinente por los daños y perjuicios ocasionados.

En los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas, la aprobación administrativa, de esas cláusulas generales, no exige de su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, lo debe integrar si no puede subsistir el contrato sin cumplir su finalidad, conforme art. 989 del Código Civil y Comercial de la Nación. Lo mismo ocurre con el control judicial receptado en el art. 1122 con la salvedad que este último se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y no a los contratos de adhesión.

Las normas supletorias

Son normas supletorias las que el intérprete utilizará por analogía, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2º del Código Civil y Comercial de la Nación el cual sustituye al art. 16 del Código de Vélez y específicamente en temas contractuales remitía a los arts. 217 y 218 del Código de Comercio de Acevedo (Spota y Leiva Fernández, 2009: 115-118).

Por último, cabe mencionar que la integración puede ser legal o judicial. La integración legal resulta de las normas dispuestas por el legislador en el nuevo Código, y la judicial a través de las normas y principios generales del derecho de los contratos —como el de buena fe—, receptado en el art. 961, entre otros.

Los usos y prácticas del lugar de celebración

El Código de Vélez, disponía en sus arts. 1213 y 1214, que el lugar de cumplimiento será el de la ejecución del contrato y no el de celebración del acto como dispone la nueva norma en el art. 2650.

Cabe puntualizar que el art. 1º del Código Civil y Comercial de la Nación, conforme expresa Rivera (2014: 416) dispone que “los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. En el art. 964 se omite la referencia a la costumbre que normalmente ha sido considerada fuente del derecho, mencionándose solamente a los usos y prácticas, que integran el contenido del contrato del lugar de celebración del mismo.

Finalmente, cabe destacar la última frase del inciso comentado, en tanto aplica una excepción a la integración del contrato de utilizar los usos y costumbres “(...) cuando su aplicación sea irrazonable”, cuya imprecisión genera dudas y puede conducir a conclusiones disímiles, ya que en palabras de Nino (2003: 14-15), el término irrazonable genera controversias, es vago, y no se encuentra explicitado. Es decir que, lo irrazonable para un contratante puede ser razonable para otro. Este tipo de terminología, se presta a confusiones pero también a interpretaciones absolutamente axiológicas puesto que el valor etimológico del término razonable o irrazonable va a depender de cada una de las partes contratantes y será el juez, quien deberá declarar la razonabilidad o irrazonabilidad en la aplicación de los usos y las costumbres en la integración del contrato.

“Art. 965: Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante”.

El derecho de propiedad del contratante, su contenido patrimonial y extrapatrimonial

La Constitución Nacional garantiza el derecho de propiedad en los arts. 14 y 17. La garantía constitucional de la propiedad comprende los derechos nacidos de un contrato. Tal derecho creditorio es relativo por oposición al efecto absoluto o *erga omnes* del derecho real. La esencia del derecho creditorio no radica en el objeto de la prestación que podrá o no llegar a obtener el acreedor una conducta indebida del deudor.

La expresión legal “los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad de los contratantes”, implica que debe comprenderse como referido a un derecho subjetivo patrimonial de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al enunciar el concepto

genérico de propiedad empleado por la Constitución Nacional (Aparicio, 2012) en tanto en el caso “Bourdieu” el Máximo Tribunal dijo:

“(...) El Principio de Inviolabilidad de la Propiedad, asegurada en términos amplios por el art. 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones (...)” (3).

También, en el caso “Avico” consideró:

“(...) que ni los derechos de propiedad ni los derechos contractuales son absolutos, porque el gobierno no puede existir si el ciudadano puede usar a voluntad de su propiedad en detrimento de sus conciudadanos, o ejercer su voluntad de contratar con perjuicio de ellos (...)” (4).

B. Contrato por adhesión a cláusulas generales predisuestas

Concepto: el contrato por adhesión surge cuando uno de los contratantes adhiere a las cláusulas predisuesta unilateralmente por la otra parte o un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción (art. 984 C.C.C.N. ley 26994/2014). El orden público jurídico comprende la libertad e igualdad jurídica pero además existe el orden público económico que tiene por objeto impedir el desequilibrio económico y social (Spota, 2009: 66).

En el contrato de adhesión la otra parte adhiere y no existe libertad e igualdad económica que le permita rechazar esa oferta. Es lo que acontece con los servicios públicos onerosos (López de Zavalía, 1997:118).

Requisitos: El art. 985 (C.C.C.N.) prescribe:

“Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tiene por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares”.

Se destaca la legibilidad, claridad y completitud de las cláusulas generales, por ello aquellas que contiene restricciones dirigidas al adherente deben ser destacadas del contenido del contrato.

El predisponente tiene la obligación de redactar cláusulas claras inequívocas para ser entendidas por sí por el adherente. Por ello el texto redactado con palabras debe tener un sentido objetivo según el uso idiomático común o del comercio (Von Thur, 1947: 93).

Se declaran no convenidas las cláusulas que contengan reenvíos a textos que no se faciliten previamente al adherente.

Las cláusulas particulares son aquellas que negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas” (art. 986 C.C.C.N. ley 26.994/2014). Al definir las cláusulas particulares como las “negociadas individualmente” rescata la noción del contrato discrecional, la autonomía de la voluntad. Cabe destacar que tanto los contratos por adhesión y los contratos de consumo generalmente son por adhesión y sólo por excepción se negocian individualmente.

Las cláusulas particulares, por ser el resultado de la libre contratación, que se amplían, limitan o supriman una cláusula general, prevalecen sobre estas últimas. Es la regla de interpretación que la cláusula manuscrita o mecanografiada se estipula en la formalización del contrato y la cláusula gene-

(3) Corte Sup., “Bourdieu”, Fallos 145:307, 16/12/1925.

(4) Corte Sup., “Avico, Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl G.”, Fallos 172:21, 07/12/1934.

ral predispuesta se encuentra previamente elaborada por el predisponente sin que el adherente haya participado en su redacción.

Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente (art. 987 C.C.C.N. ley 26.994/2014). Esta directiva de interpretación ha sido receptada en el art. 37, apart. 4º de la ley de Defensa al Consumidor (ley 24.240, modificada por ley 26.361, modificada a su vez por ley 26.994/2014) que dispone “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable al consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”.

La formación del contrato predisuesto, preelaborado unilateralmente por el predisponente, no permite acudir al criterio subjetivo, indagar la intención común de los contratantes al formalizar el contrato. Por ello la jurisprudencia tiene expresado que la directiva de interpretación es la de acudir a criterios objetivos y con extremado rigor, ya que el predisponente reserva para sí la creación del texto contractual, lo debe hacer en forma tal que el destinatario (adherente) comprenda su significado utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio (5).

La jurisprudencia ha señalado el predisponente debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Es él quien dispone de los medios a su alcance para evitar toda duda por no haberse expresado con claridad (6).

La cláusula ambigua es aquella susceptible de varios sentidos, expresada sin precisión, confusa. Por ello la regla de interpretación conlleva el reconocimiento de un principio que reconozca la equidad y proteja la relación de equivalencia de las prestaciones. La jurisprudencia tiene expresado que la regla *contra proferentem* reconoce la aplicación del principio de buena fe que lleva a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente (7).

La jurisprudencia se ha pronunciado en los contratos por adhesión el riesgo contractual lo asume el predisponente y se le atribuye responsabilidad cuando la cláusula predispuesta es ambigua (8).

Cabe destacar que aún antes de la sanción de la Ley de Defensa al Consumidor, la jurisprudencia ha expresado:

“aun cuando no se encuentre prevista en nuestra legislación la regulación de los contratos por adhesión, nada impide que las cláusulas oscuras sean interpretadas en favor del adherente, por aplicación de la regla contenida en el art. 1198 o, desde la perspectiva inversa, en contra del contratante que redactó e impuso las condiciones del convenio” (9).

El art. 988 (C.C.C.N.) prescribe:

“Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección se deben tener por no escritas: a- las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b- las que importan renuncia o restricción de los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c- las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”

La definición de cláusula abusiva se encuentra en el art. 1119 referente a los contratos de consumo. “Es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o efecto

(5) CNCom., sala B, 15/04/1993, “Odrizola, B. c. Optar S.A.”, JA 1994-II-375.

(6) CNCom., Sala C, 18/10/1982, “Parodi, A. c. Ruta Coop. De Seg.”, JA 1984-I-499.

(7) CNCom., Sala B, 25/11/1991, “Albert, A. M. c. La Austral Cía. de Seg.”, LL 1992-E-575.

(8) CNCom., Sala B, 22/07/1970, “Fyma c. Columbia S.A.”, ED 39-7776.

(9) CNCom., Sala D, 19/10/1987, “Banco Liniers S.A. c. Chirón, J.”, JA 1989-I-665; CNCiv. y Com. Fed., Sala 3ª, 15/05/1987, “Sucesión de Natale c. Caja Nac. de Ahorro y Seguro”, JA 1988-II-123; Cám. Civ. y Com. Junín, 26/10/1988, “Zabaleta, D. c. Pantepirino de Ragozzini, N.”, JA 1989-I-51.

provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”. El desequilibrio debe ser manifiesto alterando la reciprocidad de intereses. El principio de onerosidad refiere a la comparación entre provecho y sacrificio para ambas partes, desde el nacimiento del contrato existe la obligación recíproca del cumplimiento de sus obligaciones con un criterio de equivalencia y reciprocidad.

El inc. a) del art. 988 tiene su fuente en el art. 37, inc. a (ley 24.240, modificada por ley 26.361, modificada por ley 26.994/2014) que dispone “(...) se tendrán por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones (...)”. El art. 988 supera la fuente citada al disponer “las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente”.

El inc. b) del art. 988 prescribe “las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias”. Ha superado el texto del art. 37, inc. b (ley 24.240, modificada por ley 26.361, modificada por ley 26.994/2014). Su fundamento es el desequilibrio contractual.

El inc. c) del art. 988 dispone: “Las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”. Es la cláusula sorpresiva, importa inequidad, irrazonabilidad, contradice las expectativas legítimas y conlleva a la desnaturalización de la relación de equivalencia en las prestaciones. Son cláusulas inusuales, de desmesurada deslealtad.

Control judicial de las cláusulas abusivas: “la aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede existir sin comprometer su finalidad”. Con relación al control judicial sobre las cláusulas generales que han sido aprobadas por vía administrativa, estamos en presencia de los contratos vigilados, a los que por su contenido se encuentran regulados por el Estado. Es el supuesto de los contratos de ahorro previo, medicina prepaga, seguros. Por ello, la aprobación administrativa del contrato no impide su ulterior control judicial.

Respecto de la nulidad parcial declarada por el juez, éste debe integrar el acto de acuerdo a los intereses razonablemente perseguidos por las partes, si no puede existir sin comprometer su finalidad (Conf. art. 389, ult. Ap. C.C.C.N.).

C. Contrato de consumo

Antecedentes: desde tiempos remotos existió la preocupación de amparar a los compradores que posteriormente se designaron consumidores. Su origen se encuentra en el derecho romano, luego a principios del siglo XIX en Francia, en los códigos napoleónicos. Se destaca que al concluir la segunda guerra mundial el desequilibrio de las prestaciones llevó al análisis de juristas y legisladores. Por ello, aparece en la segunda mitad del siglo XX, el movimiento del derecho del consumo en EE.UU. y Canadá y luego en Europa occidental. El desequilibrio entre profesionales y consumidores, la mayor dimensión de las empresas con poderes monopólicos llevaron a los consumidores a generar reclamos que obtuvieron leyes protectorias. Se señala que como consecuencia de estos comportamientos surge el Derecho del Consumo. Así en Francia nace el Código del Consumo, en Québec la Ley sobre Protección del Consumidor. En nuestro país nuestra Constitución Nacional en el art. 42 incorpora los Derechos del Consumidor y del Usuario. La Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240, modificada por ley 26.361, modificada por ley 26.994/2014) regula el tema en particular. En Europa, la Comunidad Económica Europea (C.E.E.) ha establecido Directivas: 93/13 sobre cláusulas abusivas y 97/7 referente a los contratos a distancia (Spota y Leiva Fernández, 2009: 81-84).

El art. 1092 prescribe:

“Relación de consumo, como el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a toda persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda

equiparado al consumidor quien, sin ser parte en una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Tiene su fuente en los arts. 1º y 3º (ley 24.240, modificada por ley 26.361, modificada por ley 26.994/2014).

El art. 1093 dispone:

“Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

El consumidor, es la persona individual o jurídica ubicada al concluir el circuito económico, debido a que pone fin a la vida económica del bien o servicio. Quedan excluidos del concepto el consumidor comerciante, artesanal, profesional, debido a que se encuentran en el mercado en un nivel semejante al del fabricante.

Respecto a la interpretación el art. 1094 prescribe:

“las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales prevalecerá la más favorable al consumidor”.

Tiene su fuente en el art. 3º (ley 24.240, modificada por ley 26.361, modificada por ley 26.994/2014).

Con relación a la interpretación restrictiva el art. 1062 preceptúa:

“Cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del proveedor y del proveedor en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo respectivamente”.

El fundamento de la norma con relación a los adherentes y consumidores se justifica porque al tiempo de la conclusión del contrato, no se incluyeron la totalidad de las obligaciones del proveedor, atendiendo a la naturaleza del vínculo. La directiva es aplicable al contrato de medicina prepaga en los que se juzgó que las obligaciones del proveedor debían ampliarse hasta alcanzar el piso mínimo que resulta del P.M.O. (Programa Médico Obligatorio, ley 24.455).

Cláusulas abusivas. El art. 1117 dispone: “Se aplican en este Capítulo lo dispuesto en las leyes especiales y los arts. 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predisuestas por una de las partes”. Al respecto remitimos al análisis realizado de los artículos referidos.

El art. 1118 prescribe: “Las incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aún cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor”. Esta disposición recepta un control de incorporación al contrato de avanzada frente al derecho comparado que convalida las normas de protección al consumidor. El art. 1118 tuvo su fuente en el art. 3º de la Directiva 93/13 de la C.E.E. (hoy UE). El art. 1118 adopta la solución más equitativa al disponer “las cláusulas incorporadas a un contrato pueden ser declaradas abusivas aún cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor. La apariencia de una negociación individual no afecta la ilegitimidad de la misma”.

Cláusula abusiva. El art. 1119 dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”. En Italia el “Código del Consumo” art. 33, inc. 1º) establece: “En el contrato concluido entre

el consumidor y el profesional se consideran vejatorias las que, malgrado la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas del contrato". En el derecho comparado, en España, Francia e Italia no regulan la circunstancia de que una cláusula sea abusiva aunque haya sido negociada individualmente por las partes.

Es abusiva la cláusula que cause un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor. El desequilibrio manifiesto entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor provoca objetivamente el perjuicio económico del adherente/consumidor. La cláusula es abusiva dado que genera un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, teniendo incidencia sobre el principio de onerosidad o de máxima reciprocidad de intereses. Es que desde el nacimiento del contrato las partes confían legítima y recíprocamente en el cumplimiento de las obligaciones asumidas, debe existir equivalencia y reciprocidad. El perjuicio al consumidor, la desventaja desnaturaliza la relación de equivalencia. La relación provecho-sacrificio remarca la relación de equidistancia para ambas partes entre las ventajas y sacrificios del contrato formalizado.

No pueden ser declaradas abusivas, el art. 1121 dispone: "a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas". No son abusivas las cláusulas que reconozcan ventajas y sacrificios análogos para ambas partes, se reservan el derecho de rescindir unilateral e incausadamente el contrato. O cuando el predisponente, autor unilateral del contenido del contrato, no puede invocar como abusiva una cláusula que el mismo creó; o cuando existe un desequilibrio insignificante en el contrato.

Control Judicial. El art. 1122 prescribe:

"El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a- la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control; b- las cláusulas abusivas se tiene por no convenidas; c- si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad; d- cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el art. 10765".

El inc. a- remite a los contratos vigilados a los que por su contenido se halla regulado por el Estado. La aprobación administrativa del contrato o de sus cláusulas no obsta a un ulterior control judicial. Especialmente en materia mercantil, hay contratos que requieren una aprobación previa, de ahorro previo, medicina prepaga, seguros. El inc. b- declara que las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas. El inc. c- respecto de la nulidad parcial declarada por el juez, simultáneamente debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses razonablemente perseguidos por las partes (Conf. art. 389 último párrafo).

La Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240, modificada por ley 26.361 modificada 26.994/2014) en su art. 37 incs. a- y b- enuncia dos cláusulas abiertas que dispone:

"Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a- las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b- las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte (...) Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuere necesario".

La nulidad puede afectar a la totalidad del contenido del contrato o a alguna de sus cláusulas. El art. 389 dispone:

"Nulidad total es la que se extiende a todo el contrato. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas si son separables. Si no son separables porque el acto subsistir sin comprometer su finalidad, declara la

nulidad total. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes”.

Se ha resuelto “la nulidad parcial de las cláusulas de un contrato es procedente cuando cada contratante pueda considerar que quedan resguardados sus intereses con la parte válida del negocio, pese a los intereses afectados por la parte nula” (10).

Respecto al inc. d- del art. 1122 cabe señalar la importancia de la conexión funcional de los contratos conexos o coligados que en sus efectos provoca la comunicabilidad de la ineficacia (nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución) de uno sobre otro u otros vinculados. Es la ineficacia en cadena o propagada para resolver cuándo la ineficacia de un contrato habrá de extenderse a otro, debe indagarse la finalidad de la conexión. Cuando concurren contratos a la concreción de un propósito práctico previsto por las partes, la ineficacia de uno se propaga al conjunto, cuando el resultado del proyecto contractual sólo puede lograrse con el cumplimiento del conjunto de los contratos (Díez-Picazo, 2007: 574).

II. Conclusión

El análisis del Código Civil y Comercial de la Nación de la teoría general que comprende tres categorías de contrato: el contrato discrecional, el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas y el contrato de consumo es superador a la regulación jurídica vigente. Si bien el Codificador fue un visionario para la época de la sanción del Código Civil, la *ethologia* social nos lleva a que el derecho acompañe en forma dinámica, las necesidades de la sociedad argentina y modifique la normativa vigente, la que por otra parte ha sido víctima de diferentes reformas y parches legislativos en aras de una adecuación más cercana a la realidad.

No obstante ello, se han regulado nuevas categorías de contratos, se ha normado la inviolabilidad de los derechos de la persona humana y se ha constitucionalizado el derecho privado, tal y como parte de la doctrina civilista consideraba desde hace algunos años que debía de regularse.

La normativa protectoria a los consumidores y usuarios, también regulada en la actual ley 26.994/2014, mejora la posición del contratante más débil, con respecto a las empresas prestadoras de servicios y dadoras de bienes de consumo dentro del tráfico negocial. Si bien las leyes 24.240 y su reforma 26.361, protegían a los consumidores y usuarios, el nuevo código cubre más aún la contratación.

Los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, también fueron un logro de la regulación actual, ya que han quedado claramente plasmados en la base jurídica objetiva.

Por último, pero no por ello menos importante, cabe destacar que si bien festejamos el avance del derecho con una nueva mirada de la sociedad argentina, no dejamos de reconocer que, el nuevo Código sufre de algunas inconsistencias y términos vagos y ambiguos que darán trabajo a los soldados silenciosos de la jurisprudencia —los abogados, como lo expresaba Lafaille— y harán que los jueces tengan que tener una visión integradora del derecho, sin apearse exegéticamente en su interpretación a la letra fría de la ley o a la disposición exacta de la norma, en aras de una mejor solución de los planteos judiciales, a modo de que volvamos a creer que contamos con la seguridad jurídica que nunca debimos haber perdido.

III. Bibliografía

ALTERINI, Atilio Aníbal (1998). *Contratos. Civiles — Comerciales — de Consumo. Teoría General*, Buenos Aires: Abeledo Perrot. p. 51.

APARICIO, J. M., (2012). *Contratos en general. Observaciones al Proyecto de Código*. Buenos Aires: La Ley, F, 1213.

(10) ST Misiones, 24/03/1999, “I.F.A.I. c. Yerba Alem S.A.”, LLLitoral 2000-979.

BUERES, A. J., (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. T. I. Buenos Aires: Hammurabi. ps. 556/557.

DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Introducción, Teoría del contrato*. Madrid: Thomson-Civitas.

GELLI, M. A., (2008). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. 4ª ed. Ampliada y Actualizada, t. I. Buenos Aires: La Ley, ps. 56. 580.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., (1997). *Teoría de los Contratos*. Buenos Aires: Zavalía.

NINO, C. S. (2003). *La Definición de Derecho. "Introducción al Análisis del Derecho"*. 12ª reimpresión, ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea. ps. 14-15.

RIVERA, J. C. y Medina, G., (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. t. III. Buenos Aires: La Ley. ps. 415, 416, 418.

SPOTA, A. G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., (2009). *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*. Tº I y II. Buenos Aires: La Ley. Tº I, p. 51- 55,66. Tº II, p. 115- 118.

STIGLITZ, R. S. (2012). "La teoría del contrato en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación", En: *Revista La Ley*, Buenos Aires, C-1288.

VON THUR, A., (1947). *Teoría General del Derecho civil alemán*. B, Vol. II. Buenos Aires: Depalma.

Legislación

Ley 26.944, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires (07/09/2014).

Ley 32.985, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires (08/10/2014).

Jurisprudencia

Corte Sup., "Bourdieu", Fallos 145:307, 16/12/1925.

Corte Sup., "Avico, Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl G.", Fallos 172:21, 07/12/1934.

CNCom., Sala B, 15/04/1993, "Odriozola, B. c. Optar S.A.", JA 1994-II-375.

CNCom., Sala C, 18/10/1982, "Parodi, A. c. Ruta Coop. De Seg.", JA 1984-I-499.

CNCom., Sala B, 25/11/1991, "Albert, A. M. c. La Austral Cía. de Seg.", LL 1992-E-575.

CNCom., Sala B, 22/07/1970, "Fyma c. Columbia S.A.", ED 39-7776.

CNCom., Sala D, 19/10/1987, "Banco Liniers S.A. c. Chirón, J.", JA 1989-I-665; CNCiv. y Com. Fed. , Sala 3ª, 15/05/1987, "Sucesión de Natale c. Caja Nac. de Ahorro y Seguro", JA 1988-II-123; Cám. Civ. y Com. Junín, 26/10/1988, "Zabaleta, D. c. Pantepriño de Ragozzini, N.", JA 1989-I-51. ♦

Fecha de recepción: 03-04-2015

Fecha de aceptación: 22-09-2015

Los convenios internacionales de las entidades miembros de un estado federal. El caso argentino

POR MARÍA DE LA NIEVES CENICACELAYA (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Derecho comparado.— III. Convenios internacionales de las provincias en la Constitución argentina.— IV. Las constituciones provinciales y los convenios con el exterior.— V. Conclusiones.— VI. Bibliografía.

Resumen: En el presente trabajo se parte de una regla común a todos los Estados federales cual es que las relaciones exteriores están en cabeza del gobierno de la federación, para luego examinar las excepciones a la misma. Para ello se revisan las normas constitucionales de varios países a fines de analizar en qué casos y bajo qué requisitos se habilita a las entidades federadas a relacionarse con organismos del extranjero. Del mismo se da cuenta de algunas experiencias relevantes que ejemplifican cómo, en los estados con competencias multinivel, cada vez más las esferas inferiores asumen atribuciones que antes estaban reservadas exclusivamente a la instancia soberana. Luego se analiza desde una perspectiva normativa y doctrinaria cual era la situación en la Argentina antes de 1994 y cuáles son las novedades que en la materia introdujo la reforma constitucional de ese año a nivel nacional, así como qué respuesta han dado al respecto las constituciones provinciales. Asimismo efectuamos una breve referencia al modo de ejecución de estas competencias a través de la organización administrativa provincial para concluir que la posibilidad de que las entidades locales puedan celebrar convenios internacionales puede resultar una valiosa herramienta para el desarrollo local y regional.

Palabras clave: federalismo - estado - provincias - convenios internacionales.

The international conventions of the members of the Federal State. The Argentinean case

Abstract: *At the beginning, this paper reviews the common rule to all federal states which is that foreign relations belongs federation government, and then it studies some exceptions to it, through constitutional standards of various countries in order to analyze in which cases and under what conditions federated entities are enable to interact with foreign agencies. Later, it refers to some relevant experiences that illustrate how, in multilevel states, more and more, lower spheres assume responsibilities that were previously reserved to the sovereign instance. Then it analyze from a legal and doctrinaire perspective which was the situation in Argentina before 1994 and which developments in this area were introduced by constitutional revision of that year and also what happens in provinces constitutions. At the end, it makes a brief reference about provincial administrative organization. It concludes that local authorities attribution to celebrate international agreements can be an important tool for local and regional development.*

Keywords: *federalism - state - provinces - treaty-making power.*

I. Introducción

Entre las competencias que, por regla, las constituciones de los estados federales asignan al gobierno federal, se encuentra el manejo de las relaciones exteriores. Además, son los estados nacionales los sujetos por excelencia del Derecho Internacional, aunque, en las últimas décadas se viene observando la emergencia de nuevos actores en el escenario internacional (Barberis, 1984).

(*) Prof. Adjunta Ordinario, Derecho Constitucional Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

En este sentido, ya en 1962, un Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional para lo que luego sería la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados adoptada en 1969, proponía (1), con respecto al actual art. 6° que estable que todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados, un segundo párrafo que indicaba que los estados miembros de una unión federal también tendrían capacidad para celebrar tratados si esa capacidad estuviese admitida por la constitución federal y dentro de los límites indicados por ella.

En los últimos años, la globalización planetaria ha producido —entre otros efectos— un importante cambio en las relaciones interestatales transformando definitivamente en actores internacionales a diferentes unidades subnacionales (estados, provincias, regiones, Länder, cantones, condados e inclusive municipios) que han ido generando frecuentes vínculos externos en numerosas materias. Para ello han negociado y suscripto diferentes acuerdos que se han denominado con diferentes términos: convenio, cartas de intención, pactos, memorándum de entendimiento, acta.

En el orden interno, algunos textos constitucionales dotan de competencia a algunos entes subnacionales para celebrar estos convenios internacionales. Veremos cuáles y de qué modo lo hacen procurando no se interfiera sobre las materias que hacen a la esencia de una federación; ocupándonos, en especial, de las novedades que, en la cuestión, ha introducido en la norma suprema argentina la reforma constitucional de 1994.

II. Derecho comparado

Si bien, como dijimos, es de la esencia de todo Estado federal que las relaciones exteriores sean una competencia del gobierno federal, en el derecho comparado se pueden encontrar varias opciones en relación a la posibilidad de que sus componentes puedan ejercer algún tipo de facultad en esta materia. Así, encontramos algunas federaciones que no habilitan a sus Estados miembros a negociar ni celebrar tratados con Estados extranjeros, sino que la negociación puede darse únicamente a través de la intermediación de los órganos federales; y otras que lo permiten aunque con limitaciones, ya sea estableciendo restricciones en relación con el contenido de esos tratados o en relación con los sujetos con los que se pueden celebrar esos acuerdos, o exigiendo que los convenios en cuestión se sometan a la aprobación de órganos de la federación.

En los Estados Unidos el *treaty-making power* es una competencia federal. En efecto, la constitución de Philadelphia otorga al Gobierno Federal la atribución de la conducción de las relaciones exteriores en varios artículos. El art. I (del Poder Legislativo) además de consignar que el comercio exterior —Sección 8— y las aduanas —Sección 9— son de su exclusiva incumbencia, en la Sección 10 establece que “(...) Sin el consentimiento del Congreso, ningún Estado podrá (...) celebrar acuerdos o pactos con potencias extranjeras (...)”. Y el art. II (del Poder Ejecutivo) en su Sección 2 consagra que es el Presidente quien celebra los tratados internacionales con acuerdo del Senado.

Ésta es, además, la interpretación que ha hecho la Suprema Corte federal, sin fisuras, hasta mediados del siglo XX. Así, en: U.S. Supreme Court *Holmes c. Jennison* 39 U.S. 540 (1840); U.S. Supreme Court *United States c. Arjona*, 120 U.S. 479 (1887); U.S. Supreme Court *The Chinese Exclusion Case*, 130 U.S. 581 (1889); U.S. Supreme Court *State of Missouri c. Holland*, 252 U.S. 416 (1920); U.S. Supreme Court *United States c. Pink*, 315 U.S. 203 (1942). En este último caso sostuvo con toda claridad que “(...) Ningún Estado puede reelaborar nuestra política exterior de acuerdo con sus políticas domésticas. El poder sobre los asuntos exteriores no es compartido por los Estados; está investido exclusivamente en el gobierno nacional”.

Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial algunos estados comenzaron a promover la exportación de sus productos y servicios. Pero hasta la década de 1970, a causa de la clara jurisprudencia suprema recién apuntada y del criterio —coincidente— del Departamento de Estado de que

(1) Dicha propuesta luego se eliminó, entre otros motivos, por la oposición de Canadá, a otorgar semejante competencia a la provincia de Québec.

los Estados no pueden concluir acuerdos con entidades del exterior aunque se pudiese obtener el consentimiento del Congreso para ello, como excepcionalmente autoriza la Constitución, hizo que ello fuese una *rara avis*.

No obstante, sobre todo desde 1972 cuando el presidente Richard Nixon restableció relaciones formales con la República Popular China, cada vez más los estados norteamericanos se empezaron a relacionar con el exterior, sobre todo en materia comercial. Al principio, los acuerdos más frecuentes fueron con Canadá. Así, por ejemplo, se solicitó y obtuvo el consentimiento del Congreso para concertar un pacto con provincias canadienses limítrofes, relativo a la prevención de incendios en los bosques, a asuntos indígenas, a pesca en aguas interiores y a la protección de la vida silvestre. También con México se firmaron acuerdos de cooperación entre Estados vecinos de ambos países y convenios de colaboración entre municipios y condados. Asimismo se han ido creando departamentos estatales especializados, se han formado consejos y grupos de trabajo para asesorar al gobernador y se han inaugurado oficinas en el exterior. La primera de éstas fue establecida en Europa, por el Estado de Nueva York en 1963. Dos décadas más tarde superaban las cien, la mayoría en continente europeo, aunque también en Asia y en América Latina. A título de ejemplo, Florida abrió varias oficinas de carácter permanente que funcionan, entre otros puntos del planeta, en Bruselas, Londres, San Pablo, Seúl, Taipei, Tokio y Toronto.

Se puede decir que, en la materia que nos ocupa, se ha producido, de algún modo, una mutación constitucional.

En el caso de la Confederación Helvética, otro estado federal de larga data, que cuenta con quince cantones limítrofes con otros países sobre los veintiséis que lo componen, la colaboración fronteriza siempre ha revestido suma importancia, de modo tal que los cantones siempre han colaborado con las autoridades de los países vecinos en los sectores de la cultura, el turismo, el transporte, la energía y protección de la población, entre otros.

En la constitución suiza también la regla es que los asuntos exteriores con competencia de la “Confederación” (art. 54.1) aunque advirtiendo que ésta deberá tener en cuenta las competencias de los cantones y la salvaguarda de sus intereses (art. 54.3). Y, a mayor abundamiento, a continuación establece que los cantones influirán en la toma de decisiones en materia de política exterior que puedan afectar sus competencias o intereses esenciales (art. 55.1), la Confederación informará en un plazo razonable y de manera detallada a los mismos y los consultará (art. 55.2) y que la toma de posición de los cantones tendrá un peso específico en el caso de que sus competencias se vean afectadas, siendo, en este supuesto, asociados de manera apropiada a las negociaciones internacionales (art. 55.3).

Pero además de lo anterior, el texto supremo helvético autoriza a los cantones a concluir tratados con otros países en el ámbito de sus competencias (art. 56.1) no pudiendo esos tratados ser contrarios ni al derecho e intereses de la Confederación, ni al derecho de los otros cantones, debiendo informar acerca de ellos a la Confederación antes de concluirlos (art. 56.2). Los cantones, también pueden tratar directamente con autoridades de rango inferior de otros Estados; pero en todo lo demás, las relaciones del cantón con otros Estados tendrán lugar por intermedio de la Confederación (art. 56.3).

La constitución alemana, por su parte, también contiene una regla común a los estados federales en esta materia y es la que consigna que le corresponde a la Federación el mantenimiento de las relaciones con los Estados extranjeros (art. 32.1). Pero, en similar sentido a la constitución suiza, ordena que antes de concertar un tratado que afecte a las circunstancias específicas de un estado miembro (*Land*) éste sea oído (art. 32.2). Es absolutamente frecuente que los *Länder* sean consultados antes y durante las negociaciones a nivel europeo, en la medida que éstas se refieran a cuestiones que los afecten y con frecuencia sus autoridades forman parte de la delegación federal. Por otra parte, pueden participar a través de la “Comisión de las Regiones” de la Unión Europea, en la cual están representadas las distintas unidades sub-nacionales que forman parte de los Estados miembros del bloque.

En el ordenamiento constitucional también se prevé que en todo aquello en lo que la competencia legislativa corresponda a los estados federados (*Länder*) podrán éstos, concertar con Estados extranjeros, aunque se exige, a diferencia de la constitución de la Confederación Helvética, no la mera comunicación al Gobierno Federal, sino su asentimiento (art. 32.3).

En la práctica, los tres niveles de gobierno en Alemania desarrollan actividades a nivel internacional. En las regiones limítrofes entre los *Länder* alemanes y otros Estados de la Unión Europea se conforman las llamadas “euroregiones” entre comunas vecinas lo que permite el desarrollo de tareas de gobierno transnacionales. También son frecuentes los “hermanamiento de ciudades”.

En Bélgica, uno de los estados federales de más reciente conformación, la Constitución de 1993 les reconoce la potestad de celebrar tratados a las entidades federadas, por sí y en su propio nombre, en materias que corresponden a la órbita de sus respectivas competencias internas (arts. 35, 38 y 39).

En lo atinente a los estados federales de nuestro hemisferio, mientras las constituciones de Brasil y Venezuela no contienen norma alguna que contemple la posibilidad de que sus estados miembros celebren acuerdos internacionales, la de México incluye una cláusula terminante prohibiéndoles concertar tales acuerdos. En efecto, el art. 117 dispone que los estados no pueden, “en ningún caso celebrar alianza, tratado o coalición con otro estado ni con potencias extranjeras” (inc. I) ni contraer directa o indirectamente obligaciones o empréstitos con gobiernos de otras naciones, con sociedades o particulares extranjeros (inc. VIII).

En Canadá, a su vez, no obstante que sólo el Estado federal es competente constitucionalmente para celebrar tratados internacionales (que deben ser ratificados por las provincias), por su especial estatus, Quebec desde hace varias décadas cuenta con representaciones propias en el extranjero llamadas “delegaciones”, que en principio, sólo se centran en aspectos comerciales, turísticos e inmigratorios. Últimamente también se han sumado a esta práctica British Columbia y Ontario. En la actualidad, todas las provincias tienen estructuras dedicadas a la acción exterior con importantes presupuestos. También es frecuente que se invite a las autoridades provinciales a formar parte de una delegación federal que asista a eventos internacionales.

En el caso de España, sin ser un estado federal *strictu sensu*, aunque con una fuerte descentralización en cabeza de la “comunidades autónomas”, y sin que exista norma expresa que fije claros lineamientos, las autoridades autonómicas, no obstante, pueden firmar acuerdos o convenios (en general, sobre cuestiones y de cooperación) en tanto éstos no generen responsabilidad u obligaciones al Estado español frente a otros estados u organizaciones internacionales. También es habitual la apertura de “delegaciones” de estos gobiernos en distintos países.

Como ejemplo de lo anterior, en 2006 el entonces Presidente vasco (*lehendakari*) Juan José Ibarretxe, inauguró en Buenos Aires la Delegación de Euskadi en Argentina, una oficina de representación oficial de la Comunidad Autónoma Vasca en el país que alberga el mayor número de población de ese origen en el mundo. Esta oficina que, a ese momento, era la quinta en el exterior, pretendía, según Ibarretxe, recuperar, *aggiornada*, una figura institucional que ya había existido bajo el primer Gobierno Vasco durante la II República Española, con el objetivo de aportar soluciones a los problemas de los ciudadanos vascos en el exterior, promover la colaboración bilateral, el intercambio comercial y empresarial, el turismo y la integración cultural y política con los países donde están ubicadas.

En el mismo sentido, el gobierno catalán (*Generalitat*) creó en 2009, una delegación en Argentina, la que, al igual que las existentes en otros países, pretendía usarse para promocionar Catalunya como destino turístico, para exportar bienes culturales catalanes, para ayudar a internacionalizar las empresas catalanas o bien para que Catalunya sea vista como una marca de calidad. Sin embargo, dos años más tarde, y como parte de un plan de reestructuración de esas oficinas el exterior consensuado con la oposición para aprobar el presupuesto 2011, la ubicada en Buenos Aires fue suprimida. No obstante, esas agencias de “diplomacia económica” en el extranjero siguieron estando presentes en Berlín, Bruselas, Londres, Nueva York, y París.

III. Convenios internacionales de las provincias en la Constitución argentina

En el caso argentino, resulta con toda claridad de varias normas constitucionales que la política exterior es una materia delegada al Gobierno Federal (arts. 27, 31, 75, incs. 13, 22, 24 y 25; y 99, incs. 7º, 11 y 15 CN), mientras que, en virtud de lo establecido por el art. 121 CN, las provincias sólo pueden ejercer las facultades no delegadas por ellas a la nación. Este reparto de competencias que viene dado por la norma suprema desde 1853 no se ha visto modificado, en principio, por la última reforma constitucional.

En razón de lo anterior, antes de 1994, la doctrina clásica (González, 1980; Bidegain, 1980) siguiendo lo expresado por Alberdi en *Bases...* entendía que la Constitución Nacional sólo facultaba a las provincias a celebrar convenios interprovinciales, haciendo una interpretación estrecha de lo estatuido por el entonces art. 107 CN, actual art. 125 CN: “Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal”.

Otros, en cambio, sostuvieron que esa norma, no se limitaba a los acuerdos de carácter interprovincial, sino que autorizaba a las provincias a celebrar tratados parciales con naciones extranjeras. Así, Quiroga Lavié (1987) los aceptaba siempre que fueran de índole económica; al igual que Bidart Campos (1986) aunque sólo si eran autorizados por el Congreso Nacional. Rosatti (1994) también se pronunciaba en ese sentido sobre la base de que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos mientras que los delegados a la nación son definidos y expresos; aunque con la lógica limitación —aclaraba— de que no enervasen el ejercicio razonable de los poderes exclusivos del Gobierno Federal.

Frías (1988) a su turno, sostenía que debía distinguirse la política exterior de la gestión internacional en materias como turismo, exportación, radicación de capitales o integración fronteriza, en la medida en que no se afectase dicha política exterior. Y auguraba que con el dinamismo de la vida internacional, con una interdependencia e integración cada vez más creciente, esta tendencia se iría fortaleciendo (Frías, 1989).

No obstante este debate doctrinario, no hubo en ninguna de las reformas constitucionales anteriores a 1994 iniciativa alguna de incorporación de una norma semejante a la que ese año terminaría siendo adoptada en relación a la posibilidad de que las provincias pudiesen celebrar acuerdos internacionales. Pero hace casi un siglo, en 1917, el Diputado Nacional Carlos F. Melo, propuso, sin éxito, adicionar al entonces art. 108 CN, actual 126 CN, que establecía —y establece— que “(...) Las provincias no ejercen el poder delegado a la nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; (...)” el texto “ni contratar empréstitos sin autorización del Congreso federal”.

En la década comprendida entre 1983 —año de la última recuperación del Estado de Derecho— y 1993, cuando se decidió la reforma constitucional, se presentaron —sin tener en cuenta las reproducciones— treinta y tres proyectos, incluyendo el finalmente aprobado como ley 24.309, proponiendo, algunos una modificación integral y otros, sólo una reforma parcial a la Constitución Nacional. Ninguno de ellos se ocupó de la materia *sub examine*.

En este mismo período también hubo proyectos redactados por especialistas que abordaban esta cuestión. Uno de ellos, el de Félix Loñ, aludía a la necesidad de rescatar para las provincias el ejercicio pleno de las potestades que éstas se reservaron para sí, cuando se sancionó el texto constitucional de 1853. Proponía incorporar una norma específica (art. 151) donde se admitía la capacidad de las provincias para celebrar tratados parciales con naciones extranjeras con fines económicos, sociales, de interés científico, tecnológico, educativo, cultural, para emprendimientos o trabajos de utilidad común, promoción de su industria y en general las actividades que incluía el entonces inc. 16 del art. 67 CN (actual art. 75 inc. 18 CN).

En 1991, el diputado Jorge Folloni (Partido Renovador de Salta) presentó un proyecto en el Congreso Nacional —no aprobado— que reconocía en su art. 2º la capacidad de las provincias para concertar tratados con naciones extranjeras para promover la industria existente o la introducción de otras

nuevas, la inmigración y la colonización de tierras, la construcción de infraestructura y medios para el transporte, la exportación e importación de productos y radicación de capitales así como para la exploración, explotación y comercialización de sus recursos naturales, si bien aclaraba que tales convenios se formalizarán sin afectar los tratados generales suscritos por la nación.

En el marco de la ley 24.309, que declaró en 1993 la necesidad de reformar la Constitución Nacional, quedó establecido un apartado en pos del “Fortalecimiento del Régimen Federal”. Allí se plasmó, entre otras cuestiones, la posibilidad expresa de las provincias de realizar gestiones internacionales. Concretamente, en el marco de los temas habilitados por el Congreso a la Convención Constituyente, en el art. 3º inc. A) subinciso d) se establecía: “Posibilidad de realizar por las provincias gestiones internacionales en tanto no afecten las facultades que al respecto corresponden al Gobierno Federal, no sean incompatibles con la política exterior que éste conduce y no importen la celebración de tratados de aquél carácter”. Como luego veremos, los términos “realizar gestiones internacionales” terminarían sustituyéndose por “celebrar de convenios internacionales”. Según expresó el convencional Rubén Marín (Partido Justicialista, La Pampa), se eliminó la palabra gestión porque —entendían— estaba comprendida en la expresión realizar convenios. En segundo lugar, porque si se trataba de simples gestiones, no tenía por qué una provincia notificar al Congreso federal.

En el debate constituyente dado en la sesión del 10 de agosto de 1994 se resaltó que estos convenios eran ya una realidad, aún sin norma expresa habilitante, habiendo varios gobiernos provinciales concluido acuerdos con entes extranjeros en varias materias (radicación de industrias o préstamos de organismos internacionales, por caso) sin reacciones contrarias del gobierno nacional.

El convencional Richard Battagion (Partido Demócrata, Mendoza) alertó en dos oportunidades sobre la necesidad de que estos convenios no afectasen al crédito externo de la nación, al igual que Antonio María Hernández (Unión Cívica Radical, Córdoba) y Edgardo Díaz Araujo (Partido Justicialista, Mendoza). La convencional Cristina Fernández de Kirchner (Partido Justicialista, Santa Cruz) por el contrario, propuso un despacho sustituto que dejaba de lado la mención a esta cuestión, no obstante que, de las intervenciones de la mayoría de los convencionales durante el debate surge que la finalidad —casi exclusiva— de estos convenios era obtener financiación por parte de Estados extranjeros y realizar acuerdos de índole económica.

Julio César Díaz Lozano (Partido Justicialista, Tucumán) por su parte propuso, sin éxito, la incorporación del texto que sigue fundamentándolo en el derecho de las provincias a ser informadas cuando la nación celebre convenios internacionales que las afectaran a ellas: “El gobierno federal, previo a la conclusión de un acuerdo internacional que afecte particularmente a una provincia, informará previamente a la misma”.

Finalmente el hoy art. 124 CN, se votó, a propuesta de la convencional Cristina Fernández, en dos partes. Por un lado, el segundo párrafo sobre el dominio originario de los recursos naturales existentes en las provincias, que fue muy discutido y terminó recibiendo ciento treinta y tres votos afirmativos y setenta y siete negativos. Y por otro, el primero, que incluye el regionalismo y los convenios internacionales celebrados por las provincias, que tuvo más apoyo: recibió ciento cincuenta y tres votos por la afirmativa y cincuenta y siete por la negativa. Textualmente el párrafo que nos interesa consigna: “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La Ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto”.

De ese modo, la reforma constitucional de 1994 introdujo la potestad expresa para las provincias de celebrar convenios internacionales, aunque con cuatro límites establecidos en la misma norma. Así, las provincias pueden celebrar estos convenios en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la nación; no afecten las facultades delegadas al gobierno federal; no afecten el crédito público de la nación; y tengan conocimiento del Congreso.

En relación a la voz “convenio” que utiliza el texto supremo, es menester aclarar que si bien en el Derecho Internacional se utilizan distintos términos (convención, pacto, acuerdo, carta, convenio, declaración, compromiso, protocolo, estatuto, notas reversales, acta, reglamento, etc.), en todos los supuestos se define a un mismo negocio jurídico generalmente identificado como tratado internacional (2). Así, un tratado es un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos del Derecho Internacional que tiende a crear, modificar o extinguir derechos de este ordenamiento. Esta definición comprende no sólo a los acuerdos entre Estados sino, también, a todo acuerdo entre uno o más Estados y uno o más organismos internacionales y a los acuerdos entre dos o más Derecho Internacional celebrados en forma verbal.

En cambio, en sentido restringido y al solo efecto de la aplicación de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, tratado es todo acuerdo entre Estados, celebrado por escrito y regido por el derecho internacional (Moncayo, Vinuesa Y Gutiérrez Posse, 1997). En efecto, dicha Convención, en su art. 2° punto 1°, define a un tratado como un “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Por el contrario, los acuerdos entre un Estado y un individuo o una corporación privada no son tratados sino contratos internacionales regulados por un régimen jurídico especial determinado por la voluntad de las partes contratantes, especificada en el mismo acuerdo.

Al establecer la nueva norma constitucional que los convenios que celebren las provincias en el ámbito internacional no pueden oponerse a los lineamientos de la política exterior establecidos por el Gobierno Federal, no se podrán realizar acuerdos con Estados extranjeros, organizaciones internacionales o entidades supraestatales que no sean reconocidos por el Gobierno de la nación, o con los cuales ésta se halle en conflicto. Además, deberán ser compatibles con las atribuciones del Estado federal y adecuarse a las limitaciones establecidas por el art. 27 CN.

Al no poder afectar las facultades delegadas al Gobierno federal, quedarían excluidos, en principio, tratados que respondan a objetivos políticos. En cambio, no cabe duda que pueden tener objetivos económicos o sociales, cuya determinación, regulación y administración sean de potestad exclusiva de las provincias, aunque sin poder oponerse a los compromisos exteriores contraídos por la nación en materia económica o social sujeta a su potestad exclusiva, o que pueda ser objeto de una potestad concurrente con las provincias en el ámbito interno.

En cuanto al deber provincial de no afectar al crédito público de la nación, Ekmekdjian (1999) decía que ello no significa que los convenios financieros que firman las provincias con el exterior deben tener el aval nacional. El Estado federal, sin embargo, se puede obligar como garante de la provincia, que es el deudor principal, y que puede contratar la adquisición en el exterior de bienes o servicios necesarios para el bienestar de su población. En tanto, Natale (1995) advertía que los eventuales acreedores deberán tener claro que los compromisos asumidos sólo podrán ser afrontados con recursos provinciales, incluyendo los que les corresponden por coparticipación tributaria. Recordemos al respecto que el ex art. 107 CN ya autorizaba a las provincias a importar capitales extranjeros.

Por su parte, el debate doctrinario sobre el sentido de la premisa “con conocimiento del Congreso”, era preexistente a la reforma de 1994, en relación al viejo art. 107 CN (hoy art. 125 CN) que también lo prevé para los tratados interprovinciales. Parte de la doctrina nacional exigía, por la responsabilidad federal —jurídica pero también económica— que ello acarrea, el “consentimiento” (Bidart Campos, 1986; Dalla Vía, 2004; Sola, 1980). Ésa es la postura, como dijimos, de la Constitución de los Estados Unidos (art. 1°, sección 10) y que había propuesto en su proyecto constitucional, Juan Bautista Alberdi. Sin embargo, a instancias de José Benjamín Gorostiaga, esa aprobación del Congreso, fue reemplazada

(2) En ese mismo sentido se pronunció la CCCF, Sala I, el 15 de mayo de 2014, al analizar el Memorándum de Entendimiento con Irán en la causa “AMIA s/ Amparo - Ley 16.986”.

por su mero “conocimiento”. Esa es también hoy la solución que se encuentra en la Constitución de Austria, cuyo art. 15, apartado 2, establece que basta la notificación a las autoridades federales.

La norma suprema argentina, sin corregir la ambigüedad del texto anterior ya vigente en relación a los tratados interprovinciales, no aclara tampoco en este caso, si el Congreso debe tomar conocimiento *ex ante* o *ex post*.

Coincidimos con aquellos autores (Rosatti, 1994; Sagüés, 1999) que, aunque sostienen que “conocimiento” no significa aprobación del Congreso, sí es admisible el análisis del acuerdo (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001). En este sentido, Pedro Frías expresaba que el Congreso puede debatirlo y cuestionarlo, aunque un pronunciamiento negativo no lo deja sin efecto, como lo dejaría la desaprobación. Y que si el Gobierno Federal creyese que debe corregir u objetar un tratado, dispondría de remedios judiciales, y aún de la intervención federal (Frías, 1989). Lo mismo admite Sagüés (1999).

En relación a la situación de la ciudad de Buenos Aires que es sólo esbozada en el primer párrafo del art. 124 CN *in fine*, el art. 14 de la ley 24.588 de Garantía de los Intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires, que reglamentó la autonomía porteña consagrada en el art. 129 CN, estableció: “La ciudad de Buenos Aires podrá celebrar convenios y contratar créditos internacionales con entidades públicas o privadas, siempre que no sean incompatibles con la política exterior de la nación y no se afecte el crédito público de la misma, con la intervención que corresponda a las autoridades del gobierno de la nación”.

A su turno, la Constitución de la Ciudad Autónoma que fuera sancionada en 1996, en su art. 104 inc. 3º, entre las atribuciones y facultades del Jefe de Gobierno local establece que “(...) concluye y firma los tratados, convenios y acuerdos internacionales e inter-jurisdiccionales. También puede celebrar convenios con entes públicos nacionales, provinciales, municipales y extranjeros y con organismos internacionales, (...)”. A su vez, en el art. 80 que enumera las atribuciones de la legislatura de la Ciudad, en el inc. 2 f se consigna que este órgano legisla en la materia “considerada en los arts. 124 y 125 de la Constitución Nacional” y en el inciso 8º que es ella quien “aprueba o rechaza los tratados, convenios y acuerdos celebrados por el Gobernador”.

Debido a todas las dudas que suscita la norma introducida en la Constitución Nacional en 1994, importantes doctrinarios (Sola, 1997; Vanossi, 2000; Dalla Vía, 2004) sostienen la conveniencia de una reglamentación del art. 124 CN. En opinión de Alberto Dalla Vía, incluso, esta cláusula debió ser la primera en ser reglamentada, deslindando qué tipos de acuerdos las provincias podrían celebrar y fijando pautas o marcos de actuación que sean compatibles con el art. 27 CN, en sintonía con lo que en el derecho comparado se conoce como *umbrella agreements* o *acords cadre*. (Dalla Vía, 2004). De este modo, el Congreso establecería los aspectos sustanciales y procedimentales que las provincias (y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) deben respetar para que esos convenios sean válidos para, finalmente, en su opinión, otorgar o negar la autorización respectiva.

En este orden de ideas, desde 1994 se han presentado seis iniciativas (3) pero ningún proyecto ha sido dictaminado. Cinco se iniciaron en la Cámara de Senadores y uno en Diputados. La mayoría proponía su inscripción en el Registro de Convenios Internacionales a cargo del Senado (4), teniendo las provincias el deber de informar la denuncia de cualquier convenio.

Como siempre será responsable el Estado nacional por estos convenios, es necesario que todos sean muy prudentes: las provincias para no avanzar en competencias propias del Estado federal y el Estado federal para no entorpecer u obstruir las competencias provinciales.

Al respecto, en el Derecho Internacional la cuestión es muy clara. El art. 27 de la ya mentada Convención de Viena establece que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno

(3) Tres de ellas fueron reproducidas.

(4) Otro proyecto proponía su registro también en la Cancillería, con posterioridad a su adopción.

como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46". Dicha norma, a su vez, consigna que "1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe".

Ante cualquier duda al respecto, se supone que cualquier Estado extranjero, antes de firmar un convenio con una entidad sub-nacional, consultará previamente a la Cancillería para ver si se afecta alguno de los tres límites fijados por el art. 124 CN.

A poco de la última recuperación democrática, la Cancillería comenzó a promover la participación de las provincias en la elaboración de proyectos que sirvieran de base en las negociaciones internacionales. Así, por ejemplo, el 26 de julio de 1988, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, Dante Caputo, convocó a los gobernadores de Corrientes, Chaco, Entre Ríos, Formosa, Misiones y Santa Fe a una reunión en la que se aprobó el Acta de Formosa, que reconoce la importancia que revisten las inquietudes de las provincias para la formulación de la política exterior de la nación, en particular en el proceso de integración regional.

Últimamente, la creación de la Dirección de Asuntos Federales y Electorales, que depende de la Subsecretaría de Relaciones Institucionales, de la Secretaría de Relaciones Exteriores, ha permitido llevar adelante un intenso programa de asesoramiento a las autoridades provinciales y municipales para la concertación de acuerdos tendientes a promover sus relaciones comerciales y culturales en el exterior, en coordinación con las representaciones diplomáticas y consulares de nuestro país. Algunos programas que se han puesto en ejecución son: a. *Cancillería en el interior* (celebración de seminarios y workshops tendientes a proyectar a las provincias internacionalmente en diferentes áreas, como inversión extranjera, cultura, turismo, comercio exterior y cooperación internacional); b. *Interior, prioridad para exteriores* (capacitación que procura que los funcionarios provinciales conozcan las agencias y funcionarios más directamente relacionados con la gestión comercial internacional); c. *Agenda de encuentros internacionales* (coordinación de reuniones y entrevistas para funcionarios extranjeros con autoridades provinciales y municipales y para éstas con sus contrapartes en el exterior); d. *Exterior en el interior* (organización de visitas de diplomáticos acreditados ante el Gobierno Nacional y de delegaciones extranjeras al interior del país); e. *Hermanamientos* (promoción del conocimiento mutuo y el fortalecimiento de vínculos entre ciudades y provincias argentinas y sus contrapartes extranjeras) f. *Otros* (establecimiento de oficinas de representación en capitales de estados o ciudades de otros países; viajes de los ejecutivos locales a otros países; misiones de funcionarios locales al exterior; participación en ferias internacionales para los productos locales en el exterior; relaciones con otras entidades de estados fronterizos; participación de funcionarios locales en reuniones u organismos internacionales).

IV. Las constituciones provinciales y los convenios con el exterior

Ante la casi absoluta ausencia de normativa constitucional provincial en relación a la posibilidad de celebración de acuerdos internacionales por parte de las entidades miembros del Estado federal argentino, Pedro Frías, hace ya muchos años, aconsejaba que en las constituciones provinciales se incluyera una regla que autorizase a las provincias a gestionar en el área internacional sus intereses propios. Si bien muchas de las constituciones provinciales lo admitieron, como veremos después, en los últimos años, debemos resaltar que, ya a mediados del siglo XX, hubo dos pioneras. En efecto, en 1957, la Constitución del Chaco, en su art. 137 inc. 10, incluía a sujetos del derecho internacional al referirse a la capacidad provincial de celebrar acuerdos. El mismo año, la Constitución del Neuquén se adelantaba a su época al disponer que "la Provincia propenderá a la consecución de nuevos mercados para su producción agropecuaria, a la implantación de industrias afines y convendrá con la nación un régimen de comercio exterior que permita una solución integral en la materia". Por el contrario, el texto supremo de esta provincia patagónica hoy no tiene referencia alguna a esta cuestión.

Varias constituciones del ciclo reformista iniciado con la última vuelta a la democracia la incluyeron expresamente normas al respecto: en 1985, Catamarca (arts. 110 inc. 11 y 149 inc. 15); en 1986, Jujuy (arts. 3º inc. 3º, 123 inc. 34 y 137 inc. 7º), La Rioja (arts. 16 y 105 inc. 12) y San Juan (arts. 113, 150 inc. 2º y 189 inc. 9º); en 1987, Córdoba (arts. 16 inc. 6º y 144 inc. 4º) y San Luis (arts. 88 y 144 inc. 2º); en 1988, Río Negro (arts. 12 inc. 6º y 181 inc. 13) y en 1991, Formosa (arts. 6º inc. 8º, 38 inc. 9º, 39 y 52 y 120 inc. 1º) y Tierra del Fuego (arts. 5º inc. 5º, 105 inc. 7º y 135 inc. 1º), y las conservan.

En todas ellas es atribución del gobernador provincial firmar estos acuerdos internacionales los que luego deben ser aprobados por la legislatura local. La constitución sanjuanina es la única que expresamente establece que debe darse conocimiento previo al Congreso de la nación (art. 189 inc. 9º). También estipula que si la Cámara de Diputados provincial no se pronunciase en el término de noventa días desde que se efectuó la respectiva presentación, el tratado se considerará rechazado, a la inversa de lo establecido para los restantes tratados (art. 150).

En relación al objeto de dichos convenios internacionales, mientras la constitución jujeña menciona de manera genérica los “intereses científicos, culturales, económicos o turísticos” de la provincia (art. 3º inciso 3º), y la chaqueña las materias “impositiva, producción, explotación de recursos naturales, servicios y obras públicas, y de preservación ambiental” (art. 53) y las actividades científicas y tecnológicas (art. 84 inciso 6º), las constituciones de San Juan (art. 113) y San Luis (art. 88), con una fórmula idéntica, hacen expresa referencia a los recursos minerales provinciales; y la formoseña a los recursos naturales en general, compartidos con países limítrofes (art. 38 inciso 9º) y en especial, a los ríos de ese carácter (art. 52), al igual que la chaqueña (art. 50). Otra cláusula novedosa de la constitución de Formosa es la que consigna que la provincia “participa en los sistemas de planeamiento regional, federal e internacional” (art. 39) para lo cual estos acuerdos serán, sin duda, una valiosa herramienta. A su vez, en la constitución chaqueña se establece que el tesoro provincial incluye los fondos de los convenios que se celebren con organismos internacionales, públicos o privados, de los que se deriven aportes financieros (art. 55).

Varias constituciones provinciales que fueron reformadas a partir de 1994, también han aceptado, con disposiciones similares, explícitamente la posibilidad de celebración por parte de las provincias de convenios internacionales, siempre con la intervención del Poder Ejecutivo para su firma, y del Poder Legislativo para su aprobación, y para satisfacer sus intereses sin afectar la política exterior del Gobierno Federal; además de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 1996, como ya referimos. Así ocurrió en 1994, en La Pampa (art. 4º) y Chubut (arts. 14 inciso 5º, 135 inciso 1º y 155 inciso 7º); en 1998, en Salta (arts. 127, 144 y 176); en 2005, en Santiago del Estero (arts. 136 inciso 1º, 160 inciso 5º y 220); en 2006, en Tucumán (arts. 67 inciso 24 y 101); en 2007, en Corrientes (arts. 118 inciso 1º, 162 inciso 7º y 227); y en 2008, en Entre Ríos (arts. 75 y 242). De estos textos supremos destacamos que se habilita también a los municipios a acordar con entidades extranjeras dentro de la esfera de sus competencias en las constituciones de Salta (art. 176), Santiago del Estero (art. 220), Corrientes (art. 227) y Entre Ríos (art. 242). Y entre sus Disposiciones Transitorias, la constitución correntina ordena que el Estado provincial promueva los “vínculos económicos de cooperación local, regional, nacional e internacional” (Primera, 4. a.).

En la provincia de Salta, por su parte, a través del dec. 1589/2009 del 6 de abril de 2009 se creó un registro único de acuerdos y convenios regionales e internacionales con el fin de catalogar, concentrar y sistematizar los distintos instrumentos que en el plano internacional y regional vinculan a dicha provincia.

En las constituciones de las provincias de Mendoza (1916), Misiones (1958), Santa Fe (1962), Buenos Aires (1994) y Santa Cruz (1998), no se encuentra mención alguna a los convenios internacionales, y a pesar de las reformas producidas post-1994, en los últimos dos casos.

Cada vez más las provincias (y municipios, en su caso) cuentan con un área específica encargada de ejecutar la gestión internacional de la provincia, con diversos perfiles. Estos organismos (Subsecretarías, Direcciones) se ubican generalmente dentro de la estructura del Ministerio de Producción

(o su respectiva denominación: Economía, Comercio) y sólo en algunos pocos casos se cuenta con un área con una visión de la gestión internacional que excede lo productivo-comercial. Eso acontece en la Ciudad de Buenos Aires y en las provincias de Buenos Aires, Chaco, Corrientes, Salta y Tierra del Fuego.

Algunas cuentan con agencias específicas destinadas a promover eventos de promoción de exportaciones, como, por ejemplo, Agencia Pro Córdoba, Pro Mendoza y BAexporta. Córdoba, precisamente, fue pionera en esta materia. En 1984 el entonces gobernador radical Eduardo Angeloz creó el Ministerio de Comercio Exterior. Durante sus tres mandatos consecutivos, dicho Ministerio operó con recursos presupuestarios importantes, sede propia y organizó numerosas misiones externas. Luego, con su correligionario Ramón Mestre, prácticamente desapareció. Al asumir el justicialista José Manuel de la Sota, siguiendo el modelo de Pro Chile, creó la agencia Pro Córdoba, una sociedad de economía mixta, con un directorio mitad representantes del sector privado (de cámaras empresariales) y mitad del sector público y con presupuesto aportado también por mitades cuyos objetivos son la promoción de exportaciones de valor agregado, de PYMES y alcanzar la mayor descentralización regional posible del comercio exterior provincial. Participa en numerosas misiones y ferias al año y coordina su accionar con el Consejo Federal de Inversiones (CFI) y la agencia nacional ExportAR.

V. Conclusiones

No obstante que en el Derecho Internacional los estados nacionales siguen siendo los sujetos por excelencia y que las normas internas de los estados federales asignan por regla la competencia en materia de relaciones exteriores al gobierno nacional, en las últimas décadas, cada vez en mayor medida, las entidades federadas han ido asumiendo algún grado de relacionamiento con el exterior. Así, en varias constituciones se encuentran cláusulas que habilitan a las esferas sub nacionales (incluso municipales) a celebrar convenios internacionales con determinados fines y bajo ciertos requisitos, para no interferir en las competencias de la federación. Esa tendencia —discutida en nuestro país antes de la reforma constitucional de 1994— ha sido receptada en el supremo nivel normativo expresamente, en sintonía con el camino que ya las provincias habían comenzado a andar aún antes de esa innovación nacional. A través de este mecanismo, las entidades miembro de nuestro estado federal, en forma coordinada con la iniciativa privada, pueden participar muy activamente en la promoción de su comercio exterior, su cultura, su turismo así como en el incentivo a las inversiones en su territorio. Y en definitiva, convertir a esta competencia en una oportunidad para el desarrollo local y regional.

VI. Bibliografía

ALBERDI, Juan Bautista (1984). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Eudeba.

BARBERIS, Julio (1984). *Los sujetos del Derecho Internacional actual*. Madrid: Tecnos.

BIDART CAMPOS, Germán (1986). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar.

— (1998). *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar.

BIDEGAIN, Carlos María (1980). *Cuadernos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

DALLA VÍA, Alberto (2004). *El marco jurídico e institucional para la gestión internacional de los actores subnacionales gubernamentales en la Argentina*. Buenos Aires: BID — INTAL - EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (1999). *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

FRÍAS, Pedro José y otros (1988). *La Nueva Constitución de Córdoba*. Córdoba: Lerner.

FRÍAS, Pedro José y otros (1989). *Las Nuevas Constituciones Provinciales*. Buenos Aires: Depalma.

GONZÁLEZ, Joaquín Víctor (1980). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Estrada.

LOÑ, Félix R. (1991). *Proyecto de Reforma de la Constitución Nacional*. Buenos Aires (s.n.).

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia (1997). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía.

NATALE, Alberto (1995). *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*. Buenos Aires: Depalma.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto (1987). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves (2001). *Derecho Constitucional Argentino*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

ROSATTI, Horacio Daniel (1994). "El federalismo en la reforma", EN: Rosatti, Horacio Daniel y otros, *La reforma de la constitución*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 203-265.

SAGÜÉS, Néstor P. (1999). *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

SOLA, Juan Vicente. (1980). "Los tratados parciales de las provincias con estados extranjeros", EN: *El Derecho*, Tomo p. 88, 881- 897.

— (1997). *El manejo de las relaciones exteriores. La Constitución y la política*. Buenos Aires: Editorial de Belgrano.

VANOSI, Jorge Reinaldo (2000). *Régimen constitucional de los tratados*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Legislación consultada

Constitución de Bélgica [on line]. Disponible en: http://www.senate.be/doc/const_fr.html

Constitución del Canadá [on line]. Disponible en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/index.html>

Constitución de la Confederación Helvética [on line]. Disponible en: <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/201405180000/101.pdf>

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [on line]. Disponible en: <http://www.psuve.org/constitucion/>

Constitución de la República Federal Alemana [on line]. Disponible en: <http://www.constitution.org/cons/germany.txt>

Constitución de la República Federativa del Brasil [on line]. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

Constitución de los Estados Unidos de América [on line]. Disponible en: <http://www.usconstitution.net/const.html>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [on line]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

Constitución Española [on line]. Disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (1996).

Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1994).

Constitución de la Provincia de Catamarca (1985).

Constitución de la Provincia de Córdoba (1987).

- Constitución de la Provincia de Corrientes (2007).
- Constitución de la Provincia de Chaco (1957-1994).
- Constitución de la Provincia de Chubut (1994).
- Constitución de la Provincia de Entre Ríos (2008).
- Constitución de la Provincia de Formosa (1991).
- Constitución de la Provincia de Jujuy (1986).
- Constitución de la Provincia de La Pampa (1994).
- Constitución de la Provincia de La Rioja (1986).
- Constitución de la Provincia de Mendoza (1916).
- Constitución de la Provincia de Misiones (1958).
- Constitución de la Provincia de Neuquén (1957 y 2006).
- Constitución de la Provincia de Río Negro (1988).
- Constitución de la Provincia de Salta (1998).
- Constitución de la Provincia de Santa Cruz (1998).
- Constitución de la Provincia de Santa Fe (1962).
- Constitución de la Provincia de San Juan (1986).
- Constitución de la Provincia de San Luis (1987).
- Constitución de la Provincia de Santiago del Estero (2005).
- Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (1991).
- Constitución de la Provincia de Tucumán (2006).
- Ley 24.309. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 31/12/1993.
- Ley 24.588. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 30/11/1995.
- Dec. 1589/2009. Boletín Oficial de la Provincia de Salta, 15/04/2009.

Jurisprudencia consultada

U.S. Supreme Court, “Holmes c. Jennison” 39 U.S. 540 (1840) [on line]. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/39/540/case.html>

U.S. Supreme Court, “United States c. Arjona”, 120 U.S. 479 (1887) [on line]. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/120/479/case.html>

U.S. Supreme Court, “The Chinese Exclusion Case”, 130 U.S. 581 (1889) [on line]. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/130/581/case.html>

U.S. Supreme Court, “State of Missouri c. Holland”, 252 U.S. 416 (1920) [on line]. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/252/416/case.html>

U.S. Supreme Court, “United States c. Pink”, 315 U.S. 203 (1942) [on line]. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/203/case.html>

CCCF, sala I, 14/05/2014, "AMIA s/ Amparo - Ley 16.986" [on line]. Disponible en: <http://www.cij.gov.ar/nota-13397-La-Camara-Federal-declaro-la-inconstitucionalidad-del-Memorandum-con-Iran-.html> [Fecha de consulta: 15/05/2014].

Otros documentos consultados

Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994 [on line]. Disponible en: [http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm#Art. 124](http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm#Art.124).

"Ibarretxe inauguró la Delegación de Euskadi en Argentina, quinta oficina de representación oficial en el Exterior". *Deia*, 23/10/2006, Política, 8.

"La Generalitat suprime la delegación en Argentina". *La Vanguardia*, 27/12/2011, Política, 18.

Sitios web

BA exporta, Dirección Provincial de Promoción de las Exportaciones, Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de la Producción, Ciencia y Tecnología (2015) Disponible en: <http://www.mp.gba.gov.ar/srei/exportaciones.php> [Fecha de consulta: 02/02/2015].

Dirección de Asuntos Federales y Electorales, Subsecretaría de Relaciones Institucionales, Secretaría de Relaciones Exteriores, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (2015). Disponible en: <https://mrecic.gov.ar/es/asuntos-federales-y-electorales> [Fecha de consulta: 01/02/2015].

Fundación Pro Mendoza (2015) Disponible en: <http://www.promendoza.com/> [Fecha de consulta: 02/02/2015].

Pro Córdoba, Agencia para la Promoción de las Exportaciones (2015) Disponible en: <http://procordoba.org/> [Fecha de consulta: 02/02/2015]. ♦

Fecha de recepción: 06-03-2015

Fecha de aceptación: 13-05-2015

La supresión del colegio electoral y el debilitamiento del federalismo en la Argentina

POR JUAN P. GARDINETTI (*)

Sumario: I. Introducción. Aclaración terminológica.— II. Antecedentes históricos.— III. Fundamentos del instituto constitucional.— IV. Críticas al sistema del Colegio Electoral.— V. Su eliminación por la reforma constitucional de 1994 y el debilitamiento del federalismo.— VI. Conclusiones.— VII. Bibliografía.

Resumen: En el presente ensayo nos proponemos reflexionar acerca de un instituto constitucional —el colegio electoral— previsto en la redacción originaria de nuestro texto jurídico supremo, indagando sobre sus orígenes históricos, las razones tenidas en miras para su adopción, las bondades e inconvenientes que su utilización presentaba según el juicio doctrinario. Asimismo evaluaremos en qué medida —como lo presuponemos e hipotetizamos— su supresión por la convención reformadora de 1994 acarreó como consecuencia un debilitamiento del sistema federal como principio organizador de la distribución del poder en nuestro país. Se tuvo en cuenta, fundamentalmente, labores y dictámenes doctrinarios —nacionales y extranjeros— y se trabajó con estadísticas de sitios oficiales. En las conclusiones se propondrá un regreso al sistema originario.

Palabras clave: colegio electoral - federalismo - reforma constitucional.

The suppression of electoral college and the weakening of the federal system in Argentina

Abstract *This paper intends to reflect about a certain constitutional institute —the electoral college— which was included in the original version of the Argentine Constitution, by way of analysing its historical origins, the reasons behind its inclusion, its advantages and disadvantages according to the scholarly opinion and, also, to evaluate to what extent —as we presume and hypothesize— its suppression by the Constitutional Reform Convention of 1994 resulted in the weakening of the federal system as an organizing principle of the distribution of power in Argentina. To prepare this paper I have consulted, primarily, both the work of local and foreign scholars and also official statistics. In the final chapter, I propose to return to the original system intended by the Argentine constituents.*

Keywords: *electoral college - federalism - constitutional reform.*

I. Introducción. Aclaración terminológica

Uno de los objetivos del trabajo que presentamos, después de pasar revista a los antecedentes históricos y a las discusiones doctrinarias, es efectuar una crítica de la eliminación del sistema de colegio electoral para la elección de presidente y vicepresidente de la República, en la inteligencia de que la mentada supresión significó una dosis de atenuación del federalismo en la Argentina. Y ello incluso a involuntaria contramano de uno de los principales postulados del proceso de renovación de la Constitución Nacional encarado en dicha oportunidad ya que, siguiendo palabras del ex convencional constituyente —y miembro informante—, Dr. Alberto Manuel García Lema, una de las ideas-fuerza del ciclo reformador era, justamente, el fortalecimiento del régimen federal (García Lema y Paixão, 1994: 303). Similares conceptos ha vertido otro ex convencional, el distinguido profesor cordobés Antonio

(*) Prof. Adjunto Ordinario de Historia Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

María Hernández (h.) (2007: 1). Esa idea-fuerza fue incluso plasmada normativamente por el Congreso Nacional en la ley declarativa de la necesidad y urgencia de la reforma (ley 24.309, art. 3°).

Se impone, en estos párrafos iniciales, una aclaración terminológica, dado que en otros países iberoamericanos el uso de los vocablos “colegios electorales” designa los propios lugares o centros de votación e, inclusive, a las mismas mesas electorales (es decir, a los espacios físicos donde se ubican las autoridades de éstas y habitualmente la urna donde se reciben los sufragios).

Puntualizamos que en el presente ensayo, en cambio, dichos términos estarán referidos al sistema representativo indirecto —por electores votados popularmente—, previsto en la letra constitucional de 1853/60, para la elección de diversas autoridades y funcionarios, en lo que aquí nos interesa, para la designación de presidente y vicepresidente de la República (1).

II. Antecedentes históricos

En una visión panorámica de los antecedentes en la historia constitucional argentina y del derecho comparado, debemos principiar recordando que en el transcurso de catorce décadas —salvo los lapsos correspondientes a gobiernos de facto, como asimismo en los comicios presidenciales de 1951 y 1973— rigió en la Argentina para la elección del titular del Ejecutivo, el sistema de juntas de electores, habitualmente llamado “Colegio Electoral”, previsto en el Capítulo II, Sección Segunda, Título I, de la Segunda Parte de la Constitución Nacional de 1853/60 (arts. 81 y 82 de dicho texto, suprimidos por la reforma constitucional del año 1994).

La generación constituyente fundacional se inspiró, indudablemente, en el modelo norteamericano prescripto en el art. II, Sección I, Parágrafos 2° y 3° de la carta de 1787, con la modificación introducida por la XII Enmienda (1804).

Este sistema, a su vez, ya había servido de base —en lo sustancial de dicho tópico— a la fracasada constitución de 1826 que, en sus cláusulas 73 al 80, ordenaba la elección presidencial por medio de juntas de quince electores en cada provincia y en la Capital, y al Proyecto constitucional que acompañaba la segunda edición de las Bases de Alberdi (arts. 78 y 79) (2).

La influencia del texto de la enmienda del país del Norte también parece evidente en el caso de la cláusula 23 de la constitución unitaria de 1826, relativa a la elección de los senadores.

No puede pasarse por alto que el sistema de compromisarios fue observado también por los constituyentes chilenos de 1833. En efecto, la carta de ese año —una de las más exitosas en Sudamérica en el siglo XIX—, entre los arts. 63 al 73, preveía que el presidente de la República sería designado por electores, cuyo número sería el triple del total de diputados que le correspondiera a cada departamento.

Un dato interesante que revela las influencias que circulaban dentro de la corriente constitucionalista en esa media centuria, está dado por la circunstancia de que en la carta de Filadelfia, su párrafo 2 de la Sección I del art. II (que no fue alterado por la Enmienda XII) preveía que el número de electores de cada Estado sería igual al de sus representantes y senadores, mientras que el texto chileno prescribía que aquéllos serían elegidos por cada departamento en conjunto equivalente al triple de los diputados de ese distrito.

Alberdi, por su parte, establecía que los intermediarios del voto popular serían electos en grupos que representaran al duplo del total de diputados y senadores que enviaran los distritos estaduales al congreso, con lo cual parecía haber adoptado una solución intermedia entre el modelo estadounidense y el transandino y que, a la postre, sería el ordenado por la Convención de Santa Fe en 1853.

(1) Para las distintas acepciones de “colegio electoral”, véanse el trabajo del jurista venezolano José Enrique Molina Vega (2000: 158-160).

(2) Un similar racconto de los antecedentes históricos puede verse en Barrancos y Vedia (1989: 2-5).

Distinta era la cuestión en la constitución centralista rioplatense sancionada en 1819, pues allí la máxima magistratura ejecutiva (Director de Estado) era designado por las cámaras del congreso (de representantes y Senado, arts. LXII al LXXIII), en lo que —nos parece— seguía al proyecto constitucional elaborado para ser presentado en la Asamblea General de 1813 por la Comisión Especial designada por el segundo Triunvirato y a la prescripción provisoria del reglamento de 1816.

En resumen, a lo largo del siglo XIX, las dos formas posibles de elección del titular ejecutivo eran: la congresional (designación por las cámaras) y el indirecto de segundo grado (Bidart Campos, 1993: 294), es decir, el modelo estadounidense, por colegios o juntas electorales; que se conoce, no aparece en los antecedentes constitucionales más relevantes, la elección directa de las autoridades ejecutivas.

A ello se suma que, en las órbitas estadales, eran habitualmente las legislaturas los órganos encargados de elegir a los gobernadores de provincias.

III. Fundamentos del instituto constitucional

Ahora bien, la razón inicial dada por la doctrina norteamericana aparece sintetizada en el capítulo LXVIII de El Federalista, *paper* escrito por Alexander Hamilton, en el que llegaba a calificar de “excelente” al método provisto por la convención de Filadelfia (Hamilton, 2006 [1780]: 288).

Allí destacaba como idea nuclear, que la elección presidencial por medio del voto de compromisarios (electores) resultantes del sufragio popular, ofrecía varias ventajas, siendo las principales:

a) que un grupo de ciudadanos capaces e ilustrados, elegidos por sus pares “entre la masa general”, se encuentra en mejores perspectivas de meritar las condiciones de los candidatos a ocupar la primera magistratura ejecutiva;

b) que dicho sistema disipaba las probabilidades de tumulto y desorden que podrían acaecer en una elección directa, en la que las pasiones podrían enturbiar el acto; y

c) que el hecho de que los grupos de compromisarios o colegios electorales se reunieran a lo largo de los trece Estados de la Unión, haría más dificultosas las maniobras para cooptar ilegítimamente la voluntad de éstos.

Como puede observarse, no hubo, en la explicación dada por uno de los primeros divulgadores de la carta constitucional de 1787, un argumento explícito en favor del federalismo, fincando las razones en las recién señaladas, que podrían resumirse en que los mejores podrían elegir al mejor: “No será exagerado afirmar que existe la probabilidad continua de ver ese puesto [la presidencia] ocupado por personalidades destacadas por su capacidad y su virtud” (Hamilton, 2006 [1780]: 290).

Sin embargo, a poco de comenzar a funcionar la ingeniería jurídico-política diseñada por los *Founding Fathers*, se verificó que los compromisarios o electores respondían a fidelidades partidarias, lo cual acortaba sus posibilidades de analizar las bondades o los méritos de otros candidatos que no fueran los propios de su facción; como lo refiriera Corwin (1942: 97), desde finales del siglo XVIII los compromisarios se transformaron en testaferros de los partidos. Una opinión relacionada con lo dicho, José Nicolás Matienzo (1917: 135), resaltaba el mandato imperativo que recibían los electores.

IV. Críticas al sistema del Colegio Electoral

Las críticas al instituto constitucional se apoyaron en diatribas un tanto genéricas (“arcaico”, “elitista”, etcétera) (3): hasta la más puntual que finca en que posibilita —caso que en algunas oportunidades se

(3) Un cuadro bastante completo de los argumentos en favor y en contra del sistema pueden verse en el trabajo ya citado de Barrancos y Vedia, donde se transcriben las opiniones de los profesores norteamericanos Stephen J. Wayne, Judith A. Best y Lawrence D. Longley.

ha presentado en los Estados Unidos de América— la designación de un candidato que, si bien obtuvo mayoría de electores había recabado menor cantidad de votos populares que su adversario.

Así, todos recuerdan que, en las traumáticas elecciones del año 2000, George W. Bush triunfó en el Colegio Electoral (al obtener los votos del decisivo Estado de Florida), mientras que había sido el demócrata Al Gore —vicepresidente de Bill Clinton— quien había recogido la mayoría de los sufragios populares; sin embargo, la sumatoria de los compromisarios en el colegio le dio la victoria al candidato republicano.

Ello ya tenía antecedentes en la historia política de ese país pues, como recuerda Barrancos y Vedia, en 1876 Rutherford B. Hayes contó con un elector más pese a haber resultado derrotado en el voto popular; y en 1888, Benjamín Harrison estuvo en la misma situación, pues había sido vencido por Grover Cleveland, empero el primero obtuvo varios electores más que su contrincante y fue ungido presidente (Barrancos y Vedia, 1989: 13).

Y estos ejemplos, sin contar el caso en que la decisión quedó en manos del Congreso por falta de obtención de la mayoría en el Colegio Electoral. Fue en 1824, cuando John Quincy Adams obtuvo la designación por los representantes frente a su oponente —victorioso en sufragios populares y electores, pero sin mayoría— Andrew Jackson.

En la Argentina, vigente la Constitución de 1853, nunca se dio el caso de una elección congressional del presidente, habiendo existido sí antecedentes de designaciones de vicepresidentes (a Salvador María del Carril en 1854, se lo escogió frente a Facundo de Zuviría, y al general Juan Esteban Pedernera en 1860, —frente a Marcos Paz—).

Se transformó en una regla no escrita de la vida político-institucional argentina que se designara un binomio compuesto por un hombre del interior y un porteño (o a la inversa), pero manteniendo siempre una suerte de compensación y equilibrio geográfico de las dos grandes realidades de nuestro país: Buenos Aires y el interior.

Ahora bien, entre las críticas doctrinarias más importantes apuntemos que, refutando consideraciones de Juan Linz, se expresó el constitucionalista mexicano Jorge Carpizo (2007: 58): “(...) los colegios electorales están afortunadamente desapareciendo. El voto directo es método superior. El colegio electoral aún subsiste en Estados Unidos. El gran inconveniente que dicho método presenta consiste en que puede ser electo presidente el candidato que no obtuvo la mayoría de los votos populares, tal y como ha sucedido en dicho país, lo cual es profundamente antidemocrático” (4); opinión que comparten sus compatriotas, las juristas Elva Jiménez Castillo y Teresa Magnolia Preciado Rodríguez (2013: 10-11).

En la Argentina, la corriente de críticas había sumado un cauce paralelo. En primer lugar, la posibilidad de que se produjeran acuerdos en las juntas electorales que terminasen otorgando la victoria a un candidato que no había obtenido la mayoría del favor popular, traería como consecuencia “[Un] gobierno surgido de una alquimia electoral de suma de minorías, originará siempre un elenco de gobernantes de probeta. Es innecesario decir que un gobierno así no podrá conducir un país invertebrado, con un difícil frente externo y con un frente interno desgarrado y partido (...). Por ende, deben los partidos dar sus electores en el Colegio Electoral, a la primera minoría” (Mooney 1985: 553).

Poco tiempo antes de la reforma constitucional de 1994, la opinión pública asistió a lo que consideró un verdadero escamoteo de la banca de senador por la Capital Federal al candidato de la Unión Cívica Radical, Fernando De la Rúa, al aliarse en el Colegio Electoral que debía designar al legislador por dicho distrito, los electores de quienes habían ocupado los lugares segundo y tercero en la elección popular, Eduardo Vaca (del Partido Justicialista, quien resultó electo) y María Julia Alsogaray (de la Unión del Centro Democrático).

(4) Respondía Carpizo allí la consideración de Linz, para quien la legitimidad democrática dual, como una de las características representativas del presidencialismo, no se desvirtuaba incluso cuando el presidente es designado por un colegio electoral, producto del sufragio popular.

Cabe hacer notar, sin embargo, que la constitución no preveía que se debieran otorgar los votos a la primera minoría, ni en el caso de los senadores por la Capital Federal ni en el caso del presidente y vicepresidente de la República pues, como explicaba Bidart Campos (1993: 295-296), el texto constitucional “deja[ba] en plena libertad a los electores para que en las juntas electorales voten para presidente y vice por los candidatos que ellos prefieran, sin estar obligados ni vinculados a ninguna candidatura previa (si lo están, no es porque la constitución lo imponga, sino porque las prácticas partidarias lo introducen; la constitución no las prohíbe, pero tampoco las establece)”.

Esto nos permite reflexionar, entonces, respecto de dos cosas.

La primera tiene que ver con que, enlistados detrás de una fórmula que se presentaba al dictamen del voto popular, los electores ya no podían actuar como en la idea de los *Founding Fathers*, es decir, como el elenco de notales que elegiría al más capacitado y apto para la función, sino como los “testaferros de los partidos” de que hablaba Corwin.

La segunda, que por ese mismo motivo (es decir, el estar enrolados detrás de determinados candidatos a quienes prometían votar posteriormente), los electores contraían un deber ético, ya no estrictamente jurídico.

En el caso de Corrientes, que veremos seguidamente, el incumplimiento grosero de este factor y las turbias circunstancias que lo rodearon fueron determinantes para desacreditar al sistema.

En efecto, también a comienzos de la década de 1990, una situación provincial generó suspicacias y sospechas de corrupción en el comportamiento de un elector radical que, sugestivamente antes de concurrir al cuerpo colegiado a sufragar —según se creía, por el candidato de su partido— se ausentó.

La conmoción por el suceso, si bien circunscripto a una órbita estadual, agravó los cuestionamientos —esta vez, por la venalidad en que podían caer los compromisarios— al sistema de juntas o colegios para la designación de los poderes ejecutivos (5).

El recordado episodio del “elector correntino” es una muestra más de la decadencia de la clase política argentina y tiene parentesco con uno de los “tres demonios” que aquejan al sistema representativo y a la democracia constitucional que expresa Dalla Vía (2013: 377): el transfuguismo.

Si bien el elector ausente no se había “pasado” de partido, su sugestivo comportamiento mereció severos reproches de la opinión pública y ocasionó daño en la confianza popular en el sistema.

Sin pretender disminuir el impacto del suceso, parece claro que la excepción patológica no resulta suficiente para derribar las razones que fundamentan un instrumento que poseía raigambre supralegal.

Resulta llamativo que, frente a las críticas que se levantaban contra el instituto constitucional, pocos lo defendieran abiertamente y, menos aún, por el motivo que verdaderamente importaba: el ser una pieza maestra de defensa del federalismo en el engranaje constitucional.

Así, recuerda Mooney (1985: 547) una de esas excepciones: la del convencional cordobés Antonio Sobral quien, en la Convención de 1949, replicó los argumentos de Arturo Enrique Sampay y de Ítalo Argentino Lúder en favor de la votación directa y la consiguiente supresión de las juntas electorales, diciendo que “la elección directa quebrantaba el pacto federal puesto que los presidentes serían elegidos casi exclusivamente por el litoral”.

(5) Fue para la elección de gobernador de la provincia de Corrientes en 1993. Al elector ausente se lo esperaba, infructuosamente, para obtener quórum para sesionar. El candidato frustrado a la gobernación fue Noel Breard.

V. Su eliminación por la reforma constitucional de 1994 y el debilitamiento del federalismo

El proceso de renovación y *aggiornamento* constitucional encarado desde la década del '80 por impulso del Dr. Raúl Alfonsín con la conformación del Consejo para la Consolidación de la Democracia, tuvo un primer hito importante cuando éste órgano emitió dictamen, en el que propiciaba la supresión del sistema de colegio electoral y la instauración de una elección directa con doble vuelta para escoger presidente y vicepresidente.

Asimismo, juristas que no pertenecían al oficialismo propugnaban ese tópico en una eventual reforma constitucional, tomando como basamento a la Constitución de 1949 (Rosatti 1987: 794).

No deja de ser llamativo cómo al brillante grupo intelectual que componía el Consejo asesor del presidente Alfonsín no se le generara la inquietud que ya había hecho nervio en Sobral casi cuatro décadas antes, sobre todo teniendo en cuenta la enorme concentración demográfica producida en la región metropolitana en ese tiempo.

El mencionado proceso modernizador, tras variados obstáculos, tuvo oportunidad de ser reflatado en el decenio siguiente, ya bajo un gobierno de distinto partido.

A fines del año 1993 los, sin duda alguna, máximos líderes políticos del país —Menem y Alfonsín, en tanto representantes naturales de los partidos Justicialista y Radical— llegaron a una serie de acuerdos que se sintetizaron en los pactos denominados “de Olivos” y su complementario “de la Rosada”, en los cuales consensuaron algunas directrices para la futura reforma, tales como la atenuación del sistema presidencialista y el fortalecimiento del federalismo.

A pesar de ello, y en un plano más concreto, se acordaron ciertos puntos como objetos de la mutación constitucional, como la elección directa del titular del Ejecutivo, habilitando además la posibilidad de la reelección inmediata. Desde ya que ambos ítems no parecían ir de la mano con la proclamada “atenuación del presidencialismo”.

Cierto es que, al menos en el caso de Alfonsín, el impulso estaba dado por la plausible y firme creencia de que, de esa manera —junto a otras modificaciones, como la elección directa de los miembros del Senado y el agregado de una nueva banca por la minoría por cada provincia y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— se estaba favoreciendo un sistema político más democrático y auténticamente representativo.

Sin embargo, *el costo que ello ha acarreado a la ingeniería constitucional es enorme*: ha concluido por dejar prácticamente la elección de presidente y vicepresidente por votación directa en las zonas más densamente pobladas y, por tanto, de mayor concentración de sufragantes (provincia de Buenos Aires [38,9% de la población y 37,5% de electores]; provincia de Córdoba [8,2% de la población y 8,7% de electores]; Ciudad Autónoma de Buenos Aires [7,2% de la población y 8,6% de electores] y provincia de Santa Fe [8% de la población y 8,5% de electores]).(6). Por lo cual obteniendo la victoria en estos distritos, resulta virtualmente indiferente lo que ocurra en los restantes veinte distritos electorales.

De esta forma se dio el pasaje para el caso de la provincia de Buenos Aires, de representar —con el antiguo sistema de Colegio Electoral— una incidencia del 27% de los electores al 37,5% después de la reforma de 1994, como recién se expresara.

Por su parte, las diez provincias argentinas con menor población, que en el sistema de la constitución histórica tenían una representación del 23%, vieron caer dramáticamente esa injerencia en el sistema de votación directa, al 3,6%.

(6) Los datos —obtenidos de la publicación on line de la Dirección Nacional Electoral, dependiente del Ministerio del Interior y Transporte de la Nación, disponible en <http://www.elecciones.gov.ar/estadistica/poblacion.htm> [consulta 25 de enero de 2015]— corresponden al censo 2010 y a las elecciones 2011, consignándose allí como fuentes el INDEC y la Cámara Nacional Electoral, respectivamente.

Teniendo en vista el texto de los arts. 97 y 98 de la Constitución reformada en 1994 y los porcentajes de votos allí requeridos para sortear la segunda vuelta electoral, aquéllas incidencias —sobre todo en provincia de Buenos Aires— cobran una importancia suprema pues, insistimos, de darse excelentes o muy buenos resultados para determinada fórmula en ese estado, poco importará lo que ocurra en regiones enteras de la República, ya que la suerte estará echada en su favor.

Por estos motivos y teniendo en cuenta los resultados que con algunas variaciones, suelen arrojar los actos electorales en la provincia de Buenos Aires —y, sobre todo, en el conjunto de partidos (municipios) que conforman el llamado *Conurbano* o Gran Buenos Aires—, no nos resulta convincente la idea expresada por Gibson y Calvo (2007: 206), en el sentido de que la instauración de la elección directa de presidente y vicepresidente en la reforma constitucional de 1994 fue una de las concesiones del peronismo a cambio de la posibilidad de la reelección inmediata.

Antes bien, a nosotros nos parece que la eliminación de las juntas de electores y el consecuente cambio de sistema fue una enorme victoria política de esa fuerza pues, si bien vio recortar la sobre-representación en provincias pequeñas en las que habitualmente triunfa —al menos desde 1983 en adelante—, caso de La Rioja, Formosa o La Pampa, a cambio obtuvo que la elección se defina, como ya expresáramos, en el conglomerado poblacional principalmente bonaerense.

Justo es mencionar que uno de los primeros autores en advertir los daños de la modificación fue el profesor mendocino Juan F. Segovia (1995: 828):

“Las provincias, como entidades territoriales jurídicamente iguales, constitutivas de la Nación, también han perdido poder político con la implantación del sistema de elección directa del presidente, porque de esa manera el poder electoral se ha traspasado —de hecho y de derecho— a la Ciudad de Buenos Aires y a las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba. La gran concentración de población en estos centros geográficos deforma cualquier intento de un sistema electoral equitativo”.

De esa provincia también, había efectuado reclamos el convencional Llanos, cuando expresó en la sesión del día 28 de Julio de 1994: “Vamos a tener un presidente que mira hacia cuatro distritos electorales que reúnen el 66 por ciento del padrón electoral, y que gobierna fundamentalmente para ellos, que van a ser los que le van a permitir o negar la reelección”.

De todos modos la queja se diluía, pues aparecía tras el apoyo inicial a la supresión del colegio electoral, motivándose para ello en los “vicios y negociaciones que vulneren la soberanía del pueblo” (CNC, 1994: 2337).

En opinión concordante el profesor y magistrado de la Cámara Nacional Electoral, Dr. Alberto R. Dalla Vía (s.f.: 24), manifestó: “El actual sistema favorece en cambio la concentración del voto en un país heterogéneo desde el punto de vista de la ocupación poblacional del territorio como es la Argentina. En síntesis, puede ocurrir que con triunfar en los cuatro distritos electorales más importantes (Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba y Entre Ríos) se gane una elección nacional”.

La mención a la provincia de Entre Ríos debe obedecer a un mero error material en el conjunto referido por el profesor Dalla Vía, faltaría consignar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en todo caso, la provincia siguiente en orden de importancia electoral sería la de Mendoza (4,3% de la población nacional y el mismo guarismo para porcentaje total de sufragantes).

En su comunicación ofrecida en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 14 de Mayo de 2008, se hallan datos similares a los anotados por nosotros en el presente.

VI. Conclusiones

En esta sintética exposición hemos intentado dar algunas de las razones que —a nuestro juicio— justificaban el mantenimiento del sistema de Colegio Electoral para la elección de presidente y vicepresidente de la República, eliminado por la reforma constitucional de 1994.

Fundamentalmente, porque entendemos que aquél instituto formaba parte —junto al Senado— de un escudo protector del federalismo, garantizando la injerencia de las provincias en el proceso de elección de dichos magistrados.

Se ha propinado un severo golpe al federalismo, “el equilibrio federal quedó dañado” (Abad 2000: 363). En palabras del profesor Gil Domínguez (2014: 96), se trata de un “aspecto regresivo” de la reforma respecto al federalismo.

Diversos autores —entre ellos ex convencionales— se ocuparon de responder esta crítica. Así, para Hernández (s.f.: 6):

“Nosotros pensamos que la legitimidad democrática hacía imposible la continuidad del anterior régimen, y que en consecuencia no podía ya relacionarse al federalismo con él, que provenía de la visión política del siglo pasado. El convencional Rosatti efectuó una inserción titulada “La elección presidencial indirecta no se vincula con el federalismo”, donde analiza detenidamente estas cuestiones, distinguiendo los principios fundantes del federalismo y de la elección indirecta, e indicando que fue la deformación demográfica posterior la que originó los problemas”.

Por nuestra parte, consideramos de vital importancia que el titular del Ejecutivo y su eventual sustituto posean no sólo una legitimidad de origen fundada en los guarismos electorales obtenidos, sino además en una representatividad suficientemente amplia desde una dimensión geográfica y social, teniendo en vista la enorme extensión territorial de la Argentina; la distribución de los núcleos poblacionales; los intereses económicos a veces contrapuestos; las diferencias culturales e idiosincráticas de las comunidades que la habitan, etc.

En palabras de Melo (2003: 21): “(...) para la mayoría reformista de 1994, la elección directa del Presidente es un gesto democrático. Y aquí pregunto: ¿democrático en qué sentido? (...). La elección indirecta presidencial tal como se implementaba en la Argentina llevaba dentro de sí un principio insoslayable de contención de la heterogeneidad territorial”.

Entendemos que los sistemas directos se aplican con mayores bondades en países relativamente pequeños desde el punto de vista territorial y poblacional (por poner ejemplos sólo americanos, v. gr. Uruguay, Ecuador), donde las diferencias y las tensiones a las que hicimos mención en el párrafo anterior —amén de existir desde luego— sin duda serán menores en naciones más extensas y pobladas.

En el caso argentino, las tensiones nunca resueltas del todo entre la ciudad-puerto (Buenos Aires, aquella “cabeza de Goliat” de la que nos hablaba con su lúcido pesimismo Ezequiel Martínez Estrada) y el interior profundo del país, las patentes diferencias de las regiones entre sí (resulta obvio que la realidad de la Pampa húmeda tiene pocos puntos de contacto con la de la Patagonia o la del Noroeste), hacen que el mecanismo ideado por los Padres Constituyentes de 1853 que fincaba en dos engranajes fundamentales: las juntas de electores y —sobre todo— el Senado federativo, haya debido mantenerse.

Es obvio que el factor democrático es el principal en toda elección, tema que nadie osaría discutir, pero también es cierto que resulta necesaria una dosis de equidad que sea capaz de equilibrar las enormes diferencias demográficas apuntadas.

Proponemos concretamente, que en una futura discusión sobre modificaciones constitucional se debería incluir, inexorablemente, el estudio del regreso al sistema de colegios electorales para la elección de presidente y vicepresidente de la República.

VII. Bibliografía

ABAD, Mirtha (2000). “Presidencialismo”. EN: EKMEKDJIAN, Miguel Ángel y FERREYRA, Raúl Gustavo, *La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático*. Buenos Aires: Depalma, ps. 335-364.

ALBERDI, Juan Bautista (2005 [1852]). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Libertador.

BADENI, Gregorio (2004). *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley, p. 2.

BARRANCOS y VEDIA, Fernando N. (1989). “La elección indirecta del Presidente de la Nación”, EN: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Cuadernos de Investigaciones N° 14. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Buenos Aires.

BENVENUTI, José Manuel y UBERTI, Mariela (2009). “Cumplir la Constitución: de las formas de Gobierno y Estado en la Reforma”. EN: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santa Fe: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Disponible en <http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/NuevaEpoca/article/viewFile/207/279> [Fecha de consulta 14-02-2015].

BIDART CAMPOS, Germán J. (1993). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, nueva ed. act. y ampl. Buenos Aires: Ediar, p. 2.

BOTANA, Natalio (1983). “Las juntas de electores en las elecciones presidenciales”. EN: Félix Luna (dir.), *Todo es Historia*. Buenos Aires: E. Perina, n. 197, p. 66-70.

CARPISO, Jorge (2007). “Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina”. EN: *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época. Madrid: Universidad Complutense, p. 8, 49-86. Disponible en <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/issue/view/ANDH070711/showToc> [consulta 27-01-2015].

CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA (1986). *Dictamen preliminar sobre la reforma constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.

— (1987). *Segundo dictamen sobre la reforma constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (25-05-1833). Disponible en el sitio de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (www.bcn.cl). [Fecha de consulta 26-01-2015].

CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE (1994). *Diario de Sesiones*.

CORWIN, Edward S. (1942). *La Constitución norteamericana y su actual significado*, traducción de Rafael M. Demaría. Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft.

DALLA VÍA, Alberto Ricardo (2013). “Democracia y crisis de representación: la tentación populista en América Latina”, EN: *XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo”* (2013 Septiembre 17-19, San Miguel de Tucumán, Argentina). *Ponencia*. Libro de ponencias y comunicaciones, p. 373-379.

— (s.f.). “Reforma Electoral en Argentina”. EN: *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Disponible en biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2527/7.pdf [Fecha de consulta 25-01-2015].

— (2008). “Los sistemas electorales”. EN: *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XXXV. Disponible en www.ancmyp.org.ar [Fecha de consulta 20-01-2015].

GARCÍA LEMA, Alberto Manuel y PAIXÃO, Enrique (1994). “Las reformas del sistema institucional”, EN: Horacio Daniel Rosatti y otros. *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 303-307.

GARCÍA LEMA, Alberto Manuel (2013). “Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. El rol del Poder Judicial”, EN: *XI Congreso Iberoamericano*

de *Derecho Constitucional "Jorge Carpizo"* (Septiembre 17-19, San Miguel de Tucumán, Argentina). *Ponencia*. Inédita.

GIBSON, Edward y CALVO, Ernesto (2007). "Federalismo y sobrerrepresentación: La dimensión territorial de la reforma económica en la Argentina". EN: Ernesto CALVO y Juan Manuel ABAL MEDINA (h.) (eds.). *El federalismo electoral argentino: sobrerrepresentación, reforma política y gobierno dividido en la Argentina*. Buenos Aires: Secretaría de la Gestión Pública. Jefatura de Gabinete de Ministros, p. 199-227. Disponible en; http://www.gvpt.umd.edu/calvo/Calvo-Abal%20Medina-federalismo_electoral_argentino.pdf [Fecha de consulta: 21-02-2015].

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2014). "El federalismo unitario argentino (1994-2014)". EN: *Pensar en Derecho*, N° 5, Año 3. Buenos Aires: Eudeba, Buenos Aires, p. 91-103.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John (2006 [1780]). *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, 2ª. ed. en español. México: Fondo de Cultura Económica.

HERNÁNDEZ, Antonio María (h.) (2007). "El federalismo a trece años de la reforma constitucional de 1994". EN: *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-federalismo-a-trece-anos-de-la-reforma> [Fecha de consulta 26-01-2015].

— (2003). "El federalismo en Alberdi y la Constitución nacional de 1853 y 1860". EN: *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 2, 159-193.

— (s.f.). *La descentralización del poder en el Estado argentino*. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/348/11.pdf>, [Fecha de consulta 26-01-2015].

JIMÉNEZ CASTILLO, Elva Regina y PRECIADO RODRÍGUEZ, Teresa Magnolia (2013). "La función del colegio electoral en las elecciones presidenciales de Estados Unidos de Norteamérica". EN: *Sufragio. Revista especializada en derecho electoral*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, N° 11, Junio-Noviembre de 2013. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/11/art/art6.pdf> [Fecha de consulta 13-12-2014].

MATIENZO, José Nicolás (1917). *El gobierno representativo federal en la República Argentina*. 2da. ed. Madrid: Editorial América.

MELO, Julián Alberto (2003). *Populismo, democracia y federalismo. Agonías, tensiones y diálogo entre tradiciones políticas latinoamericanas*. Disponible en: <http://www.saap.org.ar/esp/docs-congresos/congresos-saap/VI/areas/02/melo.pdf> [Fecha de consulta 14-02-2015].

MOLINA VEGA, José Enrique (2000). "Colegio Electoral". EN: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, EN: *Diccionario electoral*, 1, 158-160. Disponible en www.iidh.ed.cr [Fecha de consulta 25-01-2015].

— (2013). "Sistemas electorales parlamentarios y modelos de representación política: efectos de los distritos electorales, la fórmula electoral y el tamaño del congreso". EN: *Revista Derecho Electoral*, Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica, N° 15, Enero-Junio, p. 84-111. Disponible en HYPERLIN www.tse.go.cr/revista/revista.htm [Fecha de consulta 25-01-2015].

MOONEY, Alfredo E. (1985). "La elección del Poder Ejecutivo Nacional (Legalidad versus legitimidad)". EN: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 1985-E, p. 545-554.

MOSCOVICH, Lorena (2008). "Estado y sociedad civil en el Gran Buenos Aires. Cambio y tensiones en las nuevas relaciones de gobierno local". EN: Alberto Cimadamore (comp.), *La economía política de la pobreza*. Buenos Aires: CLACSO. ISBN 978-987-1183-83-8. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/clacso/crop/cimada/Moscovich.pdf> [Fecha de consulta 20-01-2015].

ROSATTI, Horacio Daniel (1987). “Sobre la oportunidad y contenidos de una eventual reforma de la Constitución Nacional”, EN: *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, p. 1, 794.

— (2001). *El presidencialismo argentino después de la reforma constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

SABSAY, Fernando L. (1975). *La sociedad argentina. Argentina documental (1806-1912)*. Buenos Aires: La Ley.

SAMPAY, Arturo Enrique (1975). *Las constituciones de la Argentina (1810/1972)*, Buenos Aires: Eudeba.

— (1974). *Constitución y pueblo*. 2s. ed. Buenos Aires: Cuenca ediciones.

SEGOVIA, Juan Fernando (1995). “El federalismo y la nueva Constitución. La reforma “unitaria” de 1994. Temas de reforma constitucional”, EN: *El Derecho*. Buenos Aires, Septiembre p. 823-834. ♦

Fecha de recepción: 01-03-2015

Fecha de aceptación: 19-09-2015

Las políticas públicas y su armonía con la Constitución (*)

POR GABRIEL TOIGO (**)

Sumario: I. Introducción. La alegoría del buen y del mal gobierno.— II. Desarrollo. Políticas públicas. Tentativas para una definición.— III. Constitución nacional y políticas públicas.— IV. Racionalidad en la formulación de políticas públicas.— V. Conclusiones.— VI. Bibliografía.

Resumen: El buen gobierno, tal como lo sugiere con claridad evidente la “Alegoría del buen y del mal gobierno” de los hermanos Lorenzetti, depende de la formulación de políticas públicas que nos aseguren la prevalencia de algunos valores positivos respecto de otros negativos. La obra de arte en cuestión así lo expresa, destaca el rol de la Justicia como un verdadero instrumento para el equilibrio y la realización del bien común. La Constitución Nacional nos orienta hacia la formulación de un programa de gobierno que contemple la realización de esos valores traducidos ya en derechos. Esos valores que internalizan los derechos consagrados implican un costo para la sociedad que lo tiene que asumir para lograr la paz social y la posibilidad para todos, de poder desarrollar una vida plena en el seno de la sociedad.

Palabras clave: políticas públicas - bien común - paz - justicia.

Politiche pubbliche e armonia con la Costituzione

Sommario: *Il Buon Governo, come suggerisce con evidente chiarezza il fresco dei fratelli Lorenzetti, dipende dalla formulazione di politiche pubbliche che assicurino la prevalenza di alcuni valori positivi riguardanti altriI negativi. L'opera d'arte in questione così stati, mette in evidenza il ruolo della giustizia come strumento vero e proprio per l'equilibrio e il bene comune.*

La Costituzione ci orienta verso la formulazione di un programma di governo che prevede la realizzazione di tali diritti e valori tradotti. Interiorizzare questi valori i diritti sanciti comportano un costo per la società che deve prendere per raggiungere la pace sociale e l'opportunità per tutti di essere in grado di sviluppare una vita piena nella società.

Parole chiave: *politiche pubbliche - bene comune - pace - giustizia.*

I. Introducción. La alegoría del buen y del mal gobierno

El Medioevo es a menudo caracterizado por algunos historiadores como una época de oscurantismo y retraso social. No obstante ello, y a la luz de los vestigios de ese período, podemos recalificar su legado y encontrar allí reflejados los cimientos de estructuras de gran implicancia actual.

En el *Palazzo Pubblico* de Siena se encuentra una obra ejemplar que da cuenta de ello: “La Alegoría del Buen y Mal Gobierno”, un conjunto de frescos que recrea un ciclo narrativo de contenido civil y político-revolucionario, inusual para ese entonces —años 1338/1340— donde la regla era representar el arte religioso (Duby, 2011:101).

(*) El presente artículo surge como una reseña del Seminario dictado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP en los años 2012 y 2013 bajo el mismo título.

(**) Prof. adjunto Ordinario de Economía Política, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Máster en Economía Internacional y Relaciones Internacionales, ASERI, Universidad Católica de Milán.

La obra constituye el primer cuerpo pictórico medieval en el que se desarrolla un tema mundano con un claro programa propagandístico. A su respecto, las composiciones tratan de resaltar la importancia del bien común como principio rector e insoslayable para el correcto funcionamiento de un gobierno.

El fresco antagoniza dos conceptos bien diferenciados como son la virtud y el vicio. Los hermanos Pietro y Ambrogio Lorenzetti —sus autores— recrean el ciclo de modo tal que el espectador, al entrar en la sala, observa primero los sinsabores del Mal Gobierno, para luego volverse naturalmente hacia la derecha y apreciar la imagen opuesta, esto es, la justicia. De esta forma se pone de manifiesto que lo deseado es la justicia cual representación del equilibrio, el bien común y la imparcialidad. En consecuencia, todas esas virtudes se alcanzan solo si se configura un buen gobierno que redunde en seguridad, abundancia y la alegría de la comunidad toda.

La importancia de la obra radica en la forma que se ponen de manifiesto todos esos valores, los mismos que hoy en día adquieren perspectiva meridiana y central cuando se analiza qué es lo que hace que un gobierno sea bueno o malo, cómo caracterizan los autores sus causa, y a este respecto el poder de síntesis de la obra es puntualmente ilustrativo: se traza una directriz entre los conceptos de *bien común, paz y justicia*.

El poner en negro sobre blanco cómo luce una ciudad cuando el interés general se encuentra consagrado por sobre los intereses particulares es el punto de partida de la temática a tratar, es la idea que conecta los referidos frescos con nuestro tema, las políticas públicas.

II. Desarrollo. Políticas públicas. Tentativas para una definición

Si tratamos de definir qué son efectivamente las “políticas públicas” advertimos que todas las políticas son en esencia, públicas. Ante este obstáculo debemos ajustar su contenido y alcance para poder obtener una idea acabada.

Ahora bien, cuando a ellas nos referimos pensamos en un tipo de medias que al menos revisten tentativamente las siguientes características: son *sostenidas* en el tiempo y están destinadas a la consecución de un *fin socialmente relevante e institucionalmente prevalente*.

Decimos *sostenidas* en el sentido de que necesariamente comprometen varios mandatos gubernamentales; los efectos de la decisión no se agotan en un solo periodo de gobierno, razón por la cual requieren un nivel de humildad por parte de los gobernantes pocas veces compatible con la faz arquitectónica de la política a la que estamos acostumbrados.

Fin socialmente relevante: la relevancia juega un papel fundamental. No cualquier política puede ser calificada de pública —en el sentido aquí acordado a dicha adjetivación—. Obvio es que, en general, la finalidad de todo tipo de política es social, entendiéndose por ello al conjunto o una parte importante de la sociedad como destinatario. También podemos argüir que toda finalidad social es relevante, que no existen algunos intereses sociales más importantes que otros.

Afirmar lo anterior configura una falacia puesto que corresponde aclarar que sí existen intereses más importantes que otros, o al menos, existe la idea de que para una sociedad determinada, en un tiempo dado, tales intereses son relativamente más importantes que el resto, y en definitiva ello depende de cómo evoluciona cada sociedad, y qué califica de importante en ese camino. Camino que no siempre es lineal, evolutivo, sino que por el contrario admite marchas y contramarchas, muchos puntos de inflexión e incluso, retrocesos.

Institucionalmente prevalente: la idea de lo institucionalmente prevalente tiene que ver con la importancia de dicha política en lo que a su impacto institucional refiere.

Vale decir, que en el conjunto de la institucionalidad —analizada como un todo, como un bloque— el tema, fin u objetivo perseguido por tal ley tiene especial relevancia, al punto que antecede en importancia a muchos otros temas de relevantes.

Puede darse también el supuesto de que temas socialmente importantes no sean considerados institucionalmente prevalentes, sin que ello represente una merma o menoscabo en su importancia, sino que por el contrario su importancia no llega a formar parte de la “agenda”. Y vale aquí reproducir todo cuanto se dijo antes en el sentido del componente absolutamente subjetivo en la conformación de la agenda.

Preponderante, dominante, de mayor incidencia, estas son las voces con las que la Real Academia Española define al adjetivo prevalente, razón por la cual cuando nos referimos a la idea de institucionalmente prevalente, nos estamos refiriendo a *lo destacado de lo importante*. Vale decir, aquello que de entre lo importante se institucionaliza, se hace agenda.

Toda idea de política pública nos remite a la noción de acuerdo, a la idea de que todos coincidimos en la importancia y la trascendencia del reconocimiento de tal o cual política, porque pensamos que de tal modo se verá materializado un principio valioso para nuestra comunidad.

Ésta es la dimensión de la política pública como instrumento, como herramienta, la cual una vez despojada de las cuestiones meramente coyunturales, acordamos su uso en orden a un fin, como aquí se dijo, socialmente relevante.

También la noción de política pública nos reenvía al concepto de conflicto, toda vez que no necesariamente es “pacífico” el proceso por el cual una sociedad determina aquello “socialmente relevante”.

El concepto de política pública encierra entonces también un determinado grado de conflicto, no de conflicto abierto, sino de un *conflicto canalizado en el ámbito de las instituciones, de un “conflicto administrado”*, de allí la idea de lo “institucionalmente prevalente”. Al respecto resulta pertinente citar una frase de Umberto Eco: *“La armonía no es ausencia de contrastes, sino equilibrio”* (Eco, 2010: 72).

Una sociedad acuerda entonces cuáles van a ser esos temas respecto de los que no se la va a pasar discutiendo. Es como si expresamente los mismos se excluyeran de la faz de construcción de poder, de la mirada de corto plazo, y se consagran en una visión orientada al desarrollo de toda la sociedad, a una mirada necesariamente de largo plazo.

Ya adentrados en el tratamiento y análisis de las políticas públicas es que propongo las siguientes reflexiones, a saber: ¿se puede pensar en el diseño de políticas públicas sin referenciarlas con la norma constitucional? ¿Hay espacio para proyectar las mismas a mediano o largo plazo en ausencia de la constitución? ¿Podemos comprometer los recursos del estado en orden a la protección de determinados derechos en desmedro de otros?

III. Constitución nacional y políticas públicas

Analizando la necesaria adecuación de las políticas públicas a la Constitución nacional hay que comenzar afirmando que existe una *doble vinculación* de las mismas con nuestra Carta Magna: por el lado de los *derechos* y por el lado de los *tributos*.

En la primera de sus formas, quizá la más tradicional, las políticas públicas de acuerdo a como tratamos de definir las en el presente trabajo, se traducen tarde o temprano en derechos, sean estos de primera, segunda o tercera generación.

Ello nos reenvía a la temática relativa a la *gradualidad* en la concreción de los derechos y en su efectiva realización y vigencia.

Clásica es ya la evolución de este tipo de derechos, a saber:

a) Los derechos individuales son el producto de las revoluciones liberales y de las constituciones escritas.

b) Los derechos sociales o de segunda generación son los hijos del llamado constitucionalismo social, y encuentran su máxima expresión en el ámbito de la social democracia y su mejor fruto, el estado de bienestar.

c) Los derechos de tercera generación, propios de los últimos tiempos, cual representación acabada de la máxima realización del individuo.

Decimos que las políticas públicas se transforman en derecho cuando efectivamente una sociedad avanza en determinados temas, los institucionaliza y luego los transforma en ley, los vuelve derechos. Para esto, decide por medio de los canales institucionales dados consagrar dichos temas, elevarlos por sobre el promedio de temas importantes para hacerlos socialmente relevantes y rendirlos “institucionalmente prevalentes”.

La otra forma es analizar la vinculación de las políticas públicas con los tributos. Esto es preguntarse, tal como lo hacen Colmes y Sunstein (2012), sobre el costo de los derechos.

Existe sin dudas un muy claro esquema de competencias tributarias en el marco de la Constitución nacional —CN— (artículo 75, incs. 1º y 2º), y también una muy correcta definición de los tributos como fuente de la conformación del Tesoro Nacional (artículo 4º, CN).

Vale decir que bien podríamos definir las prioridades políticas de un gobierno analizando cómo se ejecuta el presupuesto, cómo define conformar sus recursos económicos, cómo decide gastarlos (gasto público) y qué efecto ello genera respecto de la tan mentada redistribución de la renta.

Tampoco podemos soslayar en esta vía de análisis que el Estado no siempre es eficaz en la formulación de sus políticas, y en especial en lo que a regulación económica se refiere. Muchas veces el resultado de sus acciones es justamente el contrario del que se propone antes de la intervención, esta idea de que el remedio termina siendo peor que la enfermedad (ver al respecto la disidencia del juez Bermejo en el caso “Ercolano c/ Lantieri de Renshaw”, del 28 de abril de 1922) (1).

También podríamos formularnos la pregunta al revés e indagar sobre la existencia o no de definiciones concretas en términos de políticas públicas en la propia Constitución.

Y el interrogante, creo, también es válido en el sentido de interpretar que determinadas directrices genéricas están definidas en la Carta Magna, y que toda legislación dictada en consecuencia no puede más que receptarla, proyectarla y reglamentarla para un cumplimiento efectivo.

Por ejemplo el caso del artículo 5º de la Constitución Nacional cuando establece, en el marco del sistema federal de gobierno, el valladar al poder constituyente de los estados provinciales en punto a que sus propias constituciones locales no pueden desconocer y asegurar su administración de justicia; su régimen municipal y la educación primaria.

El señalamiento entonces es claro, cada provincia dictará su propia constitución pero no pueden hacerlo en contravención a dicho mandato.

El cumplimiento de tales condiciones representa la condición de procedibilidad de las propias cartas locales.

No hay constitución provincial si no se encuentra garantizada la educación primaria, el régimen municipal y la administración de justicia.

Entonces la pregunta surge evidente: ¿puede un Estado provincial promover una reforma que ponga en crisis su sistema de administración de justicia? ¿Puede un Estado provincial dictar una ley que conculque, altere, o disminuya el régimen municipal, o que suprima la educación primaria?

Y ello es así no sólo porque así lo expresa la propia Constitución, sino que dimana de su propio espíritu. Es claro que no fue otra la idea del Constituyente, al punto que el propio Juan Bautista Alberdi expresó:

“Todos los derechos asegurados por la Constitución están subordinados, o más bien encaminados al bienestar general, que es uno de sus propósitos supremos, expresados a la cabeza de su texto. El camino de ese bienestar general está trazado por la Constitución misma (artículo 64, inciso 16), que conduce

(1) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 135:170.

a él por el brazo de la civilización material o económica, es decir promoviendo la industria, la inmigración la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros, la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines (...)" (Alberdi, 1998: 169).

El mismo autor, luego de afirmar que la Constitución argentina contiene un sistema completo de política económica expresa:

"Al legislador, al hombre de Estado, al publicista, al escritor, sólo toca estudiar los principios económicos adoptados por la Constitución, para tomarlos por guía obligatoria en todos los trabajos de legislación orgánica y reglamentaria. Ellos no pueden seguir otros principios, ni otra doctrina económica, que los adoptados ya en la Constitución (...)" (Alberdi, 1998: 12).

IV. Racionalidad en la formulación de políticas públicas

El tema de la racionalidad en la formulación de las políticas públicas es casi una consecuencia lógica de las afirmaciones que acabamos de producir en punto a cómo se financian los derechos. En un mundo de recursos escasos necesariamente debemos pensar en su mejor utilización, en su utilización más racional.

Ahora muchas veces la pretendida racionalidad choca de frente con un tema propio de la realidad política: el horizonte temporal de la política es demasiado corto para analizarlo a la luz de criterios de racionalidad. En otras palabras, dos años —horizonte político máximo— es un plazo demasiado corto como para que sea razonable.

Por su parte, en general las políticas públicas insumen grandísimas cantidades de dinero, razón por la cual dichas inversiones —fundamentalmente incardinadas hacia la creación o construcción de capital social— deben ser cuidadosamente planificadas, presupuestadas y ejecutadas. En Argentina sobran ejemplos de cómo la corrupción termina siendo la contracara de la no realización de éste tipo de políticas.

Avanzamos en un sistema tributario que se destaca por su cada vez mas importante presión sobre los contribuyentes, incluso al extremo de que un tributo claramente progresivo como lo era el impuesto a las ganancias termina mutando en su naturaleza al impactar negativamente sobre la renta personal. Muchos trabajadores pagan hoy en Argentina el impuesto a las ganancias.

Básicamente debemos establecer para un correcto diagnóstico y diagrama de las políticas públicas una relación entre los recursos necesarios y la importancia de la medida. Este análisis más bien básico se vuelve más complejo cuando indagamos un poco más sobre cómo el Estado —mediante qué instrumentos— conforma su Tesoro.

V. Conclusiones

A la luz de este análisis podemos llegar a la conclusión de que en verdad carecemos de políticas públicas, tenemos un esquema recaudatorio altamente regresivo, con un fuerte gravamen sobre el consumo, un federalismo fiscal cada vez menos viable, y altísimos índices de pobreza e indigencia.

Volviendo a la alegoría inicial sin lugar a dudas nos alejamos de la luz, nos alejamos del bien común, nos alejamos de la paz y en consecuencia de la realización de cualquier idea de justicia.

VI. Bibliografía

- ALBERDI, Juan Bautista (1998). *Sistema económico y rentístico*, Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- DUBY, Georges (2011). *Arte y sociedad en la Edad Media*, Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara.
- JOHNSON, Paul (2005). *El Renacimiento*, Buenos Aires: Mondadori.
- PIRENNE, Henri (2009). *Historia económica y social de la Edad Media*, Buenos Aires: Claridad. ♦

Fecha de recepción: 06-04-2015

Fecha de aceptación: 10-09-2015

La Constitución de la República de Cuba y el desarrollo local

POR VLADIMIR NARANJO GÓMEZ (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Concepto de desarrollo local.— III. La Constitución de la República de Cuba y el desarrollo local.— IV. Los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución: expresión del desarrollo local.— V. Algunas constituciones iberoamericanas y el desarrollo local. Puntos de encuentro.— VI. Conclusiones.— VII. Bibliografía.

Resumen: La necesidad del desarrollo local ha cobrado vigencia a partir de la batalla que libramos por garantizar la actualización del modelo económico y social cubano. Exponer qué debemos entender por desarrollo local en los marcos del desarrollo económico cubano, qué establece la Constitución de la República cubana sobre este principio de nuestra economía y cómo se regula el mismo en algunas constituciones iberoamericanas, constituyen el hilo conductor de este trabajo. La necesidad de ampliar el conocimiento de lo que establece la Carta Magna sobre este tema, también animan estas modestas intenciones.

Palabras claves: desarrollo - local - modelo económico - constitución - lineamientos.

The Constitution of the Republic of Cuba and the local development

Abstrat: *The necessity of the local development has gained effectiveness from the struggle to guarantee the improvement of the economic and social cuban model. To expose what we must understand by local development in the enclosures of the cuban economic development, what the Constitution of the Cuban Republic establishes about this principle of our economy and how it is regulated in some iberoamerican constitutions, it is the leading course of this work. The necessity of widening the knowledge of what is established in the Constitution about this topic encourages this modest intentions.*

Keywords: *development - local - economic model - constitution - lineations.*

I. Introducción

La actualización del modelo económico cubano ha traído a debate nuevamente el término desarrollo local, su vigencia y actualidad han renacido.

Dentro de los fundamentos que se han expuestos para sustentar el concepto de desarrollo local, se ha concebido que “el desarrollo de una localidad es percibido en la medida que son satisfechas las necesidades de su población, la preparación, instrucción y capacitación de esta para el trabajo, y como consecuencia, el manejo correcto de los recursos” (Martínez y García, 2013: 12).

El objetivo del trabajo número 46, aprobado en la Primera Conferencia Nacional del Partido Comunista de Cuba en el mes de enero del año 2012, establece la necesidad de “incentivar la participación real y efectiva de la población en la toma de decisiones y en la ejecución de proyectos que estimulen la iniciativa y rindan frutos concretos para el desarrollo local, en aras de mejorar la calidad de vida”.

(*) Prof. Principal de Criminalística y Criminología. Prof. de Ética y Derecho y Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Guantánamo, Cuba.

Es inevitable que la actualización del modelo económico en Cuba transite por el necesario desarrollo de cada uno de los territorios que conforman su geografía; no es posible hablar del desarrollo integral de la nación sin pensar cómo lograr el desarrollo local en sus territorios, en especial de sus municipios, como base de la estructura del Estado y como referente obligado del desarrollo económico y social del país.

Para el análisis y conceptualización del desarrollo local partimos de lo establecido en la Constitución de la República de Cuba sobre este término, para luego incursionar en lo señalado en los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución y concluir en un análisis respecto a lo regulado acerca del desarrollo local en las Constituciones de Venezuela, Colombia, México, Guatemala, Perú, Chile y Argentina, puntualizando los puntos de contactos con la cubana y las tendencias generales de la regulación del desarrollo local en las mismas.

II. Concepto de desarrollo local

Al conceptualizar el desarrollo local es importante evaluar algunas de las definiciones expuestas en documentos oficiales o por determinados autores, que para el desarrollo de este trabajo consideramos importante tener presente la siguiente:

“Según el Fondo de Apoyo Social el desarrollo local se define como las transformaciones positivas económicas y sociales de forma inclusiva y sustentable en un territorio local. El desarrollo social se define en torno a los servicios básicos sobre todo salud, educación, agua y saneamiento. El desarrollo económico tiene que ver con el impulso de la infraestructura que permita el desarrollo económico al incluir la construcción de calles, redes eléctricas, teléfonos, etc. En ese sentido, hay que reforzar las capacidades y dimensión de las empresas así como también la creación de puestos de trabajo. El desarrollo político-administrativo se expresa en términos institucionales, es decir, en las capacidades y gestión por parte de las Administraciones Municipales y Comunales. A su vez cuenta con la participación ciudadana en la elaboración de ideas sobre el desarrollo de la zona” (Municipalismo y Descentralización en Angola, 2013:25).

Es digno señalar que debemos defender la idea que dentro de los pilares básicos del desarrollo local tenemos que concebir las transformaciones que se experimenten en las necesidades más imperiosas del ser humano como es el caso de la salud, la educación, el derecho a disfrutar de un consumo de agua potable y el saneamiento; así como en la construcción de calles, redes eléctricas, instalación de teléfonos, etc.; en los cuales Cuba es un referente internacional.

El desarrollo empresarial emerge también como uno de los componentes imprescindibles del desarrollo local, de ahí los esfuerzos que se realizan a lo largo y ancho del territorio nacional cubano en aras de perfeccionar el sistema empresarial, sobre la base de una alta eficiencia y adoptándolo de mayores responsabilidades sociales y económicas. La actualización del modelo económico y social cubano es un ejemplo inequívoco de lo que se está haciendo en el cumplimiento de ese objetivo.

Sigue siendo un imponderable del desarrollo local la necesidad de alcanzar mayores resultados en la dimensión política-administrativa. Por tal motivo es vital, además de lo novedoso que resulta en esta dirección en aras de obtener esos resultados, triunfar en el experimento que actualmente se implementa, dirigido a demostrar la necesidad de separar las direcciones de las asambleas locales del poder popular, de las direcciones de sus consejos de administración; que descansan hoy en las mismas personas (1).

A pesar de la importancia de los aspectos hasta ahora señalados, es una necesidad vital del desarrollo local garantizar la efectiva participación de la ciudadanía en la construcción de los proyectos que

(1) En la actualidad en Cuba, el Presidente de las Asambleas Provinciales y Municipales del Poder Popular, es a su vez presidente de sus respectivos Consejos de Administración; lo cual hace que descansen en la misma persona tan importantes responsabilidades. Lo mismo ocurre con el vicepresidente de las respectivas asambleas, los cuales ocupan las responsabilidades de Vicepresidentes Primeros de los Consejos de Administración.

para este fin se establezcan. Si los habitantes de los territorios no se involucran decididamente en la proyección y ejecución del desarrollo al cual aspiran y necesitan, los esfuerzos que se realicen y los resultados que se alcancen serán efímeros. La participación ciudadana garantiza la sostenibilidad del desarrollo económico y social, debido a que en definitiva el desarrollo local incluye en primer orden el crecimiento del ser humano.

Para incursionar en una aproximación conceptual de desarrollo local es importante considerar las siguientes ideas:

“¿Qué entender por desarrollo local? La concreción espacial del proceso de desarrollo social es lo que da cobertura a la existencia del concepto desarrollo local. Las definiciones del desarrollo local, generalmente, se refieren a procesos materializados en el desenvolvimiento económico y social en los territorios. En realidad las ideas actuales en torno al desarrollo local se han ido imponiendo en la práctica en el último medio siglo. Al respecto, podría hablarse de una concepción del desarrollo local. Sin embargo las limitaciones evidentes en el sentido de unilateralidad y economicismo exigen tomar en cuenta múltiples elementos. El análisis tendencial muestra que la idea del desarrollo se ha ido centrando en el ser humano y en los factores conscientes y cualitativos del proceso. Eso indica que por desarrollo local hay que comprender aquel proceso de crecimiento social e individual que transforma a los sujetos y actores locales” (Tejera, 2013).

A partir de los elementos que sobre el desarrollo local recoge la Constitución de la República de Cuba, consideramos que el desarrollo local hay que observarlo como una de las expresiones de la democracia socialista que se erige como parte de los principios rectores del modelo económico cubano. Mediante este se establece la obligatoriedad que tienen los órganos locales de gobierno y las empresas, de trabajar en interés del desarrollo económico y social de las demarcaciones territoriales donde cumplen sus funciones, motivando la iniciativa y la amplia participación del pueblo, en estrecha coordinación con las organizaciones de masas y sociales.

III. La Constitución de la República de Cuba y el desarrollo local

El hecho de que los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución guíen hoy la batalla por la actualización del modelo económico y social cubano, no quiere decir, que la Constitución de la República (2) haya dejado de ser el principal referente en el orden legal para el desarrollo económico y social del país. En ella se define nuestro sistema político, nuestro esquema de propiedad, y entre otros aspectos, las líneas generales del desarrollo económico y social, ocupando en él un espacio la definición de los principios en que se sustenta el desarrollo local.

Al abordar en su capítulo IX los Principios de Organización y Funcionamiento de los Órganos Estatales, la Carta Magna cubana refrenda en su art. 68 que: “Los órganos del Estado se integran y desarrollan su actividad sobre la base de los principios de la democracia socialista que se expresan, entre otras, en la regla siguiente: inciso ch) cada órgano estatal desarrolla ampliamente, dentro del marco de su competencia, la iniciativa encaminada al aprovechamiento de los recursos y posibilidades locales y a la incorporación de las organizaciones de masas y sociales a su actividad”. Es importante evaluar en este artículo del texto constitucional la consideración de definir el desarrollo de la iniciativa local como parte de los principios de la democracia socialista, que obligatoriamente tiene que tener presente la participación de las organizaciones de masas y sociales. El desarrollo local es un componente de la democracia socialista, tal y como es autenticado por la ley de leyes.

En su art. 102 nuestra constitución precisa el carácter de personalidad jurídica que tienen tanto la provincia como el municipio, estableciendo para la primera “la obligación primordial de promover el desarrollo económico y social de su territorio”; y en el caso del segundo le atribuye la “capacidad para satisfacer las necesidades mínimas locales”. En uno y otro establece la necesidad de que ambas

(2) Aprobada en referendo popular el día 15 de febrero de 1976 por el 97,7% de las cubanas y cubanos que ejercieron el derecho al voto libre, directo y secreto, y que fuera proclamada el día 24 del propio mes y año.

demarcaciones territoriales trabajen de forma conjunta en interés del desarrollo de sus respectivos territorios, con el fin primordial de satisfacer las necesidades, aunque sean mínimas, de sus pobladores.

Al referirse a los Órganos Locales del Poder Popular, la Constitución cubana en su art. 103, jerarquiza a las Asambleas del Poder Popular como “los órganos superiores locales del poder del Estado”, las cuales están “investidas de la más alta autoridad para el ejercicio de las funciones estatales en sus demarcaciones respectivas y para ello, dentro del marco de su competencia, y ajustándose a la ley, ejercen gobierno”. Por ser estas asambleas los máximos órganos del Estado, entonces también tienen la obligación de trabajar por el desarrollo local de sus respectivos territorios, lo cual concretan mediante las Administraciones Locales que ellas constituyen. Estas tienen como misión principal dirigir “las entidades económicas, de producción y de servicios de subordinación local, con el propósito de satisfacer las necesidades económicas, de salud y otras de carácter asistencial, educacional, culturales, deportivas y recreativas de la colectividad del territorio a que se extiende la jurisdicción de cada una”. En resumen las Asambleas del Poder Popular constituyen las Administraciones Locales para dirigir y promover el desarrollo local de las provincias y municipios donde cumplen sus funciones.

Al referirse a las funciones de los Consejos Populares, como representante de la demarcación donde actúan, y a su vez de los órganos del Poder Popular municipal, provincial y nacional; precisa en su art. 104 que los mismos “trabajan activamente por la eficiencia en el desarrollo de las actividades de producción y de servicios y por la satisfacción de las necesidades asistenciales, económicas, educacionales, culturales y sociales de la población, *promoviendo la mayor participación de ésta y las iniciativas locales para la solución de sus problemas*” (el destacado es de autor). Es de gran interés valorar como los Consejos Populares también tienen la responsabilidad de promover la participación del pueblo en la solución de los problemas y a su vez suscitar el esfuerzo local en la solución de los problemas del pueblo.

La Constitución de la República en Cuba le atribuye responsabilidades concretas en interés del desarrollo local a todos los órganos locales del Estado. Para garantizar la satisfacción de las necesidades locales de la población, es necesario potenciar el desarrollo local.

En su art. 109 el referido cuerpo legal exige que las entidades que se creen para la “*satisfacción de las necesidades locales*” (3) a fin de cumplir sus objetivos específicos”, actúen con apego absoluto al principio de legalidad socialista.

IV. Los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución: expresión del desarrollo local

Con la aprobación en el Sexto Congreso del Partido Comunista de Cuba de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, en el mes de abril del año 2011, respaldados y aprobados por la Asamblea Nacional del Poder Popular por el Acuerdo VII-61, en su sesión del día primero de agosto de 2011, correspondiente al Séptimo Período Ordinario de Sesiones de la Séptima Legislatura, “disponiendo que los mismos devengan en elemento rector esencial del trabajo de todos los órganos y funcionarios del Estado, el Gobierno y el pueblo en general”. Por lo que partir de ese momento se comenzó a implementar en todos los órganos, organismos e instituciones del Estado y la sociedad en general.

En señalado documento legal se establece qué en aras de resolver los principales problemas que limitan el desempeño de la economía, será necesario, entre otros aspectos: “Otorgar mayores facultades, en los marcos del plan, a las empresas, e impulsar con efectividad la iniciativa de los territorios para potenciar de manera sostenible su desarrollo económico”. En correspondencia con lo establecido en la Constitución de la República se destaca lo impostergable que resulta impulsar la iniciativa local en los marcos de la actualización del modelo económico, con el objetivo de potenciar de forma sostenible el desarrollo económico, como única alternativa para el logro de un sostenido desarrollo local.

(3) El destacado es del autor.

Lineamientos que abren espacio al cumplimiento de lo establecido en la Constitución de la República, en lo referido al desarrollo local de los territorios, son los siguientes:

“21. Las empresas y las cooperativas pagarán a los Consejos de la Administración Municipal donde operan sus establecimientos, un tributo territorial, definido centralmente, teniendo en cuenta las particularidades de cada municipio, para contribuir a su desarrollo”.

“37. El desarrollo de proyectos locales, conducidos por los Consejos de Administración Municipales, en especial los referidos a la producción de alimentos, constituye una estrategia de trabajo para el autoabastecimiento municipal, favoreciendo el desarrollo de las mini-industrias y centros de servicios, donde el principio de la autosustentabilidad financiera será el elemento esencial, armónicamente compatibilizado con los objetivos del plan de la Economía Nacional y de los municipios. Los proyectos locales una vez implementados serán gestionados por entidades económicas enclavadas en el municipio”.

“61. Mantener la aplicación de estímulos fiscales que promuevan producciones nacionales en sectores claves de la economía, especialmente a los fondos exportables y a los que sustituyen importaciones, así como al desarrollo local y la protección del medio ambiente”.

“103. Promover la creación de Zonas Especiales de Desarrollo que permitan incrementar la exportación, la sustitución efectiva de importaciones, los proyectos de alta tecnología y desarrollo local; y que contribuyan con nuevas fuentes de empleo”.

“120. Se elevará la calidad y la jerarquía de los planes generales de ordenamiento territorial y urbano a nivel nacional, provincial y municipal, su integración con las proyecciones a mediano y largo plazo de la Economía y con el Plan de Inversiones, tomando en consideración los riesgos sísmicos y otros desastres naturales. Garantizar la profundidad, agilidad y plazos de respuesta en los procesos obligados de consulta, rescatando la disciplina territorial y urbana”.

“121. Se propiciarán las condiciones para el logro de una descentralización del Plan de Inversiones y un cambio en su concepción, otorgándoles facultades de aprobación de las inversiones a los Organismos de la Administración Central del Estado, a los Consejos de la Administración, a las Empresas y Unidades Presupuestadas”.

“139. Definir e impulsar nuevas vías para estimular la creatividad de los colectivos laborales de base y fortalecer su participación en la solución de los problemas tecnológicos de la producción y los servicios y la promoción de formas productivas ambientalmente sostenibles”.

“159. Fortalecer las acciones de salud en la promoción y prevención para el mejoramiento del estilo de vida, que contribuyan a incrementar los niveles de salud de la población con la participación intersectorial y comunitaria”.

“163. Continuar fomentando la defensa de la identidad, la conservación del patrimonio cultural, la creación artística y literaria y la capacidad para apreciar el arte. Promover la lectura, enriquecer la vida cultural de la población y potenciar el trabajo comunitario como vías para satisfacer las necesidades espirituales y fortalecer los valores sociales”.

“178. Adoptar un nuevo modelo de gestión, a tenor con la mayor presencia de formas productivas no estatales, que deberá sustentarse en una utilización más efectiva de las relaciones monetario-mercantiles, delimitando las funciones estatales y las empresariales, a fin de promover una mayor autonomía de los productores, incrementar la eficiencia, así como posibilitar una gradual descentralización hacia los gobiernos locales”.

“180. Lograr la autonomía de gestión de las distintas formas de cooperativas e introducir de forma gradual las cooperativas de servicios en la actividad agroindustrial a escala local”.

“185. Organizar la producción agropecuaria en aquellas actividades generadoras de ingresos externos o que sustituyan importaciones, aplicando un enfoque sistémico o de cadena productiva que com-

prenda no solo la producción primaria, sino todos los eslabones que se articulan en torno al complejo agroindustrial. Estas cadenas se desarrollarían con los propios recursos del sistema, a partir de los ingresos netos por exportaciones o de los ahorros por sustitución de importaciones. En la organización de la producción del resto de las actividades, deberá predominar, sobre todo, un enfoque territorial, dirigido al autoabastecimiento a ese nivel, con énfasis en la ejecución del programa de la agricultura suburbana, que deberá extenderse a todo el país”.

“**205.** Desarrollar con efectividad el programa de autoabastecimiento alimentario municipal, apoyándose en la agricultura urbana y suburbana”.

“**206.** Ejecutar el programa de agricultura suburbana aprovechando eficientemente las tierras que rodean las ciudades y pueblos, con el menor gasto posible de combustible e insumos importados, empleando los propios recursos locales y con amplio uso de la tracción animal”.

“**207.** Ejecutar la transformación gradual de la agroindustria alimentaria, incluyendo su desarrollo local, en función de lograr un mayor aprovechamiento de las materias primas y la diversificación de la producción”.

“**217.** Reorientar a corto plazo las producciones del sector industrial con vistas a asegurar los requerimientos de los mercados de insumos necesarios a las distintas formas de producción (en particular las cooperativas y trabajadores por cuenta propia), así como desarrollar la oferta de equipos para las producciones a pequeña escala, en particular para apoyar el desarrollo de las industrias locales, con nuevos tipos de máquinas y equipos de fácil explotación y mantenimiento”.

“**233.** Recuperar e incrementar la producción de materiales para la construcción que aseguren los programas inversionistas priorizados del país (turismo, viviendas, industriales, entre otros), la expansión de las exportaciones y la venta a la población. Desarrollar producciones con mayor valor agregado y calidad. Lograr incrementos significativos en los niveles y diversidad de las producciones locales de materiales de construcción y divulgar sus normas de empleo”.

“**239.** Modificar el modelo de gestión de la industria local, flexibilizando su operación para posibilitar el desarrollo de producciones artesanales y la fabricación de bienes de consumo en pequeñas series o a la medida, así como la prestación de servicios de reparación y mantenimiento. Ello incluye la apertura de mayores espacios para actividades no estatales”.

“**263.** Consolidar un esquema integral de autofinanciamiento de la actividad turística, con el objetivo de lograr su aseguramiento y un eficiente funcionamiento en toda la extensión de la cadena que interviene en dicha actividad; en particular será necesario estudiar mecanismos de abastecimiento a las entidades turísticas que aprovechen las potencialidades de todas las formas productivas a escala local”.

“**264.** Diseñar y desarrollar como parte de la iniciativa municipal por los territorios, ofertas turísticas atractivas como fuente de ingreso en divisas (alojamiento, servicios gastronómicos, actividades socioculturales e históricas, ecuestres, de campiñas, turismo rural, observación de la flora y la fauna, entre otras”.

“**293.** Deberá prestarse especial atención al aseguramiento de los programas de viviendas a nivel municipal, a partir de las materias primas existentes en cada lugar y las tecnologías disponibles para fabricar los materiales necesarios”.

“**296.** Satisfacer con la calidad requerida, por la industria de materiales de la construcción, con énfasis en la producción local de materiales, la demanda para la venta a la población con destino a la construcción, conservación y rehabilitación de viviendas”.

Es común apreciar como el desarrollo local necesita fomentar de forma progresiva la descentralización de la economía.

Aún cuando todos los lineamientos puedan tener un impacto directo o indirecto sobre el desarrollo local, los que hemos relacionados marcan de forma directa la necesidad del mismo y las vías mediante

las cuales este puede potenciarse. Lo anteriormente señalado posibilita que el eslabón de base de la estructura estatal, el municipio, pueda orientar su desarrollo económico y como es lógico también garantizar de forma progresiva la satisfacción de las necesidades más urgentes de sus pobladores.

Es importante tomar conciencia de que el cumplimiento de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, abre un amplio espacio para garantizar a plenitud el cumplimiento de lo que establece la Carta Magna cubana sobre el desarrollo local.

Al ser aprobados los referidos lineamientos por el acuerdo VII-61 de la Asamblea Nacional del Poder Popular, aprobado en su sesión del día primero de agosto de 2011, correspondiente al Séptimo Período Ordinario de Sesiones de la Séptima Legislatura, pasaron a tener fuerza legal en el ordenamiento jurídico cubano.

V. Algunas constituciones iberoamericanas y el desarrollo local. Puntos de encuentro

Tal como ya apuntábamos es importante evaluar algunos de los referentes constitucionales acerca del desarrollo local. Para lo cual nos apoyaremos en lo regulado por varias de las constituciones iberoamericanas enmarcadas en nuestra área geográfica.

Constitución Política de la República de México (31 de enero de 1917)

La Ley Suprema mexicana en su art 115 establece que el municipio constituye la “base de su división territorial y de su organización política y administrativa”; constituyendo además las bases de su funcionamiento, en cuyas consideraciones establece que “estarán investidos de personalidad jurídica y manejarán su patrimonio conforme a la ley”. Por otro lado el artículo referencia cuáles servicios públicos estarán a cargo del municipio, entre los que se encuentran el alumbrado público, el agua potable y alcantarillado, la seguridad pública y el tránsito, entre otros. Es significativo valorar además como a estas demarcaciones territoriales entre otras facultades, se le conceden las de: “formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal; participar en la creación y administración de sus reservas territoriales; controlar y vigilar la utilización del suelo en sus jurisdicciones territoriales (...)”, y otras dirigidas a potenciar su actuación en el desarrollo local.

Constitución Política de la República de Chile (21 de octubre de 1980)

Por su parte la Carta Magna chilena en su art. 100 refrenda, entre otros aspectos, que: “La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región”. Luego de fijar la constitución del gobierno regional, el referido cuerpo legal, precisa en su art. 102 que: “El consejo regional tiene por objeto asesorar al intendente y contribuir a hacer efectiva la participación de la comunidad en el progreso económico, social y cultural de la región”. Es necesario evaluar además como en su art. 107, legaliza que: “las municipales son corporaciones de derecho públicos, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”. Luego de establecer en otras de sus regulaciones, que en cada municipio se conformará un consejo de desarrollo comunal, mediante el art 100 instituye que “el consejo de desarrollo comunal tiene por objeto asesorar al alcalde y hacer efectiva la participación de la comunidad en el progreso económico, social y cultural de la comuna”.

Constitución Política de la República de Guatemala (31 de mayo de 1985)

Siguiendo el tradicionalismo constitucional la Ley Suprema de la República de Guatemala determina en su art. 224 que el municipio es la base de la división administrativa del Estado, otorgándole al mismo en su art. 253 carácter autónomo, que equivale a decir personalidad jurídica propia, para luego instituir en su art. 255 que: “(Los) recursos económico del municipio. Las corporaciones municipales deberán procurar el fortalecimiento económico de sus respectivos municipios, a efecto de poder realizar las obras y prestar los servicios que les sean necesarios”.

Constitución de la Nación Argentina (22 de agosto de 1994)

La Constitución de la Nación Argentina consagra en su art. 123 que cada provincia al dictar su propia Constitución, tiene que asegurar la autonomía municipal, por lo cual también se afilia a la consideración de garantizar la autonomía de los municipios para el cumplimiento de las funciones que se le atribuyan. En su art. 125 establece que “las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines (...)”, además de fijar que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. Es evidente como se sigue la línea de atribuir las necesarias facultades a las demarcaciones territoriales que se crean a fin de posibilitar su desarrollo local en el orden económico y social, y de esta forma contribuir con mayor efectividad al desarrollo de la nación.

Constitución Política de la República de Perú (29 de diciembre de 1993)

La Constitución Política de la República de Perú en su Capítulo XIV denominado “De la descentralización, las regiones y las municipalidades”, consagra que “La descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo integral del país” (art. 188). Establece además en este mismo capítulo que las regiones, los departamentos, las provincias y los distritos, conforman la división territorial del país; y que las municipalidades provinciales y distritales constituyen órganos de gobierno local, atribuyéndoles autonomía política, económica y administrativa. En su art. 192 el texto constitucional define la competencia de las municipales entre las cuales establece las siguientes: “Administrar su bienes y rentas”, “Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad”, “Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, y ejecutar los planes y programas correspondiente”, entre otras. Mediante su art. 193 instituye cuales son los bienes y rentas de las municipales dentro de las cuales precisa los siguientes: “Los bienes e ingresos propios”, “Los impuestos creados por la ley a su favor”, “Las transferencias presupuestales del Gobierno Central”, entre otros.

Constitución Política de Colombia (7 de julio de 1991)

El texto constitucional colombiano instituye en su art. 286 que los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas son entidades territoriales; adoptándolas en su art. 287 de autonomía para la gestión de sus intereses. Es interesante evaluar como el referido cuerpo legal en su art. 289 establece que: “Por mandato de la ley, los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración, dirigidos a fomentar el desarrollo comunitario, la prestación de servicios públicos y la preservación del ambiente”.

La Ley de leyes en Colombia define en su art. 311 que el municipio es la entidad fundamental de la división política-administrativa del Estado, rubricándole como prioridades de sus funciones entre otras “(...) construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes (...)”.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (15 de diciembre de 1999)

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su art. 168 consagra que: “Los municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y de la ley”. En el artículo constitucional de referencia también se insta un principio que está presente en todos los textos constitucionales analizados en este trabajo, que sin lugar a dudas es la exigencia de la incorporación de la “participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna...” En este sentido, dado el corte sustancialmente progresista de esta Constitución, se prioriza además la participación del pueblo en el control y evaluación de la gestión pública.

En su art. 178 al definir la competencia del municipio la Carta Magna Venezolana establece entre otras esfera las siguientes: “el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias

que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de servicios públicos domiciliarios...” También regula los ingresos que tendrá el municipio, al fijar en su art. 179 que estos provendrán entre otras fuentes de las siguientes: “Los procedentes de su patrimonio; las tasas por el uso de sus bienes o servicios; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas; el impuesto territorial rural o sobre predios rurales; etc.”

Todas las Constituciones analizadas, en los que respecta al desarrollo local, tienen los siguientes aspectos en comunes:

1. Establecen que el municipio tiene personalidad jurídica propia.
2. Precisan el papel de los municipios y otras demarcaciones territoriales en el desarrollo local.
3. Promueven la participación comunitaria en el desarrollo local, que incluye el control y evaluación de todo cuanto se implemente en esa dirección.
4. Definen al municipio como una de las entidades fundamentales de la división política-administrativa del Estado. En tal sentido es imprescindible adoptar todas las medidas oportunas que contribuyan al fortalecimiento económico y social del mismo.
5. Enfatizan la necesidad de la descentralización como objetivo primordial en el desarrollo integral del país.
6. Consideran el desarrollo local como parte del derecho al desarrollo.

VI. Conclusiones

El desarrollo local no es un principio nuevo dentro del modelo económico cubano, encontrándose consagrado legalmente desde la promulgación de la Constitución de la República de Cuba aprobada en el año 1976.

La aprobación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, vieron reafirmar la necesidad de cumplir con lo establecido en la Carta Magna sobre este importante principio de modelo económico cubano, abriendo nuevos caminos en aras de lograr ese objetivo.

Todas las Constituciones estudiadas contienen también dentro de los principios económicos el desarrollo local como piedra angular en el desarrollo integral de los pueblos, tanto en el orden económico, social, político y cultural; refrendándolo como parte consustancial del derecho al desarrollo, coincidiendo en este sentido con lo consagrado en la Constitución de la República de Cuba.

VII. Bibliografía

ARGRAF (2012). *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*. Cuba: Holguín, Empresa Poligráfica de Holguín.

ARGRAF (2012). *Objetivos de Trabajo del PCC aprobado en su Primera Conferencia Anual*. Cuba: Holguín, Empresa Poligráfica de Holguín.

EMPRESA GRÁFICA DE VILLA CLARA, Enrique Núñez Rodríguez (2009). *Constitución de la República de Cuba*. Cuba: Empresa Gráfica de Villa Clara.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos M. (2004). “Constitución Política de la República de México” (31 de enero de 1917), EN: *Selección de Constituciones Iberoamericana*. La Habana: Editorial Félix Varela, p. 1- 55.

— (2004). “Constitución Política de la República de Chile” (21 de octubre de 1980), EN: *Selección de Constituciones Iberoamericana*. La Habana: Editorial Félix Varela, p. 56 - 100.

— (2004). “Constitución Política de la República de Guatemala” (31 de mayo de 1985), EN: *Selección de Constituciones Iberoamericana*. La Habana: Editorial Félix Varela, p. 101 - 149.

— (2004). “Constitución de la Nación Argentina” (22 de agosto de 1994), EN: *Selección de Constituciones Iberoamericana*. La Habana: Editorial Félix Varela, p. 150 - 170.

— (2004). “Constitución Política de la República de Perú” (29 de diciembre de 1993), EN: *Selección de Constituciones Iberoamericana*. La Habana: Editorial Félix Varela, p. 171- 202.

— (2004). “Constitución Política de Colombia” (7 de julio de 1991), EN: *Selección de Constituciones Iberoamericana*. La Habana: Editorial Félix Varela, p. 203- 272.

— (2004). “Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” (15 de diciembre de 1999), EN: *Selección de Constituciones Iberoamericana*. La Habana: Editorial Félix Varela, p. 273- 334.

Documentos electrónicos

MARTÍNEZ RIVERO, Rosalía y GARCÍA, Marlen (2001). “Desarrollo local y medio ambiente, una aproximación desde la perspectiva de Cuba”, EN: *CD ROM III Congreso Internacional de Geografía. San Antonio de los Baños*, La Habana, Cuba del 17-20 de julio. Disponible en: www.bibliociencias.cu/gsd/collect/eventos/index/assoc/...dir/doc.doc [Fecha de consulta: 25/11/2013].

Sitios web

COOPERACIÓN AL DESARROLLO EN ANGOLA. IEPALA. Estudios Políticos para América Latina, África y Asia (2010). Municipalismo y Descentralización en Angola. Disponible en: [http://iepala.es/cooperacion-al-desarrollo/donde-estamos/africa austral/paises/angola/convenio-regional angola/donde-estamos-502/](http://iepala.es/cooperacion-al-desarrollo/donde-estamos/africa%20austral/paises/angola/convenio-regional%20angola/donde-estamos-502/). p. 2. [Fecha de consulta: 25/11/2013].

Artículos de revistas

CASTRO PERDOMO, N. A., & RAJADEL ACOSTA, O. N. (2015). “El desarrollo local, la gestión de gobierno y los sistemas de innovación”, EN: *Revista Universidad y Sociedad* [seriada en línea], 7 [2]. ps. 63-72. Disponible en: rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/download/515/pdf_45. [Fecha de consulta: 25/11/2013].

TEJERA ESCULL, Pedro Manuel (2010). “Reflexiones en torno a la relación entre gobierno local y desarrollo local”, EN: *Revista perteneciente a las Facultades de Ciencias Sociales y Humanidades, de la Universidad de Oriente*. Disponible en: ojs.uo.edu.cu/index.php/stgo/article/viewFile/14508308/1046. (Fecha de consulta: 25/11/2013).

Legislación

Acuerdo VII-61 de la Asamblea Nacional del Poder Popular. Gaceta Oficial n. 028, República de Cuba, 31/08/2011. ◆

Fecha de Recepción: 18/04/2015

Fecha de Aceptación: 01-08-2015

Centenario del genocidio armenio: recordar y exigir

POR MARCELO A. KRİKORIAN (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Genocidio y lucha por su reconocimiento.— III. ¿Formalizar relaciones para convalidar el olvido?— IV. Armenia en la Argentina.— V. Recordar y exigir.

Resumen: Al conmemorarse el centenario del Genocidio Armenio, este trabajo aborda las circunstancias que lo provocaron; el drama de las víctimas exterminadas u obligadas a abandonar su patria sometidas a terribles condiciones; la lucha por lograr el reconocimiento internacional que significó hace tres décadas en el ámbito de la ONU, haber logrado la inclusión del genocidio como uno de los crímenes que azotaron el siglo XX; la actitud negacionista y obstruccionista de Turquía así como la de muchos Estados que son actores principales en el escenario mundial y prefieren priorizar sus intereses estratégicos por encima de elementales obligaciones de respeto al universal derecho humano a la verdad. También hay referencias a la generosa acogida del pueblo argentino hacia el colectivo armenio que llegó a estas tierras escapando de la barbarie.

Palabras clave: genocidio - delito de lesa humanidad - negacionismo - reconocimiento internacional - derecho humano a la verdad.

Century of the Armenian Genocide: remember and demand

Abstract: *At the time of the commemoration of the Armenian Genocide, this paper focuses on the circumstances that cause it, the drama of the victims who were exterminated or obliged to abandon their country under terrible conditions, the fight for achieving, three decades ago, the international recognition that meant the inclusion of the genocide in the UN as one of the crimes that hit the 20th century; the denial and the obstructive attitude of Turkey as well as that of many other states which are key actors in the international scenario and tend to prioritize their strategic interests instead of the elemental obligations of respect to the universal human right to the truth. Apart from that, there are also references the generous welcome of the Argentinian people towards the Armenians that arrived to this land escaping from the barbarity.*

Keywords: *genocide - lesa humanity crimes - denialism - international recognition - human right to truth.*

I. Introducción

El Genocidio Armenio es un delito de lesa humanidad que continúa hasta ahora siendo negado por el Estado turco que lo perpetró, existiendo todavía muchas naciones que guardaron y guardan silencio por ser Turquía funcional a sus intereses. Ante estas acciones deliberadamente orientadas a ignorar semejante atrocidad, los armenios vienen librando una incansable batalla que lleva varias décadas para dar visibilidad al exterminio y buscar justicia.

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP no ha permanecido ajena a este significativo aniversario: su Consejo Directivo emitió una declaración alusiva, expresando solidaridad con las víctimas del genocidio y sus descendientes, reafirmando el compromiso de la comunidad de la Facultad con esta causa e invitando a todas las cátedras a que hagan mención en las clases sobre la conmemoración

(*) Profesor y miembro del Consejo Directivo (período 2014/2018), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Magister en Derechos Humanos.

y la obligación que tienen los Estados de investigar y esclarecer delitos contra la humanidad y respetar el derecho a la verdad. También espacios de enseñanza, investigación y extensión muy reconocidos en nuestro país y el exterior como el Instituto de Relaciones Internacionales y el Instituto de Derechos Humanos, organizaron actividades a través de sus Directores, profesores Norberto Consani y Fabián Salvio.

Este trabajo publicado en la prestigiosa revista *Anales de Doctrina*, se propone contribuir a conocer con más profundidad el genocidio mediante aportes en perspectiva histórica y actual.

II. Genocidio y lucha por su reconocimiento

Con el imperio otomano en decadencia desde el siglo 19 y casi al borde de su desintegración (finalmente ocurrida tiempo después), el exterminio se erigió como un medio para evitarlo, reforzando la presencia turca y acentuando la islamización. Hubo motivaciones *religiosas* por profesar Armenia el cristianismo; *geopolíticas* por las buenas relaciones entre armenios y rusos (enemigos de los turcos), por la política expansionista otomana hacia la zona del Cáucaso y porque en términos económicos, Armenia ocupaba un lugar de cierta relevancia; y *étnicas* pues así desaparecerían de la faz de la tierra las ricas cultura, civilización y tradiciones armenias.

Además de asesinatos masivos y otros modos terribles de desaparición forzada, hubo una cruel y silenciosa manera de ejecutar el plan: las deportaciones de hombres, mujeres y niños, quienes durante varias semanas de caminata por el desierto de Der Zor en Siria se exponían al agotamiento físico y mental por la situación a la que eran sometidos, sin agua, alimentos y medicinas. En definitiva: también se los aniquilaba generando por acción u omisión las condiciones para que mueran. Los armenios no eran prisioneros. Eran “emigrantes”, calificación con la que se intentó demostrar la inexistencia de semejante atrocidad.

La región de Der Zor fue noticia este año, pues el grupo terrorista ISIS —cuya impiadosa escalada de violencia pareciera no tener límites dando muerte brutalmente a personas y atacando bienes de patrimonio histórico para la humanidad— destruyó un memorial ubicado allí —en la Iglesia de los Santos Mártires— que evoca a las víctimas del genocidio.

Más allá de lo ocurrido con el pueblo armenio, la cuestión de las personas obligadas a abandonar sus hogares y forzosamente desplazarse para evitar persecuciones, privaciones arbitrarias de su libertad y/o terminar asesinadas, tiene una muy penosa actualidad que debiera ser un potente llamado de atención global: el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha calculado que son unas 60 millones de acuerdo a los últimos datos, divulgados en 2014 (más de la mitad: niños, niñas y adolescentes). Fue precisamente en los años 2013 y 2014 cuando se produjo el mayor incremento interanual registrado hasta entonces, derivado —entre otras causales— del conflicto existente en Siria.

Las medidas aplicadas por algunos países europeos con personas refugiadas en estado de vulnerabilidad, han generado y aún generan fuertes polémicas y por qué no honda preocupación si pensamos que esto ocurre en el siglo XXI, por la ausencia de una efectiva política común, guiada por estándares de derechos humanos.

Finalizada la 2° Guerra Mundial, la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 96 de diciembre de 1946 dio un paso importante al definir los actos que configuran genocidio: *todas las conductas llevadas a cabo con la intención de destruir completa o parcialmente a un grupo nacional, étnico, religioso o racial*. Dos años después se aprobaba la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, considerado delito contra la humanidad.

Khatchik Der Goughassian (2009: 45) (1) afirma que fue recién a partir de conmemorarse el cincuentenario del genocidio cuando cobra fuerza su trascendencia en perspectiva internacional. A los sobrevivientes no les fue fácil asimilar tamaña injusticia cometida, como si vivieran en un estado de

(1) Khatchik Der Goughassian (2009), *El derrumbe del negacionismo*, Buenos Aires: Planeta.

prolongado y comprensible duelo que impedía exteriorizar lo padecido. Quienes fueron sus primeros descendientes, nacidos en diferentes países a los que llegaron sus mayores, abrazando esta causa ejercieron el dolor y la reivindicación introspectivamente en el ámbito de las instituciones comunitarias de la colectividad. Y la tercera generación, con edades jóvenes en las décadas de los años 60 y 70, impulsaron con énfasis el reclamo, instalándolo y dándole proyección internacional.

La tarea no resultaba sencilla, considerando que faltaba un accionar coordinado entre el pueblo y gobierno armenios —en esos tiempos integrando la Unión Soviética como su república más pequeña— (2) y la diáspora (3). La política exterior y el posicionamiento de Armenia en el plano internacional no eran autónomos sino subordinados al gobierno soviético; pero, aun así, desde mediados de los años 60 y por dos décadas de trabajosa actividad, la diáspora desplegó acciones para derribar el “muro de silencio” levantado en torno al genocidio.

En 1973, un informe preliminar elaborado por el experto ruandés Ruhashiankiko, de la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU, *reconoció por primera vez al Genocidio Armenio*. Turquía hizo valer su gravitación en el escenario internacional para que se elimine tal reconocimiento. El informe (que aún no había sido emitido formalmente por la Subcomisión) fue elevado a la consideración de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (4) formada por representantes de los Estados, a diferencia de la Subcomisión que estaba integrada por expertos independientes. Habiendo obtenido el Estado turco la supresión del párrafo 30 (que aludía al Genocidio Armenio), vuelto el documento a la Subcomisión en 1975, *sus miembros deciden ratificar el informe que es emitido finalmente en 1978 sin referencias al genocidio*.

Cuando la Comisión trató el informe —ya en 1979— algunos Estados que antes defendían la posición turca y bregaban por la eliminación del párrafo 30 (por ejemplo, EE.UU., ahora gobernado por el presidente demócrata James Carter) solicitaron que se lo reincorpore al documento. Turquía, antes impulsora de la intervención de la Comisión porque sabía del pronunciamiento favorable a sus intereses, ahora cuestionaba la competencia de este órgano para indicar cambios en un informe elaborado por la Subcomisión. Resultado: jamás fue incluido el párrafo.

La actitud negacionista del Estado turco, combinada con su decisión de hacer valer reiteradamente sus influencias para silenciar el genocidio en ámbitos internacionales desencadenaron —lamentablemente— en hechos que no encuentran justificación, por más noble que sea la causa de lucha. Un caso emblemático fue el asesinato en California, Estados Unidos, del cónsul General de Turquía, cometido en 1973 por Kurkén Yanikian. Se contabilizaron dos centenares de episodios violentos en diferentes países.

Un hito de especial trascendencia en este recorrido histórico fue 1985, cuando la por entonces Subcomisión de la ONU para la prevención de las discriminaciones y protección de las minorías —uno de cuyos integrantes fue el experto argentino *Leandro Despouy* (5)— aprobó el informe de Benjamin Whitaker (6), que incluyó al Genocidio Armenio como uno de los que azotaron a la humanidad en el siglo XX, junto al cometido por los nazis contra el pueblo judío, el sufrido por los hutus en Burundi o por los indios Aché en Paraguay, entre otros.

(2) Armenia fue una de las 15 repúblicas que formaban parte de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas hasta septiembre de 1991 en que se produjo la desintegración de la URSS y la reinstauración de Armenia como Estado independiente.

(3) Se denomina diáspora a las comunidades que —teniendo un mismo origen— se han establecido en distintos países.

(4) La Comisión de Derechos Humanos fue reemplazada en 2006 por el actual Consejo de Derechos Humanos.

(5) Leandro Despouy, luego de una extensa trayectoria pública, es actualmente el presidente de la Auditoría General de la Nación.

(6) Este destacado abogado británico que antes había sido legislador en su país por el Partido Laborista, resistió todo tipo de presiones para reemplazar en el texto la expresión “Genocidio Armenio” por “la Cuestión Armenia”. Su compromiso con el respeto a los derechos humanos también lo llevó a intervenir activamente junto a otro jurista notable: Theo van Boven cuando en tiempos del terrorismo de estado, la dictadura argentina procuraba silenciar las denuncias sobre lo que sucedía en el país. Murió en 2014.

Asimismo, la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas del año 2007 ha sido un acontecimiento de gran importancia para el mundo al tipificarlas como delito de lesa humanidad y por ende imprescriptible, reconociendo el derecho a la verdad y obligando a los Estados a investigar y sancionar a sus autores o cómplices.

III. ¿Formalizar relaciones para convalidar el olvido?

En 2009 hubo un proceso de negociación que se desarrolló en Suiza con vistas que los Estados armenio y turco firmen protocolos de los que podría derivarse una eventual normalización en las relaciones diplomáticas.

Los protocolos fueron firmados pero nunca se aplicaron. Como aspectos salientes de los documentos pueden mencionarse en primer lugar, ratificar oficialmente las fronteras entre los dos países, surgidas del Tratado de Kars (7), lo que implicaba renunciar al reclamo por la devolución de territorios históricamente pertenecientes a Armenia.

En segundo lugar se acordó debatir las cuestiones pendientes entre ambos países, que iba en sintonía con la propuesta del Estado turco en 2005, según la cual la verdad histórica del Genocidio Armenio será determinada por una comisión de “especialistas”. Admitir algo así significaba —aunque sin mencionarlo expresamente— *arrojar un manto de duda sobre la existencia del genocidio* (¿se puede discutir si hubo o no un plan sistemático para el exterminio?). Por ende, este punto terminaba siendo funcional a la estrategia negacionista del Estado turco, sostenida desde siempre.

Y en tercer lugar, al aceptarse el principio de integridad territorial y omitir el derecho de autodeterminación, esto tendría efectos sobre la cuestión del enclave de Nagorno-Karabagh (8). En definitiva, sería utilizada en el futuro para favorecer las pretensiones de Azerbaiyán, aliada de Turquía.

IV. Armenia en la Argentina

Quienes lograron escapar de la barbarie comenzaron a dispersarse por varios países, especialmente de Europa y América. Así llegaron a la Argentina muchos armenios, impactados y afectados física y psicológicamente por lo que les había tocado vivir. Arribaban a bordo de los barcos con que se transportaron en largas travesías, con incertidumbre, desprovistos de todo y dispuestos a comenzar una nueva etapa en sus vidas (9). Entre ellos, en el año 1922, arribaron al Puerto de Buenos Aires mi abuela Satenig Gazarian con una de sus manos marcada por un tatuaje —habitual práctica de los genocidas para que se supiera su origen—; y mi abuelo Setrak Krikorian, a quien habían arrancado casi toda su dentadura con una tenaza.

Vale aclarar que existen registros de una primera corriente migratoria en la década de 1910, originadas en las matanzas de Cilicia en abril de 1909, pero la llegada más numerosa ocurrió con motivo del genocidio iniciado en 1915.

Los armenios echaron raíces en estas tierras, paulatinamente aprendieron el idioma castellano y se adaptaron a la vida y costumbres argentinas; formaron familias, con el correr del tiempo se agruparon en instituciones comunitarias para no perder el espíritu de colectividad y contribuyeron junto a sus

(7) El tratado estableció las fronteras entre Turquía y los estados caucásicos del sur. Firmado en 1921, significó una importante pérdida territorial para la joven República Democrática de Armenia constituida en 1918.

(8) Este enclave de casi 15.000 kilómetros cuadrados es objeto de una disputa entre Armenia y Azerbaiyán. La mayoría de de sus habitantes son armenios.

(9) Como documentación personal, se sabe que los armenios poseían al llegar al país el denominado Pasaporte Nansen, creado por el noruego Fridtjof Nansen —luego galardonado con el Premio Nobel de la Paz— en el marco de los acontecimientos que rodearon a la primera guerra mundial (previos y posteriores) en materia de desplazamientos obligados de grupos poblacionales que debían huir de su patria por motivos de persecución o porque tenían amenazada sus vidas, entre otras razones.

descendientes a través del comercio, la industria, el ejercicio profesional, la función pública y otras actividades a devolver al país tanta generosidad recibida.

La ley 26.199, de 2007, declara al 24 de abril —fecha que simboliza el comienzo del plan de exterminio (10)— como “*Día de acción por la tolerancia y respeto entre los pueblos*” evocando el Genocidio Armenio, para que su conmemoración “sea una lección permanente sobre los pasos del presente y las metas de nuestro futuro”.

La Argentina ocupa sin dudas un lugar destacado internacionalmente en materia de preservación de la memoria sobre lo ocurrido con el pueblo armenio. Prueba de ello es haberse proyectado en la Ciudad de Buenos Aires un museo (el primero situado fuera de Armenia) como espacio abierto a toda la sociedad.

En 2011, hubo una sentencia declarativa —sin efectos penales— de la justicia federal argentina (caso iniciado 10 años antes *por los Dres. Gregorio y Luisa Hairabedian*) (11). Allí se recogen conmovedores testimonios, se incorporan documentos desclasificados de países como Alemania, Bélgica, Francia o Estados Unidos que dan cuenta de lo informado por sus agentes diplomáticos sobre el horror desatado por el Imperio Otomano durante los años 1915 a 1923, *y se reconoce el derecho humano a la verdad*. Este derecho universal —invocado y aplicado en nuestro país en causas por delitos de lesa humanidad— tiene dos dimensiones: individual, para que víctimas y familiares conozcan cómo, cuándo y dónde ocurrieron las violaciones a los derechos humanos; y colectiva para que la comunidad nacional e internacional tome conocimiento sobre las violaciones con vistas a preservar la memoria y evitar su reiteración en el futuro.

La sentencia cita —entre otros documentos— una carta dirigida desde el Consulado Alemán en Alepo al Canciller Imperial Von Bethmann Hollweg el 20 de diciembre de 1915. Su contenido estremece:

“(…) El Comisario de Deportaciones enviado por el Ministerio de Asuntos Interiores declaró aquí abiertamente: “Deseamos una Armenia sin armenios” Ese es el principio que ha aplicado y que todavía aplica el Gobierno, y su implementación ha llevado a la deportación —en la mayoría de los casos a pie— de 4/5 partes del pueblo armenio, incluyendo mujeres y niños, desde sus lugares de residencia en Asia Menor a la Mesopotamia y a Siria. (...) Durante dichas marchas que duraban semanas y meses, las dificultades más grandes se han presentado naturalmente con respecto a los alimentos, incluso en los casos donde la alimentación fue planeada y ordenada, y una gran parte de los deportados ha muerto de hambre, de agotamiento y de enfermedades, y continúan falleciendo día a día, más allá de su aniquilación intencional por parte de las autoridades gubernamentales y de la población incitada o motivada a matarlos (...). En la parte oriental ha muerto durante las numerosas deportaciones el 75%, a no ser que las mujeres y niñas hayan sido deportadas a los harems musulmanes (...). Bajo tales circunstancias parece aventurado negar categóricamente la cifra de 800.000 armenios asesinados, la cual ha sido publicada por los británicos (...)”.

V. Recordar y exigir

Hasta el presente, más de 20 Estados (12) reconocieron formalmente el Genocidio Armenio: un avance considerando las enormes dificultades, presiones y chantajes que Turquía ha desplegado y despliega para impedirlo; y también puede ser entendido como un magro resultado en atención a tanto tiempo transcurrido.

(10) Durante la noche del 23 de abril y la madrugada del 24 y por orden del Comité de Unión y Progreso en el poder (CUP) o Ittihad ve Terakí Jemiyeti —conocido como los “Jóvenes Turcos”— a numerosos profesionales, intelectuales, religiosos y demás ciudadanos armenios que por su actividad eran reconocidos, se los arrancó de sus casas, se los privó de la libertad y se los deportó como paso previo a quitarles la vida.

(11) Autos caratulados “IMP. N. N. s/ Su denuncia. Querellante: Hairabedian, Gregorio”, Juzgado Criminal y Correccional Federal nro. 5, sentencia del 1º de abril de 2011.

(12) Han reconocido el Genocidio (datos año 2015), entre otros: la Argentina, Alemania, Bolivia, Canadá, Chile, Chipre, Ecuador, Francia, Grecia, Holanda, Líbano, Suecia, Rusia, Uruguay (el primer Estado en hacerlo). El Parlamento Europeo también se pronunció en el mismo sentido en 1987. Francia, además, tipificó como delito la negación del holocausto sufrido por el pueblo judío y del Genocidio Armenio. En abril de 2015 el Papa Francisco, como líder de la Iglesia católica y jefe del Estado Vaticano, reconoció públicamente el Genocidio Armenio.

Éste es el principal motivo que impulsa a continuar con el reclamo pacífico y firme a la vez por esta causa justa, enmarcada en el derecho internacional de los derechos humanos: difundiendo, concientizando, bregando para que se respete el derecho a la verdad. Que numerosos gobiernos silencien un delito contra la humanidad amparados en razones de política interna y conveniencia económica o militar regional; que no se sepa cuál fue la suerte corrida por sus víctimas, así como tampoco que no puedan establecerse responsabilidades, trascienden a la población o colectivo que resultaron víctimas y se convierten en una peligrosa señal para que actos atroces de similares características ocurran nuevamente en cualquier lugar.

Son parte de esta lucha en todo el mundo los hijos, nietos y bisnietos de quienes fueron eliminados, torturados o condenados a abandonar su patria, con el acompañamiento de innumerables personas y organizaciones que no perteneciendo a la colectividad armenia, a través de una destacable solidaridad y activo compromiso contribuyen a proseguir con renovadas energías.

Para conmemorar el centenario del genocidio se han conjugado dos verbos: *recordar* y *exigir*, proyectados en la imagen gráfica de la flor con que se transmite contundentemente un mensaje, sin distinción de nacionalidades, idiomas o religiones: *no me olvides*.

Contra la negación y el olvido, todos somos armenios. ♦

Fecha de recepción: 01-05-2015

Fecha de aceptación: 26-09-2015

El desarrollo. Continuidades y rupturas teóricas

POR NOEMÍ B. MELLADO (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Teorías de la modernización.— III. Hacia el neoliberalismo.— IV. Ampliación del concepto de desarrollo.— V. El contexto actual y los desafíos que plantea.— VI. Reflexiones finales.— VII. Bibliografía.

Resumen: El artículo realiza una revisión de los conceptos teóricos elaborados acerca del desarrollo, teniendo en cuenta los momentos específicos de su surgimiento y las dimensiones que, en su evolución, se incorporaron a esta categoría analítica. A partir de sus precursores se revisa la teoría de la modernización —crecimiento equilibrado y la contribución cepalina—, el neoliberalismo, la irrupción de los temas sociales, ambientales y de sostenibilidad, para abordar, por último, los postulados más recientes sobre el desarrollo. Se le ha dado un lugar destacado a la teoría estructuralista y de la dependencia porque, si bien ellas recibieron la influencia del pensamiento generado en otras latitudes, son las únicas originarias de América Latina que influenciaron en los debates internacionales.

Palabras clave: teorías del desarrollo - crecimiento económico - subdesarrollo - América Latina.

Le développement. Continuités et ruptures théoriques

Résumé: L'article fait une révision des concepts théoriques élaborés sur le développement, en considérant les moments spécifiques de son apparition et les dimensions qui, dans son évolution, se sont incorporées à cette catégorie analytique. C'est à partir de ses précurseurs que l'on revoit la théorie de la modernisation —la croissance équilibrée et la contribution de la CEPAL—, le néolibéralisme, l'irruption des sujets sociaux, environnementaux et de durabilité, pour aborder finalement les postulats les plus récents sur le développement. On a donné une place remarquable à la théorie structuraliste et à celle de la dépendance parce que, même si elles ont reçu l'influence de la pensée générée sous d'autres latitudes, elles sont les seules originaires de l'Amérique Latine qui ont influencé sur les débats internationaux.

Mots-clés: théories du développement - croissance économique - sous-développement - Amérique Latine.

I. Introducción

En los países latinoamericanos en general, la implementación de políticas y la formulación de estrategias para generar el “desarrollo” ha sido un tema recurrente desde los años cuarenta. Si bien, a finales de los setenta, el desarrollo desapareció de las preocupaciones nacionales e internacionales, y en su reemplazo se priorizó la inserción económica de los países, la competitividad y el funcionamiento del mercado, el debate entre crecimiento y desarrollo ha revivido en virtud de los efectos colaterales del crecimiento sobre el ambiente y la salud (Salama, 2014: 88). Se agrega que el fenómeno del subdesarrollo, con su clara expresión en la pobreza y la desigualdad, continúa como deuda en el siglo XXI, pese a más de medio siglo de estudios y propuestas.

Se generaron interesantes debates en las ciencias sociales latinoamericanas desde mediados del siglo XX por la asunción de los denominados gobiernos “progresistas o nuevas izquierdas”, e incluso

(*) Prof. Titular Ordinario de Economía Política, directora e investigadora del Instituto de Integración Latinoamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

el avance de las “nuevas derechas” en algunos países de la región, llevó a que la problemática del desarrollo recobre un lugar de importancia.

El trabajo tiene como objetivo principal examinar la evolución de las distintas perspectivas teóricas sobre esta categoría de análisis y las dimensiones que fue involucrando. Aunque como categoría se generó en los países desarrollados y fue motivo de preocupación de los organismos internacionales, América Latina contribuyó con la perspectiva del estructuralismo, los estudios sobre la dependencia y la nueva corriente neoestructuralista.

1.1. Los precursores

Al principio, el enfoque fue economicista e indistintamente se utilizaban los términos “desarrollo” y “crecimiento económico”. Sin embargo, el problema del crecimiento ya se encontraba en el pensamiento de los economistas clásicos —Adam Smith, David Ricardo, Thomas Robert Malthus, John Stuart Mill y Karl Marx— los cuales dedicaron su análisis al modo de incrementar la riqueza de las naciones. Luego, el eje se desplazó hacia temas relacionados con el equilibrio a corto plazo (Bustelo, 1999) y, entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, los neoclásicos sustituyeron la teoría clásica del “valor-trabajo” por la marginalista, en la que el valor se sustentó en la “utilidad-escasez”. Esta concepción supuso el comportamiento racional del consumidor (*homo economicus*) y la lógica perfecta del mercado.

El primero que trató la temática del desarrollo fue el economista austríaco Joseph Alois Schumpeter (1912) que la asoció al progreso económico dinamizado a través del empresario innovador y alejado de lo social. Así, la competencia schumpeteriana, basada en las innovaciones, dependió del desempeño empresarial y su efecto dinámico se circunscribió a lo económico. Posteriormente, Perroux vinculó la idea de desarrollo con la de poder, introduciendo lo social y el espacio físico. Su análisis se focalizó en los polos de crecimiento, cuyos elementos conformantes eran la industria clave, la organización imperfecta de los mercados y las economías externas espaciales (Furtado, 1982: 208).

Frente a la crisis económica internacional de los primeros años del siglo XX, la escuela neoclásica perdió gravitación por la influencia que adquirió el pensamiento teórico de Keynes. Como afirma Ornelas Delgado (2012), los neoclásicos en general identificaron las problemáticas del desarrollo con el crecimiento del valor de la producción económica que, para ellos, suponía la ocupación plena de los factores en un mercado en equilibrio estable, demostrando incapacidad para reconocer las crisis. Keynes (1936) no sólo dio explicación sobre el origen de la crisis sino que rechazó ese equilibrio general y la situación de subempleo adquirió normalidad, en donde la expansión de la demanda efectiva estimulada por el gasto público era la determinante de la inversión productiva. Con ello se dio por terminada la idea de que la economía de mercado conduce automáticamente al pleno empleo. Además, sentó las bases de lo que luego serían las teorías del crecimiento tales como “la ecuación” de Harrod-Domar (1), el “modelo de crecimiento” de Solow (2) y la de “rendimiento crecientes” de Kaldor (3).

(1) Sin abandonar la concepción Keynesiana, ambos desarrollaron de modo independiente una explicación de los determinantes de las tasas de acumulación. En su origen la teoría del británico Harrod (1939) fue una teoría del ciclo económico. Si bien fue formulada para condiciones de crecimiento de pleno empleo en una economía industrializada, se empleó para explicar los determinantes de las tasas de acumulación en los países subdesarrollados y refería a las condiciones necesarias para lograr un crecimiento sostenido teniendo como variable la inversión (Moreno Brid, 2000). Domar, de origen estadounidense (1946), reafirmó esos principios y en definitiva el modelo Harrod-Domar se vinculó con las teorías del equilibrio al utilizar elementos explicativos en un análisis a largo plazo. Relacionó al crecimiento económico positivamente con el ahorro y negativamente con la relación capital-producto. Se considera la capacidad productiva como una variable a largo plazo y para garantizar el equilibrio no basta con el volumen de ahorro, sino que es preciso la total utilización de la capacidad productiva, incrementada a través de las nuevas inversiones.

(2) Solow (1956) criticó al modelo anterior y sostuvo el crecimiento estable, a largo plazo, con una tasa de expansión de pleno empleo. La renta per cápita dependía de la relación capital-trabajo y del ritmo del progreso técnico, cuanto mayor era la tasa de progreso técnico y más elevado el nivel de capitalización, mayor sería la renta per cápita de la economía. Aunque sostuvo que a medida que se incrementaba el stock de capital por trabajador, el producto per cápita aumentaba a tasas menores.

(3) Kaldor (1961) trabajó con Myrdal en el desarrollo del concepto causación circular acumulativa y se concentró en las relaciones de oferta y demanda en el sector manufacturero. Desacreditó la teoría del equilibrio general porque su-

Después de la Segunda Guerra, con la independencia de los antiguos territorios coloniales de Asia y África y la creación de la CEPAL, se instaló al desarrollo en el debate teórico económico de entonces. Surgen una serie de nuevos conceptos derivados de diferentes autores —Adelman, Singer, Prebisch, Rostow, Kaldor, Nurkse, Lewis, Rosentein Rodan, Myrdal— englobados en lo que se conoce en la literatura como la “teoría de la modernización”, frente a la incapacidad analítica de la teoría keynesiana y neoclásica para enfrentar los problemas de los países subdesarrollados.

Comenzó a imponerse la idea de que los países debían avanzar hacia su modernización al estilo de los desarrollados y el crecimiento pasó a ser su eje central, encaminando los estudios a desentrañar los obstáculos del desarrollo y los problemas de crecimiento. Se lo definió como “un proceso mediante el cual la renta nacional real de una economía aumenta durante un largo periodo de tiempo” (Adelman, 1961) y, al equipararse desarrollo con crecimiento, el que suponía un aumento sostenido de la renta o PIB *per cápita*, se desatendió los efectos distributivos y sociales.

II. Teorías de la modernización

En esta línea se diferencian dos visiones: por un lado, la teoría ortodoxa asociada al crecimiento económico por la cual el subdesarrollo era un problema de atraso respecto de las estructuras desarrolladas y, por otro, la heterodoxa que planteó al subdesarrollo como producto de la inserción desventajosa de estos países en el sistema capitalista mundial (Bustelo, 1999).

II.1. El crecimiento equilibrado y su crítica

En virtud de este enfoque, las discontinuidades en el proceso de desarrollo necesitan de esfuerzos equilibrados y en gran escala para echar andar una economía, esto es, evitar desequilibrios en el suministro o en garantizar una demanda diversificada (Schiavo Campo-Singer, 1977: 66).

Así, Rosentein Rodan destacó la indivisibilidad de la demanda y la necesidad de un “gran impulso”, en virtud de que los actos aislados de inversión eran improductivos por el reducido tamaño del mercado interno. El círculo vicioso se rompía con el impulso simultáneo de un conjunto de emprendimientos en una gama variada de industrias, para que las nuevas pudieran ser clientes entre sí, esto es aprovechar la complementariedad productiva por la creación de mercados mutuos y convertir las economías externas en beneficios internos. Sin embargo, sugirió la acción estatal al sostener que “el total de la industria a crearse debe tratarse y planearse como una enorme firma o fondo” (Rosentein Rodan, 1973: 204).

Por su parte, Nurkse (1953: 13) afirmó que la pobreza se exteriorizaba a través de círculos viciosos (4) y suponía “una constelación circular de fuerzas que tienden a actuar y reaccionar una sobre la otra en tal forma que mantienen al país pobre en un estado de pobreza”. Sus determinantes eran las discontinuidades

ponía los rendimientos constantes, cuando las actividades manufactureras estaban sujetas a rendimientos crecientes y tendía a polarizarse en ciertos “puntos de crecimiento” que llevaría a diferenciar áreas ricas y pobres. Asoció el desarrollo económico con la industrialización, porque ella dinamizaba la tasa de cambio tecnológico en la economía de conjunto. La tasa de crecimiento del sector manufacturero incidía sobre la tasa de crecimiento económico ya que el aumento de la productividad de ese sector llevaría a aumentar la productividad del resto de los sectores.

(4) El concepto es retomado por Myrdal con el principio de causación circular acumulativa como idea básica de su explicación. Se centró en: la muy grande, sostenida y creciente desigualdad económica que existe entre los países desarrollados y los subdesarrollados (Myrdal, 1957: 7-8). Para explicarla, se debía evaluar los posibles “efectos impulsores” de carácter centrífugo provocados por los centros en expansión económica hacia otras regiones, como los “efectos retardadores”, es decir, aquellos que intensificaban los desequilibrios. Su análisis no partió de los supuestos del equilibrio estable ya que se lo consideró inestable porque cualquier cambio en las fuerzas iniciará un movimiento acumulativo ascendente o descendente. Las desigualdades internacionales eran producto del comercio internacional puesto que el efecto positivo de éste al fomentar la producción de productos primarios se encontró con una demanda inelástica en los mercados de exportaciones y con una gran fluctuación de precios. De este modo, el fomento de la producción primaria para la exportación reproducía aquellas “fuerzas que mantienen el estancamiento y la regresión”. La débil difusión del impulso expansivo con origen en los países desarrollados “son sólo un reflejo de los débiles efectos impulsores hacia el interior de los mismo países subdesarrollados, causados por los bajos niveles de desarrollo que han obtenido”.

de los bienes de capital y la inelasticidad de la demanda, superable por un proceso de industrialización a gran escala. Subrayó la importancia del ahorro y la formación del capital, la productividad y los tipos de consumo en el desarrollo económico. Sostuvo que, en los países en desarrollo, la mayor dificultad se encontraba en movilizar el ahorro para la inversión por el “efecto de demostración” producto de la creación de nuevas necesidades y del aumento del consumo a medida que aumenta el ingreso, no contribuyendo al ahorro y a la inversión. Esta situación se agudizaba por el contacto con los países desarrollados —sea por el comercio internacional o la inversión extranjera— que creaba un tipo de consumo en pos de esos países. El desarrollo era factible si la comunidad tomaba conciencia del capital, ahorrando por su cuenta y apreciando el beneficio de las inversiones en actividades industriales y los gobiernos desempeñaban un rol activo en esa movilización del ahorro interno y en la formación del capital.

También Lewis se basó en la industrialización y analizó el crecimiento como el incremento de la producción económica —de bienes y servicios— por habitante, asociando al desarrollo con un incremento en el capital por habitante. No creía en la existencia de etapas del desarrollo por las que debían pasar forzosamente todos los países y dirigió su indagación a los cambios ocurridos en los países más ricos aunque “pueden esperarse que se repitan en los más pobres, si es que estos se desarrollan” (Lewis, 1955: 18). Argumentó que en situación de oferta ilimitada de trabajo como la de los países en desarrollo, se posibilitaba la expansión de nuevas industrias y del empleo. Esa oferta infinitamente elástica se daba en aquellos países en que la población era tan numerosa con relación al capital o los recursos naturales que la productividad marginal de trabajo era nula o negativa. En estos, la agricultura tenía mayor importancia que la industria y por su baja productividad absorbía la mayor parte de la población activa, a diferencia de los desarrollados (224). De esta forma, ese sector transfería excedentes de mano de obra de baja productividad a las actividades industriales urbanas de mayor productividad, permitiendo que haya ahorro, inversión y empleo por el mayor aumento de la demanda de trabajadores sin que se produjeran tensiones salariales.

Conforme a Rostow (1960), el desarrollo era el objetivo a lograr después de cumplir con las etapas (5) que reproducirían la experiencia de industrialización de los países occidentales. Su énfasis se puso en la acumulación del capital físico. En consecuencia, si las inversiones productivas faltaban o eran insuficientes, se requería de la ayuda en forma de capital, tecnología y experiencia convirtiendo a la industrialización como vía para que los países subdesarrollados crecieran y modernizaran sus economías, como también los patrones de consumo y producción.

Los postulados del desarrollo equilibrado fueron criticados por Hirschman admitiendo la posibilidad de lograr un crecimiento en desequilibrio con la adopción de mecanismos de inducción de la inversión “el desarrollo no depende tanto de saber encontrar las combinaciones óptimas de recursos y factores de producción dados como de conseguir, para propósitos de desarrollo, aquellos recursos y capacidades que se encuentran ocultos, diseminados o mal utilizados” (1958: 17). La “capacidad de inversión” fue el elemento fundamental y dependía del tamaño del mercado. Los obstáculos al desarrollo derivaban del problema para canalizar los ahorros existentes o potenciales hacia las oportunidades productivas. Las complementariedades productivas surgían de los vínculos interindustriales, “hacia adelante o hacia atrás”, de las inversiones en la fabricación de productos intermedios hacia la inversión en la industria que los utilizaba o viceversa (Schiavo Campo-Singer, 1977: 73). Esto es, en el establecimiento de una nueva industria los eslabonamientos “hacia adelante” derivaban del efecto de la demanda generada sobre

(5) El punto de partida, según Rostow, era la sociedad tradicional cuya estructura se desarrolló dentro de una serie limitada de funciones de producción con predominio de la agricultura de subsistencia. Luego las precondiciones para el despegue, proceso de transición en el que se desarrollaron las condiciones previas para el impulso inicial. La tercera, la del impulso inicial o despegue el sector industrial impulsó a los demás con un incremento importante de la inversión. La cuarta era la del impulso hacia la madurez: se apoyaba en la tecnología moderna y el progreso era sostenido permitiendo producir internamente los bienes importados. Por último, la era del consumo en masa, hacia los bienes y servicios durables de consumo. Como destaca Molero Simarro (2008: 71) se consideraron cuatro condiciones básicas para que se diera el despegue: la obtención de una alta tasa de inversión productiva, el desarrollo de uno o dos sectores manufactureros que lideraran el proceso, la existencia de una estructura política, social e institucional que potenciara los impulsos de expansión del sector moderno, y la posible generación de economías externas.

el sector que le abastecería sus insumos y, los “hacia atrás”, surgían de la utilización de su producción como insumo para otra actividad. La expansión de una industria generaba economías externas que beneficiaban a otra, originando a su vez una nueva expansión en un proceso continuo de crecimiento en desequilibrio. Por tanto, se necesitaba invertir en aquellos proyectos que tenían el mayor número de vínculos totales y el Estado debía buscar los mecanismos de inducción más adecuados para promover las secuencias más eficaces (Molero Simarro, 2008: 86-88).

II.2. El pensamiento Cepalino

Frente a las concepciones económicas neoclásicas generadas en otras latitudes surgió la corriente heterodoxa de la escuela cepalina (Raúl Prebisch, Celso Furtado, José Medina Echavarría, Jorge Ahumada, Juan Noyola, Aníbal Pinto, entre otros). Criticó las categorías analíticas anteriores y, desde una perspectiva sistémica, analizó la economía mundial a partir de la concepción centro y periferia, permitiendo identificar las especificidades de las estructuras productivas subdesarrolladas, la tendencia al deterioro de los términos del intercambio (6) y superar la doctrina rostowiana de las etapas del crecimiento. Se partió de una visión global del sistema capitalista y abrió “el camino hacia la percepción de la diversidad estructural de dicho sistema” y el subdesarrollo “pasó a ser visto como una conformación estructural y no como una etapa evolutiva” (Furtado, 1982: 212-213).

Para Prebisch (1949-1952-1963) el deterioro era producto del desigual reparto de los frutos del progreso técnico, que conformó un orden económico capitalista mundial como un único sistema de relaciones económicas. En este sistema, la periferia se relacionó de forma parcial y subordinada a los intereses de los centros, produciendo un desigual nivel de ingreso, productividad y estructuras productivas de los polos. Como los países periféricos no habían sido capaces de apropiarse de los frutos del progreso técnico, ello explicaba no sólo la diferencia de los niveles de vida, sino el grado de capitalización de sus economías. Las divergencias estructurales entre el centro y la periferia incidieron tanto en el intercambio comercial como también en el atraso productivo y tecnológico, ya que en los centros es donde primero penetraron las técnicas capitalistas de producción y el progreso tecnológico, difundándose a la totalidad del aparato productivo; en cambio, en la periferia el progreso técnico entró de forma lenta e irregular. En la fase de desarrollo hacia fuera, las nuevas técnicas se implantaron en los sectores y actividades vinculadas con las exportaciones de productos primarios, de manera que el resto quedó rezagado. En esa etapa, la periferia produjo y exportó los bienes necesarios para los centros industriales y su inserción impulsó dos rasgos fundamentales en su estructura productiva: heterogeneidad estructural y especialización —estas categorías la CEPAL las revitalizó años posteriores, 2012— a diferencia de la de los centros que se caracterizó por ser homogénea y diversificada. Afirmó Prebisch (1980) que ha sido un mito la idea que la expansión del capitalismo a escala planetaria traería el desarrollo de la periferia, ya que el mercado era incapaz de generar espontánea y automáticamente un proceso de igualación de la renta a escala internacional. Además refutó las teorías económicas convencionales del comercio internacional, cuestionó la división internacional del trabajo y planteó una estrategia de industrialización selectiva y racional que permitiera acceder al avance tecnológico y aumentar la eficiencia productiva (Prebisch, 1952). Este proceso requería la participación activa del Estado y la ampliación del comercio intrarregional mediante la creación de un mercado común latinoamericano. La solución, siguiendo el argumento de la industria naciente, se encontraba en la industrialización endógena al amparo de las barreras comerciales y economías de escala para la posterior inserción en la economía internacional. Conforme a Ocampo (2011: 1-6), se trató de redefinir la articulación de América Latina con la economía mundial para que los países latinoamericanos pudieran beneficiarse del cambio tecnológico que estaba ligado a la industrialización, promoviendo asimismo la diversificación exportadora y la integración económica.

(6) Hans W. Singer publicó en 1950 en la ONU titulado *Post-war relations between under-developed and industrialized countries*, mostrando empíricamente los costes que tenía el comercio internacional para los países subdesarrollados y que los precios relativos de las materias primas habían disminuido respecto de los de las manufacturas. Su tesis y la de Prebisch se conoció como la hipótesis Prebisch-Singer, sin embargo, la de Prebisch fue anterior (1949).

En este modelo, la integración no implicaba aislamiento sino que trataba de fomentar simultáneamente el comercio intrarregional, la industrialización y el coeficiente de participación en el comercio de productos industrializados. Las importaciones extrarregionales se intensificarían a medida que lo requirieran las transformaciones de las estructuras internas de las economías, variando de tal forma la composición de las corrientes de comercio (Gurriere, 1982).

En los años sesenta, la sustitución de importaciones al igual que el crecimiento económico se estancó y la situación social se agudizó, dando lugar, por un lado, a la crítica de las concepciones sobre las etapas del crecimiento y el papel protagónico de la industrialización en el desarrollo económico (7) y, por otro, a la teoría de la dependencia como crítica al desarrollismo, al considerar al proceso de sustitución de importaciones como concentrador y excluyente, por cuanto los frutos del avance tecnológico se centralizaron en los dueños del capital, aumentando las desigualdades en la distribución del ingreso (Pinto, 1965). Asimismo, se consideró que se profundizó la vulnerabilidad externa de las economías conduciendo a una creciente extranjerización del sector industrial y a su incapacidad para absorber el excedente de mano de obra.

Para los dependentistas, el subdesarrollo no era una etapa a superar siguiendo un modelo previo sino mediante procesos históricos surgidos de las situaciones históricas concretas (Ornelas, 2012: 30). En esta concepción, la problemática latinoamericana del desarrollo estaba condicionada por ciertas relaciones internacionales de dependencia, vinculándose con: la relación centro y periferia, la interacción del capital doméstico y extranjero y la estructura de clases en la región. En definitiva, como afirma Furtado (1999), el estructuralismo latinoamericano fue una teoría de las formas de dominación que encuentra su explicación en el origen de la dependencia a la que aludieron varios científicos latinoamericanos y hoy en día se proyecta a través del neoestructuralismo (Aldo Ferrer, Osvaldo Sunkel, Luciano Tomassini, Raúl Bernal Meza).

Esta escuela a la que pertenecían, entre otros, Fernando Enrique Cardoso, Enzo Faletto, Pedro Paz, Osvaldo Sunkel, Celso Furtado, Helio Jaguaribe y Aníbal Pinto, trató de reformular la posición desarrollista de la CEPAL frente a la crisis de la industrialización sustitutiva. Cada uno de sus integrantes destacó ciertos aspectos de la dependencia. Para Sunkel (1972) la expresión clave era la “desintegración nacional” como consecuencia del capitalismo transnacional. Furtado (1970: 82) encontró como factores clave, que explicaban la perpetuación del subdesarrollo, la existencia de un núcleo con un importante avance en el proceso de capitalización, que no sólo controlaba el desarrollo técnico sino que promovía la difusión de bienes finales de consumo, imponiendo patrones de consumo en la periferia desde los países del centro. Cardoso y Faletto (1969) sostuvieron que el núcleo de la dependencia se encontraba en la interacción de los elementos internos —fuerzas económicas, sociales y políticas— con las fuerzas externas.

Asimismo, compartieron esta corriente aquellos autores que tenían una postura más radicalizada y cuestionaban el rol progresista del capitalismo en los países dependientes, tales como Theotonio dos Santos, Paul A. Baran y Samir Amin.

Dos Santos es uno de los fundadores de la teoría de la dependencia y destacó la existencia de una economía mundial jerarquizada, monopólica y competitiva en expansión como el elemento central de la acumulación de capital. En ella, se destacan las relaciones entre las burguesías de los países centrales y periféricos por la que se articulan los intereses de las estructuras internas de los países dependientes y las del gran capital internacional que ejerce una acción condicionante. Junto a Gunder Frank (1963), se anticipó a la teoría del Sistema Mundial, integrando en el análisis los conceptos de revolución científico-técnica y de ciclos de Kondratiev.

Baran afirmó que el subdesarrollo no era un retraso en el desarrollo ni una etapa previa, sino producto histórico del desarrollo del capitalismo “el dominio del capitalismo monopolista y del imperia-

(7) North, en 1959, observó la importancia que tuvo en los Estados Unidos la agricultura y la producción para la exportación afirmando que una producción exitosa de productos agrícolas y extractivos para la exportación puede ser impulsora del crecimiento económico, del desarrollo de economías externas, de la urbanización y del desarrollo industrial.

lismo en los países avanzados está estrechamente ligado al atraso económico y social de los países subdesarrollados, pues son simplemente dos aspectos distintos de un problema global” (1957: 281). Definió al capitalismo monopolista como “un sistema formado por corporaciones gigantes”; aunque reconoció otros elementos en el sistema (Baran-Sweezy, 1969: 47). Planteó como imposible, bajo la égida del capitalismo, el desarrollo de los países subdesarrollados y como solución posible propuso el establecimiento de una economía socialista planificada (293). Identificó como principal problema del subdesarrollo a la movilización del excedente económico (8) derivado de su inadecuada utilización y del traslado de parte del mismo hacia los países capitalistas más avanzados a través de diversos mecanismos. En consecuencia, los países subdesarrollados, mientras importaban capital, exportaban excedente económico. En la misma línea se inscribe Samir Amin con su teoría de la “desconexión” (9).

En la actualidad, se destaca la coexistencia de viejas y nuevas formas de dependencia. Las nuevas, se vinculan con una revolución tecnológica capaz de reestructurar todo el sistema de producción (Kaplan Marcos, 1997; Theotonio Dos Santos, 2011) mientras que las viejas resaltan la dependencia financiera (Tavares-Gomes, 1998). Las condiciones de la periferia latinoamericana, con un pasado colonial (Quijano, 2003) la convirtió en región proveedora de materias primas, frente a un centro con capacidad de innovación tecnológica e institucional que perpetuarían la relación de dominación (Sunkel, 1998).

III. Hacia el neoliberalismo

Desde principios de la década de los setenta, comenzaron una serie de transformaciones de diversa naturaleza en el ámbito mundial producto de distintos factores: la crisis petrolera y sus efectos en las economías desarrolladas, el abandono de las reglas monetarias de Bretton Woods e incluso un nuevo paradigma socioproductivo (Mellado, 2002: 230) o sociotécnico (Murillo, 2008: 55), que conformó un espacio capitalista universal generando una nueva división internacional del trabajo, cuyo rasgo central fue la intensificación de la competencia entre países, regiones, sectores y actores sociales. La interdependencia de los mercados y el debilitamiento del poder estatal que tradicionalmente enmarcaba la actividad económica, produjeron cambios estructurales que se tradujeron en una creciente concentración del ingreso y un acrecentamiento de la desigualdad (Mellado, 2013: 313), implicando una ruptura con los postulados teóricos económicos del estructuralismo y dependentismo (García Delgado, 2008: 1).

En consecuencia, surgió la preocupación por los objetivos sociales del desarrollo y se promovió la lucha contra la pobreza a fin de no centrar la atención exclusivamente en la expansión de la renta *per cápita*, dando lugar a la estrategia de las necesidades básicas.

En 1975, en la Conferencia Mundial sobre Empleo de la OIT, se definió las necesidades básicas como nivel de vida mínimo —alimento, vivienda y vestido, acceso a servicios públicos de educación, sanidad, transporte, agua potable y alcantarillado—, empleo adecuadamente remunerado y derecho a participar en decisiones que afecten la forma de vida y a vivir en un ambiente sano, humano y satisfactorio (OIT, 1976; Streeten, 1979). Sin embargo, esta perspectiva teórica recibió una embestida por la corriente neoclásica de los años ochenta constituyéndose nuevamente en la tendencia dominante en los estudios económicos, desapareciendo el tema del desarrollo de las preocupaciones nacionales e internacionales.

(8) Lo definió como “la diferencia entre lo que una sociedad produce y los costos de esa producción.” Su magnitud se medía “por un índice de productividad y de riqueza de la libertad que tiene una sociedad para alcanzar las metas que se ha fijado a sí misma” (Baran-Sweezy, 1969: 13).

(9) Desde el marxismo realiza un análisis del modo de producción capitalista utilizando el concepto de acumulación autocentrada para diferenciar la dinámica entre el modo de producción capitalista del centro y la de la periferia, elemento clave en su teoría del desarrollo desigual (1973). El modo de producción capitalista era un sistema único o mundial polarizante. Como el capitalismo desarrollado utilizaba al subdesarrollado para expandirse económicamente y maximizar sus ganancias, era necesaria la desconexión del sistema internacional que perpetuaba la dependencia económica. La desconexión “era el lógico resultado político del carácter desigual del desarrollo del capitalismo” y es una condición “necesaria para cualquier avance socialista tanto en el Norte como en el Sur” (1988: 13-14).

Se difundió la idea de la interdependencia mundial y de dar apoyo a un ambiente internacional liberal (Banco Mundial, 1979: 2) como estrategia defensiva contra posibles alineamientos de los países del Tercer Mundo, en virtud de la influencia que alcanzaron en la economía internacional, sobre todo durante la crisis del petróleo, que llevó a pugnar por un Nuevo Orden Económico Internacional (10).

La apertura económica fue la opción principal de desarrollo y se transformó el modelo de acumulación de una lógica productiva hacia una especulativa-financiera. A raíz de esto, se planteó la eficacia del mercado como mecanismo de asignación de los recursos con la consiguiente crítica a las distorsiones provocadas por la intervención del Estado en su funcionamiento y en la actividad económica, con afectación de la eficiencia por la asignación subóptima de los recursos.

A este cuadro de situación se sumó la crisis de la deuda externa que originó las políticas de estabilización y ajuste estructural en Latinoamérica. Por ello, se derivaron dos posiciones teóricas: una neoestructuralista por la revitalización de los principios de la CEPAL y su crítica a las políticas de estabilización y ajuste (Rosales y Sunkel); otra, como una nueva ortodoxia sobre los estudios del desarrollo desde un enfoque neoclásico (Bela Balassa *et. al.*, 1987; Ian Malcolm David Little, 1982; Krueger Anne, 1985), criticando la intervención del Estado y las estrategias de industrialización por sustitución de importaciones.

Tras la caída del muro de Berlín, con el advenimiento del neoliberalismo a nivel mundial, el eje se concentró en la inserción externa de las economías, la competitividad, la apertura comercial, el predominio de las virtudes del mercado y la reivindicación del Estado mínimo, constitutivo de un paradigma único para la economía capitalista que orientaría las políticas de los gobiernos de países subdesarrollados, plasmado en el Consenso de Washington (Williamson, 1989).

La ideología de ese entonces tuvo como precursores a Friedman (1962), con su teoría sobre las virtudes del funcionamiento libre del mercado como única fuente de riqueza y la libertad económica como condición para la libertad política, y a Hayek (1960) con su teoría del “Estado mínimo”. Ambos revitalizaron al liberalismo económico en el sentido que los individuos buscan el interés personal en sus actividades económicas y de la suerte de ellas depende el futuro económico de los países. Estas ideas se proyectaron mundialmente y, en ese marco, las economías nacionales emprendieron el camino hacia sistemas económicos abiertos e interdependientes, convirtiendo al mercado latinoamericano en un área de expansión del comercio y las finanzas de las economías desarrolladas.

Se asoció el incremento de las exportaciones y el crecimiento económico, aunque posteriormente se demostró que el libre comercio por sí solo puede incluso ser perjudicial sobre el crecimiento económico (Dingemans y Ross, 2012). Se sostuvo que la lógica de la economía conduce al bien común, pues la libre acción o autorregulación de los mercados asegura una asignación óptima de los recursos, los agentes económicos operan con una estricta racionalidad de medios y fines, en tanto que la distribución del ingreso ocurre por arrastre y como efecto del derrame. Sin embargo, los estudios de Astorga, *et al.* (2003 y 2005) demostraron que indicadores tales como esperanza de vida, trayectoria del PBI *per cápita* y alfabetización, tuvieron un mejor desempeño en el período 1940/1980 que en el período neoliberal.

Paralelamente, la CEPAL incorporó el *regionalismo abierto* en el debate teórico latinoamericano mediante la publicación de su tesis sobre el tema, tratando de conciliar la interdependencia emergente de los acuerdos de carácter preferencial y la impulsada por el mercado resultante de la liberalización comercial. La integración sería un complemento de las políticas aperturistas tendientes a promover una mejor inserción en la economía mundial (Mellado, 2009: 25).

Estas transformaciones acontecieron en el contexto de los procesos de globalización y regionalización, los cuales se convirtieron en centro de debate.

(10) La Declaración sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en mayo de 1974 (A/RES/3201). También aprobaron el Programa de Acción (A/RES/3202) y en el mes de diciembre la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

A mediados de los años noventa, en América latina ese modelo entró en crisis por sus propias contradicciones y sus efectos en lo socio-económico y, en algunos casos, en la gobernabilidad.

IV. Ampliación del concepto de desarrollo

Las problemáticas emergentes como producto de las políticas aplicadas en los años noventa, llevó a que en el seno de la Organización de Naciones Unidas —ONU— se alcanzaran una serie de acuerdos sobre temas sociales. Por primera vez, se discutió al más alto nivel político asuntos del desarrollo social en la Cumbre Mundial de Copenhague (ONU, 1995). Su declaración reconoció no sólo que el ser humano debe estar en el centro de las estrategias de desarrollo, sino también la importancia de la política social, identificándose tres elementos substanciales del desarrollo social: la pobreza, el empleo productivo y la integración social (Mellado, 2013: 314). El entorno propicio para el desarrollo social a que refirió el compromiso tuvo una perspectiva nacional y una externa. En cuanto a la primera, las acciones apuntaron, en definitiva, a ampliar el mercado a los menos favorecidos, articulándose con las estrategias a escala internacional de liberalización del comercio e inversiones y los nuevos temas en debate en el ámbito multilateral de comercio. En cuanto al externo, apuntó principalmente a la: movilización de nuevos recursos financieros, aumento de la estabilidad financiera, liberalización del comercio y acceso más equitativo de los países en desarrollo a los mercados mundiales, inversiones y tecnologías productivas (Mellado, 2013: 315).

Con relación a la erradicación de la pobreza, se enfatizó en sus aspectos multidimensionales y en la elaboración de estrategias nacionales y locales. Se estableció mejorar el acceso a los recursos productivos, infraestructura y asegurar la atención a las necesidades humanas básicas, entendiéndose por las mismas la nutrición, la salud, el agua y el saneamiento, la educación, el empleo, la vivienda y la participación en la vida cultural y social. En lo que respecta al empleo productivo, se destacó el papel importante que jugara en la reducción de la pobreza, en la identidad humana y en el desarrollo social en general (*ibídem*).

Estos principios y objetivos se articularon con el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo —PNUD— cuyo informe sobre “Desarrollo Humano” reflejaba el desempeño de una sociedad en tres ámbitos esenciales de la vida: salud, educación e ingresos, considerando la ampliación de las opciones de los individuos y las personas como central (PNUD, 1990). Las dos primeras dimensiones expresaban las condiciones básicas para garantizar un nivel de vida digno y la última muestra la disponibilidad de recursos para adquirir bienes y servicios (11). Esta perspectiva se inspiró en el enfoque “de capacidades” desarrollado por Amartya Sen (2001) y el de las “necesidades básicas” de Streeten y es producto de un acercamiento entre las teorías ortodoxas y heterodoxas, abandonando la interpretación economicista para asumir una concepción más compleja y multidimensional del desarrollo, en la que adquieren una mayor relevancia los aspectos sociales y en la que el ser humano pasa a ser el protagonista y destinatario del proceso de cambio. El objetivo del desarrollo, por tanto, debería crear un entorno que facilitara a las personas disfrutar de una vida larga, saludable y creativa (Anand y Sen, 2003). Al cobrar la pobreza nuevos significados, remitió al concepto de desigualdad como el factor fundamental que la acarrea, además de reducir “*el impacto positivo que ejerce el crecimiento en la lucha contra la pobreza*” (Banco Mundial, 2004) ya que una alta desigualdad tiene efectos negativos para el crecimiento económico, tanto en su ritmo como en su sostenibilidad (Bourguignon-Ferreira-Walton, 2006; Berg y Ostry, 2011).

Pese a ello, a fines del siglo XX, se potenciaron las tendencias estructurales hacia la desigualdad y concentración de la riqueza (CEPAL, 2012a: 16) y se reformuló el desarrollo atendiendo a las nuevas

(11) Entre 1990 y 2009, este indicador se calculó sobre la base de la tasa de alfabetización y de escolarización bruta, la esperanza de vida al nacer y el producto interno bruto (PBI) per cápita. Además, con el objetivo de ampliar la base de indicadores para analizar el estado del desarrollo en un país, se incorporaron sobre salud, bienestar, medioambiente, educación, economía y género. En el año 2010, se introdujeron modificaciones al cálculo del índice por el que se sustituyó el PIB per cápita por el Ingreso Nacional Bruto —INB— per cápita y la tasa de alfabetización y de escolarización bruta por los años de educación promedio del adulto y los años esperados de instrucción del niño, aunque mantuvo la misma estructura en cuanto a las dimensiones (PNUD, 2010).

cuestiones sociales —nivel global, regional, nacional— y a la dinámica de las sociedades involucradas, dando lugar a visiones más complejas. Así, en 2000, los Estados Miembros de la ONU celebraron un nuevo acuerdo a nivel mundial para el desarrollo, reflejado en la Declaración del Milenio (2005). Entre los temas de tratamiento colectivo se destacó el desarrollo y la erradicación de la pobreza (A/RES/55/2). Entre los ocho objetivos fijados, se resolvió reducir la pobreza a la mitad para 2015; reducir también a la mitad la proporción de personas sin acceso a agua potable; establecer la enseñanza primaria universal para el año 2015 e igual acceso a todos los niveles de enseñanza y elaborar estrategias que proporcionen a los jóvenes de todo el mundo la oportunidad de encontrar un trabajo decente.

En la nueva terminología, los instrumentos para resolver el problema de la pobreza en Latinoamérica tienen como eje proveer lo esencial, pero no a todos sino a los extremadamente pobres y a los más vulnerables. A cambio de ello, deben cumplir ciertas condicionalidades como trabajo gratuito y estilos de disciplina vinculados a la idea de capital humano o social, con lo cual estas intervenciones se centran en los programas de transferencias condicionadas —PTC—, tales como el de Jefas y Jefes de Hogar en Argentina, la Bolsa Familia en Brasil y el Progreso en México. Se trató de aumentar los niveles de consumo de las familias a través de transferencias monetarias y no monetarias y fortalecer el capital humano para romper la reproducción intergeneracional de la pobreza (CEPAL, 2009: 30) ya que sus causas derivan de la carencia de capacidades individuales o de los hogares.

Aunque las estrategias emprendidas no lograron los resultados esperados (ONU, 2005), el “desarrollo sostenible” (12) en sus aspectos económicos, sociales y ambientales pasó a ser un elemento fundamental del marco general de las actividades de la ONU (A/Res/60/1).

El informe Brundtland (1987) denominado originalmente “Nuestro Futuro Común”, junto al de Maurice Strong de 1992, otorgaron a la dimensión ambiental un papel fundamental, institucionalizando el concepto de “desarrollo sostenible”. El PNUD (1998) combinó ese concepto e con el de desarrollo humano, convirtiéndolo en el “enfoque de desarrollo humano sostenible”. El Banco Mundial (2001) adhirió a este concepto e introdujo varias dimensiones: sociales, económicas, ambientales y políticas para fomentar la igualdad de las oportunidades.

Se asistió así a una reformulación de la concepción misma del desarrollo —que acentuó su componente ético—. En el documento final de la Conferencia de la ONU sobre Desarrollo Sostenible (ONU, 2012) se expresó que la erradicación de la pobreza es el mayor problema que afronta el mundo y que “es necesario liberar con urgencia a la humanidad de la pobreza y el hambre”. Por tanto, las políticas activas del Estado pasan a ser un factor fundamental en las estrategias de desarrollo.

V. El contexto actual y los desafíos que plantea

El siglo XXI nace en un escenario de incertidumbre, ya que la crisis económico-financiera internacional se expandió al conjunto de la economía mundial. Mientras se observa un decaimiento de la capacidad económica de EE.UU. y de Europa, el fenómeno muestra su complejidad tanto en su intensidad como en sus diferentes dimensiones y correlaciones con otras tendencias críticas como la medioambiental, energética y alimenticia.

Este marco nos enfrenta a diversos retos políticos, económicos, sociales y estratégicos que plantean las relaciones internacionales de estos tiempos. En la coyuntura mundial se destaca el fortalecimiento de algunas economías llamadas emergentes como Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica (BRIC, IBAS); los impactos de la crisis, particularmente en los países centrales; los resultados insatisfactorios de la Ronda de Doha, a lo que se suma una red de relaciones bajo diferentes formatos que confluyen en los

(12) En el Informe Brundtland (1987) presentado ante la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo de la ONU lo definió, por primera vez, en los siguientes términos: satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades. Posteriormente se receptó en: la Agenda 21 y en la Declaración de Río de Janeiro (1992) sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.ht>.

Tratados de Libre Comercio (TLC). Se diseña así la interacción comercial y económica entre países, producto de la mundialización económica que fragmentó la producción de bienes y cada eslabón de la cadena busca el lugar más competitivo para desarrollarse. Este contexto en el que existen nuevas tensiones surgidas de la esfera transnacional, en la que se desarrollan las actividades económico-financieras y operan nuevos actores, y la nacional; invita a repensar las estrategias globales y regionales de inserción que no se agotan en el crecimiento de las exportaciones sino en los impactos sobre la estructura productiva que permitan superar la reprimarización de nuestras economías.

En América Latina, subsiste un patrón de inserción internacional que conduce a una especialización empobrecedora basada en materias primas y poco diversificadas; una alta heterogeneidad de la estructura productiva y una persistente concentración en la distribución de ingresos y de riqueza con elevados índices de desigualdad. La CEPAL (2012) (13) sostiene:

“La heterogeneidad estructural constituye un elemento central a tener en cuenta en la formulación de políticas que tengan como objetivo armonizar el aumento del crecimiento y la igualdad. Los ingresos de los trabajadores son un eslabón fundamental que vincula la heterogeneidad estructural y la desigualdad del ingreso” (CEPAL, 2012: 212).

Las características de la estructura económica y social latinoamericana enunciadas se encuadran dentro de un marco regional de expansión económica —aunque con fluctuaciones en su tasa de crecimiento: 4% anual entre 2003/2008, 2,9% en 2012 y 2,7% en 2013— debido al *boom* de las *commodities*, a la mejora en los términos del intercambio y a que India y China se han consolidado como socios estratégicos tanto en inversiones como en el comercio. El aumento de estos vínculos no ha significado una mejora en la calidad de la inserción comercial de la región en la economía global en cuanto a modificaciones en la estructura productiva (Rosales y Kuwayama, 2012). En consecuencia, se plantean desafíos y oportunidades.

Pese a los argumentos a favor de las políticas de gobierno activas, los gobiernos latinoamericanos en general muestran una marcada preferencia por una mera especialización en las ventajas comparativas estáticas —conforme al enfoque Ricardiano del comercio internacional—. En efecto conforme a la CEPAL (2014) sólo el 19,2% de las exportaciones totales de bienes de América Latina y el Caribe participa en el comercio intrarregional. En las exportaciones totales predominan los productos primarios, un 20,4% de ellas se dirigen a otro país de la región y el 37,9% al resto del mundo. Estos datos son elocuentes y llevan a decir a Salama (2014: 92) que los gobiernos de la región no aplican estrategias integrales de desarrollo económico sino que la reprimarización económica les permite financiar su gasto público y reforzar el peso de los sectores rentísticos.

Desde el punto de vista teórico, la perspectiva neoclásica continúa estando vigente tanto en sus postulados centrales como en la definición de las políticas, no obstante su evolución. Desde el enfoque del institucionalismo económico se incorporó el factor tiempo en la dinámica económica esto es “el desempeño diferencial de las economías a lo largo del tiempo” (North, 1995: 13). Asimismo, introdujo la teoría de los juegos cooperativos para ampliar los supuestos neoclásicos respecto de las conductas de los consumidores y productores, enfocando el análisis en los costos de transacción asociados a la ausencia o insuficiencia de los derechos de propiedad. Explica el desarrollo y subdesarrollo sobre la base de la evolución y cambio de las instituciones económicas y políticas, también cómo ellas influyen en los costos de transacción y producción. Define a las instituciones como “las reglas de juego en una sociedad (...) son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana (Ibídem). Su función principal es reducir la incertidumbre para establecer una estructura estable de la acción humana. Desde esta visión, en la organización institucional económica de la región predomina una visión tecnocrática y fuera del control democrático (Ocampo, 2011).

(13) La CEPAL (2012: 212) destaca dos características particulares de la estructura económica y social de la región: la alta heterogeneidad de la estructura productiva y los elevados niveles de desigualdad en diversos ámbitos que suelen resumirse en elevados índices de desigualdad de los ingresos.

VI. Reflexiones finales

Las continuidades y rupturas en la teoría sobre el desarrollo y la contribución histórica de la CEPAL a este debate sugieren las siguientes reflexiones: se continúa con la preocupación de los problemas ambientales, del desarrollo humano y sostenible y de la inserción internacional, pese a la renovación de los postulados cepalinos. Las ideas de Prebisch en la comprensión de la realidad actual tienen particular significación por su “percepción del desarrollo como una dinámica de las estructuras de la producción de bienes y servicios y de la ocupación de la fuerza de trabajo” y por superar los enfoques reduccionistas al sostener que el análisis de los fenómenos económicos “ha de insertarse en el de un marco más amplio de fenómenos sociales y políticos” (Rodríguez, 2001: 41). Por tanto, se requiere de políticas activas en el campo tecnológico y productivo que permita superar la especialización de la economía con base en las ventajas comparativas estáticas. Asimismo, la heterogeneidad estructural y la desigualdad del ingreso han perdurado pese a las políticas sociales implementadas que no lograron vencer a la desigualdad ni a las causas de generación de la pobreza.

El desarrollo como categoría analítica plantea una serie de interrogantes como alternativa de estudio, la que se caracteriza por la diversidad de temáticas y posiciones que, en última instancia, responden a los retos de las transformaciones ocurridas en la economía mundial y a la vigencia de una concepción neoclásica del desarrollo.

VII. Bibliografía

ADELMAN, Irma (1961). *Theories of economic Growth and Development*, Stanford: Stanford University Press.

ÁLVAREZ LEGUIZAMÓN, Sonia (2005). “Los discursos minimistas sobre las necesidades básicas y los umbrales de ciudadanía como reproductores de la pobreza”, EN: ÁLVAREZ LEGUIZAMÓN, Sonia (comp.), *Trabajo y producción de la pobreza en Latinoamérica y el Caribe: estructuras, discursos y actores*, Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).

ANAND, Sudhir y SEN, Amartya (2003). “Concepts of human development and poverty: A multi-dimensional perspective”, EN: FUKUDA-PARR, Sakiko y KUMAR, A. K. Shiva (orgs.), *Readings in human development. Concepts, measures and policies for a development paradigm*, Nueva York: Oxford University Press, ps. 204-219.

ASTORGA, Pablo; BÉRGES, Ame y FITZGERALD, Valpy (2003). “Productivity growth in Latin America during the twentieth century”, EN: *Discussion Papers in Economic and Social History*, Universidad of Oxford, diciembre, p. 52.

ASTORGA, Pablo; BÉRGES, Ame y FITZGERALD, Valpy (2005). “The standard of living in Latin America during the twentieth century”, EN: *The Economic History Review*, vol. 58, nro. 4, EE.UU., noviembre, ps. 765-796.

BALASSA, Bela; BUENO, Gerardo M.; KUCZYNSKI, Pedro Pablo y SIMONSEN, Mario Enrique (1987). “Hacia una renovación del crecimiento económico en América Latina”, EN: *Ciencias Políticas. Revista Trimestral para América Latina y España*, nro. 7, Colombia, II Trimestre de 1987, ps. 17-42. Disponible en: www.icpcolombia.org (última consulta: 3/12/2014).

BANCO MUNDIAL —BM— (1979). *Informe sobre el desarrollo mundial*, Washington.

BANCO MUNDIAL —BM— (1997). *Informe sobre desarrollo mundial*, Washington. Disponible en: www.worldbank.org (última consulta: 5/11/2013).

BANCO MUNDIAL —BM— (2001). *World Development Report 2000/2001, Attacking Poverty, Published for the World Bank*, Oxford University Press, Nueva York. Disponible en: <http://www.ssc.wisc.edu/~walker/wp/wp-content/uploads/2012/10/wdr2001.pdf> (última consulta: 5/11/2013).

BANCO MUNDIAL —BM— (2004). *Informe sobre el desarrollo mundial*, Washington. Disponible EN: www.worldbank.org (última consulta: 5/11/2013).

BARAN, Paul A. (1957). *The Political Economy of Growth*, Nueva York: Monthly Review Press. Edición en español: *La economía política del crecimiento* (1969), 4ª reimpresión, México D.F.: Fondo de cultura Económica.

BARAN, Paul A. y SWEEZY, Paul M. (1969). *El capital monopolista*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

BERG, Andrew G. y OSTRY, Jonathan D. (2011). *Inequality and Unsustainable Growth: Two Sides of the Same Coin?*, *Imfstaff discussion note*, International Monetary Fund, abril 8 de 2011 SDN/11/08. Disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2011/sdn1108.pdf> (última consulta: 15/10/2012).

BOURGUIGNON, François; FERREIRA, Francisco H. G. y WALTON, Michael (2006). *Equity, efficiency and inequality traps: A research agenda*, Springer Science + Business Media, B.V., *published online*: 7/12/2006 Disponible en: [http://web.undp.org/latinamerica/inequality/bibliography/SESSION_FERREIRA%20BFW_JEI\[1\].pdf](http://web.undp.org/latinamerica/inequality/bibliography/SESSION_FERREIRA%20BFW_JEI[1].pdf) (última consulta: 15/10/2012).

BUSTELO, Pablo (ed.) (1999). *Teorías contemporáneas del desarrollo económico*, Madrid: Síntesis.

CARDOSO, Fernando H. y FALETTO, Enzo (1969). *Dependencia y desarrollo en América Latina*, México: Siglo XXI Editores.

CEPAL (2012). *Cambio estructural para la igualdad: Una visión integrada del desarrollo*, San Salvador, ONU, Santiago de Chile, 27 a 31 de agosto. Disponible en: http://www.eclac.cl/pses34/noticias/documentosdetrabajo/4/47424/2012-SES-34-cambio_estructural.pdf (última consulta: 15/10/2012).

CEPAL (2012a). *Panorama social de América Latina 2011*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, febrero. Disponible en: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/45171/PSE2011-Panorama-Social-de-America-Latina.pdf> (última consulta: 22/5/2012).

DINGEMANS, Alfonso y ROSS, César (2012). “Los acuerdos de libre comercio en América Latina desde 1990. Una evaluación de la diversificación de exportaciones”, EN: *Revista CEPAL*, nro. 108, CEPAL, ONU, Chile, diciembre.

DOMAR, Evsey (1946). “Capital expansion, rate of growth and employment”, EN: *Econometrica, Econometric Society*, vol. 14, nro. 2, abril, ps. 137-147. Disponible en: <https://www.econometricsociety.org/publications/econometrica/issue/1946/04/> (última consulta 20/11/2014).

DOS SANTOS, Theotonio (2011). *Imperialismo y dependencia*, Caracas: Fundación Biblioteca Aya-cucho, Colección Claves Políticas de América, p. 5.

FRIEDMAN, Milton (1962). *Capitalism and Freedom*, Chicago: University of Chicago Press.

FURTADO, Celso (1970). *Desarrollo y estancamiento en América Latina*, Buenos Aires: EUDEBA.

FURTADO, Celso (1982). “El subdesarrollo latinoamericano”, EN: *Ensayos de Celso Furtado. Lecturas*, nro. 45, 1ª edición, serie dirigida por Oscar SOBERÓN, FCE, México.

FURTADO, Celso (1999). *El capitalismo global*, México: Fondo de cultura Económica, Colección Popular, p. 559.

GARCÍA DELGADO, Daniel (2008). “Inclusión y justicia global. La nueva agenda conflictiva y el rol de la región”, EN: conferencia: *Globalization now. ¿The time of the Emerging Powers and the South-South Interdependence?*, FLACSO, Sede Argentina, Buenos Aires, septiembre.

GUNDER-FRANK, Andre (1963). *América Latina: Subdesarrollo o Revolución*, México: ERA.

- GURRIERI, Adolfo (1982). “La obra de Prebisch en la CEPAL”, EN: *Ensayos de Celso Furtado. Lecturas*, nro. 46, 1ª ed., serie dirigida por Oscar SOBERÓN, FCE, México.
- HAYEK, Friedrich Von (1960). *The Constitution of Liberty*, Chicago: The University of Chicago Press.
- HIRSCHMAN, Albert O. (1958). *The strategy of Economic Development*. New Haven: Yale University Press. Edición en español: *La estrategia del desarrollo económico* (1961), México: FCE.
- KALDOR, Nicholas (1961). *Ensayos sobre desarrollo económico*, México: Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos —CEMLA—.
- KAPLAN, Marcos (1997). “La integración internacional de América Latina: perspectiva histórica-estructural”, EN: LÓPEZ AYLLÓN, Sergio (coord.), *El futuro del libre comercio en el continente americano. Análisis y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=143> (última consulta 4/2/2015).
- KEYNES, John Maynard (1984). *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México: FCE.
- KRUEGER, Anne O. (1985). “Import substitution versus export promotion”, EN: *Financial and Development*, vol. 22, nro. 2, Washington, junio, ps. 10-13.
- LEWIS, Arthur (1964). *Teoría del Desarrollo Económico*, 3ª ed. en español, México: Fondo de Cultura Económica.
- LITTLE, Ian Malcolm David (1982). *Economic development: theory, policy, and international relations*, Nueva York: Basic Books.
- MELLADO, Noemí B. (2002). “Integración, Desarrollo y Democracia en América Latina”, EN: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas: Universidad Central de Venezuela, nro. 124, mayo-agosto.
- MELLADO, Noemí B. (2009). *MERCOSUR y UNASUR ¿hacia dónde van?*, Córdoba: Lerner Editora.
- MELLADO, Noemí B. (coord. y ed.) (2013). *Problemática del regionalismo latinoamericano en los inicios del siglo XXI*, El Salvador: Editorial Delgado, Universidad Dr. José Matías Delgado.
- MOLERO SIMARRO, Ricardo (2008). *Análisis epistemológico del surgimiento de la Economía del Desarrollo en la historia del pensamiento económico. Una crítica Postdesarrollista*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Departamento de Economía Aplicada. Trabajo de investigación pre-doctoral. Disponible en: <http://www.economiccritica.net/wp-content/uploads/2013/10/Molero-Simarro-2008-TI-Análisis-Economía-Desarrollo-Crítica-Postdesarrollista.pdf> (última consulta: 12/3/2014).
- MORENO-BRID, Juan Carlos (2000). “Roy Harrod, teórico de la dinámica económica”, EN: *Comercio Exterior*, nro. 41, México, diciembre. Disponible en: <http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/41/5/RCE.pdf> (última consulta: 22/2/2015).
- MURILLO, Susana (2008). “Producción de pobreza y construcción de subjetividad”, EN: CIMADAMO-RE, Alberto D. y CATTANI, Antonio David (coords.), *Producción de pobreza y desigualdad en América Latina*, Biblioteca Universitaria Ciencias Sociales y Humanidades, Temas para el Diálogo y el Debate, Colección CLACSO-CROP, Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- MYRDAL, Gunnar (1964). *Teoría económica y regiones subdesarrolladas*, 2ª ed. en español, México: FCE.
- NORTH, Douglas C. (1995). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, New York: Cambridge University Press.

NURKSE, Ragnar (1953). *Problems of Capital Formation in Underdeveloped Countries*, Oxford: Oxford University.

OCAMPO, José Antonio (2011). *Seis décadas de debates económicos latinoamericanos*, Secretaría General Iberoamericana —SEGIB—. Disponible en: <http://policydialogue.org/files/events/SEGIB-PNUDOcampo-final.pdf> (última consulta: 5/3/2015).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO —OIT— (1976). *Employment, growth and basic needs: A one world problem*, Ginebra: International Labour Office —ILO—.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS —ONU— A/RES/3201 (S-VI). Asamblea General, sexto período extraordinario de sesiones, mayo. Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS —ONU— A/RES/3202 (S-VI). Asamblea General, sexto período extraordinario de sesiones, mayo. Programa de Acción sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS —ONU— (1995). Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Copenhague (Dinamarca, 6 al 12 de marzo). Disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/conf166/aconf166-9sp.htm> (última consulta: 28/10/2012).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS —ONU— (2000). A/RES/55/2, Asamblea General, Quincuagésimo quinto período de sesiones, 13 de diciembre. Disponible en: Declaración del Milenio: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf> (última consulta: 15/9/2012).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS —ONU— (2005). A/RES/60/1, Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, 24 de octubre. Disponible en: <http://www.un.org> (última consulta 25/8/2012).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS —ONU— (2005). *Objetivos del Desarrollo del Milenio. Una mirada desde América Latina y El Caribe*, LC/G.2331-P, Naciones Unidas, Santiago de Chile, agosto, en <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/21541/lcg2331e.pdf> (última consulta: 25/8/2012).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS —ONU— (2012). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible*, A/CONF. 216/L.1, Río de Janeiro, Brasil, 20 al 22 de junio, Río+20. Disponible en: <http://www.un.org/es/sustainablefuture/about.shtml> (última consulta: 17/7/2012).

ORNELAS DELGADO, Jaime (2012). “Volver al desarrollo”, EN: *Problemas del desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía*, vol. 43, nro. 168, Instituto de Investigaciones Económicas UNAM, México, p. 7-35.

PINTO, Aníbal (1965). “Concentración del progreso técnico y sus frutos en el desarrollo Latinoamericano”, EN: *El Trimestre Económico*, vol. 32, nro. 125, México, ps. 3-69.

PNUD (1990). *Desarrollo Humano. Informe 1990*, publicado para el PNUD, Bogotá: Tercer Mundo Editores. Disponible en: <http://hdr.undp.org/es/content/informe-sobre-desarrollo-humano-1990> (última consulta: 17/7/2012).

PNUD (1998). *Integrating human rights with sustainable human development*, Communications development incorporated, United Nations Development Programme, January, Washington.

PNUD (2010). *Informe sobre desarrollo humano, 2010. La verdadera riqueza de las naciones: Camino al desarrollo humano*, Nueva York. Disponible en: <http://hdr.undp.org/es/content/informe-sobre-desarrollo-humano-2010> (última consulta: 17/7/2012).

PREBISCH, Raúl (1962). “El desarrollo económico de la América Latina y algunos de sus principales problemas”, EN: *Boletín económico de América Latina*, vol. VII, nro. 1, Santiago de Chile, CEPAL.

- PREBISCH, Raúl (1963). *Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano*, México: FCE.
- PREBISCH, Raúl (1973). *Problemas teóricos y prácticos del crecimiento económico*, 2ª ed., Santiago de Chile: Serie Conmemorativa del XXV Aniversario de la CEPAL.
- PREBISCH, Raúl (1980). "Prologo", EN: RODRÍGUEZ, Octavio, *La teoría del subdesarrollo de la CEPAL*, México: Siglo XXI Editores.
- QUIJANO, Aníbal (2003). *El Laberinto de América Latina: ¿Hay otra salida?*, Lima. Disponible en: <http://www.reggen.org.br/midia/documentos/olabirintodaamericalatina.pdf> (última consulta: 15/11/2014).
- ROSENSTEIN RODAN, Paul (1973). "Problemas de la industrialización de Europa oriental y sudoriental", EN: AGARWALA, A. N. y SINGH, S. P. (dirs.), *La economía del subdesarrollo*, Madrid: Tecnos, ps. 207-215.
- RODRÍGUEZ, Octavio (2001). "Prebisch: Actualidad de sus ideas básicas", EN: *Revista de la CEPAL*, nro. 75, Santiago de Chile, diciembre, ps. 41-52.
- ROSALES, Osvaldo y KUWAYAMA, Mikio (2012). *China y América Latina y el Caribe. Hacia una relación económica y comercial estratégica*, Santiago de Chile: Libros de la CEPAL, nro. 114.
- ROSTOW, Walt Whitman (1961). *Las etapas del crecimiento económico. Un manifiesto no-comunista*, México: FCE.
- SALAMA, Pierre (2014). "¿Es posible otro desarrollo en los países emergentes?", EN: *Nueva Sociedad*, nro. 250, Argentina, marzo-abril, ps. 88-101.
- SCHIAVO CAMPO, Salvatore y SINGER, Hans W. (1977). *Perspectivas del desarrollo Económico*, México: FCE.
- SCHUMPETER, Joseph A. (1967). *Teoría del desenvolvimiento económico*, México: FCE.
- SAMIR, Amin (1973). *El desarrollo desigual*, México: Nuestro Tiempo.
- SAMIR, Amin (1988). *La desconexión. Hacia un sistema mundial policéntrico*, Madrid: Editorial IEPALA.
- SINGER, Hans Walter (1950). "The Distribution of Gains Between Investing and Borrowing Countries", EN: *The American Economic Review*, nro. 40, 2, 62º Encuentro Annual de la Asociación Americana de Economía.
- SEN, Amartya (2001). *La desigualdad económica* (edición ampliada), México: FCE.
- SOLOW, Robert (1956). "A Contribution to the Theory of Economic Growth", EN: *Quarterly Journal of Economics*, vol. 70, nro. 1, Nueva York: Oxford University Press, ps. 65-94. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1884513> (última consulta: 15/11/2014).
- SUNKEL, Osvaldo (1972). *Capitalismo trasnacional y desintegración nacional en América Latina*, Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- SUNKEL, Osvaldo (1998). "Desarrollo e integración regional: ¿otra oportunidad para una promesa incumplida?", EN: *Revista de la CEPAL, CEPAL Cincuenta Años*, Naciones Unidas, Santiago de Chile: Número Extraordinario, octubre, ps. 229-242.
- STREETEN, Paul (1979). "From growth to basic needs", EN: *Finance and Development*, vol. 16, nro. 3, Estados Unidos: Fondo Monetario Internacional, septiembre, ps. 28-31.
- TAVARES, María da Conceição y GOMES, Gerson Gomes (1998). "La CEPAL y la integración económica de América Latina", EN: *Revista de la CEPAL, CEPAL Cincuenta Años*, Naciones Unidas, Santiago de Chile: Número Extraordinario, octubre, ps. 213-228.
- WILLIAMSON, John (1989). "La democracia y el Consenso de Washington", EN: *World Development*, vol. 21, Estados Unidos. ♦

Petrocaribe y ALBA-TCP: propuestas de Venezuela para una nueva integración regional y energética

POR EUGENIA C. PARDO (*) y CARMEN R. SCHAPOSNIK (**)

Sumario: I. Introducción.— II. El escenario y los condicionantes históricos venezolanos.— III. El dilema Estado-mercado.— IV. Las propuestas de Venezuela: ALBA-TCP y Petrocaribe.— V. Consideraciones finales.— VI. Bibliografía.

Resumen: La crisis de 2007-2008 inició una seguidilla de acciones especulativas en diversos mercados mundiales y sectores económicos. Ello motivó a denominarla como global por su amplitud temática, su extensión e impactos a escala planetaria. En este contexto, el ALBA-TCP y Petrocaribe fueron dos respuestas que formuló Venezuela como parte de una nueva integración regional hacia América Latina y el Caribe. Por ello el trabajo propone, sobre la base de investigaciones realizadas en el Instituto de Integración Latinoamericana de la Universidad Nacional de La Plata, realizar un análisis descriptivo-interpretativo sobre las mismas. Se verá que, si bien están signadas por la evolución de la economía venezolana, por su capacidad de producción y por el precio internacional del petróleo, habilitan nuevas discusiones sobre una base social amplia e inclusiva y a repensar hasta qué punto son necesarias dada la historia latinoamericana y caribeña.

Palabras clave: ALBA-TCP - Petrocaribe - integración regional.

Petrocaribe and ALBA-TCP: proposals for Venezuela for a new regional integration and energy

Abstract: *The crisis of 2007-2008 initiated several speculative actions in diverse world markets and economic sectors. That motivated to called it "globally", for its thematic extent and its impact all around the world. In this context, the ALBA-TCP and Petrocaribe were two answers that Venezuela formulated as part of a new regional integration towards Latin America and the Caribbean. For this reason this work proposes, on the basis of the researches made in the Institute of Latin-American Integration of the UNLP, make a descriptive and interpretative analysis on the same ones. It would reveal that, though facts are marked by the evolution of the Venezuelan economy —for its capacity of production and for the international price of the oil—, new discussions, on a wide and inclusive social base, are allow and also to rethink to what extent they are needed, given the Latin American and Caribbean history.*

Keywords: ALBA-TCP - Petrocaribe - Regional Integration.

I. Introducción

La crisis global iniciada en 2007-2008 evidenció la fragilidad de las economías denominadas “desarrolladas” frente a la presencia de mercados especulativos. Efectivamente, países que hasta entonces podían considerarse inmunes a problemas de deuda, desempleo o precariedad laboral se sumergieron en ellos; incluso las respuestas de las iniciativas de integración con distinto alcance y profundidad como la Unión Europea —UE— o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte —TLCAN— resultaron insuficientes quedando en la mira de los pueblos movilizados víctimas de los ajustes puestos en marcha.

(*) Prof. de Economía Política, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Integrante del equipo de investigación del Instituto de Integración Latinoamericana, FCJS, UNLP.

(**) Integrante del equipo de investigación del Instituto de Integración Latinoamericana, FCJS, UNLP. Docente jubilada.

En ese contexto, en América Latina y el Caribe comenzaron a gestarse proyectos de integración y distintos mecanismos para enfrentar problemas históricos estructurales y la crisis. Es el caso de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América - Tratado de Comercio con los Pueblos —ALBA-TCP— y Petrocaribe que fueron construidos bajo el impulso del gobierno de Venezuela como parte de su política exterior, los que desde ya, en su devenir y evolución no han estado exentos de las fluctuaciones del precio internacional del petróleo, las características de la economía venezolana y la tensión política doméstica.

Es por ello, que el presente trabajo realiza un análisis de ambas propuestas y del escenario en el que surgen; así como un abordaje intelectual sobre el dilema Estado-Mercado que provocan en la política de integración y energética, a fin de arribar a ciertas reflexiones. En suma, a partir de investigaciones ya finalizadas y en marcha en el Instituto de Integración Latinoamericana (1), se buscará con una perspectiva descriptiva-interpretativa discurrir sobre si habilitan a nuevas discusiones y/o a repensar la necesidad de su existencia dada la historia latinoamericana y caribeña.

II. El escenario y los condicionantes históricos venezolanos

Venezuela presenta la peculiaridad de ser una nación productora de petróleo, la cual ha definido su estilo de inserción en el contexto internacional y su matriz económica estructural. Efectivamente en el año 2012 logró ubicarse en el segundo lugar de la producción petrolera regional —detrás de México—, representando el 81% del total sus exportaciones y aportando más de un tercio de los ingresos totales necesarios para financiar el gasto público. Esto explica porque su política energética y su economía son sensiblemente dependientes a los vaivenes del sector. A propósito de ello, por ejemplo, entre los años 2003-2008 y 2010-2012, la persistencia de altos precios internacionales del petróleo motivaron la participación progresiva del Estado en las rentas del sector exportador (CEPAL, 2013).

Desde esa condición, participa activamente en organismos como Organización de los Países Exportadores de Petróleo —OPEP—, Organización de las Naciones Unidas —ONU—, Organización de los Estados Americanos —OEA—, Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe —SELA—, Comisión Económica para América Latina y el Caribe —CEPAL—, entre otros; ha establecido relaciones económicas con diversos países; conservó las que tenía con EE.UU. —principal socio comercial—; y estrechó vínculos con países como China, Rusia, India, Irán en los últimos años. De manera que el petróleo, junto a la integración latinoamericana, fue delineándose como eje de la política exterior.

Por ello y para comprender el contexto actual, conviene visualizar la evolución de la política exterior venezolana a partir del “periodo democrático” iniciado en 1958, marcado entonces por el denominado “Pacto de Punto Fijo”, sintetizado en el cuadro a continuación:

(1) En particular, el Proyecto REDFIRE V “Estrategias de inserción regional y sus efectos en la estructura económica”, capítulo “PETROCARIBE y ALBA-TCP. Dos pilares de la política energética de Venezuela hacia la región”, a cargo de las autoras; y el proyecto en marcha “Sudamérica: Estrategias de inserción regional y sus efectos en la estructura económica”.

Cuadro nro. 1: Política exterior y petrolera venezolana

Período	Gobierno	Política exterior	Política energética/ petrolera
1858-1969	Rómulo Betancourt	- Doctrina Betancourt (1960): Venezuela sólo reconoce a regímenes legitimados por elecciones democráticas.	- Venezuela participa en la creación de la OPEP (1960).
	Raúl Leoni	- Flexibilidad en aplicación de la Doctrina Betancourt. - Ruptura de relaciones con la Unión Soviética.	
1969-1974	Rafael Caldera	- Mejoramiento de las relaciones Norte-Sur. - Promoción de la unidad latinoamericana. - Acercamiento a países del Caribe. - Etapa de "nacionalismo económico" y auge del "tercermundismo". - "Pluralismo ideológico", contrario a la Doctrina Betancourt.	- Defensa de la soberanía sobre los recursos naturales. - Decreto 832/1971, establece que toda la exploración, producción, refinación, y programas de ventas de las compañías petroleras tenían que ser aprobados previamente por el Ministerio de Minas e Hidrocarburos.
1974-1979	Carlos Andrés Pérez	- Restablecimiento de relaciones con Cuba (1974). - Suspensión de relaciones con Uruguay (1976). - Sustitución del diálogo Norte-Sur por entendimiento Sur-Sur. - Participación en organización del SELA.	- Fortalecimiento de relaciones con países de la OPEP. - Petróleo como herramienta para un nuevo orden económico internacional. - Creación de PDVSA (1975). - Nacionalización de la industria petrolera (1976). ^(*)
1979-1984	Luis Herrera Campins	- Integración de Venezuela al "Grupo Contadora". - Apoyo a la dictadura argentina durante la guerra de Malvinas (1982).	- Caída de precios del petróleo (1983).
1984-1989	Jaime Lusinchi	- Se reanudan relaciones diplomáticas con Uruguay (1985). - Graves tensiones con Colombia.	
1989-1993	Carlos Andrés Pérez ^(*)	- Reedición de la Doctrina Betancourt. - Reconocimiento a ex repúblicas de la URSS. - Rol activo en la OEA. - Se estrechan relaciones con EEUU como socio estratégico. - Aplicación de recetas del "Consenso de Washington".	- PDVSA ingresa al mercado petrolero norteamericano.

Fuente: elaboración propia en base a Aguilar (2008) y sitio web oficial de PDVSA: <http://www.pdvs.com>

^(*) Con la salida de Carlos A. Pérez de la presidencia en mayo de 1993, asumen interinamente: Carlos Lepage (mayo-julio 1993) y Ramón Velázquez (julio 1993-febrero 1994).

^(**) Fue promulgada como Ley Orgánica el 29 de agosto de 1975, con vigencia desde el 1° de enero de 1976. Limita el alcance de la nacionalización en su artículo 5°: "En casos especiales y cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de cualquiera de las señaladas actividades, celebrar convenios de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada. Para la celebración de tales convenios se requerirá la previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta, dentro de las condiciones que fijen, una vez que hayan sido debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes".

1994-1999	Rafael Caldera	<ul style="list-style-type: none"> - Énfasis en la “lucha anticorrupción” para preservar la democracia. - Divergencias comerciales y político-diplomáticas con EEUU. 	<ul style="list-style-type: none"> - Programa de “Apertura Petrolera”: se da participación a empresas internacionales en los proyectos de desarrollo de la Faja del Orinoco.
1999-...	Hugo Chávez Nicolás Maduro	<ul style="list-style-type: none"> - Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). - Promoción de la integración latinoamericana y caribeña. - Robustecimiento de las relaciones Sur-Sur. - Participación en mecanismos de cooperación entre países menos desarrollados. - Enfrentamiento político y mantenimiento de vínculos comerciales con EEUU. - “Agenda social” como elemento estratégico de la política exterior. - “Alianzas estratégicas” con Irán, China y Rusia. - Retiro de la CAN. - Adhesión a UNASUR. - Creación del ALBA-TCP. - Ingreso al MERCOSUR. 	<ul style="list-style-type: none"> - Ley Orgánica de Hidrocarburos (2006), reforma parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos (2001). - Fortalecimiento de vínculos con miembros de la OPEP. - Acuerdo de Cooperación Energética de Caracas (2000), con diez países de Centroamérica y Caribe. - Acuerdo de Cooperación con Cuba: petróleo a cambio de servicios educativos y de salud. - Iniciativas de PETROSUR, PETRO-AMÉRICA y PETROCARIBE.

Evidentemente, su historia petrolera estuvo sujeta a vaivenes políticos nacionales, regionales e intereses internacionales de los que no estuvo exenta la empresa Petróleos de Venezuela —PDVSA—. Actualmente, se halla entre las cinco compañías más grandes en el negocio petrolero a escala mundial, de acuerdo con el estudio comparativo publicado el 7 de enero de 2013 por *Petroleum Intelligence Weekly*; pero, las características del crudo que extrae —“pesado” por su elevado grado de viscosidad y alto contenido de azufre—, demandan inversiones más significativas que los petróleos más “livianos”. De hecho, apenas el 45% de su capacidad de refinación está en Venezuela y la mayor proporción en el exterior.

Si bien esta industria desde sus inicios en el año 1912 estuvo en manos extranjeras, sobre todo norteamericanas, con la sanción de la ley de Hidrocarburos, en 1943 se concede un mayor poder de supervisión del gobierno junto a un reparto de las ganancias por partes iguales. Luego, se nacionalizan las reservas petroleras y en enero de 1975 se crea PDVSA como sociedad anónima con el Estado como único accionista para operar el monopolio petrolero.

La autonomía relativa fue una de sus singularidades dado que los puestos de dirección se mantuvieron sin variantes a pesar de la nacionalización. De ello resultó que, con una estructura jerárquica aliada al sector extranjero y adversa a la intervención del gobierno, debió enfrentar la crisis de la deuda del país en 1989 y las reformas neoliberales de los noventa cuando, en aquel entonces, se abre la posibilidad de participación al capital privado y consecuentemente a un nuevo reparto de la renta a la par de una disminución del poder de decisión estatal.

Recién en el año 2002 la situación comienza a revertirse, con la entrada en vigencia de la ley Orgánica de Hidrocarburos, que establece el control operativo de la empresa y la mayoría accionaria del Estado en todas las actividades primarias del sector petrolero. De modo tal que, sin prescindir de la inversión extranjera, se la ubica en un lugar complementario.

En función de ello se configuró, por ejemplo, el Plan Estratégico “Siembra Petrolera 2013-2019” sobre las líneas estratégicas contenidas en el Plan de la Patria —programa con directrices políticas, sociales, económicas y geopolíticas del gobierno bolivariano con el objetivo histórico de la defensa y consolidación de la independencia nacional—. Sobre estas bases entre sus objetivos se incluyeron:

- Redistribuir la riqueza del petróleo a la sociedad en general.
- Contribuir con propósitos clave de la política exterior venezolana, como el fomento de la cooperación integral con aliados estratégicos y la integración latinoamericana, en un contexto de transición hacia la multipolaridad.
- Garantizar la seguridad energética, incluyendo el suministro doméstico de combustible.
- Fomentar el desarrollo socio-económico a través de la industrialización y políticas de equidad social.
- Promover la soberanía tecnológica y el desarrollo de recursos humanos altamente capacitados y motivados.

A partir del año 2006, con el fin de profundizar la siembra del petróleo, la Junta Directiva de PDVSA aprobó que el 10% del monto destinado a obras y proyectos petroleros de todas sus filiales, sea dedicado a Desarrollo Social, en las áreas de educación, vialidad, salud, infraestructura de servicios y economía social, entre otros —desde el año 2011, este 10% fue direccionado para la Gran Misión Vivienda Venezuela— (PDVSA, 2013).

En el marco de este ambicioso plan, cabe preguntarse hasta qué punto será posible no sólo su cumplimiento; sino también, la construcción de un modelo de sociedad diferente a la capitalista a través del petróleo —elemento clave en el desarrollo del capitalismo más voraz—. En relación con ello, Busqueta entiende que pensar en un desarrollo alternativo sobre la base de un recurso cuya utilización está “en la base de la mayor parte de los problemas ambientales que hoy tiene planteada la humanidad representa una paradoja difícil de superar” (2006: 80-81).

Más allá de la paradoja y de la complejidad de una respuesta, no menos importante es el rol social novedoso asignado a PDVSA. Efectivamente, en el año 2013 se destinaron 33.759 millones de dólares a Misiones y Proyectos Sociales a través del Fondo Independencia 200 y otros como el Simón Bolívar para Reconstrucción Integral, el de Desarrollo Social de PDVSA, el de Asfalto y el de Empresas de Propiedad Social —EPS—, además de las contribuciones al Fondo de Desarrollo Nacional —FONDeN—, al de Desarrollo Económico y Social del País —FONDeSPa— y al Fondo Chino (PDVSA, 2013).

La cuestión es que, el contenido y el sentido de este tipo de financiamiento es coherente con las palabras pronunciadas por el presidente Hugo Chávez en abril de 2007 en la inauguración de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del ALBA-TCP: “Así como Venezuela financió durante casi un siglo con petróleo casi regalado el poder imperial, llegó la hora de que ese petróleo sirva para el desarrollo y la felicidad de nuestros pueblos y la unión de nuestro territorio” (Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería de Venezuela y PDVSA, 2013: 3).

III. El dilema Estado-mercado

En la práctica, los países que controlan los recursos y las reservas —así como las empresas petroleras poseedoras de tecnología y capital— interactúan en un mercado global incierto, dinámico y competitivo. En ese marco, los gobiernos buscan conciliar objetivos que van desde maximizar su apropiación de renta petrolera hasta atraer inversiones para desarrollar el sector, pasando por lograr el abastecimiento del mercado interno y una producción eficiente de hidrocarburos, entre otras metas de política (CEPAL, 2013).

De modo que, considerar la energía como base de un proceso de integración regional productiva y social, permitiría —como señala García Delgado— “lograr un proceso de crecimiento alto, de reindustrialización, para generar mayor valor agregado, apoyar una desconcentración en favor de las pymes y el empleo de calidad y financiamiento propio y para contribuir a crear una matriz energética diversificada y promover un regionalismo integral”. Por el contrario, si en lugar de ello se adoptara la perspectiva estratégica de los biocombustibles y la especialización en *commodities* como eje de una

inserción competitiva a nivel mundial, se correría el riesgo de generar una situación que no produzca mejoras sustanciales en las condiciones de vida del conjunto de la población, al mismo tiempo que “puede deteriorar aún más los ya injustos desequilibrios sociales, territoriales y medioambientales (aumento del precio de alimentos, deforestación indiscriminada, contaminación, etc.)” (García Delgado, 2007: 3 y 4).

Maristela Svampa inserta la segunda perspectiva en un “Consenso de los *Commodities*” —basado en la exportación de bienes primarios a gran escala, entre ellos los hidrocarburos—; en contraposición al “Consenso de Washington” —asentado sobre la valorización financiera—. Como consecuencia de ello, señala un vertiginoso proceso de reprimarización de las economías latinoamericanas hacia la consolidación de un estilo de desarrollo extractivista y la profundización de una dinámica de desposesión de recursos y territorios, “al tiempo que genera nuevas formas de dependencia y dominación” (Svampa, 2012: 19 y 20).

Por su parte, Gudynas distingue dos tipos de extractivismo: uno es el “clásico”, donde el Estado es funcional a la transnacionalización limitándose a realizar regulaciones y controles acotados; apostando con ello, a generar un crecimiento económico con “derrames” hacia el resto de la sociedad. El otro, es el “neoextractivista”, donde ubica a Venezuela, basado en la nacionalización de los recursos y continuidades con el anterior, aunque con un rol más activo del Estado —como en el caso de PDVSA—. Los gobiernos progresistas defienden este estilo sosteniendo que permite recaudar fondos utilizables en programas de lucha contra la pobreza u otros en el campo de la justicia social. “Se conforma lo que podría llamarse un ‘Estado compensador’, cuyo elemento clave son los equilibrios, para los que se utilizan varios instrumentos, entre los que se destacan las compensaciones económicas” (Gudynas, 2012: 137).

Dada su importancia y complejidad, cabe entonces preguntarse por el tratamiento que debería darse a la cuestión energética en el contexto regional. En ese sentido, para Heidrich la energía admite tres concepciones diferentes que proponen distintas alternativas de integración. La primera, como un bien político, donde es un “instrumento de reaseguro diplomático para modificar o para mantener un referente interno”; la segunda, como un bien común económico “cuando la riqueza energética es custodiada con una póliza de seguro para el resto de los sectores económicos, para mantener empleos, salarios y acceso a la energía que sean compatibles con metas políticas mayores”; y la tercera, como un bien comercial privado que “puede ser comercializado libremente por los actores privados, incluso estatales, como cualquier otra riqueza natural”. Así, según sea considerada, puede relacionarse con distintos niveles de securitización conforme las posibilidades de ser o no discutida como una política pública. Todo ello —que el autor resume en el cuadro que se reproduce a continuación— configura lo que define como “integración energética” (Heidrich, 2009: 188).

Cuadro nro. 2: Integración y energía



Fuente: Heidrich (2009:189).

Ciertamente, esto evidencia también las respuestas que la región propone a la globalización. Siguiendo a Ferrer, “buenas” son aquellas que “permiten que las relaciones externas impulsen el desarrollo sostenible y fortalezcan la capacidad de decidir el propio destino”; en tanto las “malas”, “producen

situaciones opuestas: fracturan la realidad interna, sancionan el atraso y la subordinación a decisiones ajenas". Los resultados de unas y otras son mensurables porque se reflejan en el crecimiento, el bienestar y los equilibrios económicos (Ferrer, 1999: 527).

IV. Las propuestas de Venezuela: ALBA-TCP y Petrocaribe

El ALBA-TCP y Petrocaribe surgieron en el siglo XXI bajo el impulso del gobierno venezolano, hacia América Latina y el Caribe. Se caracterizan por sostener la solidaridad y la complementación como valores esenciales y —en consonancia con ellos— desarrollar acciones, programas e instrumentos que contradicen los proyectos de integración promovidos por EE.UU. La originalidad de las propuestas y su convivencia con otras preexistentes, nos desafían a reflexionar acerca de su oportunidad y pertinencia, sus contradicciones y limitaciones, de los retos que, en suma, enfrentan.

El origen del ALBA-TCP se inscribe en el proyecto político venezolano del "Socialismo del Siglo XXI", nutrido de los ideales que movilizaron las luchas independentistas libradas a finales del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX. Como 'alternativa' al ALCA se lanza en la III Cumbre de la Asociación de Estados del Caribe —AEC— realizada en el año 2001, en cuya oportunidad el presidente Hugo Chávez Frías manifiesta la aspiración a construir un modelo que "*nos integre de verdad*" y no que "*integre a unos a expensas de la desintegración de otros*". En su discurso destaca que "se trata de retraer o de traer nuevamente un sueño que creemos posible, se trata de otro camino, se trata de una búsqueda, porque ciertamente la integración para nosotros es vital: o nos unimos o nos hundimos. Escojamos pues las alternativas" (Briceño Ruiz, 2011: 21).

La propuesta se concreta a partir de diciembre de 2004, cuando los presidentes de Venezuela y Cuba suscriben una Declaración Conjunta en la Iª Cumbre celebrada en La Habana (2). Allí afirman que "el principio cardinal que debe guiar el ALBA es la solidaridad más amplia entre los pueblos de América Latina y el Caribe", con el objetivo de construir una Patria Grande "según lo soñaron los héroes de nuestras luchas emancipadoras" (ALBA, 2004).

Según Benzi (2010), los ejes sobre los que se articula son cuatro: el energético —con Petrocaribe—; el social (3) —a través de acciones desarrolladas dentro del bloque y hacia terceros—; el económico —donde sobresalen el TCP, los convenios de intercambio compensado, los Proyectos y Empresas Grannacionales, PGN y EGN, las producciones conjuntas y obras de infraestructura, entre otros—; y el financiero —con el Banco del ALBA y el SUCRE—.

Respecto al eje energético —base del proyecto— interesa rescatar la experiencia de los acuerdos de cooperación sobre energía y petróleo firmados por el gobierno venezolano con países de América Central y el Caribe —incluyendo a Cuba como beneficiario— (4). Estos se realizaron previo a la creación de Petrocaribe, en aquel entonces una de las divisiones energéticas subregionales del proyecto Petroamérica, para alcanzar la unión energética continental sobre la base de la complementariedad y la solidaridad del ALBA-TCP. En ese sentido, se convino —entre los doce principios y bases cardinales— "la integración energética entre los países de la región que asegure el suministro estable de productos energéticos en beneficio de las sociedades latinoamericanas y caribeñas como promueve la República Bolivariana de Venezuela con la creación de PETROAMÉRICA" (ALBA, 2004, punto 8).

(2) Desde entonces se ha rectificado su denominación en dos oportunidades: la primera en abril de 2006 al sumarse Bolivia en la III Cumbre Ordinaria, que implicó anexas a la propuesta inicial el Tratado de Comercio de los Pueblos —TCP—, —basado en la complementariedad, la solidaridad y la cooperación en el comercio—; y la segunda en junio de 2009 cuando se reemplaza el nombre "Alternativa" por el de "Alianza" en la VII Cumbre Extraordinaria.

(3) La dimensión social en el ALBA-TCP, además se halla contemplada en la estructura institucional aprobada en diciembre de 2009 en la VIIIª Cumbre realizada en La Habana (Declaración conjunta, pto. 20), sobre la base de tres Consejos Ministeriales con la innovación de sumar uno conformado por Movimientos Sociales.

(4) A partir de 2003 esta política se profundizaría con nuevos acuerdos por los cuales Venezuela proveía crudos y derivados del petróleo a Cuba y ésta enviaba médicos y asesores en el área de alfabetización al primero.

Formalmente, Petrocaribe se constituyó el 29 de junio de 2005, mediante un instrumento jurídico internacional, firmado entonces por catorce países en el Primer Encuentro Energético de Jefes de Estado y/o de Gobierno del Caribe. En la actualidad la componen dieciocho Estados centroamericanos y caribeños —en su mayoría—: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Cuba, Dominica, El Salvador (5), Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, Nicaragua, República Dominicana, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam, además de Venezuela.

Evidentemente, se trata de países con grandes disparidades culturales, geográficas, económicas, sociales y de desarrollo. A ello se suma la coexistencia de posiciones diferentes sobre la integración: en tanto ciertos países han adherido al ALBA-TCP y a Petrocaribe; algunos privilegiaron los mecanismos de cooperación del primero; y otros priorizaron al segundo, tal como se observa en el esquema a continuación:

Cuadro nro. 3: Adhesión al ALBA-TCP y Petrocaribe

País	ALBA-TCP Adhesión	Petrocaribe Adhesión
Antigua y Barbuda	24/06/2009	29/06/2005
Bahamas		29/06/2005
Belice		29/06/2005
Bolivia	29/04/2006	
Cuba	14/12/2004	29/06/2005
Dominica	26/01/2008	29/06/2005
Ecuador	24/06/2009	
El Salvador		02/06/2014
Granada	14/12/2014	29/06/2005
Guatemala		13/07/2008
Guyana		29/06/2005
Haití		11/08/2007
Honduras		21/12/2007
Jamaica		29/06/2005
Nicaragua	11/01/2007	11/08/2007
República Dominicana		29/06/2005
San Cristóbal y Nieves	14/12/2014	29/06/2005
San Vicente y Las Granadinas	24/06/2009	29/06/2005
Santa Lucía	30/07/2013	29/06/2005
Surinam	6/02/2012	29/06/2005
Venezuela	14/12/2004	29/06/2005

Fuente: Elaboración propia en base a datos oficiales de ALBA-TCP y Petrocaribe.

(5) El Salvador ingresó a Petrocaribe el 2 de junio de 2014, con aprobación unánime en la XIII Reunión del Consejo Ministerial del organismo. La adhesión no fue sometida a ratificación por la Asamblea Legislativa de ese país, en virtud de considerar a Petrocaribe como un “foro” y no como un “organismo” internacional. El acuerdo que le dio origen fue ratificado por la Asamblea Nacional de Venezuela en 2006, “pero no se ha podido identificar similar ratificación en otros países firmantes” (FUSADES, 2014: 41).

Casi todos los países de Petrocaribe tienen Tratados de Libre Comercio —TLC— firmados con EEUU. Inclusive, en 2014 la Comunidad del Caribe —CARICOM— a la cual adhieren los países caribeños, profundizó el acercamiento al Acuerdo Marco de Comercio e Inversiones con ese país —TIFA— apartándose de la concepción del comercio complementario, solidario y cooperativo impulsado por el ALBA-TCP y de los Tratados de Comercio de los Pueblos —TCP— que nacieron en oposición a los TLC.

En opinión de Altmann Borbón (2009) la “sobreoferta” de iniciativas de integración genera consecuencias negativas que las debilitan, por la demanda de realización de cumbres, las dificultades de coordinación y la débil estructura institucional dada la resistencia de los países por avanzar en la supranacionalidad. Sin embargo, el solo recuento de esa oferta, nada dice sobre los cambios culturales en los que se asienta, tampoco si favorece o desfavorece a la región la competencia que puede plantearse a largo plazo, ni la asimetría de los intereses en pugna; o por caso, ignora la acción colectiva de los movimientos sociales que están contemplados en la estructura institucional del ALBA-TCP.

Respecto a su propósito, Petrocaribe va más allá de otorgar facilidades de pago al suministro de petróleo, para incluir, según la SELA (2013: 3): “i) la planificación de la política energética de los países miembros, desde la exploración y extracción hasta el transporte; ii) nuevas capacidades de refinación y almacenamiento; iii) desarrollo de la petroquímica; iv) comercialización; v) capacitación y asistencia tecnológica y vi) la creación de empresas estatales de energía en aquellos países donde no existan”.

Por otro lado, se basa en principios en sintonía con los del ALBA-TCP y en dos pilares: en primer lugar en “la solidaridad de un país superavitario en energía, como es el caso de Venezuela, con países de escasas fuentes y recursos energéticos”; y en segundo término en “el reconocimiento de las asimetrías entre países de mediano desarrollo económico relativo, como es el caso de Venezuela, y países de menor tamaño y desarrollo relativo, como lo son los países centroamericanos y caribeños beneficiarios de ese Acuerdo”.

Según Gambina (2011), la cooperación energética que propone Petrocaribe “es importante en la promoción soberana de un proyecto autónomo, lo que significa recuperar soberanía sobre los recursos naturales y disponerlos en una lógica no mercantil”; y resalta que “no existe camino a imitar en las articulaciones integradoras hegemónicas”, sino que hace falta “ensayar un nuevo camino que reconstruya el imaginario originario en nuestra América”.

V. Consideraciones finales

Más allá de la intrincada trama de acuerdos de integración y de las nuevas modalidades de asociación entre países, las iniciativas aquí analizadas no sólo interpelan a pensar en los cambios culturales que implican; sino que también proponen el desafío de construir nuevos paradigmas de integración regional.

Frente a la pluralidad de concepciones sobre la integración y la cooperación se advierte una decidida pretensión de Venezuela de dar un giro en su política energética. Con ello, emerge el conflicto entre Estado y mercado —los cambios en PDVSA lo evidencian— y las relaciones sociales que uno y otro privilegian.

La cuestión que parece dirimirse es que si la balanza se inclina por el mercado, el “cómo” avanzar quedará sujeto a la lógica excluyente y selectiva de los actores que detenten más poder en ese ámbito; en tanto con una mayor relevancia del Estado, se abre la posibilidad de discutir el sentido del sendero de desarrollo. Aunque, para ello, es imprescindible un mayor involucramiento ciudadano y la participación de organizaciones sociales representativas de los pueblos de Nuestra América.

De manera que, dados los condicionantes de la región, Petrocaribe y el ALBA-TCP animan a repensar nuestra historia para discutir nuevas alternativas de desarrollo para América Latina y el Caribe, a medida de nuestros pueblos.

VI. Bibliografía

AGUILAR, María de la Mercedes (2008). “Política exterior. Evolución histórica”, EN: *Observatorio de Venezuela* (online), nro. 1, Argentina: Centro Argentino de Estudios Internacionales —CAEI—, Disponible en: <http://www.caei.com.ar> (fecha de consulta: 1/10/2014).

ALTMANN BORBÓN, Josette (2009). “El ALBA, PETROCARIBE y Centroamérica”, EN: *Nueva Sociedad* (online), nro. 219, Buenos Aires: Nueva Sociedad. Disponible en: http://www.nuso.org/upload/articulos/3587_1.pdf (fecha de consulta: 15/12/2014).

BENZI, Daniele (2010). “¿En la hora de las definiciones? Una aproximación al ALBA al atardecer del neoliberalismo”, EN: *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, nro. 10, México, julio-diciembre. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=211015968004> (fecha de consulta: 26/10/2014).

BRICEÑO RUIZ, José (2011). “El ALBA como propuesta de integración regional”, EN: ALTMANN BORBÓN, Josette (editora), *América Latina y el Caribe: ALBA: ¿Una nueva forma de integración regional?* (online), Buenos Aires: Teseo. Disponible en: <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2012/09815.pdf> (fecha de consulta: 4/3/2015).

BUSQUETA, Josep Male (2006). “La política petrolera de la revolución bolivariana. El camino hacia la plena soberanía”, EN: *Agora. Revista de Ciencias Sociales*, nro. 15, España. Disponible en: http://www.ceps.es/webantigua/publicaciones/agora/15/agora_15.html (fecha de consulta: 3/10/2014).

FERRER, Aldo (1999). “La Globalización, la crisis financiera y América Latina”, EN: *Comercio Exterior*, vol. 49, nro. 6, México, junio. Disponible en: <http://www.eumed.net/coursecon/economistas/textos/ferrer-global.htm> (fecha de consulta: 27/10/2014).

GAMBINA, Julio (2011). *Integración Regional II. Un modelo en discusión*. Disponible en: <http://saltaintegracion.com.ar/sitiowp/?p=641> (fecha de consulta: 17/10/2014).

GARCÍA DELGADO, Daniel (2007). “La energía como clave del proceso de integración regional”, EN: *IADÉ* (online), Argentina. Disponible en: www.iade.org.ar/modules/noticias/article.php?storyid=1989 (fecha de consulta: 28/7/2014).

GUDYNAS, Eduardo (2012). “Estado compensador y nuevos extractivismos. Las ambivalencias del progresismo sudamericano”, EN: *Nueva Sociedad* (online), nro. 237. Disponible en: http://www.nuso.org/upload/articulos/3824_1.pdf (fecha de consulta: 10/6/2014).

HEIDRICH, Pablo (2009). “Modelos de integración y políticas de seguridad energética en Suramérica”, EN: *Respuestas del Sur* (online), Venezuela: Ed. Centro Internacional Miranda —CIM—, p. 185. Disponible en: <http://www.scribd.com/doc/237853273/Libro-Respuestas-Del-Sur-2008> (fecha de consulta: 2/8/2014).

SCHAPOSNIK, Carmen Rosa y PARDO, Eugenia Candelaria (2015). “Petrocaribe y ALBA-TCP. Dos pilares de la política energética de Venezuela hacia la región”, EN: MELLADO, Noemí (coord. y ed.), *Estrategias de inserción internacional e integración latinoamericana en el siglo XXI*, Argentina: Editorial Lerner, ps. 219-241.

SVAMPA, Maristela (2012). “Pensar el desarrollo desde América Latina”, EN: MASSUH, Gabriela (ed.), *Renunciar al bien común. Extractivismo y (pos)desarrollo en América Latina*, Buenos Aires: Ediciones Mardulce, ps. 17-58.

Otros documentos consultados

ALBA (2004). *Declaración Conjunta Venezuela-Cuba*, I^a Cumbre Presidencial, La Habana, Cuba (online). Disponible en: www.alba-tcp.org (fecha de consulta 20/2/2015).

CEPAL (2013). "Recursos naturales. Situación y tendencias para una agenda de desarrollo regional en América Latina y el Caribe", EN: *Publicación de Naciones Unidas LC/L.3748* (online), Chile, diciembre. Disponible en: http://www.repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35891/S2013807_es.pdf?sequence=1 (fecha de consulta: 20/2/2015).

FUSADES (2014). "Petrocaribe: Una mirada legal y política. Sus efectos en El Salvador", EN: *Serie de Investigación*, septiembre. Disponible en: <http://es.slideshare.net/FUSADESORG/petrocaribe-una-mirada-legal-y-politica-sus-efectos-en-el-salvador> (fecha de consulta: 21/3/2015).

MINISTERIO DEL PODER POPULAR DE PETRÓLEO Y MINERÍA DE VENEZUELA y PDVSA (2013). *Pensamiento Petrolero del Comandante Chávez* (online). Disponible en: <http://www.pdvsa.com/interface.sp/database/fichero/publicacion/8109/1630.PDF> (fecha de consulta: 4/3/2015).

PDVSA (2013). *Informe de gestión anual* (online). Disponible en: <http://www.pdvsa.com> (fecha de consulta: 20/2/2015).

PNUD (2014). *Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia* (online). Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014-Spanish.pdf> (fecha de consulta: 3/10/2014).

SELA (2013). "Acuerdo de Cooperación Energética. PETROCARIBE", EN: Secretaría Permanente (online), Caracas. Disponible en: http://www.sela.org/attach/258/EDOCS/SRed/2013/09/T023600005381-0-Di_No_3_Acuerdo_de_Cooperacion_PETROCARIBE-Final_doc_Rev__21-8-13.pdf (fecha de consulta: 14/2/2015). ♦

Fecha de recepción: 03-03-2015

Fecha de aceptación: 04-09-2015

El régimen previsional del personal aeronavegante y la inaplicabilidad del artículo 252 de la Ley de Contrato de Trabajo

POR MATÍAS BARONE (*)

Sumario: I. Introducción. El régimen previsional del personal aeronavegante y su vigencia.— II. La consideración del régimen previsional del personal aeronavegante como diferencial. Aspectos particulares.— III. El contenido del art. 252 de la Ley de Contratos de Trabajo. Aspectos prácticos para su aplicabilidad.— IV. Cuestiones planteadas en la jurisprudencia en torno a la notificación del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo habiéndose cumplido las condiciones (edad y servicios) del régimen previsional diferencial del personal aeronavegante. ¿Opción del trabajador o facultad del empleador?— V. Consideraciones finales. Necesidad de una actualización.— VI. Bibliografía.

Resumen: El personal aeronavegante presta servicio a bordo de aeronaves en condiciones de trabajo que difieren del resto de los trabajadores, motivo por el cual, su régimen laboral resulta ser un estatuto especial, regulando así condiciones diferentes y especiales de trabajo teniendo en cuenta la actividad aeronáutica, con el correspondiente correlato con el régimen previsional. Atento a que este régimen previsional es un subsistema diferencial y establece requisitos de admisibilidad diferentes (menor cantidad de años de edad y de servicios) respecto del régimen previsional ordinario, se ha planteado la cuestión vinculada a la aplicabilidad de la intimación contenida en el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo —LCT— para que el trabajador inicie los trámites correspondientes para obtener el beneficio previsional sin derecho a indemnización por el empleador y ante la negativa del trabajador aeronavegante, por manifestar que desea continuar prestando servicios hasta la edad correspondiente al régimen ordinario, creando así una situación de conflicto de normas, observándose de esta manera un cambio en la jurisprudencia, determinando la inaplicabilidad de dicha norma al régimen previsional del personal aeronavegante.

Palabras clave: aeronavegante - piloto - jubilación - régimen diferencial.

The pension scheme of the airplane navigator-staff and the inapplicability of the article 252 of the labor contract law

Abstract: *The airplane navigator personnel serve on board of aircrafts in conditions that differ from the rest of the workers; this is why their labor regime turns out to be a special status, thus regulating different and special working conditions considering aviation activity, with the corresponding correlation with the pension scheme. Mindful that this pension scheme is a differential subsystem and set different eligibility requirements (fewer service years) for the regular pension scheme has raised the issue related to the applicability of the notice contained in art. 252 of the LCT for the worker to initiate the formalities relating to obtaining the benefit without compensation by the employer and given the refusal of an airplane navigator worker stating that wishes to continue serving until the age corresponding to the ordinary*

(*) Prof. Adjunto Ordinario Derecho de la Navegación, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

regime thus creating a situation of a conflict of rules, thus observed a change in the law determining the inapplicability of that provision to the pension scheme of the airplane navigator-staff.

Keywords: *airplane navigator - pilot - retirement - regime differential.*

I. Introducción. El régimen previsional del personal aeronavegante y su vigencia

El tratamiento de un estatuto especial surge de la necesidad de reglamentar alguna actividad que, por sus condiciones de trabajo, ámbito de realización o lugar geográfico, personal o sujetos comprendidos, el alto grado de rotación del personal, etc., requiere una regulación específica ya sea mediante la sanción de una ley especial o por un conjunto de normas que, en forma armonizada, regulan las particularidades de aquella. De ahí que la regulación particular se aparta, en principio, del contenido de la Ley de Contrato de Trabajo —LCT— por cuanto debe contemplar situaciones particulares referidas a dicha actividad (1).

Antonio Vázquez Vialard señalaba, al referirse a la vinculación entre la ley general y los estatutos especiales, que:

“De acuerdo con la realidad, se dan relaciones en que la norma laboral común no puede trasplantarse a situaciones que, aunque respondan a las mismas características: prestación de trabajo humano dirigido, en ellas la actividad se cumple en circunstancias diferentes, ya sea en razón de lugar geográfico en que se realiza (trabajo rural, marítimo), su naturaleza, su alto grado —a veces normal— de rotación (industria de la construcción), etcétera, lo que impone un trato distinto entre las personas. Esas son las razones que justifican los llamados estatutos especiales, a fin de regular las particularidades que dentro de los elementos que contiene todo contrato (los personales: sujetos, reales: finalidad, que éstos persiguen; formales: requisitos que existen para la validez del acuerdo, objeto lícito, etc.) presenta los que corresponden al desarrollo de ciertas actividades laborales” (Vázquez Vialard, 2003: 9).

De allí que, esta normativa particular de relaciones laborales (2) tiene su correlato con un régimen previsional diferente —como se verá seguidamente, diferencial— atento a que también existían razones justificadas, al menos al momento de su dictado, de regular de manera diferente los requisitos para poder acceder al beneficio previsional respectivo.

En ese contexto, el régimen previsional del Personal Aeronavegante se encuentra regulado en el art. 3º del dec. 4.257/1968 (B.O. del 02/08/1968) denominado “Régimen de Jubilaciones y Pensiones para quienes cumplan tareas penosas, riesgosas, insalubres o determinantes de vejez o agotamiento prematuro”, norma que fuera dispuesta a tenor de las facultades que se le otorgaran oportunamente al Poder Ejecutivo Nacional, mediante el art. 9º de la ley 17.310, con la finalidad de: “establecer un régimen que adecue límites de edad y de años de servicios y de aportes y contribuciones diferenciales, en relación con la naturaleza de la actividad de que se trate, para los servicios prestados en tareas penosas, riesgosas, insalubres o determinantes de vejez o agotamiento prematuros, declaradas tales por la autoridad nacional competente” (Consid. 1). Mediante dicha norma se establecen, respecto de los trabajadores que realicen tareas de la naturaleza de las mencionadas, requisitos de años de servicios y de edad (menores y diferentes), que los exigidos por las respectivas leyes orgánicas para acceder a los beneficios denominados ordinarios o comunes.

(1) Como ejemplo de lo expuesto pueden citarse, entre otros, la situación del personal embarcado en cuanto a la adquisición de estabilidad para la cual se debe tener en cuenta la cantidad de días embarcado en un periodo anual y fundada en la simple situación en la cual no siempre se produce una navegación por un lapso superior a los plazos establecidos en la regulación general para adquirir la estabilidad (periodo de prueba), o en la misma actividad aeronáutica que veda la prestación de servicios en horas suplementarias al existir principios vinculados a la seguridad de la aeronavegación.

(2) El dec.-ley 16.130/1946 (B.O. del 27/06/1946) regula la Actividad de la Aeronavegación, reglamentando de esta manera los requisitos, retribuciones, jornada de trabajo, responsabilidades e indemnización del Régimen Laboral del Personal Aeronavegante Civil. Dicha norma fue ratificada por la ley 12.921 por tratarse de un Decreto Ley. En su art. 1º refiere que agrupa a “todas aquellas personas que presten servicios a bordo de aeronaves civiles de matrícula argentina dedicadas al transporte de pasajeros y/o de carga, al turismo o a instrucción con fines de lucro”.

Establece, en particular el art. 3º del dec. 4.257/1968, que:

“Tendrá derecho a jubilación ordinaria con 30 años de servicios y 50 de edad, el personal que habitualmente realice tareas de aeronavegación con función específica a bordo de aeronaves, como piloto, copiloto, mecánico navegante, radio operador, navegador, instructor o inspector de vuelo o auxiliares (comisario, auxiliar de a bordo o similar). El total que arroje el cómputo simple de servicios del mencionado personal se bonificará: a) Con un año de servicio por cada 400 horas de vuelo efectivo, a los aeronavegantes con función aeronáutica a bordo de aeronaves, dedicados al trabajo aéreo, entendiéndose por tal el así calificado por la autoridad aeronáutica competente, y quedando excluido de este inciso el trabajo de taxi, propaganda y fotografía aéreos. b) Con un año de servicio por cada 600 horas de vuelo efectivo cumplidas en carácter de instructor o inspector. c) Con un año de servicio por cada 620 horas de vuelo efectivo, a los pilotos que actúen solos o que no estén comprendidos en el inc. a). d) Con un año de servicio por cada 1000 horas de vuelo efectivo, al personal con función auxiliar. Las horas de vuelo efectivo sólo serán tenidas en cuenta cuando sean certificadas en base a constancias fehacientes por la autoridad aeronáutica correspondiente. En ningún caso el cómputo de servicios podrá ser integrado por bonificaciones de tiempo que excedan del 50% del total computado, ni las fracciones de tiempo que excedan de 6 meses se computarán como años enteros” (3).

Por su parte, el art. 5º del mismo decreto establece que sus disposiciones comprenden únicamente al personal que se desempeñe en relación de dependencia (4).

Si bien el dec. 4.257/1968 establece que la cantidad de años de edad resultan ser 50, debe tenerse presente que la edad corresponde a los 55 años, por cuanto el segundo párrafo del art. 157 de la ley 24.241 determina que “los trabajadores comprendidos en dichos regímenes especiales tendrán derecho a percibir el beneficio ordinario cualquiera sea el régimen por el cual hayan optado, acreditando una edad y un número de años de aportes inferiores en ambos regímenes en no más de 10 años a los requeridos para acceder a la jubilación ordinaria por el régimen general”.

En cuanto a su vigencia, el propio Decreto determinó su aplicación “a partir del día 1 del mes siguiente al de su fecha”, lo que ocurrió en septiembre de 1968, conforme lo establecido en el artículo del Código Civil.

Es por demás conocido, el proceso de constante reforma que ha sufrido el régimen previsional nacional (5), ya sea mediante derogaciones —en algunos casos parciales—, remisiones o la proyección hacia el dictado de alguna reglamentación específica o particular que aún no se ha materializado, con

(3) Vinculado al régimen diferencial en estudio debe señalarse que en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, en el año 2002 fue sancionada la ley 12.872, que establece condiciones de edad y años de servicio (50 años de edad y 30 de servicios) para el personal que haya prestado servicios en relación de dependencia de carácter permanente (según la ley 10.430) en la Dirección Provincial de Aeronáutica Oficial (u organismo que en el futuro la reemplacen, incluyendo también a los organismos anteriores con idénticas funciones) con tareas específicas en aeronaves como piloto, copiloto, mecánico navegante, radio operador, navegador, instructor o inspector de vuelo, auxiliar de a bordo, médicos, enfermeros, auxiliares aeronáuticos, ingenieros aeronáuticos, ingenieros en electrónica, ingenieros en telecomunicaciones, técnicos aeronáuticos, mecánicos de mantenimiento de aeronaves, mecánico de mantenimiento de equipos radioeléctricos de aeronaves y todo el personal que perciba los beneficios de las bonificaciones aeronáuticas específicas del sector, incluido el personal jerárquico. Dicha ley ha sido reglamentada por el dec. prov. 951/2004 (B.O. del 13/10/2004). En la actualidad —manteniendo vigencia la norma— se presentan numerosos casos de personal que pretende acceder a los beneficios previsionales referidos, ante el Instituto de Previsión Social (IPS) de la Provincia de Buenos Aires, pero por falta de acreditación de las bonificaciones aeronáuticas específicas —sea por falta de expedición de documentación laboral a los fines de acreditarla o prueba de realización de dichos servicios— se ven privados de obtener el beneficio en forma anticipada.

(4) Entiendo que esta referencia tiene la finalidad de diferenciarlo del trabajador autónomo —trabajador por cuenta propia, sin perjuicio de estar obligado al sistema previsional nacional conforme su actividad—, reseñando como nota de interés que el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional específicamente prescribe que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes (...)” pero tanto las normas como las reglamentaciones laborales —no así las previsionales— se han “olvidado” de dicha protección para este amplio espectro de trabajadores.

(5) La última reforma se produce mediante ley 26.425 (B.O. del 09/12/2008) que estableció un único régimen previsional público que se denomina Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).

facultades para ello por el poder administrador, señalando que ante estas deficiencias en la técnica legislativa (o ausencia de una legislación actualizada) ha sido la jurisprudencia la que trató —previo al análisis de la cuestión sometida a estudio en el presente trabajo—, la vigencia del dec. 4.257/1968, como ha quedado expuesto en la causa “Argeri Iriart”, si bien tramitando ante la justicia de la Seguridad Social, por cuanto se trató del inicio de un procedimiento administrativo a los fines de obtener un “reconocimiento de servicios” de un trabajador, que había prestado servicios como empleado del Banco Nación y como comisario de a bordo en la empresa Aerolíneas Argentinas.

En dicha acción el actor había solicitado la transformación de un expediente en pedido de jubilación ordinario, pero más allá del caso particular, surge claramente del voto del Dr. Fasciolo, la vigencia del régimen en estudio, ya que oportunamente se señaló que:

“el régimen establecido por el art. 3º de la 4.257/1968 para los aeronavegantes, cuya vigencia quedó sucesivamente prorrogada por las leyes 24.017, 24.175 y 24.241”. Para sustentar lo expuesto refiere en su voto que: “por el primer párrafo del art. 157 de la ley 24.241 se declararon vigentes las disposiciones de la ley 24.175 y prorrogados los plazos establecidos hasta que el PEN propusiera un listado de actividades que por “implicar riesgos para el trabajador o agotamiento prematuro de su capacidad laboral, o por configurar situaciones especiales merezcan ser objeto de tratamientos legislativos particulares (...) y (...) el Congreso de la Nación haya dictado la ley respectiva. Es por ello que habiéndose cumplido en exceso el plazo de un año fijado en la norma sin que el PEN propusiera el listado al Congreso para que posteriormente dictara la ley, implica que la condición para poner fin a la vigencia de los regímenes especiales se encuentra pendiente, lo que implica su plena vigencia”.

Por otra parte y en un fallo específico del régimen previsional diferencial del Personal Aeronavegante, como es “Garabello”, siendo éste uno de los primeros procesos en los que se planteó la problemática vinculada a la aplicabilidad del art. 252 de la LCT, el Dr. Gibourg, llega a la misma conclusión —la vigencia del régimen diferencial del dec. 4257/1968—, precisando que:

“el dec. 4.257, publicado en el Boletín Oficial el 2 de agosto de 1968 y reglamentario de la ley 17.310 (art. 9º), dispuso en su artículo tercero que ‘tendrá derecho a jubilación ordinaria con 30 años de servicios y 50 de edad, el personal que habitualmente realice tareas de aeronavegación con función específica a bordo de aeronaves (...)’. Años después, la ley 23.966, de financiamiento del régimen nacional de previsión social, dispuso, a partir del 31 de diciembre de 1991 y bajo el título ‘Derogación de regímenes de jubilaciones especiales’, la derogación de las disposiciones legales específicamente detalladas (referidas, en lo central, a retiros militares) y de ‘toda otra norma legal que modifique los requisitos y/o condiciones establecidas por la ley 18.037 (...)’. No encuentro razones para excluir el dec. 4.257/1968 de esta genérica derogación final; esta interpretación se encuentra reforzada por el contenido de la posterior ley 24.017, que prorroga por ciento ochenta días diversos regímenes diferenciales, entre los que expresamente se menciona el dec. 4.257/1968 (art. 1º). Esta última ley encomienda al Poder Ejecutivo ‘la realización de un nuevo análisis técnico sobre cada uno de los regímenes mencionados en el art. 1º, a efectos de que informe a la Comisión Bicameral ley 23.966, apelando al conocimiento científico de las áreas pertinentes, cuáles de las tareas comprendidas en los mismos determinan envejecimiento precoz o disminución de la expectativa de vida’. Como consecuencia de esta delegación técnica, se suspende la aplicación de aquellas normas de las leyes 18.037 y 18.038 que facultaban al Poder Ejecutivo para ‘establecer límites de edad y de servicios diferenciales para la obtención de la jubilación ordinaria’. Hasta aquí resulta claro que, luego de la derogación prevista por la ya referida ley 23.966, algunos de los regímenes diferenciales involucrados (entre ellos, el dec. 4.657/1968) recobraron una vigencia transitoria entre el 1 de enero de 1992 y el 28 de junio del mismo año. Meses después, la ley 24.175, publicada en el Boletín Oficial el 30 de octubre de 1992, prorrogó por un año a partir del 1 de enero de 1993 ‘la vigencia de los regímenes diferenciales de jubilaciones’ y la duración de la Comisión Bicameral creada por el art. 12 de la ley 23.966. Antes de la finalización de tal plazo, fue dictada la ley 24.241, publicada en el Boletín Oficial el 18 de octubre de 1993. Dicha ley facultó al Poder Ejecutivo para que, en el término de un año, propusiera un listado de actividades que merecieran un régimen especial; dispuso que, mientras el Poder Ejecutivo no hiciera uso de tal facultad y el Congreso no dictara

la ley respectiva, continuarían vigentes las disposiciones de la ley 24.175 y prorrogados los plazos allí establecidos. Dado que tal reglamentación no ha sido dictada todavía, podría reconstruirse la vigencia intermitente del dec. 4.657/1968 en estos términos: indiscutiblemente vigente entre el 11 de agosto de 1968 y el 30 de diciembre de 1992, recobró tal estatus entre el 1 de enero de 1992 y el 29 de junio de ese mismo año y, una vez más, a partir del 1 de enero de 1993. En este entendimiento, es indudable que, por las particulares remisiones legales descriptas y al momento de la intimación telegráfica de la demandada, el decreto 4.657/1968 se encontraba vigente”.

La claridad y precisión del voto del Dr. Guibourg en este fallo me exime de efectuar comentarios respecto de la vigencia del régimen previsional del personal Aeronavegante.

II. La consideración del régimen previsional del personal aeronavegante como diferencial. Aspectos particulares

La doctrina previonalista clasifica, dentro del sistema previsional, los diversos regímenes, señalando la existencia de un régimen general, que se lo suele definir como “común u ordinario” y, otros regímenes diferentes, a los que denominan, “particulares”, “complementarios”, “especiales” y justamente, el que aquí nos ocupa, “diferencial”. No resulta ser objeto del presente trabajo ahondar sobre la referida clasificación, sin perjuicio de la constante referencia y análisis de este régimen diferencial (6). Como claramente lo señala José I. Brito Peret:

“la composición de nuestro sistema previsional en los días que corre es, aparentemente, simple. Existe un régimen general (común u ordinario), delineado por las leyes 24.241 —con sus reformas— y 26.425 (SIPA) que abarcan, por igual, a los trabajadores dependientes y a los autónomos funcionando en paralelo con una serie abierta de diferentes regímenes previsionales los cuales, en forma paulatina, fueron instaurándose con anterioridad a dicho plexo normativo” (2009: 737).

Elo así que, dentro de la clasificación de los diversos regímenes previsionales, se define al régimen “diferencial” como el “establecido para los afiliados que realicen tareas penosas, riesgosas, insalubres, determinantes de vejez o agotamiento prematuro (...)”; situación que justifica los diferentes requisitos vinculados a la edad y años de servicios (menores y diferentes) comparándolo con el régimen general u ordinario. Sobre el régimen diferencial, Brito Peret considera la existencia de un doble fundamento que justifica su regulación específica, ya sea por “la propia naturaleza de las actividades ejercidas en cuanto involucran tareas penosas, riesgosas, determinantes de vejez o agotamiento prematuros y las especiales condiciones de aquellas al desarrollarse en lugares insalubres por la autoridad competente” (2009: 41). De tal forma que, analizadas las tareas que realizan los trabajadores y su comprobado impacto negativo en la salud de aquellos, se accede al beneficio previsional en edad más temprana y, en algunos casos con menor cantidad de años de servicios que los que se requieren para acceder al beneficio previsional común u ordinario.

Debe aclararse, además, con una finalidad meramente didáctica que el presente régimen diferencial no resulta ser insalubre como las tareas incluidas en los primeros artículos del dec. 5247/1968, por cuanto compete únicamente a la autoridad de aplicación (autoridad laboral provincial o de la CABA), constatar la realización de tareas en lugares o condiciones insalubres, pudiendo ser requerida tanto por empleador, el trabajador (mediante denuncia), por la representación sindical con personería gremial, o por inspección de oficio, produciéndose así, sólo en caso de constatación “la declaración de insalubridad del lugar, tarea o ambiente de trabajo” que se dictará respecto del “domicilio del establecimiento laboral” o lugar donde se lleve a cabo la tarea (que podría ser la aeronave), todo ello mediante el procedimiento para proceder a la “calificación del carácter de lugares, tareas o ambientes de trabajo, normales o insalubres”, regulado por la Resolución del MTEySS 212/2003.

(6) Para un análisis profundo de la clasificación y tratamiento de los diversos regímenes previsionales, puede consultarse Brito Peret, José I. (2009). “Notas sobre los regímenes previsionales diferenciales. Una indefinida situación”, En TySS, El Derecho. Buenos Aires: Universitas SRL.

Entonces, no caben dudas acerca de la consideración del régimen previsional como “diferencial”, atento a las exigencias propias de la actividad aeronáutica, vinculadas con la cantidad de horas de vuelo cumplidas, según el detalle efectuado mediante la transcripción del art. 3º del dec. 4.257/1968. Además pueden considerarse como consecuencias psicofísicas propias de dicha actividad: la fatiga de vuelo por efecto de las vibraciones, efectos en el sistema músculo-esquelético, efectos en el sistema cardiovascular, en el sistema digestivo y en otros órganos, efectos provenientes del ruido, cambio del umbral temporal —disminución transitoria de la agudeza auditiva; cambios del umbral permanente trauma acústico, efectos por el cambio de temperaturas—, entre otros factores que, se han observados se vinculan a la actividad de aeronavegación en el desarrollo de la tarea del personal aeronavegante.

Por último, y no con menos importancia, debe agregarse que a los fines del financiamiento de estos regímenes diferenciales, se mantienen vigentes las disposiciones de la ley 24.175, por cuanto el PEN no propuso el listado de actividades que, por implicar riesgos para el trabajador o agotamiento prematuro de su capacidad laboral, o por configurar situaciones especiales, merezcan ser objeto de tratamientos legislativos particulares, que imponía el art. 157 de la ley 24.241 —como se indicara al hacer mención al voto de Gibourg en el fallo “Garabello”—. Asimismo, continúan vigentes las normas contenidas en el dec. 1.021/1974” que establece: “Los empleadores estarán obligados a efectuar un depósito adicional en la cuenta de capitalización individual del afiliado de hasta un cinco por ciento (5%) del salario, a fin de permitir una mayor acumulación de fondos en menor tiempo. Este depósito será asimilable a un depósito convenido”. Justamente la menor cantidad de años de aportes se compensa con este adicional establecido a cargo del empleador, tema sobre el cual volveremos en las conclusiones finales.

III. El contenido del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo. Aspectos prácticos para su aplicabilidad

La LCT, en su Título denominado “De la Extinción del Contrato de Trabajo, Capítulo X, “De la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador” regula esta causal de extinción del contrato de trabajo, al prescribir:

“Cuando el trabajador reuniera los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones de la ley 24.241, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un año (con la modificación efectuada por la ley 24.347). Concedido el beneficio, o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales. La intimación a que se refiere el primer párrafo de este artículo implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos, cuyo plazo se considerará comprendido dentro del término durante el cual el empleador deberá mantener la relación de trabajo”.

Reglamentando dicha norma, el dec. 679/1995, en su art. 5º, dispone que:

“El empleador podrá hacer uso de la facultad otorgada por el art. 252 del Régimen de Contrato de Trabajo (ley 20.744 t.o. dec. 390/1976 y su modificatoria 24.347) cuando el trabajador reuniera los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU), los que resultan ser: para los hombres haber cumplido los sesenta y cinco [65] años de edad y para las mujeres que hubieran cumplido sesenta [60] años de edad. En ambos casos, se debe acreditar treinta [30] años de servicios con aportes computables en uno o más regímenes comprendidos en el sistema de reciprocidad (art. 19, primer párrafo, de la ley 24.241). En cuanto a los requisitos, existe una excepción prevista en el segundo párrafo del art. 19 de la ley 24.241”.

Respecto de este último caso, se trata de la opción que otorga el ordenamiento a las mujeres para poder continuar con su actividad laboral hasta cumplir los 65 años de edad.

Como se indicara en el punto anterior respecto de la clasificación de regímenes dentro del sistema previsional, debe señalarse que el régimen general u ordinario resulta ser la forma normal de culminación o extinción de la principal modalidad contractual promocionada por la LCT, que es la denominada “por tiempo indeterminado”, regulada en los arts. 90 y 91. Ello es así por cuanto, es el propio art. 91 de la LCT el que establece el alcance de dicha modalidad, ya que el mismo tendría como causa natural de extinción del contrato el momento de la obtención por parte del trabajador de algún beneficio previsional conforme su actividad, las condiciones propias de edad y años de servicio, sin que dicha extinción implique alguna obligación indemnizatoria para el empleador.

En este sentido y resultando la obtención de un beneficio previsional la consecuencia lógica por la prestación de servicios durante toda una vida, Raúl Horacio Ojeda considera que “desde otra óptica, también deberíamos considerar que una persona que ha llegado a los requisitos para acceder a la jubilación ordinaria ya ha contribuido durante un lapso prolongado de tiempo con el sistema productivo, razón por la cual resulta merecedora del descanso que conlleva la jubilación y de otra forma de disfrutar la vida” (2005: 528). También refiere sobre este tema, pero desde un punto de vista particular Luis E. Ramírez Bosco, quien señala que: “La extinción no es por jubilación, es por despido (o por renuncia o mutuo disenso) del trabajador en condiciones de jubilarse, despido al que —si se atiende a las exigencias normativas— la ley releva de las consecuencias indemnizatorias que son regla” (Ramírez Bosco, 2007: 582).

En cuanto a la materialización de la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador y que, consecuentemente libere al empleador de las obligaciones indemnizatorias establecidas para los casos de extinción del contrato de trabajo sin justa causa, la propia norma establece un procedimiento de cumplimiento ineludible y obligatorio para este último.

En particular y sintéticamente, el procedimiento contenido en la norma determina la configuración de los siguientes requisitos: 1) La formulación de una intimación fehacientemente al trabajador por el empleador para que inicie los trámites pertinentes (cumplidas las condiciones de edad y servicios, sino no existiría esta posibilidad con una expresión suficientemente clara en ese sentido). De lo expuesto, se colige que es una obligación de empleador verificar que el trabajador reúna los requisitos para acceder al beneficio jubilatorio. Sin embargo, en cuanto a este requisito, el Dr. Miguel Ángel Maza indica que “(...) se ha señalado que si bien es una obligación del empleador investigar y probar que su dependiente reunía los requisitos, ciertas decisiones judiciales han insistido en que es el trabajador el que (...) por el principio de buena fe que debe regir en toda la relación contractual (...) debería noticiar al empleador de que no se encontraba en las condiciones que aquél pensaba” (2008: 527); 2) la efectiva entrega de la documentación necesaria al trabajador (los conocidos formularios PS 6.2 de Certificación de Servicios y Remuneraciones y el formulario PS 6.1 de Afectación de Haberes, ambos de la ANSES, documentación que se obtiene actualmente a través de la página web, conforme la Resolución de ANSES 601/2008). En cuanto a este último requisito, comúnmente se procede a la entrega de la documentación mencionada en el establecimiento laboral, con la correspondiente suscripción de copias por el trabajador indicando la fecha de la recepción de los mismos. Para el caso de negativa por parte del trabajador en recepcionar la documentación laboral, el empleador podría recurrir a la consignación judicial de dichos documentos, señalando desde ya que la “mera puesta a disposición” no cumple con los recaudos normativos exigidos por la norma.

La referencia efectuada en el párrafo anterior tiene una vital importancia práctica, por cuanto el plazo de un año establecido en el art. 252 del LCT sólo puede computarse desde dos momentos distintos, a saber: a) desde la notificación de la intimación para iniciar los trámites, efectuada por medio fehaciente cuando se hubiera entregado la documentación con anterioridad a la misma (caso de entrega con anterioridad o simultánea a la notificación) o b) desde el momento de la entrega de la documentación respectiva si ésta fuera posterior a la notificación cursada (caso de entrega posterior). Así lo resolvió la jurisprudencia en autos: “Castelan Mirko”.

Por otra parte, debe tenerse presente que la notificación cursada en los términos de este art. 252 de la LCT importa un preaviso, pero el mismo no es considerado en todos sus términos como la institución

regulada por los arts. 231 y ss. de la LCT, es decir, para que el trabajador pueda utilizar un tiempo de la jornada para conseguir otro empleo. Coincidentemente con lo expuesto, éste es el carácter que le ha dado la jurisprudencia al caso particular de personal aeronavegante:

“La finalidad inherente al preaviso, es decir que el trabajador perciba las remuneraciones correspondientes y que pueda utilizar un lapso de la jornada para procurarse un nuevo empleo, están ausentes de la disposición del art. 252 LCT. El trabajador en este último caso, sólo debe iniciar el trámite jubilatorio ante la intimación del patrono y esperar a que la agencia previsional se pronuncie o se agote el plazo de un año, por lo que *no corresponde la suspensión del plazo por enfermedad inculpable o accidente de trabajo*. Una vez que el dependiente ha iniciado el trámite, la circunstancia de que se encuentre imposibilitado para trabajar por causa de enfermedad o accidente no incide sobre el trámite de su solicitud previsional” (causa “Varela, Enrique c. Aerolíneas Argentinas SA”).

Este criterio refuerza, lo expuesto con anterioridad por la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo —CNAT—, en el fallo de fecha 30/6/1998, en autos: “Minuzzi Jorge M. c. Aerolíneas Argentinas SA”. Del mencionado fallo “Varela”, también se desprende que ante el acaecimiento de alguna contingencia durante el plazo del preaviso del 252 de la LCT, como ser el padecimiento del trabajador Aeronavegante de una enfermedad de tipo inculpable durante aquel lapso, dicha situación no implica la suspensión del término del preaviso, sin perjuicio de configurarse una de las causales de suspensión del contrato de trabajo por accidente o enfermedad inculpable contenida en el art. 208 de la LCT, norma esta última que se aplica por el plazo restante del preaviso.

Por otro lado, el trabajador siempre podría cuestionar la intimación del art. 252 de la LCT si considera que no se encuentra en condiciones de jubilarse, haciéndolo saber a su empleador-explotador de aeronaves (7) en forma suficientemente clara, como así también para el caso de configurarse alguna divergencia con algún requisito vinculado a la temporalidad. Así, lo ha resuelto la jurisprudencia en la causa “Molina Campos”:

“Sólo en el supuesto que, por error o deliberada intención de perjudicar, el empleador cursara la intimación autorizada por el art. 252 de la LCT, sería susceptible de un cuestionamiento el acto extintivo de la relación laboral y susceptible su calificación como ilegítimo, pero para que ello suceda, el dependiente debe poner de manifiesto no encontrarse en la condiciones legales requeridas para obtener el porcentaje máximo de jubilación ordinaria”.

Es por ello que el empleador-explotador de aeronaves debe expedir la documentación laboral consignando claramente que se trata de servicios diferenciales, cumpliendo así, con las prescripciones requeridas por el art. 3º del dec. 4.257/1968, sumado a que las horas de vuelo a tener en cuenta para el cálculo deben ser certificadas en base a las constancias fehacientes por la autoridad aeronáutica correspondiente (Fuerza Aérea Argentina). Asimismo, la bonificación respecto de la función desempeñada, no puede ser superior al cincuenta por ciento (50%) del total computado, siendo éste el límite máximo para el caso de superar dicho porcentaje.

Por último, y sin perjuicio de lo expuesto, nada impide que el contrato de trabajo se extienda más allá del cumplimiento del plazo anual contenido en el art. 252 de la LCT, como fuera sostenido por la jurisprudencia para el caso del régimen previsional diferencial en estudio, en la causa “Mandarino” al indicar que:

“Nada empece a que las partes prolonguen la relación laboral más allá del plazo de extinción previsto por la norma y que en tanto los trabajadores consintieron la decisión de su principal y ésta no renunció tampoco a su facultad de extinguir sin obligación indemnizatoria, el cese dispuesto casi un año después de dicha comunicación se ajustó en un todo a derecho”. En el mismo sentido, se sostuvo en autos “Dupuy” que “nada impide que las partes puedan prolongar la relación laboral más allá del

(7) El art. 65 del Código Aeronáutico, señala que: “Este código denomina explotador de la aeronave, a la persona que la utiliza legítimamente por cuenta propia, aun sin fines de lucro”.

plazo fijado en el art. 252 de la LCT y hasta su efectiva denuncia por cualquiera de ellas, sin afectar la situación desde el punto de vista indemnizatorio”.

Analizada la normativa laboral en cuanto a los requisitos de configuración de la causal de extinción del contrato de trabajo por jubilación según el art. 252 de la LCT, como así también algunos aspectos prácticos para lograr la eximición indemnizatoria para el empleador-explotador de aeronaves, seguidamente se tratará la cuestión vinculada a la problemática actual del Personal Aeronavegante atento a los casos de jurisprudencia existentes en el fuero laboral en la actualidad.

IV. Cuestiones planteadas en la jurisprudencia en torno a la notificación del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo habiéndose cumplido las condiciones (edad y servicios) del régimen previsional diferencial del personal aeronavegante. ¿Opción del trabajador o facultad del empleador?

Se han observado en el fuero laboral de la Capital Federal, diversos planteos de los trabajadores aeronáuticos en torno a la aplicación del procedimiento descrito en el punto anterior conforme el art. 252 de la LCT, esto es, aquel trabajador Aeronavegante que ha recibido la notificación de su empleador-explotador de aeronaves respecto de la intimación a iniciar los trámites jubilatorios estando cumplidos (presuntamente acreditados) los requisitos establecidos en el dec. 4.257/1968 con los alcances de edad y años de servicios antes mencionados, y se produce una negativa del trabajador a aceptar la intimación cursada, manifestando explícitamente que no desea optar por el régimen previsional “diferencial”, sino que prefiere continuar prestando servicios en la empresa explotadora de aeronaves hasta tanto se reúnan las condiciones que reglamentan el régimen “general u ordinario”.

Entiendo que dos son las razones que llevan al trabajador Aeronavegante a rechazar el paso a la pasividad, sin perjuicio de considerar al mismo como un “beneficio” para aquél.

La primera razón, se encuentra vinculada a la diferencia que habría entre los montos emergentes del “haber previsional” y “el haber salarial” o salario en actividad. Esta situación, fue puesta en consideración por la jurisprudencia, como se referirá seguidamente, entendiéndose que la situación planteada deviene del cambio legislativo imperante en el régimen de la Seguridad Social operado mediante la ley 24.241, por cuanto se produce claramente una diferenciación —por disminución— de los haberes salariales y los haberes previsionales.

Al respecto, es muy interesante el comentario que formularan oportunamente Juan Carlos Fernández Madrid y Amanda Beatriz Caubet, al comentar la mencionada Ley y lo que llamaban “la derogación implícita del art. 252 de la LCT”, por cuanto haciendo referencia al texto del mencionado artículo, originado en la ley 21.659 del año 1977 en comparación con el de la ley 24.241, referían que:

“Se admitía entonces una resolución unilateral del contrato sin obligaciones indemnizatorias respecto de los trabajadores en condiciones de obtener el porcentaje máximo del haber de la jubilación ordinaria, porque el dependiente pasaba sin solución de continuidad y sin pérdida del nivel de sus ingresos de la condición de activo a la de pasivo. De ahí que podía tener alguna justificación esta potestad conferida al empleador de despedir sin pagar indemnizaciones y sin incumplir el mandato constitucional: el despido dejaba de ser arbitrario porque el salario era reemplazado por una prestación equivalente proveniente de la seguridad social, cerrándose así sin perjuicios la vida activa del trabajador. La actual ley jubilatoria cambia sustancialmente el régimen de las prestaciones, tanto en cuanto a los requisitos, ya que ahora se requieren 65 años de edad los hombres y 60 las mujeres y 30 años de servicios con aportes (arts. 20 y 47, ley 24.241) como en cuanto a la forma de cálculo del haber jubilatorio. En ningún caso se establece una relación entre el haber de pasividad y el sueldo de actividad y las bases de los distintos regímenes, público o privado, difieren totalmente para su cómputo de las disposiciones de la ley 18.037. De tal modo que para la mayoría de los trabajadores se ha dejado de lado la idea de que el haber de pasividad debe corresponder a una porción equivalente al salario. El art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo, a partir del 1 de febrero de 1994, debe considerarse una norma inaplicable” (Fernández Madrid y Caubet, 1999: 20).

A los fines de resaltar aún más lo expuesto en aquel momento por esta prestigiosa doctrina, deberá tenerse presente la remuneración que percibe un piloto en la actualidad, sin perjuicio de estar alcanzado por el impuesto a las ganancias, y observar los anuncios realizados por el Poder Ejecutivo Nacional —PEN—, respecto de los aumentos que se fijan anualmente (dos veces por año en marzo y septiembre) en función de la Ley 26.417 de Movilidad de los Haberes Jubilatorios sobre los haberes jubilatorios (8), para establecer la amplia diferencia que existe entre éstos últimos y el salario en actividad.

La segunda razón, resulta ser la propia edad del personal en cuestión, recordemos que el régimen particular fue dictado en el año 1968 y, como se indicara respecto de su vigencia, dicho régimen fue prorrogado por la falta de actualización de los listados de actividades que requieran la consideración de “diferencial”, atento a las sucesivas reformas y omisiones legislativas en particular, descartando que el avance tecnológico en general y de la actividad aeronáutica en particular, requiere necesariamente, un análisis respecto del estado actual del régimen.

Teniendo en cuenta esta situación de falta de actualización de las condiciones que permiten considerar un régimen como diferencial, por medio de la Resolución 11/2011 de la Secretaría de la Seguridad Social del MTEySS, se creó la “Comisión Técnica Permanente sobre Tareas Diferenciales”, en cuyos considerandos se indica especialmente que “los Regímenes Diferenciales integrantes del Sistema de la Seguridad Social Argentino requieren un análisis y un estudio exhaustivo de las distintas ramas de actividad que componen las tareas causantes de riesgo, penosidad, insalubridad y agotamiento prematuro”, determinando como objetivo principal el de “emitir opinión sobre las actividades que, por implicar riesgos para el trabajador o agotamiento prematuro de su capacidad laboral, o por configurar situaciones especiales, merezcan ser objeto de tratamientos legislativos particulares” (art. 1º). Más allá de la creación de la mencionada comisión, no se conocen análisis o estudios sobre la situación especial del personal Aeronavegante en concordancia con los avances de la actividad aeronáutica en general, lo que supone la necesidad de una rápida revisión de los trabajadores de esta actividad por considerar que los fundamentos objetivos que llevaron al legislador del año 68 a establecer las condiciones del régimen diferencial resultan totalmente diferentes a la situación actual, sin que lo expuesto implique una supresión del régimen diferencial.

Ante esta situación planteada se han iniciado diversas acciones, declarativas u ordinarias de inconstitucionalidad, amparos, medidas de no innovar, despidos, etc., que al parecer han cambiado la jurisprudencia de la CNAT por considerar que no resulta aplicable al régimen previsional “diferencial” del personal Aeronáutico la intimación y, concordantemente, los efectos del art. 252 de la LCT. Además, adelanto que las primeras acciones, del derrotero de fallos que se citarán, negaban en primera instancia la pretensión de los actores, situación que será revertida con los fundamentos que se expondrán.

Resulta oportuno, entonces, hacer mención a que la competencia de estas acciones corresponde a la Justicia Nacional del Trabajo (únicamente fue demandada la empresa Aerolíneas Argentinas), estando excluida la intervención de la Justicia Federal de la Seguridad Social, por cuanto se trata de un caso particular de aplicación de una norma de la LCT a un estatuto especial justamente por estar vigente la relación de trabajo. En este sentido la jurisprudencia sostuvo en la causa “Meza”:

“Encuadra dentro de las disposiciones del art. 20 de la ley 18.345 la acción declarativa interpuesta por un trabajador de Aerolíneas Argentinas, tendiente a conjurar el estado de incertidumbre concerniente a la aplicación del art. 252 de la LCT y en relación con la extinción del vínculo para acceder a la jubilación ordinaria. La pretensión ha sido dirigida contra la empleadora y se trata de un conflicto concerniente a la resolución del contrato de trabajo y a las obligaciones de las partes, que es ajeno al marco de la ley 24.463. En consecuencia no es competente la justicia Federal de la Seguridad Social, sino esta Justicia Nacional del Trabajo”.

(8) “Los haberes de todos los jubilados y pensionados que dependen de la ANSES recibirán en marzo, y por aplicación de la Ley de movilidad previsional, una recomposición de 18,26%. Según lo anunciado ayer por el gobierno nacional, el ingreso mínimo será de \$3821.73, y el máximo, de \$27.998,69 (en bruto). Fuente: Diario “La Nación”, del 31 de enero de 2015.

Aclarada dicha cuestión vinculada a la competencia, y a los fines de ilustrar las resoluciones de la jurisprudencia en la actualidad, primero debe precisarse la caracterización de la intimación efectuada por el empleador-explotador de aeronaves, esto es, si se trata de una facultad del empleador o si por el contrario, se trata de un derecho a opción para el trabajador Aeronavegante. El análisis de esta cuestión que, bien podría haberse incluido en el punto anterior, se ubica en este punto por ser —a mi entender— la cuestión principal a dilucidar no sólo para determinar la aplicación o no del art. 252 de la LCT a este régimen previsional diferencial sino también, para cualquier otro, adelantando esta circunstancia como alguno de los interrogantes que presenta esta cuestión. El otro punto de interés resulta ser si la referencia especial del art. 252 de la LCT lo es únicamente para la jubilación ordinaria o también resulta aplicable a todos los regímenes diferenciales, incluyendo el del personal aeronavegante.

Planteado el problema, se señalarán seguidamente las posturas encontradas sobre esta temática, refiriendo en particular que mediante el análisis exegético de la norma, surge claramente del texto del art. 252 de la LCT que, cuando el trabajador reuniera los requisitos para acceder el beneficio previsional: “El empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites”. Si bien la norma es lo suficientemente clara respecto a que se trata de una facultad —siguiendo la literalidad del texto—, la búsqueda de su confirmación en la doctrina laboralista nacional no es tan explícita, más allá de que varios autores así la consideran.

Sobre esta cuestión, Julio Armando Grisolia indica que “los arts. 157, ley 24.241 y 252 LCT, al reglar de modo expreso una facultad a favor del empleador para extinguir el vínculo cuando el trabajador se encuentra en condiciones de acceder a algún beneficio previsional, descarta la posibilidad de opción de éste” (2004: 1).

Por su parte, explica Luis E. Ramírez Bosco al comentar el dec. regl. 679/1995 que:

“el mismo dec. 679/1995 —parecería que a conciencia de la marginalidad de la facultad reglamentaria que se está ejerciendo de ese modo— lo que dice es asertiva o positivamente, que el empleador podrá hacer uso de la facultad otorgada por el art. 252 LCT cuando el trabajador reuniera los requisitos necesarios para acceder a la PBU..., lo cual, literalmente, no quiere decir que solo en ese caso y no cuando el trabajador alcance a tener derecho a cualquier otra prestación, con lo cual no elimina —subráyese, literalmente— los supuestos de que el empleador intime cuando el trabajador llegue de tener las condiciones de acceder a las demás prestaciones vistas” (2007: 586).

Las referencias efectuadas tienen una razón de ser ya que, tanto la doctrina laboralista como así también la jurisprudencia, se han ocupado más de las consecuencias de haber cumplido o no con los requisitos que impone el “procedimiento” del art. 252 de la LCT —acreditación de requisitos, notificación, plazo anual, etc.— a los fines de determinar si el despido era o no legítimo y, con ello la procedencia o no de una indemnización, pero no tanto de su naturaleza jurídica, señalando que es considerada una facultad que tiene el empleador de extinguir el vínculo cuando el trabajador reúne los requisitos establecidos en la norma. Desde ya que no debe confundirse esta facultad con la obligación o la carga que tiene el empleador de constatar que el trabajador tenga los requisitos de edad y años de servicio, con el ejercicio de aquella. Sin perjuicio de ello, no debe obviarse que así como existe la mencionada carga para el empleador de constatar la situación del trabajador, este último —obrando de buena fe, art. 63 de la LCT— debería comunicar a su empleador luego de recibir la intimación, que no se encontraba en condiciones de acceder a algún beneficio previsional, como fuera mencionado.

Desde otra óptica Silvina C. Capece señala que “en este sentido, el art. 252 LCT constituye un derecho del empleador que le permite dar por concluida la relación laboral por tiempo indeterminado sin abonar la indemnización por despido incausado (...)” (2012: 592). Amplía su postura con fundamento en los términos de la propia norma: “Nótese que cuando el legislador ha querido marcar una opción lo ha hecho de manera expresa, por ejemplo en la opción de la mujer de trabajar hasta los 65 años” (2012: 592). La especial referencia de esta autora a la consideración de un derecho del empleador resulta de su análisis sobre las vinculaciones del art. 252 de la LCT y los regímenes diferenciales —ya identificados— poniendo de manifiesto que existen dos posturas, la que considera una facultad a la

intimación del art. 252 LCT como así también la consideración —sólo para el régimen diferencial— de una opción del trabajador.

Pero esta situación ya había sido puesta de manifiesto por Jorge G. Bermúdez, al señalar:

“Sin embargo, tal metodología en procura de reparar la generalización legal naufragará probablemente por la errónea utilización de la facultad reglamentaria (art. 99 inc. 2º, de la Constitución Nacional), porque la regla dirigida a la ley 24.241 restringe inequívocamente el alcance de la facultad del empleador, asignada por una norma de mayor jerarquía, que no alude ni directa, ni indirectamente, a su reglamentación ulterior, a lo que cabe añadir las complejidades que pudieren derivar de aquellos regímenes especiales subsistentes en virtud de la vigencia prorrogada de la ley 24.175 a su respeto, lo que es ratificado por el art. 157 de la ley 24.241” (2011: 196).

También Raúl Horacio Ojeda puso en evidencia la temática planteada, haciendo extensiva la intimación del art. 252 de la LCT no sólo a los beneficios previsionales de la ley 24.241 sino también, a los regímenes diferenciales, al afirmar que:

“Del articulado mencionado también podemos deducir que el contrato “tipo o modelo” no es en realidad por tiempo indeterminado, sino que tiene un plazo cierto de vencimiento, que las partes pueden o no activar, que se cumplirá cuando el trabajador esté en condiciones de obtener una de las prestaciones de la ley 24.241 de jubilaciones y pensiones (o de otro de los 124 sistemas previsionales que existen en Argentina: cajas provinciales, profesionales, etc.)” (2005: 530).

Posteriormente Miguel Ángel Maza con extrema claridad y contundencia resaltó que:

“En este aspecto, deberá tenerse en cuenta que si bien la ley 24.241 establece estos requisitos, existen otros regímenes especiales que exigen una menor cantidad de años de servicios con aportes e inclusive contar con una edad menor a la requerida en la ley general. Tal es el caso de los docentes, los conductores de colectivos, el personal embarcado o aeronavegación, entre otros (...). En tales supuestos, la intimación puede efectuarse cuando el trabajador esté en condiciones de jubilarse según ese régimen” (2008: 428).

Ante las diversas opiniones planteadas y teniendo en cuenta que se trata del régimen previsional diferencial del personal Aeronavegante, la jurisprudencia de la CNAT ha tratado esta difícil cuestión produciéndose así un viraje en la jurisprudencia —debe recordar el lector que mayormente los primeros fallos rechazaron la pretensión en primera instancia—, atento a que las acciones referidas anteriormente habían planteado el siguiente escenario:

— El trabajador Aeronavegante está en condiciones de jubilarse (edad y años de servicios) en el régimen diferencial, no así en el régimen general de la ley 24.241, hoy reformada por ley 26.425 que estableció el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).

— Se ha producido la intimación en debido tiempo y forma por parte del empleador-explotador (todos los casos son contra Aerolíneas Argentinas no se conocen demandas contra otros empleadores-explotadores de aeronaves en la jurisprudencia) como lo exige el art. 252 de la LCT.

— Se produce el rechazo por parte del trabajador a la intimación del empleador-explotador de aeronaves de iniciar los trámites indicando que se trata de una opción que ostenta para acogerse al beneficio previsional del régimen diferencial, con los argumentos que seguidamente se indicarán. Solamente en el fallo “Lago” se omitió este rechazo, iniciando así una medida de no innovar hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

— Se descarta la situación de discriminación por parte del empleador —que en algunos fallos es mencionada particularmente, lo cual se referirá seguidamente— de intimar a algunos trabajadores continuando otros prestando servicios a pesar de contar también con los requisitos para obtener el beneficio según el régimen diferencial o de autorizar a algunas categorías (pilotos o comandante) a

continuar prestando servicios superando la edad del régimen previsional diferencial, pero rechazando el derecho a opción a otras como ser auxiliar de cabina, comisario de abordaje, etc.

Planteado este escenario, reitero que se trata de una difícil cuestión por cuanto, en los primeros fallos la petición de los actores no ha tenido acogida favorable en primera instancia, siendo revocados los fallos en la CNAT, a los fines de ilustrar bien al lector, voy a realizar una referencia cronológica de los casos de jurisprudencia reseñando cada uno de sus fundamentos.

La cuestión fue tratada primeramente en el ya mencionado fallo “Molina Campos”, donde claramente se indicó, rechazando la pretensión del actor, que:

“Si el trabajador se encuentra tutelado por un régimen especial en materia de previsión (en el caso dec. 4.257/1968 — DT 1968-447) se justifica antes de la edad ordinaria que rige para los restantes dependientes, ya que ello no importa mengua de su haber de pasividad (en el caso el régimen preferencial fijaba una edad mínima de 50 años por lo que el actor, que cesó a los 56, no podría impugnar la aplicación del art. 252, Ley de Contrato de Trabajo)”.

Sin embargo, en otro fallo (“Bogan”) en el cual el actor se desempeñaba como piloto de aeronave, se dispuso que:

“El actor, trabajador de Aerolíneas Argentinas, interpuso una pretensión de amparo, fundada en el art. 43 de la CN y en los arts. 321 y conc. del CPCCN, destinada a cuestionar la conducta de la empleadora que lo habría intimado a que iniciara los trámites jubilatorios en los términos del art. 252 LCT, pese a que cuenta sólo con 50 años de edad y con sustento en la normativa específica de la actividad (dec. 4.257/1968), que más allá de su validez, generaría un beneficio sólo invocable por los dependientes. La interpelación de la empleadora podría juzgarse cuestionable, no sólo sobre la base de lo dispuesto por el ya mencionado art. 252 LCT, sino incluso en relación al sistema previsional específico que no sería razonable interpretar como consagradorio de un beneficio opcional del dependiente, en particular si se tienen en cuenta las distintas normas que tutelan la permanencia”.

En la causa “Garabello” —citada anteriormente al referirme a la vigencia del régimen con el contundente y preciso voto de Guibourg— el actor inicia una acción de amparo solicitando: 1) Se declare la inaplicabilidad del art. 252 de la LCT por cuanto la aplicación del dec. 4.257/1968 sólo establece pautas mínimas de edad y no máximas para acceder al beneficio previsional como establece el régimen común según el art. 157 de la ley 24.241; 2) Señala que la empresa realiza una práctica discriminatoria por cuanto no intima a todos los trabajadores por igual en función de la edad, sino teniendo en cuenta su idoneidad en la tarea que realizan; 3) Sostiene, además, que por este motivo que el dec. 4.257/1968 es discriminatorio y, por lo tanto, violatorio de los arts. 14 bis y 77, inc. 22 de la CN, manifestando subsidiariamente que las normas prevén un derecho o un privilegio para su parte, esto es, obtener el beneficio previsional a una edad más temprana.

En su voto, Guibourg rechaza la acción, sosteniendo que se trata de una facultad del empleador:

“La norma reseñada (el art. 252 de la LCT), prevista en el Capítulo “De la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador”, ignora la voluntad del trabajador y faculta al empleador a extinguir el vínculo, sin necesidad de aguardar que el trabajador reúna otras condiciones que las necesarias para obtener “una de las prestaciones de la ley 24.241. Por lo hasta aquí expuesto, entiendo que, siempre que el trabajador se encuentre en condiciones de acceder a alguna de las prestaciones de la ley 24.241, el empleador se encuentra facultado para intimarlo en los términos del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo” (consid. III).

Como se observa, en este fallo, se considera a la intimación contenida en el art. 252 de la LCT como una facultad del empleador de extinguir el vínculo, excluyendo de esta manera la “voluntad del trabajador”. Por otro lado, entendía que el dec. 4.257/68 se encontraba subordinada a las previsiones de la ley 24.241 y que, su vigencia temporal es limitada hasta tanto se dicte una nueva reglamentación especial (consid. IV). Continúa precisando que no se trata de un derecho (de opción) para el trabajador:

“No coincido con la línea interpretativa según la cual el régimen del dec. 4.257/1968 consagra sólo un derecho (de opción) a favor del trabajador (...). La redacción de esa cláusula no formula un derecho, una prohibición o una facultad; se limita a remitir a una situación de hecho, resultante de la elección del trabajador. Si no existiera otra norma que reglara el mismo caso, podría interpretarse, quizás, que existe un derecho del trabajador en tal sentido (esto es, de optar por el régimen especial o por el régimen general). Sin embargo, la lectura armónica de este artículo de la ley 24.241 y de la redacción (posterior) del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo conduce a descartar la pretendida posibilidad de opción del trabajador, al reglar de modo expreso una facultad a favor del empleador para extinguir el vínculo cuando el trabajador se encuentre en las ya mencionadas condiciones de acceder a algún beneficio previsional. De modo residual, entiendo plausible considerar que la capacidad del trabajador se encuentra limitada a optar entre jubilarse en los términos del régimen especial —independientemente de la conducta del empleador— o en los del régimen general —siempre que con anterioridad el empleador no ejerciera su facultad extintiva en sentido contrario”.

En este sentido, termina precisando para rechazar el reclamo, que la discriminación planteada y fundada en la ley 23.592, no ha sido acreditada por el actor. Sin perjuicio de ello, la situación de discriminación es excluida del tratamiento en este trabajo, ya que, la resolución de los procesos que incluyen estas cuestiones ofrecen otras aristas ajenas a la situación objetiva de contar con los requisitos para obtener un beneficio previsional en un régimen diferencial, sin perjuicio de realizar alguna referencia en los fallos que se expondrán seguidamente.

Como se puede observar, ante la nueva redacción del art. 252 de la LCT que establece una extensión a cualquier beneficio de los contenidos en la ley 24.241, esta interpretación de supuesta subordinación del dec. 4257/1968 de régimen previsional diferencial a aquella, por su limitación temporal hasta tanto se dicte un nuevo régimen según la facultad dispuesta por el art. 157 de la ley 24.241, sumado a considerar que la intimación del art. 252 de la LCT importa una facultad del empleador y no un derecho (de opción) del trabajador, permitirían considerar el cierre del debate de esta cuestión.

Sin embargo, la jurisprudencia de la CNAT ha realizado un viraje de ciento ochenta grados en este sentido a partir del año 2011 (9), en la causa “De San Félix”. En el presente fallo, a los fundamentos referidos en la causa “Garabello” se le suma la cuestión vinculada a la categoría profesional del actor como “tripulante de cabina” (10) la que a su entender no justifica la aplicación del régimen diferencial anticipado atento a que, a todas las categorías profesionales del personal aeronavegante se le realizan periódicamente exámenes médicos psicofísicos.

Nuevamente, la pretensión es rechazada en primera instancia, sosteniendo el juez nacional del trabajo que el régimen diferencial del personal aeronavegante no es inconstitucional en sí mismo sino que se establece un régimen diferencial porque se “persigue mejorar la calidad de vida de los trabajadores y dar respuestas específicas que provocan el agotamiento prematuro de la capacidad del trabajador”, recordando que estos son los fundamentos que justifican un régimen diferencial como se indicara en el punto 2.

(9) No se han encontrado casos en la jurisprudencia en el periodo 2000 a 2010 en este sentido, debiendo señalar que en un país como la Argentina muchas cuestiones pueden variar en ese periodo decenal, en especial, en del derecho del trabajo con la nueva integración de la Corte Suprema, a partir del año 2004, con los recordados fallos “Vizzoti”, “Aquino”, “Pérez c. Disco”, “González c. Polimat” “Rossi”, “ATE”, entre otros leading case.

(10) El dec. 671/1994, define al tripulante de cabina en el art. 2º, apartado r) señalando que se trata de: “personas empleadas por el explotador para desempeñar en la cabina de pasajeros funciones de seguridad y atención de los mismos”. Con una mirada crítica que compartimos, Héctor O. García, señala respecto de este personal que: “en contraposición a las tendencias regulatorias existentes en los países desarrollados, haciendo recaer un mayor costo en la operación de los transportadores que operan en la República Argentina, al destinar contenidos curriculares y formativos que no necesariamente se compadecen con la demanda profesional para este grupo de integrantes que asisten a la cabina de pasajeros” (“Estatutos de aeronavegantes, un ejemplo de desactualización regulatoria”, Héctor O. García, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni Editores, Año 2003-2: 51).

Por otro lado —reitera— los argumentos referidos a la inexistencia de opción del trabajador de utilizar uno u otro régimen, precisando que: “entiendo que la capacidad del trabajador se encuentra limitada a optar entre jubilarse en los términos de la ley especial —independientemente de la conducta del empleador— o en los del régimen general siempre que con anterioridad el empleador no ejerciera su facultad extintiva en sentido contrario”.

Para decidir el este caso, el Dr. Corach, en el considerando 4 y coincidiendo con el dictamen del Fiscal General, precisa que:

“el art. 3º del dec. 4.257/1968 establece claramente un derecho de los trabajadores a acceder a la jubilación ordinaria con 30 años de servicios y 50 de edad y la norma es constitutiva de una opción de beneficio para los dependientes. No se trata, pues de un régimen que les limite la edad para trabajar, sino de un ordenamiento que crea una condición favorable que les permite elegir cuando cumplen los años de referencia. Repárese en que el dispositivo de marras utiliza la diáfana expresión “tendrán derecho” y no sería admisible interpretar que conceptualiza un límite invocable por la empleadora en el marco del art. 252 de la LCT (...). De acuerdo con esta interpretación normativa, que desde ya comparto, parece adecuado concluir en sentido adverso al que se ha expuesto en el pronunciamiento recurrido toda vez que, si partimos de la base de que nos encontramos en presencia de un “beneficio” para el trabajador, al que puede acceder a través del “ejercicio de una opción”, mal puede entonces interpretarse que pueda resultar obligado a aceptar este “retiro anticipado por jubilación” cuando está haciendo expresa referencia a su voluntad en sentido contrario”.

Es aquí, entonces, cuando aparecen como fundamentos del fallo —y con ello también el cambio de la jurisprudencia— la consideración de que la norma diferencial del personal Aeronavegante *es constitutiva de un beneficio para el trabajador, al que puede acceder a través del “ejercicio de una opción”, no pudiendo resultar obligado a lo que disponga su empleador* —en ese caso lo califica como un retiro anticipado por jubilación según el régimen diferencial especial—, por cuanto, del propio texto del dec. 4.257/1968 surge que el trabajador “tendrá derecho”, lo que evidentemente controvierte la facultad del empleador contenida en el art. 252 de la LCT —ya comentada—, la cual no sería admisible ya que “conceptualiza un límite invocable por la empleadora”. Al respecto recordemos que la redacción del art. 3º del dec. 4.257/1968 nunca fue modificada, pero observamos que esta interpretación efectuada a más de cuarenta de su dictado años señala que el legislador habría tenido en miras otorgarle un beneficio previsional “optativo” al personal aeronavegante, resultando llamativo que nunca se reparara en esta expresión (“tendrán derecho”) para dirimir los procesos anteriores.

Más allá de lo expuesto, el sentenciante indica en el considerando 5, cual ha sido el método de interpretación para arribar a este fallo, señalando que:

“Y, por último, más allá de considerar suficientes los argumentos expuestos hasta el momento, solo por eventualidad y a fin de otorgar aún mayor argumentación a esta decisión que sugiero adoptar, considero —en consonancia con lo dictaminado por el Dr. Eduardo Álvarez— que la interpretación de este tipo de normas en las que se establece un sistema diferenciado, debe efectuarse de modo positivo y siempre favorable a los intereses del dependiente, y no solo del dependiente sino, principalmente, a favor de la tesitura normativa que gobierna la disciplina que nos rige, que se encuentra plasmada no sólo en la favorable interpretación a la que alude el art. 9º de dicho plexo legal, sino también del principio de “continuidad” al que alude el artículo 10 de la Ley de Contrato de Trabajo que exige resolver la controversia a favor de la subsistencia del vínculo laboral dependiente”.

Del presente fallo surgen como fundamentos señeros de este viraje jurisprudencial, la consideración de “un derecho a opción” para el trabajador aeronavegante para obtener el beneficio contenido en el régimen previsional diferencial, excluyendo así la idea de una facultad del empleador para este caso concreto, indicando que la invocación de la facultad contenida en el art. 252 de la LCT, implicaría establecer un límite por parte del empleador y que, recurriendo a principios generales del derecho del trabajo, la interpretación debe ser siempre en función del trabajador (art. 9º de la LCT) y estarse además al principio de continuidad de la relación de trabajo (art. 10 de la LCT).

Además, se observa que también se requiere que el tripulante aeronáutico cumpla con los requisitos de habilitación correspondiente vinculado con su aptitud física hasta llegar a la edad que establece el régimen previsional general y ordinario. Por otro lado, dada la interpretación efectuada, se descarta el tratamiento de la declaración de inconstitucionalidad del art. 157 de la ley 24.241 por ser la misma innecesaria, atento a que, ante el conflicto en la aplicación de la norma en cuestión se ha utilizado el sistema de interpretación establecido en los arts. 11 y 9 de la LCT, prefiriendo así la solución arribada.

En resumen, el tribunal interviniente determina que la accionada (Aerolíneas Argentinas) debe abstenerse de formular intimaciones en los términos del art. 252 de la LCT con referencia a lo dispuesto por el art. 3º del dec. 4.257/1968 hasta tanto el actor alcance la edad de 65 años, por cuanto legisla una opción a favor del trabajador que lo faculta para acogerse a un beneficio jubilatorio y, por lo tanto, extintivo del vínculo con anterioridad al previsto en el régimen general, más no la prohibición de continuar desempeñándose en sus funciones siempre y cuando exista la posibilidad no sólo fáctica sino también psicofísica de seguir haciéndolo, conforme los controles médicos que anualmente realiza la Fuerza Aérea Argentina a los fines de expedir las habilitaciones pertinentes.

Siguiendo el orden cronológico planteado al inicio de este punto, en autos “Nilsson”, también con el voto del Dr. Corach, se reiteran todos los fundamentos que fueran referidos en la causa “De San”.

Asimismo, en la causa “Ruiz” y con voto del Dr. Luis A. Raffaghelli, donde nuevamente se utilizan los fundamentos vertidos en los precedentes mencionados, se acentúa aún más la cuestión vinculada al derecho de optar por el beneficio previsional anticipado —por cuanto la norma previsional diferencial no lo obliga—, como así también hace una especial referencia a la diferencia existente entre la continuidad laboral y el ingreso a la pasividad (los reseñados conceptos de “haber salarial” y “haber previsional”), utilizando como fundamento la aplicación de los principios del derecho del trabajo (conf. art. 11 de la LCT) y el “bloque constitucional federal”, instituido luego de la reforma constitucional de 1994.

Por su parte, en autos “Fiore”, por revestir el actor la categoría de tripulante de cabina (ver nota 10) se reproducen los fundamentos del fallo “De San” resaltando, conforme el voto de la Dra. García Margalejo, la situación de desigualdad entre las diversas categorías profesionales del personal Aeronavegante, sobre todo vinculado a que quien ostenta mayor responsabilidad —el piloto (11)— ha sido autorizado de hecho —por resoluciones administrativas de la autoridad de contralor— a continuar prestando servicios más allá de la edad fijada por el régimen previsional diferencial, al señalar que “considero que en este caso concreto se produce una discriminación normativa entre el personal de la misma actividad —personal aeronáutico que se desempeña a bordo de aeronaves, ver categoría invocada a fs. 5 y responde fs. 70—. En efecto, a través de la disposición 163/2006 se autorizó a las empresas de transporte aerocomercial a conformar tripulaciones de vuelo con pilotos hasta los 65 años (v. fs. 195/196) pero no ocurre lo mismo con los tripulantes de cabina. Es decir que, en virtud de dicha disposición, a los pilotos se les extendió de hecho la edad para acogerse al beneficio jubilatorio, lo que evidencia un trato desigual entre los diversos tripulantes de la aeronave sin que se vislumbren razones objetivas para concluir que las diversas actividades cumplidas a bordo de una aeronave puedan ser perjudiciales para unos y no para otros. Por el contrario, puede razonablemente afirmarse —a mi juicio— que el piloto es quien asume mayor responsabilidad y, a pesar de ello, se le autorizó expresamente a trabajar hasta los 65 años de edad, lo que modificó de hecho el régimen diferencial jubilatorio para esa categoría (...). En concreto, considero que las diferencias entre las distintas categorías de aeronavegantes no justifican a partir de las probanzas

(11) Respecto de la figura del piloto-comandante de aeronaves, se ha sostenido que “El ingente número de tareas que se deben realizar a bordo de una aeronave en una operación aérea exige la presencia de una persona capacitada que conduzca y ordene las misivas y tenga asimismo autoridad bastante para imponer las decisiones necesarias en pos de su cumplimiento. Tal persona es el comandante de la aeronave, quien viene a ser el sujeto de mayor relevancia de entre todo el personal aeronavegante. Es en definitiva el miembro de la tripulación que se encuentra al mando de la aeronave y la figura más destacada de todo el personal aeronáutico, resultado ello de hallarse al frente de una comunidad tan peculiar, asilada y efímera como lo es la comunidad de vuelo, para lo cual tiene los más amplios poderes de decisión y de juicio, tendientes al logro de la empresa aeronáutica” (“Aeronaves y Personal Aeronáutico”, Fusaro, Carlos Pablo, Abeledo Perrot - Lexis Nexis Argentina SA, Buenos Aires, 2001:301).

aquí arrimadas un trato desigual a los efectos que aquí se están tratando, ya que todos deben prestar servicios a bordo de una aeronave —aunque lo sea con distintas funciones— por lo que no me parece que se configure una pauta objetiva que habilite la distinción normativa (art. 16 CN cons. 3)”.

También se arriba a una solución análoga al caso “Ruiz”, en autos “Pesavento” vinculada a la interpretación del caso a la luz de los arts. 10, 11 y cctes. de la LCT, como así también la cuestión vinculada a reconocer el derecho del trabajador de acceder al beneficio previsional que otorga el régimen diferencial como “una opción a continuar prestando servicios”, descartando que para el caso especial se trate de una facultad del empleador, señalando que en este caso la pretensión del actor había tenido resultado favorable en primera instancia, teniendo en cuenta que se trató de un caso de despido indirecto, fundado en la falta de dación de tareas por parte de la empleadora-explotadora de aeronaves demandada, acreditadas las intimaciones correspondientes por parte del actor en ese sentido.

Por último, y para no ser redundante en los fundamentos de los fallos anteriormente referidos, existen idénticas soluciones en los casos “Baratti”, “Santos”, “Casasus”, “Islas” y “Giobbiani”, respecto de la inaplicabilidad del art. 252 de la LCT al régimen previsional del personal aeronáutico, dándole el carácter de derecho a opción para obtener el beneficio previsional en forma anticipada al trabajador aeronavegante y desechando cualquier consideración como facultad para el empleador-explotador de aeronaves, que implique un sometimiento obligatorio para aquel. Además también se equiparan las diversas categorías profesionales (pilotos y personal de cabina) respecto de la posibilidad de continuar en la prestación de servicios.

Ante el cambio jurisprudencial descripto con los fundamentos expuestos, la doctrina se ha expedido sobre esta cuestión —algunos con cuestionamientos y otros no— respecto de la solución arribada, esto es, que el personal aeronavegante opte por continuar prestando servicios —una vez intimado— hasta tanto cumpla con el requisito de edad establecido para acceder al beneficio previsional ordinario (65 años de edad), todo ello, en tanto y en cuanto, acredite en forma anual su aptitud física (examen apto psicofísico expedido por el Instituto Nacional de Medicina Aeronáutica y Espacial (I.N.M.A.E.) dependiente de la Fuerza Aérea Argentina).

En particular, el Dr. Juan José Etala (h.) refiere, en contraposición a lo dictaminado por la jurisprudencia, que la intimación contenida en el art. 252 de la LCT resulta aplicable a todos los regímenes previsionales, sean estos comunes, especiales o diferenciales —cuestionando incluso la existencia de estos últimos—, señalando que:

“Sostiene el fallo que el art. 252 de la LCT solo se refiere a las prestaciones jubilatorias de la ley 24.241 pero no a los regímenes especiales. En ese sentido no se comprende el motivo por el cual hay regímenes especiales de jubilación si no es porque el trabajador puede, y hasta es lógico, que se jubile anticipadamente atento las especiales condiciones en que se desenvuelven las tareas. Supongamos que se trata de un piloto de avión y que quiera seguir piloteando hasta los 65 años, ello no se condice con una realidad y es que no es lo mismo la edad para realizar tareas normales que para realizar tareas especiales que producen un desgaste prematuro y que generan una necesidad mayor de concentración para el desenvolvimiento de las mismas. La lógica interpretación de la ley es que quien puede obtener un beneficio jubilatorio puede ser intimado a jubilarse” (Etala, 2013: 518).

El mismo autor sostiene dicha postura al comentar el fallo “Prieto”, haciendo mención a la aplicabilidad del art. 252 de la LCT, señalando que “como puede apreciarse la ley establece como único requisito la posibilidad de obtener cualquiera de las prestaciones de la ley de jubilaciones y no únicamente la de los 65 años de edad y 30 años de servicio” (Etala, 2014: 673).

En contraposición, Amanda Lucía Pawlowsky de Pose, refiriéndose especialmente al factor económico que significa para estos trabajadores su paso a la pasividad, sostiene que:

“Lo que apoya axiológicamente la decisión adoptada es, exclusivamente un factor económico. Esto es que un sistema idóneo de previsión social deberá permitir al dependiente que entra en pasividad

proveerse de un ingreso que reemplace los créditos activos que ha perdido y ello no sucede en la realidad económica argentina dado que, en muchos casos, la entrada en pasividad no es otra cosa que la entrada en la indigencia (ver Morresi, Jorge O., “La estabilidad y la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador”, DT 2005-A-753)” (Pawlowsky de Pose, 2013: 665).

Por último, Luis E. Ramírez Bosco, realizando una aguda semblanza respecto de una u otra posición, manifiesta que:

“Si la solución correcta es una u otra, de conformidad con el derecho vigente, me parece que en principio se debería aceptar que es una cuestión de preferencia o de elegir entre dos soluciones de las cuales, en cuanto a la interpretación de la ley, no es una decididamente más convincente que la otra (...). Lo que cambia es el resultado al que se llega y la impresión es que éste es el criterio decisivo: se asume, sin decirlo pero si implicándolo con claridad, que jubilarse a los 55 años es más malo que hacerlo a los 65, porque en general jubilarse implica pérdidas económicas (aparte de otras) frente a las remuneraciones de actividad. El argumento también es comprensible y fundado en circunstancias en general ciertas y, de hecho, el voto decisivo en la sentencia anotada llega a la conclusión de que la jubilación temprana es inexigible al trabajador, porque eso es más favorable, más beneficioso y hasta —esto argumentalmente mediatizado— más protectorio para el trabajador” (2012: 172).

En mi opinión, todos los argumentos vertidos en favor o en contra resultan válidos, señalando que se ha interpretado correctamente este conflicto de normas mediante el procedimiento que establece la propia LCT (artículos 11 y 9) para arribar a la solución del mismo.

Ahora bien, demás está decir que, si no existiera esta considerable diferencia entre el “haber salarial” o en actividad y el “haber previsional”, difícilmente estaríamos tratando esta cuestión, sumado a la falta de actualización de un régimen como el que se estudia que, a la fecha de realización del presente trabajo cuenta con 47 años, periodo en el cual la actividad aeronáutica ha tenido un avance tecnológico impensado —basta con observar la cuestión actual de la utilización de los Drones y la incertidumbre de su regulación a nivel mundial, para comprender lo expuesto— para considerar que no se haya siquiera pensado en formular un serio análisis de situación actual del impacto de la actividad aeronáutica sobre la salud del personal Aeronavegante, para reformar así el régimen imperante.

V. Consideraciones finales. Necesidad de una actualización

El régimen previsional del personal aeronavegante, regulado por el dec. 4.257/1968, art. 3º, se encuentra plenamente vigente por la falta de una regulación actualizada ante las constantes modificaciones del régimen previsional en general y, además, presenta esta situación de conflicto con una norma de la LCT (el art. 252) debiendo la jurisprudencia expedirse respecto de esta situación, sobre la cual durante más de cuarenta años nunca se había reparado y ni siquiera había sido cuestionada, entendiéndose que resultan ser cuestiones de coyuntura como ser la evolución del ser humano en cuanto al prolongamiento de la edad y la aptitud física del trabajo para continuar en su labor, como así también, cuestiones económicas proveniente de las diferencias existentes entre el salario en actividad y el haber previsional, cuestiones todas ellas que motivaron la negativa de este espectro de trabajadores ante la intimación de su empleador-explotador de aeronaves, conforme los reclamos arriba reseñados.

En este estado, y del contenido de la jurisprudencia citada —siendo coincidentes sus fundamentos—, se colige claramente que en estos últimos años ha variado por completo el alcance y aplicabilidad del art. 252 de la LCT respecto de este régimen previsional diferencial del personal aeronavegante y, en este orden de ideas, conviene aquí formular las siguientes consideraciones finales.

Primeramente, debo señalar que se trata de un régimen diferencial conforme los fundamentos indicados, por lo que se permite acceder al beneficio previsional en una cantidad de años de edad menor a la que se exigen en el régimen ordinario, excluyendo desde ya, cualquier consideración de trabajo insalubre o especial, por obedecer a cuestiones ajenas a la mencionada justificación.

La actividad legislativa y/o reglamentaria en materia de regímenes previsionales diferenciales no ha demostrado avances, debiendo en este caso esperar el dictado de una regulación específica o, al menos, las conclusiones a las que arribe la recientemente creada “Comisión Técnica Permanente sobre Tareas Diferenciales”, respecto de la actividad aeronáutica y su impacto en la salud del personal aeronavegante.

En función de ello y por determinación de la jurisprudencia, la posibilidad de acceder a un beneficio previsional de un régimen diferencial con cantidad de años de servicio y de edad menores al establecido para el régimen general u ordinario —por ahora únicamente referido al personal aeronavegante— resulta ser “un derecho” para el trabajador y no “una facultad” del empleador como lo establece el art. 252 de la LCT, pudiendo optar el trabajador aeronáutico entre la obtención del beneficio o, continuar prestando servicios hasta tanto se cumplan los requisitos de edad y años de servicio correspondiente al régimen ordinario todo ello, en tanto y en cuanto, se cumplan todos los requisitos referidos a la aptitud psicofísica requeridos en la actividad aeronáutica.

Además, tal precisión nos permite formular al menos una reflexión vinculada a que, si esta solución a la que arribó la jurisprudencia resulta ser aplicable únicamente al trabajador Aeronavegante, o también podría considerarse para otros regímenes diferenciales como ser el trabajador marítimo, el trabajador rural, como algunos ejemplos. Para el caso habría que tener presente si la aplicación deviene por la simple referencia normativa particular a la expresión “tendrán derecho” como fuera sostenido por la jurisprudencia, descartando desde ya que el legislación previsional haya tenido la intención de incluir o excluir actividades al momento de sancionar las normas en cuestión y de ahí precisar dichos términos. Respecto de este punto deberán esperarse a los posibles planteos judiciales y a las cuestiones coyunturales (sobre todo las económicas) que se susciten en el futuro entorno a otras actividades.

Por otro lado, y teniendo presente que se trata de un régimen previsional diferencial se establece un recargo para el explotador-empleador de aeronaves en el pago de las contribuciones con destino a la seguridad social, justamente para solventar el déficit que provoca la menor cantidad de años aportes requerida, lo que implicará un pago mayor de aportes para el caso en que el trabajador aeronáutico decida continuar hasta alcanzar la edad que establece el régimen ordinario, debiendo establecerse algún sistema de compensación por esa suma abonada en exceso, situación sobre la cual no se ha observado reparo alguno. Como contrapartida, dicha situación resultará de difícil materialización ya que, al momento de concretarse la contratación del personal y, por ende, su incorporación a la empresa explotadora de aeronaves, difícilmente se conozca cual va a ser la opción del trabajador, o si el régimen previsional diferencial seguirá vigente.

Deviene necesaria, entonces, la actualización de la normativa previsional del personal aeronavegante en forma urgente, sin que ello implique una crítica a la estructura normativa actual de facultad delegada al PEN, pero si adecuar la legislación diferencial a las nuevas condiciones tecnológicas y de impacto a la salud de los trabajadores que la actividad aeronáutica presenta actualmente.

VI. Bibliografía

BERMÚDEZ, Jorge G. (2011). “La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador”, EN: *Revista de Derecho Laboral*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, cap. 1, p. 196.

BRITO PERET, José I. (2009). “Notas sobre los regímenes previsionales diferenciales. Una indefinida situación”, EN: *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (TySS). Buenos Aires, ps. 737-767.

CAPECE, Silvina C. (2012). “Algunas reflexiones vinculadas con la intimación del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT)”, EN: *Revista de Jubilaciones y Pensiones*, año 22, n. 130 (septiembre/octubre). Buenos Aires, ps. 592-598.

— (2013). “Art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo. Intimación a jubilarse (Comentario al fallo “Font Olivares”)”, EN: *Revista de Jubilaciones y Pensiones*, vol. 22, (mar. 2012 / feb. 2013). Buenos Aires, ps. 692-694.

ETALA, Juan José (h.) (2013). “La intimación a jubilarse y el trabajador aeronáutico”, EN: *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley, A. p. 518.

— (2014). “Comentario al fallo ‘Prieto’”, EN: *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley Online AR/DOC/356/2014, 673.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos y CAUBET, Amanda Beatriz (1999). *Jubilaciones y Pensiones. Análisis Integral*. Buenos Aires: Errepar, p. 20.

FOLCHI, Mario O. (2012). “Personal Aeronáutico”, EN: *Tratado de Derecho Aeronáutico y Política de la Aeronáutica Civil*, IJ-LXVII-15, 20/12/2012.

FUSARO, Carlos Pablo (2001). *Aeronaves y Personal Aeronáutico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot Lexis Nexis Argentina SA, p. 301.

GARCÍA, Héctor O. García (2003). “Estatutos de aeronavegantes, un ejemplo de desactualización regulatoria”, en EN: *Revista de Derecho Laboral*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 2, 51.

GREGO, Rubén O. (1972). “Régimen jubilatorio complementario para pilotos aviadores”, EN: *Revista Legislación del Trabajo*. Buenos Aires: Ed. Contabilidad Moderna, vol. A, (enero / junio 1972), p. 300.

GRISOLIA, Julio Armando (2004). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Lexis Nexis, p. 2, 1336.

LODIFE, María D. (2003). “Derecho a prestaciones previsionales. Cómputo de Servicios de Aeronavegantes. Decreto 4257/1968. Caso Práctico”, EN: *Revista Práctica y Actualidad Laboral (PAL)*. Buenos Aires: ERREPAR, agosto, p. 6, 15.

MAZA, Miguel Ángel (2008). *Ley de Contrato de trabajo. Comentada*, Buenos Aires: La Ley, ps. 527-545.

OJEDA, Horacio Raúl (2005). “Comentario al Art. 252 de la LCT”, EN: *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y Concordada*, Vázquez Vialard Antonio (dir.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 528.

OROZCO, Néstor (2012). “Trabajo insalubre y regímenes jubilatorios por tareas determinativas de envejecimiento o agotamiento prematuro”, EN: *Revista Liquidación de Sueldos Práctica*. Buenos Aires: ERREPAR (LSP), enero.

PAWLOWSKY DE POSE, Amanda Lucía (2013), “Sobre la operatividad del art. 252 de la LCT en el seno de los aeronavegantes”, EN: *Revista Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley, A, p. 665.

RAMÍREZ BOSCO, Luis E. (2007). “Comentario al Art. 252 de la LCT”, EN: *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, Anotada y Concordada*, Rodríguez Mancini Jorge (dir.). Buenos Aires: La Ley, p. 4, 582-600.

— (2012). “Sobre la intimación a jubilarse en un régimen diferencial”, EN: *Revista Trabajo y Seguridad Social (TySS)*. Buenos Aires, ps. 172-175.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (2003). “Ley laboral común y especial”, EN: *Revista de Derecho Laboral*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, ps. 2, 9-27.

Jurisprudencia

C. Fed. Seguridad Social, Sala III, del 13/08/1998, “Argeri Iriart, Eduardo Adrián c. ANSES s. dependientes: otras prestaciones”.

C. Nac. Trab., Sala III, del 17/11/1999 (Expte. 22462/99), “Bogan, Mario c. Aerolíneas Argentinas SA s. amparo”, en Boletín de Jurisprudencia de la C. Nac. Trab., mayo 2009, p. 3.

C. Nac. Trab., Sala II, del 18/05/2000, “Garabello, Pedro Juan c. AA Aerolíneas Argentinas SA s. acción de amparo”.

C. Nac. Trab., Sala VI, del 10/05/1991 (sent. 35.358), “Castelan, Mirko c. ELMA”, EN: Manual de Jurisprudencia La Ley, Ley de Contrato de Trabajo, La Ley, Buenos Aires, 2002, 4ª. ed.

C. Nac. Trab., Sala VIII, del 31/10/2000 (sent. 21.649) “Varela, Enrique c. Aerolíneas Argentinas SA s. despido”, EN: Boletín de Jurisprudencia de la C. Nac. Trab. (mayo 2009), p. 8.

C. Nac. Trab. Sala X, del 30/06/1998, “Minuzzi, Jorge M. c. Aerolíneas Argentinas SA”, EN: Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Buenos Aires, 1998-B-2456 y EN: Revista Trabajo y Seguridad Social, El Derecho, vol. 2000-131.

C. Nac. Trab., Sala VI, del 08/11/1994, “Molina Campos c. Aerolíneas Argentinas”, EN: DJ 1995-2-560 y Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Buenos Aires, 1995-A-398.

C. Nac. Trab., Sala IV, del 25/10/2000 (Expte. 2408/92, sent. 86051), “Mandarino, Luis y otros c. Aerolíneas Argentinas SA s. despido”.

C. Nac. Trab., Sala VI del 26/06/2002, “Dupuy c. Aerolíneas Argentinas”, EN: TySS, El Derecho, 2003, p. 149.

C. Nac. Trab., Sala IV, del 12/06/2002 (Expte. 10.821), “Meza, Carlos c. Aerolíneas Argentinas s. acción declarativa”, EN: Boletín de Jurisprudencia de la C. Nac. Trab. (mayo 2009), p. 4.

C. Nac. Trab., Sala III, del 30/09/2013, “Lago, Marcela Edith c. Aerolíneas Argentinas s. acción de amparo”.

C. Nac. Trab., Sala III, del 17/11/1999 (Expte. 22462/99), “Bogan, Mario c. Aerolíneas Argentinas SA s. amparo”, EN: Boletines de Jurisprudencia de la C. Nac. Trab., mes mayo de 2009.

C. Nac. Trab., SALA IX, del 06/06/2011, “De San, Félix Hugo c. Aerolíneas Argentinas s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”.

C. Nac. Trab., Sala X, del 30/06/2011, “Nilsson, María Inés c. Aerolíneas Argentinas SA s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”.

C. Nac. Trab., Sala VI, del 11/11/2011, “Ruiz, Daniel Horacio c. Aerolíneas Argentinas s. restablecimiento de condiciones de trabajo”, EN: Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Buenos aires, Marzo 2012, n. 3, ps. 665/668.

C. Nac. Trab., Sala V, del 13/02/2012, “Fiore, Edgardo Guillermo c. Aerolíneas Argentinas SA s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”.

C. Nac. Trab., Sala VI, del 21/09/2012, “Santos, Liliana Beatriz c. Aerolíneas Argentinas SA s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”.

C. Nac. Trab., Sala II, del 20/11/2012, “Pesavento, Eduardo Carlos c. Aerolíneas Argentinas SA s. despido”.

C. Nac. Trab., Sala II, del 12/03/2013, “Baratti, Marcelo Aldo c. Aerolíneas Argentinas SA s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”.

C. Nac. Trab., Sala II, del 16/10/2013, “Casasus, María del Carmen c. Aerolíneas Argentinas SA s. juicio sumarísimo”.

C. Nac. Trab., Sala IX, del 31/07/2013, “Prieto, Carlos c. Aerolíneas Argentinas SA s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”, EN: *Revista Derecho del Trabajo* Buenos Aires: La Ley, marzo, 2014, p. 673.

C. Nac. Trab., Sala VI del 30/10/2013, “Islas, Carlos Guillermo c. Aerolíneas Argentinas SA s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”.

C. Nac. Trab., Sala I, del 19/11/2013, “Giobbiani, Gabriela Amanda c. Aerolíneas Argentinas SA s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”. ♦

Fecha de recepción: 03-05-2015

Fecha de aceptación: 15-08-2015

Luces y sombras de la protección ambiental mediante instrumentos económicos de gestión en la Cuba actual

POR AGUILA CARRALERO ALISVECH (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Principio internacional quien contamina, paga.— III. Instrumentos económicos de gestión ambiental.— IV. Encuadre teórico de los tributos ambientales: definición.— V. Fundamentos y efectos jurídicos de los tributos ambientales como instrumentos económicos de gestión.— VI. Fortalezas y debilidades del tratamiento jurídico de los tributos ambientales en Cuba.— VII. Conclusiones.— VIII. Bibliografía.

Resumen: El incremento de las afectaciones producidas al ambiente y en consecuencia su deterioro acelerado han influido en la vida del hombre en varias dimensiones. En este sentido se han propuesto diversas alternativas de protección, entre las que se encuentran los instrumentos económicos de gestión. Destacándose dentro de ellos los tributos ambientales, que diversos países han utilizado en diferentes categorías, sustentándose en la implementación del principio internacional quien contamina, paga. En este contexto, Cuba ha asimilado su inclusión en la normativa tributaria interna pero aun muestra ciertas deficiencias que limitan la efectividad del fin propuesto. Es nuestro objetivo, develar las fortalezas y debilidades de la implementación de tales instrumentos en un ámbito tan peculiar demarcado por la Cuba actual.

Palabras clave: tributo ambiental - protección ambiental - instrumentos económicos de gestión.

Lights and shadows of the environmental protection through the economic instruments of management in the current Cuba

Abstract: *The increment of the environment affectations has resulted in an accelerated deterioration of it that has had effects on many men's lives dimensions. In this way, some protection alternatives have been taken, among which we find the economic instruments of management. So, the environmental taxes have been used in different countries in different categories based on the implementation of the international principle saying that the one that causes pollution must pay. In this context, Cuba has assimilated its inclusion of the domestic tax regulations, but still having some faults regarding the effectiveness of the general goal. In this sense we have as objective to reveal the strengths and weaknesses in lights and shadows qualities of the implementation of such instruments in a peculiar context of today's Cuba.*

Keywords: *environmental tax - environmental protection - economic instruments of management.*

I. Introducción

En las últimas décadas la preocupación por la contaminación, la sobre-explotación de los recursos naturales y la protección del ambiente han cobrado protagonismo en el marco de intereses sustentados en la agenda pública de un grupo importante de estados. Así, se cristaliza la forma más elemental de cumplimiento de los principios (1) enarbolados en Río de Janeiro en 1992, y por otra parte, la mate-

(*) Prof. Titular Derecho Ambiental y Derecho Tributario. Decana. Facultad de Derecho, Universidad de Camagüey, Cuba.

(1) En el seno de la Conferencia de Río de 1992, se gesta la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la que contiene 27 principios que abordan criterios relacionados con los fundamentales problemas ambientales. Contiene entre ellos: la idea del desarrollo sostenible (principios 1 y 4), participación ciudadana (principios 10), precautorio (principio 15), quien contamina paga (principio 16), la consecución de una paz ecológica (principios 24 y 27).

rialización del concepto de desarrollo sustentable a través de los vínculos entre desarrollo, política económica y ambiente. Ello desembocó en el estudio teórico y su posterior diseño e implementación en las políticas públicas. De igual modo se concretó el término gestión ambiental a través de estrategias, mecanismos e instrumentos para solucionar la problemática ambiental. Mediante la creación de instrumentos económicos se ha mostrado una alternativa contemporánea para proteger el ambiente.

La fiscalidad ambiental expresada en los tributos, exenciones y estímulos fiscales (entre otros) se han incorporado en una parte importante de los ordenamientos jurídico-fiscales de los países con una sólida política y legislación ambiental. Cuba no se encuentra exenta de este actuar. Sin embargo, una serie de problemas relacionados con su configuración jurídica e implementación se expresan desde su propia denominación categorial hasta la observancia a los principios constitucionales (2) que rigen los tributos.

En un contexto delimitado estrictamente por el suelo patrio, este variopinto tópico acarrea necesarias valoraciones desde el punto de vista jurídico, dejando traslucir aspectos de su implementación favorables o no, en pos de la salvaguarda del ambiente.

Las siguientes líneas tienen por objeto hacer una revisión del estado actual de la cuestión, al abordar algunos de los fundamentales aspectos que en el orden teórico y legislativo sustentan los tributos ambientales en Cuba. Se realiza una valoración general sobre la concepción de los actuales tributos ambientales en la ley 113 de 2013, delineándose las fisuras en su configuración.

II. Principio internacional quien contamina, paga

En el marco de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992, se debatieron diferentes aspectos de gran relevancia para la protección ambiental de modo que no es posible ignorar su existencia al tratar estos temas. De forma particular se presentó uno relacionado con los aspectos financieros entre los principales temas de debate en la Conferencia: el “paquete final”.

Se analizó una amplia gama de medidas financieras innovadoras, entre la que resalta la posibilidad de introducir incentivos y gravámenes fiscales (Programa 21, 1992). Sin embargo, aunque no se manifestó la aceptación esperada, se declaró el principio quien contamina, paga como una vía para terminar con la impunidad de aquellos sujetos contaminantes. El objetivo de este principio es en esencia evitar que las políticas de protección ambiental sean costeadas con el uso de los fondos públicos y por ende, que recaiga tal carga sobre todos los ciudadanos como posibles contribuyentes. En este sentido, se pretende que la actividad económica generada, ya sea por el sector empresarial o por el ciudadano común, conciba entre sus premisas fundamentales aquellas conductas respetuosas con el entorno. De tal hecho, los empresarios o demás entes contaminadores deberían considerar cómo su actuación impacta negativamente sobre el ambiente.

Con la implementación de este principio, los agentes contaminantes son obligados a aportar a la administración una cantidad de dinero que no podrá gastarse en la restitución del bien ambiental dañado (3), pero sí podría emplearse como fondo para el establecimiento de medidas de prevención o para la construcción de obras tendientes a la protección del ambiente. Además, este principio contribuye a la reducción de conductas lesivas al medio hasta un nivel mínimo aceptable por los estándares establecidos en relación con la calidad ambiental.

(2) El texto constitucional cubano fue atemperado al llamado realizado en Río de Janeiro e incluyó en su art. 27 el aspecto referido a la protección ambiental. Sin embargo, el mismo texto no expresa idea alguna sobre los principios tributarios que pueden subyacer en esta protección a partir de la implementación de los tributos ambientales como instrumentos de gestión ambiental.

(3) Los elementos del ambiente son insustituibles e invaluable por su valor ecológico.

Entre las vías para introducir en la práctica la concreción de este principio, cabe destacar el uso de instrumentos económicos y/o fiscales para generar un comportamiento más respetuoso con el ambiente, el cualquier un lugar de notorio privilegio por la eficacia que representa. Así, se podrán controlar mejor aquellas externalidades relacionadas con el componente ambiental desde su nacimiento y al transitar por las diferentes etapas hasta el momento final de su eliminación.

III. Instrumentos económicos de gestión ambiental

El uso de la regulación económica como parte de los instrumentos de la política y la gestión ambiental, se concibe sobre la base del empleo; de incentivos y desincentivos que se sustenten en la política tributaria, arancelaria o de precios diferenciados, para el desarrollo de actividades que incidan sobre el ambiente; así como de medidas de control y financieras que los apoyen.

Estos instrumentos han tomado gran importancia en la actualidad y su uso se hace cada vez más creciente. Se ha conocido en la doctrina cómo funcionan los instrumentos de comando y control que incluyen: los sistemas de licenciamiento, inspección y los diversos regímenes de sanción, pero que en su totalidad no han resuelto los problemas ambientales ni su disminución.

Los términos instrumentos económicos e instrumentos fiscales se han usado indistintamente en ciertos textos que exponen sobre el presente tópico, pero este empleo es erróneo pues entre ambos existe una relación de género a especie, siendo el primero en términos generales un conjunto de basamentos legales que contienen herramientas económicas que lo califican como tal, que protegen al ambiente y los otros son los tributos ambientales. Ambos casos no solo sirven para influenciar, sino también para inhibir conductas negativas dañinas al ambiente.

Los instrumentos económicos tratados en este artículo desde una visión restrictiva, como la regulación económica, contribuyen a la gestión ambiental. Los mismos tienen gran importancia y su proliferación provoca que cada vez más se tome en cuenta que constituyen una estrategia con la cual se podrían resolver muchos de los problemas ambientales, al superar las limitaciones que se encuentran en la aplicación de los denominados instrumentos de comando y control como: la licencia ambiental, la evaluación de impacto ambiental y la inspección estatal, por solo citar algunos ejemplos.

La incorporación de instrumentos económicos tiene entre otros objetivos, la creación de estrategias políticas que por una parte contribuyan a la minimización del impacto ambiental y por otra a la generación de ganancias en recursos financieros. Sin embargo, su introducción debe hacerse de una manera eficiente y considerando los posibles factores que pueden desestabilizar el buen funcionamiento de estas políticas.

La inserción de los instrumentos económicos tiene sus ventajas pero no siempre es así. Como regla, una visión estrictamente económica ignora por completo la cuestión que gira en torno al desarrollo de la economía nacional e internacional y su compatibilidad con la preservación del ambiente como base de la vida humana. Cada vez se hace más evidente la hostil rivalidad entre los países por alcanzar ventajas competitivas que se expresan en una victoria pírrica para aquellos que sean capaces de apropiarse velozmente de la mayor cantidad de recursos naturales.

Los instrumentos económicos para Cuba significan la aplicación de determinados mecanismos económicos tradicionales con el objetivo de preservar el ambiente. Estos deben usarse de forma particular y con la certeza de ganar un beneficio ambiental. Aun cuando de hecho ya existen algunos específicos que se han generalizado, se trata de apelar al arsenal de instrumentos de regulación económica existente y de ponerlos al cuidado ambiental.

Ante la inconveniencia de influir en la protección del ambiente solo a partir de instrumentos regulatorios, sobre todo en presencia de una tendencia descentralizadora de la economía y de una cierta apertura al capital extranjero, se han buscado nuevos instrumentos pero sin desconocer el necesario carácter de sistema que deben poseer los mismos y las consideraciones hechas al respecto en la Agenda 21, los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente, y los acuerdos de Marrakech '94, que condujeron a la creación de la Organización Mundial del Comercio.

Entre los esenciales instrumentos económicos que Cuba ha implementado, se destacan los tributos ambientales como alternativas de prevención a las acciones de contaminación o tendientes a ella como uno de los problemas esenciales detectados de afectación ambiental. Sin embargo, existen importantes vacíos teóricos que limitan su adecuada implementación.

IV. Encuadre teórico de los tributos ambientales: definición

Los tributos ambientales han sido susceptibles de importantes análisis ya que son una tendencia relativamente nueva para solucionar problemáticas ambientales. Se sustentan en principios que emanan de dos disciplinas —también nuevas como ramas independientes del Derecho— que en conjunto le aportan teoría y práctica: Derecho Ambiental y Tributario. El primero, se relaciona con la sustentación de los principios internacionales ya enunciados anteriormente (quien contamina, paga y el preventivo), y con aquellos aspectos vinculados con los instrumentos de gestión ambiental entre los que se destacan los tributos. El segundo, es el Derecho Tributario quién se encarga de delimitar los sustentos teóricos que se expresan en el sistema categorial que maneja la norma jurídica específica.

En consecuencia, múltiples problemáticas afloran en la exploración realizada por la escasa bibliografía relacionada, complicada aún más cuando se pretende proteger una esfera específica del ambiente como los bosques, las aguas, el suelo etc. porque en estos casos se insertan al análisis otras ramas del derecho como el Derecho Forestal o Agrario por solo citar dos ejemplos. Aun así, y aunque no es posible realizar una lista exhaustiva de las deficiencias que subyacen en el tratamiento del tema de interés, se considera necesario realizar algunos comentarios al respecto dada la fuerte tendencia del mundo moderno de emplear los tributos ambientales como una posibilidad más de salvaguarda de los recursos naturales en general.

La primera idea surge ante la falta de homogeneidad en relación con la denominación asumida para identificar a los tributos objeto de estudio, así aparecen de manera frecuente: impuestos verdes, impuestos ecológicos, ecotasas (4). Siguiendo estas denominaciones, puede verse que estos tributos se encuentran exclusivamente encasillados en las categorías tributarias: tasas e impuestos, cuando en realidad se configuran bajo cualquiera de las formas conocidas como impuestos, tasas y contribuciones especiales, siguiendo la clasificación más reconocida. Algunos autores han llegado incluso a la mención de cánones y regalías de una manera poco feliz, en tanto desnaturalizan la figura forzándola a enunciarse como lo que no es. Ante tal dificultad es pertinente plantear, que preferimos asumir como la denominación más adecuada: “tributos con fines protectores del ambiente” (en adelante tributos ambientales) y así no excluir ninguna de sus categorías.

En otro orden, para identificar a un tributo ambiental debe satisfacerse un fin encaminado a la protección del ambiente. No basta el uso que se dé a los ingresos en este sentido, sino que el mismo tributo ha de generar un incentivo que redunde en la consecución del fin perseguido. Por tanto, en las siguientes líneas, haremos énfasis en aquéllos, cuya esencia se encuentra (de manera casi exclusiva) en la protección ambiental, es decir, a los que persiguen afectar el comportamiento de los agentes económicos (como personas naturales o jurídicas) para satisfacer objetivos de política ambiental.

Otro gran escollo identificado en relación con la temática es la definición de los tributos ambientales. Aspecto poco difundido entre los estudiosos del tema dada su complejidad, pero como sostiene Franco (1995) se concibe a los tributos ambientales como aquellas prestaciones pecuniarias que el Estado u otro ente público, en uso del poder que le atribuye el ordenamiento jurídico, exige al sujeto pasivo y cuyo objetivo es la protección y mejora del medio ambiente. Compartimos el criterio anterior en tanto es lo suficientemente abierto como para entender que puede ser cualquier tributo que sea creado con el fin bien definido de proteger el ambiente y de mejorarlo. O sea, que incluye aquellas acciones tendientes a evitar que se dañe y al propio tiempo las de perfeccionamiento, lo que armoniza con la necesidad de restaurar —en lo posible— el bien afectado.

(4) Esta denominación es muy diversa tanto como es su apreciación por los diferentes ordenamientos jurídicos internacionales.

Sin embargo, no podemos omitir nuestro criterio acerca de la ausencia que tiene en las definiciones examinadas, la necesidad de sustentar el atributo de naturaleza preventiva y precautoria del Derecho Ambiental, a través del propio hecho de la tributación ambiental.

Al analizar las categorías tributarias en profundidad, es posible plantear que los tributos ambientales podrían estar enmarcados en cualquiera de ellas, siempre y cuando se tenga en cuenta sobre quién recae la realización del hecho imponible (5). En este aspecto, se sugiere que al referirse a su denominación se utilice la palabra “tributos” como la figura más general, es decir, la que engloba a las tres categorías antes mencionadas. De esta manera, no habrá exclusiones o manejos inadecuados de sus rasgos característicos.

Al analizar la prevalencia en el empleo de los impuestos y de las tasas como categorías para un fin ambiental, no se excluye la posibilidad de uso de la contribución especial con tal objetivo. En esencia, esta categoría podrá ser considerada por sus características propias, entre las más adecuadas para este fin.

V. Fundamentos y efectos jurídicos de los tributos ambientales como instrumentos económicos de gestión

Los tributos ambientales son coherentes con los principios impositivos dominantes. En los sistemas tributarios modernos prima la imposición indirecta sobre productos y consumos, sin preocupación por la equidad vertical y con una aplicación relativamente sencilla. En esta dirección, compartimos las ideas de Gago (1999) en cuanto a que los mismos crean beneficios ambientales y también económicos.

Otras propiedades de los tributos ambientales están referidas a su eficiencia estática dado que incide de manera diferente en los diversos agentes y permite su reacción hacia la minimización del coste total para controlar la contaminación. Todo ello de conjunto, posibilita que a medida que los agentes se hagan más ambiciosos en este sentido, requerirán que los costes de su producción sean lo más reducido posible, y esto lo podrán obtener eliminando en la producción los costes de la contaminación. Por tanto es posible que al unísono se manifiesten beneficios para ellos y para el ambiente.

También es factible hacer referencia a su eficiencia dinámica, debido a que incentiva la innovación tecnológica frente a la adopción de tecnologías ya existentes. Su actuación no se agota al alcanzar un determinado nivel de mejora ambiental. Como el impuesto se paga por las emisiones que no se han reducido, crea un poderoso y constante incentivo para buscar innovaciones tecnológicas limpias que permitan reducir aún más las emisiones y hacerlo a un menor coste.

En otro orden facilitan los ingresos para fines ambientales, es decir, que la recaudación por estos impuestos, que en algunos casos supone una cuota de participación en los ingresos tributarios totales bastante significativa, puede ser destinada a financiar inversiones en infraestructura ambiental.

A pesar de todo lo expuesto, no es sencillo encontrar una plena armonía entre la teoría instaurada desde el Derecho Tributario y la praxis jurídica en este sentido. Debido a que —entre otras razones— no siempre coinciden los criterios de aplicación de las Leyes con los sistemas tributarios que identifican a un tributo ambiental. Puede decirse que no es imposible si se tiene en cuenta que éstos satisfacen un fin encaminado a la protección del ambiente y no responden a la mera recaudación de fondos para la realización de algunas funciones estatales mediante la actividad financiera. Por ello los han clasificado como incentivos y de recuperación de costos.

Entre los efectos jurídicos que se destacan en la concepción y aplicación de los tributos ambientales se encuentran los siguientes:

1. Atacan directamente la naturaleza del problema, que en la mayoría de los casos es la contaminación y el manejo inadecuado de los recursos naturales, mediante el establecimiento de normas jurídicas que lo regulan.

(5) El hecho imponible es un hecho establecido en Ley, que determina el nacimiento de un tributo.

2. Su estructuración se sustenta en la realización de un hecho imponible que marca la afectación del ambiente de forma general y que se va detallando cada vez más, mientras se configuren tributos relacionados con específicas afectaciones al ambiente para el logro de su prevención: contaminación de las aguas, explotación de recursos forestales etc. Todo ello se materializa en la relación existente entre: la determinación de la base imponible y el impacto ambiental.

3. Factibilidad política y legal, en tanto se aplican a partir de las políticas ambientales establecidas a nivel estatal para las que se dictan leyes concretas que justifican y apoyan el cumplimiento de las mismas, y que van tomando matices particulares hacia su aplicación regional o local. Por otra parte, contemplan los principios, conceptos básicos y proceso de gestión de tales tributos. Con ello se logra el cumplimiento general y uniforme desde la tributación y en pos de la protección ambiental.

4. Relación con otros instrumentos económicos y legales. Al tener una concepción emanada desde las políticas trazadas por el Estado, poseen una coherencia lógica con otros instrumentos jurídicos creados para otro fin, apoyándose en ocasiones en preceptos de estos para lograr mayor eficacia. Por ejemplo: los que adquiere de disciplinas como el Derecho Administrativo del que asume el régimen contravencional, con aquellas sanciones administrativas vinculadas al tributo en cuestión o los provenientes de la teoría del daño ambiental explicitada en el Derecho Civil.

5. Capacidad institucional. Existe una clara delimitación de las instituciones que deben responder a nivel de país para una efectiva tributación ambiental que van desde la Administración central del Estado hasta órganos específicos como el Ministerio de Hacienda, en algunos países.

6. Aceptación social. Se reconoce a partir de la protección a un derecho que pertenece de manera igualitaria, indiferenciada o impersonal a la comunidad en general. La población posee menos resistencia a la implementación de tributos que se relacionan con la protección de un bien común y los cree necesarios. La Constitución brasileña constituye un ejemplo de reconocimiento a los tributos existentes bajo estas características tan peculiares.

7. El número de contribuyentes o sujetos pasivos del mismo, no es muy alto en relación con otros tributos (salvo los asociados al uso de la electricidad y el agua), si se considera que el hecho imponible queda determinado a partir de una acción que afecta al ambiente. Aunque no son tributos muy afianzados en todos los sistemas normativos.

8. Se sustentan en un derecho de incidencia colectiva: la protección ambiental y en función de ello, expresa matices peculiares al reconocerse este derecho como de interés difuso. En tal sentido es muy compleja su configuración desde el ámbito legal cuando se han creado figuras tributarias que engloban problemas como la contaminación, se sabe que quedan fuera otras de connotación social y trascendente a la afectación ambiental que no se han podido llevar a expresión normativa.

9. Carácter dis, multi y transdisciplinar: los tributos ambientales como categorías que se expresan dentro del Derecho Tributario, por la estructura atípica y extraordinaria que presentan, se consideran como expresión cualificada “nueva”, en relación con el disfrute a un ambiente sano. Se sustenta en principios que emanan de disciplinas como el Derecho Ambiental y Financiero o Tributario (según criterios), pero que requieren de apoyaturas desde las Ciencias Económicas y Empresariales.

10. La gestión de estos tributos es relativamente simple, siempre y cuando se tenga claridad desde el ámbito legal sobre su finalidad, procedimientos subyacentes y responsables activos de esta gestión.

11. Permiten evaluar desde el punto de vista jurídico de forma periódica, los cambios manifestados en los sujetos pasivos y en sentido general en el comportamiento social ante la protección ambiental.

Debe tenerse en cuenta también desde el ámbito jurídico aquello relacionado con el uso que se ofrece a los ingresos provenientes de la tributación, porque existe un grupo de tributos que aunque su esencia no es ambientalista, su recaudación sustenta determinadas obras encaminadas a proteger el

ambiente. Es decir, que los tributos antes señalados no son ambientalistas aunque lo que se recaude mediante ellos se empleen en algunos casos para obras protectoras del ambiente.

Los verdaderos tributos ambientales deben generar incentivos que redunden en el logro del fin perseguido directamente (la protección del ambiente). De esta forma, quedarían excluidos de los términos: ambientales, ecológicos o verdes, muchos tributos que reciben indebidamente esta denominación por el sólo hecho de que sus ingresos se destinan a fines protectores del ambiente, como ya se expresara.

Los incentivos fiscales y beneficios tributarios constituyen elementos relevantes en estas pretensiones. Se reconoce que la formulación de exenciones tributarias puede responder en algunos casos, a principios constitucionales que encuentran en las mismas un medio para su realización directa, y de conjunto con la parafiscalidad, enriquece la puesta en práctica del sistema de tributación de cualquier país.

A modo de aclaración sobre las exenciones puede decirse que según criterios de autores como Pérez (1999), mediante estas el legislador puede ajustar las consecuencias para ciertos casos concretos de la realización del hecho imponible, al configurar la obligación tributaria surgida de ellos, por importe inferior al ordinario o incluso eliminándola.

Es oportuno traer a colación que al configurar los tributos ambientales debe considerarse que la formulación de exenciones en la regulación de los mismos podría ser una vía efectiva para lograr la prevención de los daños al ambiente, pues si el obligado es consciente de que al mantener determinada conducta a favor del ambiente en la realización del hecho imponible, se podrá reducir su obligación tributaria, incluso eliminarse. Sin dudas, será para él un incentivo pues se verá beneficiado y al mismo tiempo se logrará el fin de prevención perseguido en este tipo de tributo.

VI. Fortalezas y debilidades del tratamiento jurídico de los tributos ambientales en Cuba

Una lista contentiva de ventajas y/o desventajas que son expuestas por diversos autores en la bibliografía más reciente sobre el tema, no mostraría la verdadera esencia del presente tópico. En este sentido se ha preferido exponer algunos criterios ajustados a las particularidades de su concepción e implementación en la Cuba actual precisamente por lo atípico de su tratamiento.

El diseño general del sistema de instrumentos económicos para la protección del ambiente en el contexto cubano, se sustenta esencialmente, en el principio internacional proclamado en el seno de la Declaración de Río como el que contamina paga. Los mismos reflejan en su esencia el carácter planificado de la economía cubana y la no hiperbolización de los mecanismos de mercado en general ni en la gestión económica ambiental.

Desde el punto de vista jurídico, la implementación de instrumentos económicos ofrece la posibilidad de que se amplíe el abanico de respuestas a la protección del ambiente, y no de forma exclusiva para el aspecto sancionador del Derecho sino también hacia la estimulación de buenas prácticas en una parte importante de las esferas de la producción y los servicios, como se enuncia en el acápite anterior.

En Cuba se reconocen varios instrumentos económicos, entre ellos: el Plan de Inversiones para el Medio Ambiente; el Fondo Nacional de Medio Ambiente; el Fondo de Desarrollo Forestal; los royalties y cánones de las explotaciones mineras; las bonificaciones arancelarias a las importaciones de tecnologías favorables al medio ambiente; los precios diferenciados al consumo de la energía y el agua; el uso de los créditos blandos para el medio ambiente y los tributos. Los instrumentos de referencia, se han ido insertando en el ordenamiento jurídico cubano de manera paulatina, en consonancia con las fluctuaciones de la economía del país, y al propio tiempo se ha perfeccionado su regulación jurídica. El objetivo final a alcanzar mediante la aplicación de tales instrumentos de forma general y de los tributos ambientales de manera particular ha estado dirigido a establecer un sistema de relaciones "economía-ambiente" en la que se exprese la obligación de los sujetos hacia el cumplimiento de los planes de desarrollo económico y que a la vez incentiven la conservación de los elementos del ambiente reduciéndose sistemáticamente la contaminación provocada a éste.

Dicho accionar posee el sustento legal y más general en la Ley 81/1997 de Medio Ambiente, la cual soporta jurídicamente la política delineada por la Estrategia Ambiental Nacional cubana en sus distintos ciclos de implementación. Esta ley recoge en el articulado del Capítulo IX, Regulación económica, y en su Capítulo X, Fondo Nacional de Medio Ambiente (FNMA), las bases para la imbricación de ambas esferas del desarrollo sostenible. Incluye también de forma expresa los siguientes elementos: ahorro, reciclaje, reúso, racionalidad en el consumo material, desmaterializar el PIB, uso de las energías renovables, aumento de la eficiencia energética, uso de mecanismos financieros como los tributos, subsidios y créditos verdes, modificación de los patrones de producción y consumo.

En la Ley 81 del Medio Ambiente, en el art. 18 inc. j) se identifica a la regulación económica como un instrumento de gestión ambiental. Posteriormente en el Capítulo IX art. 61 establece que: “El uso de la regulación económica como instrumento de la política y la gestión ambiental se concibe sobre la base del empleo, entre otras, de políticas tributarias, arancelarias o de precios diferenciados para el desarrollo de actividades que incidan sobre el medio ambiente”.

En el art. 62 se otorga tal potestad al Ministerio de Finanzas y Precios, con la anuencia del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente y demás órganos y organismos correspondientes, para determinar los aranceles e impuestos que resulten convenientes para la protección del medio ambiente.

El artículo siguiente hace referencia de forma excepcional a aquellas actividades que pudieran estar exentas o afectadas de diversas formas por tales regulaciones económicas, siempre destacando el favorecimiento de la protección del ambiente.

La regulación específica de tales supuestos se encontró primeramente en la ley 73 “Del Sistema tributario” de 4 de agosto de 1994, cuando fue adoptado el Impuesto sobre la Utilización o Explotación de los Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente. Fue derogada por la ley 113 de noviembre de 2013.

La nueva ley tributaria no solo perfeccionó y complementó el sistema de tributos ambientales que de forma paulatina serían aplicados en el país, sino que compendió en el mismo cuerpo legal la configuración de los tributos ambientales, que en la antecesora se encontraban diseminados por varios cuerpos resolutorios. Es decir, la ley 73 sólo tenía configurado el Impuesto sobre la Utilización o Explotación de los Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente y este agrupaba a los que de forma específica se desarrollaron en varias resoluciones emitidas por el Ministerio de Finanzas y Precios. Así, la figura principal quedaba imprecisa en la identificación de los hechos imposables determinados de forma abarcadora para que los mismos tuvieran correspondencia con cada una de las normas emitidas *a posteriori*.

La actual ley del Sistema Tributario contiene los siguientes impuestos ambientales: impuestos por Uso y explotación de bahías; impuesto por la utilización de los recursos forestales y la fauna silvestre; impuesto por vertimientos de residuales autorizados en cuencas hidrográficas; impuesto por el Derecho de uso de las aguas terrestres e impuesto por el uso y explotación de las playas.

Para ilustrar lo que se viene alegando, se hará referencia a dos ejemplos de la mencionada ley 113. El primero, impuesto por el vertimiento aprobado de residuales en cuencas hidrográficas (art. 246). Dicho impuesto se aplicará en todas las zonas donde los vertimientos lleguen a los ríos siempre y cuando esté aprobado por la institución facultada. La ley persigue que sean disminuidos al establecer que se hará una bonificación en la medida de que se vierta menos (sea cual sea la composición de dicho vertimiento), todo esto por la importancia de este líquido para la vida.

Son sujetos de este impuesto *las personas jurídicas* que usan los cuerpos receptores de las cuencas hidrográficas como lugar de destino de sus residuales. En el mismo no se incluyen a las personas naturales, pero en la actualidad se ha constatado que en ocasiones los vertimientos hechos por personas naturales son iguales o mayores que las realizadas por los sujetos pasivos determinados en este impuesto.

La base imponible está constituida por el *nivel de agresividad* del vertimiento de residuales en las cuencas hidrográficas, correspondiéndole al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente y el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos la certificación, según corresponda, *los volúmenes de vertimientos* y el grado de agresividad de estos, a los efectos de la determinación de la base imponible de este tributo, debiendo actualizar las correspondientes certificaciones en el término de dos años a partir de su expedición. Aquí tiene mucha relevancia el principio 16 de la Conferencia de Río de Janeiro de 1992: "quien contamina, paga". No existe un parámetro que evidencie hasta dónde llega el nivel de permisibilidad para el vertimiento de residuales en cuencas hidrográficas. Además, quién puede asegurar que en mayor volumen habrá mayor concentración de contaminación. Sin embargo, aumentará el pago. En este sentido, existe algo de oscuridad entre las categorías: concentración, volumen, nivel de agresividad, por lo que queda en un campo subjetivo su apreciación. Aunque el legislador tributario aclaró posteriormente que "los sujetos de este impuesto deben presentar a la Oficina Nacional de Administración Tributaria las certificaciones expedidas por estos organismos". No se considera que se cumpla el objetivo real de este impuesto ni el significado de dicho principio.

El tipo impositivo del impuesto por el vertimiento aprobado de residuales en cuencas hidrográficas del art. 246 es el nivel de agresividad y la forma directa o indirecta de verter los residuales, medidos en metros cúbicos (m³) diarios, lo que se determinará en la certificación expedida al efecto. Estos tipos impositivos se establecerán en la Ley Anual del Presupuesto al igual que las bonificaciones que se aprueben. En este sentido quedará un período fuera de tales términos que media entre la aprobación de la ley presupuestaria y su puesta en vigor que pudiera ser utilizado por los sujetos para realizar acciones ilegales relacionadas con este tema y, asimismo, podrían variar los límites permisibles de vertimiento.

Una novedad de la ley 113 de 2013, es la inclusión del Impuesto por el derecho de uso de las aguas terrestres (art. 275); cuya regulación no posee antecedentes en la ley 73, por lo que le corresponde a la Oficina de Administración Tributaria en su función de recaudadora la verificación de los aportes que por este concepto realicen las personas obligadas a ello.

Constituye el hecho imponible de este impuesto *la utilización* de las aguas terrestres, cuya captación se realice directamente, desde obras o medios de conducción y distribución no administrados por terceros, ya sea con fines técnico-productivos o para la prestación de un servicio.

Los sujetos de este impuesto son las personas naturales y jurídicas, que usen las aguas terrestres, siempre que las capten directamente con sus propios medios y recursos, con fines técnico-productivos o para la prestación de un servicio. Se plantea que fundamentalmente estará dirigido a las actividades de regadíos, cría de animales y en caso de que no tengan la debida autorización para el uso de este recurso conllevará a la aplicación de las medidas administrativas correspondientes, por las instituciones encargadas de ello, que en este caso corresponde a las Empresas de Aprovechamiento Hidráulico. Según el planteamiento anterior, se requiere de la existencia de la norma administrativa que contemple esas medidas a aplicar en caso de que no se utilice racionalmente el agua por las personas autorizadas para su uso o por aquellas que no lo están.

La ley 113 de 2013 debe reflejar cuáles son esos fines técnicos-productivos o para la prestación de servicios, o en su lugar las Empresas de Aprovechamiento Hidráulico, aspecto que no queda claro. La base imponible del impuesto por la utilización de las aguas terrestres, la constituye según proceda, el volumen de agua autorizado a cada usuario a captar directamente, por la autoridad competente, así como las tasas de recargo por el exceso de consumo de agua.

La aplicación de este impuesto requerirá de un apoyo tecnológico al alcance de todos, traducido en el equipo para medir los volúmenes de agua usados por los sujetos de este impuesto, lo cual hasta ahora no ha sido posible concretar. En la provincia Camagüey (6) se han instalado algunos equipos pero todavía son insuficientes. Por tanto, en muchísimos casos este impuesto pasará desapercibido.

(6) Provincia centro oriental de Cuba.

Los tipos impositivos por los que tributarán las personas naturales y jurídicas obligadas al pago de este impuesto serán definidos y aprobados por la Ley del Presupuesto del Estado del año en que se determine comenzar su aplicación. Se considera que la ley presupuestaria no debería ser la obligada a definir esta cuestión, esto puede dar idea de inestabilidad o frecuente cambio. Sin embargo se reconoce que la misma como se aprueba anualmente permitiría el constante ajuste de tales tipos impositivos.

De forma general llama la atención que el nombre del tributo sea impuesto por el derecho de uso (...) y sin embargo el hecho imponible se concreta en el uso. El legislador tributario debió tener en cuenta que son cuestiones distintas porque el derecho sobre el uso del agua lo poseen todas las personas naturales o jurídicas como parte del disfrute de un derecho fundamental. Por otra parte, el uso de aguas terrestres entre las que se encuentran los ríos, lagos o aguas subterráneas (como parte de bienes públicos), configurarían una tasa y no un impuesto propiamente dicho. Quizás por estas imprecisiones no se ha autorizado su implementación aún.

De forma general, la tributación ambiental en Cuba se concentra en la figura del impuesto, en consideración a este supuesto se reconocen como ventajas:

La concepción e implementación de los tributos ambientales pueden contribuir a la protección ambiental al inhibir conductas lesivas ante la obligación de pago impuesta por ley.

Su primaria incorporación al ordenamiento jurídico cubano responde al llamado realizado por los países firmantes de la Declaración de Río.

La realización del hecho imponible de cualquiera de ellos (tributos ambientales) por el sujeto pasivo, genera nuevos ingresos para la administración, que con apego a lo establecido en la doctrina, constituyen la base fundamental para la realización de la actividad financiera.

En la actualidad cubana, tales tributos no son los que generan mayor cantidad de ingresos aunque se reconoce que los mismos (ingresos) pueden ser destinados de forma total o parcial a la realización de obras protectoras del ambiente o se emplean como paliativo para atenuar los efectos nocivos.

Es válido aclarar que se emplea la palabra *pueden* porque la obtención de una suma de dinero mediante la gestión de un tributo ambiental no es garantía de que se emplee para fines ambientales, al no ser que exista un fin parafiscal previamente declarado.

Considerando que la mayoría de los países que han asimilado este tema, reconocen como ventaja que mediante estos tributos se pueden corregir las señales de precio falsas que aparecen en el mercado incorporando a los precios mostrados los costos de la contaminación y otros ambientales, se obliga de cierta forma al contaminador a que "pague" a la sociedad los costos de la contaminación que origina.

Entendemos que aunque no es posible cuantificar los daños causados al medio sí puede verse una forma para internalizar los costos de las producciones que ocasionan daños irreversibles al ambiente. El sistema tributario cubano no ha logrado incorporar aún tal visión, de una parte porque no configura los tributos que regulen hechos imposables de este tipo y de otra porque la producción agrícola y el expendio de mercancías de este origen aún tienen (en su mayoría) una fuerte presencia estatal.

Algunas ideas acerca de las debilidades del tratamiento jurídico de los tributos ambientales en Cuba se concretan en:

El ordenamiento jurídico cubano utiliza de forma exclusiva al impuesto como categoría tributaria siendo omiso respecto a las tasas y contribución ambiental.

El texto constitucional no incluye ningún aspecto relacionado con la tributación, los principios tributarios y/o ambientales. Solo alude algunas ideas acerca del presupuesto.

La ley 113 no configura verdaderos tributos ambientales, solo incluye algunos con fines ambientales. Los hechos imponibles, en su totalidad, no están enfocados a la contaminación como esencial problema ambiental.

Es de destacar también que en Cuba pareciera que el Estado además de asumir una carga importante de beneficios sociales, en función del tema que se aborda, es el único responsable de la protección ambiental. El propio texto constitucional en el art. 27 plantea que: “El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales (...)” y el segundo párrafo del propio artículo: “Es deber de los ciudadanos *contribuir* a la protección del agua (...)”. Sin embargo, se considera que el término destacado anteriormente, no ha sido empleado por el constituyente desde un enfoque tributario, basta que se analice el contexto de su empleo para sustentar tal valoración.

En la bibliografía actualizada es posible identificar otros elementos negativos de la implementación de los tributos ambientales, entre ellos: suelen ser regresivos, tienen efectos sobre la competencia entre las empresas, generan cargas fiscales nuevas, muy centrados en la contaminación ambiental (cuando no es el único problema ambiental), afectan el patrimonio de las familias de bajos ingresos, muestra complicaciones formales a la hora de calcular la cantidad a pagar por cada sujeto y aún no son reconocidos por todos los países como alternativa de protección ambiental.

Estas cuestiones no tienen el mismo impacto negativo en Cuba, pero la población puede ignorar elementos de relevancia sobre el aspecto socialmente regresivo de estos tributos, lo cual se explica a partir de que este país no contempla en ninguna figura tributaria a aquellos productos que se consumen de forma masiva, entre los que se encuentran el agua y la energía eléctrica. En estos supuestos constituyen servicios prestados al margen de la configuración tributaria, aunque sin dudas este sería un tópico interesante de debate al considerarse entre la nomenclatura de instrumentos económicos pero no de tributos.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto se ha considerado que de forma general, los tributos ambientales son muy efectivos ante la necesidad de proteger el ambiente, los efectos negativos no superan en la balanza a las ventajas generadas de forma directa o no, por su empleo.

La tributación ambiental presenta una naturaleza mixta de origen, y en consecuencia, sus fundamentos, conceptos y fines son varios, no siempre compatibles. La naturaleza mixta se debe a que la misma tiene su génesis en la Ciencia Económica, se promueve en las políticas públicas, y en la práctica se estructura y aplica en el Derecho Tributario a través del sistema fiscal y la legislación vigente en materia impositiva. En Cuba es viable la implementación sistémica de los instrumentos económicos y la protección ambiental, ajustados a las características de su sistema económico, lo que sin dudas deja, bajo los efectos de la teoría ya instaurada sobre el tema, algunas luces y sombras.

VII. Conclusiones

Los tributos ambientales como instrumentos económicos de la gestión ambiental constituyen una alternativa para la protección del ambiente, lo cual quedó demostrado a partir de su reconocimiento mediante el principio quien contamina paga, pronunciado en el marco de la conferencia de Río de Janeiro en 1992. Sin embargo, existen limitaciones en su concepción teórico-práctica que limitan su adecuada implementación en Cuba.

La configuración de tributos ambientales requiere de una correcta conceptualización y de la inclusión de las tres categorías tributarias: tasas, impuestos y contribuciones. Así como de su regulación en las Leyes correspondientes considerando su fin inhibitorio de conductas lesivas al ambiente y no solo recaudatorio.

En Cuba existen condiciones objetivas para la implementación de los tributos ambientales, y aunque se incluyó una amplia gama de figuras encaminadas a este fin, aún se precisa de perfeccionamiento en las leyes 113 (del sistema tributario) y 81 (del medio ambiente) para que los mismos respondan eficazmente a la taxonomía de tales tributos.

VIII. Bibliografía

AGUILA, Alisvech (2013). *Fiscalidad ambiental: ¿Alternativa de protección del ambiente?* España: (S.I), Editorial Académica Española.

CALVO, V. (2002). *Curso de Derecho Financiero I. Derecho Tributario, parte general*, 6ª ed., Madrid: Editorial Civilistas SA.

DÍAZ, Sirce Luisa (2007). *Apuntes de Derecho Financiero Cubano*, Cuba: Editorial Félix Varela.

FRANCO, Luis (1995). *Política Económica del Medio Ambiente. Análisis de la degradación de los recursos naturales*, Barcelona: Editorial CEDECS.

FERREIRO, José Juan et al (1998). *Curso de Derecho Tributario: Parte especial Sistema Tributario: Los tributos en particular*, 14ª ed., España: Editorial Marcial Pons.

GAGO, A. Lavandeira (1999). *“La reforma fiscal verde. Teoría y práctica de los impuestos ambientales”*. Madrid: (s.n.)

MARTÍN, Juan y SERRANO, Lozano (2002). *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 13ª ed., Madrid: Editorial Tecnos.

MARTÍN, Ramón y SOSA, Francisco (1977). *Derecho Administrativo Económico*, 2ª ed., Madrid: Editorial Pirámide.

PÉREZ DE AYALA, V. y PÉREZ DE AYALA, M. (2002). *Fundamentos de Derecho Tributario*, 5ª ed., EDERSA.

PÉREZ ROYO, Fernando (1998). *Derecho Financiero y Tributario*, Parte General, 8ª ed., (S.I) Editorial Civitas.

SAINZ DE BUJANDA, Fernando (1993). *Lecciones de Derecho Financiero*, 10ª ed., Madrid: Editorial Madrid.

SOLER, Alfredo (2013). *Ley 81 “Ley de Medio Ambiente”*, Cuba: Editorial ONBC.

VIAMONTES, Eulalia (2007). *Derecho ambiental cubano*. La Habana: Editorial Félix Varela.

Documentos electrónicos

BUÑUEL, Manuel (2006). *Fiscalidad medioambiental y municipios*. Disponible en: <http://www.enveco.es> [Consultado 5 de enero de 2013].

Consideraciones sobre la tributación ecológica como una alternativa para la protección ambiental. Disponible en: <http://www.proyesc.cu/rcda/html%201vol4/a06.html> [Consultado 1 de abril de 2013].

Taller Internacional: Uso de los Instrumentos Económicos Verdes y de Financiamiento en el Desarrollo de Políticas Ambientales a Largo Plazo, *La Formulación de la Política Ambiental en Relación a los Instrumentos Económicos: Estudio De Caso-Cuba*, consultado en: www.undp.org/cu/eventos/instruverdes/pre-garrido.pdf

Legislación

Ley 113 del Sistema Tributario. Cuba, Gaceta Oficial, 2013.

Ley 81 del Medio Ambiente. Cuba, Gaceta Oficial, 1997.

Ley 73 del Sistema Tributario, Cuba, Gaceta Oficial, 1994.

Constitución de la República de Cuba 1992. ♦

Fecha de recepción: 1-03-2015

Fecha de aceptación: 10-07-2015

Consecuencias jurídico-económicas de los efectos del impuesto de sellos en la República Argentina

POR NICOLÁS MESCHIANY (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Situación actual.— III. Dictámenes del ARBA y Tribunal Fiscal de Apelaciones de la provincia de Buenos Aires.— IV. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Tribunales Inferiores.— V. Seguridad jurídica.— VI. Situación de doble o múltiple imposición.— VII. Conclusiones.— VIII. Bibliografía.

Resumen: En el presente trabajo desarrollaré cómo la heterogénea legislación del impuesto de sellos en Argentina trae consecuencias negativas para la economía, y al mismo tiempo vulnera derechos y garantías constitucionalmente reconocidos, proponiendo para su solución una nueva legislación.

Palabras clave: federalismo fiscal - impuesto de sellos - efectos económicos y jurídicos.

Legal-economic consequences of the effects of stamp tax in Argentina

Abstract: *In this paper I will develop how the heterogeneous stamp tax legislation in Argentina has negative consequences for the economy and at the same time, it violates rights and guarantees.*

KeyWords: *tax federalism - stamp tax - economical and legal effects.*

I. Introducción

Nuestra Constitución ha establecido en su articulado cláusulas con contenido tributario explícitas y otras en las cuales el mismo está implícito.

Dentro de las primeras, encontramos al art. 4º (1) que establece como se formará el Tesoro de la Nación, creando cinco fuentes de recursos, siendo los mismos los derechos de importación y exportación, la venta o locación de tierras de propiedad nacional, la renta de correos, las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.

Luego, y siguiendo con el articulado de nuestra Carta Magna, el art. 17 (2) establece que las contribuciones a las que se refiere el art. 4º serán establecidas por el Congreso, resaltando de esta forma el

(*) Prof. adscripto a la Cátedra III de Derecho Público, Provincial y Municipal. Prosecretario del Consejo Directivo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Maestrando en Derecho y Economía con Orientación en Derecho Tributario en la Universidad Torcuato Di Tella.

(1) Art. 4º: El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.

(2) Art. 17: La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

constituyente el principio de reserva de ley en materia tributaria. Dicho mandato está profundizado por el art. 52 (3), que establece que a la Cámara de Diputados le corresponde la iniciativa respecto a las leyes sobre contribuciones, tomando como base para ello el principio de autoimposición.

Luego, el art. 75 legisla respecto a las atribuciones del Congreso de la Nación, y en sus incs. 1º y 2º establece como atribución de nuestro Poder Legislativo, la de legislar en materia aduanera e imponer contribuciones directas por tiempo determinado, asumiendo que las mismas son de competencia exclusiva de las provincias. A su vez, los impuestos indirectos, legisla también dicha norma, son facultades concurrentes de las provincias y la Nación.

Por último, en lo que hace a las normas constitucionales con contenido tributario, encontramos los arts. 121 y 126, centrales para el objeto del presente trabajo ya que, el primero de ellos establece que las Provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación y el segundo, recuerda que ellas no pueden ejercer el poder delegado. De esta forma, haciendo una interpretación conjunta de los arts. 4º, 75 —incs. 1º y 2º—, 121 y 126, nuestra Constitución Nacional dividió de forma clara la competencia tributaria de la Nación de la de las provincias.

En ejercicio de estas atribuciones constitucionales, corresponde a cada provincia la implementación y el cobro de sus impuestos indirectos, entre ellos, el Impuesto de sellos. Pero, esta facultad no es irrestricta sino que, conforme lo establecido por el art. 9º de la Ley Convenio 23.548 de Coparticipación Federal (4), cada Estado local debe diseñar el hecho imponible de la siguiente forma:

“En lo que respecta al impuesto de sellos recaerá sobre actos, contratos y operaciones de carácter oneroso instrumentados, sobre contratos a título oneroso formalizados por correspondencia, y sobre operaciones monetarias que representen entregas o recepciones de dinero que devenguen interés, efectuadas por entidades financieras regidas por la ley 21.526”.

II. Situación actual

Es así como cada una de las 23 provincias más la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que componen la República Argentina han legislado el impuesto en cuestión.

A modo de ejemplo, la provincia de Buenos Aires lo ha regulado dentro de su Código Fiscal en los arts. 251 y siguientes mientras que, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo ha hecho en los arts. 408 y siguientes de su ordenamiento normativo. El primero de ellos establece que: “Estarán sujetos al impuesto de Sellos, de conformidad con las disposiciones del presente Título, los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso, formalizados en el territorio de la Provincia, en instrumentos públicos o privados suscriptos que exterioricen la voluntad de las partes”; mientras que el de la Capital Federal establece que:

“Están sujetos al impuesto de sellos, de conformidad con las disposiciones del presente Capítulo, los actos y contratos de carácter oneroso, siempre que: a) Se otorguen en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como también los otorgados fuera de ella en los casos especialmente previstos en esta ley. b) Se formalicen en instrumentos públicos o privados, o por correspondencia en los casos previstos en el art. 421 así como los que se efectúen con intervención de las bolsas o mercados de acuerdo con lo que se establece a dichos efectos”.

En principio, las dos disposiciones son similares, ya que ambas respetan las pautas generales establecidas por el art. 9º de la Ley de Coparticipación Federal 23.548 gravando los actos y contratos de carácter oneroso que se otorguen en la jurisdicción y que, a su vez, sean formalizados en instrumentos públicos, privados o por correspondencia.

(3) Art. 52: A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas.

(4) Sancionada el 7 de enero de 1988. Promulgada: 22 de enero de 1988.

De los hechos imponderables descriptos, se desprende que el impuesto de sellos tiene tres elementos esenciales: la instrumentación, se trata de una carga al acto, ya sea en documento público o privado; la onerosidad, conforme el art. 1139 (5) del Código Civil y la territorialidad, siendo el ámbito espacial del hecho imponible la provincia de Buenos Aires o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en este caso.

Como diferencia sustancial, encontramos que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires grava con el impuesto de sellos a aquellos actos otorgados fuera de ella en los casos especialmente previstos, siendo el nexo la producción de efectos.

En cuanto a la producción de los mismos (efectos), la Ley de Coparticipación Federal establece que:

“La imposición será procedente, tanto en el caso de concertaciones efectuadas en la respectiva jurisdicción, como en el de las que, efectuadas en otras, deban cumplir *efectos* en ella, sean lugares de dominio privado o público, incluidos puertos, aeropuertos, aeródromos, estaciones ferroviarias, yacimiento, y demás lugares de interés público o utilidad nacional sometidos a la jurisdicción del Estado Nacional, en tanto esa imposición no interfiera con tal interés o utilidad” (destacado agregado).

Sentado el principio rector por la Ley Convenio, el Código Fiscal de la provincia de Buenos Aires legisla en su art. 253, que: “Los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso concertados en instrumentos públicos o privados, fuera de la Provincia, también se encuentran sujetos al pago del impuesto en los siguientes casos: (...) b) *Cuando se produzcan efectos en la Provincia (...)*”. A su vez, el art. 255 del mismo cuerpo normativo establece: “*En todos los casos formalizados en el exterior deberán pagar el impuesto de acuerdo con las prescripciones del presente Título, al tener efectos en jurisdicción de la Provincia*”; mientras que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo legisla en su art. 412 al establecer que “Los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso concertados en instrumentos públicos o privados, fuera de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, también se encuentran sujetos al pago del impuesto en los siguientes casos: *Cuando se produzcan efectos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*” (destacado agregado).

La Real Academia de la Lengua Española define la palabra efecto como “aquello que sigue por virtud de una causa”, es decir, y siguiendo lo legislado que cada Estado local intentará abarcar la mayor cantidad de situaciones en la descripción de su hecho imponible para de esta forma recaudar más, muchas veces excediendo los límites de las potestades locales para gravar.

El accionar de las provincias, puede ser analizado en parte desde el concepto de los “Free Riders” dado que estas obtienen un beneficio de un bien (dinero proveniente del cobro del impuesto de sellos) sin tener costo alguno por ello; consiguen dicho beneficio económico con el simple hecho de extender en sus legislaciones el concepto de “efectos en la jurisdicción” para ampliar de esta forma su potestad tributaria.

La apropiación de la renta derivada del impuesto influye como un factor importante a la hora de analizar los intereses de la totalidad de las provincias. En efecto, surge una clara disputa entre todas ellas, toda vez que procurarán generar la mayor cantidad posible de transacciones en su territorio para poder generar el máximo beneficio posible al ingresar el tributo. Esto genera un escenario en el que en principio es muy difícil alinear intereses entre las partes, lo cual contribuye a pérdida de recursos y a una disminución de eficiencia desde el punto de vista económico.

Por otro lado, la heterogeneidad normativa en la materia trae aparejada una fuerte confusión a la hora de llevar adelante transacciones y contratos, debido a que requiere una mayor inversión de tiempo y dinero por parte de los contratantes. Todo esto se traduce en un fuerte aumento de los costos de transacción, que desde el punto de vista económico siempre serán indeseables.

(5) Art. 1139. Se dice también en este código, que los contratos son a título oneroso, o a título gratuito: son a título oneroso, cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle: son a título gratuito, cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte.

Lo expuesto hasta ahora, a su vez, tiene como consecuencia la duda que va a despertar en los sujetos (contribuyentes o potenciales contribuyentes) respecto al pago del impuesto, ya que, cuando realicen determinado acto jurídico en un lugar determinado y aquel produzca efectos en otra provincia o en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ambos estados intentarán cobrar el tributo, afirmando que se ha producido el hecho imponible generador de la obligación tributaria, ya sea por la producción del acto general en su territorio como por los efectos del mismo.

A su vez, la normativa de la provincia de Buenos Aires recepta los supuestos de efectos en dicho Estado local cuando los actos hayan sido celebrados en extraña jurisdicción, estableciendo que en todos los casos formalizados en el exterior deberán pagar el impuesto al tener efectos en jurisdicción de la provincia. Al mismo tiempo, según la norma no se considerará que produzca un efecto en la provincia la presentación, transcripción o agregación de tales instrumentos en dependencias administrativas o judiciales, registros, etc. cuando solo tengan por objeto acreditar personería o constituir elementos de prueba.

III. Dictámenes del ARBA y Tribunal Fiscal de Apelaciones de la provincia de Buenos Aires

En este punto, es importante tener presente lo dictaminado por ARBA y el Tribunal Fiscal de Apelaciones de la provincia de Buenos Aires, quienes sostuvieron posturas antagónicas respecto de “efectos” en los contratos de transferencia de tecnología.

Por una parte en el informe 131/01, ARBA sostuvo que plantea en el primero de ellos que:

“los efectos del contrato deben atribuirse a la jurisdicción de celebración, por ser ésta el ámbito en el que se agotaron las prestaciones que constituyen el objeto del contrato,” mientras que en el informe 160/01 indicó que “la autorización para el uso de la marca en todo el territorio argentino no alcanza para asignar potestad tributaria a la Provincia de Buenos Aires”.

Por otro lado, el Tribunal Fiscal de Apelaciones de la provincia de Buenos Aires sostuvo una posición contraria en las causas siguientes: “Mary Kay Cosméticos S.A.” (TFA, Sala II, 14/12/2004), en la cual indicó que los efectos del contrato de transferencia de tecnología no se agotan con su celebración, pues se ejecutan sucesivamente en el territorio de la Provincia; y en “Unilever de Argentina S.A.” (TFA, Sala III, 30/08/2005) manifestó que la ejecución del contrato en el territorio argentino comprende también a la provincia donde la actora posee su establecimiento.

IV. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Tribunales Inferiores

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “Telefónica de Argentina S.A. c. Provincia de Mendoza” (6) del 27 de mayo de 2004, la Corte revisó la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza que había denegado la repetición parcial del impuesto de sellos abonado por la actora, a raíz de la instrumentación del contrato de transferencia de fondo de comercio, realizado el 15 de abril de 1992 con la Compañía Argentina de Teléfonos S.A.

Manifestaba Telefónica de Argentina S.A. que dicho acuerdo había sido celebrado en la provincia de Mendoza y formalizaba la transferencia de bienes muebles e inmuebles situados tanto en esa jurisdicción como en la provincia de San Juan. Telefónica de Argentina S.A., entonces, distribuyó el impuesto total según los bienes ubicados en cada provincia, y abonó \$318.635,00 a la de Mendoza y \$296.996,44 a la de San Juan.

Explicó que el 30 de junio de 1992, a raíz de las actuaciones labradas por la Dirección General de Rentas de la Provincia de Mendoza, se ingresó bajo protesto la suma cuyo reintegro se reclamaba (\$117.662,00), correspondiente al tributo calculado también sobre los bienes transferidos ubicados en la provincia de San Juan.

(6) Fallos 327:1729.

Sobre la base de estos hechos, Telefónica de Argentina S.A. remarcó que el impuesto de sellos responde, básicamente y por su naturaleza, al criterio del lugar de celebración del negocio. Agregó que interpretar lo contrario significaría asignarle al tributo una naturaleza real, relacionada con la cosa misma y no con el instrumento que lo formaliza, que es su justificativo y razón de ser.

Al momento de fallar y en lo que interesa al presente trabajo resolvió la Corte que:

“El art. 201, inc. a) del Código Fiscal (ley 4362, texto ordenado por dec. 3.619/1991) sujeta al impuesto a todos los contratos a título oneroso que consten en instrumentos públicos o privados emitidos en la provincia, sin distinguir el lugar donde generen sus efectos o se sitúen los bienes objetos de transacción” (Dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

Por ende, el contrato debía pagarse en Mendoza por haberse celebrado en esa jurisdicción, aún cuando tenía efectos en otras provincias, que también lo sujetarían a idéntico tributo (supuesto de doble imposición).

Al mismo tiempo, nuestro máximo Tribunal en los autos ‘Línea 22’ (7) sostuvo que: “Que por lo demás, cabe poner de resalto que la legislación provincial establece un doble momento de vinculación de la materia imponible con el poder fiscal de la jurisdicción respectiva. Tanto se debe el impuesto por los actos, contratos u operaciones otorgados, emitidos o realizados en territorio de la provincia, como también por los realizados fuera de esa jurisdicción, en el supuesto en que dichos instrumentos produzcan ‘efectos’ en la provincia por cualquiera de los siguientes actos: aceptación, protesto, negociación, demanda de cumplimiento o cumplimiento. Es decir, que el legislador limitó el alcance del término ‘efectos’ a los supuestos enunciados en la norma”.

En otro orden de ideas, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de La Plata, en los autos Causa 10570 CCALP (Compañía Radiocomunicaciones Móviles S.A. C.R.M. - Movicom c. ARBA y otro/a s/ recurso directo Tribunal De Apelación Fiscal 411) (8) en los que se discute el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, por el que se agravia de la sentencia de grado, que rechaza la demanda promovida por la accionante, tendiente a que se anule la sentencia dictada por el Tribunal Fiscal provincial -de fecha 05/11/2009): en cuanto confirmó parcialmente la determinación practicada por la entonces Dirección Provincial de Rentas —hoy ARBA—, en concepto de impuesto de sellos, mediante res. 745/2004, del 13 de diciembre de 2004. Al resolver, la Cámara manifiesta que

“El Código Fiscal provincial determina un ‘doble momento de vinculación de la materia imponible con el poder fiscal de la jurisdicción respectiva’, ello así toda vez que tanto se debe el impuesto por los actos, contratos u operaciones otorgados, emitidos o realizados en territorio de la provincia, como también por los realizados fuera de esa jurisdicción, en el supuesto en que dichos instrumentos produzcan ‘efectos’ en la provincia por cualquiera de los siguientes actos: aceptación, protesto, negociación, demanda de cumplimiento o cumplimiento. Añade que no se configuran en el caso los presupuestos que permitirían la aplicación del impuesto de sellos ya que el nacimiento de la obligación tributaria no resulta ligado territorialmente a la provincia de Buenos Aires, pues el instrumento que se pretende gravar se perfeccionó en la Ciudad de Buenos Aires (...)”.

Continúa el fallo estableciendo que:

“Por otra parte, tampoco resulta acertado el fundamento del sentenciante de grado relativo a que la pretensión fiscal de tributación del Impuesto de Sellos respecto de los contratos en estudio ha invocado no sólo el segundo inciso del mentado art. 253 del Código Fiscal provincial, sino que, asimismo —y sustentado en ello la exigencia del tributo de autos, aclara el iudex— la manda del inc. ‘a’ de dicho precepto normativo, en cuanto a que se trata de contratos en los cuales el bien objeto de transacción -en el caso, espacio radioeléctrico se encuentre radicado en dicho territorio provincial”.

(7) Fallos 333:538.

(8) Causa 10570 CCALP.

A su vez, el Tribunal Fiscal de Apelaciones de la Provincia de Buenos Aires con fecha 25 de marzo de 2008 en los autos Sanatorio Valentín Alsina S.A. y otros, en donde una Unión Transitoria de Empresas apeló ante el Tribunal Fiscal de Apelación, el Impuesto de Sellos determinado por la Dirección de Rentas por la suscripción de un contrato con el INSSJP en la Ciudad de Buenos Aires y la multa aplicada en consecuencia. Dicho tribunal confirmó la determinación, redujo al mínimo legal la sanción impuesta y rechazó los agravios vertidos por los responsables solidarios, resolvió que:

“Corresponde confirmar la resolución de la Dirección de Rentas de la provincia de Buenos Aires que consideró alcanzado con el Impuesto de Sellos al contrato suscripto entre una Unión Transitoria de Empresas y el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, pues si bien fue instrumentado en la Ciudad de Buenos Aires, los efectos contractuales se producen en esta provincia, habida cuenta que los servicios acordados serán prestados a través de profesionales y establecimientos localizados allí y alcanzan exclusivamente a beneficiarios de esas localidades”.

Como se puede observar de la distinta jurisprudencia citada, ya sea de la Justicia Nacional de la Provincia de Buenos Aires o del Tribunal Fiscal de Apelaciones, el criterio utilizado para resolver siempre ha sido limitar o restringir las potestades tributarias cuando ellas se ejercen sobre actos celebrados fuera del territorio provincial, que carecen de efectos dentro de sus límites jurisdiccionales.

V. Seguridad jurídica

La seguridad jurídica, es no solo la protección del interés jurídicamente protegido dentro del ordenamiento normativo, es decir, la ausencia de una laguna jurídica; sino que a su vez, debe haber, y estrictamente relacionado con la existencia del derecho, certeza en su realización. Esto significa, que el mismo se vea realizado y subsidiariamente, que el Estado respalde al individuo ante la posibilidad de incumplimiento.

La doctrina alemana, define el contenido material de la seguridad jurídica como una exigencia de previsibilidad y calculabilidad por los ciudadanos de los efectos jurídicos de sus actos, de tal forma, que los mismos puedan tener una expectativa lo más precisa posible de sus derechos y deberes. Tal previsibilidad sólo tendrá sentido reflejada en el ánimo subjetivo del ciudadano.

En suma, la seguridad jurídica en materia tributaria debe resumirse, prioritariamente en la idea de *previsibilidad*. La idea de *previsibilidad* por la que tenemos que optar es la de *previsibilidad objetiva* de las situaciones jurídicas de los particulares, elemento nuclear en la definición de un derecho seguro en el marco de un conjunto normativo de fijación de obligaciones de dar una cantidad de dinero, como es el ordenamiento tributario.

Con la situación producida por el principio de “efectos”, la seguridad jurídica no hace otra cosa que disminuir, ya que los contribuyentes en muchos supuestos desconocen cuáles son los efectos económicos de sus actividades y como consecuencia de ello les es imposible planificar su situación económica y tributaria.

Dicho escenario tiene como consecuencia el aumento en los costos de transacción ya que, quien quiera realizar un negocio determinado deberá afrontar además de la inversión, gastos extra para el asesoramiento jurídico-contable, procurando de esta forma, evitar caer en la “tramposa legislación” existente. A su vez, deberá estar preparado para afrontar largos procesos judiciales tendientes a obtener la restitución de lo injustamente cobrado.

La legislación existente en materia de sellos, no hace otra cosa que crear externalidades ya que, cada Estado Provincial busca extender el concepto de “efectos” en su jurisdicción para incrementar su recaudación, pero no calcula (ni mucho menos asume) los costos creados por su accionar y los traspassa a los contribuyentes, incrementando su incertidumbre tributaria, reduciendo la seguridad jurídica y, de esta manera, el bienestar de los individuos.

Uno de los principales efectos que tiene la imposición, responde al criterio de suficiencia, el cual pretende lograr los ingresos necesarios para cubrir los gastos que demanda la provisión de bienes

públicos. Por suficiencia debe entenderse la capacidad potencial del sistema fiscal para cubrir los gastos, ya sean estos corrientes o de capital, que originan la normal prestación del servicio público.

Es así que los tributos tienen que cumplir con uno de los conceptos básicos y esenciales, que es transformarse en un instrumento de recaudación estatal, que junto con otros instrumentos financiará los recursos públicos.

Sin embargo, este no es el único objetivo que debe cumplir un sistema tributario, ya que, el impuesto también se convierte en una variable que afecta el comportamiento de los agentes que integran el sistema económico.

Como bien sostiene Richard Posner, la tarea de la economía, así definida, es explorar las implicaciones de asumir que el hombre es un maximizador racional de sus extremos en la vida y sus satisfacciones.

Un sistema económico es más eficiente que otro (en términos relativos) si provee más bienes y servicios para la sociedad utilizando los mismos recursos económicos. En este orden de ideas, estamos frente a una situación económicamente eficiente, cuando no existe margen de mejoría, puesto que, ante un cambio, los ganadores obtendrían beneficios inferiores a las pérdidas que otras personas soportarían (el bienestar de la comunidad disminuiría).

Es así que una economía es eficiente si dicho sistema aprovecha todas las oportunidades posibles para que ciertos individuos mejoren sin que otros empeoren. Dada la estructura normativa del impuesto de sellos, hay muchas transacciones que se dejan de hacer y eso trae como consecuencia la producción ineficiente de nuestra economía, dado que si existieran pautas claras se producirían muchísimos más negocios jurídicos que los que realmente se concretan.

La estructura normativa que tiene el impuesto de sellos en Argentina no solo hace ineficiente al sistema económico, sino que genera un problema (costos) adicional para los Estados locales, dado que cuando los mercados no logran la eficiencia, la intervención de dichos órganos de gobierno en el sistema económico tiene como finalidad intentar conseguir el bienestar social, el que no puede ser logrado, entre otras cosas por la problemática que tiene el impuesto de sellos y sus efectos.

A su vez, la legislación del tributo y en especial en lo que refiere a los efectos del mismo, no hace otra cosa que generar ventajas competitivas de ciertos individuos no grabadas por los efectos del tributo en cuestión que de quienes sí lo están, ya que a la hora de producir un bien o un servicio, el costo de oportunidad de esa producción es más baja para el individuo no alcanzado por los efectos que por quien sí lo está.

VI. Situación de doble o múltiple imposición

Otro problema que generan los “efectos” del impuesto de sellos y que al día de hoy no tiene una solución clara es el de la múltiple imposición. Dentro del territorio de los Estados Federales como el nuestro, pueden surgir los problemas de “doble o múltiple imposición” entre el Estado Nacional y las Provincias o entre estas últimas.

Este supuesto es completamente nocivo para un estado de Derecho como el nuestro que recepta a la propiedad privada como inviolable, siendo esta situación una completa vulneración a la misma.

Al mismo tiempo, esta situación es perjudicial ya que genera costos extra en el ámbito administrativo, violación de derechos y garantías a los contribuyentes y recaudación onerosa; y como uno de los problemas centrales de la doble o múltiple imposición encuentro a la presión fiscal que esta trae sobre los contribuyentes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto en el fallo “Pan American Energy” (9), y respecto a los impuestos análogos que:

(9) Fallos 335:1470.

“En este contexto adquiere singular relevancia la opinión de Dino Jarach, recordada por la señora Procuradora Fiscal, quien —con respecto a la analogía— expresó: ‘Sin perjuicio de la valoración de las circunstancias particulares de cada caso, se entenderá que los impuestos locales son análogos a los nacionales unificados cuando se verifique alguna de las siguientes hipótesis: definiciones sustancialmente coincidentes de los hechos imponible definiciones más amplias que comprendan los hechos imponible de los impuestos nacionales más restringidas que estén comprendidas en éstos, aunque se adopten diferentes bases de medición; pesar de una diferente definición de los hechos imponible, adopción de bases de medición sustancialmente iguales. No será relevante para desechar la analogía la circunstancia de que no coincidan los contribuyentes responsables de los impuestos, siempre que exista coincidencia substancial, total parcial, de hechos imponible bases de medición”.

A su vez, en que refiere a la doble o múltiple imposición, el art. 9º, inc. b), apartado 2), último párrafo, de la ley 23.548 de Coparticipación Federal establece que: “Cuando se trate de operaciones concertadas en una jurisdicción que deban cumplimentarse en otra u otras, la Nación y las provincias incorporarán a sus legislaciones respectivas cláusulas que contemplen y eviten la doble imposición interna”.

También, el “Acta de Concertación” suscripto por la Nación y todas las provincias el 3 de diciembre de 1975, en el cual las jurisdicciones se comprometió a adecuar sus normas internas, o suscribir convenios multilaterales, para evitar la múltiple imposición en el impuesto de sellos.

Como consecuencia de lo manifestado en los párrafos anteriores, entiendo que una solución a la situación actual, en lo que refiere a la heterogeneidad de la legislación en materias de sellos es la nacionalización de dicho tributo, haciendo caso a lo resuelto en el pacto fiscal II en donde los distintos Estados locales se comprometieron a eliminar dicho impuesto.

Tal instrumento, ratificado por el dec. 14/1994 y suscripto por 16 gobernadores más el entonces Presidente de la Nación estableció lo siguiente:

“1) Derogar en sus jurisdicciones el Impuesto De Sellos. La derogación deberá incluir de inmediato la eliminación del Impuesto de Sellos a toda operatoria financiera y de seguros institucionalizada destinada a los sectores agropecuario, industrial, minero y de la construcción e ir abarcando gradualmente al resto de las operaciones y sectores de la forma que determine cada provincia, y deberá completarse antes del 30 de junio de 1995”.

Han pasado casi 20 años desde la fecha límite y el impuesto de sellos está plenamente vigente en todas las provincias de la República Argentina y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Esto tiene una explicación, desde mi punto de vista, completamente lógica. Al celebrar el pacto referenciado, no solamente existieron obligaciones para las distintas provincias, sino que para el Estado Nacional también, el que se comprometió entre otras cosas a: eliminar el impuesto a los activos afectados a los procesos productivos, en aquellos sectores alcanzados por las derogaciones y exenciones dispuestas por cada provincia en relación al impuesto de sellos. A su vez se obligó a disminuir la incidencia impositiva y previsional sobre el costo laboral. Al mismo tiempo se comprometió a adecuar de inmediato las normas sobre retenciones y pagos a cuenta del IVA para que en ningún caso los contribuyentes paguen una tasa efectiva superior al 18%.

A su vez, la Nación manifestó que para financiar la eventual pérdida de recaudación provincial originada en la eliminación de impuestos y exenciones dispuestas en el presente Acuerdo, el Gobierno Nacional suspenderá la retención de los montos excedentes de Coparticipación Federal por arriba del mínimo de \$725 millones establecidos como garantía del “Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales” suscripto el 12 de agosto de 1992 y ratificado por la ley 24.130. Esta suspensión regirá transitoriamente en forma automática por sesenta [60] días y en forma permanente a partir del momento en que cada Provincia cumplimente los compromisos de aplicación inmediata asumidos en el presente Acuerdo. La garantía de \$725 millones se elevará a \$740 millones a partir del 1º de enero de 1994.

Como bien es sabido, al día de hoy ninguna de las partes cumplió las obligaciones a su cargo, ni las provincias, entre otras, eliminaron el impuesto de sellos ni la nación puso en marcha los compromisos asumidos en el pacto fiscal II.

Dado que el impuesto de sellos es de recaudación fácil e instantánea, en un país como el nuestro en donde las crisis económicas son algo frecuente, difícilmente los Estados Locales erradiquen el tributo en cuestión. Solamente se podrá hacer con mucha voluntad política y compromiso firme de ambas partes de cumplir con lo oportunamente pactado.

Antes de entrar en los lineamientos generales de la legislación nacional propuesta como solución respecto al impuesto de sellos, y como requisito *sine qua non*, la misma deberá respetar los principios constitucionales que rigen la materia tributaria.

El derecho del Estado al establecer los supuestos en los que puede exigir el pago de un impuesto, sus formas y límites está regulado por nuestra Constitución Nacional, que establece principios rectores que deben ser observados y rigen la “vida” de cualquier impuesto, y el de sellos, no es la excepción.

Es decir, que el poder tributario del Estado está disciplinado por la Constitución Nacional y subordinado a esta, al establecer reglas claras y precisas que rigen la materia dentro del Estado de Derecho.

En primer lugar, y haciendo caso al *nullum tributum sine lege*, creo importante hacer referencia al principio de legalidad en materia tributaria.

“Decir que no debe existir tributo sin ley significa que sólo la ley puede establecer la obligación tributaria y, por tanto, sólo la ley debe definir cuáles son los supuestos y los elementos de la relación tributaria”(Jarach, 1980: 80).

El principio de legalidad está consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional y el mismo establece que “(...) nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”. Como sostiene Spisso, esto significa que todo poder ejercido por un funcionario u órgano de gobierno debe derivarse del orden jurídico establecido por las normas legales, y ajustarse a lo que ellas disponen (2000: 253).

La doctrina jurídica argentina identifica bajo la denominación de principio de legalidad tributaria la inveterada regla que se expresa en el aforismo latino mencionado anteriormente, *nullum tributum sine lege* (Casás, 1994: 114). Tiene resuelto nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que “Los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas” (10).

Siguiendo el principio de legalidad, los tributos deben ser establecidos por leyes, tanto desde el punto de vista formal, esto es por normas emanadas del Congreso siguiendo los procedimientos establecidos por la Constitución, como desde el punto de vista material, esto es la expresión de dichas normas deben ser idénticas al resto, debiendo ser generales, obligatorias y abstractas. “Ninguna carga puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones” (11).

En definitiva, como ha sostenido La Corte, “El principio de legalidad abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones” (12).

(10) Fallos 321:366.

(11) Fallos 326:4251.

(12) Fallos: 329:1554.

En otro orden, encontramos a la razonabilidad que, en rigor, es un principio general del derecho que excede el ámbito específicamente tributario.

Extraño —liminariamente— a la costumbre y formación iuspositivista, el principio de razonabilidad es entendido por la posición mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia nacional como una garantía innominada de la construcción, complementario de las expresamente consagradas e íntimamente ligada (en uno de sus dos aspectos más importantes) al principio constitucional de igualdad.

En este sentido, coinciden los autores en que la base de la garantía se construye a partir del art. 28 de la Constitución Nacional, que dispone que los principios, derechos y garantías reconocidos por ella no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, y el juego armónico de la señalada norma con las contenidas en los arts. 33, 16 y 17 —del mismo cuerpo—.

Como se ha hecho notar, el art. 28 de la Constitución Nacional tiene una extraordinaria trascendencia desde el punto de vista político-jurídico, ya que constituye un valladar insuperable que se opone al arbitrio legislativo, administrativo y judicial.

VII. Conclusiones

Sentados los principios básicos que debe respetar cualquier tipo de ley en materia tributaria, y dado que, por los motivos enunciados anteriormente no se derogará el impuesto de sellos, entiendo que la legislación uniforme en materia del tributo en cuestión, plasmada en una nueva ley de coparticipación (o en una modificación de la actualmente vigente) debe estructurarse de la siguiente manera:

1) El impuesto de sellos recaerá sobre actos, contratos y operaciones de carácter oneroso instrumentados, sobre contratos a título oneroso formalizados por correspondencia, carta oferta y sobre operaciones monetarias que representen entregas o recepciones de dinero, efectuadas por entidades financieras.

2) En cuanto a que se entiende por instrumento, respetaría lo establecido por la actual redacción de la citada Ley de Coparticipación Federal en su art. 9º inc. b “2” al establecer que:

“Se entenderá por instrumento toda escrituras, papel o documento del que surja el perfeccionamiento de los actos, contratos y operaciones mencionados en la primera parte del párrafo anterior, de manera que revista los caracteres exteriores de un título jurídico por el cual pueda ser exigido el cumplimiento de las obligaciones sin necesidad de otro documento y con prescindencia de los actos que efectivamente realicen los contribuyentes”.

Si bien no soy partidario de las leyes extensas y con definiciones, entiendo que al impuesto de sellos gravar actos, contratos y operaciones instrumentadas, debe la ley si o si establecer que se entiende por instrumento.

3) A su vez, y en lo que refiere a los sujetos pasivos, serán contribuyentes todos aquellos que formalicen los actos y contratos y realicen las operaciones sometidas al impuesto de sellos.

4) En lo que respecta a los efectos, para tener una regulación uniforme, la definición de “efectos” tendría que estar en la ley de coparticipación y esto se lo debería agregar luego de la definición de instrumento (en el art. 9º, inc. b, pto. 2, de la ley 23.548).

5) Por último, lo limitaría a la definición tradicional que da la provincia de Buenos Aires. Quedaría así:

“Cada provincia podrá gravar con el impuesto de Sellos, los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso, formalizados en su territorio, en instrumentos públicos o privados suscriptos que exterioricen la voluntad de las partes. También podrán gravar los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso concertados en instrumentos públicos o privados, fuera de la provincia, en los siguientes casos:

a. Cuando los bienes objeto de las transacciones se encuentren radicados en el territorio provincial.

b. Cuando se produzcan efectos en la provincia, por cualquiera de los siguientes actos: aceptación, protesto, negociación, demanda de cumplimiento o cumplimiento, siempre que no se haya pagado el impuesto en la jurisdicción donde se instrumentan o no se justifique su exención en la misma”.

VIII. Bibliografía

- ANTEPROYECTO DE LEY DE UNIFICACIÓN DISTRIBUCIÓN DE IMPUESTOS (1966). Coparticipación Provincial en Impuestos Nacionales. Buenos Aires: Consejo Federal de Inversiones, p. 183 ss.
- CASSAS, José Osvaldo (1994). *Estudios del Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: Astrea, p. 114.
- GARCÍA NOVA, Cesar (2012). “La discrecionalidad en materia tributaria”, EN: *I CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO TRIBUTARIO* (6 al 8 de junio de 2012, Panamá). Universidad de Santiago de Compostela (España). Disponible en: <http://www.tribunaltributario.gob.pa/publicaciones/ponencias-del-ii-congreso-internacional-de-derecho-tributario/4-la-discrecionalidad-en-materia-tributaria-cesar-garcia-novoa/file>
- GIULIANI FONROUGE, Carlos M. y NAVARRINE, Susana C. (1981). *Impuesto a la circulación económica. Sellos*. 1ª ed. Buenos Aires: Depalma, p. 25 y ss.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos M. (2010). *Derecho Financiero*. 10ª ed. Buenos Aires: La Ley, p. 296.
- (2012). *Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires*. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley, p. 361-369.
- IRIGOYEN TESTA, Matías (2012). “Relaciones Contemporáneas entre Derecho y Economía”, EN: Fernando Castillo Cadena y Juan Sebastián Reyes Buitrago (Coord), *Centro de estudio en Derecho y Economía*. 1ra edición. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, p. 38., nota al pie 28.
- JARACH, Dino (1980). *Curso Superior de derecho tributario*. Buenos Aires: Cima, I, p. 80.
- LINARES, Juan F. (1981). *Razonabilidad de las leyes*. Buenos Aires: Astrea, p. 31.
- MELGEN DE ELÍAS, Martha G. y MELGEN, David Elías (2003). *El análisis Económico de los Impuestos*. Disponible en: http://www.eliasmelgen.com/publicaciones/_Analisis.pdf.
- MENÉNDEZ, Fabián H. (2009). *Impuesto de Sellos en la Ciudad de Buenos Aires*. Impuestos 2009-7. Buenos Aires: La Ley, p. 516.
- MOSKOVITS, Cynthia y CAO, Javier (2012). “Eficiencia del gasto público en las Provincias argentinas. Explorando sus determinantes”, EN: *Documento de Trabajo 119*. Disponible en: www.fiel.org.
- PALACIO DE CAEIRO, Silvia (2011). *Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. 1ª ed., Buenos Aires: La Ley, p. 507.
- POSNER, Richard (1973). *Economics of law*. Boston: Little Brown.
- REVILLA, Pablo y NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo (2010). *Régimen tributario argentino*. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 565 y ss.
- SOLER, Osvaldo H. (2001). *El Impuesto de Sello*. Buenos Aires: La Ley, p. 26-29.
- SPISSO, Rodolfo R. (2000). *Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: Depalma, p. 253.
- TELERMAN DE WURCEL, Graciela L. (2003). “Principios y Garantías Constitucionales”, EN: García Belsunce, Horacio A. *Tratado de Tributación*. Tomo I. *Derecho Tributario*. Volumen 2. Buenos Aires: Astrea, p. 99, con cita de CORTI, De los principios de justicia y equidad que gobiernan la tributación (igualdad y equidad).
- VILLEGAS, Héctor B. (2005). *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*. 9ª ed. Buenos Aires: Astrea, p. 291.

Legislación

Ley 23.548. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 01/01/1988.

Ley convenio 23.548. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 01/22/1988.

Jurisprudencia

Corte Sup., 19/06/2012, “Pan American Energy LLC. Sucursal Argentina c. Chubut, Provincia del otro (Estado Nacional) s/ acción declarativa”, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación, Buenos Aires*. Fallos 335:1470.

Corte Sup., 29/12/2009 “Consolidar ART c. Superintendencia de Riesgos de Trabajo —RSLs 39/1998 y 25.806/1998 y otro s/ proceso de conocimiento” —, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación, Buenos Aires*, 332:2872.

Corte Sup., 06/08/1965 “Bodegas y Viñedos Saint Remy S.A.”, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación, Buenos Aires*, 262:367.

Corte Sup., 23/12/2003, “Telefónica de Argentina S.A. c. Provincia de Mendoza s/ APA”, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación, Buenos Aires*, T. 327, P. 1729.

TFA, 30/08/2005 “Unilever de Argentina S.A.” (TFA, Sala III), Tribunal Fiscal de Apelaciones, Buenos Aires.

TFA, 14/12/2004 “Mary Kay Cosméticos S.A.” -Reg. 375 (TFA, Sala II, 14/12/2004), Tribunal Fiscal de Apelaciones, Buenos Aires.

CACA, La Plata, 22/08/2013 Causa 10570 CCALP “Compañía radiocomunicaciones móviles S.A. C.R.M. - Movicom c. ARBA y otro/a s/ recurso directo tribunal de apelación fiscal [411]”.

Otros documentos consultados

RAE. Real Academia Española (2015). Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=48Tve-k3XjDXX2vLXGBQH>. ♦

Fecha de recepción: 13-05-2015

Fecha de aceptación: 28-09-2015

Catologação dos direitos fundamentais no direito internacional

POR MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR (*)

Sumario: I. Introdução.— II. Fundamentos e evolução histórica dos direitos fundamentais. As gerações/dimensões de direitos.— III. Os direitos fundamentais na esfera internacional.— IV. Universalidade e especificação dos direitos fundamentais.— V. Crítica à teoria das gerações dos direitos fundamentais.— VI. Direitos fundamentais de terceira geração: o caso do direito ao desenvolvimento.— VII. Conclusões.— VIII. Bibliografia.

Resumo: O presente artigo trata da catalogação dos direitos humanos. Em outras palavras, cuida da questão da tipificação dos direitos fundamentais, especialmente o tema de suas gerações e/ou dimensões. Apresenta-se rápida síntese histórica dos direitos fundamentais, sua positivação e inserção no Direito Internacional. Após, realiza-se análise crítica à teoria da classificação rígida dos direitos fundamentais, o que ocorre adotando-se o prisma da primazia da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: direitos fundamentais - direito internacional - gerações - crítica.

Clasificación de los derechos fundamentales en el derecho internacional

Resumen: El presente artículo estudia la clasificación de los derechos fundamentales. Trata de la cuestión de subtipificación, especialmente en el tema de sus generaciones y/o dimensiones. Se presenta también una breve síntesis histórica de los derechos fundamentales, su positivización y su inclusión en el derecho internacional. Asimismo, se efectúa un análisis crítico a la teoría de la clasificación rígida de los derechos fundamentales, desde el prisma de la dignidad de la persona humana.

Palabras clave: derechos fundamentales - derecho internacional - generaciones - crítica.

I. Introdução

O presente artigo trata da catalogação dos direitos humanos. Em outras palavras, cuida da questão da sua tipificação dos direitos fundamentais, especialmente o tema de suas gerações e/ou dimensões. A intenção é demonstrar o quanto a rígida classificação dos direitos fundamentais em gerações (ou dimensões) é arbitrária, discricionária e apenas tende a imprimir menor eficácia social e normativa aos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais e econômicos, implicando em notório prejuízo à dignidade da pessoa humana.

Após rápida síntese histórica dos direitos fundamentais, a demonstração de sua positivação e inserção no Direito Internacional, realiza-se análise crítica à teoria da classificação rígida dos direitos fundamentais, o que se dá adotando-se o prisma da primazia da dignidade da pessoa humana.

Na impossibilidade de lidar com todos os Tratados temáticos e específicos de Direito Internacional, propõe-se, aqui, uma abordagem mais ligada à Teoria Geral do Direito ou de Interpretação do Direito Internacional.

(*) Especialista, magíster y doctor en Derechos Humanos, Universidad de San Pablo. Profesor universitario de grado y posgrado, Universidad de San Pablo.

Especial atenção será dada aos direitos sociais, em virtude de ser a “categoria” de direitos fundamentais mais prejudicada pela concepção de classificação rígida, assim como pelas características jurídicas que se lhe atribuem (baixa efetividade).

Exposto esse panorama, espera-se contribuir para que seja superada a classificação compartimentalizada dos direitos fundamentais em gerações, inclusive no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

II. Fundamentos e evolução histórica dos direitos fundamentais. As gerações/dimensões de direitos

Bobbio (2004) sugere que os direitos humanos tiveram certas etapas. Após seu desenvolvimento filosófico ocorreu sua *positivação*, ou seja, a conversão do valor da pessoa humana reconhecido em direito positivo. A segunda etapa sugerida seria da *generalização*, ou seja, a consagração do princípio da igualdade, a aplicação dos direitos fundamentais a todas as pessoas. Na sequência observa-se a *internacionalização* dos direitos humanos, momento que nos interessa particularmente, seguida da *especificação* dos direitos fundamentais, isto é, o aprofundamento da tutela, com a preocupação com o ser em situação (idoso, mulher, criança, deficiente, etc.).

Aderimos à perspectiva historicista desenvolvida e adotada por Konder Comparato (2005) y Bidart Campos (1991) quanto ao aparecimento, desenvolvimento e grau de garantia jurídica dos direitos fundamentais, que ele defende ocorra através de uma *afirmação histórica progressiva*.

Lafer indica que:

“o surgimento e o triunfo da idéia de direitos humanos na esfera doméstica dos Estados se inserem em um longo processo de amadurecimento de concepções de natureza ética, centradas nos conceitos de dignidade humana e de universalidade do ser humano, acima de quaisquer particularismos” (1999: 146).

Sempre houve uma noção perfunctória de direitos humanos presente no Direito natural, de fundamento divino ou racional (1).

Na Grécia antiga, para acompanharmos o curso histórico, fazia-se a distinção entre normas escritas (*nomosêngraphon*) e normas não escritas (*nomoságraphon*). Aquelas, compunham o direito particular, comum, produzido em cada cidade-Estado da Hélade. Estas, por sua vez, compunham um panteão de normas gerais e absolutas, reconhecidas pelo consenso universal e aplicáveis a toda a humanidade (2), contra as quais as *nomosêngraphon* não prevaleciam —oposição que fica caracterizada com maestria na Antígona, de Sófocles— (Comparato, 2005).

Após a fundamentação divina dessas “leis universais”, buscou-se o fundamento universal de vigência do direito na *natureza*. Um dos movimentos filosóficos que dava suporte a essa concepção de Direito natural era o estoicismo. Em que pese não se tratar de um pensamento sistemático, conseguiu organizar-se em torno de algumas ideias centrais, entre elas, as de unidade moral do ser humano e de dignidade do homem, considerado possuidor de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais. Esse modelo filosófico legou o conceito de igualdade universal dos homens em direitos e deveres (Comparato, 2005).

A concepção de igualdade universal entre os homens restou melhor elaborada na Idade Média, momento histórico em que o fundamento do Direito natural tornou a ser, predominantemente, religioso. E foi justamente a concepção cristã e medieval de pessoa, calcada na igualdade de essência da pessoa, a formar o núcleo do conceito universal de direitos humanos.

(1) Alexy (2007) indica que as abordagens acerca dos direitos fundamentais podem ser históricas, filosóficas, sociológicas ou jurídicas, dentre outras.

(2) Os romanos, por sua vez, adotaram a noção grega de leis não escritas sob a expressão *ius gentium*, quer dizer, o direito comum a todos os povos (Comparato, 2005)

Desse fundamento os escolásticos e canonistas medievais tiravam a conclusão lógica, assim como seus predecessores da filosofia grega, de que todas as leis contrárias ao Direito natural não teriam vigência ou força jurídica (Comparato, 2005).

Posteriormente, verifica-se novo processo de secularização, tornando a predominar na filosofia política a concepção jusnaturalista de fundamento racional, veiculada pelo iluminismo, particularmente por Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau (Dallari, 2003).

Ao lado do pensamento jusnaturalista, e de certa maneira aí se enquadrando, também teve importância para o estabelecimento da moderna conceituação de direitos humanos a filosofia kantiana.

Kant alude que o princípio primeiro de toda a ética consiste em que o ser humano existe como um *fim em si mesmo*, e não, como um *meio*, do qual esta ou aquela vontade possa valer-se. Especialmente a partir da filosofia kantiana emerge a ideia da dignidade da pessoa humana como a justificativa filosófica e o valor fundante dos direitos humanos.

Também há que se ressaltar a diferença entre as concepções ocidentais e orientais de direitos fundamentais (3). A primeira possui forte caráter individual-individualista. A concepção oriental de direitos fundamentais, por sua vez, é bastante diferenciada, calcada em valores comunitários e coletivos (Lafer, 1999).

A concepção não-ocidental de direitos fundamentais, de certa forma, anula o indivíduo perante a sociedade. Todavia, esta característica negativa para a visão ocidental possui um aspecto positivo: em certa medida favorece a implantação e o florescimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, pois possibilita a imposição de deveres fundamentais aos cidadãos, voltados para o benefício da sociedade.

Dando concretude a esse longo panorama histórico-filosófico de legitimação dos direitos humanos, ocorre em certo momento histórico sua efetiva inserção no ordenamento jurídico.

Sua primeira afirmação histórica concreta e consequente ocorre apenas com as Revoluções americana e francesa, no século XVIII. Substitui-se a ênfase na noção de *dever dos súditos* pela prevalência da noção de *direitos do cidadão* - fenômeno que Arendt, em momento histórico posterior, identificaria como a ideia do "direito a ter direitos", base dos regimes democráticos contemporâneos (Lafer, 1999; Comparato, 2005).

Esse momento histórico consagra a denominada "primeira geração" dos direitos fundamentais, de matriz político-ideológica liberal.

Essa primeira dimensão dos direitos fundamentais abrange as chamadas liberdades clássicas ou liberdades negativas, oponíveis perante o poder público, especialmente, compelindo-o a respeitar direitos como o de vida, liberdade (em todos seus aspectos) e de propriedade.

Os problemas sociais acarretados pela exacerbação do modelo político-econômico prevalente deram ensejo a inúmeras críticas e mobilizações sociais, notadamente da doutrina marxista, da socialdemocracia (então uma de suas vertentes, menos radical) e igualmente da Doutrina Social da Igreja católica.

Nesse contexto são promulgadas as Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar, na Alemanha, em 1919, assim como a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia, em 1918.

(3) Os diversos sistemas culturais da humanidade são portadores de diversas concepções de dignidade humana, o que pode resvalar na concepção de direitos fundamentais. Disso derivam inúmeros problemas no diálogo entre estas distintas culturas. Como se examinará na sequência do texto, enquanto a concepção ocidental de direitos humanos é de base individualista, a concepção oriental de direitos humanos calca-se nos valores coletivos e sociais, estando mais voltada à totalidade social. Ademais, a visão ocidental sobre os direitos humanos, a despeito de sua inegável raiz judaico-cristã, é muito mais secular do que sua correlata oriental, fundamentada em valores religiosos como o hinduísmo e o islamismo (Santos, 2003).

Nestes documentos constitucionais, alça-se pela primeira vez a nível de direitos fundamentais a proteção trabalhista, os direitos previdenciários e o direito à saúde e à assistência social, bem como, também pioneiramente estabelecem-se restrições à atividade econômica e ao uso ilimitado da propriedade (função social da propriedade).

Produz-se e proporciona-se uma profunda reforma estrutural no panorama constitucional e no modo de relacionamento entre cidadãos e Estado, com a criação dos serviços e políticas públicas. O Estado é chamado a agir, intervindo na economia e na sociedade, ao contrário do que ocorria antes.

Após o amplo reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira e segunda geração/dimensão, mais recentemente o mesmo ocorreu com outros direitos, coletivos e difusos, os quais passaram a compor uma chamada *terceira geração* de direitos fundamentais, relativa a fenômenos meta individuais.

A *terceira geração* dos direitos fundamentais fundamenta-se sobre o valor da fraternidade, não se destinando à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Seu destinatário é, portanto, todo o gênero humano, englobando o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente sadio, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação (Bonavides, 2003; Ramos, 2012).

Outrossim, os recentes avanços tecnológicos caracterizadores da chamada terceira revolução industrial, associados ao contexto internacional da globalização deram ensejo a mais uma categoria de direitos humanos, agrupados sob a denominação de *quarta geração* de direitos fundamentais.

Implicam temas eminentemente globais, verdadeiro *patrimônio comum da humanidade*, que só fazem sentido se compreendidos em relação à humanidade em sua totalidade (Santos, 2003).

Transposto o paradigma inicial (individualista), bem como os que lhe sucederam (social e metaindividual), são os direitos fundamentais de quarta geração aqueles de titularidade de toda a humanidade, consistindo no direito universal ao desarmamento nuclear e à paz, o direito à não-intervenção genética, o direito à preservação do meio ambiente, a preocupação com os crimes contra a humanidade e o direito a uma democracia participativa e pluralista (Bonavides, 2003).

São assim, os direitos fundamentais de terceira e quarta geração/dimensão necessariamente temas e preocupações de Direito Internacional, ao mesmo tempo em que se configuram como direitos subjetivos.

III. Os direitos fundamentais na esfera internacional

O indivíduo é objeto de proteção do Direito Internacional assim como é do direito interno dos países. O raio de proteção que se pretende é o mais amplo possível, inclusive com o escopo de estruturação de um sistema universal de garantias ao indivíduo (Jenks, 1968).

Os direitos fundamentais sempre foram objeto de preocupação na esfera internacional, merecendo tratamento específico em diversos tratados e convenções de Direito internacional ao longo do desenvolver desse âmbito regulatório-protetivo (Lafer, 1999; Comparato, 2005).

Os tratados e convenções internacionais de direitos humanos impõem obrigações aos Estados-Nação e limitações ao seu agir a partir de canones internacionais de justiça e *standards* mínimos a serem observado. Ademais, indicam quais valores passam a pesar nas decisões do poder e na prática dos Estados (Lafer, 1999) (4). O sistema internacional de proteção aos direitos humanos, portanto,

(4) Para este efeito, exemplificativamente, considere-se a recente alteração de posicionamento, no Supremo Tribunal Federal, onde se passou a adotar a tese de que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, possuem caráter supralegal. Assim, no que concerne à prisão do depositário infiel, esta passou a ser inviável, dada a atribuição dessa característica ao Pacto de San José da Costa Rica em nosso sistema normativo com status supralegal (conforme julgado em 03.12.2008 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários nº 466343 e 349703).

interfere na elaboração, formulação e execução das políticas públicas internas de cada Estado-Nação, impondo sua promoção e garantia.

Adota-se, assim, o que se denomina *constitucionalismo global*, quer dizer, um sistema “vocacionado a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos” (Piovesan, 2003: 357).

A mobilização internacional, no caso de desrespeito aos *Standards* internacionais de direitos fundamentais, proporciona também publicidade e visibilidade dessas violações, acarretando constrangimento político e moral aos Estados violadores. A opinião pública internacional, portanto, pode compelir o Estado violador a justificar suas condutas e, muitas vezes, contribui para a modificação das práticas governamentais contrárias a direitos humanos, alargando o próprio conceito de *cidadania* (Piovesan, 2003).

Notadamente a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, e principalmente por conta da experiência totalitária, o Direito internacional voltou a preocupar-se com seus fundamentos éticos (Lafer, 1999), tendo como paradigma a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Esse documento internacional declara a universalidade dos direitos humanos, reconhecendo a dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis, que consistem no fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Reconhece, outrossim, que a simples condição de pessoa humana é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. Estabelece, ademais, parâmetros protetivos mínimos para a salvaguarda da dignidade humana, ou seja: o mínimo ético irredutível a ser observado pela comunidade internacional e pelos Estados, em sua ordem interna (Piovesan, 2008).

Avançando na pretensão de proteção à pessoa humana e no processo de afirmação histórica dos direitos humanos, em 16.12.1966 a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos, os quais buscaram pormenorizar o conteúdo da Declaração Universal de 1948: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (5).

Passava-se a uma próxima etapa no processo de institucionalização dos direitos humanos em âmbito universal, agora com a busca de mecanismos de sanção às violações de direitos humanos (Comparato, 2005).

Contudo, a elaboração de dois Tratados e não de um único, compreendendo a totalidade dos direitos humanos (de primeira e segunda gerações), segundo o modelo da Declaração Universal de 1948, foi o resultado de um compromisso diplomático, necessário em virtude do contexto geopolítico internacional da guerra fria.

As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, unicamente, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada. Os países do bloco comunista, e alguns outros, preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos, deixando à sombra as liberdades individuais. Decidiu-se, portanto, pela adoção de dois Tratados distintos, restringindo-se o controle do Comitê de Direitos Humanos tão-somente aos direitos civis e políticos (Comparato, 2005).

Com a superação da guerra fria, verificou-se no âmbito internacional a possibilidade de superação do paradigma anterior relativo aos direitos fundamentais. Com efeito, na vigência do conflito Leste-Oeste, ocorreu a “cisão” dos direitos fundamentais em duas classes (direitos de primeira dimensão de um lado e direitos de segunda dimensão de outro), as quais restaram previstas em dois distintos

(5) Prevê o aludido documento os seguintes direitos fundamentais: proteção trabalhista e sindical; previdência e seguro social; maternidade; assistência social; moradia e habitação; saúde; alimentação; educação; ciência e cultura. Enfim, o rol clássico a respeito de direitos econômicos, sociais e culturais.

documentos de Direito internacional, os já referidos Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em 1993, a nova configuração internacional permitiu a realização da Segunda Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Conferência de Viena.

A Declaração e Programa de Ação de Viena (DPAV) consagra, diante deste novo contexto, um novo patamar quanto à proteção internacional dos direitos humanos, um ‘direito novo’, no dizer de Lafer (1999), que pode ser aproveitado inclusive no exame de sua configuração no âmbito interno dos Estados”.

Deste documento, destaca-se a conceituação dos direitos fundamentais como indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. Conforme Lafer, “sepulta-se, assim, ao menos no nível conceitual da ONU, a ideia de uma hierarquização seletiva dos direitos humanos baseada nas polaridades Leste/Oeste, Norte/Sul” (Lafer, 1999: 167).

O *direito ao desenvolvimento* é reafirmado, ressaltando-se que é justamente o homem o sujeito do desenvolvimento. Preceitua-se, também, que a falta de condições econômicas e sociais adequadas não é mote para a violação de direitos fundamentais, bem como se reconhece a vinculação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos, reafirmando-se a relação inequívoca entre democracia, direitos humanos e paz (Lafer, 1999: 168):

“8. A democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente. A democracia se baseia na vontade livremente expressa pelo povo de determinar seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e em sua plena participação em todos os aspectos de suas vidas”.

No âmbito internacional da proteção aos direitos humanos também se verificou o processo de multiplicação dos direitos humanos tutelados e de especificação dos sujeitos que os titularizam, em paralelo ao ocorrido no âmbito normativo interno dos Estados (Piovesan, 2003).

No campo específico dos direitos econômicos, sociais e culturais existem tratados e convenções temáticos, voltados exclusivamente para a defesa e promoção dessa gama de direitos fundamentais. Destaca-se, nesse contexto, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A primeira característica deste Pacto a se fazer menção é a imposição de tarefas aos Estados-partes. Enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o PIDESC estabelece deveres endereçados aos Estados, que deverão cumpri-los (Piovesan, 2003). Embora os direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais possuam aplicabilidade imediata, a normativa internacional em tela determina sua *realização progressiva*.

Um dos pontos negativos destacados pela doutrina a respeito do PIDESC reside no fato de conferir uma proteção “fraca” aos direitos que visa tutelar. Com efeito, não permite comunicações ou denúncias quanto a violações dos direitos fundamentais que busca assegurar, resumindo o mecanismo de proteção que prevê na sistemática de entrega de relatórios (Piovesan, 2003).

Na seara da proteção internacional aos direitos sociais, destaca-se, no campo do Direito do Trabalho e da Seguridade Social, o importante papel normativo da OIT —Organização Internacional do Trabalho—.

Apenas exemplificativamente, destacam-se as Convenções: nº 29, sobre o trabalho forçado ou obrigatório e nº 105, sobre sua abolição; nº 100, sobre a igualdade de remuneração entre homens e mulheres por trabalho de igual valor; nº 111, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão; nº 138, sobre idade mínima para admissão em emprego; nº 182, que versa sobre as piores formas de trabalho infantil e sua erradicação; nº 87, que trata de liberdade sindical; nºs 98 e 154, que versa sobre negociação coletiva e nºs 97 e 143, que tratam do trabalho do migrante. Ainda se mencione as Convenções nºs 26, 95, 131, 132, que tratam de remuneração e férias. Especificamente na área da Seguridade Social tem-se a Convenção nº 102, que traz as normas mínimas em relação à Seguridade Social; a Convenção nº 117, que traz as

normas e objetivos básicos de política social; as Convenções nº 35 a 40, que tratam das aposentadorias por idade, invalidez e a pensão por morte, nos segmentos da indústria e da agricultura; a Convenção nº 17, que trata da indenização por acidentes de trabalho; as Convenções nºs 02, 44, 88, 158 e 168, sobre proteção ao desemprego; Convenções nºs 03 e 103, que versam sobre a proteção à maternidade.

No âmbito do Sistema Interamericano, verifica-se a tibiaza com que foi tratada a matéria. O artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, estabelece a *progressividade* dos direitos econômicos, sociais e culturais (6).

Dispõe-se somente que os Estados-partes comprometem-se a adotar providências nessa seara, por via legislativa ou por outros meios adequados, a fim de obter progressivamente sua plena efetividade, unicamente na medida dos recursos disponíveis.

Por outro lado, o processo de globalização, cada vez mais acentuado, fragiliza os direitos humanos (principalmente os direitos econômicos e sociais), pois estes, tradicionalmente, sempre foram deduzidos principalmente perante o Estado-Nação (Santos, 2003).

Por derradeiro, há que se acrescentar, que, além das figuras estatais de proteção internacional aos direitos humanos, visualiza-se, hoje, a formação de uma rede transnacional de solidariedade entre grupos explorados, oprimidos e/ou excluídos em razão dos efeitos da globalização econômica, torna-se possível pela revolução das tecnologias de informação e de comunicação, cujo maior destaque é, certamente, o Fórum Social Mundial (7).

IV. Universalidade e especificação dos direitos fundamentais

No âmbito dos direitos humanos, atualmente, prepondera a concepção de *universalidade*. Com isso não queremos fazer menção à dicotomia entre concepções *universalistas* e *relativistas* de direitos humanos. Mais precisamente, pretendemos focar na ideia de que hodiernamente os direitos fundamentais são compreendidos em uma perspectiva de *universalidade*: ninguém se encontra excluído da prerrogativa de ser *titular de direitos fundamentais*.

Atualmente vigora o ideário de que as pessoas são iguais em direitos (*universalidade de direitos*), independentemente de diferenças de gênero, cor, etnia e faixa etária.

Igualdade, porém, não é plena identidade, devendo haver o respeito à diferença e à diversidade. E duas são as formas de isso ocorrer: o combate à discriminação e a promoção positiva da igualdade, a qual deve considerar as especificidades dos concretos sujeitos de direito alvo de proteção (Piovesan, 2003).

Assim, surgem os temas da *multiplicação do rol de direitos fundamentais* e da *especificação* dos sujeitos de direito que são seus titulares (8).

(6) “Capítulo III — Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” Artigo 26 — Desenvolvimento progressivo: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

(7) Esse fenômeno foi denominado de cosmopolitismo, e assim foi delineado por Boaventura de Souza Santos: “Trata-se de um conjunto muito vasto e heterogêneo de iniciativas, movimentos e organizações que partilham a luta contra a exclusão e a discriminação sociais e a destruição ambiental (...). As atividades cosmopolitas incluem, entre outras, diálogos e articulações Sul-Sul; novas formas de intercâmbio operário; redes transnacionais de lutas ecológicas, pelos direitos da mulher, pelos direitos dos povos indígenas, pelos direitos humanos em geral; serviços jurídicos alternativos de caráter transnacional; solidariedade anticapitalista entre o Norte e o Sul; organizações de desenvolvimento alternativo e em luta contra o regime hegemônico de propriedade intelectual que desqualifica os saberes tradicionais e destrói a biodiversidade (...). Não uso cosmopolitismo no sentido moderno convencional. Na modernidade ocidental, cosmopolitismo está associado às idéias de universalismo desenraizado, individualismo, cidadania mundial e negação de fronteiras territoriais ou culturais” (Santos, 2003: 436).

(8) No caso brasileiro, a doutrina destaca que esse processo de especificação dos sujeitos de direitos humanos somente ocorre, propriamente, com a Constituição Federal de 1988 (Piovesan, 2003).

A *proliferação de direitos* inicia-se com os direitos econômicos, sociais e culturais, determinando a extensão, igualmente, do rol de titulares de direitos e, conseqüentemente, do próprio conceito de sujeito de direito, abrangendo, além do indivíduo, as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e, numa concepção mais recente, a própria humanidade (Segovia, 2004). Esse fenômeno é bem delineado no magistério de Flávia Piovesan:

Esse processo implicou ainda a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delinea-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações. Isto é, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo “especificado”, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.

Consolida-se, gradativamente, um aparato normativo especial de proteção endereçado à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem proteção especial. Os sistemas normativos internacional e nacional passam a reconhecer direitos endereçados às crianças, aos idosos, às mulheres, às pessoas vítimas de tortura, às pessoas vítimas de discriminação racial, dentre outros” (2003: 194).

O tema da *especificação dos sujeitos de direitos humanos* redunda em outro, igualmente importante, atinente à *focalização de políticas públicas*, o que nada mais é do que a implementação de políticas públicas específicas conforme as diferentes e determinadas necessidades/desigualdades que caracterizam cada determinado e específico sujeito de direitos humanos (criança, idoso, questões de gênero ou raciais, etc.).

O processo de especificação de direitos fundamentais, com a correlata *focalização* de políticas públicas pode ensejar a *fragmentação* das políticas públicas e, conseqüentemente, a fragmentação dos laços sociais entre os sujeitos de direito (Segovia, 2004).

Pode acarretar, por derradeiro, o problema de uma certa *banalização* dos direitos fundamentais, atribuindo-se fundamentalidade a direitos que não se revestem, essencialmente, dessa condição (Díez-Picaso, 2005; Ramos, 2012). Um exemplo seria o *direito fundamental à felicidade* (9).

V. Crítica à teoria das gerações (10) dos direitos fundamentais

A classificação rígida dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões merece acentuadas críticas.

A começar de sua origem. Essa terminologia teria aparecido na famosa Conferência proferida pelo jurista checo Karel Vasak, em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos.

Segundo o próprio, apenas teria utilizado uma metáfora a partir do dístico da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), comparando-o respectivamente às então tres gerações/dimensões de direitos fundamentais reconhecidas pela doutrina de Direitos Humanos.

Não haveria na sua exposição maior pretensão dogmática; apenas uma metáfora para entreter os alunos, incompatível como caráter teológico que se lhe aplicaram posteriormente.

(9) Proposto por PEC — Proposta de Emenda Constitucional do Senador Cristovam Buarque: “Art. 6º. São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

(10) Pessoalmente, preferimos a expressão dimensão dos direitos fundamentais, ao invés de gerações, justamente por deixar de transmitir essa ideia de sucessão das categorias de direitos, mas aqui tais expressões serão tratadas comumente, adotadas as ressalvas aqui consignadas.

Segundo Cançado Trindade,

“(...) a visão compartimentalizada dos direitos humanos pertence ao passado, e, como reflexo dos confrontos ideológicos de outrora, já se encontra há muito superada. O agravamento das disparidades sócio-econômicas entre os países, e entre as camadas sociais dentro de cada país, provocou uma profunda reavaliação das premissas das categorizações de direitos. A fantasia nefasta das chamadas ‘gerações de direitos,’ histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno que hoje testemunhamos não é o de uma sucessão, mas antes de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos” (2003: 488).

A ideia de “gerações” de direitos realmente transmite de modo errôneo a sucessão entre camadas de direitos, sendo que ocorre, na realidade, acumulação de direitos fundamentais, transpostos para outra dimensão de sua percepção (Ramos, 2012).

A transposição dessas ideias para o plano interno tem apresentado contornos nefastos, com a verdadeira anulação dos direitos sociais como direitos fundamentais, à luz de ideias de que são meramente programáticos, de implantação progressiva, sujeitos à reserva do possível quando não meramente utópicos.

Deve-se assinalar que a concepção de sucessivas gerações de direitos fundamentais sequer corresponde à verdade histórica. Há exemplos de países (Cuba deve ser o maior) em que primeiro foram obtidos os direitos fundamentais considerados de segunda geração (econômicos e sociais), a par da inexistência ou violação daqueles tidos por primeira geração (principalmente quanto à participação política e de liberdade, a par do direito de propriedade).

Frisemos, igualmente, o caráter fortemente ideológico da incorporação desse ideário de catalogação dos direitos fundamentais.

Há, porém, aqueles que entendem ter o Direito Internacional afastado a fragmentação dos Direitos Humanos. A superação da aparente dicotomia entre direitos civis e políticos e, de outro lado, os direitos sociais, econômicos e sociais, leva à compreensão da *contemporanea concepção de cidadania*, que soma democracia política e democracia social e econômica. Esse movimento é iniciado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a qual contém uma linguagem de direitos até então inédita, combinando direitos civis e políticos com direitos econômicos e sociais (11).

Essa tendência é ratificada pela Convenção de Viena, de 1993, onde se proclama, em seu § 5º, a universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos, princípio estrutural dos direitos fundamentais, denominado de *complementaridade solidária* (Comparato, 2005) ou de “sinergia” entre os direitos de liberdade e os direitos fundamentais sociais (Böckenforde *apud* Queiroz, 2006).

Segundo Guibentif (2006), os direitos sociais compreendem o conjunto dos direitos reconhecidos aos indivíduos no sentido de lhes “*garantir condições materiais de existência compatíveis com a condição humana e a capacidade física e intelectual de participar ativamente na vida social*”. O mesmo autor explica como se dá esse processo:

“Assim, no plano individual, o direito à educação e as liberdades de consciência e de expressão são supostos proporcionar condições apropriadas para que uma pessoa se possa orientar no mundo e formar autonomamente os seus projetos de vida. A proteção nos campos da saúde e da segurança

(11) Ampla doutrina reconhece essa qualidade de indivisibilidade dos direitos fundamentais: Piovesan (2003); Gandini (2004); Sartori (2007); Queiroz (2006); Azevedo (1999), Ramos (2012), Amaral Jr. (2011) e Mazzuoli (2006). A concepção contemporânea de cidadania foi encampada no Brasil, efetivamente, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 (Piovesan, 2003).

social deve preservá-la, na medida do possível, de uma existência que se reduza a suportar a dor ou procurar o mínimo necessário para sobreviver. Encontram-se assim favorecidas condições para conduzir uma existência livre e responsável. No plano político, medidas gerais de proteção na saúde e contra a miséria poderão favorecer uma participação cidadã livre de constrangimentos materiais extremos. Os direitos à educação, e à livre consciência e expressão favorecem uma participação informada e um debate esclarecido entre os cidadãos na perspectiva de votações ou outros procedimentos de tomada coletiva de decisão” (Guibentif, 2006: 176).

A indissociabilidade entre as diversas *dimensões* dos direitos fundamentais apresenta um viés ambivalente: a melhoria das condições materiais implica uma melhoria da qualidade da participação política; a melhoria da participação política também pode implicar exigência de acréscimo nas condições materiais de vida da população.

Há que se acrescentar que a indissociabilidade dos direitos fundamentais varia no tempo e no espaço. Com efeito, para concretizar-se atualmente o clássico direito civil a não ser objeto de tratamento desumano ou degradante, uma sociedade deve implementar medidas de salvaguarda socioeconômica.

No mesmo sentido, para assegurar-se o direito à adequada alimentação, direito de feição social, por vezes será preciso criminalizar condutas tais como o aumento de preços de alimentos com finalidade meramente especulativa, configurando modalidade de crime contra a economia popular, o que atingiria a primeira dimensão dos direitos fundamentais (Pogge, 2005).

A despeito da necessária *complementaridade* dos direitos fundamentais, cabe dizer do valor próprio dos direitos econômicos, sociais e culturais: não se faz necessário que os direitos econômicos, sociais e culturais sejam atrelados aos direitos civis e políticos para que sejam dotados de plena juridicidade ou de *status* semelhante a estes.

A catalogação dos direitos fundamentais ganha grande relevância para o Direito Internacional no contexto geopolítico atual, globalizado.

Já nos anos 1950 se percebia a questão da grande interdependência econômica internacional entre as nações e as relevantes implicações no Direito Internacional (Jenks, 1968).

Uma das questões mais relevantes, nessa seara, seria a questão do emprego, a envolver ações conjuntas das nações. Já se cogitou, inclusive, em responsabilização internacional dos Estados por abalos na economia de outros países por virtude de ato próprio (Jenks, 1968). Uma espécie de proteção contra a concorrência desleal em âmbito internacional, talvez como no caso das práticas chinesas.

Umadas motivações do DIDH é expressamente econômica, baseada na exigência de *standards* mínimos de cidadania pelos investidores externos (Ramos, 2012). Contudo, parece ser uma prática insuficiente, quicá no exemplo chinês, onde se introduziu um novo modelo completamente adverso à ideia de indivisibilidade (intenso crescimento econômico desatrelado de qualquer garantia de direitos sociais e econômicos, com plena adesão e aceitação dos países do sistema econômico mundial).

Abordemos também a questão da catalogação dos direitos fundamentais face o *multiculturalismo*: os diversos sistemas jurídicos, inclusive os sistemas regionais de direitos humanos (a exemplo dos orientais, que apresentam uma visão menos individualista), possuem diferentes visões sobre a dignidade humana.

Essa situação implica em relevante impacto na catalogação dos direitos fundamentais e, principalmente, no primazia que se dá a uma ou outra gerações.

Outra questão importante: em que medida a catalogação é favorável à proteção da pessoa humana? Ou, ao contrário, a indivisibilidade dos direitos fundamentais é uma característica mais favorável à dignidade da pessoa humana? Estrategicamente é mais oportuno dividir os direitos em segmentos e buscar concretizá-los separadamente?

Talvez o “poder de embaraço” (Ramos, 2012) seja mais eficaz em segmentos específicos do direito, não em propostas mais genéricas ou abrangentes. Algumas demandas não se atingem facilmente no âmbito interno (ex: reforma previdenciária no Brasil, em oposição ao caso do Araguaia e da Lei Maria da Penha).

Outra questão: muitas vezes os direitos fundamentais de terceira geração são *confundidos*, pura e simplesmente, com direitos difusos, construção do direito processual para abordar situações coletivas, e isso é insuficiente à proteção dos direitos fundamentais e, por outro lado, alça a esse *status* direitos que são ordinários, por exemplo simples relações de consumo que alcancem uma pluralidade de consumidores, mas não seus direitos fundamentais (Bidart Campos, 1991).

Os direitos de segunda geração (principalmente os direitos sociais) podem e devem ser compreendidos e percebidos numa dimensão individual (por exemplo quando o segurado recebe, individualmente, benefício previdenciário) e, ao mesmo tempo, numa perspectiva de terceira geração, pois a Previdência Social ou a Saúde, *u.g.*, podem ser identificadas como estruturas de políticas e serviços públicos voltadas a toda a sociedade - um quase direito difuso (Serau Jr., 2011).

VI. Direitos fundamentais de terceira geração: o caso do direito ao desenvolvimento

Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão/geração abordaremos especialmente o tema do direito ao desenvolvimento. Esse tema permite lidar com a ideia de direitos fundamentais indissociáveis entre si, arrematando a conclusão crítica sobre a artificialidade das gerações de direitos, além de se consagrar como tema de Direito Internacional por excelência.

Seu conceito, tirado da Resolução 41/128, de 04.12.1986, da Ass. Geral da ONU, é o de “um amplo processo econômico, social, cultural e político, que objetiva a melhoria constante do bem-estar de toda uma população e de todos os indivíduos na base de sua participação ativa, livre e consciente no desenvolvimento e na justa distribuição dos benefícios dele resultantes”.

Retoma-se a ideia de indivisibilidade dos direitos fundamentais, pois o pleno desenvolvimento envolve todas as “dimensões” dos direitos humanos sejam respeitadas e consagradas. O desenvolvimento aparece como síntese de todos os outros direitos fundamentais (Amaral Jr., 2011; Piovesan, 2011).

O direito ao desenvolvimento vincula-sesobretudo às reivindicações dos países em desenvolvimento, especialmente aqueles que passaram pelo processo de descolonização nos anos 1960 (Cardia, 2005), embora não seja uma relação necessária e exclusiva. Os principais documentos internacionais nesse tópico são os seguintes:

- a) Conferência de Bandung, 1955: tomada de consciência da questão do subdesenvolvimento.
- b) Conferência de Genebra, 1964 (ONU): pretensão de formação da Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI).
- c) Conferência de Lusaka, 1970: cooperação financeira e monetária; recuperação das riquezas naturais; papel das multinacionais, norma ordem internacional da informação, defesa dos Estados produtores de matéria-prima.
- d) Conferência de Alger, 1973.

O principal documento internacional a ser mencionado quanto a essa proposta de NOEI é a Declaração e Programa de Ação referente à Instauração de uma Nova Ordem Econômica Internacional (Res. 3201 e3202 da Ass. Geral, de 01.5.1974), tendo por princípios: soberania, cooperação internacional fundada na equidade, direito dos povos à autodeterminação, transferência de tecnologia, participação igualitária de todos os países na busca de soluções para o planeta e prioridade em reconhecer, em favor dos países em desenvolvimento, regramento jurídico de desigualdade compensatória.

Mencione-se também a *Agenda 21* (desenvolvimento sustentável), tirada da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992).

A integração em blocos regionais ou integração comunitária consiste em tema de Direito Internacional e forma de buscar o desenvolvimento, destacadamente a partir do fim do conflito Leste-Oeste (Santos, 2005).

Nesse perfil se encaixa o MERCOSUL, embora ainda tímida pretensão integrativa, consistente praticamente em abertura comerciais, sem avançar para os demais tópicos do direito ao desenvolvimento integral (Santos, 2005). O Tratado de Assunção (1991) estabelece apenas a incorporação progressiva dos DESC. Avanço pode ser verificado no Protocolo de Ushuaía (1998), que estabelece a vigência de regime democrático como necessidade para permanência do país no bloco.

O direito ao desenvolvimento também é tema de Direito Internacional à medida em que a ausência de pleno desenvolvimento (nas suas várias dimensões) redunde em migrações internacionais forçadas; deslocamentos internos ou entre outros países. Avulta a necessidade de proteção internacional (12) (Jubilut, 2005). Podemos indicar os recentes recebimentos de expressivos contingentes populacionais de bolivianos e haitianos em busca de trabalho dentro das fronteiras brasileiras.

Outro ponto importante diz respeito à dicotomia entre Tratados Internacionais de Investimentos e Direito ao Desenvolvimento. Normalmente tais instrumentos restringem ou vedam cláusulas importantes à garantia interna de desenvolvimento dos Estados receptores dos investimentos, a exemplo de a) transferência de tecnologia; b) compensações ambientais; c) soberania sobre os recursos naturais (objeto das Resoluções da Ass. Geral da ONU 1803 e 3281) e d) práticas consumeristas e trabalhistas (Dias, 2005).

O objetivo dos investidores internacionais é a maximização dos seus lucros a partir do aproveitamento de mão-de-obra e matéria-prima baratas. Entram em pauta, assim, a discussão sobre a imposição pelos Estados em desenvolvimento receptores destes investimentos de cláusulas de a) conteúdo mínimo nacional dos produtos; b) equilíbrio entre exportação e importação e c) vedação de importação de empregados (Dias, 2005).

VII. Conclusões

A classificação rígida dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, inclusive no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é artificial e sem correspondência com o desenvolvimento histórico. Sobretudo, é incompatível com o princípio da *proteção integral à pessoa humana*.

Isso aparece com mais acento no caso dos direitos sociais, em virtude de ser a “categoria” de direitos fundamentais mais prejudicada pela concepção de classificação rígida, principalmente em razão das características jurídicas que se lhe atribuem (baixa efetividade, normas programáticas, realização progressiva, no linguajar próprio dos documentos internacionais).

No âmbito próprio do Direito Internacional dos Direitos Humanos verifica-se que a normativa internacional segue o padrão de classificação de direitos fundamentais em gerações e/ou dimensões (anotando-se a preferibilidade da expressão *dimensões*, pelos fatores expostos ao longo deste trabalho).

Isso ocorre, por exemplo, com o desenho posto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e principalmente com a cisão dos direitos fundamentais nos dois Pactos de 1966 (Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos e Pacto Internacional de Direito Econômicos, Sociais e Culturais).

Contudo, esse padrão é posto em xeque pelo tema do *direito ao desenvolvimento*, que implica a superação desse paradigma e a adoção da concepção contemporânea de direitos humanos (indissociabilidade e indivisibilidade), pois abrange o desenvolvimento nos campos econômico, social, político e cultural.

(12) Embora não se constitua em objeto específico de nossa pesquisa, indicaremos sucintamente os meios internacionais de proteção aos migrantes e deslocados: a) em relação à migração voluntária legal, tem-se a proteção contra a discriminação, principalmente a partir de Resoluções da Ass. Geral da ONU: 54/1158, 55/275, 54/180, a título de exemplo, além da Convenção para Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias (1990), que inclui também os imigrantes ilegais; b) quanto à migração forçada, tem-se vários níveis de proteção, destacando-se a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1967).

Os argumentos aventados neste breve trabalho indicam seja definitivamente superada a classificação rígida e compartimentalizada dos direitos fundamentais, inclusive no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

VIII. Bibliografia

- AMARAL JR., Alberto do (2011). *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Atlas.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1991). *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires: Astrea.
- BOBBIO, Norberto (2004). *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: Elsevier.
- BONAVIDES, Paulo (2003). *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros.
- CARDIA, Fernando Antonio Amaral (2005). “Uma breve introdução à questão do Desenvolvimento como tema de Direito Internacional”, in AMARAL JR., Alberto do (org.), *Direito Internacional e Desenvolvimento*, Barueri: Manole.
- COMPARATO, Fábio Konder (2005). *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva.
- DALLARI, Dalmo de Abreu (2003). *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 24ª ed., São Paulo: Saraiva.
- DIAS, Bernadete de Figueiredo (2005). “A abordagem do Direito ao Desenvolvimento nos Tratados sobre Investimentos”, in AMARAL JR., Alberto do (org.), *Direito Internacional e Desenvolvimento*, Barueri: Manole.
- GUIBENTIF, Pierre (2006). “Direitos sociais (verbete)”, in ARNAUD, André-Jean - JUNQUEIRA, Eliane Botelho (org.), *Dicionário da Globalização*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- JENKS, Wilfred (1968). *El derecho común de la humanidad*, Madrid: Tecnos.
- JUBILUT, Liliana Lyra (2005). “Migrações e desenvolvimento”, in AMARAL JR., Alberto do (org.), *Direito Internacional e Desenvolvimento*, Barueri: Manole.
- LAFER, Celso (1999). *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*, São Paulo: Paz e Terra.
- LAFER, Celso (2005). *A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*, Barueri, Manole.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (2006). *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PIOVESAN, Flávia (2003). *Temas de Direitos Humanos*, 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Max Limonad.
- PIOVESAN, Flávia (2005). “Reforma do Judiciário e Direitos Humanos”, in TAVARES, André Ramos - LENZA, Pedro - ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.), *Reforma do Judiciário analisada e comentada*, São Paulo: Método.
- PIOVESAN, Flávia (2008). *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*, São Paulo: DPJ.
- PIOVESAN, Flávia (2011). “Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos”, in PRONER, Carol - CORREAS, Oscar (coord.), *Teoria Crítica dos Direitos Humanos*, Belo Horizonte: Fórum.
- RAMOS, André de Carvalho (2012). *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, São Paulo: Saraiva.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2003). "Por uma concepção multicultural de direitos humanos", in SANTOS, Boaventura de Souza (org.), *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 429-461.

SANTOS, Rui da Silva (2005). "A busca pelo direito ao desenvolvimento e à proteção aos direitos humanos nas Relações Internacionais do Brasil: histórico e desafios", IN AMARAL JR., Alberto do (org.), *Direito Internacional e Desenvolvimento*, Barueri: Manole.

SEGOVIA, Juan Fernando (2004). *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid: Marcial Pons.

SERAU JR., Marco Aurélio (2011). *Seguridade social como direito fundamental material*, 2ª ed., Curitiba: Juruá. ◆

Fecha de recepción: 10-06-2015

Fecha de aceptación: 10-08-2015

Aportes de jurisprudencia comparada en materia de sustracción internacional de niños (*)

POR LILIANA ETEL RAPALLINI (**)

Sumario: I. Planteo introductorio.— II. Breve reseña de las fuentes convencionales internacionales habidas sobre el tema, vinculantes para la República Argentina.— III. Calidad de la sentencia de restitución. Somero esbozo del procedimiento. Carencia de ley nacional.— IV. Aporte de la jurisprudencia extranjera.— V. Consideraciones finales.— VI. Bibliografía.

Resumen: La sustracción parental de niños es un tema de suma complejidad que ha merecido intensa actividad legislativa y jurisdiccional. Los principales foros de producción de fuente convencional internacional han destinado antes y después de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de la niñez, denodados esfuerzos en crear instrumentos destinados a restringir conductas abusivas por parte de los progenitores en desmedro de los derechos fundamentales de sus hijos. Empero, diversos factores contribuyeron y contribuyen, a la reiteración de casos de esta naturaleza y entre ellos, aparecen la facilidad de mutación del hombre por el mundo, la interculturalidad y los avances tecnológicos. En la presente entrega se procura aportar un criterio limitativo adoptado por la justicia boliviana, que expone una vez más las consecuencias no deseadas del desmembramiento familiar.

Palabras clave: niñez - sustracción - internacional.

Sentenças estrangeiras em termos de rapto internacional de crianças

Resumo: *O rapto parental de crianças é uma questão de grande complexidade, que ganhou intensa atividade legislativa e judiciária. Produção principal dos fóruns internacionais de abastecimento convencional comprometeram-se antes e depois das Nações Unidas sobre os direitos da criança, Convenção de árduos esforços para criar instrumentos para restringir o comportamento abusivo pelos pais em detrimento dos direitos fundamentais das crianças. No entanto, vários fatores contribuíram e contribuí para a recorrência de casos desta natureza e entre eles estão a facilidade de mutação do homem pelo mundo, multiculturalismo e avanços tecnológicos. Nesta entrega visa proporcionar uma abordagem limitada tomada pela justiça boliviana exposto mais uma vez as consequências indesejadas do desmembramento familiar.*

Palavras chave: *criança - sequestro - internacional.*

I. Planteo introductorio

Se considera sustracción parental, a la modificación unilateral ejecutada por uno de los progenitores, en relación al ámbito en donde el hijo ha de desarrollar su vida, y que ha de identificarse como su “*residencia habitual*”.

El tema en su faz genérica ofrece el objetivo fundamental del expeditivo recupero de niños privados de su país de residencia habitual, lo que implica restituirlo al arraigo o centro de vida que detentaba

(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación 11/J140 “Circulabilidad y reconocimiento de decisivos jurisdiccionales extranjeros”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

(**) Prof. titular Ordinaria de Derecho Internacional Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

antes de la sustracción. En su faz específica responde a causales varias, como el egoísmo, la necesidad de escapar de situaciones hostiles, o bien situaciones delictivas.

Estas apreciaciones llevan a diferenciar la movilización de niños en su aspecto puramente civil, y entonces quien lleva a cabo la traslación es uno de los progenitores, de la ejecutada por un tercero o por un progenitor, pero con fines delictivos, encontrándonos en este caso frente al deleznable delito de tráfico internacional de menores. Ahora bien, cabe una acotación más, y es la penalización de la sustracción parental por parte de un ordenamiento nacional, cuestión que da cabida al inicio de la acción civil, valiéndose de instrumentos internacionales de cooperación, y de la penal, a través del procedimiento habilitante ante la jurisdicción nacional (1).

Como toda relación del derecho, se le intenta otorgar una radicación y que ésta responda a la naturaleza de la primera. Es así, como las cuestiones relativas a la niñez, reconocen en la *residencia habitual* a la conexión razonable y previsible destinada a regir los derechos de la misma.

Conforme a ello, la sustracción parental supuesto al que está destinada la presente entrega, se conforma con el cambio, en principio arbitrario, de la residencia habitual del hijo, que si opera dentro de un mismo país será una sustracción interna o doméstica, siendo internacional si existe paso de frontera, o sea, de un país a otro. La figura encierra la de *retención indebida* vale decir, un progenitor retiene a su hijo en una *residencia forzada*, habiendo sido trasladado lícitamente.

Evocando someramente otros aspectos de la figura, cabe recordar que la debida o lícita traslación de la residencia habitual de un hijo, es cuestión consensuada entre los padres y por ende, será tal cuando cuenta con el acuerdo entre ambos y la autorización dada por quien consiente el cambio.

Es así como aparece el *derecho de custodia compartida de la mano de la corresponsabilidad parental* escindido este del derecho de tenencia y equiparable a la patria potestad compartida, que requiere a su vez, del asentimiento de ambos padres para definir cuestiones trascendentes relacionadas a la vida presente y futura de los hijos menores. Se estructura así, una suerte de grada cuya pirámide la ocupa el derecho de custodia, le sucede la patria potestad concluyendo con el ejercicio jurídico y fáctico de la tenencia. Si uno de los progenitores obtuviere por decisorio judicial o administrativo el derecho de custodia exclusivo, deberá ejercerlo bajo las premisas de serlo permanente y efectivamente, sumando entonces a él la tenencia como cuestión de convivencia, asistencia y responsabilidad parental. No obstante, la casuística expone autorizaciones dadas por progenitores que consienten la radicación del hijo en el extranjero no enervando con ello, el derecho de custodia compartido y que a su vez, implica un margen de seguridad sobre un eventual cambio de residencia habitual hacia un tercer país, por parte de quien ejecutó el cambio originario y de modo lícito.

Los cambios sociales y familiares operados sobre todo durante el siglo XX, han provocado una transformación sustancial en las relaciones paterno-filiales y en consecuencia, la concepción de patria potestad pasando a ser de un derecho de los padres sobre la persona y patrimonio de sus hijos, a una función jurídica de un derecho concebido para el cumplimiento de un deber.

En función de ello, los textos normativos internos como internacionales se han perfilado adecuándose a los nuevos conceptos.

Pero sabido es que el estatuto jurídico de la niñez se cimienta en el *interés del menor como principio superior de la niñez*. Desde la Declaración del Niño del 20 de noviembre de 1959 y sin claudicación alguna en nuestros días, el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la inconmensurable responsabilidad de su sano crecimiento, educación y orientación. La legislación no define qué se entiende por interés superior del niño, sino que se limita a dar una primera aproximación del mismo, elevándolo a principio general del derecho inspirador de toda actuación pública o privada y que sin duda, se solidificó por el marco referencial dado por la Convención de los Derechos del Niño.

(1) Como ocurre en la Argentina con la ley 24.270.

Como antes expresara, la mutación de residencia habitual de un niño se caratula como indebida si no cuenta con el consenso de ambos padres; el empleo del término *en principio* obedece a razones taxativas, de tenor estricto que pueden merecer especial y específico trato, como para que una autoridad analice si es o no procedente restituir a ése niño a su residencia de origen.

II. Breve reseña de las fuentes convencionales internacionales habidas sobre el tema, vinculantes para la República Argentina

La codificación del Derecho Internacional Privado se interesa por tres especies de tratados (2); por el origen de esta fuente normativa, se la conoce como *Convencional Internacional* y dichas especies son las modalidades *dogmática, pragmática y de CIA*. Por la primera, se identifica al tratado marco contenedor de declaraciones, derechos y garantías, siendo su usual y digno destino el tratamiento de los derechos humanos; la segunda, da respuesta al conflicto de jurisdicción y al de ley, típicos identificadores de la materia privada internacional; y la tercera comprende a los que tienen por objeto estructurar mecanismos de cooperación, de allí la sigla CIA señala *Cooperación Internacional entre Autoridades*.

El tema del reintegro internacional de niños ha motivado a los foros especializados a generar convenios de CIA. Empero, la niñez reconoce en la Convención de los Derechos del Niño (3), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, a su Carta Magna como eje de sus derechos y referencia de acatamiento obligatorio para cuanta legislación interna o internacional lo tenga como destinatario.

Este acuerdo fundacional destina varias de sus disposiciones al tema que me ocupa y es así como en el artículo 9º, inc. 3º, impone a los Estados respetar el derecho de todo niño de contactarse con sus padres; de igual forma el artículo 10, inc. 2º, habilita el traslado de un niño a un Estado extranjero a fin de mantener contacto directo y fluido con el progenitor no conviviente.

De los básicos principios enunciados, la Convención no se detiene y se ocupa puntualmente del tema ahora traído, y es así como en el artículo 11 expresamente consagra que “1. Los Estados partes adoptaran medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.” El cierre lo ofrece el artículo 35 al estipular que los Estados comprendidos deberán tomar todas las “medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral necesarias para impedir el secuestro de niños para cualquier fin y en cualquier forma”.

Es de observar que antes de la aludida Convención, el secuestro parental tuvo asidero bajo diversas modalidades, algunas de ellas incipientes, obediendo a los tiempos de su creación. Cabe citar en primer término, a los pioneros acuerdos montevidianos. Tanto el Tratado de Derecho Civil Internacional aprobado en 1889 que vincula a la Argentina con Bolivia, Colombia y Perú, como su par de 1940, que vincula a la Argentina con Paraguay y Uruguay, no han brindado un tratamiento específico a la sustracción parental, debiendo este supuesto resolverse a través de la regulación general relativa a patria potestad. En verdad no debe entenderse como una ausencia de regulación sino como una consecuencia de la realidad histórica y sociológica en que fueron engendrados ambos instrumentos.

Dentro de la misma región, en el año 1981 se concreta el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores (4). Por su data, se deduce que es anterior a la Convención de los Derechos del Niño. El tenor de esta fuente, es otorgar un procedimiento sólido y restricto dejando en manos del requirente, la valoración de las oposiciones a restituir el niño al estado de origen entendiendo por tal, a aquel donde tiene su *centro de vida*.

(2) La estructura y los efectos deben responder a lo estipulado por el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados; bien puede llamarse tratado, convenio, convención, acuerdo.

(3) Ratificada por la ley 23.849 —BO del 22/10/1990— y luego de la reforma de nuestra Constitución Nacional es parte integrante de su texto (artículo 75, inc. 22).

(4) Ratificado por Argentina, ley 22.546 (BO del 4/3/1982).

Dentro del espacio europeo en 1980, la Conferencia Permanente de La Haya especializada en Derecho Internacional Privado da nacimiento al *Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (5). Enarbolando el *principio del interés superior del menor e incorporando una conexión de corte fáctico y sociológico cual es la residencia habitual*, desarrolla las instancias fundamentales del proceso de restitución sobre el andamiaje administrativo y judicial. La impronta funcional es obtener el rápido reintegro del niño sustraído al Estado de su residencia habitual en resguardo de su integridad física y psíquica. Si bien reserva el derecho de defensa para el progenitor sustractor, indica taxativamente causales restrictas de oposición frente al pedido de restitución. Innova en conceptos y técnicas tales como, contener calificaciones autónomas sobresaliendo la edad límite para entender que estamos frente a un menor, incorporar reglamentación al derecho de visita; procesalmente deja en manos de la jurisdicción requerida dirimir sobre la prosperidad del pedido de restitución, así como dar relevancia al tiempo transcurrido desde la sustracción hasta la reclamación.

Cronológicamente y retomando a la región latinoamericana, se elabora en 1989 en el seno de la Organización de Estados Americanos, la *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores* (6). De método y tenor semejantes a la obra de La Haya, resulta ser un texto sumamente completo al punto tal de autoabastecerse.

A título informativo y con vuelco a la práctica, cabe acotar que el bilateral entre la Argentina y Uruguay ha quedado desplazado por las otras dos fuentes, siendo La Haya la de mayor recurrencia, quedando la Interamericana como instrumento empleado casi con exclusividad por Paraguay, pues significativamente Brasil, Colombia y México, siendo países comprendidos en una misma región y afines, continúan sujetos a la Convención Europea.

Es de hacer notar que la misma Conferencia de La Haya y el texto de la Convención instan a los Estados a firmar acuerdos bilaterales. Esta sugerencia responde a la expectativa de reglamentar espacios jurídicos acotados que a su vez, respondan en su contenido a las particularidades no sólo jurídicas sino también sociológicas de los países vinculados.

III. Calidad de la sentencia de restitución. Somero esbozo del procedimiento. Carencia de ley nacional

Frente a la sustracción o bien frente a la retención indebida de un niño, el progenitor desasido interpondrá ante el país de residencia habitual de su hijo, la pertinente reclamación con el aporte de prueba específica abocada sustancialmente a demostrar la formulación del pedido en debido tiempo, la legitimación, y las circunstancias fácticas del caso en sí, que constituye el objeto de la pretensión, bien sea la sustracción o la retención indebida.

En cuanto a los recaudos formales, toda documentación que transita hacia una jurisdicción extranjera deberá encontrarse debidamente legalizada, autenticada y traducida en caso de ser necesario. En la práctica, se detectan jurisdicciones con criterios disímiles sobre este extremo, en el sentido de países de intercambio con mayor o menor flexibilidad; así por ejemplo, Estados Unidos de Norteamérica, México y la Argentina no dan curso, o bien luego requieren a través de los jueces, a reclamaciones que carezcan de originales de partidas que prueben el vínculo parental y que no cuenten con la correspondiente apostilla o de corresponder, el folio de seguridad consular.

También es de hacer notar, que el progenitor requirente puede presentarse con beneficio de litigar sin gastos o carta de pobreza que debe estar concedido y de esta forma, se hace extensivo a la jurisdicción requerida; al ingresar el pedido con dicha prerrogativa será representado por el Defensor Oficial de Pobres y Ausentes o equiparable, del país convocado. De no ser así, quien reclama la restitución de su hijo podrá valerse de un apoderamiento legal otorgado a favor de un profesional habilitado para que

(5) Ratificado por la Argentina por ley 23.857 (BO del 31/10/1999).

(6) Ratificado por la Argentina por ley 25.358 (BO del 12/12/2000).

actúe en su representación; dicho apoderamiento debe responder a la calidad de *especial* con manda precisa para su objeto.

Si consideramos al Convenio de La Haya por ser el de mayor ámbito espacial y en consecuencia, el que cuenta con mayor frecuencia de uso como antes aludiera, el procedimiento es pasivo desde el ángulo del Estado requerido de restitución y es además, de carácter mixto, pues en él participan autoridades administrativas y jurisdiccionales.

Dentro de las primeras, o sea las administrativas, se trata de órganos que cada país al momento de ratificar un tratado designa para el desempeño de dicho rol, identificadas como Autoridades Centrales. Fundamentalmente, su implantación responde a dar una mayor efectividad a los mecanismos específicos de cooperación jurídica internacional, tanto en el flanco civil como en el penal.

Ingresa entonces desde la autoridad requirente —donde se encuentra la *residencia habitual del menor*— la correspondiente reclamación de restitución dirigida a la autoridad de “*residencia forzada*” en donde fue trasladado o se presume que se encuentra.

Desde el punto de vista del instrumento que ingresa, se está frente a una *orden de pronta restitución*, que se evidencia en la mayoría de los casos en un exhorto internacional integrado por una sentencia de ejecución relativa a personas que en el caso será, relativa a un niño del que se pretende su rápida y menos traumática restitución hacia el Estado de donde fue sustraído y en el que se encuentra su residencia habitual.

Pero lo cierto es que la Argentina no ha reglamentado a la materia en cuanto al desarrollo de un proceso especial, cuestión que el foro de La Haya sugirió a los países que lo acataron y se encuentran dentro de su ámbito espacial de aplicación. Y en nuestro país a causa del rumbo trazado por la jurisprudencia, ha de tramitar por el proceso más breve —ejemplo, sumario o sumarísimo— respetando las previsiones del instrumento internacional aplicable y de la Convención de los Derechos del Niño. Pese a la impronta de la medida, debe respetarse el debido proceso.

Por ende, los primeros pasos procesales son la audiencia destinada a la comparecencia del niño sustraído, la pericia ambiental que algunos jueces proveen con la misma notificación. De allí en más el proceso puede transformarse en *contencioso* si el progenitor sustractor no se aviene a la restitución de su hijo y por el contrario presenta oposiciones. La prueba generalmente presentada es de carácter documental e imperiosamente dada las características del caso, la participación del cuerpo técnico del juzgado a través de pericias psicológicas, psiquiátricas según corresponda.

Si bien se ha consensuado como un proceso breve y expeditivo, por tratarse de un proceso que además debe ser debido, se respeta el derecho de defensa y la igualdad de trato procesal en consecuencia, está expedita la vía recursiva hasta llegar a dar intervención al máximo Tribunal vale decir, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

IV. Aporte de la jurisprudencia extranjera

Valiosas sentencias en materia de sustracción parental han aportado conclusiones en las que el mismo instituto y las fuentes normativas se han cimentado, marcando el rumbo de criterios definitorios en jurisdicciones nacionales.

Cronológicamente, los casos “*Neulinger y Shuruk v. Switzerland*”, “*Abbot v. Abbot*”, “*Chafin v. Chafin*” y “*Lozano v. Montoya Álvarez*” ejemplifican lo dicho (7).

En el primero de los citados, luego de un pedido formulado por una madre junto a su hijo de reubicación internacional y que fuera denegado, se consuma igualmente la sustracción y habiéndose ordenado la restitución del niño al país de su residencia habitual, en recurso ante el Tribunal Europeo

(7) Todos los casos referidos se detectan por su carátula a través de un buscador tradicional de internet.

de Derechos Humanos, se dicta sentencia —julio 6 de 2010— en la que la Gran Sala conforme a las previsiones del Pacto Europeo de Derechos Humanos, revierte el criterio, disponiendo la no restitución del niño al Estado reclamante, a fin de reconocer el derecho a una vida digna. Véase un aspecto interesante como es la recurrencia a un pacto de derechos humanos, una vez agotada la fuente de reclamación específica esto es, el convenio de La Haya.

“Abbot” es una sentencia dictada por la Corte Suprema de Estados Unidos en fecha 17 de mayo de 2010, que se encuentra reflejada en numerosas sentencias nacionales, y cuyo aporte ha sido de suma importancia a los fines de delimitar el alcance —facultades que concede— del derecho de tenencia. Aquí, queda en claro que el progenitor que ejerce el derecho de tenencia, no por ello tiene el derecho de custodia pleno, lo que equivale a decir que el derecho de tenencia no faculta a decidir unilateralmente el país de residencia habitual del hijo.

En “Chafin”, fallo también emanado de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos el 20 de diciembre de 2013, se cuestiona el efecto devolutivo o suspensivo del recurso interpuesto a raíz de una sentencia que ordena restituir al niño a su residencia habitual. El aporte consiste en ponderar si es conducente el retorno del niño a su residencia habitual mientras se sustancia la instancia recursiva, pese al factor negativo que implica transformarse en una causa “*in abstracto*”. Claro está, que la respuesta puntual frente a esta opción la concede el contenido del caso; por ejemplo, si la oposición se funda en episodios de violencia probados en la causa y acontecidos en el país del reclamante, esta posibilidad quedaría desestimada.

En el caso “Lozano” —Corte Suprema de Estados Unidos, marzo 5 de 2014— se ventila un interesante aspecto en la materia, pues se plantea el cómputo del plazo de un año, en donde se presume que el niño ha adquirido una nueva residencia habitual, y el gran interrogante que ronda sobre el ítem temporal de la reclamación de restitución.

Ahora bien, se ha dictado una sentencia peculiar e innovadora en los frondosos matices que ofrece la sustracción internacional de niños, y sobre todo, la lesión al derecho de contacto de los hijos con los progenitores, esta vez en jurisdicción boliviana.

Es así como en fecha 21 de agosto de 2013 el juez José Mario Gandarillas Angulo —juez 4° de Partido, en lo Civil del Tribunal Departamental de Justicia, perteneciente a la jurisdicción de Cochabamba— dicta sentencia condenando a la empresa Cubana de Aviación. Los hechos narran que en el año 2006, una niña de cuatro años fue trasladada por su madre junto a su abuela materna desde Bolivia hacia Cuba, sin contar con el consentimiento del padre volcado en debida y documentada autorización por tiempo determinado; por supuesto, que tampoco fue trasladada con una autorización notarial consensuada o judicial facultando a la progenitora a conceder a la menor una nueva residencia habitual.

Esta circunstancia hace que el progenitor carente de instrumentos normativos internacionales, dado que Cuba no ha suscripto acuerdo alguno en la materia, inicie sus acciones contra la compañía de aviación como responsable del contralor documentario de los pasajeros.

Vale decir, la *ilegalidad del traslado* frente a la acción incoada, hizo que la justicia de Bolivia condenara a la empresa de aviación por no tomar los recaudos legales suficientes, condenándola a resarcir económicamente al demandante por el daño moral que la falta de acatamiento reglamentario le ocasionó. Como datos de entorno, el caso ilustra que se trata de un padre con doble nacionalidad —boliviana y española—, que la niña nació en Bolivia y su padre gozaba de la tutela legal, que el vuelo de la empresa Cubana de Aviación era de los llamados de cooperación destinados al retorno de nacionales, y que todos los intentos realizados por el padre por obtener la restitución de su hija fueron infructuosos, por no estar Cuba comprendida en ningún convenio sobre la materia, extremo fundamental que antes fuera mencionado.

En el presente, esta sentencia ha quedado firme y ejecutoriada; lo difícil de aceptar es que al progenitor, sólo le queda la esperanza de una posibilidad, utópica quizás, y es que el gobierno de Bolivia

pueda interceder ante el gobierno de Cuba para de esta manera obtener el deseado reencuentro y la revinculación parental.

Como puede apreciarse, la sentencia *boliviana* es altruista en el sentido de alertar a las compañías aéreas —dado que es el medio más usado y a veces, el de único acceso— sobre la necesaria colaboración que deben brindar como medida preventiva del desmembramiento familiar y en resguardo de la niñez.

Pese a ello, con un decisorio de esta naturaleza, se alecciona y se previene pero no se obtiene la restitución, razón por la que la calificué como *altruista a la sentencia boliviana* y no de resultado concreto y ejecutorio, como podría desearse.

V. Consideraciones finales

El abanico de medidas protectorias de la niñez propenden a reglamentar la atribución, el ejercicio y la privación total o parcial de la responsabilidad parental, en particular el derecho de guarda y de visita, la tutela e incluso institutos atípicos como la *kafala* (8) propia de los ordenamientos islámicos, que también están comprendidos, siempre que la actitud y cuestión tangible se traduzca en la asistencia de toda índole que un niño requiere.

De este espectro, se excluyen cuestiones concomitantes que requerirán de procesos especiales, tales como reclamaciones relativas a filiación, adopción, nombre, quedando también excluidas las medidas identificadas como de acción pública, tales como, educación o salud.

El Derecho Internacional Privado ha logrado antes y después de la Convención de los Derechos del Niño, una respuesta en permanente crecimiento y revisión. Lo ha conseguido a través de la creación de fuente internacional, bajo la impronta de *hard law* y *de soft law*. Por la primera de las variables, asistimos a instrumentos que llamados genéricamente *tratados* —pueden asumir forma de convenio, convenición, acuerdo, protocolo— propenden a obligar a los países que lo internan a su debido acatamiento; por la segunda, se crean instrumentos flexibles, no generadores de responsabilidad en los Estados, pero de valioso aporte como hilo conductor de resoluciones jurisdiccionales así como de futuras leyes.

En materia de sustracción parental de niños, se desarrollaron las dos facetas, pues además de los tratados enunciados, se cuenta con guías destinadas a facilitar el conocimiento, difusión y aplicación, de las fuentes normativas. De igual modo se elaboran cartillas de acceso virtual con medidas preventivas de secuestros de la especie ahora contemplada.

Es más, las *relocation disputes* (9) *destinadas a la reubicación internacional de niños* fueron objeto de un valioso documento. Véase que la Conferencia internacional judicial sobre la reubicación de familias en países fronterizos celebrada en Washington, D.C., Estados Unidos de América del 23 al 25 de marzo de 2010, organizada en forma conjunta por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y el Centro Internacional de Niños Desaparecidos y Explotados con el respaldo del Departamento de Estado de los Estados Unidos, da nacimiento a la Declaración de Washington sobre la reubicación internacional de familias.

Constituye en el presente, un acertado recurso incluso para nuestros jueces, en la resolución de estos casos que carecen de normativa que los contemple. Las peticiones de reubicación internacional de niños es precisamente, un intento por mermar las sustracciones y las retenciones indebidas.

(8) Sabemos que esta figura es equiparable a la guarda adoptiva con la diferencia que los ordenamientos islámicos no admiten la figura de la adopción dado que por ésta se extinguen total o parcialmente los lazos filiales con la familia de origen.

(9) Las “RD” o disputas relativas a la reubicación internacional de niños consiste en una acción expeditiva destinada a aquellos casos en que un progenitor decide radicarse en el extranjero y llevar consigo a su hijo no siendo ésta una circunstancia acatada por el otro progenitor. Se trata de una resolución en concreto, de resolución material, fáctica; de tenor humano y sociológico por sobre jurídico que no debe confundirse con la mera autorización de viaje temporario.

Si bien Argentina no reglamentó el supuesto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incorpora el artículo 645, inc. b) (10), superando las previsiones de su antecesor contenidas en el artículo 264, inciso quáter.

De su texto se deduce el acatamiento por parte de los legisladores de los documentos que en esta oportunidad se han citado como fundamento e inquietud e incluso, es muy acertada la incorporación de la expresión “*interés familiar*”, en procura, precisamente, de evitar el desmembramiento del grupo familiar y propender al reagrupamiento.

Ahora bien, otras medidas van en búsqueda de frenos a estas lesivas conductas y los Estados reglamentan con leyes migratorias más estrictas, con creación de focos de resguardo y de medidas semejantes.

En Argentina se crea por ejemplo, el Registro Nacional de Menores Extraviados (11), de actuación a través de un mecanismo de cooperaciones reforzadas, del que participan diferentes organismos públicos como la Policía Federal, la Dirección de Migraciones y la Justicia de Menores.

No obstante, elaborar una guía de prevenciones implica conjeturar e identificar los potenciales riesgos de trasladar niños de un país a otro por parte de sus progenitores, situación que —como hemos visto— impone la existencia de vínculo parental; circunstancia esta diferenciadora del tráfico internacional de menores. Ninguna prevención garantiza que la sustracción no se consuma, pero la idea es generar obstáculos para que ello no ocurra y, de llevarse a cabo, se facilite la restitución.

El enunciado siguiente, puede enriquecerse conforme a las características del caso y al buen criterio de las autoridades competentes como de los profesionales intervinientes, pero sobre todo a tener en cuenta por los padres. Así, por ejemplo, es sugerente considerar:

1. conservar los pasaportes de los menores en sitios seguros y de fácil acceso;
2. mantener en debido orden toda la documentación que acredite la legitimación procesal (partidas de matrimonio, partidas de nacimiento, si los padres del niño estuvieren unidos de hecho, es conducente contar con informaciones sumarias sobre convivencia);
3. si se ha dirimido judicialmente una acción de divorcio o de tenencia, procurar la obtención del derecho de custodia compartido;
4. si uno de los progenitores autoriza al otro a salir del país de residencia habitual con un hijo, enseñar al niño a comunicarse por los diferentes medios con los que actualmente aporta la tecnología;
5. procurar limitar la emisión de pasaportes extranjeros a favor del niño;
6. contar con fotos actualizadas de los niños;
7. si se otorgan poderes o autorizaciones para salida del país del niño en compañía del otro progenitor, hacerlas por tiempo limitado y con objeto preciso. Si no se cuenta con un decisorio judicial sobre derecho de custodia compartido, es sugerente una cláusula aclaratoria por la que se plasme que con la venia de viaje no se habilita a la mutación de la residencia habitual del niño especificando el país en el que ésta se encuentra.

(10) Artículo 645, inc. b): Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: a. autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio; b. autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; c. autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; d. autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí; e. administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo. En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras del interés familiar. Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

(11) Creado por la ley 25.746 (BO del 2/7/2003).

También es necesario conocer los pasos a dar frente a una sustracción o retención y entre ellos pueden mencionarse:

1. formular la denuncia policial;
2. formular la denuncia ante el Ministerio de Justicia de la Nación;
3. efectivizar la presentación judicial sobre restricción de salida del país (tener en cuenta que éstas se levantan también judicialmente);
4. si se detecta que ya salió del país, hacer la presentación ante la autoridad competente que corresponda según la fuente normativa a aplicar aportando sobre todo los datos del niño, las partidas que prueben el vínculo, fotos y todo otro elemento que demuestre la legitimación para accionar y el país de residencia habitual;
5. si se trata de una retención ilícita, revocar el poder o autorización otorgada a los fines del traslado lícito y anotar de ello a la Dirección de Migraciones a través de la presentación escrita a la que se adjuntará copia de la documentación relativa al niño.

Sin embargo, y pese a intentos normativos y a recaudos personales que se tomen frente al distracto familiar, las sustracciones y las retenciones ilícitas igualmente se consuman. Sea por egoístas actitudes, a veces por humanos temores y otras veces, por no haber encontrado respuesta a una problemática ante una jurisdicción nacional.

Algunas razones o causales pueden ser entendibles y atendibles por las fuentes normativas y por las autoridades convocadas para la resolución del caso; el remedio de la restitución constituye, una medida que tiende a restablecer la situación anterior al cambio, propendiendo al respeto por el ordenamiento que asiste a la niñez y que responde a la situación fáctica y sociológica que constituye su residencia habitual, toda esta sumatoria inmersa en una fuente normativa internacional —factor jurídico necesario— que permita la finalidad perseguida.

Afirmar que una sentencia que por su naturaleza es de ejecución es justa toda vez que ordene a la restitución de un niño al Estado de su residencia habitual no constituye una regla única de valoración.

Subyacen situaciones difusas que generan dudas sobre la inquebrantable regla de la *restitución*, tales como existencia de violencia probada entre los progenitores, pero no en relación al hijo, la demora de los procesos que origina en el niño afectado la constitución de una nueva residencia habitual, lo cual implica un doble desarraigo al momento de ser restituido por citar algunas situaciones que refleja la casuística.

No obstante, la ejecución de una sentencia de restitución se procura rodear de medidas asegurativas de la integridad física y psíquica del menor; incluso, la justicia dicta el fallo de manera condicionada al cumplimiento por parte de la autoridad requirente, de las garantías impuestas (12) que en algunos casos se extiende a la persona misma del sustractor.

Otra variable que se emplea quizás la menos aconsejable salvo casos de extremo riesgo, presenta la sentencia que ordena la restitución en su faz de ejecución bajo la modalidad *in audita parte*. La zona de suma excepción para el empleo de este mecanismo se estima sólo reservado para aquellos supuestos en que la permanencia del niño con el progenitor sustractor sea de alto riesgo para su integridad. Caso contrario, es menester reparar que una medida coactiva de semejante envergadura lesiona profundamente la afectividad del menor que ya fue invadida al ser sustraído, episodios ambos que pocas veces llega a comprender.

En cambio, es procedente y la práctica judicial así lo indica, convocar a una audiencia a fin de concertar un sano retorno del niño a su residencia habitual instando al progenitor sustractor a otorgar la mayor colaboración para el correspondiente cumplimiento.

(12) Sup. Corte Bs. As., 16/4/2014, C. 117.351, "P. C. c/ S. B. de P., M s/ Exhortos y oficios".

Sabido es que al presente ha adquirido vigencia un nuevo Código Civil y Comercial y que felizmente ha destinado el Título IV a Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Siendo una ley de fondo y no de forma, se ocupa del entorno jurisdiccional más no del procesal, razón por la que no reglamenta el procedimiento atinente a la restitución internacional de niños; tampoco aborda el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

No obstante ello, insta a la implementación de todo mecanismo cooperativo dentro del Capítulo 2 destinado a Jurisdicción Internacional y es así como en el artículo 2611 dispone: "Cooperación jurisdiccional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral". El contenido es claro, de tenor proyectivo, reconociendo el espacio que ocupa la fuente normativa convencional internacional.

Pasando al Capítulo 3 relativo a la Parte Especial, en la Sección 8ª contempla en particular a la restitución internacional de niños. Conforme su texto expresa:

"Artículo 2642: *Principios generales y cooperación.* En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión. A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente".

Pero el Código debe observarse en su conjunto o cosmovisión, de manera que la cuestión no concluye aquí; dentro del mismo Capítulo 3 en la Sección 1ª destinada a "Personas humanas", nos encontramos con el segundo apartado del artículo 2614 destinado a Domicilio de las personas menores de edad: "(...) Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente".

Por cierto, las incorporaciones son sumamente valiosas pues aún cuando no se establezca un proceso especial, afirma a través de principios rectores el andamiaje cooperativo de la restitución internacional de niños.

Siendo el nuevo Código un sistema basado en principios por sobre directivas marcadas, en sostener valores y realidades de los cambios sociales y en haber captado los senderos plasmados por la jurisprudencia, a través de dos normas concede el marco de contención necesario como guía del proceso toda vez que nuestras autoridades son requeridas por traslaciones parentales indebidas ejecutadas en la persona de un niño.

Es interesante remarcar que en el artículo 2642 se reitera la jerarquía normativa pero también se contemplan los casos no vinculados por fuente internacional, en donde nuestros jueces tendrán la facultad de recurrir a los principios contenidos en los tratados existentes.

Otra vertiente valiosa es el fomento de medios conciliadores a fin de obtener la voluntaria restitución si el caso así lo permite.

Es así como las previsiones de la nueva legislación, concluyen en instaurar medidas preventivas y protectorias basadas en los derechos de grada constitucional que asisten a la niñez. Sólo basta esperar el buen y deseado desarrollo por parte de nuestra justicia y de los adultos con responsabilidad parental suficiente.

VI. Bibliografía

ABARCA JUNCO, Ana Paloma y otros (2013). *Derecho Internacional Privado*, Madrid: UNED.

ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel y otros (2013). *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI*, Madrid: Iustel.

BAUGER, Erika Silvina (2013). "Aspectos civiles de la restitución internacional de niños", en el *Proyecto de Investigación J/125: "Las consecuencias del desmembramiento familiar en el derecho internacional privado"*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

QUAINI, Fabiana M. y otros (2009). *Restitución Internacional de Menores: aspectos civiles y penales*, Buenos Aires: Cátedra Jurídica.

RAPALLINI, Liliana E. (2004). *La niñez en el Derecho Internacional Privado*, La Plata: Lex.

RAPALLINI, Liliana E. (2012). "Cuestiones lindantes a la sustracción internacional parental de niños. Las 'relocation disputes'", Infojus. Disponible en www.infojus.gov.ar, Infojus/Doctrina/Internacional (fecha de consulta: 13/4/2012).

Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial, nro. 20, agosto de 2014, disponible en www://rlada.com/index. ♦

Fecha de recepción: 03-03-2015

Fecha de aceptación: 10-09-2015

Conjuntos inmobiliarios. Perspectiva registral

POR LUANA ALBERDI IMAS (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Conjuntos inmobiliarios.— III. Antecedentes.— IV. Concepto de clubes de campo, barrios cerrados, parques industriales y clubes náuticos.— V. *Numerus clausus*. Ampliación del número de los derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.— VI. Análisis de la incorporación de los conjuntos inmobiliarios como nuevo derecho real autónomo.— VII. El terreno, una problemática superada.— VIII. Notoria ausencia de regulación para los “pueblos privados” o “ciudades satélites”. ¿Deben considerarse enumerados dentro de los conjuntos inmobiliarios?— IX. Comparación de las estructuras del derecho real de propiedad horizontal y los conjuntos inmobiliarios.— X. Conclusión.— XI. Bibliografía.

Resumen: El primero de agosto del año 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Es un hecho histórico y como tal tiene sus repercusiones. El presente trabajo tiene por objeto analizar la inconveniencia de ampliar el *numerus clausus* incluyendo a los conjuntos inmobiliarios como un derecho real autónomo.

Palabras clave: conjuntos inmobiliarios - *numerus clausus* - Código Civil y Comercial de la Nación.

Real estate joint. Registry perspective

Abstract: *On August, 1st 2015 the new National Civil and Commercial Code is effective. This is a historical event and therefore it will have its consequences. This paper aims to analyse the inconvenience of the extension of numerous clausus including the Country Clubs as an autonomous Real Property Right.*

Keywords: *country clubs - Numerus Clausus - National Civil and Commercial Code.*

I. Introducción

El primero de agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación — C.C.C.N.— que regula las relaciones privadas de los habitantes de nuestro país como así también determinadas relaciones comerciales. Desde el año 1871, dentro del ordenamiento jurídico argentino rigió el Código Civil —C.C.— redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield. Han sido 144 años de vigencia del Código Velezano, el cual sufrió una reforma importante, por la ley 17.711 en el año 1968.

En materia de Derechos Reales fue receptado el principio de *numerus clausus*, que limita la creación de derechos reales por parte de los particulares. Por tal, se determina que serán derechos reales solamente los que sean reconocidos en el Código Civil. Las personas no podrán crear otros diferentes, y de hacerlo, sólo valdrán como constitución de derechos personales, si como tal pudiesen valer.

A partir de la entrada en vigencia del C.C.C.N. la cantidad de derechos reales se amplió. Fueron creados nuevos derechos, entre ellos los Conjuntos Inmobiliarios que se abordará su estudio en esta investigación.

La intención de este trabajo, es determinar la conveniencia o no de crear un nuevo derecho real autónomo, cuando en verdad, el art. 2075 del nuevo Código les impone a los conjuntos inmobiliarios conformar un derecho real de “Propiedad Horizontal Especial”.

(*) Prof. Facultad de Derecho, UCALP. Adscripto al Instituto de Derecho Notarial y Registral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

Será utilizado el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado de 1998 para hacer un análisis comparativo de las dos técnicas legislativas empleadas.

II. Conjuntos inmobiliarios

Los conjuntos inmobiliarios se encuentran reconocidos como derecho real en el art. 1887 inc. D del C.C.C.N. y están regulados en el Título VI, Capítulo primero. Es en el art. 2073, donde se define a este derecho, que a diferencia del resto de los derechos reales que se determinan de acuerdo a las facultades que su titular puede ejercer sobre el objeto, aquí se lo hace mediante la descripción de los elementos perceptibles que los caracterizan.

De esta forma, es que reza el art. 2073: “Concepto. Son Conjuntos Inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”.

De esta definición se desprende la intención de los codificadores de abarcar dentro del concepto de los conjuntos inmobiliarios la más amplia acepción, reconociendo diferentes tipos de urbanizaciones, que por la finalidad u objeto tienen otro nombre y otras características no estructurales. Así, un conjunto inmobiliario puede ser un club de campo o un parque industrial. Estos últimos, responden a las nuevas formas de desarrollo relacionadas con los asentamientos industriales reunidos cerca de las zonas fabriles.

Debido a la realidad dinámica de las sociedades, se ha previsto “cualquier otro emprendimiento urbanístico” como fórmula abierta a nuevos emprendimientos que pudieran crearse a partir de la sanción de este Código.

III. Antecedentes

Las primeras experiencias de las comunidades habitacionales organizadas o lo que se conoce comúnmente como clubes de campos, datan del año 1938. En ese año, se registró por primera vez un country club en el Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Buenos Aires, “La Martona S.A.”, situado en el partido de La Matanza.

Los clubes de campo surgen como una nueva forma de aprovechamiento común de los inmuebles, con la finalidad de satisfacer variados aspectos, tales como necesidades habitacionales, recreativas, comerciales e industriales. Se constituyen en extensas áreas verdes. Por un lado se localizan partes privadas, donde se construyen las casas de fin de semana o residenciales y por el otro, partes comunes donde están los sectores recreativos como piscinas, canchas, etc., con fines recreativos. En todos ellos existen calles de circulación interna que vinculan un sector con otro.

Al ser la finalidad de estos emprendimientos el aprovechamiento común de los inmuebles, con el tiempo se fueron desarrollando otros similares, manteniendo la estructura del club de campo. Así pues, nacieron luego los barrios cerrados y los parques náuticos. Finalmente, en las últimas décadas se ve el surgimiento de otras figuras: como los parques industriales y empresariales.

La necesidad de una legislación específica a nivel nacional fue reclamada por la comunidad jurídica para poder brindar mayor seguridad a estos emprendimientos urbanísticos. La solución normativa la fueron brindando las provincias, en ejercicio del poder de policía que les asiste. Puede observarse un precursor marco legal en la provincia de Buenos Aires, en donde se encuentran emplazadas la mayor cantidad de estas propiedades especiales. Atendiendo a las manifiestas necesidades y requerimientos formulados tanto por los distintos municipios como por los inversores de estos emprendimientos urbanísticos, fueron sancionados el dec.-ley 8.912/1977 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo y su dec. regl. 9.404/1986, el dec. 27/1998 que regula los barrios cerrados, el dec. 974/2004. Ellos le dieron el marco jurídico a estas urbanizaciones, para así elegir la forma que más se ajustara a sus intereses.

En nuestra provincia existe además, un Registro Provincial de Urbanizaciones Cerradas, creado por el dec. 1.727/2002 donde se establece que serán las Municipalidades, en ejercicio de su responsabilidad primaria de ordenamiento territorial, las que tendrán la potestad de aprobar los clubes de campo o barrios cerrados a partir del otorgamiento de los certificados de prefactibilidad y factibilidad. Los emprendimientos que obtengan la Convalidación Técnica definitiva serán los que deban inscribirse en el mentado Registro.

El encuadre jurídico se fue canalizando a través de institutos generadores de derechos personales, reales o bien se ha hecho un uso mixto entre ambos tipos de derechos. La modalidad elegida radicó siempre en las expectativas que tiene el comercializador según la empresa que desarrolle, dependiendo de las circunstancias de mercado.

Así, se conformaron clubes de campo mediante un tipo societario elegido por el desarrollista, en general el de sociedad anónima, donde los propietarios son accionistas de la sociedad dueña del predio. A su vez, la experiencia muestra otras formas menos utilizadas como la de sociedad cooperativa o sociedades civiles.

Por otro lado, los clubes de campo que eligieron un encuadre dentro de los derechos reales han optado por diversas formas, tales como el de la Propiedad Horizontal o el de Servidumbres como lo dispone el dec. regl. 8.404/1986. Asimismo, otros derechos reales han sido constituidos, aunque en menor proporción, como el dominio y condominio; condominio con indivisión forzosa; usufructo; uso o habitación.

Asimismo, existe otra modalidad de constitución que es la mixta, donde se constituyen derechos reales como por ejemplo, el dominio para regir la relación entre la persona y su lote, más la utilización de una sociedad civil para regir las relaciones entre los diferentes dueños y el uso de las instalaciones y servicios que brinda el country club.

IV. Concepto de clubes de campo, barrios cerrados, parques industriales y clubes náuticos

Los clubes de campo se caracterizan por estar sometidos a un plan urbanístico especial. Son complejos habitacionales cerrados, con numerosas parcelas. Su acceso es restringido a los propietarios de los inmuebles allí emplazados e invitados de éstos, los cuales cumplen con un régimen especial de visitas que tiende a la seguridad del emprendimiento urbanístico.

La denominación de club de campo se encuentra en el dec.-ley 8.912/1977, que legisla sobre el ordenamiento territorial y uso del suelo. Los arts. 7º inc. b y 64 lo conceptúan, como la zona residencial extraurbana “destinada a asentamientos no intensivos de usos relacionados con la residencia no permanente, emplazada en pleno contacto con la naturaleza, en el área complementaria o en el área rural”. “(...) una parte tiene instalaciones necesarias para la práctica de actividades deportivas, sociales y culturales (...) otra parte del área está destinada a la construcción de viviendas de uso transitorio. Está expresamente prohibida la subdivisión del área recreacional o la venta en forma independiente de las unidades del área de viviendas. Entre éstas existe una relación funcional y jurídica que las integra como un todo inescindible”.

Los barrios cerrados, de acuerdo al art. 1º del dec. 27/1998, se definen como “todo emprendimiento urbanístico destinado a uso residencial predominante con equipamiento comunitario cuyo perímetro podrá materializarse mediante cerramiento.” Las áreas de esparcimiento son mínimas en comparación a los clubes de campo. Es un requisito que los barrios cerrados estén integrados a su entorno.

Por otra parte, en la provincia de Buenos Aires se sancionó la ley 13.744 en el año 2007, que establece el régimen de creación y funcionamiento de agrupamientos industriales.

Se define a un parque industrial como una porción delimitada de la zona industrial, diseñada y subdividida para la radicación de establecimientos manufactureros y de servicios, dotada de la infraestructura, equipamiento y servicios apropiados para el desarrollo de sus actividades.

Dicha ley establece que la Administración del Agrupamiento Industrial estará a cargo de un Ente Administrador sin fines de lucro, con adhesión obligatoria de los titulares de dominio. Su registro deberá ser realizado por la Dirección Provincial de Personas Jurídicas, previa aprobación por parte de la Autoridad de Aplicación.

Resta definir los emprendimientos llamados parques náuticos. Estos tienen la misma estructura que los clubes de campo, adicionándoles que los terrenos cuentan con salida a lagunas (naturales o artificiales) o ríos, poseen servicios como amarras para embarcaciones y otras cosas muebles a tono de la recreación náutica. El deporte tiene un lugar especial en estos emprendimientos contando con áreas recreativas y deportivas. Así es usual que cuenten con servicios tales como canchas de tenis, fútbol, gimnasio, puerto y club house entre otros.

V. *Numerus clausus*. Ampliación del número de los derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

El número cerrado indica que sólo por ley del Congreso Nacional se pueden crear los derechos reales. No se permite la creación por parte de los particulares de nuevos derechos reales aparte de los vigentes. Por el contrario, no están privados de dicha creación los legisladores, quienes asumen tal facultad. Se recomienda que siempre y cuando se pueda encuadrar un nuevo instituto en las categorías de derechos ya existentes, éstos no sufran agregados que atenten contra el sistema de número cerrado. Sólo ante la imposibilidad estructural del mentado encuadre, cabría crear un nuevo derecho real.

El criterio del *numerus clausus* es imperante en las legislaciones comparadas. Nuestro codificador, en la nota al art. 2502 del C.C., hace referencia al Derecho Romano, donde no se reconocían más que un pequeño número de derechos reales y especialmente determinados. A continuación, en la misma nota cuenta los inconvenientes que se suscitaron en la Edad Media donde la mayoría de los estados de Europa permitían la amplia creación de derechos reales. En efecto, siempre se han explicado los trastornos provocados por la multiplicidad de derechos reales en cabeza de diferentes personas sobre una misma cosa.

Así pues, es reconocido que las tierras se tornaban improductivas por la falta de interés por parte de su dueño, puesto que para ejercer su derecho tenía que lidiar con los derechos de otras personas, siendo sus intereses contrapuestos y confusos, creando situaciones de lo más complejas.

Vélez nos introduce en el estudio que realizara del derecho comparado y refuerza la idea de lo desfavorable que resultó ser la multiplicidad de derechos reales, siendo una fuente fecunda de complicaciones y pleitos; esto perjudicó la libre circulación de las propiedades y la explotación de esas tierras, que como corolario se veían desmejoradas.

Naturalmente, en un estado de derecho como el nuestro, que ha adoptado un sistema democrático, son los legisladores quienes tienen a su cargo la creación de las leyes. Ahora bien, esta facultad debe ser desempeñada con la más absoluta prudencia.

Es importante mantener un ordenamiento jurídico con pocos derechos reales. Esto no significa negar la existencia de aquellos que se necesitan, porque utilizar otra figura haría forzar la estructura de la misma para darle un marco jurídico a aquel que aún no lo tenga. Sin embargo, se entiende que el legislador debe actuar con estricta moderación al incorporar nuevos derechos reales.

Debe remarcar la importancia social, política y económica que tienen los derechos reales y debido a la adopción del *numerus clausus* es impropia la creación de nuevos derechos reales cuando por tener estructuras similares puede un instituto registrarse por las normas de un derecho real autónomo.

Es preciso tener en cuenta la postura hoy imperante de la comunidad jurídica, que fuera planteada en reiterados debates tales como: en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de los años 1987, 1993, 2009 donde llegan a la conclusión de no ampliar el *numerus clausus* cuando las estructuras de dos institutos se asimilan.

En la Jornada Notarial Bonaerense de Necochea (2009), se ratifica lo declarado por las XI Jornadas Nacionales de Derecho civil, Buenos Aires, 1987, y XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba 2009), en el sentido que la creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el *numerus clausus* y sólo deben crearse nuevos tipos cuando existe la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación fáctica en las categorías existentes.

La Comisión Reformadora, integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton y Aída Kemelmajer de Carlucci, tomó la postura contraria en materia de derechos reales, al ampliar el *numerus clausus* incorporando derechos tales como: la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie.

VI. Análisis de la incorporación de los conjuntos inmobiliarios como nuevo derecho real autónomo

Luego de varios proyectos, valiosos debates doctrinarios, Jornadas de Derechos Civiles, Jornadas Notariales como así también Registrales, que apuntaron a diferentes soluciones sobre el adecuado marco legal que debía regir a las propiedades especiales, la postura que comenzará a regir en nuestro ordenamiento jurídico será, ampliar el *numerus clausus* y considerar a los conjuntos inmobiliarios como un nuevo derecho real.

Dentro del C.C.C.N., en el Libro Cuarto, dedicado a los Derechos Reales, se encontrará a partir del mes de agosto de 2015, la normativa especial que regulará las relaciones que nazcan a partir de la constitución de conjuntos inmobiliarios y de los preexistentes a la entrada en vigencia del mencionado Código.

Ante este acontecimiento histórico, es importante analizar la conveniencia o no de la creación de un nuevo derecho real. Al profundizar en el estudio de las llamadas Propiedades Especiales, sus causa-fuentes y la manera en que se los estructura, se advierte que bien pueden ser considerados una sub-especie de otro derecho real, la Propiedad Horizontal, en vez de crearse un derecho real autónomo.

De hecho, es el propio articulado del Título VI del C.C.C.N. al regular los conjuntos inmobiliarios, que los llama Propiedades Horizontales Especiales y por tal exige la adecuación y sometimiento de estos emprendimientos a la normativa del derecho real de Propiedad Horizontal, establecida en el Título V del Libro Cuarto.

VI.1. Particular análisis del art. 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación

VI.1.1. Primer párrafo del art. 2075

Merece un particular análisis el art. 2075 del C.C.C.N. Su redacción se distingue en tres párrafos diferentes donde se establecen las distintas pautas a tener en cuenta en lo referido al marco legal de este derecho real autónomo.

Así, en el primer párrafo dice que “todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción”.

Se comprende la remisión a las normas administrativas locales debido a que son las provincias a través del poder de policía las que regulan lo relativo al ordenamiento del suelo. Igualmente, son los municipios los que están en relación más directa con los efectos que pudiera tener el emplazamiento de un conjunto inmobiliario en determinada zona y los efectos a nivel urbanístico, ecológico, etc.

Esta parte del artículo recoge la experiencia de la provincia de Buenos Aires, donde a través del dec.-ley 8.912/1977 en el art. 3º, se establecen los principios rectores en materia de ordenamiento territorial por los que la provincia está obligada a velar. Más adelante, en el art. 70, se establece que la responsabilidad primaria del ordenamiento territorial recae en el nivel municipal.

En esta provincia, como ya hemos descripto y a donde remitimos al lector por cuestiones de brevedad, existe una normativa que reguló la existencia de todos los emprendimientos que fueron creándose desde la década del cuarenta. Aunque no satisfacía la seguridad jurídica que reclamaron siempre los promotores de estos emprendimientos, ha sido un gran aporte para resolver y enmarcar procedimientos relativos a la conformación de los conjuntos inmobiliarios.

VI.1.2. Segundo párrafo del art. 2075. Comparación con el Código Civil unificado con el Comercial proyectado en 1998

En el segundo párrafo del art. 2075 se encuentra una remisión que hace considerar la inconveniencia de haber incluido a los conjuntos inmobiliarios en la nómina de los derechos reales. La norma expresa: “Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial”.

Conforme este artículo, los conjuntos inmobiliarios son por un lado un nuevo derecho real (de acuerdo a estar enunciados en el art. 1887 donde se enumera de forma taxativa cuáles son derechos reales en este Código) y a la vez una sub-categoría del derecho real de propiedad horizontal, conminando a todo promotor de propiedades especiales a conformar un derecho real de propiedad horizontal especial. Así pues, se deberá utilizar la misma metodología del régimen de propiedad horizontal y su marco legal para regir la vida de las propiedades especiales.

Con la finalidad de analizar la técnica legislativa utilizada en el C.C.C.N. para normar las nuevas formas de propiedad, se hará una breve referencia al Código Civil y Comercial proyectado en 1998. La gran e importante diferencia radica en que éste último no consideraba a los conjuntos inmobiliarios como derechos reales autónomos. Por supuesto contemplaba estas propiedades especiales, y por tal, estableció un título que servía de acápite para estructurar un régimen legislativo en particular.

Así pues, dedica el Proyecto de 1998 el Libro V a los Derechos Reales y en el Título VII contempla las Propiedades Especiales, diferenciando dos institutos. En el primer artículo, regula los conjuntos inmobiliarios y en el siguiente al tiempo compartido. Lo acertado de esta técnica es que legisla estos emprendimientos dentro del Libro dedicado a los derechos reales. Tal como se desprende de la Nota de Elevación del mentado proyecto, se dispone de esta manera, porque se piensa que con las adecuaciones pertinentes, la propiedad horizontal es el marco más apropiado para el desenvolvimiento de todas las propiedades especiales.

Sin embargo, no exige que siempre se adopte la figura de la propiedad horizontal, sino que deja librado a los comercializadores la opción de sujetarse al régimen de los derechos personales si lo prefieren.

La realidad demuestra que de acuerdo a la dinámica del mercado, se han generado nuevos fenómenos urbanísticos de gran significación en términos de inversión económica —con consecuencia y efectos positivos en materia de empleo—. Este fenómeno urbanístico resultante de estos emprendimientos, recepciona una demanda acorde a nuevas realidades socioculturales.

Por tal, es importante que el legislador tenga en cuenta que los conjuntos inmobiliarios son una figura compleja. Reúnen por un lado a desarrollistas, que son los promotores de estos complejos, quienes trabajan acorde a las reglas de mercado. Por otro, a aquellas personas que compran su inmueble en clubes de campo por ejemplo, también llamados consumidores. Entonces, se entiende que estas propiedades deben tener un sustento en la legislación de fondo, pero hoy más que nunca, ya que se fusionan las normas de derecho civil y comercial en un mismo Código, y no deben olvidarse las pautas que siempre imperan en materia comercial: la oferta y demanda del mercado.

El término conjuntos inmobiliarios, incluye diversas variantes según la finalidad del emprendimiento. En efecto, se refiere a clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, las ciudades satélites, centros comerciales y demás figuras a crearse. Todos estos tipos de

conjuntos inmobiliarios quedan sujetos al marco del derecho real de propiedad horizontal. Por los diferentes objetivos que cada uno tiene en miras, se cree que así se desatienden las variadas formas de constitución de la empresa.

Cuanto menos flexibles son las normas que regulan la constitución y vida de los conjuntos inmobiliarios, más se entorpece el mercado que las promueve.

Por la elasticidad que propone el Proyecto de 1998, al contemplar un marco jurídico especial para estas modernas formas de propiedad y a su vez la asimilación a la propiedad horizontal, se sostiene que esta técnica es superior a la del C.C.C.N. Con ciertas matizaciones en el derecho de propiedad horizontal, el proyecto de 1998 deja abierta la posibilidad de constituirse como tal, como derecho personal o tomando aspectos de ambos derechos (mixtos). Se deja librado a la voluntad del desarrollista la opción del tipo de régimen, teniendo en miras las diferentes finalidades, sociales, económicas y comerciales que tenga la inversión a desarrollarse. Este proyecto de una forma más amplia fijó los lineamientos a los que debían someterse los promotores de estos sistemas.

Es necesario hacer hincapié en la comprensión de los autores del proyecto de 1998, en materia del *numerus clausus* y la cantidad de derechos reales a reconocer, puesto que no incorporan a los conjuntos inmobiliarios como derechos reales autónomos, como tampoco a los cementerios privados. Estos últimos se encuentran regulados en el articulado de los conjuntos inmobiliarios, y a ambas figuras se les da tratamiento como propiedades especiales dentro del Libro V, Título VII.

Se sostiene que las nombradas figuras por su parecido a la estructura de la propiedad horizontal bien podrían haber seguido el lineamiento del proyecto de 1998, en vez de ser reconocidas como derechos reales. Este apartamiento no hace más que alargar la enumeración de dichos derechos pero no la enriquece, puesto que sus estructuras son tan similares que se ha decidido que contemplen el marco legal del derecho de propiedad horizontal y también reciban un nombre afín a tal derecho real: propiedades horizontales especiales.

Ahora bien, un punto de convergencia en el tratamiento de los conjuntos inmobiliarios entre el nuevo código y el proyecto de 1998 es la manera de normarlos con una fórmula amplia y abarcadora. Así ambos hacen referencia a los clubes de campo, barrios cerrados, parques industriales y luego consignan cualquier otro emprendimiento urbanístico o entidades similares según cada texto.

Se enfatiza el concepto amplio de las propiedades especiales; por un lado pueden comprender el hogar residencial de una familia, temporal o permanente y por otro muy distinto ser parques industriales, o centros de compras, destinados a un fin netamente comercial. Por las marcadas diferencias según la finalidad/objeto a lo que apunten, se cree que el sistema de los conjuntos inmobiliarios debe estar abierto a las variables individuales de cada uno de ellos y por ende a la elección de la figura jurídica que mejor responda al funcionamiento de la entidad. Una norma estricta que dictamine que todo emprendimiento debe someterse a los preceptos de los derechos reales parece no tener en cuenta las particularidades propias de cada inversión, que según la finalidad perseguida los distingue a unos de otros.

Hubiera sido una mejor alternativa, dejar al promotor la opción de elegir el sistema que mejor se adapte a su negocio, teniendo en miras las circunstancias que el mercado impone según la época y las circunstancias negociales. Debe comprenderse que estas nuevas modalidades de propiedades nacen por el impulso de iniciativas privadas. Por esta razón, debiera revisarse en un futuro —si es que se enmienda este C.C.C.N.— que por nacer estos emprendimientos como negocios en la faz de los contratos comerciales, serán los fenómenos sociales y la economía de mercado y consumo, las que colaboren con el desarrollo de estas propiedades especiales. La forma más ajustada al cumplimiento de sus finalidades será la elección de un marco jurídico, que no siempre configure a los conjuntos inmobiliarios como derechos reales. Esto, sin perjuicio de reconocer la intervención del Estado cuando sea necesario, por ejemplo desde la faz administrativa.

El imponer como regla la sujeción al marco legal de la propiedad horizontal, puede ser disvalioso. Esto es así, por las peculiaridades en cuanto a la organización y funcionamiento que tienen los conjuntos

inmobiliarios. Quien emprende una empresa de gran magnitud tiene que tener el mayor abanico de posibilidades legales a su alcance para elegir la que mejor se adapte a su negocio.

Si bien la práctica ha demostrado que el marco legal más elegido ha sido el de la propiedad horizontal, no es en vano tener en cuenta que muchas otras propiedades especiales se han organizado bajo la modalidad de sociedades, no observándose ninguna práctica imprudente que el derecho tenga necesariamente y de forma imperativa intervenir y amparar.

VI.1.3 Tercer párrafo del art. 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación

En la redacción final del nuevo C.C.C.N., se conmina a todos los emprendimientos urbanísticos a adecuarse al nuevo marco legal, teniendo que adaptar sus normas a la figura de derecho real, tal como lo prevé el art. 2075, último párrafo. Éste concluye en párrafo aparte: “Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”.

Dicha circunstancia, parece muy engorrosa para llevar a la práctica. La adecuación obligatoria de los conjuntos inmobiliarios que hayan elegido sujetarse a las normas de los derechos personales o mixtos, deberán reformularse como derecho real, tomando la figura de la propiedad horizontal. Es imperante tener en cuenta los conocimientos de la práctica registral, y lo dificultoso que ha sido siempre para los countries llevar a cabo modificaciones en los respectivos Reglamentos de Copropiedad y Administración, cuando han elegido la modalidad de propiedad horizontal.

Al recordar simplemente la existencia de centros poblacionales que tienen una cantidad de habitantes tan o más grandes que un partido de la provincia de Buenos Aires pone de manifiesto que la adecuación que obliga el C.C.C.N. será de cumplimiento imposible en la práctica.

Para hacer hincapié en esta imposición que resulta inviable, se dará un ejemplo de la práctica registral. En el Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Buenos Aires, donde se utiliza la técnica de matriculación de acuerdo a folios reales, se observa que el 50% de los barrios cerrados o clubes de campo han optado por subdividir la tierra bajo el régimen de propiedad horizontal (1).

Los dueños de esas unidades funcionales tienen la posibilidad de constituir o transmitir derechos reales en función del cumplimiento del art. 6º del dec. 2.489/1963. De esta forma se eximen de cumplir con la norma general de la ley 13.512 que regula que debe estar construido el edificio para poder realizar cualquier mutación relativa a los derechos reales.

El conocido artículo sexto permite la mutación del derecho real cuando el edificio en su totalidad aún no se encuentra edificado, pero la unidad objeto de la mutación real reúne según los casos, una de dos condiciones. La primera es que la unidad de dominio exclusivo a construir o en construcción cualquiera sea el estado de ejecución de la obra, constituya un cuerpo independiente de edificación. Esto significa que se podrá constituir, transferir, declarar, modificar o extinguir derechos reales, si constituyen cuerpos independientes de edificación y aún no se encuentran construidos o están en la etapa de construcción. El segundo supuesto es que las unidades de dominio exclusivo no tengan independencia constructiva pero el edificio que está en construcción tenga concluido los servicios y partes comunes necesarios e indispensables para el buen funcionamiento del mismo.

Del 70% de esos emprendimientos, se observa que las transmisiones que se realizan la mayoría lo hacen invocando este inciso, lo que nos demuestra que aún no se encuentra finalizada la obra.

(1) Datos tomados de acuerdo a la experiencia registral de la autora y consultado con quien fuera por once años consecutivo Subdirectora de Servicios Registrales del registro de la Propiedad Inmueble. A la fecha actual se considera que un 5% de los conjuntos inmobiliarios se rigen de acuerdo a tipos societarios. Otro 45% hacen la subdivisión de acuerdo al dec.-ley 8.912/1977, y el restante 50% afectan a ley 13.512.

Ahora bien, la realidad extrarregistral nos demuestra que muchas veces sí se han finalizado las edificaciones, pero que aún no se han reflejado en el ámbito registral tales circunstancias. Si se tiene en cuenta que los titulares de estas unidades funcionales, son personas de nivel económico medio-alto u alto, se debe descartar la idea de que no han hecho los trámites pertinentes para poner en regla la situación físico-jurídica de sus inmuebles por cuestiones económicas.

Descartado pues tal impedimento, es preciso entender la idiosincrasia del argentino, el cual no antepone a sus preocupaciones la actualización del estado constructivo de su residencia y su correcto reflejo registral. Muchas veces este también resulta ser un mecanismo de evasión de impuestos. Ahora bien, si está dispuesto por ley que se deben declarar las ampliaciones de los inmuebles; si una vez terminada la construcción se tienen que adecuar los planos y reglamentos y su cumplimiento no es realizado, ¿qué esperanza se puede albergar en la adecuación obligatoria de los countries preexistentes al régimen de propiedad horizontal especial?

No puede negarse que sí ingresan documentos a registrar bajo la modalidad del dec. 947/2004 por el cual se incorpora el art. 6° bis (trámite por el que se da por finalizadas las obras de infraestructura que involucran a la o a las unidades) pero también, es clave el momento en el cual lo hacen. Esto es cuando por el juego de otra norma legal ven obstaculizado el derecho de disposición de la unidad.

Se conoce que las situaciones mencionadas en el párrafo anterior aparecen muchísimos años después de haberse construido la residencia, por tal no puede dejar de intuirse que la situación física ya había cambiado. Estaba terminada su construcción y el propietario vivía en su vivienda mucho tiempo antes del reflejo registral. Se observa que sólo se cumple con la ley cuando se va a transmitir el dominio y el agrimensor, cuya labor es solicitada de acuerdo a las leyes locales, advierte que existe una mansión de amplias dimensiones y de la documentación simplemente surge que su estado es a construir muchas veces, o en el mejor de los casos en construcción.

Si son conocidos estos retardos, que muchas veces representan décadas, para dar reflejo registral a la situación extrarregistral ¿qué se puede esperar de esta adecuación imperativa a la cual se van a ver obligados todos los nuevos centros de población que se hayan acogido a las normas de los derechos personales o mixtos?

Una cosa muy distinta y acorde a la realidad y a los problemas prácticos que se suscitarán, hubiera sido, que aquellos emprendimientos urbanísticos preexistentes a la sanción del nuevo C.C.C.N. conservaran el marco legal elegido y que sólo fuese obligatorio regirse por las normas de la propiedad especial a los nuevos conjuntos inmobiliarios por desarrollarse.

De esta forma, con esta fastidiosa adecuación, se sospecha que se deben haber desvanecido todas las ilusiones que pudieran tener los promotores, desarrollistas, comercializadores que se dedican a construir este tipo de emprendimientos. Si por un lado deseaban tener un marco legal que los ampare, y a la vez que los conjuntos inmobiliarios sean considerados derechos reales, esta adecuación imperativa resta toda felicidad.

De todas maneras, para aminorar el efecto caótico que esta adecuación produce, debe resaltarse que nada dice el código acerca del plazo en el cual debe ser realizada ni sanción alguna para aquellos emprendimientos que no cumplan con la ley. Será otra norma la que lo reglamente, que se entiende no será de dictado inmediato por razones políticas.

VII. El terreno, una problemática superada

En cuanto a la problemática que radicaba en el condominio que pesaba sobre el terreno, el proyecto de 1998 había encontrado una fórmula más simple y ajustada para dar solución a este inconveniente. Un tema de lo más controvertido, siempre fue la particularidad que debían soportar todos los titulares de las unidades funcionales de los conjuntos inmobiliarios afectados a propiedad horizontal, donde en vez de ser titulares exclusivos de su parcela lo eran de la totalidad del predio por un porcentual proindiviso.

El proyecto de 1998 resolvió tal problemática de forma expresa, al incorporar en párrafo aparte que “en los conjuntos inmobiliarios sometidos al régimen de propiedad horizontal (...) sólo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común”.

El C.C.C.N. también resuelve este tema, diciendo en el art. 2076 que “son necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación (...)”. El artículo de forma extensa analiza otras cosas que deben considerarse de uso comunitario, sin incluir a las partes privativas. Es así que debe entenderse por exclusión que la parcela con destino a vivienda es de propiedad exclusiva.

A nivel provincial, igualmente se había encontrado la solución al no deseado condominio del terreno, en consecuencia en el dec. 947/2004 en su art. 6º ter decretó: “A partir de la entrada en vigencia de este decreto, en los emprendimientos urbanísticos denominados clubes de campo y barrios cerrados, cuya subdivisión se gestione con arreglo a lo dispuesto por la Ley de Propiedad Horizontal 13.512, serán calificadas como necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de comunicación y las instalaciones de uso común”.

VIII. Notoria ausencia de regulación para los “pueblos privados” o “ciudades satélites”. ¿Deben considerarse enumerados dentro de los conjuntos inmobiliarios?

Es desafortunada la técnica utilizada por el art. 2073 del C.C.C.N. al enumerar los diferentes supuestos comprendidos dentro de los conjuntos inmobiliarios y excluir a los pueblos privados o ciudades satélites de dicha enunciación. Si bien en el anteproyecto la redacción era distinta, pues sí estaban nombrados los pueblos privados y los barrios chacras hoy su ausencia es notoria.

Ante este cambio, es preciso preguntarse si la enumeración del art. 2073, donde constan las diferentes modalidades de los conjuntos inmobiliarios es taxativa o simplemente ejemplificativa. Por la fórmula abierta que adopta al final del último supuesto contemplado (los parques náuticos) diciendo “o cualquier otro emprendimiento urbanístico”, se estima que la enumeración es meramente ejemplificativa.

Para graficar cuál es el emprendimiento que fue quitado, se hará una descripción de la más conocida de las ciudades satélites, o como a los promotores les gusta denominarlas, Ciudad Pueblo Nordelta (en la provincia de Buenos Aires).

Este emprendimiento cuenta con 1600 hectáreas. Se compone de once barrios cerrados en el partido de Tigre que juntos conforman Nordelta. Algunas de sus comodidades son comunes a los barrios cerrados, como ser el alumbrado de calles, ingreso vigilado, instalaciones deportivas, canchas de golf, etc. Al lindar con el río, tiene actividades de recreación acuáticas, muelles y rampas. No obstante, otras comodidades son de mayor excentricidad y lujo, tales como un club house totalmente equipado, escuela primaria, colegio secundario y hasta una delegación de la Universidad de Belgrano para el estudio universitario. Cuenta con áreas de compras y servicios (shoppings), transporte privado, servicios subterráneos, y médicos especializados, como ser, pediatras.

A su vez, ofrece la más amplia variedad de construcciones, como casas con embarcaderos propios y otras de menor valor llamadas “dormis”. Estos últimos, son edificios de pocos pisos, generalmente sólo de cuatro. A su vez, existen edificaciones al estilo de torres residenciales de veinte pisos aproximadamente.

El régimen jurídico adoptado no es uniforme. Para algunos sectores se utilizó la división en parcelas por Geodesia (dec. 9.404/1986) y para otros la afectación a la ley 13.512.

Esta Ciudad Pueblo tiene más de 100.000 habitantes lo que hace de Nordelta un emprendimiento más grande que varios partidos de la provincia de Buenos Aires, como por ejemplo Gral. Alvear con no más de 20.000 habitantes.

Nordelta, como tantos otros countries, no permite el ingreso del Estado a su emprendimiento. Esto trae aparejado toda falta de vigilancia sobre su administración, es decir, cómo se recauda, qué destino

tiene ese dinero, etc. (2). Por este factor, es que recibe el nombre de ciudades satélites, debido a que no tienen ningún control estatal. Esta situación es muy criticada, porque atenta contra el principio de igualdad. Toda vez que los municipios deben cumplir reglas de orden público y rendir cuentas, estas ciudades pueblos no tienen más vigilancia que sus propios reglamentos. El problema se suscita por la envergadura de este emprendimiento.

Si tenemos en cuenta que el nuevo Código ha utilizado la fórmula de comprimir los artículos y eliminar cualquier repetición que pudiese encontrarse en su articulado ¿debemos asentir ante el interrogante de si están sujetos los pueblos privados a las normas de los conjuntos inmobiliarios? ¿Será que ser nombrados hace incuestionable que no podrán apartarse de las normas de los conjuntos inmobiliarios? Se dejan abiertos estos cuestionamientos apelando a la brevedad de este trabajo.

IX. Comparación de las estructuras del derecho real de propiedad horizontal y los conjuntos inmobiliarios

Con el fin de una aproximación a la postura acerca de la inconveniencia de la inclusión de los conjuntos inmobiliarios como derecho real autónomo, por no contar con una estructura diferente al de propiedad horizontal se hará una comparación entre ellas.

Todos los propietarios que vivan en un edificio afectado al régimen de propiedad horizontal se registrarán por las normas estipuladas en el Reglamento de Propiedad Horizontal y por los reglamentos internos que se dicten. Los habitantes de los conjuntos inmobiliarios también cuentan con un Reglamento de Propiedad Horizontal y prevén un régimen disciplinario como las normas que contienen los reglamentos internos.

En cuanto a sus órganos, ambos derechos reales se rigen por los mismos órganos, como ser la toma de decisiones a través de asambleas y tienen un consorcio con personalidad jurídica, como lo exige el art. 2074 del Capítulo de conjuntos inmobiliarios, al nombrar las características "(...) entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas". Ambos deben nombrar una persona física o jurídica como administrador y pueden optar por el Consejo de Propietarios.

A su vez, las dos modalidades reúnen la característica de tener partes privadas y otras de uso común. En la redacción del art. 2042, dentro de la normativa de propiedad horizontal ejemplifica las cosas que son comunes a todos los propietarios, aunque no indispensables. De tal manera enumera a la piscina, al solárium, al gimnasio, al lavadero, al salón de usos múltiples, etc. Téngase en cuenta que estas comodidades son propias de los barrios cerrados y de los clubes de campo que suman además otros servicios.

Es estructural la característica del encerramiento para las propiedades especiales. Los edificios por estar emplazados en zonas urbanas también deben encerrarse.

Ambos tienen la obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes (expensas).

Tanto la propiedad horizontal como los conjuntos inmobiliarios cuentan con sectores privados y otros comunes, que son interdependientes y conforman un todo no escindible.

La diferencia a remarcar es que, mientras el terreno en la propiedad horizontal es de propiedad común de los copropietarios, en los conjuntos inmobiliarios sólo son comunes las partes del terreno destinadas a vías de comunicación, acceso y comunicación.

(2) Nótese que tampoco permite la entrada de la policía bonaerense, así retarda la entrada de la fuerza pública cuando es necesaria por alguna investigación precisa, como ser casos de robos, suicidios y/u homicidios, inclusive delitos relacionados con el narcotráfico, que la vigilancia privada del emprendimiento carece de recursos y legitimación para intervenir.

X. Conclusión

A modo de conclusión, se resalta que no se comparte la técnica legislativa adoptada al incluir en la nómina de los derechos reales a los conjuntos inmobiliarios. Del análisis formulado no se desprende que la estructura de estos últimos difiera del derecho real de propiedad horizontal. La creación arbitraria de nuevos derechos reales atenta contra el *numerus clausus* adoptado por Vélez tanto como por la comisión reformadora. Se sugiere que en el caso de una revisión del impacto que produzca en la sociedad esta forma de normar a los conjuntos inmobiliarios, se meritúe la posibilidad de ser regulados dentro de los derechos reales como una propiedad especial, asimilándola al régimen de propiedad horizontal sin quitar la posibilidad de organizarse bajo regímenes personales o mixtos. Como corolario se evitará la imposible adecuación de los emprendimientos preexistentes a las normas de la propiedad horizontal.

XI. Bibliografía

CULACIATI, Martin, Miguel (2013). *Conjuntos Inmobiliarios. Régimen Vigente y regulación Proyectada*. AP/DOC/920/2013. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

PRATESI, Juan Carlos (2014). *Conjuntos Inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el Código Civil y Comercial de la Nación* [online]. Disponible en http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina_nuevo.asp?base=50&id=7773&t=d.

FRANCHINI, Marcela H. (2010). "Propiedades especiales. Urbanizaciones cerradas (clubes de campo y barrios cerrados) parques industriales, cementerios privados y tiempo compartido". EN: LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H. *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, 2ª ed. ampliada y actualizada. Buenos Aires: La Ley y Ediar.

FRANCHINI, Marcela H. (2012). "Consideraciones sobre los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el Proyecto del Código Civil y Comercial 2012. ¿Nuevos derechos reales para pocos?". EN: SJA 2012/10/17-71; JA 2012-IV.

ALTERINI, Jorge (2011). "Previsiones normativas contenidas en el proyecto de unificación del año 1998. Proyecto de urbanizaciones especiales", EN: *Revista del notariado*, n. 903, p. 197.

Legislación

Dec.-ley 8.912/1977. Lexis LBUEDY8912_1987.

Dec. 947/2004 Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 18/05/2004.

Dec. 2.489/1963 Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 13/03/1963.

Dec. 9.404/1986 Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 24/12/1986.

Dec. 27/1998 Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 07/01/1998. ♦

Fecha de recepción: 01-04-2015

Fecha de aceptación: 06-09-2015

Los casos y la evaluación en los Consejos de la Magistratura

POR ERNESTO E. DOMENECH (*)

Sumario: I. Cuestiones preliminares.— II. La evaluación.— III. Usos de la evaluación.— IV. Un programa.— V. La ausencia de formación básica interdisciplinar.— VI. El lenguaje de las teorías.— VII. Continuará mañana.— VIII. Bibliografía.

Resumen: “Los casos y la evaluación en los Consejos de la Magistratura” aborda la prueba de evaluación de postulantes en la provincia de Buenos Aires. Enuncia los estudios realizados y los puntos de partida, estudia sus reglas y propone modos de usarlas e interpretarlas, conjeturando lineamientos para la elaboración de un programa, el diseño de una prueba y la grilla de evaluación. También analiza el programa para cargos en lo penal. Asimismo, analiza un caso de examen y sus dificultades como modo de evaluación.

Palabras clave: Consejo de la Magistratura - prueba de oposición - programa - grilla de evaluación.

Cas et l'évaluation dans les Consejos de la Magistratura

Abstract: *Le présent travail les “Cas et l'évaluation dans les Consejos de la Magistratura”, aborde l'examen d'évaluation des postulants à juges dans la province de Buenos Aires. Il énonce les études réalisées et il énonce aussi les points de départ, il étudie ses règles et il propose comment les utiliser et les interpréter tout en conjecturant les linéaments pour l'élaboration d'un programme, le projet d'une épreuve et le barème d'évaluation. Il aussi analyse le programme pour les postes en matière pénale. Il aussi fait l'analyse d'un cas et ses difficultés comme manière d'évaluation.*

Mot clés: *Consejo de la Magistratura - concours - programme - barème d'évaluation.*

La propuesta

Este trabajo propone analizar la prueba de oposición de postulantes a ocupar cargos en la magistratura de la provincia de Buenos Aires. Se analizarán primero las reglas de la evaluación de postulantes para proponer criterios de lectura y de uso de esas reglas para cubrir cargos que impliquen decisiones jurisdiccionales en el fuero penal. Luego, se estudiarán los modos en que estas reglas están siendo usadas a través del análisis de un programa de contenidos y un caso vinculado al fuero penal.

Algunas consideraciones no obstante pueden ser de utilidad para las pruebas de oposición que tengan lugar en otros fueros y otros roles procesales.

I. Cuestiones preliminares

I.a. Antecedentes

La evaluación de postulantes a cargos en la magistratura registra importante literatura. Desde aquella que, desde una perspectiva filosófica ha analizado el tema, como el trabajo de Manuel Atienza, “Virtu-

(*) Prof. Titular Ordinario de Derecho Penal I. Director del Instituto de Derecho Penal y de Derechos del Niño, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. invitado de post grado en Especializaciones en Psiquiatría Forense, Facultad de Medicina, UNLP y Psicología Forense, UCES. Juez de Tribunal Oral Criminal.

des Judiciales”, hasta aquélla que ha repasado la forma de reexaminación y reevaluación de exámenes para el fuero Nacional o en otras jurisdicciones. En especial se han examinado los criterios valorados para la prueba de oposición, el perfil de los postulantes que se presentaron, los resultados de las evaluaciones y reevaluaciones en pruebas de oposición tomadas y la incidencia de factores “políticos” en el proceso mismo de evaluación.

Lynch y Bierzychudek concluyen que:

“La Constitución Argentina, en su reforma de 1994, previó un nuevo sistema de designación de Jueces Federales por el cual el Presidente elige al candidato en base a una propuesta vinculante que eleva el Consejo de la Magistratura en ternas, con acuerdo del Senado. El sistema de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes se puso en marcha sin un estudio previo acerca del perfil del juez deseado. Como consecuencia, no garantiza la elección de los mejores candidatos puesto que, entre otras razones, privilegia exageradamente los aspectos teóricos y la especialidad, produce candidatos de menor calificación para el interior que para la Capital, no evalúa diversamente a jueces de primera y segunda instancia, y elige en un 90% de los casos a quienes provienen de la justicia. Se considera necesaria la revisión urgente del actual modelo y el análisis de su alternativa: la selección a través de cursos especiales en la Escuela Judicial”.

Demían Zayat resumió de este modo la investigación que llevó adelante:

“En 1998 Argentina incorporó un Consejo de la Magistratura para seleccionar jueces para los juzgados federales inferiores. El Consejo de la Magistratura administra exámenes a los postulantes para determinar un ranking basado en los méritos profesionales. Una terna con los mejores tres candidatos o candidatas es elevada al Presidente quien debe nominar uno, y solicitar el acuerdo del Senado.

La incorporación del Consejo de la Magistratura fue producto de las reformas promovidas por agencias de cooperación y desarrollo multilaterales, como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y el USAID. El objetivo era despolitizar las designaciones de jueces, de acuerdo a un modelo meritocrático usado principalmente en países europeos. Sin embargo, Argentina no adoptó un modelo meritocrático puro: los integrantes del Consejo lo son también por estamentos políticos (incluyendo Senadores y Diputados), el proceso permite la modificación del ranking inicial resultado de los exámenes y la evaluación de los antecedentes y la decisión final está en manos de actores políticos, como el Poder Ejecutivo y el Senado. En este estudio examino empíricamente las decisiones del Consejo de la Magistratura de los últimos diez años, incluyendo todas las ternas y nominaciones de jueces Federales inferiores, para analizar en qué medida los méritos fueron el factor decisivo en la designación. Entre otros resultados, fue posible identificar que alrededor del 70% de los candidatos fueron incluidos en las ternas gracias a sus méritos, pero que en el restante 30% de los ternados, consideraciones políticas también fueron relevantes. Al mismo tiempo, el 70% de las ternas incluyeron al menos un candidato por razones políticas. Estos resultados dan una descripción precisa de cómo funciona el sistema en la práctica, y demuestra que la política es un criterio relevante en la selección de jueces. Consecuentemente sostengo el diseño institucional tiene que ser modificado para permitir una discusión abierta de los valores morales y políticos de los candidatos”.

Oscar P. Guillén (2001-2002) realizó un análisis crítico de dictámenes de la designación de jueces en Salta. En el que se destacan la inconstancia de las evaluaciones, la existencia de graves defectos gramaticales y semánticos, la similitud de los dictámenes, la existencia de dictámenes de contenido semejante a los que se les adjudica distinta puntuación, la ausencia de transcripción de las preguntas y requerimientos, tanto como de las respuestas, el empleo de “generalidades” al ponderar la evaluación, la valoración de aspectos no consignados en las reglamentaciones, la imposibilidad de reconstruir parámetros objetivables de evaluación a partir de la casuística, dictámenes de tres a cinco renglones, dictámenes breves y sentenciosos, ausencia de puntajes máximos.

En 2013 Gustavo Maurino y Juan Ortiz Freuler investigaron diez casos de designación de jueces en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de manera muy detallada y realizaron recomendaciones

y sugerencias destinadas a asegurar la transparencia en la designación de jueces, a algunas de las cuales aludiré en este trabajo (1). Por mi parte, analicé cómo podría pensarse la evaluación de postulantes a Magistrados en el Trabajo, la selección de Magistrados y el caso (2), publicado en el número uno de la revista Intercambios de la Especialización de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, y más adelante al analizar la importancia ética y política de la escritura de sentencias judiciales publicado en Anales de la misma Facultad. Hoy vuelvo específicamente sobre el tema.

I.b. Puntos de partida

Antes de abordar la forma de evaluación de postulantes a magistrados en la provincia de Buenos Aires estimo necesario explicitar algunos puntos de partida. La evaluación de magistrados en la provincia de Buenos Aires debe ser un acto de extrema transparencia y extrema justificación. La transparencia es indispensable pues se trata de una condición ineludible del funcionamiento en los Estados Republicanos y funciona como un mecanismo que debe ser el resultado de una forma de gobernar, de administrar y de gestionar del Estado, permitiendo el control y la participación de la ciudadanía en las cuestiones públicas (Herrero y López, 2009). La transparencia se encuentra directamente ligada a la publicidad que exige el art. 26 de la ley 11.868 para el examen de postulantes admitidos. Herrero y López conciben la transparencia en relación a la designación de jueces en estos términos:

“Es importante que los nombramientos se realicen con base en el mérito, mediante concurso de antecedentes y oposición, satisfaciendo exigencias de idoneidad técnica y moral. Los criterios de selección deben ser claros y ampliamente publicitados, a fin de que exista un entendimiento inequívoco de los estándares de selección y del perfil de los jueces que se requiere. La asignación de puntajes debe realizarse de acuerdo a pautas objetivas de evaluación. Además, es importante que el proceso de designación posea una amplia difusión en todas sus etapas, desde la convocatoria hasta la elección final del candidato, para lo cual deben utilizarse las nuevas tecnologías que permitan un acceso inmediato y libre a la información. Además, se debe dar amplia difusión (a través de medios de comunicación, boletín oficial e Internet) del listado de interesados y sus antecedentes. Por último, es fundamental que estos procesos se abran para la participación de grupos de la sociedad civil, incluidas las asociaciones profesionales vinculadas a las actividades judiciales, para que estas puedan opinar respecto a los méritos de candidatos. El mayor involucramiento de la sociedad civil en las instancias de designación de magistrados permite el escrutinio de la ciudadanía y la opinión pública en general”.

Para Gerosa Lewis (2014), que no encuentra críticas al modo de selección de jueces en Chubut, la transparencia se garantiza con “el método escogido (concurso de oposición y antecedentes), con la publicidad de las sesiones y con la fundamentación a viva voz de cada consejero”.

La motivación pues, es un requisito ineludible de los actos administrativos y de los actos jurisdiccionales, ya que es la que “justifica” la decisión, y la que permite, eventualmente, entenderla, controlarla y recurrirla. En ese sentido, el principio de la razonabilidad consagrado en el art. 28 de la Constitución Nacional, exige la fundamentación de dichos actos. Motivar una evaluación es dar las razones del modo como se la piensa, de sus propósitos y objetivos, de la “prueba” que se diseña, y los tópicos que involucra, de la manera como esa prueba se valida y verifica, del modo como se la administra y de los resultados en concreto a los que se arribe.

(1) El estudio relevó de modo claro y detallado los jurados y su designación, los exámenes escritos, los exámenes orales, la valoración de los antecedentes de los postulantes, las entrevistas personales y los procesos de impugnación. Aludió también a los problemas de género. En todos los supuestos se incluyeron curso gramas de gran claridad, para dar cuenta de los procesos respectivos.

(2) En el destacaba la importancia de tener en claro cuál era el perfil de juez que se deseaba reclutar, y luego la necesidad de una evaluación que involucrara no sólo una prueba de oposición (que sugerí fuese diseñada y puesta a prueba por los jurados antes de ser implementada efectivamente) sino también una propuesta de trabajo para el cargo que se pretendía ocupar, como ocurre en los concursos académicos para cargos docentes.

II. La evaluación

II.a. Reglas

La evaluación de postulantes se encuentra reglada en el título V de la ley 11.868 y por el título III del reglamento del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. En líneas generales, el proceso de evaluación consta de las siguientes etapas: I) prueba escrita, II) evaluación de los antecedentes y de la actividad profesional, y III) entrevista personal. Los arts. 26 a 28 disponen que:

“Art. 26: Normas aplicables: El examen se hará sobre la base de la reglamentación que apruebe el Consejo, será público y podrán participar en él los postulantes admitidos.

Art. 27: Salas examinadoras: A los efectos de la evaluación prevista en el artículo anterior, el Consejo podrá integrar salas examinadoras formadas por cuatro [4] de sus miembros permanentes, uno por cada estamento, en la forma que establezca la reglamentación. Se designará por sorteo a la sala que deba conocer en relación a la vacante de que se trate.

Art. 28: (Texto según ley 13.553) Procedimiento ulterior: Una vez que la Sala examinadora dictamine sobre el desempeño de los concursantes en la prueba escrita, y se hubieren reunido todos los demás elementos de juicio requeridos, el Consejo evaluará los antecedentes y la actividad profesional cumplida y entrevistará personalmente a cada uno de los concursantes con la finalidad de apreciar su idoneidad, solvencia moral, equilibrio, madurez, conocimiento de la realidad, sentido común, coherencia, creatividad, independencia de criterio, imparcialidad, equidad, apego al trabajo, capacidad de liderazgo, vocación de servicio, compromiso con el cambio, con los intereses de la comunidad, el respeto por las Instituciones democráticas y los derechos humanos. Durante ese acto el entrevistado deberá responder a las preguntas que a tal efecto formulen los miembros permanentes o consultivos del Consejo. De todo lo expuesto se dejará constancia en acta. Finalizadas las entrevistas, el Consejo podrá disponer alguna diligencia excepcional para mejor proveer, que no hubiera podido disponer o concretar con anterioridad, que se evacuará dentro de los cinco [5] días. El Consejo contará con treinta [30] días corridos para emitir decisión acerca de la integración de la terna. Para emitir su terna vinculante será necesario el voto de los tercios de los Consejeros Titulares presentes. Las Asociaciones Civiles sin fines de lucro con inscripción en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires y cuyo objeto social exclusivo tenga vinculación con el mejoramiento del servicio de Justicia, la Asociación Judicial Bonaerense y los Colegios de Magistrados y Funcionarios, podrán hacer llegar su opinión al Consejo sobre las condiciones de los postulantes”.

En especial, el proceso de selección ha sido reglamentado en el art. 17 del Reglamento en estos términos:

“Pruebas — objeto. Art. 17: El proceso de selección está integrado por la prueba escrita de oposición, el concurso de méritos y antecedentes, las consultas, las entrevistas y las pruebas y/o exámenes que el Consejo de la Magistratura estime necesarios en cada convocatoria y tenderá a apreciar las condiciones de madurez, equilibrio, aptitudes, conocimientos jurídicos y cualidades éticas de los aspirantes para el desempeño de la función. Podrá requerir respecto de determinados o todos los concursantes, las informaciones o pruebas necesarias —inclusive psiquiátricas y/o psicológicas— para mejor determinar las condiciones atingentes al desempeño del cargo que se concursa. Los informes psicológicos psiquiátricos, que hubieran sido efectuados en relación a postulantes que participaron de concursos anteriores, conservarán su vigencia siempre que desde la fecha de su realización y la de apertura a inscripción del concurso de que se trate, no haya transcurrido más de un año”.

Más puntualmente el art. 19 reglamenta el examen de oposición:

“Examen de oposición. Art. 19: La prueba de oposición se rendirá por escrito, y se desarrollará durante un tiempo predeterminado de acuerdo a un programa que se notificará a los oponentes en el momento de la inscripción. Los temas del mismo serán diversos y complejos como para permitir a los concursantes evidenciar sus aptitudes para el cargo a que aspiren y versarán sobre cuestiones

jurídicas vinculadas a éste, evaluándose tanto la formación teórica como la práctica. Los temas del examen serán desinsaculados públicamente en el momento de iniciarse la prueba”.

Como puede advertirse, la evaluación implica un proceso en el que se debe tomar una prueba de oposición, antecedentes e informes en el que el Consejo debe oír a miembros consultivos académicos, a los del departamento judicial de la vacante, al Procurador y al propio postulante en una entrevista personal, pudiendo asimismo escuchar otras opiniones de asociaciones debidamente registradas e interesadas en la temática.

En este trabajo nos detendremos en el llamado “examen de oposición” reglamentado en el art. 19 del reglamento para intentar asignar contenido a sus disposiciones y proponer modos de emplearlo. Sin embargo es importante detenernos en un curioso silencio de estas disposiciones.

II.b. Silencios

¿Qué es lo no reglamentado en estas disposiciones que regulan la prueba de oposición?

Entendemos el proceso mismo de diseño y de corrección de las pruebas ha sido omitido. Si bien, se dan algunos parámetros sobre los temas y se menciona la evaluación tanto teórica como práctica, no se ha aludido ni a los modos como las pruebas deben ser construidas, ni a las maneras en que deben ser corregidas. Y es esta una omisión curiosa porque las correcciones de las pruebas de oposición pueden ser reevaluadas. Ahora bien ¿en base a qué criterios o parámetros deberían reverse estas correcciones?

Tampoco se ha ponderado el modo de resolver eventuales disputas de los evaluadores, y convengamos que el número de integrantes de las Salas Examinadoras no favorece precisamente una decisión meramente numérica, ya que, no se podría determinar cómo resolver un eventual empate. Es la exploración de estos silencios la que hace interesante el análisis de la construcción y diseño de un examen, de los parámetros para evaluarlos y de los modos como se los corrige y revisan eventuales correcciones.

II.c. Evaluación y cuestiones vinculadas al cargo

Comenzaré por la última manda de esta reglamentación: la necesidad de que la evaluación de postulantes se realice sobre “cuestiones vinculadas al cargo”. Pues bien, ¿cuáles son las cuestiones vinculadas al cargo? Un cargo judicial impone múltiples cuestiones. Muchas son de jurídicas, otras, sin duda de enorme importancia, no (3). Me detendré en las primeras sin desconocer los importantes límites de este análisis. Y dentro de las cuestiones jurídicas habré de circunscribirme a las cuestiones que se relacionan con cargos de decisión jurisdiccional, de modo que la evaluación de otros roles procesales como son los de Fiscalía, Defensa, Asesor de Incapaces, quedarán pospuestos, aunque muchas de las ideas que se esbozan en relación a los cargos de decisión jurisdiccional pueden ser utilidad para la evaluación del desempeño de los restantes. Una de las más importantes faenas que lleva adelante un juez es la de dictar interlocutorias y sentencias. Ahora bien ¿qué implica dictar una sentencia? Dictar una sentencia, es una actividad sometida a un conjunto de reglas que varían en cada fuero e implica resolver distintos tipos de cuestiones indicadas por las leyes del procedimiento (y acordadas de las Cortes) y planteadas por las partes (4). En este proceso de resolución, el juez lleva adelante una muy variada gama de actividades, que implican no sólo la escritura de la sentencia, sino también la lectura, interpretación y uso de pruebas, reglas de diversa jerarquía, (Constituciones, Tratados Internacionales, Códigos Nacionales y locales, Leyes, reglamentaciones de Leyes, resoluciones administrativas,

(3) Cuestiones como la administración de los recursos escasos de un órgano jurisdiccional, como el tiempo asignado a los distintos actos y casos, o la distribución de las tareas dentro del personal del mismo, o el modo como una agenda de trabajo se construye y se controla, o el análisis del estado del órgano, sus logros y dificultades y las estrategias para superarlos, quedarán al margen de estas reflexiones.

(4) Importa por otra parte una extensa gamas de tareas que lleva adelante el Juez de modo simultáneo: leer pruebas, validarlas, usarlas e inferir hechos a partir de ellas, narrar acontecimientos, valorarlos, calificarlos jurídicamente, responder las peticiones de las partes, leer leyes, validarlas o invalidarlas, interpretarlas, leer precedentes judiciales e invocarlos, sin perjuicio de otras decisiones implícitas, como elegir el lenguaje que emplearé y los modos en que lo haré.

Ordenanzas municipales) precedentes judiciales y libros de derecho u otras disciplinas (5). También, involucra razonamientos de diversos tipos y la argumentación. Dictar sentencia entonces no es resolver un caso extraño, exótico o infrecuente, sino abordar un conjunto, una sucesión de cuestiones. Y es razonable que así sea, porque la gran mayoría de los casos que un juez debe resolver a diario no son casos extraños o difíciles (6). Son casos comunes. Los casos extraños, muchos de los cuales desvelan a los académicos, son más bien casos “teóricos”. Imaginados, las más de las veces, por cavilaciones surgidas en medio de la discusión de “teorías”, “principios”, o “naturalezas” jurídicas. Paradójicamente dictar una sentencia en los “casos comunes” es una empresa mucho más compleja, involucra una muy variada gama de actividades que lleva adelante el juez y un extenso conjunto de Leyes y resoluciones entramadas entre sí. Además el “dictar” una sentencia es una actividad que está (o suele estar) definida en los Códigos de Procedimiento.

Estas definiciones pueden variar de jurisdicción en jurisdicción. En algunas, se emplea la sentencia con una denotación amplia que incluye la relación de hechos y de derecho y en otras, como la local, las “cuestiones de derecho” solamente, pues las de hecho, básicamente, forman parte del veredicto, aunque no sea posible discernirlas quirúrgicamente (7).

Una sentencia es una decisión que se adopta ante pedidos de las partes, que por ende deben ser escuchadas y sus razones aceptadas o desechadas de manera fundada. Por lo tanto, el saber escuchar a las partes, analizar sus argumentaciones y responderlas, es crucial. Es sin duda una “cuestión ineludiblemente vinculada al cargo” (8).

II.d. Cuestiones de una sentencia

De este modo, si se pretende que el aspirante a un cargo de Juez esté en condiciones de dictar una sentencia, en modo alguno basta con presentarle una narración concluida, pues es él quien la debe narrar, de modo claro, y probar lo narrado, de manera lógica y completa. Las narraciones concluidas impiden valorar la escucha de las partes, la interpretación y uso de las pruebas, de las leyes aplicables, de los precedentes que pudiesen ser invocados y aun de los textos teóricos que pudiesen estar involucrados. Dejan al postulante con un relato puro, con un puro cuento, una ficción sin duda que controvierde el sentido de la evaluación, destinada a acreditar la idoneidad del postulante en lo que habrá efectivamente de hacer en el cargo al que aspira, y lo aparta de la “realidad”.

El uso adecuado del lenguaje (9), de capital importancia como una forma de acceder a la sentencia por las partes y los “justiciables” es entonces una cuestión de importancia en la evaluación de postu-

(5) He abordado estas cuestiones en la intervención de un juez en la construcción de un relato, documento inédito en el marco del Proyecto (...). Un inventario no exhaustivo de estas tareas que lleva adelante un juez es el siguiente “coproduce pruebas” (al admitirlas, censurar preguntas, o formular otras), valida o invalida pruebas (cuando las admite o descalifica por violación de normas procesales de raigambre constitucional), selecciona prueba (tomando algunas o prescindiendo de otras), interpreta las pruebas, construye relatos, (selecciona un lenguaje, lo dispone de alguna manera, decide lo que habrá de narrar y el detalle con que habrá de hacerlo). Las distintas faenas de un juez ha dado lugar a que se construyan distintas imágenes de la judicatura, un resumen de ellas puede verse en: Libro Homenaje Ouviaña.

(6) Como son buena parte de los casos “dogmáticos”. Para analizar tipologías de casos ver Atienza 1993.

(7) No es posible “discernir” quirúrgicamente las cuestiones de hecho y de derecho. En primer lugar por porque las “cuestiones de hecho” se acreditan con reglas de derecho, es decir con las reglas del procedimiento y de la prueba. Después porque la “materialidad” de un hecho, la narración que de alguna manera lo configura se realiza sobre circunstancias que puedan poseer alguna significación al momento de “calificarlas” jurídicamente. Luego porque el tratamiento en el tratamiento de muchas de las cuestiones de un veredicto están estrechamente relacionados hechos y derecho. Así, por ejemplo, en las eximentes de pena, se incluyen claramente cuestiones de derecho y consecuencias “de derecho”.

(8) La ausencia de respuesta a la partes pueden llegar a descalificar las sentencias (Constitución de la provincia de Buenos Aires, art. 168).

(9) A adecuada ponderación de la escritura en las pruebas de oposición permitirá al Consejo una evaluación de la eficiencia de los Cursos de la Escuela Judicial, analizando la escritura de postulantes que hayan realizado cursos vinculados con la escritura en relación a quienes no los hayan hecho.

lantes. No sólo el uso correcto del español se impone sino, la adecuada presentación de la escritura, evitar el uso de expresiones o términos que la vuelvan enigmática o incontrolable (10).

La escritura clara y accesible, queda asociada a un muy importante conjunto de temas, en general olvidados en la formación de grado de los abogados.

Estos “familiarizados” y “socializados” con lenguajes de especialidad ven dificultadas sus posibilidades de comunicación con aquellas personas para los que los lenguajes de especialidad no son más que lenguas extrañas o crípticas. No sólo la comunicación con la ciudadanía, con los habitantes de la Nación se ve dificultada, sino, más específicamente con los “justiciables” y sus representantes, a quienes están dirigidos los fallos y que son los habilitados para impugnarlos, para criticarlos. Lenguajes inaccesibles dificultan el control sobre las sentencias y sus motivaciones. Sentencias mal escritas no permiten que se las impugne, un derecho que consagran importantes Tratados Internacionales de jerarquía constitucional como el Pacto de San José de Costa Rica. La escritura entonces aparece estrechamente relacionada con el acceso a la justicia y la vocación republicana de quienes escriben. La claridad de una sentencia es una exigencia, no sólo ética, sino también jurídica. Se la ha requerido en importantes movimientos nacidos en distintos países y se ha receptado en Códigos Éticos de actuación judicial.

También, es una cuestión de gran relevancia en la evaluación de una sentencia la forma de narrar, de organizar la narración, del detalle con el que se narra, no sólo por la exigencia que la relación de hechos y circunstancias sea “completa”, sino, porque serán estos relatos y sus matices los que se deberán tener presentes al momento de organizar la prueba. También, por la importancia de estos relatos al momento de “calificarlos” jurídicamente. Detrás de la forma de narrar hechos y circunstancias se pueden detectar formas de usar y ejercer el poder jurisdiccional. Relatos de hechos, mediante el empleo de las palabras de la ley, implican una forma de ocultamiento del poder que surge de la interpretación de los textos legales; pues si los hechos coinciden con la ley ¿qué acto de interpretación se vislumbra? También, implican severas dificultades para controlar ese poder que no se evidencia ni justifica. De modo entonces que la forma de escribir permite evidenciar valores en el postulante, sea que sea consciente de ellos o que lo ignore. De igual modo, la organización de contenidos permite descubrir sus modos de pensar y de comunicar pensamientos, muchas veces relacionados con los modos de razonar y la formación que respecto de ellos se posea. Escritura y organización de la escritura de una sentencia son instancias importantes para analizar la creatividad del postulante, nula cuando replica modelos anteriores de escritura, importante cuando se anima a proponer alternativas.

Otro aspecto relevante que merecería ser objeto de evaluación de postulantes son los procesos de “razonamiento judicial”, de la argumentación jurídica (11). El razonamiento judicial no posee una forma única. Imaginado como un gran silogismo por autores como Beccaria asume una variada gama de formas de razonar. Desde el pensamiento analógico de uso frecuente en la invocación de precedentes, hasta el pensamiento inferencial. Muchas sentencias han sido descalificadas por sus vicios lógicos, por haber incurrido en “falacias”. De este modo, se impone en una evaluación verificar si el postulante ha razonado, es decir si ha motivado su decisión y si lo ha hecho de un modo lógico que implica desde dar buenas razones con coherencia hasta verificar que se haya hecho con formas válidas de discernir (es decir sin falacias formales o no formales). Que la invocación de una ley, de un precedente o de una doctrina sean “pertinentes”, no inatingentes, es crucial al momento de valorar el modo de razonar. La importancia de este rubro de evaluación se puede advertir ni bien se tenga en cuenta que sentencias sin motivaciones, o con formas falaces de argumentar, son descalificadas como arbitrarias.

(10) El lenguaje de las sentencias ha sido suficientemente estudiado y criticado por lingüistas y forma parte de objeto de estudio de Proyectos de Investigación, tanto como de Cursos de distintas Escuelas Judiciales. Ver en este sentido Montolio Durán Estrella y López Samaniego Anna. La propuesta didáctica en comunicación escrita llevada a cabo en la Escuela Judicial de España.

(11) Sobre las características y la importancia de la argumentación jurídica en un estado constitucional ver Atienza, Manuel, “Argumentación Jurídica y Estado Constitucional”, En: Estudios Jurídicos, Anales de Jurisprudencia, 353.

Son las peticiones de las partes las que enmarcan en un sistema acusatorio (12) el poder de “decir el derecho”. Son sus fronteras, sus límites (13). Y son también, las peticiones de las partes las que descalifican una sentencia si no se hubiesen tratado en el pronunciamiento. En este aspecto son reglas constitucionales las que imponen semejante sanción (14).

De manera entonces que el saber escuchar a las partes y responder sus peticiones y argumentos ineludiblemente deben ser ítems para evaluar a futuros aspirantes a jueces. El registro y organización de las peticiones, la respuesta a cada una de ellas en cada una de las cuestiones del veredicto y de la sentencia son entonces indicadores claros de esta escucha. Es en ocasión de esta escucha que el aspirante podrá dar curso a su *creatividad*, es decir, evitar la mera repetición de contenidos de manuales, tratados o fallos.

De esta manera, es indispensable que en el diseño de una prueba de oposición se enuncien las peticiones de las partes y sus razones. Sin ellas la valoración del poder de decidir quedaría huérfano, vacío y la prueba no podría considerarse un instrumento eficiente para ponderar las cuestiones del cargo, de cualquier instancia jurisdiccional que sea.

Una de las más complejas tareas que debe enfrentar un juez es la valoración de la prueba, pues la prueba se presenta en conjuntos complicados profundamente entramados entre sí. El juez se enfrentará a una muy variada gama de constancias que deberá leer, en la prueba incorporada por lectura, o escuchar en los diversos testimonios sea que se trata de peritos, testigos de actuación o meros testigos de hechos o circunstancias.

La forma de leer, valorar, correlacionar y presentar por escrito la prueba es, por tanto, una cuestión de crucial importancia, que exige no sólo conocimientos jurídicos, sino interdisciplinarios (15) y un acabado “conocimiento de la realidad”.

Una presentación indiscriminada de la prueba se vuelve incontrolable, autoritaria. La prescindencia inmotivada de cierta prueba también convierte en arbitraria la sentencia.

De este modo, valores reputados en las reglas de la evaluación de postulantes (como el compromiso con los derechos humanos) se evidencian en el modo de tratar las cuestiones de la prueba.

Estas mandas de la prueba de oposición permiten precisar desde las características de un programa que las recoja hasta el diseño de la evaluación misma.

II.e. ¿Qué debe entenderse por un “programa”?

El programa, no puede ser reducido a un mero conjunto de temas. Debe señalar los objetivos en virtud de los cuales los contenidos se organizan. Serán los objetivos del programa los que permitan analizar la pertinencia de los contenidos seleccionados. Y sobre todo, el diseño de la forma de evaluarlos. Esos propósitos en modo alguno son ajenos al “perfil” de juez que se desee. Entre los propósitos de esos programas no podrían estar ausentes los siguientes:

- La habilidad para la escritura y la organización de los contenidos de esa escritura.
- La habilidad para favorecer el proceso de comunicación con las partes mediante lenguajes claros y accesibles.

(12) Quedan a salvo, sin embargo algún tipo de nulidades cuando han afectado garantías constitucionales.

(13) La vulneración de estos límites en ciertos casos puede descalificar la decisión judicial, cuando el Juez ha “resuelto” demás, ha incurrido en plus petitio. En otras ocasiones puede afectar o bien el derecho de defensa, o bien el trato igualitario de las partes en el proceso.

(14) Tal lo que regulan los arts. 168 y 161 inc. 3º, letra b) de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y reglamentan los recursos extraordinarios de nulidad. C.P.P. art. 180.

(15) Como sucede con la Medicina Legal, la Psiquiatría y Psicología Forenses y la enorme gama de saberes involucrados bajo el rótulo de Criminalística.

- La habilidad para organizar de la escucha de las partes y responderla.
- La habilidad para razonar y argumentar de diversos modos y de manera independiente.
- La habilidad para invocar y articular precedentes judiciales.
- La habilidad para articular y relacionar diversos conjuntos normativos complejos.
- La habilidad para leer y usar la prueba.

La presentación de un temario sin propósitos (16) limita significativamente la posibilidad de ponderar el diseño de la prueba misma. Por otra parte, la complejidad de las reglas involucradas en una decisión jurisdiccional, hace necesario la selección de temas que “entramen” contenidos, de modo que conocimientos que suelen examinarse en forma aislada y lineal en el saber académico queden estrechamente relacionados (17).

En este sentido es muy relevante determinar el “peso” y extensión de los contenidos de un programa y sobre todo, que se trate de contenidos con fuerte anclaje en el conjunto de normas vigentes en el país, sin que deba exigirse ningún tipo de militancia teórica, tan presente en “la lucha de escuelas” en el Derecho Penal, por ejemplo. Es importante, que la independencia de los postulantes involucre las posiciones teóricas que puedan sostenerse, porque la independencia de los jueces es un valor clave en las democracias republicanas y su creatividad un propósito de las pruebas de oposición. ¿Qué creatividad podría propiciarse si el postulante se viese obligado a reiterar algún catecismo teórico?

Los requerimientos del cargo no pueden permanecer ajenos a la selección de contenido de ese programa.

Un adecuado conocimiento de las estadísticas de la casuística de los diversos departamentos judiciales, permitirá un diseño inteligente de contenidos de un programa.

La provincia de Buenos Aires posee una enorme variación de casuística y densidad demográfica en cada Departamento Judicial. Variaciones que impactan en el uso de ciertas reglas. ¿No debería tenerse en cuenta esta variabilidad al momento de seleccionar contenidos para los cargos en los distintos departamentos? ¿Debe ser evaluado por igual un postulante a Juez en Necochea que en Lomas de Zamora?

De hecho, el acuerdo del Senado por el cual se aprueba la designación debe indicar el cargo específico que se propone cubrir. Bidart Campos (1999) ha sostenido que:

“El pedido de acuerdo que envía el Poder Ejecutivo al Senado (...) debe indicar concretamente el cargo individual para el cual se formula (no es correcto —por ej.— solicitar el acuerdo para ‘juez Federal de primera instancia’ o para ‘juez de cámara’, sino para tal o cual juzgado de primera instancia en particular o para tal o cual sala de tal o cual cámara de apelaciones). El Senado no puede prestar acuerdo sin determinación precisa, por dos razones fundamentales: a) porque debe comprobar si el cargo está o no vacante; b) porque no puede dejar al arbitrio del Poder Ejecutivo determinar después el cargo concreto, ya que el acto complejo de nombramiento requiere la voluntad del Ejecutivo y del Senado —conjuntamente— para un cargo ‘determinado’”.

Por lo tanto, si se requiere el acuerdo del Senado para el cargo específico, es posible sostener que la prueba de oposición deba también reunir los contenidos específicos que exige el cargo.

(16) En este sentido es muy frecuente que los programas de las disciplinas jurídicas carezcan de una enunciación de objetivos o propósitos citar programas penales.

(17) Tal lo que ocurre con aquellas currículas en las que primero debe aprobarse el llamado Derecho Penal 1, para luego rendir el Derecho Penal 2, y finalmente aprobar ambos como condiciones para rendir el Derecho Procesal Penal.

II.f. ¿Cómo evaluar temas diversos y complejos?

Ahora bien, ¿en qué podría consistir una evaluación sobre “temas diversos y complejos”?

Los denominados “casos reales”, por oposición a los casos ficticiales o de laboratorio, reúnen la diversidad y complejidad que esta regla requiere. En un caso real, las reglas de la parte general de un Código inevitablemente deben ser completadas con los de las Partes Especiales y la legislación complementaria. Las disposiciones del procedimiento se ponen en uso del mismo modo que un impreciso conjunto de reglas que involucran leyes, cuya consideración es indispensable en virtud de las disposiciones aplicables, hasta resoluciones y reglamentaciones de índole administrativa. El caso real reúne muy diversos tipos de textos (los que piden, los que resuelven, los que informan) que pueden proceder de diversas tradiciones y disciplinas. La multiplicidad de pericias que se reúnen en un expediente permiten evidenciarlo: desde informes médicos, psicológicos, psiquiátricos, hasta la muy variada gama de informaciones que suele estudiarse bajo el rótulo de criminalística, pasando por los testimonios muchas veces “filtrados” por una curiosa lengua institucional que Ítalo Calvino llamó “antilingua”. Pruebas todas inevitablemente enmarañadas entre sí. Las escrituras judiciales evidencian desde las diversidades de estilo hasta la pluralidad de enfoques jurídicos de “escuelas” que van fabricando lenguajes propios comprensibles sólo para algunos (18).

De este modo, la evaluación de postulantes sobre la base de un caso “real” permite asumir la diversidad y complejidad de los temas que la reglamentación del Consejo de la Magistratura requiere (19). Son además, los que enfrentará el futuro juez.

Los casos reales distan por tanto de los casos ficticiales o de laboratorio. Tan infrecuentes, como improbables. Casos fabricados para demostrar los efectos de una determinada “teoría” o punto de vista que permita resolverlos de una determinada manera. Casos que provienen más del escritorio de los académicos, que de las peticiones de partes en conflicto, y las pruebas que aporten.

Una cuestión añadida radica en la elección del caso real que se seleccionará para su evaluación. En este sentido, como en los contenidos del programa, las características del cargo que se deba cubrir poseen especial relevancia. Rodolfo Rivarola seleccionaba para evaluar a sus alumnos de grado los casos más frecuentes con los que se habrán de enfrentar en el ejercicio profesional. Este criterio, sin duda plausible, debería ser considerado en la elección del caso que se postule.

Gustavo Maurino y Juan Ortiz Freuler (2013) recomiendan que el caso seleccionado, para asegurar la transparencia e igualdad de trato de los postulantes, no haya sido tramitado en el órgano jurisdiccional cuya vacante se habrá de cubrir y que los postulantes no hayan participado en el mismo.

II.g. Conclusiones provisionales

¿Qué se podría concluir de lo hasta ahora expuesto?

a- La importancia de diseñar un examen que opere sobre un caso “real”, en el que se incluyan todas las constancias que lo configuran:

— Peticiones de las partes.

— Pruebas.

Lo ideal sería un legajo, un expediente con sus fojas.

(18) Sobre el particular ver Hendler, E. El Lenguaje de los penalistas.

(19) La evaluación con casos reales, con expedientes judiciales, no para nada nueva. En la formación de grado de los abogados fue propuesta por Rodolfo Rivarola en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, ya en 1906 (Cita Domenech).

b- El requerimiento que el postulante “dicte sentencia” en el caso que se le presente con una respuesta exhaustiva a las peticiones de las partes y las mandas procesales, sin omitir las cuestiones de la prueba.

c- La selección de un caso “real” de los más frecuentes y relevantes en la jurisdicción a la que aspire el postulante.

d- La construcción de un esquema de evaluación, una grilla, que posea ítems que operen como indicadores de los propósitos que la ley y la reglamentación, han trazado al proceso de evaluación, con el “peso relativo” de cada ítem.

e- En esa grilla (20) deberían considerarse los siguientes:

Ítems a evaluar	Peso relativo del ítem sobre 100	Contenidos a evaluar
Evaluación paratextual	2	Valora la división en capítulos y títulos. Valora el uso de elementos que destaquen la especificidad del lenguaje (como empleo de comillas para citas textuales, negritas para destacar una palabra o frase, cursiva o subrayado para indicar alguna palabra o frase en especial).
Evaluación textual	3	Valora la ortografía. Valora la redacción ⁽ⁱ⁾ . Valora la accesibilidad del lenguaje ⁽ⁱⁱ⁾ y su claridad. Valora el detalle de la narratividad ⁽ⁱⁱⁱ⁾ . Valora el eventual uso de definiciones para ciertas abreviaturas.
Escucha de las partes	15	Valora la recepción y o rechazo fundados de los planteos de las partes en cada cuestión.
Dominio normativo	20	Valora el dominio de las reglas de diversa jerarquía (Constituciones, Tratados, Leyes, reglamentaciones, Ordenanzas, Resoluciones), su complejidad y sus relaciones. Valora el dominio de la legislación con prescindencia de la variada interpretación que se suscite o se defienda. Valora la aplicación de la Ley vigente. Valora el conocimiento del texto legal, de los propósitos de la legalidad y de las consecuencias de la interpretación que se proponga ^(iv) .
Dominio de la jurisprudencia	10	Valora la aplicación pertinente de precedentes ^(v) . O que sean desechados de modo argumental. Valora si se citan fallos en forma adecuada.

(20) La construcción de esta grilla guarda analogía con la matriz de evaluación de antecedentes que mencionan Maurino y Ortiz Freuler, para la ponderación de antecedentes de los postulantes, y difiere de la construida en el Consejo de la Magistratura de Buenos Aires que en anexo se acompaña.

⁽ⁱ⁾ Se consideran defectos de la redacción el uso de latinazgos, el abuso de gerundios, el abuso de frases subordinadas, párrafos extensos (Montolío Durán y López Samaniego).

⁽ⁱⁱ⁾ El movimiento del “plain language” o lenguaje claro, o lenguaje ciudadano valora el empleo de un lenguaje accesible para las partes. De este modo debe limitarse a lo indispensable el empleo de palabra técnicas, o de términos teóricos. (Montolío Durán y López Samaniego).

⁽ⁱⁱⁱ⁾ Sobre la importancia de la narratividad ver Calvo González.

^(iv) Estos parámetros son los individualizados por la Convención de Viena para la interpretación de las Convenciones a las que sea aplicable.

^(v) Se valora la discriminación de los obiters de las afirmaciones relevantes para fundar un precedente. Se valora la cita de una doctrina mayoritaria o el señalamiento de que se trata de un voto minoritario.

Dominio de la teoría	5	Valora la aplicación razonada de criterios teóricos de interpretación al caso y la legislación nacional. Valora que se cite bibliografía en forma correcta.
La racionalidad de la decisión	15	Valora la argumentación atingente para fundar la decisión. Valora la ausencia de falacias formales y no formales. Valora la ausencia de obiters innecesarios.
Organización de la prueba	20	Valora la organización, el detalle y la completitud en la fundamentación de la prueba relevante. Valora si se justifica la prescindencia de prueba no relevante.
La completitud de la decisión	10	Valora que se traten todas las cuestiones de una sentencia y las planteadas por las partes.
La originalidad de la decisión	5	Valora que se proponga una interpretación original. O se utilice un argumento novedoso.

El catálogo de ítems no es exhaustivo, tanto la *creatividad* que atraviesa todos los parámetros tenidos en cuenta, como la *economía de la decisión* que puede ponderarse de distintas maneras, no figuran. Tampoco, la *prudencia*, como un valor de extrema relevancia, que no obstante puede evidenciarse en las interpretaciones legales que se sostengan y en las consecuencias jurídicas que se propongan para resolver el caso, entre otros aspectos. El “peso” relativo de cada ítem es puramente convencional pero, como puede advertirse, “recorre” y recepta los diversos aspectos y cuestiones de una sentencia, dando mayor importancia a algunos (en orden decreciente: el dominio de la Ley, la organización de la prueba, la racionalidad de la decisión, el dominio de la jurisprudencia y de la teoría) que a otros (el lenguaje, la organización para textual, la originalidad de la decisión). Este peso relativo privilegia algunas “fuentes de derecho” (la ley y los precedentes) por sobre otras (la teoría) y pone énfasis en la organización de la prueba y la racionalidad de la decisión.

f- En la evaluación no debería exigirse fidelidad a posición doctrinaria alguna (21), pero el dominio de la legalidad, sus propósitos y el dominio de las decisiones precedentes no puede ser soslayada. Tampoco la “racionalidad”, la “originalidad” y la “prudencia” de la decisión.

g- El programa de la prueba debería contener “objetivos” claramente formulados y relacionados con las regulaciones legales y reglamentarias de la evaluación y de la prueba. Los temas y su peso relativo deben vincularse, también, con el cargo.

III. Usos de la evaluación

Para examinar cómo han sido usadas estas reglas en el diseño de las pruebas de oposición me detendré en el análisis de un programa del Consejo de la Magistratura y del diseño de un caso de examen, pues ambas cuestiones están profundamente entramadas entre sí.

(21) La fidelidad doctrinaria es una suerte de “obediencia teórica debida” que por un lado afecta la independencia de los magistrados y por otro veda o limita la escucha de las partes. Presenta problemas en la argumentación pues puede derivar en falacias de autoridad.

IV. Un programa

La exploración del programa de contenidos, que en anexo se acompaña, permite inferir algunos de los problemas atisbados en los estudios precedentes, en especial el de Flores que se ha citado. Estas son sus principales características que analizaré por separado:

- El programa no presenta objetivos.
- Es común a diversos cargos.
- Posee un peso de contenidos que no se corresponde con la legalidad, pero que reproduce ciertos obstáculos de las teorías jurídicas dogmáticas.
- Es abundante, pero insuficiente para la evaluación de ciertos cargos.

IV.1. El programa y los objetivos

La ausencia de objetivos, se encuentra estrechamente ligada a críticas dirigidas a la evaluación de postulantes por la carencia de reflexión y enunciación del perfil de juez que se desea. Esta ausencia presenta algunas dificultades, porque no coopera para saber si los contenidos responden o no a ese perfil y si las pruebas de oposición, que se diseñen, son aptas para la satisfacción de esos objetivos.

No es lo mismo construir un catálogo temático, que determinar qué es conocer ese catálogo, o cómo se habría de emplear de modo satisfactorio. Esta carencia reproduce una dificultad que caracteriza a los programas de grado académico, que también carecen de objetivos. De esta manera tampoco la evaluación académica explicita qué es lo que se desea que un alumno haga con el catálogo de contenidos del programa.

Así la prueba de oposición reproduce o espeja el “modelo académico” naturalizado de programación de contenidos.

IV.2. Un programa único

Que el programa de contenidos sea común a cualquier concurso de la jurisdicción “penal” evidencia la poca relevancia del cargo en la confección de contenidos, cuando en realidad, y muy en especial los contenidos procesales varían de función en función y de cargo en cargo (22).

IV.3. El peso de los contenidos del programa: la legalidad y las teorías

El “peso” de los contenidos del programa no guarda correspondencia con la legalidad, pero refleja ciertas características de las teorías dogmáticas. La justificación de esta afirmación, requiere en primer lugar especificar el significado del “peso”, la importancia, de los contenidos de un programa. ¿Cómo medir esta importancia y cómo correlacionarla con la legalidad? No existe una forma única de estimar la importancia que un programa le asigna a un cierto contenido o tema. Por un lado, puede intentarse un indicador numérico y verificar, por ejemplo, cuántas bolillas o unidades de un programa se destinan a un cierto tema, y correlacionarlas con las de otros temas. Por otro lado, es posible tomar en cuenta un indicador cualitativo y analizar el nivel de presentación y ordenamiento de un determinado contenido. Una organización más sofisticada o minuciosa de contenidos da cuenta de un mayor interés en su tratamiento. En forma simultánea es posible relacionar con el conjunto de leyes o con los conjuntos normativos, la importancia de contenidos de un programa. Comencemos por este último tópico, al analizar el programa para demostrar la asimetría en el tratamiento de contenidos.

(22) Cada actor del proceso se vincula más con ciertas reglas de un Código que otros. Por ejemplo: un fiscal debe manejar mucho más las reglas de la I.P.P. Si se desempeña en la etapa de instrucción, que las de los recursos extraordinarios de nulidad o inaplicabilidad de Ley. Fiscales y Defensores de Casación, en cambio, deben manejarse mucho más con la de los recursos de casación y los extraordinarios.

Veamos: la Parte General del C.P.A. posee, (sin contar los artículos bis), 78 artículos. La Parte Especial, también sin contar los bises ni las disposiciones complementarias, 224.

Es claro entonces que el tratamiento de los delitos en particular casi triplica el número de disposiciones generales. Y no se debe olvidar que los delitos en particular no se encuentran sólo en el C.P. sino en toda la legislación complementaria, en las Leyes especiales. Pero resulta que todo este vastísimo conjunto de disposiciones aparece tratado en el programa en una única bolilla, lo que marca una singular disparidad en el interés.

Una análisis cualitativo de la importancia de los contenidos permite arribar a conclusiones similares, porque los delitos en particular son presentados sólo mediante títulos, lo que no ocurre con el abordaje de la parte general. Analizados los contenidos del programa se podrá verificar a través de recorridos iguales (cuantitativos o cualitativos) su correspondencia con los intereses de las teorías jurídico dogmáticas, a saber: híper valoración de la teoría del delito, poco tratamiento de la pena y su ejecución, nulo abordaje de los protagonistas del proceso penal: el acusado y la víctima.

Lo curioso es que tanto acusados como víctimas son los que les otorgan encarnadura a las abstracciones de las teorías y de las leyes, son quienes tienen “hambre y sed de justicia” y se los designa como “justiciables”, destinatarios del servicio de administración de justicia. Son además, protagonistas ineludibles de la problemática penal y político criminal contemporánea. Sólo una bolilla de los contenidos procesales se refiere a ellos como las partes o los actores del proceso. Pero, problemáticas contemporáneas de extrema gravedad como el abuso sexual infantil o las cuestiones de género no se presentan con autonomía. Por otra parte, en los contenidos específicamente penales no se alude ni a las reglas de interpretación de las leyes, ni a la regulación de las acciones penales, cuestiones de frecuencia cotidiana en los cargos de decisión jurisdiccional (23).

IV.4. La disposición de los contenidos

Los contenidos del programa no presentan mecanismos de integración, de vinculación entre sí. No se alude a problemáticas en las que se integren diversos tipos de normas. Tal lo que ocurre, por ejemplo, con la corrupción, el maltrato infantil, el abuso sexual infantil, la violencia de género, que obligan a transitar por la parte general de los códigos, distintos delitos de la parte especial y leyes complementarias, variadas reglas del procedimiento y formación interdisciplinaria básica.

Sin embargo, los casos “reales” son claras hipótesis de vinculación de contenidos. La jurisdicción no puede ser entendida sin las calificaciones legales que involucran a la parte especial y la general del CP, al igual que las medidas de coerción personal.

V. La ausencia de formación básica interdisciplinaria

Las teorías jurídicas poseen un elevado nivel de abstracción, son “puras”. No se contaminan con otras disciplinas. Las “ciencias auxiliares” son apenas un renglón o una página en los Manuales o Tratados de Derecho Penal. Y esa pureza, se replica en estos contenidos. ¿Cómo podría un juez evaluar la prueba de peritos y decidir en torno a las disidencias entre expertos, si ignora por completo ciertas nociones básicas manejadas por ellos?, o ¿cómo podría un fiscal dirigir la investigación de un crimen, si nada sabe del campo enorme y complejísimo de la Criminalística? La omisión de estos contenidos se agrava pues, en la formación de grado de los abogados, casi no figuran en los planes de estudio de grado.

VI. El lenguaje de las teorías

El programa indica que “la terminología utilizada no implica la adscripción a teoría o escuela alguna”, ni se mencionan fuentes bibliográficas, pero la organización de contenidos podría ser comparada con

(23) La valoración de los contenidos faltantes no pretende ser exhaustiva pues otros tópicos también son omitidos, por ejemplo: en las justificantes no menciona el ejercicio del derecho, de la autoridad o del cargo, tampoco otras eximentes de pena como las denominadas excusas absolutorias.

índices de Manuales y Tratados para verificar la incidencia de las fuentes de información en el lenguaje y organización de los contenidos.

VI.a. Un caso

El análisis de un examen permitirá caracterizar y ponderar modos de usar algunas de las reglas de la evaluación de postulantes a magistrados. El examen seleccionado, ha sido estructurado con preguntas de contenido y con la resolución de un caso. El caso que se transcribe es el “Caso 1”. Dicho caso se presenta como un relato, como una narración. Como tal puede ser abordado desde distintas perspectivas. Una es con categorías que provengan del análisis “literario” de relatos. Otras es analizarlo como modo de evaluación de habilidades profesionales de un cargo de decisión jurisdiccional.

Veamos primero el caso, luego una aproximación literaria y finalmente una pesquisa del relato, como estrategia de evaluación de desempeños.

VI.a.1. El caso 1

“Es el día de cobro en el obrador. Si las cosas son como nos las ha planteado el que nos dio la información, nos haremos de una bonita suma de dinero aún cuando tengamos que distribuir entre cinco. No está previsto que el entregador nos acompañe porque alguno de los operarios lo conoce. Sin embargo, al llegar a las inmediaciones y dejar el vehículo en el montecito cercano, ahí está el reconviéndonos por haber llegado tarde a la cita.

Conociendo que la pena por usar armas que no funcionen es menor, por si nos toca perder todos llevamos armas descompuestas pero de gran poder intimidante. Contra lo previsto, el entregador hace punta y encara por una de las entradas al local donde duermen los obreros. Uno de ellos, decidido a proteger sus pertenencias, acomete contra el entregador con una cuchilla que saca de debajo de la almohada. Éste, que porta un revolver calibre 22 le dispara al pecho y —a juzgar por el estupor que transmite su gesto— el efecto es inmediato y cae muerto. Este hecho nos determina a huir sin siquiera tratar de llevarse algo del obrador. Alguno de los obreros ha avisado a la Policía puesto que nos detienen en la ruta con un operativo impresionante. El entregador, así como vino solo se ha hecho humo. Nuestras armas están todas inutilizadas ex profeso pero sin embargo hay una persona muerta. Tiempo después es detenido el entregador. Uno de los operarios efectivamente lo conocía. En la comisaría le mostraron un álbum de modus operandi y lo ubicó enseguida. En su declaración ha alegado que concurrió coaccionado por nosotros y que disparó para evitar ser muerto. Usted está llamado a discernir lo ocurrido dictando sentencia dando por supuestas todas las cuestiones del veredicto”

VI.b. Una aproximación literaria (24)

Una puerta de acceso diferente al Caso n. 1 es reflexionar sobre su estructura textual. Esta aproximación permite determinar aspectos formales de su composición y encontrar ciertas relaciones de vinculación con elementos propios de las narraciones literarias.

En primer término, podemos sostener que los rasgos más generales del cuento literario se ven reflejados en este relato y son: extensión breve (276 palabras), acción concentrada (preparativos del robo, asesinato, fuga y detención) y reducido número de personajes (básicamente: entregador, obrero y narrador). “Para que exista narración, la previsible sucesión de acontecimientos tiene que ser alterada por algún hecho inesperado que provoque una desviación al curso normal de las cosas” (Bassols-Torrente, 1997: 172).

La organización interna del Caso n. 1 presenta un claro esquema narrativo, que se evidencia en las diferentes categorías que lo estructuran: 1) situación inicial, marco, orientación (obrador, día de cobro, informante), 2) complicación — desencadenante 1— (presencia no esperada del entregador),

(24) Aproximación realizada por la Profesora Cecilia Olocco.

3) reacción o evaluación (decisión de portar armas descargadas), 4) resolución — desencadenante 2— (asesinato del obrero y fuga), 5) situación final (detención de los integrantes de la banda) y 6) evaluación final (declaración del informante, que plantea que fue coaccionado y que actuó en defensa propia). El semiólogo Roland Barthes sostiene que, en todo relato existen dos unidades centrales: las funciones y los indicios. Las funciones pueden ser cardinales (núcleos, acciones básicas) y catálisis (acciones complementarias). Los indicios en general comprenden: los indicios propiamente dichos (remiten a crear una atmósfera, un carácter, un clima emocional) y las informaciones (sirven para identificar, para situar en el espacio y tiempo) (Barthes, 1997: 14-15).

El sostén lógico del relato Caso n. 1 está dado esencialmente por un conjunto de funciones cardinales, que van desde el encuentro de la banda, los preparativos, el asesinato, la fuga y la detención y que actúan como acciones centrales o núcleos narrativos. Los indicios propiamente dichos están representados, entre otros, por: “si las cosas son como (...)”; que genera, desde el inicio, un clima de duda y de cierta desconfianza; “a juzgar por el estupor que transmite su gesto”; “el entregador, así como vino solo, se ha hecho humo”, que confirmarían los recelos iniciales. Las informaciones estarían dadas por las referencias al día de cobro, monte, obrador, ruta, comisaría.

Podemos considerar que es una narración donde predomina la acción, con el planteo de una situación que se precipita rápidamente, donde los indicios tienen cierta presencia pero las informaciones están prácticamente ausentes, están simplemente citadas pero sin ningún aporte informativo interesante. En suma, la acción avanza sin dar lugar a descripciones que completarían el cuadro. El inicio del texto es “in media res”, comienzo que suele caracterizar a ciertos relatos literarios, es decir, en el primer párrafo comienza la trama, pero no así la historia, que se puede remontar a una instancia previa, a un pasado relativamente cercano. Este modo de narrar instala, desde el principio, una atmósfera de suspenso sobre lo que va a suceder y genera un centro de interés sobre el desarrollo de la trama.

Desde el punto de vista narrativo, podemos considerar que este relato presenta un final abierto, dado por la declaración del protagonista, que no cierra el texto sino lo abre a una nueva posibilidad de interpretación. Vale citar, de modo asociativo, la siguiente reflexión referida a ciertos finales de cuentos literarios:

“no termina con una resolución de la trama, sino que queda abierto, sin que se resuelva el asunto planteado, de manera que deja al lector en la incertidumbre acerca de lo que le sucede a los personajes una vez concluido el cuento, o porque no es necesario, o con el fin de que el lector imagine lo que podría seguir, o para que extraiga sus propias conclusiones a partir de lo relatado” (del Rey Briones, 2008: 68).

Otro aspecto a considerar es el papel del narrador; que en los cuentos literarios es un elemento básico, es la estrategia discursiva encargada de ordenar y conducir la historia. En este caso, el punto de vista del narrador corresponde al de un personaje secundario que actúa como un testigo privilegiado de los hechos que relata. Nos introduce en el escenario de lo que sucede a través de su mirada y asume una doble función: relatar y simultáneamente interpretar lo acontecido. La teoría literaria aporta los siguientes datos:

“en mayor o menor grado participa de la acción, pero el papel que desempeña es marginal, no central. Es el papel de un testigo”, “el narrador-testigo es, pues, un personaje menor que observa las acciones externas del protagonista”, “lo que hace el narrador-testigo es inferir (...) infiere observando gestos o siguiendo las huellas de la acción”; “puesto que es un personaje secundario que está en la periferia de la acción contada, puede alejarse aún más y mirar la acción en su conjunto, interpretando su significado, o puede acercarse pegando los ojos a los episodios y detalles más significativos” (Anderson Imbert, 1979: 79-80).

La narración del Caso n. 1 está estructurada en primera persona (seis párrafos) y tercera persona (tres párrafos), esta organización se evidencia en las formas pronominales y en las formas verbales (ejemplo 1° persona: nos-nuestras, tengamos-llevamos, 3° persona: su-le-lo, acomete, dispara, mostraron). Las narraciones en primera persona le dan al texto un tono de mayor verosimilitud, dado que incluyen una

manifiesta presencia del narrador en lo relatado, mientras que el uso de la tercera persona lo coloca en una posición más cercana a la del espectador. Podemos encuadrar esa alternancia de personas en el discurso con las siguientes palabras de Jorge Luis Borges: “confesar un hecho es dejar de ser el actor para ser un testigo, para ser alguien que lo mira y lo narra y que ya no lo ejecutó” (Borges, 1970: 111-112).

En cuanto al punto de vista es predominantemente fijo, dado que el narrador refleja lo que ocurre sólo desde su enfoque, su voz es lo que predomina. Incluso la declaración del protagonista está mediatizada por su palabra, es un discurso reportado a través de lo que se conoce como estilo indirecto: “en su declaración ha alegado que concurrió coaccionado por nosotros y que disparó para evitar ser muerto”.

El protagonista de la historia (el entregador), no es presentado en forma descriptiva, se lo conoce gracias a su conducta, es un personaje que atraviesa todo el relato. “El hecho de que haya por lo menos un actor estable en la secuencia narrativa favorece la necesaria unidad de acción” (Bassols-Torrent, 1997: 169).

En el caso N° 1 se presentan los hechos cronológicamente, en una temporalidad lineal progresiva y sin anacronías. El texto se ordena a través de los tiempos verbales, se utilizan tiempos pasados (pretérito perfecto simple: mostraron, concurrió, disparó y pretérito perfecto compuesto: ha avisado, ha alegado) y tiempos presentes (está, dispara, cae). El pretérito perfecto compuesto es una forma verbal que se usa para indicar la repercusión que tiene una acción en el presente, mientras que la utilización del presente produce la ilusión de que la narración y la acción tienen coincidencias en el tiempo; esto contribuye a dar actualidad a lo narrado. El texto presenta cierta artificiosidad en lo discursivo, que se manifiesta en la elección del vocabulario, con expresiones como: reconviniéndonos, gran poder intimidante, acomete, estupor, ex profeso, modus operandi, ha alegado, coaccionado. Esta situación evidencia la filtración de los recursos verbales del autor que se expresan en el texto y revelan su variante lingüística.

A modo de terminación pero no de cierre, podemos expresar que el texto de referencia, igual que las historias literarias, es “un relato que puede ser verosímil, aunque todo lo que cuenta haya sido inventado”.

VI.c. El caso 1 como evaluación de habilidades

El caso 1 es una narración concluida (25), en la que el narrador es una persona por fuera del proceso y de la prueba. Se trata, nada más y nada menos que el relato de uno de los acusados, los protagonistas del caso no son ni las partes y sus pedidos, ni los jueces ni los testigos, expertos o no. Sólo el relato de uno de los participantes y la información de los dichos del entregador. En las narraciones concluidas, una de las tareas más importantes del juez, escribir, relatar, con las decisiones implícitas que impone, queda soslayada. Más aún se soslaya la compleja relación entre el narrar un caso, valorar la prueba, responder a las partes. Las narraciones de los jueces sobre “hechos” no son casuales. La selección de aquello que se habrá de contar (por probado) incidirá sensiblemente en la forma de resolver al caso, de “interpretar” la Ley o de usarla. Por eso no es nada sencillo discriminar las cuestiones “de hecho” de las “cuestiones de derecho”, máxime cuando los “hechos” se prueban usando reglas “de derecho”.

En los casos ya contados, se impone al postulante a magistrado una fracción de la tarea que realiza el juez, no la más compleja ni relevante, sí la que ocasiona no pocos desvelos a las teorías. De este modo, pareciesen imponerse los intereses de las teorías jurídicas, por sobre las habilidades necesarias para ejercer un cargo o reducir estas habilidades a la resolución de los enigmas teóricos. ¿Cuánto importan las intenciones de los diversos protagonistas? ¿El exceso de uno de ellos se transmitirá a los demás?

El lenguaje con que se presenta el caso se aproxima al lenguaje literario, el análisis precedente lo demuestra, pero ¿será ese el lenguaje que empleará un juez en sus decisiones? El juez ha sido homologado al literato por filósofos de gran relevancia como Dworkin pero, no por la forma de escribir, no por

(25) En la “realidad” al Juez no se le presenta, en los casos que debe resolver “una narración única” sino muchas narraciones muchos relatos. Algunos (como las prisiones preventivas o las acusaciones) son verdaderos “meta relatos” pues se trata de relatos que se configuran a partir de otros (los relatos de las pruebas).

el lenguaje que emplee en sus sentencias, sino por el modo de argumentar, pues se lo piensa como una persona que escribe la página de una novela, que decisiones judiciales anteriores han ido escribiendo. También, ha sido comparado con los poetas, pero más por el peso que las emociones puedan tener en los razonamientos judiciales, que por otras razones. Ahora bien el escribir del juez, el fabricar historias, como lo has destacado Jerome Bruner, no es una faena menor pues pone en evidencia valores del juez, emociones del juez, intereses comunicacionales del juez y aún la vocación de ser controlado o no. Todo lo cual queda marginado cuando el postulante no debe “fabricar historias”, sino resolver enigmas. El relato del caso 1, escudriña detalles e intenciones de harto difícil prueba, de modo que muchos de los contenidos procesales quedan soslayados. Y no es un problema menor, ni infrecuente, el decidir cómo se probarán las intenciones de una persona que la teoría penal categoriza con certeza abstracta (26). La narración del caso 1, si bien es un relato verosímil, es un relato improbable, infrecuente, en general los acusados no ventilan en los Tribunales “la previa” de sus crímenes. En consecuencia las habilidades más indispensables, las que todos los días deberá evidenciar un magistrado no parecen ser evaluadas con semejante propuesta. Pareciese más que se evalúa al postulante a magistrado por el caso excepcional, el caso de laboratorio, aquél que pocas veces encontrará en su práctica profesional. Armas descargadas y un muerto por un disparo.

El caso 1 no alude a peticiones de las partes, pero las peticiones de las partes son las “enmarcan” y “limitan” el poder de decidir de un juez. Y el reconocimiento de estos límites posee particular relevancia pues decir “de más” o decir de menos” descalifica las decisiones del juez. Ahora bien, sin una trama de la argumentación de las partes ¿cómo podría valorarse el decir de más o el decir de menos?, ¿cuántas partes hubo?, ¿qué han reclamado?, ¿cuál ha sido la acusación fiscal?, ¿pidió para todos la misma calificación legal?, ¿calificó el hecho como tentativa de algún delito determinado?, ¿mencionó la “banda”?, ¿qué valor le otorgó al desistimiento?, ¿cómo interpretó la figura del homicidio en ocasión de robo o acaso se refirió al homicidio calificado por haber sido empleado para perpetrar otro delito?, ¿cuáles fueron los argumentos de las defensas?, ¿coincidieron?, ¿reclamaron acaso la nulidad del reconocimiento por haber partido de un “modos operandi”?, ¿reclamaron que no les fue notificado?

El caso así planteado no configura en modo alguno un veredicto. Los veredictos requieren resolver cuáles son los hechos probados, cuáles los modos de actuar de cada interviniente, discernir si existieron eximentes de pena, indicar cuáles serían las razones de atenuación o de agravación de la pena. Dictar una sentencia requiere el tratamiento de las cuestiones básicas de un veredicto: materialidad ilícita o cuerpo del delito, autoría, eximentes, agravantes, atenuantes. Y al no constituir el caso 1 un veredicto, poco sirve para evaluar las habilidades de quien debe decidir ineludiblemente esas cuestiones, es decir, el juez. El caso 1, tan buceador de acuerdos e intenciones de los participantes es, en cambio, un caso descarnado. Nada sabemos sobre las personas que han intervenido, ni sus roles efectivos, ni sus nombres, ni sus edades, ni sus nacionalidades, ni sus sexos, ni sus historias, ni sus ocupaciones, ni sus domicilios ni su estado psíquico. Mucho menos sabemos de la víctima, sólo que se trata de un obrero que quería defender sus pertenencias Tampoco, el caso 1 abunda en otros detalles significativos: ¿a qué hora ocurrió el hecho?, ¿de qué día y año?, ¿dónde estaba el obrador?, ¿cuántos obreros había?, ¿qué hacía el entregador? Descarnado y atemporal, este caso silencia nada más y nada menos que el ejercicio del poder del juez y sus razones, pues las sentencias implican no sólo decidir una calificación legal, sino fijar un pena.

Pareciese entonces que el poder del juez está sólo en la calificación de los hechos en base al valor que le asigne a los acuerdos, las intenciones y los conocimientos de las personas. Una reducción que impide advertir el modo como percibe a las personas de carne y hueso “hambreadas” de justicia, en la administración del dolor que implican las penas. En este caso se posponen las valoraciones del magistrado y se refleja el desinterés de las teorías por la pena y por las personas concretas que protagonizan el drama penal: el acusado y la víctima tan ignorados en Programas, Manuales y Tratados de Derecho Penal.

(26) Con categorías como culpa consciente, culpa inconsciente, culpa con representación, dolo directo, dolo indirecto, dolo necesario, dolo eventual, y que al analizar los delitos en particular agrupa bajo el rótulo tipo subjetivo.

Lo curioso radica en que aún para evaluar sólo las calificaciones legales el caso es insuficiente, porque sin fechas ni lugares del crimen ¿cuál podría ser la ley aplicable? y ¿cuáles los precedentes jurisprudenciales que podrían argumentar a favor de una u otra tesis?

VII. Continuará mañana

Imagino modos alternativos de programar capacitaciones para postulantes, de diseñar y validar pruebas de oposición, reglas claras y preestablecidas para evaluarlas. Pautas ideales sin duda y por tanto claramente insuficientes para asegurar decisiones afortunadas, porque será la forma de usar estas reglas, de ponerlas en práctica, la que cooperará con la felicidad de las decisiones.

El deseo de un estar mejor, o la expresión de un malestar, vuelven a poner en tela de juicio las virtudes de quienes participen en estos procesos.

Recuerdo a Atienza y sus virtudes judiciales, en especial la prudencia, y me pregunto: Si estas Virtudes son exigibles a los jueces, ¿cómo no habrían de serlo para aquéllos a quienes compete la responsabilidad de designarlos?

VIII. Bibliografía

- ANDERSON IMBERT, E. (1979). *Teoría y técnica del cuento*. Buenos Aires: Marymar.
- ATIENZA, Manuel (1993). *Tras la Justicia*. Barcelona: Ariel.
- (1998). “Virtudes Judiciales”. EN: *Claves de Razón Práctica Nro. 86 de Octubre*.
- (2003). “Argumentación jurídica y estado constitucional”. EN: *Revista Estudios Jurídicos. Anales de Jurisprudencia*. Tribunal Supremo de Distrito Federal.
- BARTHES, R.; ECO, H.; TODOROV, T. y otros (1997). *Análisis estructural del relato*. México: Coyoacán.
- BIDART CAMPOS, Germán (1999). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediar, Primera reimpresión, t. III. 269-270.
- BASSOLS, M. y TORRENT, A. M. (1997). *Modelos textuales. Teoría y práctica*. Barcelona: Eumo-Octaedro.
- BORGES, J. L. (1970). *El Informe de Brodie*. Buenos Aires: Emecé.
- BRUMER, Jerome (2003). *La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- CALVO GONZÁLEZ, J. (1998). *El discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*. Madrid: Tecnos.
- DEL REY BRIONES, A. (2008). *El cuento literario*. Madrid: Akal Literatura.
- DOMENECH, Ernesto E. (2003). “Programas Penales”. EN: *Revista Intercambios*, n. 6 septiembre. Disponible en: <http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/>
- (2004). *Casos penales. Construcción y aprendizaje*. Buenos Aires: La Ley.
- (2009). “Los penalistas y el nullum crimen. Dos textos para compartir y unas pocas reflexiones”. EN: *Revista Nuevo Derecho*. Colombia: Institución Universitaria de Envigado, Volumen 4, Nº 5, p. 99 a 110.
- El Programa de 1906, ISSN 1666-5457. En: <http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/>.
- (2010). “Entre imágenes y sentencias: Los jueces y el Castigo”, EN: Ernesto Domenech (coord.) e Iris La Silva (edit). *Temas de Derecho Penal, en homenaje a Guillermo J. Oviña*, p. 115 a 136. Buenos Aires: Librería Editora Platense. ISBN 978-950-536-225-7.

- *La selección de Magistrado y el caso en Intercambios*. ISSN 1666-5457. EN: <http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/>
- (2012). “Ética, Política y escritura de sentencias judiciales” EN: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP Año 9 nro. 42, 20012. ISSN 0075-7411.
- GEROSA LEWIS, Ricardo T. (2014). “El Consejo de la Magistratura en la Provincia de Chubut”. EN: *La Ley Patagonia*, Año 11, número 01, p. 1.
- GUILLÉN, Oscar P. (2001-2002). “Cómo se eligen los jueces en Salta. Proceso Selectivo. Las entrevistas. Dictámenes del Consejo de la Magistratura”. EN: *La Ley*, p. 528.
- HENDLER, Edmundo (2005). *El Lenguaje de los penalistas. Nueva Doctrina Penal* Buenos Aires: Editorial del Puerto.
- HERRERO, Álvaro y LÓPEZ, Gaspar -Asociación por los Derechos Civiles- (2009). “Acceso a la información y transparencia en el Poder Judicial”. Disponible en <http://siteresources.worldbank.org/PSGLP/Resources/accesoalainformacionytransparencia.pdf>
- KHÜNE PEIMBERT, Catalina (2006). *Lenguaje judicial y transparencia*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- LEONARDI, Celeste y RABINOVICH, Eleonora (2012). “Los jueces subrogantes en el Poder Judicial de la Nación”, EN: *ADC Serie Documentos de difusión*. Buenos Aires. p. 1.
- LEONARDI, Celeste (2013). “¿Cuánto demora la designación de jueces/zas en Argentina? Un estudio sobre los procesos de selección de magistrados en el ámbito del Consejo de la Magistratura y del Poder Ejecutivo Nacional”, EN: *Cuestión de Derechos*. Revista Electrónica. Nro. 5-segundo semestre 2013. Disponible en: www.cuestiondederechos.org.ar
- LOBOS, Juan Carlos. “El Consejo de la Magistratura del Chubut”. EN: *El Derecho*. T. 185, p. 1225.
- LYNCH, Horacio M y BIERZYCHUDEK, Laura (2005). “Designación de Magistrados y Perfil de Juez”. EN: *Estudios sobre la Administración de Justicia*. Buenos Aires: Fores.
- MAURINO, Gustavo y ORTIZ FREULER, Juan (2013). *Selección de Jueces en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Diagnóstico y Propuestas*. Buenos Aires: ACIJ. Disponible en: www.acij.org.ar/concur-sost/2013.
- MONTOLÍO DURÁN, Estrella y LÓPEZ SAMANIEGO, Anna (2006). *La propuesta didáctica en comunicación escrita llevada a cabo en la Escuela Judicial de España*. España: Universitat de Barcelona. Disponible en: <http://www.unizar.es/aelfe2006/ALEFE06/1.discourse/10.pdf>
- MUNNÉ Frederic. *Reduccionismos y decisiones implícitas en las decisiones judiciales*. En *Psicología y Ley*. España: Santiago de Compostela. Publicaciones de la Universidad de Santiago. Manual de Psicología Jurídica Barcelona.
- ZAYAT, Demián (2009). “Méritos y Política. La selección de jueces Federales en Argentina”. EN: *Premio Formación Judicial 2009*, Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires: EUDEBA. ◆

Fecha de recepción: 07-03-2015

Fecha de aceptación: 22-07-2015

Principio de legalidad estricta en materia penal. Breve historia y desvíos. El caso del terrorismo

POR RAMIRO PÉREZ DUHALDE (*)

Sumario: I. El principio de legalidad como primera barrera frente a la arbitrariedad del poder.— II. Nuestras disposiciones constitucionales.— III. Antecedentes de nuestro sistema constitucional.— IV. El régimen precedente.— V. Convencionalismo, división de poderes y legalidad en la obra de Beccaria.— VI. La realización del programa. Sus violaciones más frecuentes.— VII. Nuestro país.— VIII. Regulación del delito de terrorismo: meramente *un nomen iuris delicti*.— IX. Conclusión.— X. Bibliografía.

Resumen: Es menester recorrer con algún cuidado los antecedentes del principio de estricta legalidad en materia de represión penal por su indudable valor como garantía frente al poder punitivo estatal. Recordando su progreso desde la mera legalidad conquistada por la lucha popular en la República Romana, aunque la analogía no desaparecerá hasta que los postulados del Iluminismo y de la Revolución Francesa y su Declaración de 1789 impongan en gran parte del mundo la estricta legalidad. La magistral obra de Beccaria *Dei delitti e delle pene* debe recordarse pues aún tiene vigencia como programa para tratar estos importantes problemas. La Constitución Nacional argentina pertenece a ese linaje. Pero este principio que limita el ejercicio del poder ha sido reiteradamente vulnerado, en formas brutales algunas veces, más limitadamente en otras. Contemporáneamente, en la República Argentina, los casos más palmarios han estado relacionados a distintos escenarios internacionales. El (derogado) decreto-ley 17.401 de represión al comunismo, ha sido inconstitucional por su origen en un gobierno de facto y por penar el pensamiento político. Actualmente, las regulaciones acerca del terrorismo derivadas de la ley 26.734 presentan inconsistencias constitucionales que deben ser revisadas.

Palabras clave: derecho penal - principio de estricta legalidad - interpretación analógica - *crimen maiestatis* - artículo 41 quinquies del Código Penal.

Strict legality principle and penal law. Brief history and contemporary deviations. The case of terrorism

Abstract: *It's necessary to review the history of the strict legality principle related to penal law as this is one of the main guarantees available to citizens facing the State power. Recalling the progress made through popular fight for written law in Rome, though analogy was still allowed until the principles of Illuminism and the French Revolution on the 1789 Declaration of the Rights of Man and Citizen made it disappear. Strict legality since then became an effective rule in many countries all over the world. Beccaria's masterpiece Dei delitti e delle pene must be remembered as still a valid program to deal with this important criminal questions. Argentine Constitution belongs to that lineage. But this limit to the exercise of power has been violated over and over again. Grossly flouted sometimes, in limited extent in other opportunities. In relatively recent times in our country, the most prominent cases had been related to international scenery. The decreto-ley 17.401 (already repealed) aimed at suppressing the communism, was not only unconstitutional as was enacted by a de facto government, but for punishing political thought. Actually, regulation of "terrorism" through ley 26.734 shows constitutional inconsistencies that must be revised.*

Keywords: *penal law - strict legality principle - analogical reasoning in penal law - Argentine Penal Code, section 41.5.*

(*) Prof. Titular de Derecho Penal I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

I. El principio de legalidad como primera barrera frente a la arbitrariedad del poder

Rudolf von Ihering caracterizó bien en qué consiste el derecho: una perpetua lucha. Nada nos es dado para siempre. En cierta etapa de desarrollo de los pueblos, los litigios se decidían en un juicio por combate. Y así también, en alguna medida, podemos seguir considerando a nuestras “contiendas” judiciales. En los litigios de índole penal se agudiza este contorno notoriamente, tanto por la disparidad de los contendientes, como por los eventuales resultados de la disputa. El imputado tiene directamente al Estado como adversario. Pudiendo sumarse a la contienda el particular ofendido, con lo que sus antagonistas se duplican. En cuanto a resultados de la lid, pueden llegar a ser crueles.

Suelen difundirse abundantes casos donde —lamentablemente por cierto— los hechos no se investigan adecuadamente, o no se llevan adelante los procesos correctamente, con la secuela de la indeseada impunidad. Sin embargo, hay muchísimos otros, no publicitados con igual fervor, en los cuales se padecen graves consecuencias por la aplicación de las normas penales. Nuestras cárceles alojan mucha gente privada de su libertad. Algunos, en un modo y grado desproporcionados, por hechos menores. Lo que es aún más grave, y aunque se tratare de porcentajes relativamente menores, hay quienes sufren las gravosas consecuencias del sistema, sin ser responsables de ningún hecho. Una condena a un inocente a 5, 10 o 15 años de prisión es una irrupción gravísima en su vida, quizás equiparable a una condena capital por sus devastadores efectos. Aunque no se llegue a ser condenado, la mera existencia de un proceso penal dirigido contra quien no es responsable de hecho penal alguno, resulta un padecimiento y un riesgo de consolidación del error de apreciable gravedad.

El exceso punitivo y el error han sido siempre una profunda preocupación de quienes han examinado las prácticas penales con criterio racional. Los sistemas jurídicos han progresado para evitar ambos males —no sin períodos de graves retrocesos— junto con la evolución de las sociedades.

Pero habré de limitarme a examinar aquí, solo una de las herramientas esenciales, la primera lógicamente, para evitar el sometimiento arbitrario de las personas al aparato punitivo: el principio de estricta legalidad en la represión penal, uno de los postulados básicos del programa de reforma penal propuesto por el pensamiento de la Ilustración y el constitucionalismo, fruto de las revoluciones del siglo XVIII.

Para Jescheck (1993: 117), su génesis está en el movimiento de la Ilustración europea, por lo que tiene un origen político y no “jurídico-penal”. Reposo sobre las ideas de contrato, de una razón compartida entre los ciudadanos, y la arbitrariedad estatal como una perturbación irracional.

Soler (1987: 135-137) por el contrario, le otorga al principio una entidad mayor a la del mero origen político: “Asume el carácter de un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda hoy ser calificada como jurídica y no como un puro régimen de fuerza”. Disiente expresamente con lo sostenido por Kelsen en *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, en cuanto a que la retroacción de la ley (penal) es formalmente posible. Para Soler, sería “una ley tiránica”.

Si bien en el proceso penal existen intereses privados en pugna, las mayores dificultades en materia de legalidad se han planteado, en general, desde el poder, mediante leyes que se alejan de los principios constitucionales de la legalidad estricta en la descripción de la acción típica, o con la autorización de la analogía, o mediante interpretaciones sesgadas de normas regulares. Sin olvidar que las penas están sujetas a este principio, lo que implica que también con ellas se deben respetar los principios constitucionales que las rigen, como se examinará.

II. Nuestras disposiciones constitucionales

Me habré de limitar al examen de las normas constitucionales del ahora llamado Capítulo Primero (antes Único) de Declaraciones, Derechos y Garantías, recordando no obstante, que el artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional de la República Argentina —CN— confiere jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos, sin perjuicio de los tratados que no la tengan, pero que igualmente obligan y generan responsabilidad internacional a la República, en caso de inobservancia (Bidart Campos, 1998: 481).

La estricta legalidad en la represión penal, es lo que manda el artículo 18 de la CN, al ordenar que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. A la ley previa estableciendo el delito y la pena, se le suma inescindiblemente el principio de judicialidad de la pena. Legalidad estricta del delito y la pena, y judicialidad estricta para su verificación, son pilares fundamentales del sistema.

Ferrajoli (1997: 34, 36) sostiene que hay una necesaria correspondencia entre la forma en que debe cumplir el legislador con el principio de legalidad estricta al momento de dictar las leyes, y el modo en que los jueces deben aplicarlas al juzgar. Lo que posibilitará esta correspondencia es “el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas”. El “cognoscitivismo procesal” propio de un sistema garantista, se funda en la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias que también se asentará, por consiguiente, en hechos empíricamente susceptibles de prueba o refutación.

Las garantías de legalidad y judicialidad se integran con lo establecido en el artículo 19 de la CN. Con el “principio de clausura” que asegura que fuera de los mandatos o prohibiciones emanados de la ley, todo lo restante es ámbito de libertad humana, al ordenar la segunda parte de ese artículo que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Y con el denominado genéricamente “principio de reserva” que establece otro límite de suma importancia, tanto para la sanción como para la interpretación de las leyes penales, conocido específicamente como el principio de “lesividad”: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Nuestras efímeras Constituciones de 1819 y 1826 resultaban más claras en este aspecto. No hacían mención alguna a la moral, bastando la referencia al orden público y a los terceros: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden el orden público ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Todas estas garantías son precedidas por el principio de igualdad del artículo 16, CN: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley (...)”.

Cabe inferir pues que nuestro sistema constitucional requiere para la configuración de un hecho punible y su pena:

1) La existencia de una ley formal emanada del Congreso de la Nación para que una acción humana pueda ser incluida en el excepcional ámbito de lo prohibido y amenazado con pena (artículos 18 y 75, inc. 12, de la CN).

2) Que no se configure jamás por vía de una interpretación analógica de la ley sancionada, pues ello significaría no sólo la abolición de la garantía de la ley previa del artículo 18 de la CN y la facultad privativa de la ley para obligar o prohibir artículo 19 de la CN, sino la conculcación de la división republicana de poderes (artículo 1º de la CN), por cuanto el juez usurparía el poder del legislador.

3) Que la ley defina concretamente una “acción” humana. Tal es el umbral mínimo que fija el artículo 19 de la CN, puesto que declara ya exentas de la autoridad de los magistrados, “acciones” de ciertas características.

4) Queda por ende excluida cualquier otra caracterización para el delito que no constituya un tipo de “acción”:

* Por el origen étnico, social, o nacional; por religión, personalidad o elección sexual.

* Toda incriminación en función del actuar privado, no lesivo a terceros, como el consumo de sustancias alcohólicas, tabaco, estupefacientes.

* El castigo en función de modos de pensar, o de un presunto actuar sin definición típica ni lesión concreta: brujo/a, hereje, vago, malviviente, drogadicto, enemigo del pueblo, enemigo de la raza, comunista,

subversivo, terrorista (obviamente, es pertinente y debida la incriminación. Concretas acciones que usualmente integran el campo semántico de este término, que siempre son de alta ofensividad. Lo que debe evitarse es la mera rotulación de personas y adscribir consecuencias penales en función de ello).

* Deben quedar excluidos todos los mecanismos de injerencia penal similares, que continúen gestando sujetos punibles merced al mero impulso del sentido común. Ateniéndonos a tal tipo de conocimiento, mantenido durante miles de años, creeríamos que es el sol quien se mueve día a día alrededor de la tierra. Las impresiones pueden ser muy fuertes y convincentes, con gran peso social, pero absolutamente erradas. Durkheim (2001, "Prólogo") aconseja al experto "que tenga siempre presente en su cabeza que las formas de pensar a las que está más hecho son contrarias, antes que favorables al estudio científico".

5) La "acción" que la ley prohíba o mande, para poder constituirse en una obligación como establece el artículo 19 de la CN, debe ser una forma de conducta posible en dos sentidos. Para los hombres en general; y para cada uno en particular, atento sus capacidades y las circunstancias del caso. Lo que implica reconocer por imperio constitucional la culpabilidad como requisito de la pena.

6) La acción no ha de ser meramente inmoral, no obstante la referencia constitucional a la "ofensa a la moral pública". Las normas en general (y las morales en este caso) no pueden ser lesionadas como lo son los bienes jurídicos. La transgresión de normas merece sanción no por su mera infracción, sino por la lesión o riesgo concreto corrido por los bienes jurídicos empíricamente existentes por ellas protegidos.

7) La acción que se describa como punible debe tener efectiva capacidad de ser lesiva para bienes jurídicos —de titularidad individual o colectiva—.

8) La lesión deberá además resultar, en términos carrarianos, "políticamente dañosa". Esto es, que trascienda el mero interés individual. Como lo exige claramente la Declaración de 1789, sólo podrán incriminarse las acciones *nuisibles à la Société*. Bien entendido esto, en cuanto a la aludida trascendencia colectiva. De allí, por caso, que el mero incumplimiento contractual, si bien lesiona un derecho, no podrá el legislador incriminarlo.

9) Las acciones, los bienes jurídicos, la lesión y la relación entre ellos, deben ser empíricamente comprobables, como única manera de posibilitar la comprobación judicial previa a la imposición de la pena como exige el artículo 18 de la CN.

10) La incriminación sólo es admisible si es estrictamente necesaria. Es decir, que no exista otro medio jurídico eficaz para evitar o reparar la lesión al bien jurídico protegido. Las normas civiles, comerciales, administrativas, de defensa del consumidor, de protección del ambiente, etc., razonablemente deben ser las únicas a aplicar en la medida que sean suficientes para restablecer el orden jurídico lesionado por la infracción.

11) Este requisito de necesidad y la lógicamente previa aplicación de otras normas para componer el conflicto, confieren al derecho penal, su carácter de *última ratio* del ordenamiento jurídico.

12) Así como la acción, también la pena requiere la estricta definición previa mediante ley formal por imperio del artículo 18 de la CN.

13) Ese precepto constitucional dispone el principio de humanidad para las penas:

* La "abolición para siempre" de la pena de muerte es ahora absoluta en nuestro orden jurídico. Si bien estaba en la norma constitucional limitada la pena de muerte "por causas políticas" —y en consecuencia permitida para los comunes— fue abolida en el Código Penal de 1921 y finalmente en el Código de Justicia Militar en el año 2008 por su derogación (1), hacen que su restauración en la

(1) Ley 26.394: Deróganse el Código de Justicia Militar y todas las normas, resoluciones y disposiciones de carácter interno que lo reglamentan. Modifican el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación. Sancionada: agosto 6 de 2008. Promulgada: agosto 26 de 2008.

República esté prohibida por el artículo 4.3° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”.

* Prohibiendo toda aquella que sea cruenta en cualquier aspecto: aboliendo para siempre la tortura y los azotes. Ninguna pena podrá tener características que lleguen a parecerse a estas viejas formas sádicas de castigar. Aquí la analogía *in bonam partem* sí tiene amplio campo de desarrollo. Y lamentablemente, no meramente analógica. El artículo 18 de la CN indica una clara manda constitucional no sólo de humanidad, sino también de progresividad en el sistema pena, que hoy resultan especialmente aplicables a la ejecución de las penas más gravosas que conserva el sistema, las restrictivas de libertad, que deben estar exentas de todo contenido mortificante que no sea propio de la consistencia misma de dicha especie.

* La cláusula final del artículo 18 de la CN ordena no sólo que las “cárceles” sean lugares sanos y limpios, sino que también prohíbe toda medida de mortificación. Si bien el constituyente no se refiere aquí a la privación de libertad como pena, sino tan sólo a lugares donde se alojaban procesados, sus mandatos son sin duda plenamente aplicables a todo tipo de privación de libertad por disposición estatal.

* Debe agregarse que es claramente equivocado interpretar que esta norma constitucional prohíbe en nuestro sistema jurídico las penas privativas de la libertad. Al mandar que la “las cárceles de la Nación serán (...) para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”, se está refiriendo la Constitución a lugares destinados a “detenidos” —como ella misma dice—, que lo están provisoriamente durante el proceso. Asimismo, interpretar que prohíbe la privación de libertad como castigo, sería admitir un grave contrasentido en la misma norma que, simultáneamente, admitía la pena de muerte como posible castigo para delitos comunes.

* Beccaria (1955, p. 230) utiliza la palabra “cárcel” en el sentido indicado anteriormente: “es, pues, la simple custodia de un ciudadano mientras se lo juzga como reo”. Con un pensamiento absolutamente vigente, partiendo de la evidencia del carácter penoso de este encierro —no obstante no ser pena—, indica que ha de ser lo más benigno posible, tan sólo a los fines de “impedir la fuga o imposibilitar la ocultación de las pruebas de los delitos”, debiendo tanto el encarcelamiento como el proceso ser lo más breves que se pueda. Esta es una acuciante deuda que tiene nuestro sistema penal. En la provincia de Buenos Aires el 75% de quienes están privados de libertad no tienen condena firme. Las degradantes e inhumanas condiciones de alojamiento han dado lugar a una importante decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación urgiendo a la provincia a tomar medidas de distinta índole en los autos “Verbistky Horacio s/ hábeas corpus”.

* Reviste singular importancia la atribución directa de responsabilidad por estas infracciones que hace la Constitución “al juez que la autorice”. Son impensables autorizaciones expresas en tal sentido. Para que no resulte letra muerta esta fuerte directiva constitucional deberá ejercitarse por los jueces esta responsabilidad en un sentido consistente con las prácticas, necesidades y estándares contemporáneos, debiendo cumplir activamente el magistrado a cargo de la causa, con su rol de garante de la privación de libertad que ha dispuesto y/o controla.

* Quedan también prohibidas las penas excesivas, lo que se infiere a partir de la manda acerca de la confiscación de bienes, que “queda borrada para siempre del Código Penal argentino” (artículo 17, última parte, CN). El legislador debe cuidar en todos los casos, la proporcionalidad entre lesión y pena en cada delito, y comparativamente entre todos ellos.

14) Las penas, de conformidad con el principio de igualdad, no admiten distinciones derivadas del origen ni la posición social del autor, como establece la clara letra del artículo 16 de la CN, que no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, ni de ninguna otra índole similar. La fijación judicial de la pena dentro de las escalas legales —que ya no son fijas como inicialmente, en honor a la igualdad, pretendió el Código revolucionario francés de 1791— es una delicada tarea delegada a los jueces, que debe ser cumplida con el mayor cuidado y coherencia.

III. Antecedentes de nuestro sistema constitucional

El antecedente más notorio —tanto en lo ideológico como en la letra— de estas cláusulas constitucionales es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional francesa, el 26 de agosto de 1789, que en sus artículos V y VIII establecía los principios de legalidad, irretroactividad, lesividad y necesidad. Sólo podrían prohibirse las acciones dañosas a la sociedad; sólo la ley podía obligar o prohibir; debía ser previa; y únicamente debía pensarse lo estricta y evidentemente necesario (2). Esta Declaración de 1789 fue solemnemente ratificada en el Preámbulo de la Constitución de la República Francesa luego de la Liberación de la ocupación nazi, el 27 de octubre de 1946.

Bidart Campos (1998: 476) atribuye otro linaje a las cláusulas constitucionales examinadas. Sostiene que son sus “fuentes ideológicas” un abigarrado conjunto: el derecho natural tanto de origen greco-romano, como cristiano, racionalista, liberal, así como de fuente hispano-indiana, norteamericana y francesa. No por una mera cuestión cronológica son las citadas fuentes incompatibles. Nuestra Constitución pretende romper con la mayoría de los antecedentes mencionados. La ausencia de ley estricta limitando el poder, la esclavitud, la desigualdad, la tortura, las penas inhumanas, la confusión entre pecado y delito, están expresados tanto en los antecedentes greco-romanos, como en el régimen colonial y las prácticas inquisitoriales. En cuanto a las fuentes formales, sostiene seguidamente al autor arriba citado que “la filiación de la forma legal de la declaración es americana y no francesa, precediendo en varios años a la famosa declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de la revolución de 1789”. Seguramente al afirmar esto, lo hace en base a la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 (3). Basta con leerla para advertir que no hay normas parecidas a las que sientan el principio de legalidad como las examinadas en nuestra Constitución, que tienen origen en la Declaración francesa de 1789. No es ello de extrañar, atento la conocida diferencia entre el sistema jurídico continental y el *common law*, plenamente en vigor en el siglo XVIII.

En consecuencia, el antecedente constitucional argentino en esta materia no ha de limitarse a la Declaración francesa de 1789, sino que lo constituye también el programa de los pensadores de la Ilustración, brillantemente sintetizado y expuesto por el Marqués Cesare de Beccaria en su imperecedera obra *Dei delitti e delle pene* (4), que clandestinamente hiciera editar en 1764 en Livorno, a unos 300 Km. de Milán, su ciudad, para evitar así la persecución de la Inquisición (Laplaza, 1955: 122).

El punto de partida de su obra fue, precisamente, la inexistencia de ley. Abundaban, por el contrario, lo que el autor denomina las meras “opiniones” de “privados y oscuros intérpretes” (Carpzovio, Claro, Farinaccio) que las elaboraban libremente a partir de “(...) leyes de un antiguo pueblo conquistador, que un príncipe reinante en Constantinopla a doce siglos hizo recopilar, entremezcladas luego con los ritos longobardos (...)” (Beccaria, 1955: 173). Es decir, sobre textos romanos, con las modificaciones sobrevinientes desde la caída del Imperio hasta el siglo XVII, los comentarios de privados intérpretes se iban sumando como ley públicamente obligatoria. Sobre tal incierta base, producto del “sedimento de los siglos más bárbaros”, se decidía sobre la vida, libertad y fortuna de los hombres, con “opiniones” por las cuales los tormentos eran sugeridos “con iracunda complacencia” (Beccaria, 1955: 173).

(2) “Article V.— La Loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n’est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas.” “Article VIII.— La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.” Su texto oficial en <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#declaration>.

(3) Declaración de Derechos de Virginia de 1776 en: http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html.

(4) Me permitiré aquí un recuerdo personal. Estábamos en una reunión en la Sala del entonces Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de esta Universidad Nacional de La Plata, alrededor del año 1985 estimo. Nuestro maestro Dr. Guillermo J. Ouviña había invitado como disertante al reputado filósofo argentino Mario Bunge, autor —entre innumerables obras— de un librito ejemplar: La ciencias, su método y su filosofía. Y el exigente epistemólogo dijo sin titubear: “La obra de Beccaria (se refería a *Dei delitti e delle pene*) es lo único que puedo calificar como científico en materia jurídica”. No es poco el elogio.

IV. El régimen precedente

El pensamiento de la Ilustración y la acción revolucionaria de 1789 —sangrienta y convulsiva, por cierto— fueron un intento en gran medida exitoso, para superar las atrocidades acumuladas por el poder punitivo, desde los más despóticos momentos de la etapa imperial romana, a lo que se sumara el endurecimiento traído por las costumbres penales de los pueblos bárbaros vencedores, y el descarnado ejercicio de lo que se consideraba un derecho del soberano: el *ius puniendi*, regido por los correlacionados principios *quod principi placuit legis habet vigorem* y *princeps legibus solutus est*. Debe sumarse a ello el peso decisivo de la Iglesia y la Inquisición para completar el marco de atrocidades penales a los que la Ilustración y la Revolución quisieron poner fin.

En Roma, durante los comienzos de la República, la *Lex Valeria de Provocatione* (499 a.C.), que “sometió al requisito de la confirmación por la ciudadanía de las sentencias capitales pronunciadas por los magistrados”, marca el comienzo del derecho penal público en Roma y de un proceso penal más evolucionado. También en esa época las *Leyes de las XII Tablas* (451-449 a.C.), regulan algunos hechos penales fijando sus penas o imponiendo la composición obligatoria (Mommsen, 1999: 37). Ambas fueron importantes conquistas populares. Se las sanciona como fruto de la lucha de los plebeyos, para lograr superar la situación de profunda injusticia y desigualdad frente al patriciado, que comenzó en el 493 a.C. con la llamada “Secesión de la Plebe”, cuando decidieron retirarse al Monte Sacro. La negociación determina el retorno a la ciudad, con el compromiso de creación del Tribunado de la Plebe —con derecho a veto—, el Edilato y el *Concilium Plebis* (Beccerra Oliva, 1944: 51).

Sin embargo, no podemos de ningún modo pensar en términos de la legalidad y judicialidad contemporáneas. Mommsen afirma desde entonces que no podía haber en Roma ningún delito, procedimiento, ni pena, sin previa ley penal y procesal. Afirma, sin embargo, a continuación que “no quedó en manera alguna abolido con esto el arbitrio del magistrado: aún ahora podía éste castigar hechos no fijados como delitos por la ley sin atenerse a procedimiento alguno fijado de antemano por la misma y fijando la medida de la pena a su arbitrio (...) con lo relativo al derecho de guerra y de otra, con lo relativo al ejercicio de la coerción dentro de la ciudad” (Mommsen, 1999: 37). Debe recordarse que las normas del “derecho de guerra” las aplicaba el magistrado en cuanto dejaba el recinto de la ciudad; y los límites legales reseñados no se aplicaban tampoco a los no ciudadanos ni a las mujeres.

Ya en el Imperio, quedan abolidas las limitaciones republicanas por las cuales la condena a muerte necesitaba ser confirmada por los Comicios. Potestad permanente y no excepcional del Emperador. En cuanto a la pena aplicable, pese a la existencia de numerosas normas, finalmente compiladas en el *Digesto* de Justiniano (530-533 d.C.) cuyos Libros 47 y 48 llamados *Libri terribili* fueron precisamente dedicados al derecho penal, lo cierto es que tampoco el Emperador estaba limitado por ninguna de ellas: “Podía el emperador condenar a su arbitrio, y por lo tanto, podía imponer lo mismo una pena mayor que una pena menor de la señalada por la ley (...). La jurisdicción capital (5) fue restablecida nuevamente, y restablecida en términos amenazadores durante el Principado” (Mommsen, 1999: 178). Con lo que se evidencia un retroceso notable para las garantías penales de los súbditos del Emperador, sometidos a su voluntad, lejos ya de los cónsules republicanos, magistrados anualmente renovables que actuaban colegiadamente, limitados por la ley.

Mención especial merece la *Lex Iulia maiestatis* (6) (*Digesto*, Libro 48, Título 4). Tiene fragmentos bien distintos, probablemente acordes con la época de que provienen: la República y luego el Principado bajo Augusto. El fragmento 1, si bien comienza con el clásico ejemplo de una norma penal abierta (que más adelante se transcribe y analiza brevemente), continúa sin embargo, enumerando una serie de casos a modo de ejemplo: comete el crimen *maiestatis* quien permite que huyan rehenes, los que con hombres armados con dardos o piedras están en la ciudad (Roma), los que se arman contra la

(5) Es decir, la imposición de la pena de muerte.

(6) Hay dos *Leyes Iuliae maiestatis*: una de Julio César (46 a.C.) y otra de Augusto (8 a.C.).

República, los que ocupan templos o edificios, convocan al pueblo a la sedición, quienes pretenden matar a un magistrado del pueblo romano, quien da información o ayuda al enemigo.

Muy distinto son los agregados del Principado. En el fragmento 5 se sostiene que no comete este crimen quien repara una estatua vetusta y deteriorada del César, ni quien le pega a una estatua del César fortuitamente con una piedra que no tiró hacia ella, o quien vende una de ellas, no estando ya consagrada. Lo que implica que cualquier afrenta, material o verbal, a una estatua del Emperador sí constituía este crimen y podía merecer la muerte. En el fragmento 6 se considera que incurre en el crimen quien quemara una de ellas ya consagrada.

Pero es el fragmento 7, atribuido a Modestino, el que suele citarse como el ejemplo más acabado del exceso punitivo por parte del poder en favor de sí mismo. Trátase de meras palabras, meros dichos o conversaciones que se consideran suficientes para configurar este terrible crimen (terrible por su castigo capital). El comentarista recomienda inicialmente prudencia a los jueces, que no abran causas de este tipo por complacer al príncipe, sino cuando haya fundamentos verdaderos. Que deben sopesarse las conductas previas del imputado, qué hizo, qué puede esperarse que haga, qué salud mental tiene. Si tiene la lengua suelta, entonces no ha de castigársele y debe tratársele como un insano. Sin embargo, culmina estos razonables consejos con la famosa frase “*si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit vel ad exemplum legis vindicandum est*” (Digesto, L. 48.4.7.3). Es decir, aunque sea flojo de lengua y no sea de temer, si lo que dice resulta delito conforme la letra de la ley (“*vel ex scriptura legis descendit*”), o si analógicamente puede entenderse en ella comprendido (“*vel ad exemplum legis*”), debe ser castigado. Esta norma fue criticada enérgicamente por Montesquieu (1984, p. 226): nada hace más arbitraria la incriminación en materia de lesa majestad que cuando las palabras indiscretas son su materia. Pues los discursos están siempre sujetos a interpretación, y hay tanta diferencia entre la indiscreción y la malicia, “que la ley no puede someter a las palabras a una pena capital”. Una detallada discusión acerca de este fragmento del Digesto, con opiniones sobre posible interpolación y contrarias a que demuestre la efectiva utilización de la analogía en el derecho romano (opinión minoritaria) en Bauman (1980: 133).

Lo que sigue en la historia occidental luego de esta implacable maquinaria de defensa ilimitada del poder absoluto, superadas las vicisitudes de la caída del Imperio Romano de Occidente, es la instauración de nuevos reinos y la multiplicidad de centros medievales del poder. Más tarde, la posterior consolidación de las monarquías absolutas, que no habrán de apartarse del precedente analizado. La ley romana es recibida y modificada con las costumbres de los nuevos pueblos, sumando en muchos casos los excesos de ambas.

Una de las compilaciones legislativas premodernas más destacadas, es la *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC), que fuera promulgada por Carlos V en 1532, también conocida como *Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V*. Ya desde su tradicional título indica que la pena de muerte sigue siendo central. Una “*Halsgerichtordnung*” es una ley para el juzgamiento de crímenes capitales. Su denominación alude inequívocamente a la pena de muerte por decapitación o ahorcamiento (7) Se la considera el primer código de derecho penal común en Alemania. Pero no es un código en el sentido contemporáneo de la palabra. No sólo por contener tanto normas penales como procesales, sino porque su artículo 105 admite la aplicación analógica de la ley (Soler, 1987: 84). En aquellos casos en que los “jueces o consejeros” no encuentren en ella regulado el hecho o la pena, o no sea suficientemente clara o comprensible la regulación, deben consultar para conocer cómo juzga en ellos el Kaiser (8).

(7) “Hals” en alemán significa “cuello” de una persona.

(8) Artículo 105, CCC: “Item ferner ist zu uermercken, inn war peinlichen fellen oder verklagungen die peinlichen straff inn disen nachuolgenden artickeln nit gesetz oder gnugsam erklet oder verstendig wer, sollen richter und vrtheyler (so es zu schulden kompt) radts pflegen, wie inn solchen zufelligen oder vnuerstendlichen fellen, vunsern Keyserlichen rechten vnd diser vnser ordnung am gemessigsten gehandelt unnd geurtheylt werden soll, vnd alssdann jre erkantnuss darnach thun, wann nit alle zufellige erkantnuss vnd straff inn diser vnser ordnung gnugsam mögen bedachte und beschriben werden” (Laufs, 2006: 144).

Benedicto Carpzovio, el primero de los tres juristas que como sinónimo del terror precedente, menciona nuestro iluminado marqués, había publicado más de cien años antes la *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium in Partes tres divisa*, que todavía tenía vigencia avanzado el siglo XVIII. Juez y profesor alemán, que vivió entre los años 1595 y 1666. Desde 1620 integró el tribunal conocido como “*Leipziger Schöffentuhl*” en dicha ciudad. También, ocupó otros puestos al mismo tiempo: entre 1645-1653 fue Profesor en la Facultad de Derecho de Leipzig. Desde 1653 hasta 1661, fue miembro del Consejo Secreto en Dresden. En 1635 publicó su mayor obra, la mencionada *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium in Partes tres divisa* que está muy relacionada con la *Constitutio* (Roth, 2008: 79).

Carpzovio fue el más relevante jurista protestante en Sajonia, un estado confesional luterano cuyo régimen jurídico contribuyó a edificar a partir del derecho de la Iglesia luterana, de la ley Romano-Canónica, del derecho común de Sajonia y del derecho imperial. Contribuyó a decodificar el régimen jurídico del estado confesional luterano. Construyó un sistema que incluía, naturalmente, entre sus delitos, la herejía y la brujería, y que prodigaba la pena de muerte. El derecho penal lo concebía como castigo por los apartamientos de la religión, y el príncipe como la mano ejecutora de Dios (Hunter, 2007: 41-42). Su obra y su práctica judicial se desarrollaron en un ambiente de tensa y fanática ortodoxia religiosa, en el marco de la devastadora Guerra de los Treinta Años (1618-1648), entre católicos y protestantes.

Su *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium in Partes tres divisa* es tanto un conjunto muy casuístico de delitos, como de terroríficos tormentos como medio procesal. Su catálogo de penas a partir de la Quaestio —Q.— CXXVIII: la de muerte a través de diverso métodos: *decollatio, suspendium, rota, suffocatio in aquis, combustio, dissectio in quatuor partes*, que puede ser agravada con: *Impositio trahae, Impositio cadaveris rotae, Adustio forcipum candentium, Contusio rotae, qua prius crura et brachia fanguntur*. En la Q. XXIX aparecen las penas criminales que no acarrear la muerte, los suplicios corporales no capitales: *fustigatio* que siempre llevaba como accesoria el *perpetuum exilium; abscissio duorum digitorum in perjuros aliquos; la manus amputatio; la membrorum extensio; la damnatio ad triremes, metallum, vel opus aliud publicum* (o sea, a galeras, a las minas u otra obra pública).

En la Q. CXXX se ocupa de las *Poenarum civilium: multa, carcer, relegatio*; en la Q. CXXXV se mencionan las siguientes: *servitus poenae, confiscatio bonorum, infamia rei delinquentis*. En cuanto a la regulación de la tortura, la Q. CXVI dispone en la primera regla que si el crimen es leve, si existen presunciones graves y semiplena prueba, y si el sospechado (sin tortura) los ha negado, puede el juez aplicarle una pena según su arbitrio. En la tercera regla dispone que en los crímenes atroces, habiendo indicios y negando el sospechoso, debe ser sometido a tortura.

Fuerza es agregar que los horrores de la persecución herética no fueron patrimonio exclusivo de la Iglesia Católica, como suele creerse. Carpzovio era un protestante luterano, que disponía de un variado y cruel repertorio de penas y vagos “delitos” para ello.

V. Convencionalismo, división de poderes y legalidad en la obra de Beccaria

No es extraño el horror manifestado por Beccaria ante este catálogo interminable de atrocidades recomendadas y practicadas. La base del nuevo sistema, por el contrario, será la legalidad estricta, acompañada de la mayor benevolencia posible en materia de penalidad. No será ya el delito una afrenta a Dios, y el Príncipe su delegado para castigarlo como pretendía Carpzovio. Es el quebrantamiento de un pacto o convención entre los hombres, manifestada en la ley, que obliga a todos, aún al gobernante. Por lo que implica —al menos como programa— la sujeción del poder público a la ley: “Esta obligación, que descende desde el trono hasta la cabaña y que enlaza igualmente al más grande y al más miserable de los hombres” (Beccaria, 1955: 185).

Con justicia sostiene Ferrajoli (1997: 868) refiriéndose a la Revolución Francesa y su legado: “Probablemente no se ha dado en la historia ninguna revolución político-institucional tan radical”.

Distinta es por cierto, la opinión de Foucault (2002) de los logros alcanzados por el Iluminismo y la Revolución. Caracteriza los cambios meramente como el pasaje de lo que denomina “la sombría fiesta

punitiva” o “espectáculo punitivo” hacia una “economía del castigo”. Una forma nueva de dominación, de disciplina sobre los cuerpos y particularmente sobre el “alma”, nuevos saberes, y expansión de ese saber y poder disciplinario perfeccionado en ciertas instituciones (el hospital, la milicia, la cárcel, la escuela). Una dominación menos visible y más efectiva; es decir, describe un retroceso.

La notoria diferencia de opiniones entre el ya citado Ferrajoli y Foucault acerca de los logros del Iluminismo forman “parte de la controversia sostenida entre quienes ven en las ideas regulativas de la razón o bien ilusiones que hay que erradicar definitivamente del discurso logocéntrico de Occidente o bien ideales irrenunciables de la verdad teórica y práctica (...) cuestionan el proceso de racionalización occidental (...) el postestructuralismo francés e italiano, a través del pensamiento genealógico de Foucault y el hermeneuticismo nihilista de G. Vattimo (...) y en general todos los pensadores que (...) se autocomprenden como posmodernos (...). Muchas corrientes filosóficas de la actualidad concuerdan con el pensamiento posmoderno en la crítica de la Ilustración y de la racionalidad (...). No obstante, hay pensadores que se resisten a aceptar los planteos posmodernos. Karl Otto Apel y Jürgen Habermas se cuentan entre los escasos filósofos que se han opuesto firmemente a los planteos y a las soluciones posmodernas” (Michellini, 2009: 52).

La revolución de 1789 marca el nacimiento de lo que Ferrajoli llama “derecho moderno”. En el “pre-moderno”, las fuentes eran doctrinales y jurisprudenciales, aunque no faltasen los estatutos o leyes. Pero ninguna de ellas limitaba el poder del soberano. Esto es lo que el derecho revolucionario francés quiso evitar.

Beccaria (1955: 175/176-183) expresó con toda claridad y sencillez, el programa revolucionario. El punto de partida de su crítica, como viéramos, era la ausencia de una ley clara y acotada que guiase a un pueblo de hombres libres. Y la clave de su construcción es también la ley. Pero sólo aquella que deriva de pactos entre los hombres: “puras convenciones humanas”. Si bien también señala nuestro autor, que existe la ley revelada y la ley natural, las separa netamente de la ley civil ya que “no todas las consecuencias y los deberes que resultan de una de ellas resultan de las otras”. Explica que es “importantísimo separar lo que resulte de esta convención (...) de los hombres pues tal es el límite de aquella fuerza que puede legítimamente ejercitarse de hombre a hombre”. Acerca de la titánica tarea de separar el poder religioso del estatal, se apresura a aclarar que de ningún modo deben “suponer en mí principios destructores de la virtud o de la religión”.

De poco le valieron estas y otras explicaciones dadas (en su *Respuesta* a Facchinei) pues la obra, no su autor, el 3 de febrero de 1766 fue incluida en el *Index Librorum Prohibitorum* de la Iglesia Católica (Laplaza, 1955: 157).

El uso del poder punitivo debe ser restringido: “Toda pena que no derive de la absoluta necesidad, dice el gran Montesquieu es tiránica” (Beccaria, 1955: 183). Aparece aquí un mandato decisivo dirigido al legislador, tal como quedó establecido en el artículo VIII de la Declaración de 1789: “La ley no debe establecer sino las penas estricta y evidentemente necesarias”. Principio que hereda nuestra propia Constitución, expresado en el primer párrafo del artículo 19, y en la decisiva limitación y prohibición de penas del artículo 18 de la CN.

Agrega que no solo ha de limitarse la incriminación a los casos de estricta necesidad, sino que la pena debe tener como base de su medida “el daño causado a la sociedad” (Beccaria, 1955: 198). Su finalidad no es la de atormentar al reo o dejar sin efecto el delito cometido —tarea imposible—, sino “impedir al reo que ocasione nuevos daños a sus conciudadanos, y disuadir a los demás de hacer como hizo aquél” (Beccaria, 1955: 209).

La pena debe ser la menor posible, pues eso es lo único que razonablemente pueden querer los hombres cuando acerca de ello pactan.

Pero igualmente el sistema habrá de ser eficaz: la pena debe seguir lo más pronto posible al delito “de modo que insensiblemente se considere la una como causa y la otra como efecto necesario e ineludible”

(Beccaria, 1955: 232). Ante estas razones expresadas en 1764, todavía novedosas, resulta casi imposible no pensar en el funcionamiento actual de nuestro sistema: penas en continua elevación, agravantes genéricas, que tornan aún más gravosas las ya altas penas amenazadas, ineficacia general del sistema, y resultados opresivos para los que en forma más o menos aleatoria caen en él.

Este principio de legalidad y humanidad es pensado en función de un gobierno con división de poderes. No es todavía un planteo plenamente republicano. No debe olvidarse que estamos aún lejos de 1789 (un cuarto de siglo antes) y la Lombardía estaba bajo la dominación austríaca de la Casa de los Habsburgo.

Los poderes que menciona son el “legislador que representa a toda la sociedad unida por un contrato social” (Beccaria, 1955: 185). Por esa misma representación social que le atribuye, es quien puede establecer las leyes. Poco más adelante le llama “el soberano que representa a la sociedad misma”. Pero quien juzga debe ser distinto, el “magistrado (...) un tercero que juzgue sobre la verdad del hecho” (Beccaria, 1955: 186). Poco más adelante también les llama “jueces” (1955: 187).

En definitiva, el legislador o soberano dicta la ley. El juez, como tercero entre soberano y reo, las aplica, “cuyas sentencias sean inapelables” (Beccaria, 1955: 186). Detalle no menor pues implica la independencia del poder judicial. En el régimen anterior, tales apelaciones “devolvían” —como enseñan los procesalistas— la jurisdicción al soberano, de quien en mera delegación por división de funciones (y no de poder) la habían recibido los jueces.

También es parte esencial del sistema, la igualdad y un estricto respeto a la ley por todos.

Más arriba se ha recordado el fuerte y expresivo concepto del autor acerca de la igualdad: “Esta obligación, que desciende desde el trono hasta la cabaña y que enlaza igualmente al más grande y al más miserable de los hombres” (Beccaria, 1955: 185).

La igualdad ante la ley es, en definitiva, su universal y pareja obligatoriedad. Se le debe someter al mismo soberano, a cada ciudadano y muy especialmente, al magistrado.

En esta férrea sujeción finca el repudio a la interpretación de las leyes, que es vista como una desobediencia en definitiva. Sostiene Beccaria que la ley sólo debe ser “aplicada” por un juez, nunca “interpretada”, pues ello sería traicionar sus mandatos. Deberá limitarse el magistrado a “examinar si determinado hombre ha incurrido o no en acción contraria a las leyes” (1955: 187). Lo hará mediante el famoso silogismo judicial: 1) la premisa mayor, es la ley general; 2) la menor, la aserción (fundada de la prueba reunida en el proceso) de si el hecho descrito por la ley ha existido o no; y, en su caso, quién es su autor; 3) la conclusión, la pena o la absolución.

El juez, como quería Montesquieu (1984: 194) será sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley: “*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*”. Beccaria sostiene, en igual sentido, que no puede el juez acudir a buscar razones en el llamado “espíritu de la ley”, ni a filosóficas nociones de lo justo o lo injusto para apartarse de su letra. Ello sería motivo de los peores desórdenes. Por lo demás, la ley debe ser clara, escrita en lenguaje conocido por el pueblo, y en códigos que lleguen a su alcance (Beccaria, 1955: 188).

Esta idea iluminista en alguna medida, ha desconocido las dificultades que plantean los textos y el desentrañar su significado. Nada distinto al problema que se plantea en todo sistema simbólico, que necesariamente requiere de un intérprete para decodificar los significados. Pero no debe extremarse el señalamiento de la dificultad, hasta tornar a toda obra legislativa como un texto ilimitadamente abierto, que puede dar lugar a cualquier interpretación. Muy por el contrario, los textos legales penales, por mandato constitucional, deben ser diseñados de la manera más estricta para que resulten lo más unívocos que sea factible.

Se pronuncia también contra la pena de muerte (con la sola excepción de que el ciudadano “comprometa la seguridad de la nación (...) en momentos en que la nación pierde o recobra su libertad, o

en los períodos de anarquía, cuando los desórdenes mismos reemplazan a las leyes” (Beccaria, 1955: 253); contra la tortura de la manera más enfática y fundada, considerándola una absurda derivación “de las ideas religiosas y espirituales” (Beccaria, 1955: 221). Sostiene que este infame método —de investigación por un lado, y de pena anticipada por otro— es herencia del bárbaro sistema de los *juicios de Dios*, donde las cuestiones judiciales quedaban libradas al azar de las pruebas del fuego, del agua hirviendo o las armas. El resultado es pésimo, tal como con aquellos métodos: “el inocente sensible se proclamará culpable cuando crea que con ello hará cesar el tormento (...) de dos hombres igualmente inocentes o culpables por igual, el robusto y valeroso será absuelto, y el débil y tímido condenado (...) una consecuencia extraña que deriva necesariamente del uso de la tortura es que el inocente queda en peor condición que el culpable (...) resistiendo la tortura con firmeza, debe ser absuelto como inocente, (...) el inocente solo puede perder (por ser torturado y condenado o solo torturado), (...) mientras que el culpable puede ganar” (1955: 222-225).

VI. La realización del programa. Sus violaciones más frecuentes

El constitucionalismo francés y el de los Estados Unidos de América se difunde, así como la codificación penal (9), condición necesaria para la efectividad de los principios constitucionales. Nuestro país, sometido colonialmente a España hasta 1810, continúa durante décadas con un sistema penal premoderno de ella heredado. Dicta su Constitución en 1853. Recién logra darse un Código Penal que permite cumplir con el principio de legalidad allí establecido en 1886. Se renueva decididamente con el de 1921, y en torno a éste, surge la moderna doctrina penal argentina, con fuerte influjo de la alemana. Actualmente se está impulsando la completa sustitución del Código vigente. Pues no solo ha sido objeto de innumerables e inarmónicas reformas, sino que se han dictado además, numerosas leyes especiales y complementarias que lo han desdibujado. En el “Informe Técnico” del *Anteproyecto de Código Penal de la Nación* de 2014, elaborado conforme por lo dispuso el decreto del Poder Ejecutivo Nacional —PEN— 678/2012, se contabilizan 337 normas que de una u otra manera lo han afectado.

¿Cómo deberá hacer el legislador para cumplir con el propósito de un Código que pueda acercarse al modelo de la estricta legalidad?

El primer paso es, precisamente, la codificación. Con sus implicancias de sistematicidad y unicidad: los ciudadanos —o mejor aún, los habitantes del país— podrán así conocer con exactitud los límites de lo permitido.

En segundo lugar, tales límites han de marcarse mediante la acuñación de tipos penales. Lo explica quien precisamente introdujo este término en la moderna dogmática penal, Ernst von Beling (1944:§15) recuerda que en la práctica penal anterior al siglo XVIII, el juez tenía excesivo poder. Podía castigar cualquier acción, bastando que fuera antijurídica y culpable, y le imponía una pena arbitraria. Por ello, para establecer una elemental seguridad jurídica, era preciso delimitar con exactitud dentro del campo de lo antijurídico y culpable, cuáles conductas iban a ser consideradas punibles: “Así logró expresión un valioso pensamiento: el de que sólo ciertos modos de conducta antijurídica (los “típicos”) son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública”.

De todos modos, no basta con la ley previa y la acuñación de tipos. Depende del modo en que éstos se redacten, si van a cumplir o no con la función de garantía que le es propia y señalada por mandato constitucional. Como se ha visto anteriormente, la exigencia básica es que se describa un concreto y

(9) El 6 de octubre de 1791 se dicta el primer código penal revolucionario francés. No solo se reducen drásticamente los casos de pena de muerte, que tiene una sola forma de ejecución —decapitación— y sin torturas, sino que también dispone que no habrá penas perpetuas, ni marcas con hierros candentes (ambas las reintroduce el código penal napoleónico de 1810, mucho más riguroso), desincrimina los llamados “crímenes imaginarios”: la herejía, lesa majestad divina, sortilegios (o adivinaciones) y magia. Notablemente también, desincrimina la homosexualidad. Puede consultarse su texto íntegro en http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm Puede también consultarse por antecedentes de este código el sitio oficial http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/debat_1791.asp.

delimitado tipo de acción lesiva, mediante un verbo que individualice una acotada y verificable acción u omisión humana, con capacidad para vulnerar un bien jurídico merecedor de protección.

A las exigencias constitucionales ya enumeradas, debe agregarse el cuidadoso uso de las palabras en la ley y una correcta sintaxis, de manera de dejar el menor lugar posible a términos vagos, ambigüedades semánticas o sintácticas.

Deben evitarse también palabras o expresiones que remitan a valoraciones morales, cargadas de cualquier connotación emotiva.

Recordar también que si bien el lenguaje del derecho no es estrictamente formal, tiene un alto grado de tecnicismo que debe ser escrupulosamente respetado y coherentemente articulado en el Código mismo y con el resto del ordenamiento jurídico, con el que ha de integrarse interpretativamente: “*In-civile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel responderi*” (Celso, Díg. 1, 3, 24).

Sin embargo, no han bastado las doctrinas ni las constituciones. El poder es reacio al sometimiento a la regla de derecho y la autolimitación.

Como ejemplos de lo que no debe hacer el legislador se señala el *Crimen maiestatis* romano: *Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum Romanum vel adversus securitatem eius committitur* (10). Es decir, el crimen de lesa majestad también es todo aquello que contra el pueblo romano o su seguridad se ha cometido. Si bien hay un verbo, está en voz pasiva, no describe ninguna acción cometida en concreto, sino vagos resultados. Con lo que no se definen ni la acción ni el resultado de la misma.

Lo mismo sucede con una disposición de la efímera República Soviética de Munich en 1919: “Se castiga toda infracción de los principios revolucionarios. La clase de pena queda al libre arbitrio del juez”. O con el artículo 2º del Código Penal alemán, con su reforma nazi de 1935: la lesión al “sano sentimiento del pueblo alemán” autorizaba al juez a castigar con la aplicación de una ley que considerase aplicable por analogía (Jescheck, 1993:115). Debe advertirse que con una norma como ésta, no se introduce simplemente una incriminación indebida, sino que se destruye todo un sistema, ya que todos sus tipos son abiertos a través de la analogía autorizada.

El común denominador de estos clásicos ejemplos pasa por la utilización del derecho penal como instrumento del mantenimiento del poder político, y no precisamente por la tutela del derecho de los ciudadanos. Es ésta la principal fuente de desvíos del principio de legalidad, aunque no la única.

Examinaremos ahora algunos casos pasados y actuales de nuestro país.

VII. Nuestro país

Me limitaré a citar un caso pasado y analizar brevemente uno actual, como ejemplos de nuestros propios errores, que sin duda son más que éstos. No entrará en este análisis, por ser claramente una cuestión distinta, el abandono de la ley y el horror de la dictadura militar de 1976-1983.

Estos dos casos argentinos —el derogado decreto-ley 17.401 (1967) de Represión de Actividades Comunistas; y la ley 26.234 (2011) que introduce una agravante genérica para delitos con finalidad terrorista— demuestran, además, la vinculación entre derecho penal nacional y el plano político internacional.

El primero corresponde a la época de la denominada “Guerra Fría”, posterior a la Segunda Guerra Mundial. Durante la dictadura militar que iniciara el General Juan Carlos Onganía, se dictó el decreto-ley 17.401, sancionado y promulgado el 22 de agosto de 1967. Es este un caso de abierta violación al

(10) D.48.4.11. Texto según la versión de Mommsen disponible en el sitio de la Universidad de Grenoble, Francia, <http://droitomain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-48.htm#4>.

principio que prohíbe castigar el pensamiento. Ninguna de las normas requería una acción lesiva. Establecía en su artículo 1º que serían “calificados como comunistas (...) las personas físicas o de existencia ideal que realicen actividades comprobadas de indudable motivación ideológica comunista”. Con el resultado punitivo de las inhabilidades que para ellos preveía el artículo 6º: obtener ciudadanía, desempeñar cualquier cargo público, ejercer la docencia en cualquier ámbito, obtener becas o subsidios estatales, operar como radioaficionado o tener emisoras radiales o televisivas, imprentas o editoriales, producir explosivos o armas, adquirir inmuebles en zonas de seguridad, representar o dirigir asociaciones gremiales o profesionales. Sus artículos 11 y 12 amenazaban con prisión hasta 6 años a quien “con indudable motivación ideológica comunista” realizara “una actividad” “tendiente a propiciar, difundir, implantar, expandir o sostener el comunismo”. Había unos cuantas disposiciones legales más (no podemos llamarles “tipos penales”, por cierto) del mismo tenor: pletóricos de elementos subjetivos, desde la “motivación” a la “finalidad”, que abarcaban cualquier “actividad” posible; y en definitiva, una pura persecución ideológica. Esta norma tampoco requería lesión efectiva alguna, que no fuese la difusión de ideas. Sólo podía encontrarse algo similar a un delito en la figura calificada del artículo 22 que requería violencia, intimidación o la mera “perturbación de la tranquilidad pública”. Pero está claro, que cualquier acto callejero de proselitismo, inmediatamente perseguido por la policía, se constituiría en una profecía autocumplida de la existencia de este “delito”. Esta ley fue la versión local del macartismo que tan fuertemente afectó a los Estados Unidos. Esta norma quedó derogada con el advenimiento del régimen democrático en 1973.

La política internacional cambia bruscamente de eje, luego de la caída del Muro de Berlín en 1989, iniciando el derrumbe del modelo soviético, que culmina con la disolución de la URSS en diciembre de 1991. Adviene una inicial hegemonía estadounidense, celebrada por la extraña tesis del “fin de las ideologías y de la historia”. Nuestro país no fue ajeno a estas cuestiones. La República Argentina en 1990 participa (solo con apoyo logístico) mediante el envío de naves y personal de la Armada Nacional en la denominada Guerra del Golfo Pérsico, formando parte de una coalición internacional liderada por los Estados Unidos. En 1992 un feroz y criminal atentado con explosivos destruyó íntegramente la Embajada de Israel en Buenos Aires, con un saldo de 29 muertos y más de 200 heridos. En 1994, en otro cruento ataque con explosivos, se destruye la sede de la AMIA (Asociación Mutual Israelita Argentina) dejando un saldo de 85 muertos y más de 150 heridos.

A partir del año 2000 se comienza a legislar en nuestro país sobre el “terrorismo”. En realidad, tan sólo sobre los alcances o campo semántico de la palabra, pues nuestro Código Penal contaba ya con normas penales sobre esos hechos, aunque no los llamase de ese modo. Pero se necesitaba la palabra. Al principio tuvo un alcance legalmente definido con precisión, pero luego, con los sucesivos cambios legislativos desapareció el significado legalmente asignado, y siguió utilizándose la palabra sin su campo semántico acotado de ningún modo, que no fuera el del consabido temible sentido común, quebrantando así los principios de estricta legalidad y de judicialidad como se explicará.

La ley 25.241 (de 2000) en su artículo 1º definía como “hechos de terrorismo” a las “acciones delictivas cometidas por integrantes de asociaciones ilícitas u organizaciones constituidas con el fin de causar alarma o temor, y que se realicen empleando sustancias explosivas, inflamables, armas o en general elementos de elevado poder ofensivo, siempre que sean idóneos para poner en peligro la vida o integridad de un número indeterminado de personas”. Si bien el elemento subjetivo final (“causar alarma o temor”) resultaba vago, ya que todo delito los causa y precisamente por eso son delitos, el campo de las “acciones delictivas” estaba razonablemente acotado por las exigencias legales acumulativas de la norma transcrita. Coincidió con (pero no se limitaba a) los tipos contenidos en el Título VII del Código Penal, que tutelan la Seguridad Pública. También remitía la definición a la asociación ilícita calificada definida por el artículo 210 bis del CP. (actualmente, artículo 210, inc. 2º, CP, conforme Digesto Jurídico Argentino, ley 26.939).

Algunos años más tarde, la ley 26.268 (2007) introduce en el Código Penal un nuevo Capítulo VI denominado “Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo” dentro del Título VIII de Delitos contra el Orden Público. Su artículo 9º deroga la definición de terrorismo que contenía el

artículo 1º de la ley 25.241, remplazándola con el tipo penal del artículo 213 ter del CP que esta ley incorpora al Código Penal (11).

VIII. Regulación del delito de terrorismo: meramente un *nomen iuris delicti*

En 2011 se dicta la ley 26.734 denominada sencillamente “Modificación” (al Código Penal), siendo que se ocupa del gravitante tema del terrorismo y su financiación, e introduce cambios normativos claramente alejados de los principios legislativos aceptados en materia penal. Se ha reemplazado lo que debería ser un tipo penal por el mero *nomen iuris delicti* correspondiente, incorporado por añadidura en una norma de las Disposiciones Generales de nuestro Código.

El artículo 3º de esta ley, crea una agravante genérica que duplica las escalas penales en su mínimo y en su máximo. La establece para aquellos delitos cometidos con “la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo”, (artículo 41 quinquies, hoy 7º y último párrafo del artículo 41 del CPen. conforme ley 26.939 DJA). La palabra “aterrozar” ya no tiene un correlato típico o definición legal que permita acotarlo. Pues el artículo 1º de esta misma ley deroga el artículo 213 ter del Código, que tipificaba aceptablemente aún el “terrorismo” mediante una acción delimitada por los medios empleados, y no insuficientemente por discutibles finalidades como lo es en el nuevo texto analizado.

En consecuencia, en esta tan delicada materia, no hay límite típicamente fijado para lo que pueda calificarse como “terrorismo”. Queda también abierta la frase “con la finalidad de aterrorizar a la población” a la libre interpretación judicial, con lo que cualquier delito del Código Penal puede ser así rotulado, con la grave consecuencia de la duplicación de la escala penal. Lo mismo sucede con la otra abierta finalidad del artículo 41 ú.p.: “obligar” a gobiernos o a agentes de organismos internacionales a hacer o abstenerse de hacer algún acto. En la letra de la ley podrían considerarse comprendidas exigencias de tono enérgico, acompañadas por huelgas, o bombas de estruendo, o cortes de rutas, dirigidas contra cualquier gobierno local o algún organismo internacional. También —desde otros sectores distintos— operaciones económicas de cierta magnitud y efectos, difusión masiva de determinada información.

Sobre esta inexistente base, se ha erigido un delito más. El artículo 213 del CP. (numeración ley 26.939 DJA) impone penas de 5 a 15 años de prisión y multa de 2 a 10 veces el monto de la operación, a quienes de uno u otro modo contribuyan a financiar delitos con las “finalidades” antes dichas.

Cabe pensar que las leyes anteriores —que tipificaban los actos de terrorismo mediante acciones caracterizadas por el uso de determinadas formas de organización, finalidades definidas y medios destructivos graves— resultaban un límite incómodo para la aplicación de las consecuencias penales deseadas. Para evitar sujeciones, se recurre a las meras finalidades subjetivas del artículo 41 *in fine* del CP, sin exigir ni modos de organización, ni finalidades objetivables, ni medios típicos de comisión.

Aun cuando pueda convenirse que al sancionar esta ley no haya pretendido el legislador reprimir cualquier protesta o actividad como las arriba señaladas —de allí la asistemática mención de la causal de justificación acerca del ejercicio de derechos sociales, humanos o constitucionales que se hace en el mismo artículo 41 del CP ú.p.— y que se haya respondido a exigencias internacionales en esta materia, nada impedirá en un futuro su probable utilización en momentos que se describirán como de pública urgencia, por hechos que el gobierno de turno sienta como una amenaza a su estabilidad, con la idea de solucionar el conflicto con privaciones de libertad inmediatas que se verán facilitadas

(11) “Artículo 213 ter.— Se impondrá reclusión o prisión de CINCO a VEINTE años al que tomare parte de una asociación ilícita cuyo propósito sea, mediante la comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, siempre que ella reúna las siguientes características: “a) Tener un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político; b) Estar organizada en redes operativas internacionales; c) Disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o la integridad de un número indeterminado de personas. Para los fundadores o jefes de la asociación el mínimo de la pena será de DIEZ años de reclusión o prisión.”

por lo elevado de los mínimos de las escalas penales que se duplican. En definitiva, la circunstancia agravante genérica basada en meras finalidades de aterrorizar u obligar a una autoridad a hacer o no hacer, son encubiertos tipos penales completamente abiertos. Como queda arriba señalado —entre otros hechos muy diversos— una manifestación que corte el acceso, aún por breve espacio de tiempo, a una dependencia gubernamental, para así exigir se tome alguna medida, puede ser entendida de este modo, como ya se lo ha hecho con las disposiciones provenientes de la ley 20.642, actualmente incorporadas al artículo 149 del CP (ley 26.939 DJA). Y siempre será discutible si se está ejerciendo un derecho constitucional, como prevé la última parte de esta norma, o si ese ejercicio es “regular” o “abusivo”, o si se tiene la “finalidad” de aterrorizar, u obligar a hacer o no hacer.

No debe olvidarse que siempre acecha el “estado de excepción”, “ese momento del derecho en el que se suspende el derecho para garantizar su continuidad, e inclusive su existencia (...) —ese momento que se supone provisorio— (...que) se ha convertido durante el siglo XX en forma permanente y paradigmática de gobierno. Una idea que Agamben retoma de Walter Benjamin (...)” (Costa, 2007). Una norma como la comentada puede servir en un estado de emergencia para suspender las garantías, con un aparente respeto del derecho.

IX. Conclusión

El principio de legalidad ha sido fruto de las luchas populares, aunque hoy nos parezcan lejanas (o ignoradas), y pensamos que tal conquista está definitivamente incorporada. Sin embargo, no hay que tener larga memoria para saber que ello no es así. Que no sólo se viola dejando de describir objetiva y circunstanciadamente hechos empíricamente verificables; sino también, abandonando el principio de necesidad, de humanidad y mínima suficiencia de las penas, que también es mandato constitucional. Debe seguirse trabajando empeñosamente para que las nuevas necesidades surgidas en el plano nacional o internacional sean atendidas con eficiencia y racionalidad, sin dejar empero de lado los principios constitucionales. La imprescindible celeridad y efectividad de las medidas que se requieran, hace ineludible pensar en modos de intervención inmediatos, de naturaleza diversa a la penal, cuando sus principios estén en riesgo de ser conculcados. Este cuidado no habrá de impedir el oportuno condigno castigo de los delitos de esta clase, con el debido cumplimiento de las garantías constitucionales de legalidad estricta y judicialidad, único modo en que su imposición sea indiscutible y ejemplar.

X. Bibliografía

BAUMAN, Richard Alexander (1980). “Leges iudiciorum publicorum”, en TEMPORINI, Hildegard (comp.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, 2. Principat*, tomo 13 *Recht*, Berlin-New York: de Gruyter, ps. 133 y ss.

BECCARIA, Cesar (1955). *De los delitos y de las penas*, traducción de Francisco Laplaza, Buenos Aires: Arayú.

BECERRA OLIVA, Guillermo (1944). *La República Romana. Organización política. Luchas sociales y guerras civiles*, Buenos Aires: Depalma.

BIDART CAMPOS, Germán J. (1998). *Manual de la constitución reformada*, t. I, Buenos Aires: Ediar.

CARPZOVIO, Benedicto (1681). *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium. In partes tres divisa*, Hagae-Comitis, apud Arnoldum Leers. Disponible en http://bibliotecavirtual.larioja.org/bvrioja/es/consulta/busqueda_referencia.cmd?id=

COSTA, Flavia (2007). “Introducción”, EN: AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.

DORADO, P. (1999). *Derecho Penal Romano*, Bogotá: Temis (español del original: MOMMSEN, Teodoro [1899], *Römisches Strafrecht*, Leipzig).

DURKHEIM, Emile (1895). *Las reglas del método sociológico*, 1ª ed. en francés 1895, 1ª ed. en español 1986, 2ª reimpresión de 2001, México: Fondo de Cultura Económica.

FERRAJOLI, Luigi (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.

FOUCAULT, Michel (2002). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires: Siglo XXI.

HUNTER, Ian (2007). *The Secularisation of the Confessional State. The Political Thought of Christian Thomasius*, London: Cambridge University Press.

JESCHECK, Hans Heinrich (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Granada: Comares.

LAUFS, Adolf (2006). *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, Berlin: de Gruyter.

LAPLAZA, Francisco P. (1955). “Estudio preliminar” de la obra de BECCARIA, EN: *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires: Arayú.

MICHELINI, Dorando J. (2009). “La pragmática trascendental y el asedio posmoderno a la racionalidad”, EN: APEL, Karl-Otto, “Estudio introductorio” a *Semiótica filosófica*, Buenos Aires: Prometeo Libros.

MONTESQUIEU (1984). *El espíritu de las leyes*, 6ª ed., Buenos Aires: Heliasta.

MONTESQUIEU (1758). *De l'esprit des lois*, edición electrónica de la Universidad de Quebec a partir del último texto revisado por el autor. Disponible en <http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.moc.del8>.

ROTH, Gunhild (2008). “Von der Reformidee zur Institution: Der schwierige Weg der *Constitutio Criminalis Carolina*. Bemerkungen zu ihrer Textgenese und Textkritik aus Sicht des Philologen”, en SUNTRUP, Rudolf — VEENSTRA, Jan R. (comp.), *Konstruktion der Gegenwart und Zukunft*, t. 10, de *Kultureller Wandel Vom Mittelalter zur Frühen Neuzeit*, Frankfurt, M. - Berlin - Bruxelles: Bern; New York, NY - Oxford - Wien: Lang.

SOLER, Sebastián (1987). *Derecho Penal argentino*, t. I, actualizado por Guillermo J. Fierro, Buenos Aires: TEA.

Von BELING, Ernst (1944). *Esquema de Derecho Penal*, traducido por Sebastián Soler de la obra *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed., 1930, Buenos Aires: Depalma.

Von IHERING, Rudolf (1977). *La lucha por el derecho*, traducción: Adolfo Posada, Buenos Aires: Perrot, colección La Torre de Babel.

Legislación

Ley 25.241, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 15/3/2000.

Ley 26.268, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 4/5/2007.

Ley 26.394, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 23/8/2008.

Ley 26.734, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28/12/2011.

Ley 26.939, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 29/4/2014.

Jurisprudencia consultada

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3/5/2005, “Verbitsky Horacio s/ habeas corpus”, Fallos 328:1146, V.856.XXXVIII. ♦

Fecha de recepción: 13-05-2015

Fecha de aceptación: 21-09-2015

Problemática del acceso a la educación en contexto de encierro carcelario cuando debe ser un derecho y no un beneficio

POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El derecho a la educación de las personas privadas de la libertad ambulatoria.— III. Normativa jurídica.— IV. ¿Se puede articular la consigna político-pedagógica de Freire con la realidad carcelaria en la provincia de Buenos Aires?— V. La cuestión es preguntarse ¿cómo hacemos desde dentro de la cárcel para que los sujetos se asuman como sujetos históricos, políticos y sociales?— VI. ¿Qué otros elementos son necesarios?— VII. La educación como derecho *versus* la educación como beneficio.— VIII. Metodología.— IX. Conclusiones.— X. Bibliografía.

Resumen: En el presente trabajo se hará un análisis acerca de los distintos factores que atentarían contra el derecho a la educación de las personas privadas de la libertad, para luego ver cuáles son las normas jurídicas vigentes en esta cuestión que se trata. Después, se intentará determinar cómo la educación puede operar transformaciones desde el individuo para el afuera, es decir que los sujetos produzcan modificaciones en el contexto de vulnerabilidad en el que vive, ya sea en el medio libre o en el contexto de la cárcel, y aquí se apunta principalmente a este último aspecto, se evaluarán los inconvenientes que se presentan y las contradicciones que aparecen entre las prácticas del sistema carcelario, lo que consagra la ley y la propuesta político educativa de Freire.

Palabras claves: educación - detenidos - Freire - sistema carcelario.

Problem of access to education in context of prison closure when to be a right and not a profit

Abstract: Will be an analysis of factors different infringe on the right to education of persons deprived of liberty and then see what the laws in force in this matter that is discussed in this paper. Then he will try to determine as how education can operate transformations from the individual to the outside, meaning that subjects produce changes in the vulnerability context in which they live, either in the free media or in the context of prison, and here is mainly aimed at the latter aspect, the disadvantages that arise as they appear contradictions between the practices of the prison system should be evaluated, which enshrines the law and educational policy proposal Freire.

Keywords: education - detained - Freire - prison system.

I. Introducción

Aquí se hará un estudio de las problemáticas que surgen en la educación en contexto de encierro carcelario, como consecuencia de los intentos para implementar en la práctica educativa los postulados innovadores de Paulo Freire, y cómo se conjugan con otros aspectos como las normas jurídicas y la realidad carcelaria.

(*) Prof. Adjunta Ordinaria de Derecho Romano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. Ordinaria de Derecho Romano, Facultad de Derecho, UBA.

II. El derecho a la educación de las personas privadas de la libertad ambulatoria

El derecho a la educación, se constituye entre otras, como una herramienta fundamental para que las personas que se hallan privadas de su libertad puedan acceder a la inserción social o re inserción, la cual no debiera comenzar cuando el privado de libertad la recobra sino, dentro de la misma cárcel, pues se deben implementar políticas desde todos los ámbitos, a los fines de que no se vean vulnerados sus derechos y resulten estigmatizados.

Cuando se hace referencia a la vulneración de derechos, se tiene en cuenta a los efectos del análisis de este trabajo el derecho a la educación por un lado y por otro, a la estigmatización que constituye una tacha de infamia, por la cual se le hace padecer a la persona un doble castigo, la imposición de la pena y la “señalización” de la sociedad, por la cual se le recuerda que ha estado detenido o aun lo está, y se lo hace saber al resto de los miembros que la componen, siendo parte de la privacidad del sujeto independientemente de la publicidad del expediente en el que se encuentra procesado y/o condenado, siendo aspectos diferentes que no deben ser confundidos.

La estigmatización tiene y tuvo distintas formas. Desde tiempos remotos, eran formas de castigar moralmente a un individuo; en la época de los romanos haciéndoles una marca con fuego para que perdure en la piel a aquellos que habían cometido delitos; en la época medieval lo era el San Benito, por el cual el sujeto era expuesto por las calles para que todos lo vieran por tratarse de un pecador, a la vez que era repudiado socialmente; solo por dar algunos ejemplos; pero en la actualidad el derecho ha evolucionado y, además de estar prohibida la posibilidad de su implementación, no ya en la forma descripta, pero sí a través de otras prácticas adaptadas a los tiempos modernos, pueden terminar constituyendo prácticas, si se quiere discriminatorias, por la cuales, los privados de libertad al momento de presentarse en diversos ámbitos educativos, por ejemplo una facultad, por motivos ajenos a su voluntad, no pasan desapercibidos del resto de las personas que los circundan por ejemplo: los otros alumnos, docentes y personal administrativo. En realidad, no hay ninguna necesidad práctica ni jurídica, de poner en evidencia a una persona detenida que se presenta a un ámbito académico, a cumplir con su función de educando. Es por eso menester de las instituciones educativas y del propio servicio penitenciario de la provincia de Buenos Aires, la toma de decisiones, la implementación y la arbitración de medios necesarios para que una persona privada de libertad, en caso de concurrir a un ámbito educativo, pueda sentirse menoscabada por no aplicársele un trato igualitario con el resto de las personas del medio libre.

Desde el punto de vista práctico, se observan distintas prácticas que resultan a corto o largo plazo perjudiciales para el ejercicio de las prácticas educativas de los detenidos, paso a mencionar algunas:

a) El traslado desde el lugar de detención hasta el ámbito educativo: en la mayoría de los casos, los vehículos celulares de traslado de detenidos no cumple con los horarios académicos, porque el Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires tiene otras prioridades internas propias de su institución: ocurre cuando un vehículo de traslado cumple a la vez, diversas funciones: concurrir a los comparendos judiciales, traslados para concurrir a hospitales públicos dando cumplimiento a las órdenes de jueces competentes para que los detenidos reciban asistencia médica, y las tareas educativas no es una prioridad necesariamente. Lo descripto lleva a que no se cumplan los horarios académicos o se le respeten a los internos estudiantes los días de clases o toma de exámenes finales. Otro de los problemas es la exposición de los detenidos que se presentan a los ámbitos académicos, ocurre cuando se presenta a rendir una materia libre, o al cursarla, los vehículos de traslado se detienen en la puerta de la facultad, a la vista del público y de los integrantes de la comunidad académica, quedando muy expuesto el alumno que desciende de él, no se les ha respetado en muchos casos sacarles las esposas porque el servicio penitenciario aduce cuestiones de seguridad y el objetivo es no poner en peligro al resto de las personas o evitar eventuales fugas.

b) Con respecto a lo señalado precedentemente, existe un despliegue por parte del Servicio Penitenciario Bonaerense a los fines de cumplir con funciones de seguridad establecidas en la reglamentaciones internas del propio servicio, si bien no son discutibles los recaudos en materia de seguridad,

sí es cuestionable que el despliegue de custodia uniformada y armamento se haga en el edificio de una Facultad, en presencia de todos en general, similar a un “San Benito medieval” por el cual se les avisa a todos que ese alumno que está entrando a la facultad se trata de un detenido.

c) La presencia de personal uniformado era una práctica que a veces se lleva a cabo y otras no, aunque el personal penitenciario esté sin el uniforme, el despliegue que hace, muestra de manera clara la condición de la persona que llevan al ámbito académico. Son prácticas que pueden resultar perjudiciales y que, como otras tantas son difíciles de erradicar.

d) También, se ha pretendido utilizar como pretexto la vuelta a éstas prácticas en la custodia de alumnos que concurren a la facultad, el hecho de fugas que se han producido en la vía pública y que son de público conocimiento, porque fueron cubiertas por medios periodísticos. Las medidas de seguridad también servirían para evitar el deslinde de responsabilidades, en caso de que acaeciera un hecho no deseado.

e) No se pretende con ello que el personal penitenciario no concorra con armas, que su propia legislación prevé, ya que las cuestiones de fuga hasta puede implicar posible comisión de delitos, además de las sanciones administrativas que se les pueden aplicar por estos hechos. Sí es cuestionable, la forma en que se realiza dentro del propio ámbito educativo, pudiéndose buscar formas alternativas.

f) Es dable destacar que dentro del propio ámbito del aula a la que el alumno/a privado de la libertad concurre, el personal penitenciario de custodia debe esperar en el ámbito periférico, o sea, afuera del aula en la que se encuentra el alumno; ello, para no generar las estigmatizaciones referidas, evitar incomodar al alumno y al resto de los presentes. Asimismo, no deberían tener atribuciones para entrar al aula para preguntarle al docente a cargo de la actividad académica de que se trate, cuanto falta para terminar, ni apurar al docente para que le tome al alumno diciéndole que el camión de traslado se debe ir y caso contrario, el alumno deberá retirarse, porque en las cuestiones áulicas se producen dinámicas propias que no deben ser interferidas por personal penitenciario ni por personas ajenas al ámbito académico, que sin embargo, en la práctica ocurren.

g) La concurrencia a rendir y a cursar por parte de los alumnos/as privados de libertad se debe hacer en tiempo y forma, desde hace muchos años comprobé por las numerosas quejas recibidas que, so pretexto de que el camión de traslado está afectado a actividades judiciales por los comparendos solicitados por jueces, fiscales y defensores, que tienen prioridad a la actividad de estudio; también la prioridad está dada por traslados a hospitales para atención médica, que también es comprensible y se debe tratar en muchos casos de cuestiones de urgencia, quedando por lo tanto, bajo la potestad discrecional del Director de Unidad, proveer a ésta necesidad de estudio y académica en general, se apela en éstos casos a la voluntad política de implementar la existencia de un vehículo para cada uno de los radios en los que existan cárceles en las que haya alumnos alojados que pertenezcan a una institución educativa que en la mayoría de los casos es universitaria, porque en los penales la educación primaria y secundaria está garantizada dentro de los propios establecimientos carcelarios, sin necesidad de traslados de internos a escuelas.

h) En todas estas cuestiones, no puedo dejar de mencionar otras dificultades que se le presentan a los alumnos/as alojados en detención al momento de ser trasladados: la cantidad de horas que deben viajar en el camión de traslado, sobre todo, quienes vienen del interior de la provincia, que, en la mayoría de los casos salen a la madrugada, recorren todos los lugares a donde son llevados otros de sus compañeros, como juzgados u hospitales hasta llegar a destino; para luego regresar a la unidad de origen después de muchas horas, generalmente, a la noche muy tarde. Los vehículos de traslado no contarían con las condiciones necesarias de higiene y comodidad para el transporte de personas por espacios de tantas horas, por ejemplo la falta de provisiones de baños.

i) Otra cuestión que debe ser subsanada es la salubridad dentro de dichos camiones. Son permanentes las quejas de los detenidos ya que, en verano son extremadamente calurosos, en invierno son muy fríos, nunca saben cuánto falta para llegar a destino, no pueden ubicarse en el lugar en el que

están y hay en general una incertidumbre permanente de la tardanza o no en llegar a destino, a ello sumadas la ausencia de condiciones de higiene, ya que, durante horas deben respirar y tolerar desechos humanos, con los peligros de contaminación a la salud que ello implica la ausencia de higiene, además de estar largas horas sin comer y sin líquidos para ingerir, en la mayoría de los casos concurren en esas condiciones a rendir.

Por todas las situaciones descriptas, la acción de educarse en la Universidad parece lo más cercano a un castigo que a una inserción social, por lo que será necesario que se instrumenten cambios a corto plazo y que sean reales en la práctica.

III. Normativa jurídica

Lo expuesto en lo que respecta a la educación en contexto de encierro carcelario se encuentra en la ley provincial 12.256 (y su modificatoria 12.543), en punto a las imprecisiones que contiene en su redacción, como su armonización con los postulados que consagra la ley nacional 24.660 y obviamente a su encuadre dentro de los preceptos de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales vigentes en la materia.

En el año 2011, se sanciona la ley 26.695 (1), que modifica los arts. 133 a 142 de la Ley de Ejecución de la Pena 24.660: en donde se consagra el derecho a la educación pública de todas las personas privadas de su libertad, siendo obligatoria la igualdad en el trato y la obligación de garantizar este derecho humano fundamental radica en los Estados nacionales, provinciales y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2).

También, están previstas las obligaciones del alumno privado de libertad en relación a la tarea educativa, en donde se les inculca el estudio, la participación en las actividades que les encomienden, el respeto a las normas de convivencia con el resto de los compañeros y docentes, en definitiva cumplir con todas las reglas educativas que se le imponen a cualquier alumno (3).

No se permite que la actividad educativa de una persona detenida pueda restringirse o limitarse por cuestiones que surjan de la propia detención o que se pretendan fundar en las normas internas del servicio penitenciario, por ejemplo, no se le puede prohibir la actividad educativa a un detenido con el pretexto de que recibió sanciones dentro del establecimiento carcelario, ya que una cuestión no obsta a la otra (4).

Se contempla la situación de la mujer embarazada que se encuentra detenida, durante la gestación y posterior nacimiento se tienen que arbitrar los medios para garantizarle la continuidad en los estudios (5).

La educación no solo está garantizada a los adultos, sino también a los niños y adolescentes que se encuentren en lugares de detención, como así de las personas que tengan limitaciones físicas, el

(1) Ley 26.695 modificase la ley 24.660. Sancionada: julio 27 de 2011. Promulgada de Hecho: agosto 24 de 2011.

(2) Ley nacional 26.695, art. 133, también agrega "Los internos deberán tener acceso pleno a la educación en todos sus niveles y modalidades de conformidad con las leyes 26.206 de Educación Nacional, 26.058 de Educación Técnico-Profesional, 26.150 de Educación Sexual Integral, 24.521 de Educación Superior y toda otra norma aplicable.

(3) Surge de la ley nacional 26.695, art. 134.

(4) Ello surge de la ley nacional 26.695, art. 135: "Restricciones prohibidas al derecho a la educación. El acceso a la educación en todos sus niveles y modalidades no admitirá limitación alguna fundada en motivos discriminatorios, ni en la situación procesal de los internos, el tipo de establecimiento de detención, la modalidad de encierro, el nivel de seguridad, el grado de avance en la progresividad del régimen penitenciario, las calificaciones de conducta o concepto, ni en ninguna otra circunstancia que implique una restricción injustificada del derecho a la educación".

(5) Ley nacional 26.695, art. 136 dispone que: "Situaciones especiales. Las necesidades especiales de cualquier persona o grupo serán atendidas a fin de garantizar el pleno acceso a la educación, tal como establece la Ley de Educación Nacional 26.206. La mujer privada de su libertad será especialmente asistida durante el embarazo, el parto, y se le proveerán los medios materiales para la crianza adecuada de su hijo mientras éste permanezca en el medio carcelario, facilitándose la continuidad y la finalización de los estudios, tal como lo establece el art. 58 de la Ley de Educación Nacional".

Estado deberá arbitrar los medios que correspondan, como así también la creación de bibliotecas y el fomento de su uso (6). El art. 140 (7) de la mencionada ley nacional establece un precedente basado en el estímulo educativo y la reducción de penas por los ciclos que vaya cumpliendo. A su vez el art. 141 (8) de dicha ley regula los contralores ejercidos por el propio Estado a través de Ministerio de Educación y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y sus equivalentes provinciales deberán establecer, en el marco del Consejo Federal de Educación, reforzado por el contralor judicial (9), por el cual los jueces resolverán hábeas corpus colectivos y correctivos relacionados con la vulneración de los derechos que consagra la ley.

La Ley de Ejecución Penal Bonaerense 12.256 consagra en su art. 2º, el “principio de igualdad de trato”, disponiendo asimismo que es: “(...) la única ley aplicable en el territorio bonaerense (...)”.

Resulta obvio señalar que esta afirmación cede ante uno mayor: “el principio de igualdad ante la ley”, art. 16 de la Constitución Nacional, que aparece reiterado en numerosos tratados internacionales, así: art. 2º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; todos los cuales resultan de aplicación conforme a los arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

(6) Ley nacional 26.695 dispone: Art. 138: Acciones de implementación. El Ministerio de Educación acordará y coordinará todas las acciones, estrategias y mecanismos necesarios para la adecuada satisfacción de las obligaciones de este capítulo con las autoridades nacionales y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con Institutos de educación superior de gestión estatal y con Universidades Nacionales. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y sus equivalentes provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la autoridad penitenciaria, y los organismos responsables de las instituciones en que se encuentran niños y adolescentes privados de su libertad, deberán atender las indicaciones de la autoridad educativa y adoptar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de lo establecido en el presente capítulo. Entre otras acciones, deberán proveer de ámbitos apropiados para la educación, tanto para los internos como para el personal docente y penitenciario, adoptar las provisiones presupuestarias y reglamentarias pertinentes, remover todo obstáculo que limite los derechos de las personas con discapacidad, asegurar la permanencia de los internos en aquellos establecimientos donde cursan con regularidad, mantener un adecuado registro de los créditos y logros educativos, requerir y conservar cualquier antecedente útil a la mejor formación del interno, garantizar la capacitación permanente del personal penitenciario en las áreas pertinentes, fomentar la suscripción de convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas, garantizar el acceso a la información y a los ámbitos educativos de las familias y de las organizaciones e instituciones vinculadas al tema, fomentar las visitas y todas las actividades que incrementen el contacto con el mundo exterior, incluyendo el contacto de los internos con estudiantes, docentes y profesores de otros ámbitos, la facilitación del derecho a enseñar de aquellos internos con aptitud para ello, y la adopción de toda otra medida útil a la satisfacción plena e igualitaria del derecho a la educación. En todo establecimiento funcionará, además, una biblioteca para los internos, debiendo estimularse su utilización según lo estipula la Ley de Educación Nacional.

(7) Art. 140: Estímulo educativo. Los plazos requeridos para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario se reducirán de acuerdo con las pautas que se fijan en este artículo, respecto de los internos que completen y aprueben satisfactoriamente total o parcialmente sus estudios primarios, secundarios, terciarios, universitarios, de posgrado o trayectos de formación profesional o equivalentes, en consonancia con lo establecido por la ley 26.206 en su Capítulo XII: a) un [1] mes por ciclo lectivo anual; b) dos [2] meses por curso de formación profesional anual o equivalente; c) dos [2] meses por estudios primarios; d) tres [3] meses por estudios secundarios; e) tres [3] meses por estudios de nivel terciario; f) cuatro [4] meses por estudios universitarios; g) dos [2] meses por cursos de posgrado. Estos plazos serán acumulativos hasta un máximo de veinte [20] meses.

(8) Art. 141: Control de la gestión educativa de las personas privadas de su libertad. El Ministerio de Educación y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y sus equivalentes provinciales deberán establecer, en el marco del Consejo Federal de Educación, 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. Deberá 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 su libertad, y a toda otra persona con legítimo interés.

(9) Art. 142: Control judicial. Los obstáculos e incumplimientos en el acceso al derecho a la educación podrán ser remediados por los jueces competentes a través de la vía del hábeas corpus correctivo, incluso en forma colectiva. Excepcionalmente, los jueces podrán asegurar la educación 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.

IV. ¿Se puede articular la consigna político-pedagógica de Freire con la realidad carcelaria en la provincia de Buenos Aires?

Para ello hay que hacer un análisis de las siguientes cuestiones:

a) El Achkar afirma que la propuesta político-pedagógica de Freire “es liberadora, con un afán de intervención cultural” (2002:112). La óptica del autor sobre América Latina en la que se apunta a los excluidos, a los más pobres que son objeto de todas clases de injusticias y desigualdades, en consecuencia. Hasta allí, coincide con la realidad carcelaria que nos circunda, ya que en las cárceles encontramos a los excluidos del sistema y a los pobres, en donde predominan las desigualdades que tenían que soportar en el medio libre.

En cuanto la educación liberadora en un medio tan hostil como lo es la cárcel, es difícil de poner en marcha. En ella encontramos resistencias del sistema penitenciario y de los propios presos que son funcionales al sistema para poder sobrevivir, hay una tendencia destructiva hacia lo educativo, porque le enseña al sujeto a cuestionar la realidad que lo rodea y busca con la educación proveerse de las herramientas para cambiarla. La educación, desde mi punto de vista proponerla como liberadora de sujetos es difícil.

b) En la postura de Freire que el acceso a la educación tienen que tenerlo estas personas, para que acceda al conocimiento.

c) El rol de los educadores, parte de un aspecto negativo que forma parte del contexto mismo y tienen que promover el cambio. Se considera como objetivo que es válido, pero nos topamos con una realidad hostil y cerrada a éstas posibilidades, me pregunto ¿cómo lo podríamos implementar los docentes? Nos tendríamos que poner de acuerdo para llevarlo a cabo, y por otro lado hacerlo de manera constante con las pocas herramientas que tenemos, las grandes transformaciones pueden llevar muchos años. Hay que buscar la forma de capacitar a los docentes, para que tengan herramientas y a su vez ayuden a proveer de herramientas a los educandos, para que éstos vean distintas facetas de la realidad y se vuelvan críticos constructivos.

d) Es cierto que la educación popular tiene que ser participativa, pero contamos con variables propias del sistema carcelario que hacen que los propios actores, activen mecanismos contrarios a la educación desde los propios internos hasta el mismo Estado, que, a través de sus funcionarios son inoperantes ante la violación de éste derecho humano fundamental, así, el Comité contra la Tortura, describe cuales son las operatorias del Estado a éste respecto, porque los procedimientos del Servicio Penitenciario son responsabilidad del Estado, ya sea visto de manera positiva o negativa, se incoan variables que perjudican la política pedagógica, a saber:

e) La estructura edilicia: la estructura arquitectónica no está, en líneas generales acorde a las funciones educativas: en el informe del Comité contra la tortura, se denuncia éste aspecto, la humedad, pérdida de cañerías, goteras, por mencionar algunas de las dificultades. Las cárceles no están condicionadas o preparadas para ser espacios de educación, por ejemplo es difícil la instalación de las bibliotecas:

“La jefatura del Servicio Penitenciario Bonaerense debe garantizar adecuadas condiciones edilicias para el funcionamiento de instituciones educativas dentro de un establecimiento penitenciario: aulas, bancos, sillas, oficina para las autoridades educativas, estufas, escritorios, estantes, etc. Es cierto que en muchas de las unidades se cuenta con al menos algunos de estos recursos, pero en la totalidad de las unidades éstos son deficientes” (2008:1).

f) Los traslados masivos de estudiantes principalmente, a distintos penales de la provincia, perjudicando el acercamiento familiar y la continuidad de los estudios en cualquiera de sus niveles, lo que agregaría la falta de controles al respecto. El informe del Comité explica los constantes traslados de detenidos y el trasfondo de los mismos.

g) El acceso al ámbito educativo del penal como un premio, y se veta la posibilidad de acceder a otros internos por caprichos de la autoridad del penal es una práctica habitual, que se acepta pasivamente

y de manera “natural o normal”. Se debe analizar por qué los propios educadores no cuestionan esto, o habría que observar si tienen las herramientas para hacerlo. El derecho a la educación tiene que ser respetado y garantizado. En el informe del Comité (2008:1) se hace hincapié en que “dentro de la cárcel la educación es un beneficio y no un derecho, forma parte de los premios y castigos del servicio penitenciario”.

h) También “la falta de atención médica”: quien tiene problemas de salud al no ser tratados médicamente, la falta de alimentación por el motivo que fuere (por ejemplo las huelgas de hambre) se le dificulta al sujeto poder educarse, el cuerpo y la mente no responden frente a las exigencias intelectuales que se le requieren, y es algo muy común que ocurra esto en el ámbito carcelario.

Se pretende naturalizar como premio y no como un derecho el acceso a la educación por parte de los internos.

Como sostiene El Achkar, Freire propone una teoría educativa en la que hombres y mujeres “pueda cambiar a la sociedad y todo o que oprime al sujeto” (2002:114).

i) La problemática afecta por igual a hombres y a mujeres encarcelados, aunque no se analiza este particular aquí pero se lo menciona, ya que hay una variable propia del sistema, en que hay un número bastante menor de mujeres encarceladas que hombres y por lo tanto también es minoritario el número de ellas que acceden a la educación. Habría que analizar desde otras perspectivas, si se trata de una cuestión de género, de números de personas encarceladas por género o de ambas, también habría que analizar si esta problemática entra en juego que las mujeres encarceladas son más vulneradas que los hombres.

V. La cuestión es preguntarse ¿cómo hacemos desde dentro de la cárcel para que los sujetos se asuman como sujetos históricos, políticos y sociales?

Es difícil, pero no es imposible, se puede promover asumir la conciencia de que son esa clase de sujeto, pero, el que lo evidencie y cuestione al sistema, será castigado y el castigo puede asumir distintas modalidades, por decirlo de alguna forma, creo que, en cierta medida la mayoría de las personas encarceladas se asumieron como sujetos que pueden desde lo educativo promover el cambio: de la realidad en la que están insertos y que en nada lo benefician, fomentar esto entre aquellos a los cuales aún el sistema tiene atrapados y que puedan ver que existe una realidad que los mismos pueden construir desde sus posiciones como sujetos, adherir a un discurso común social, educativo, político que marque ideológicamente la resistencia para promover el cambio, pero por una cuestión de supervivencia tienen que ser los títeres del sistema y moverse como el sistema quiere, porque las represalias pueden ser feroces.

Así, en la pedagogía liberadora del oprimido se les da participación-intervención a los excluidos. El informe del Comité resalta esta cuestión de la importancia de la educación, la misma tiene que servir para la socialización y el desarrollo personal, también la continuidad para la posterior vida en el medio libre.

VI. ¿Qué otros elementos son necesarios?

Para que prospere en el contexto carcelario una transformación de esta clase, Freire, en su estudio propone en la sociedad la alfabetización crítica, las personas asumen una posición política e ideológica “la persona y los grupos se vuelven críticos de los fenómenos naturales”, sería el objetivo que se debe cumplir a largo plazo en una cárcel pero que hay factores que contribuyen a contrario.

Entonces, la educación trasciende al acto mismo de educar, es una cuestión cultural y social, hay un ejercicio del poder que se modifica para superar los problemas de las masas. Si esta cuestión la trasladamos al contexto de la cárcel, se considera que el sujeto es plenamente consciente de una cuota del poder que puede ejercer dentro de la cárcel, con sus pares, y en el caso del grupo con sus rivales naturales: el servicio penitenciario, el ejercicio del poder no solo son motines o huelgas de hambres,

son las constantes negociaciones por la supervivencia y su conciencia de sujeto operador del sistema, adaptado al sistema en el que le toca vivir. Va más allá del ejercicio del poder que todos vemos a diario, es el poder de la transformación que en la práctica se dificulta.

Freire señala que el lenguaje es un factor de dominación que tiene la capacidad de cambiar la realidad, los sujetos tienen que asumir que lo que pasa no está bien y hay que cambiarlo “propone una pedagogía que permita a los sujetos descubrirse como tales que no asumen mecánicamente los discursos que circulan” (El Achkar, 2002:115).

VII. La educación como derecho *versus* la educación como beneficio

Es una de las mayores problemáticas que hay en las cárceles, si bien muchos de los motivos fueron explicados y que se encuentran respaldados por las normas jurídicas vigentes. Si lo pensamos desde el punto de vista que, la educación forma parte de las políticas públicas del Estado se incluye en ella a la que se realiza en contexto de encierro carcelario, ello se encuentra respaldado por las normas jurídicas tal como ya se ha expuesto, pero aparecen las contradicciones generadas, no por las normas de rango superior sino, por el propio Estado que se basa en otras normativas que afectan el derecho a la educación, por ejemplo la legislación penitenciaria, si por esta ley se invocan cuestiones de seguridad el sistema las antepone a la educación como regla máxima, por eso la queja del comité de la constante violación a este derecho humano fundamental. Las contradicciones se dan dentro del sistema carcelario, predomina la vida carcelaria institucionalizada al derecho a la educación, por un lado, por otro se viola la ley cuando la educación es un DD.HH. fundamental, porque la vida del sistema carcelario, en la práctica la coloca en un rango de inferioridad, por algo ocurren los traslados, los castigos o sanciones disciplinarias y otras extorsiones propias del sistema.

La educación, en contexto de encierro carcelario está contemplada como una herramienta que garantiza a los individuos privados de libertad el acceso, la continuidad y la finalización de la educación en cualquiera de sus niveles, de manera gratuita y constituyéndose como una obligación por parte del Estado ya que, éste debe velar su cumplimiento, así los exigen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución Nacional, las leyes provinciales, numerosos fallos judiciales nacionales y provinciales, también resoluciones de organismos internacionales como el Consejo Económico y Social y la Asamblea General.

Lo que acontece dentro de la cárcel es un reflejo de lo que ocurre en la sociedad: existe la deserción escolar, el desmantelamiento en los materiales de estudio, la ausencia de bibliotecas y el desinterés que se observa en ello ya que con el solo transcurso del tiempo queda en evidencia la falta de voluntad política, a veces el fomento de éstos espacios queda a cargo de los docentes que, con su buena predisposición crean éstos espacios que tienen que ser referenciales para los estudiantes.

Otro de los problemas que se observa en la práctica educativa es el abandono de los estudios, la deserción puede obedecer a un sin número de razones, pero hay un factor fundamental: la cárcel de por sí es opresora y no sostiene lo positivo, desalienta constantemente.

Las condiciones edilicias de la cárcel, fueron pensadas para garantizar el encierro y evitar las fugas, para el contralor de los vigías, pero no son espacios en los que se destine presupuesto o se acondicionen para la actividad educativa, porque en la práctica pareciera que no es una prioridad dentro de la cárcel. Ello se observa también en la bibliografía desactualizada, herramienta que debe ser provista por el Estado, el estudiante no debe depender de ayuda externa para acceder a un libro y para poder ser evaluado, porque ello coloca al resto de los estudiantes en situación de desventaja generada por el propio sistema carcelario.

Otro de los inconvenientes es la baja tasa de escolaridad que tienen muchos de los detenidos, que obedece a diferentes razones, pero que, en definitiva muestran una realidad, y terminan escolarizándose en situación de encierro.

Esto demuestra un constante divorcio entre lo regulado por las normas jurídicas y las prácticas educativas, que no son atribuibles a los operadores educativos pero si a los operadores jurídico-penitenciarios.

Cabe aclarar que los procesos no son individuales, sino colectivos, de otra forma no sería posible el cambio.

VIII. Metodología

a) Cuestionario: se realizó un trabajo de campo, consistente en un cuestionario escrito que se repartió a internos de distintas unidades penales de la provincia de Buenos Aires. El mismo consistía en veinte preguntas en las que las respuestas debían ser muy cortas y concisas.

b) Temáticas del cuestionario: se trabajó sobre los niveles educativos de los internos y cuáles son las problemáticas que poseen al momento de emprender una actividad educativa en la cárcel, reflejándose de manera mayoritaria las expuestas en el presente trabajo.

c) Unidades penales a las que pertenecen los internos encuestados: son internos que se encontraban en las unidades Penales: n. 1 de Lisandro Olmos, n. 9 de La Plata y 45 de Melchor Romero Partido de La Plata.

d) Destinatarios del cuestionario: estudiantes universitarios de la carrera de abogacía de las unidades mencionadas, pertenecientes al Servicio Penitenciario de la provincia de Buenos Aires, masculinos, de 18 a 60 años de edad aproximadamente.

e) Características de los destinatarios: grupos heterogéneos en todas las unidades mencionadas, la misma está dada por la edad, los diferentes niveles educativos anteriores y posteriores a la situación de encierro, situación económica o social de origen, por ser primarios en el delito, por ser reiterantes o reincidentes. La mayoría ha estado en diferentes unidades, por distintos motivos, a pesar de ser estudiantes universitarios.

f) Aspectos centrales que se tomaron para el presente trabajo: aquellos relacionados con las dificultades para insertarse en la educación en los establecimientos carcelarios, de ésta temática surge el análisis de educación como derecho versus premio o beneficio (en el juego de premios y castigos dentro de la cárcel).

g) Representatividad: si bien las encuestas estaban dirigidas solo a un grupo: el de los estudiantes universitarios, *prima facie*, no parecería representativo del resto de la población carcelaria, pero se debe tener en cuenta, que las personas que estudian dentro de una cárcel, no son la mayoría sino son grupos menores (por ende no son representativos de la mayoría poblacional), por otro lado, dichos estudiantes universitarios han pasado por la experiencia de los anteriores niveles educativos, por lo tanto han reflejado las dificultades que han tenido en su educación primaria y secundaria que no dista mucho de las problemáticas planteadas por los universitarios.

h) Accesibilidad a la cárcel: el Servicio Penitenciario, solo permite el acceso a los grupos mencionados, dificultándose el acceso al resto de la población carcelaria, ello basado en medidas de seguridad y preservar la integridad de las personas que acceden del medio libre, además, que esta postura les sirve como una forma de cubrir su responsabilidad civil, evitando situaciones de riesgo por el eventual estado de conflictos y tensiones que hay en las cárceles.

i) Predisposición de los alumnos: los encuestados han manifestado una buena predisposición a realizar el trabajo propuesto, porque han planteado la importancia de que la sociedad conozca que ellos quieren realizar algo positivo en el encierro, para desmistificar a la prensa sensacionalista que muestra a los detenidos solo cuando hay motines, fugas o muertes. Pero también, han manifestado que son una minoría en el conjunto universal de la población carcelaria.

IX. Conclusiones

En el presente trabajo, se trató de analizar por un lado la realidad carcelaria en lo que respecta a la cuestión educativa y lo que regulan las normas jurídicas, por otro lado, se buscó analizar si la propuesta político pedagógica de Freire, se puede implementar en el sistema educativo principalmente de la cárcel, para ello se ven las variables que aparecen que entorpecen, por decirlo de alguna manera la

posibilidades que el individuo se asuma como sujeto capaz de adquirir por la educación, vocabulario, discurso, pensamiento crítico, que le ayude a buscar la forma de salir del medio que lo oprime y que genere el sujeto con los demás los cambios que el Estado por sí solo no va a generar.

Es necesario, trabajar en estos grupos vulnerables, desde el rol educador, hay que generar por un lado conciencia, por otro lado trabajar con vocación sincera y además capacitar a los educadores para que les enseñen a los educandos a adquirir herramientas y generen estas transformaciones políticas-educativas, es un trabajo difícil, por diversos factores que contribuyen a saber: el sistema verticalista, cerrado y reaccionario a la educación propio del sistema penitenciario nacional o provincial, variables que aquí no se han tratado pero existen como la problemática de las adicciones, y otros que si se han tratado como la falta de presupuesto para la actualización de materiales de estudio, los espacios físicos no acondicionados a la escuela-cárcel, entre otros.

La propuesta de Freire es política y pedagógica, se puede implementar en la práctica, para ellos, es necesario recurrir a la concientización de los educadores para tales logros, y que la educación no del cumplimiento de pautas curriculares y nada más, sino que debe tener la trascendencia que pretende Freire, más allá de los obstáculos. Se suma que, existe el respaldo de las normas nacionales e internacionales de DD.HH., pero aparece una flagrante contradicción con la práctica penitenciaria que también es una política de Estado.

La educación no debe estar en un rango inferior a las normas del sistema carcelario, tienen que convivir, coexistir, pero el problema de llevar a delante la propuesta de Freire, es que dentro de la sociedad, los grupos vulnerables pueden a largo plazo asumirse como sujetos, en la cárcel también, pero el sistema opera de manera contraria, en el sentido que el interno que quiera operar alguna transformación reciben distintos castigos, incluso les puede costar la vida, por ser reaccionarios al sistema carcelario.

Por otro lado, algunos de los inconvenientes que se han encontrado es la constante educación como derecho versus educación como premio, la educación como premio viola las leyes, está naturalizado dentro del sistema carcelario y para cualquier persona del medio libre.

X. Bibliografía

BASALDÚA, Marcelo Jorge (2012). "Marco normativo: La educación en contextos de encierro como un derecho". *Apuntes de cátedra de la Diplomatura "Educación formal y no formal en contextos de privación de la libertad"*. Recopilación y organización realizada por los docentes. La Plata: Universidad del Este.

CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (2011). Buenos Aires: Zavalía.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Comisión Provincial por la Memoria (2008). *Acceso a la Educación en Contextos de Encierro en la Provincia de Buenos Aires*. Argentina.

ELACHKAR, Soraya (2002). "Una mirada a la Educación en Derechos Humanos desde el pensamiento de Paulo Freire". EN: Daniel MATO (coord.): *Estudios y Otras Prácticas Intelectuales Latinoamericanas en Cultura y Poder*. Caracas: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) y CEAP, FACES, Universidad Central de Venezuela.

FIGUEROA, María Luján (2008). *Educación en el encierro: un Derechos Humano insustituible*. Tesis para obtener el grado de Maestra en Desarrollo Educativo. México: Universidad Pedagógica Nacional.

GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor y HERBEL, Gustavo (2009). *Código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires: Comentado y anotado*. Buenos Aires: La Ley.

NACIONES UNIDAS (Documento A/HRC/11/8 - 2 de abril de 2009). *El derecho a la educación de las personas privadas de libertad*. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz. ♦

Fecha de recepción: 01-03-2015

Fecha de aceptación: 28-09-2015

La sentencia y la selección punitiva: penas de reclusión, prisión y perpetuas

POR NATALIA L. ARGENTI (*) y NICOLÁS A. BLANCO (**)

Sumario: I. Marco legal vigente.— II. Bloque normativo y su interpretación judicial.— III. Anteproyecto de reforma.— IV. Conclusión.— V. Bibliografía.

Resumen: La meta primordial de este trabajo consiste en poner en evidencia, que la tarea de selección punitiva en lo que hace a la clase de penas a imponer, no presenta univocidad, sino por el contrario los órganos judiciales efectúan interpretaciones totalmente encontradas, que dibujan diferentes rostros del sistema punitivo actual. Situación que clama por una innovación legislativa que marque con claridad el camino a seguir para que en el suelo argentino se hable el mismo idioma, el de la certeza, cuando de clases de penas se trate.

Palabras clave: prisión - reclusión - pena perpetua - certeza.

La sentenza e la selezione: sanzioni punitive, steccato e perpetua

Sommario: *L'obiettivo principale di questo lavoro è quella di mettere in evidenza che il compito di selezione punitivo in ciò che fa per le classi delle sanzioni, non è univoca, ma al contrario gli organi giurisdizionali realizzato in totale trovato interpretazioni, che diverse facce del sistema punitivo corrente. Situazione che invoca una novità legislativa che indica chiaramente la strada da seguire, in modo che, in terra argentina parlano la stessa lingua, la lingua di certeza, di tipi di sanzioni.*

Parole chiave: prigionie - carcere - ergastolo -certezza.

Presentación

El tema que será analizado a lo largo de este trabajo se relaciona con dos cuestiones fundamentales que el juez debe abordar a la hora de seleccionar la pena a imponer en la sentencia, ya que luego de tener por probado el hecho, la participación del imputado y seleccionar el tipo penal aplicable al caso, llega el momento de escoger la sanción punitiva. Esta tarea, que involucra diversos factores, no arroja un resultado unívoco a nivel práctico, ya que como veremos en el desarrollo de este artículo, la vía de selección no ofrece un tránsito de única mano para llegar a destino, sino que presenta alternativas totalmente opuestas.

Es en este contexto que ubicaremos los diferentes caminos que puede recorrer el órgano judicial a la hora de modelar la sanción a imponer, en lo que hace puntualmente a las clases de penas privativas de la libertad que el juez considera vigentes y por ende aplicables (¿prisión y reclusión? ¿Solo prisión?) y a la posibilidad de imponer penas perpetuas. Vías sinuosas que ofrecen respuestas judiciales y doctrinarias encontradas, y dejan a la luz a la conveniencia de una innovación legislativa.

En este artículo se pasará revista sobre la temática indicada, nucleando la exposición de contenidos diversos: el texto legal, la experiencia de la práctica judicial y la letra del Anteproyecto de Código Penal

(*) Prof. de "Adaptación Profesionales a las Prácticas Penales", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Secretaria Federal en la Fiscalía Federal General n. 1, La Plata.

(**) Prof. de "Adaptación Profesionales a las Prácticas Penales", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Defensor de Casación de la Provincia de Buenos Aires.

de la Nación del año 2013. No se harán citas ni alusiones doctrinarias, ya que la idea es recrear la faz práctica de los temas indicados; y por ende el material de trabajo lo constituye con exclusividad la jurisprudencia de diferentes órganos judiciales, que fue recopilada en razón de su importancia sobre el tema.

En esta inteligencia es válido aclarar que, las transcripciones que se desarrollarán a lo largo de todo el trabajo, resultan de crucial importancia didáctica, porque permiten mantener el hilo del suceso y comprender acabadamente el fundamento de las diversas posiciones que coexisten, con el anhelo de que el lector teste las opiniones de cada juez citado y saque sus propias conclusiones.

La propuesta señalada permitirá poner de resalto los problemas de interpretación que reinan en la materia y la importancia de contar con conceptos claros y unificadores de caminos y voces, no sólo como respuestas claras para los interesados inmediatos; esto es, quienes se encuentran purgando una pena privativa de la libertad o para aquellos que están a la espera de su imposición, sino también para toda la sociedad a fin de conocer el formato punitivo del territorio argentino.

Desarrollo de la propuesta

I. Marco legal vigente

Se recomienda, a los efectos de una mejor comprensión, la lectura de los siguientes artículos que a continuación se enuncian: 5, 6, 7, 9, 10, 12, 13, 14, 26, 44, 46, 52, 53, 55 y 57 del Código Penal —CP— y 17, 18 y 56 bis de la ley de Ejecución Nacional 24.660.

II. Bloque normativo y su interpretación judicial

II.1. Prisión y reclusión

La primera senda conflictiva que transitaremos, puede presentarse bajo el siguiente interrogante: ¿coexisten las penas de prisión y reclusión o ha operado alguna forma de derogación de la segunda? Las respuestas se perciben desde dos extremos opuestos, ya que algunos jueces defienden la existencia de la reclusión y otros en cambio sostienen que se encuentra virtualmente derogada y por ende no la aplican.

A continuación, los pasajes de los fallos seleccionados, nos mostrarán con nitidez los complejos problemas que anida la selección de la clase de pena; conoceremos la opinión de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —Corte Sup.—, de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires —Sup. Corte Bs. As.— y de las distintas Salas del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires.

Iniciaremos el recorrido en el año 2005, con el fallo de la Corte Sup., “Méndez, Nancy Noemí” (Fallos 328:137, 22/02/2005), en el marco del cual todos los integrantes de la Corte tomaron una dirección común, en relación al estudio de una incidencia planteada en torno al art. 24 del Código Penal (Considerandos 1 a 7 y parte resolutive), pero tres de los ministros se pronunciaron además sobre la derogación virtual de la pena de reclusión (Considerando 8°), veamos: Considerandos 1° a 7° y parte resolutive:

“el Tribunal Oral en lo Criminal n. 7 de esta ciudad condenó a Nancy Noemí Méndez a la pena de cuatro años de reclusión (...) una vez firme la sentencia, se practicó el cómputo de la pena impuesta a la nombrada teniendo en cuenta que había estado detenida en prisión preventiva durante siete meses y tres días (...) este cálculo fue cuestionado por su defensor oficial (...) con fundamento en la invalidez del art. 24 del Código Penal en cuanto establece que por dos días de prisión preventiva se computará uno de reclusión, pues consideró que consagra un mecanismo de compensación de la prisión preventiva que devino irracional frente a las sucesivas leyes de ejecución que establecieron la equiparación de las penas privativas de libertad (...) el tribunal oral hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad (...) lo que motivó que el fiscal promoviera la instancia casatoria (...) la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró la nulidad del fallo recurrido por considerar (según el voto de la mayoría de sus miembros) que resultó violatorio de los principios de preclusión y cosa juzgada toda vez que encontrándose firme la sentencia condenatoria a cuatro años de reclusión resultaba imposible en la etapa de ejecución revisar de modo indirecto la validez constitucional de este tipo de pena echando

mano a la declaración de inconstitucionalidad del art. 24 del Código Penal (...) el fallo apelado dio un alcance inadecuado a lo que fue materia de decisión en la modificación del cómputo —con motivo de una impugnación efectuada en la oportunidad procesal pertinente—, donde no se examinó la validez constitucional de la pena de reclusión sino de la desigual imputación de la prisión preventiva a la reclusión (art. 24 del CP), cuestión que era propia de la etapa de ejecución y ajena al ámbito del recurso contra la sentencia condenatoria. 7°) Que, en tales condiciones, el a quo efectuó una errónea comprensión de las resoluciones anteriormente dictadas que lo llevó a predicar un estado de preclusión o cosa juzgada notoriamente extraño a las constancias de la causa, incurriendo de esta manera en una deficiente fundamentación que descalifica el fallo como acto judicial (...). Por ello y oído el Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada”.

El resonante “Considerando 8°”, suscripto por los ministros Juan Carlos Maqueda, Enrique Santiago Petracchi y Eugenio Zaffaroni, dice nada más ni nada menos que esto:

“8°) Que, por lo demás, cabe destacar (habida cuenta las consideraciones formuladas a mayor abundamiento en la sentencia apelada) la acertada decisión del tribunal oral que corrigió el cómputo de fs. 640, dado que la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24.660 de Ejecución Penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión”.

Posteriormente, en el año 2007 y 2013, llegaron otros casos a la Corte Sup., también en relación al art. 24 del CP (“Gorosito Ibáñez, Carlos Ángel”, 11/09/2007, “Esquivel Barrionuevo, Víctor Carlos”, Fallos 330:4465, 17/10/2007, y “Oscar Edelmiro Spósito”, 05/11/2013) y lo particular de la respuesta de la Corte residió en que la mayoría de los jueces se remitió al Considerando 8° del Fallo “Méndez” (Fallos 328:137).

Ello, pese a que el Fiscal ante la Corte, fue fiel a la defensa de la vigencia de la reclusión, con remisión a un dictamen de su autoría en la causa “Equitanti, Jorge Raúl” (01/07/2008). Veamos lo que expuso en su extenso dictamen:

“no puede considerarse que la pena de reclusión se encuentre asimilada a la prisión por la sola circunstancia de que el legislador haya equiparado su régimen de ejecución, pues esa simplificación hipotética racional conduce no sólo a desconocer —sino también a suprimir— un sistema integral plasmado en el Código Penal como manifestación de la política criminal de un Estado en un momento determinado. (...) históricamente, la reclusión cargaba con el resabio de la pena infamante, mas no puede decirse que, por ello, haya revestido ese carácter ya que, como también se reconoce, nunca tuvo vigencia en razón de que jamás se cumplió la disposición del art. 9° del Código Penal de 1921, esta especie se ejecutaba igual a la pena de prisión (...). Por su forma de ejecución las penas de reclusión y prisión nunca exhibieron entonces diferencias en la práctica, ni con anterioridad, ni con posterioridad a la sanción de la ley 24.660, por lo que mal puede considerarse que una haya sido infamante y la otra no y, menos aún, cuando esa naturaleza le era atribuida a la reclusión en razón de su forma de cumplimiento al ir acompañada de trabajos públicos. (...) estimo que pretender reducir las diferencias entre las penas de prisión y reclusión a la forma de su cumplimiento resulta una relativización del razonamiento, que olvida la consideración de otras consecuencias que se derivan de la distinción de esas dos especies de penas privativas de la libertad y que, sin duda, tienen su correlato en diferentes institutos que, como se verá, atienden a una misma lógica que demuestra la coherencia del sistema penal argentino y la supervivencia de la reclusión a través de los años, más allá de las numerosas reformas que se le han introducido (...) desde los orígenes de nuestra legislación actual, se diferenciaba a la prisión de la reclusión; que ello no obedecía exclusivamente a la forma de cumplimiento de cada una; y que la segunda era considerada más grave, lo cual no sólo se desprende de los antecedentes mencionados sino también de lo que, finalmente, fueron las previsiones de los arts. 5° y 57 del Código Penal e, indirectamente —como consecuencias derivadas de una distinción que trasunta la ejecución— las disposiciones de los arts. 10, 13, 26, 44 y 46. A esa enumeración se agregan algunos institutos que confirman la coherencia del sistema penal argentino en lo que aquí

interesa, y que serán analizados más adelante por razones de orden metodológico (...) la determinación judicial de la pena tiene radical importancia ya sea para delimitar el poder punitivo del estado como para lograr una aproximación de justicia al caso concreto (...) una de las limitaciones jurídico-penales y sistemáticas que existen entre la reclusión y la prisión se encuentra estrechamente vinculada con esa individualización, tal como se puede apreciar de la consideración armónica de las instituciones regladas en el Código Penal. Así, puede observarse que mientras no se hace discriminación alguna entre ambas clases de pena para la viabilidad del otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, si se advierte una distinción para la condena condicional a la que resulta ajena la reclusión. Es claro que la aplicación de este instituto, a diferencia del anterior, supone la determinación judicial de la pena a través de la sentencia en la que se ha considerado que la gravedad del hecho impide dejar la ejecución en suspenso. Esa metodología se ve corroborada, a su vez, por la circunstancia de que no existen delitos culposos sancionados con reclusión, a lo que debe sumarse que sólo los delitos más graves de cada capítulo de la parte especial la tienen prevista y, sólo, en forma alternativa. La única excepción a ello, el art. 258 bis del Código Penal, lejos de poner en duda esta conclusión, la conforma, pues tanto en la ley 25.188 que introdujo esta norma, como su modificación por la ley 25.825, se previó únicamente esa clase de pena atendiendo a la mayor gravedad y trascendencia que tenían los hechos tipificados. Ello surge con claridad del mensaje 536 del Poder Ejecutivo Nacional, al que se remitió el miembro informante de la Cámara de Diputados, donde se expresa '8) (...) estimo conveniente mantener la pena de reclusión para quienes cometan el delito de soborno trasnacional (...) ello así, por cuanto los sobornos en transacciones económicas o procesos de contratación internacionales no sólo tienen implicancia en la distorsión de la libre competencia, sino que también provocan una imagen no deseada del país, que frente a la imperiosa necesidad de atraer inversiones extranjeras, muestra su mayor gravedad' (...). De igual modo no se prevé la aplicación de la reclusión para aquellos delitos considerados menores o correccionales, pues ello sería incongruente con el espíritu de reservarla como alternativa a hechos que revisten mayor gravedad (...) la reclusión y la prisión fueron concebidas como sanciones distintas, donde una era —y es— claramente más grave, pese a que tenga la misma forma de ejecución. Así lo quiso el legislador y así lo previó. Incluso adoptó el recaudo de preceptuarla siempre —excepto el caso ya mencionado— en forma alternativa otorgándole la discrecionalidad al juez de aplicarla o no, según la naturaleza del hecho sometido a juzgamiento. (...) Puedo afirmar entonces que esa voluntad legislativa no ha cambiado, ni considero que la ley 24.660 haya derogado virtualmente la pena de reclusión aunque no existan diferencias en su ejecución con la pena de prisión, ya que ha habido numerosas reformas acontecidas con posterioridad a esa norma que la siguen preceptuando dentro del catálogo de sanciones aplicables, tales como las leyes 25.087, 25.188, 25.742, 25.816, 25.825, 25.886, 25.890, 25.893 y 25.928. (...) no encuentro acertado considerar que (...) la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada... por dicha Ley (considerando 8°, Fallos: 328:137), pues ello significaría prescindir de la *ratio legis*, en tanto la norma a partir de la cual pretende extraerse esa conclusión, en lo que aquí interesa, sólo regla la forma de cumplimiento de las penas privativas de la libertad, pero no sus demás consecuencias. Por el contrario, las pautas señaladas de interpretación indican que, de haber sido esa la intención del legislador, lo hubiese dispuesto explícitamente, aspecto que no surge expresamente del texto de esa ley, cuyo art. 229 establece que es complementaria del Código Penal. No parece adecuado que una norma que reviste esta última característica pueda modificar implícitamente el catálogo de penas previsto en el Código Penal (...) no estimo prudente suponer que con una modificación enderezada a regular el régimen de ejecución, el legislador haya tenido intención de formular una derogación orgánica y por lo tanto tácita del art. 5° y correlativos del Código Penal. (...) Como expresé al principio, el régimen de la ley 24.660 ha venido a unificar el régimen de ejecución de las penas privativas de la libertad para adecuarlo a los principios internacionales en la materia, pero ello no ha implicado en modo alguno suprimir las restantes distinciones aún vigentes entre la reclusión y la prisión, las cuales representan la diferente gravedad existente entre una y otras, tal como surge de la expresa disposición del art. 57 del Código Penal y de instituciones como la libertad y ejecución condicionales, la prescripción de la pena y la tentativa en los delitos reprimidos con prisión y reclusión perpetua, el cómputo de la prisión preventiva, el arresto domiciliario y la sistemática de la individualización legislativa de las penas previstas para los delitos que integran la parte especial del Código Penal, y sus leyes complementarias".

Entre tanto, en el año 2012, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al pronunciarse sobre un caso de cómputo privilegiado, aludió expresamente a la plena vigencia de la pena de reclusión “Moretti, Alejandra Marcela —Fiscal Adjunto—” (P 117.108, 8/8/2012). Todos los jueces se ubicaron en la vereda de la vigencia y así se expresaron:

“tiene dicho este Tribunal que la tácita derogación de los arts. 6º, 7º y 9º del Código Penal, como consecuencia de la sanción de la ley 24.660, y —por ende— de las diferencias en la forma de ejecutar las penas de reclusión y prisión, en modo alguno ponen en jaque el distinto tratamiento que las disposiciones de fondo (arts. 13, 26, 44, 46 del Código Penal) dan a determinados institutos de la parte general del Código Penal. Ello, y el mantenimiento de la vigencia de los arts. 5º y 57 del mismo ordenamiento, demuestran que siguen existiendo pautas sustantivas que denotan que la pena de reclusión es más onerosa que la de prisión (...). De manera que, vigentes los criterios diferenciadores entre ambas especies de pena, nada impide que se otorguen a unos —los condenados a prisión— ciertas concesiones que no se confieren a quienes no están en análoga situación —los condenados a reclusión—”.

Nuevamente en el año 2014, la Corte provincial en forma unánime, volvió a inclinarse por la vigencia de la pena de reclusión (1), en la que analizó lo dicho por la Corte Sup., en el caso “Méndez” (Fallos 328:137) y dio las razones de su alejamiento:

“son muy distintas las situaciones aprehendidas en el precedente de la Corte federal y el presente. Así, en el indicado caso ‘Méndez’ (Fallos 328:137), el debate se produjo en la etapa de ejecución y se refirió al cómputo de la prisión preventiva en los términos del art. 24 del Código Penal (...). En cambio, en la presente y en lo que concierne a esta parcela de la impugnación se analiza la vigencia de la pena de reclusión en sí, dentro del catálogo de sanciones establecidas en el digesto penal, en el marco de un recurso extraordinario deducido contra la sentencia que le impuso esa especie de pena más gravosa al imputado Ruiz Dávalos (...) no resulta razonable postular la tácita derogación de los arts. 6º, 7º y 9º del Código Penal como consecuencia de la sanción de la ley 24.660 ni, por ende, que las diferencias en la forma de ejecución de las penas de reclusión y prisión, hayan importado de suyo abrogar la primera de las penas mencionadas de todas las disposiciones que aluden a ella en el CP. Por el contrario, en la economía del mentado régimen sancionador, las diferencias entre ambas especies de pena exceden la relativa a la mayor intensidad en la ejecución material de la reclusión. Ésta siempre expresó un contenido más gravoso, marcado por diferencias normativas que, pese a la identidad en la ejecución actual, aún subsisten y dan sentido a la diferenciación (v.gr., arts. 13, 26, 44, 46 del CP). La reclusión es, entonces, la pena más grave de las que componen el catálogo del Código Penal (art. 5º), pues muchos otros matices que no se relacionan directamente con las condiciones materiales en las que debía cumplirse, permiten distinguirla de la de prisión y acentúan ese cariz diferencial y más severo. En suma, sólo en lo que atañe a la modalidad de su ejecución la distinción ha perdido vigencia, mas no desde un plano simbólico y, tampoco, desde otras condiciones relativas a su ejecución material, v. gr., las consecuencias más severas que resultan de su imposición en relación con determinados institutos que dan sentido a su concepción como pena distinta y más grave que la de prisión. De otro lado, la cantidad de reformas operadas en el Código Penal con posterioridad a la sanción de la ley 24.660 en las que se conmina con la pena de reclusión diversos tipos penales (v.gr. leyes 25.061; 25.087, 25.188, 25.601, 25.742; 25.816; 25.882; 25.886; 25.890; 25.892; 25.893; 25.928; 26.394, 26.524, 26.791; 26.842)”.

Veremos a continuación, cuál fue el camino que han tomado los jueces que integran las distintas salas del Tribunal de Casación Provincial. De los 12 jueces que integran el tribunal casatorio, sólo tres consideran que la reclusión se encuentra derogada. El marcador arroja 3 votos por la derogación: Benjamín Ramón Sal Llargüés (causa 9638 “C., M. E.” 20/04/2006, Sala I, Daniel Carral y Ricardo Borinsky, causa 46.374 “M., R. E. y otros”, 16/08/2012, Sala III); contra 9 votos por la vigencia: Jorge Hugo Celesia y Fernando Luis María Mancini (causa 34188/34764 “Vargas Ramírez, Honoria” 19/03/2009, Sala II), Carlos Alberto Mahiques (causa 41.204 “J. C. Ch.”, 09/06/2011, Sala 2ª), Víctor Horacio Violini (causa

(1) En la causa P. 99.586, “Acevedo, Miguel Ángel y otros” y acumuladas P. 100.465, “Ruiz Dávalos, Miguel Ángel y otros” y P. 101.886, “Gorosito Ibáñez, Carlos A.”

46.374 “M., R. E. y otros”, 16/08/2012, Sala III), Martín Manuel Ordoqui (causa 56.573 “D. M. R. S.”, 27/02/2013, Sala V), Ricardo R. Maidana y Horacio Daniel Piombo (causa 55.384 “V. L. F.”, 31/07/2013, Sala VI) y Mario Eduardo Kohan y Carlos Ángel Natiello (causa 58.331 “L. G., A.”, 10/10/2013, Sala IV).

Ha quedado a la vista que la jurisprudencia, se mueve al compás de dos ritmos, uno derivado de la jurisprudencia asentada en “Gorosito” que entiende que el sistema penal ya no está integrado por la especie de pena más severa que establecía el código, descartando su empleo no sólo en el art. 24 del CP sino en otros institutos que la contemplaban: arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 26, 44 y 46 del CP; mientras que el otro defiende su vigencia dentro del menú de penas disponibles.

II.2. Perpetuidad

Para adentrarnos en el tema, es bueno saber que en nuestro sistema penal se encuentran sancionados con pena perpetua los siguientes delitos: los homicidios previstos en los 12 incisos del art. 80 del CP (2); en los delitos contra la integridad sexual, cuando resultare la muerte de la persona ofendida (arts. 119, 120 y 124 del CP); en los casos de privación de la libertad coactiva y de secuestro extorsivo, cuando se causare intencionalmente la muerte de la víctima (arts. 142 bis, anteúltimo párrafo y 170 anteúltimo párrafo del CP); en el delito de desaparición forzada de personas, cuando resultare la muerte de la víctima o ésta fuere una mujer embarazada, una persona menor de 18 años, una persona mayor de 70 años o una persona con discapacidad o cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre (143 ter, del CP); en el delito de tortura seguida de muerte (art. 144 tercero del CP); en el de traición a la patria (arts. 214 y 215 del CP); en el atentado al orden constitucional y a la vida democrática (art. 227 bis del CP); en los delitos de espionaje y sabotaje, cuando el autor actuare al servicio o en beneficio de una potencia extranjera (art. 2º punto 3 y 7 de la ley 13.985); en la extracción ilegal de órganos y tejidos humanos vivos (art. 30 de la ley 24.193), en los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, si ocurre alguna muerte (arts. 8º, 9º y 10 de la ley 26.200 de implementación del Estatuto de Roma, aprobado por Ley 25.390 y ratificado el 16/01/2001).

También, debemos conocer que aquel que resulte condenado a una pena perpetua, estará en condiciones temporales de acceder al beneficio de la libertad condicional, según el art. 13 del Código Penal —ley 25.892 (B.O. 26/05/2004)— una vez purgados 35 años de condena (3); beneficio del cual el art. 14 del CP (ley 25.892) excluye a los reincidentes y a quienes hayan sido condenados en orden a los delitos previstos en los arts. 80 inc. 7º, 124, 142 bis anteúltimo párrafo, 165 y 170 anteúltimo párrafo del Código Penal: homicidio *criminis causae*, abusos sexuales seguidos de muerte, privación ilegítima de la libertad, si se causare intencionalmente la muerte de la víctima, homicidio en ocasión de robo y secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La ley nacional de Ejecución Penal 24.660 auspicia la concesión de salidas transitorias y la incorporación al régimen de la semilibertad a los penados a perpetua, una vez cumplidos 15 años de condena (arts. 16 y 17) (4), restringiendo tales beneficios en el art. 56 bis a los condenados por los mismos delitos

(2) Art. 80 inc. 1º: al ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia, inc. 2º: con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso, inc. 3º: por precio o promesa remuneratoria, inc. 4º: por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión, inc. 5º: por un medio idóneo para crear un peligro común, inc. 6º: con el concurso premeditado de dos o más personas, inc. 7º: para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito, inc. 8º: a un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición, inc. 9º: abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario, inc. 10: a su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas, inc. 11: a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género, inc. 12 con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inc. 1º.

(3) Con la ley anterior el plazo era de 20 años.

(4) Por ejemplo: quien tenga 20 años al tiempo de ser condenado a una pena perpetua, podrá obtener egresos transitorios a los 35 años y liberado condicionalmente a los 55; si se trata de un reincidente contará sólo con salidas transitorias y reportará complicaciones extremas ante la ausencia de un mecanismo legal que indique cuando deberá tenerla por cumplida.

enunciados en el art. 14 del CP Cabe resaltar, que tanto por su extensión, por su forma de imposición y por su falta de limitación temporal (para los casos en que no articule el beneficio de la libertad condicional, ya que el Código Penal guarda silencio al respecto), ha sido tildada de desmesurada, no dosificable, arbitraria, fija, rígida, eterna, equivalente a la muerte civil, al encierro *sine die*, que genera daños colaterales a nivel social, familiar y laboral, que niega toda posibilidad de reinserción social transgrediendo los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria, que deja al descubierto que no sirve entrenar a un sujeto para la vida en libertad cuando, justamente carecerá de ella, que impide la medición de atenuantes y agravantes, que no permite al juzgador diferenciar entre hechos de diversa característica o envergadura, pues se limita a imponer, de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí, que lesiona gravemente a los principios de proporcionalidad, razonabilidad, culpabilidad, humanidad, legalidad y personalidad o trascendencia mínima.

Sentado lo expuesto, ha llegado el momento de transitar por un itinerario de fallos judiciales, que involucran el tema de la perpetuidad y su forma de concebirla.

En el año 2005, la Corte Sup. trabajó en la causa “Maldonado, Daniel Enrique” (Fallos 328:4343, 07/12/2015) (5), y en lo que a nuestro cometido importa, en relación a la forma de determinación de la pena, señaló que las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza y que ello significa que el legislador declara, *de iure*, que todo descargo resulta irrelevante porque son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna.

“Que, por regla general, cuando se trata de homicidios agravados cometidos por mayores, la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y, por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua. 14) Que las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza. Esto significa que el legislador declara, *de iure*, que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna. En los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible. Sin embargo, cuando se trata de hechos cometidos por menores, la situación es diferente, pues, en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa”.

En el año 2006, el papel protagónico lo tuvo la causa tramitada ante la Corte Sup.: “Giménez Ibáñez, Antonio Fidel” (Fallos 329:2440, 04/07/2006). La defensa de Giménez Ibáñez (condenado a perpetua con declaración de reincidencia), ante el rechazo de la Corte Sup. e instó la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, arguyendo que no pueden admitirse en un sistema republicano penas inagotables y que, si bien el Código Penal no resolvía expresamente el vencimiento de la condena a prisión perpetua con declaración de reincidencia, ello exigía del juzgador una interpretación armónica de las normas de fondo, de los preceptos constitucionales y supranacionales para ofrecer un límite temporal. Comunicaba a la Corte Sup. las palabras de su defendido: “nunca jamás habré de recuperar mi libertad ambulatoria”.

El fiscal ante la Corte le contestó, diciendo que la aplicación de los sucesivos regímenes que permiten atenuar el encierro carcelario conforme las previsiones de los arts. 12 a 26 de la ley 24.660, respetan el fin resocializador de la pena y dejan sin sustento a la invocada “inagotabilidad”. Indicó que:

“cabe recordar que, luego de haber sido sentenciado a cumplir la pena de prisión perpetua por doble homicidio agravado en concurso real con robo agravado por haber sido cometido con armas, reiterado

(5) La defensa había cuestionado la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua aplicada al menor Maldonado, por cuanto, por su gravedad, resulta violatoria de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; pena que había impuesto la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal al casar y modificar la pena de 14 años que le había impuesto el Tribunal Oral de Menores.

en dos oportunidades, se le concedió la libertad condicional, que posteriormente fue revocada por la comisión de un nuevo delito por el que fue condenado y declarado reincidente. (...) En especial, no indica a partir de las propias normas que invoca, por qué razón los jueces deberían apartarse de la solución legal prevista para el caso y delimitar el tiempo de cumplimiento de una pena que se caracteriza, precisamente, por ser indivisible, máxime cuando él mismo al cometer un nuevo delito mientras se encontraba en libertad condicional, obstó la posibilidad de su extinción a través de este instituto (art. 16 del CP) (...). A ello cabe agregar que la ley 24.660, que recoge los preceptos internacionales en la materia, tal como lo ha reconocido V.E. en la sentencia dictada el 9 de marzo de 2004 en los autos R. 230, L.XXXIV *in re* 'Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ejecución penal,' continúa previendo casos en donde se haya aplicado la prisión perpetua (art. 17). Incluso, esa misma norma sancionada a la luz de aquellos principios, remite al régimen previsto para el otorgamiento de la libertad condicional en nuestro Código Penal (ver art. 28). Tampoco aprecio que se haya demostrado que el fin resocializador que, según sostiene con apoyo en normas internacionales, deben cumplir las penas no pueda realizarse en supuestos de esta índole, mediante la aplicación de los sucesivos regímenes que permiten atenuar el encierro carcelario conforme las previsiones de los arts. 12 a 26 de la ley 24.660, a cuyas disposiciones deben adecuarse las regulaciones locales (art. 228 *id.*). La existencia de tales preceptos priva además de sustento a su conclusión cuando afirma que '(...) nunca jamás habré de recuperar mi libertad ambulatoria (...)'

La Corte, si bien no entró en el tratamiento del tema y devolvió el expediente a la Corte Provincial para que ingrese en el planteo, empleó, en el Considerando 4º, dos palabras de asentimiento para con el planteo defensorista, que adelantaron una somera idea de su criterio; un avance de su opinión de rechazo a la perpetuidad absoluta y de aval a las penas perpetuas con posibilidad liberatoria asegurada —límite temporal determinable—:

"4º) Que una vez llevada la cuestión ante la superior instancia provincial a través del recurso de inaplicabilidad de ley (en el que se alegó —con acierto— que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional), el *a quo* lo declaró mal concedido por considerar que la decisión que confirmaba el rechazo del pedido de agotamiento de pena no revestía el carácter de definitiva en los términos del art. 357 del Código de Procedimiento Penal (fs. 59)''

Devuelta la causa a la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, el máximo tribunal provincial, en base a los fundamentos que a continuación serán transcritos, y en sintonía con lo dictaminado por el fiscal resolvió por unanimidad, devolver la causa al órgano judicial que impuso la pena perpetua a Giménez Ibáñez, para que estipule el límite temporal en el que debía dársela por cumplida (causa P. 84.479, 27/12/2006):

"casar el pronunciamiento impugnado en tanto resolvió que dado que la pena impuesta no es temporal, es imposible determinar su agotamiento, y devolver los autos al *a quo* a fin de que se establezca —conforme las consideraciones expresadas— en qué momento debe tenerse por cumplida la prisión perpetua impuesta a A. F. G. I.'"

Ello por entender, que impedir al condenado a prisión o reclusión perpetua y también declarado reincidente, la posibilidad de acceder en algún momento a la libertad importa negar, a través de una presunción *iuris et de iure*, que la ejecución de la pena pueda surtir efecto resocializador en la persona del delincuente, impidiéndole absolutamente reintegrarse a la sociedad; vulnerándose derechos fundamentales del ser humano. Señaló que:

"G. lleva cumplidos a la fecha aproximadamente cuarenta y un años de prisión (...) 7. A partir de la reforma de la Constitución nacional en el año 1994 ha quedado incorporada la finalidad de 'prevención especial' o 'readaptación social' para la pena privativa de la libertad: arts. 75, inc. 22, Constitución nacional; 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5.6. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas (regla 63 y siguientes), las que 'configuran las pautas

fundamentales a las que debe adecuarse toda detención' (Corte Sup., *in re* 'V. [...]'; sent. del 03/05/2005). En tales términos, impedir al condenado a prisión o reclusión perpetua y también declarado reincidente, la posibilidad de acceder en algún momento a la libertad importa negar (a través de una presunción *iuris et de iure*) que la ejecución de la pena pueda surtir efecto resocializador —finalidad consagrada constitucionalmente— en la persona del delincuente, impidiéndole absolutamente reintegrarse a la sociedad; vulnerándose derechos fundamentales del ser humano. 8. Así resulta del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 879 vta. del principal) en tanto al expedirse sobre el progreso de la queja articulada por la defensa expresó (si bien a modo de *obiter dictum*) en relación al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ahora en tratamiento, que en éste, '(...) se alegó —con acierto— que la pena privativa de la libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional (...)’ (el destacado me pertenece). 9. En consecuencia, corresponde casar el pronunciamiento impugnado en tanto resolvió que dado que la pena impuesta no es temporal, es imposible determinar su agotamiento, y —en razón del carácter final de los pronunciamientos de esta Corte y a fin de preservar una eventual revisión sobre el punto— devolverla al *a quo* a fin de que, conforme lo que antecede, se establezca en qué momento debe tenerse por cumplida la prisión perpetua impuesta a A. F. G. I. (...)'.

En el año 2011, la Corte Sup., en el caso “Somohano, Gastón Javier y otros” (6) (04/08/2011), finalmente completó la idea que había esbozado de modo incipiente en “Giménez Ibáñez” (Fallos 329:2440), haciendo suyos por remisión “los términos y conclusiones del Procurador General (SIC)”, le dio el visto bueno a la pena perpetua (tal como la venía caracterizando, esto es acotable y por ende no literalmente perpetua):

“sólo se invocó la decisión de V.E. publicada en Fallos 329:2440, sin explicar mínimamente por qué resultarían aplicables al *sub examine* las consideraciones de dicho precedente a pesar de que en ese caso, a diferencia del presente, el acusado fue condenado a la pena de prisión perpetua con declaración de reincidencia, y su solicitud de libertad se basó en haber cumplido la pena que le había sido impuesta. Por lo demás, advierto que en aquella decisión la Corte no sostuvo, conforme adujo el apelante, que ‘las penas perpetuas son contrarias al art. 18 de la Constitución Nacional porque lesionan la intangibilidad de la persona humana en razón de que generan graves trastornos a la personalidad equiparables a tormentos’ (fs. 4311 vta., primer párrafo). Salvo la mejor interpretación que de sus propias sentencias puede hacer el Tribunal, estimo pertinente destacar que el asunto debatido en ese caso consistió en determinar si existía una cuestión federal que hubiera debido ser tratada por el superior tribunal provincial previamente a la intervención de V.E., y sólo con carácter de *obiter dictum* se juzgó acertado el planteo según el cual la pena privativa de la libertad realmente perpetua lesiona la intangibilidad de la persona humana —ese adverbio de modo, que tendría explicación en las referidas circunstancias de aquella causa, no fue incluido en el escrito del recurso extraordinario—. Pienso que tampoco cabe sostener, como pretende la defensa de Somohano a partir del mismo precedente y de la doctrina que citó, que el límite del encierro de un condenado a prisión perpetua deba ser necesariamente inferior al de quien, además, fue declarado reincidente. Así lo entiendo pues, aunque se admitiera que —de acuerdo con la interpretación que el apelante hace de aquel *obiter*— la reincidencia no podría constituir un obstáculo a la obtención de la libertad una vez agotada la sanción, ello no implicaría la consiguiente reducción de la pena de quienes no recibieren tal declaración, y el apelante no brinda otros argumentos que conduzcan a esa conclusión”.

Cabe recordar, el dictamen del procurador fiscal ante la Corte Sup., confeccionado en el año 2012, en el marco del recurso interpuesto en la causa “Bachetti, Sebastián Alejandro” (22/03/2012), el que, si bien fue declarado inadmisibile por la Corte, muestra un extenso tratamiento del tema por parte del fiscal.

Primero reprodujo las consideraciones del Tribunal local, compartiendo las afirmaciones que éste había efectuado, en punto a que el juego del art. 13 del CP y de la ley 24.660 permite flexibilizar la aparente

(6) Condenado a prisión perpetua sin declaración de reincidencia.

rigidez de la pena perpetua, adecuándola a las necesidades resocializadoras o preventivo-especiales del caso concreto, ello mediante la libertad condicional, las salidas transitorias y el régimen de semilibertad.

“Como puede apreciarse, los criterios vigentes en el ámbito internacional respecto de las penas perpetuas coinciden con el núcleo de lo argumentado por el a quo al rechazar el planteo de inconstitucionalidad sobre la base de la posibilidad real y efectiva de obtener una liberación anticipada y, antes, diversas medidas de morigeración del régimen de ejecución de la pena según el sistema de progresividad que establece la ley 24.660”.

Acto seguido brindó argumentos basados en el derecho internacional, para descartar cualquier tipo de similitud entre la pena perpetua y las torturas o los tormentos:

“esta Procuración sostuvo que la pena de prisión perpetua no vulnera per se la Constitución Nacional ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía normativa, sino que, por el contrario, es posible afirmar que se encuentra expresamente admitida. Abona esa opinión la interpretación que han efectuado tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del art. 5º, inc. 2º, del Pacto de San José de Costa Rica, que al proteger la integridad personal contempla que ‘nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes’ y que ‘toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano’ (...) en el caso ‘Velásquez Rodríguez c. Honduras’, del 29 de julio de 1988, se encuadró en esa norma el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva (...); en el caso ‘Castillo Páez c. Perú’, del 3 de noviembre de 1997, se consideró afectado ese derecho porque la víctima, después de ser detenida por agentes de la policía fue introducida en la maletera del vehículo oficial (...); en el caso ‘Castillo Petruzzi c. Perú’ del 30 de mayo de 1999, porque los detenidos permanecieron incomunicados en poder de la autoridad administrativa durante 36 y 37 días hasta ser puestos a disposición judicial y por haber sido presentados vendados o encapuchados, ‘amarrados’ o ‘engrilletados’ al declarar en sede judicial (...); en el caso ‘Villagrán Morales c. Guatemala’, del 9 de noviembre del mismo año, porque existían numerosas evidencias en cuanto a que las víctimas padecieron graves maltratos y torturas físicas y psicológicas por parte de agentes del Estado antes de sufrir la muerte (...); en el caso ‘Suárez Rosero c. Ecuador’, del 12 de noviembre de 1997, tanto por la prolongada incomunicación ilegal (36 días) como por las malas condiciones de alojamiento (...) en el caso ‘Cantoral Benavides c. Perú’, del 18 de agosto de 2000, la Corte Interamericana se pronunció, también dentro del art. 5.2, sobre el concepto de tortura psicológica, y reiteró que ‘la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de los medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, (...) las restricciones al régimen de visitas (...) constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del art. 5.2 de la Convención Americana’ (...) en el caso ‘Loayza Tamayo c. Perú’, del 17 de septiembre de 1997, interpretó que maltratos como el ‘ahogamiento’ también encuadraban en esa norma (...) en el ámbito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité contra la Tortura ha considerado que su art. 7º —que también prohíbe la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes— se refiere ‘a los castigos corporales, incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria’ (...) Sin embargo, aprecio que de ello no es posible inferir per se que la pena de prisión perpetua pueda estar comprendida en ese concepto, desde que el propio Pacto admite limitadamente —al igual que otros instrumentos ya aludidos— la imposición de una sanción de suma gravedad, como es la pena capital —art. 6º— (...)”.

También, efectuó un relato detallado, en punto a las consecuencias de la implementación por parte de la Argentina del Estatuto de Roma (ley 26.200), refiriendo que a través de dicho instrumento se confirmaba, una vez más, la vigencia del encierro perpetuo en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y valoró como positivo que en la Convención Europea, en la Ley Fundamental Alemana y en el Estatuto de Roma, el encierro por tiempo indeterminado sea aceptado sólo bajo la premisa de que se asegure debidamente el control judicial periódico de las condiciones para la liberación y que haya existido un examen concreto de la situación del afectado.

“Considero relevante señalar que al fijar el Estatuto las penas aplicables para los delitos tipificados en sus arts. 6º a 8º, su art. 77, inc. 1º, estableció las siguientes: a) reclusión por un número determinado

de años que no exceda de treinta años; o b) reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Cabe destacar que en virtud de la ley 26.200 recién aludida, en el primer supuesto la pena se ha limitado al término de veinticinco años de prisión, mientras que para el segundo, sin afectarse el carácter absoluto de la sanción, sólo se precisaron las condiciones para su aplicación 'si ocurre la muerte' (arts. 8º a 10). (...) estimo oportuno mencionar las normas allí previstas para la 'reducción de la pena', pues a partir de ellas podría considerarse, oportunamente, un régimen para morigerar en el ámbito del derecho interno los efectos de la sanción aplicada en autos. El art. 110 del Estatuto de Roma, que regula este último instituto, determina que el recluso no será puesto en libertad antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte (inc. 1º); que, luego de escuchar al recluso, sólo ella puede decidir la reducción (inc. 2º); y que cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena o veinticinco años de prisión en el caso de pena privativa de libertad perpetua, la Corte revisará la pena —nunca antes del cumplimiento de esos plazos— para determinar si ésta puede reducirse (inc. 3º). Luego de escribir los factores a tenerse en cuenta a tal fin (inc. 4º), se prevé que si en un inicio se declara que no procede la reducción de la pena, la cuestión debe volver a examinarse con la periodicidad y con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba (inc. 5º). Esta reseña permite apreciar que sin perjuicio de la aludida vigencia de la prisión perpetua, la finalidad esencialmente resocializadora de las penas privativas de libertad también ha sido reconocida por el Estatuto de Roma para esa sanción, pues la expectativa que en el plazo de veinticinco años pueda examinarse la posibilidad de reducción que para ella contempla el art. 110, inc. 30, habrá de alentar la readaptación social del condenado a esos fines. Más aún, de las aludidas Reglas de Procedimiento y Prueba surge expresamente que en esa etapa la Corte valorará, entre otras circunstancias, que la conducta del condenado durante su detención revele una auténtica disociación de su crimen y sus posibilidades de reinsertarse en la sociedad y reasentarse exitosamente (regla 223). Si bien esta limitación temporal de la prisión perpetua no se vincula con la eventual reincidencia del condenado, la cual, como tal, no ha sido contemplada en el Estatuto de Roma (ver art. 78, inc. 3º), sus efectos coinciden, en lo sustancial, con el criterio de la invalidez constitucional de la pena privativa de libertad realmente perpetua que adelantaron algunos ministros de V.E. al dictar sentencia en el caso 'Giménez Ibáñez', y también con el invocado por el doctor Petracchi al fallar el 5 de septiembre de 2006 en la causa Letra G, n 560, Libro XL, caratulada 'Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa —causa 1573—'. En su ilustrado voto, este último magistrado recordó sobre la base de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Alemán, que las condenas a encierro por tiempo indeterminado —incluidas las aplicadas a reincidentes o delincuentes habituales— son compatibles con la respectiva Convención Europea y con la Ley Fundamental de Alemania, sólo bajo la premisa que se asegure debidamente el control judicial periódico de las condiciones para la liberación y que haya existido un examen concreto de la situación del afectado (...). Precisamente, esa periodicidad ha sido prevista dentro del ámbito del Estatuto de Roma en la regla procesal 224, que establece la realización del examen de la reducción de la pena cada tres años, a menos que los magistrados indiquen un intervalo más breve".

Analizó la interpretación que sobre el tema efectuó el Tribunal Constitucional Alemán, de la necesidad real de que el penado albergue una esperanza liberatoria, que en el caso de este Tribunal se cobijaba bajo la forma del indulto:

"el aludido Tribunal Constitucional también aplicó una interpretación similar al resolver que el cumplimiento de la pena privativa de la libertad a perpetuidad no afecta la inviolabilidad de la dignidad del hombre que reconoce el art. 10, inc. 1º, de la Ley Fundamental de Alemania. Para ello, además de reiterar que toda pena debe estar en adecuada proporción con la gravedad del hecho punible y la culpa del delincuente, sostuvo que las disposiciones de la ley de ejecución penal y la práctica allí vigente en materia de indulto, impedían determinar que esa pena conduzca obligatoriamente a desafíos irreparables de tipo físico o psíquico que lesionen la existencia digna. Agregó que al condenado se le debe dar la esperanza de volver a obtener su libertad y que si bien la posibilidad del indulto no es por sí sólo suficiente, el principio del estado de derecho ofrece los presupuestos bajo los cuales se puede suspender la ejecución de una pena de prisión perpetua, así como para reglamentar el proceso aplicable a tal efecto".

En ese mismo año, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal —CFCP—, en la causa “Montiel, Alejandro Héctor” (26/10/2012), por mayoría y con el voto del Dr. Alejandro Slokar y la adhesión de la Dra. Ángela Ester Ledesma, señaló que por aplicación de la ley 26.200, el límite temporal para la pena de prisión perpetua debía fijarse en 25 años. En el caso, el Sr. Montiel había sido condenado a la pena de prisión perpetua con declaración de reincidencia y, a pedido de la defensa, el juzgado de ejecución le fijó un límite temporal de 37 años y 6 meses, montó que por alto agravió a la defensa, la que apostó por la inconstitucional de las penas perpetuas y señaló, que a todo evento, debería fijarse su plazo máximo de duración en 25 años, ya que el límite máximo de pena fue fijado por la ley 26.200 en 25 años para los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra; también dijo que no era concebible que su defendido, declarado reincidente simple, se encuentre en peor situación que el multirreincidente. El voto mayoritario le dio la razón, en estas palabras:

“Asiste razón al casacionista en punto a que resulta incorrecta la fijación del vencimiento de la prisión perpetua en 37 años y seis meses, no solamente porque aquella agravación de la pena prevista en el art. 227 ter del Código Penal solamente fue prevista para casos constitutivos de atentados contra el orden constitucional, sino porque, como llevo dicho: ‘ (...) el máximo de la sanción a imponer no puede exceder el límite histórico codificado de veinticinco años de prisión repuesto por la ley 26.200’ (cfr. mi voto en sala III, causa 13575 “Acero Miranda, José Luis s/rec. de casación”, reg. 1878/11, rta. 14/12/2011)”.

La disidencia de la Dra. Ana María Figueroa sostuvo lo siguiente:

“Violaría la igualdad ante la ley que a una persona condenada a pena de prisión perpetua y, además, declarada reincidente, se le permitiera obtener la libertad a los veinticinco años, que es la sanción fijada para hechos de menor gravedad, sin declaración de reincidencia. No obstante ello, corresponde fijar un vencimiento de la pena de prisión perpetua impuesta a una persona declarada reincidente, de acuerdo con una remisión a los plazos estipulados en el art. 53 del Código Penal, que prevé expresamente la obtención de la libertad condicional de un multirreincidente al que se le hubiese aplicado la reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal”.

En el año 2013, contamos con un precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Mendoza y otros c. Argentina” (sentencia Serie C 260, 14/05/2013) mediante el cual se condenó al Estado Argentino, por la imposición de penas perpetuas a menores de edad, y entre varias obligaciones, le ordenó en el punto 21 del resolutorio, que debía asegurar que no se volviera a imponer penas perpetuas por delitos cometidos siendo menor de edad y que debía garantizar que las personas que actualmente se encontrasen cumpliendo dichas penas, en dicha situación, pudieran obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en esta Sentencia.

Siguiendo con el itinerario, observamos la forma de trabajar de los jueces de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, en el año 2014, en el marco de una causa de *lesa humanidad*, en la que algunos de los condenados a prisión perpetua tenían más de 80 años, expediente 15.496 “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación” (23/04/2014). Los jueces defendieron las sanciones perpetuas impuestas, basándose en lo sustancial, en la gravedad de los hechos en juzgamiento y en la circunstancia de que la ley nacional de Ejecución Penal (24.660) contempla la posibilidad de otorgar la prisión domiciliaria a los internos mayores de 70 años:

“no es inconstitucional en sí, dado que no es perpetua en sentido estricto, sino relativamente indeterminada, pero determinable en el marco del régimen de progresividad en la ejecución de la pena; y ‘tampoco es inconstitucional como pena fija, siempre que en el caso concreto no viole la regla de irracionalidad mínima, pues guarda cierta relación de proporcionalidad con la magnitud del injusto y de la culpabilidad’ (...) en punto los planteos argumentados en derredor a la finalidad de la pena cabe señalar que no logran superar cuanto ya se ha dicho respecto a la indisponible obligación del estado argentino de investigar y sancionar a los autores de delitos de lesa humanidad (...) en cuanto a la cuestión relativa a la resocialización del penado, corresponde señalar que “las normativas sobre derechos humanos citadas —que son seguidas por el art. 1º de la ley 24.660— en realidad hacen referencia a la finalidad de la ejecución de la pena y no a la del castigo (...). Cabe también realizar una aclaración

respecto a aquellas consideraciones relativas a la inconstitucionalidad de la pena perpetua en razón de la edad de los condenados. En este sentido, se advierte que estos cuestionamientos no encuentran apoyo en el ordenamiento jurídico actual, en el cual el sistema de ejecución de la pena previsto en la ley 24.660 (B.O. 16/07/1996) se desarrolla a partir de un régimen de progresividad que permite, a los condenados, recuperar su libertad anticipada, a partir de diversos institutos. En efecto, la avanzada edad de algunos de los condenados permite en su caso la obtención de la prisión domiciliaria, uno de los institutos previsto por la mentada ley, que tiene como fin último el resguardo del principio de humanidad consagrado en el art. 18 constitucional e instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (arts. 5º de la DUDH, 7º del PIDCP, y 5º de la CADH)."

Para finalizar el recorrido, nos ocuparemos de dos precedentes de la Cámara Federal de Casación penal, que muestran como fue abordado el planteo relativo a la necesidad de poner un coto específico a la duración de las penas perpetuas más la declaración de reincidencia, aclarando previamente que aunque se trata de hechos anteriores a la reforma de la ley 25.892 (26/05/2004), sirven para ilustrar la necesidad de marcar límites temporales a la duración de la pena perpetua.

Resultan muy interesantes los antecedentes del resolutorio de la Sala I de la CFCP "Castro, Miguel A." del 11/11/2002, en el que se revocó la decisión del juez de ejecución, que declaró su inconstitucionalidad mediante del art. 14 del CP y concedió la libertad condicional a quien había sido condenado a una pena perpetua con declaración de reincidencia. El juez de ejecución había basado su otorgamiento teniendo en cuenta que Castro había observado intramuros una conducta ejemplar [10], poseía una calificación de concepto muy buena [7], no registraba correctivos disciplinarios, llevaba más de 32 años detenido y que en el caso particular el art. 14 del CP "al conjugarse con la pena de reclusión perpetua que pesa sobre el interno y con su condición de reincidente, vedaría para siempre la posibilidad de que se conceda aquel derecho". Para así decidir, argumentó:

"La ley 24.660 —art. 12— establece que el régimen penitenciario se caracterizará por su progresividad, será aplicable a los condenados cualquiera fuere la pena impuesta e incluye como último período a la libertad condicional, no obstante la previsión contenida en el art. 14 del Código Penal. Asimismo, se ha introducido el régimen de libertad asistida que habilita la posibilidad de soltura anticipada del condenado reincidente. Por lo demás, el art. 53 autoriza la soltura condicional de quienes 'se les ha aplicado en reiteradas oportunidades el art. 50', con lo cual parecería injusto que quien ha sido condenado por varios homicidios simples con la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado —si fuese multirreincidente— pueda acceder a la soltura de la que se encuentra impedido el autor de un único homicidio agravado y 'al que también se le impuso la misma accesoria por imperio de lo normado en el art. 80' (...) 4. El art. 14 del Código Penal no es intrínsecamente inconstitucional, pero se convierte en tal cuando se lo aplica de manera combinada a una pena privativa de la libertad perpetua que, al carecer de vencimiento temporal, impide la cristalización del régimen penitenciario progresivo, se opone al principio de reinserción social contenido en el art. 1º de la ley 24.660 y, por lo tanto, conculca lo normado en tal sentido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ordenamientos internacionales que son equiparables a la Constitución Nacional".

La sala en pleno casó el fallo y revocó la libertad condicional; su temperamento se centró básicamente en que en las penas perpetuas la vocación de "resocializar al condenado" conserva su atingencia tanto con la posibilidad de un indulto como con la del sometimiento del interno al régimen de salidas transitorias o de semilibertad en los términos del art. 17 inc. b) de la ley 24.660, también en que las penas perpetuas no resultan un tormento psíquico, en razón de que la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en su art. 1º, excluye expresamente la consideración de los dolores y sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

La segunda causa indicada, es de la Sala III ("Ríos, Jorge Rubén", 20/04/2009) y el voto en soledad de la Dra. Ángela Ester Ledesma, nos muestra como indispensable la búsqueda de un límite temporal a las penas perpetuas. Los pormenores del caso indican que el Tribunal Oral declaró, una vez

transcurrido más de 25 años de encierro, cumplida la pena única de reclusión perpetua impuesta a un condenado que había sido declarado reincidente. La Dra. Ledesma avaló tal parecer, apuntó que la circunstancia de que no exista una regulación expresa que alcance a las personas condenadas a prisión perpetua más la declaración de reincidencia, no significa que ello puede ser interpretado como un supuesto de pena que no tiene vencimiento, porque este tipo de exégesis, desconoce los principios de mínima intervención, *ultima ratio, pro homine*, proporcionalidad, racionalidad y *favor libertatis* y que la combinación de la reincidencia con la prisión perpetua resulta un claro supuesto de “inconstitucionalidad manifiesta”:

“la ley establece la progresividad del régimen penitenciario, cuya finalidad está dada por la atenuación cualitativa de la forma en la que se cumple la pena, permitiendo que el condenado vaya recuperando el ejercicio de los derechos que le fueron limitados por la sentencia de condena. De esta manera, el contacto progresivo del recluso con el medio libre favorecerá al ideal resocializador (...) todo este programa normativo se vería seriamente afectado si se reconociera que determinadas penas no tendrían vencimiento, dado que el fin de la ejecución de la pena se tornaría ilusorio. (...) la falta de un vencimiento de pena concreto, sobre las penas de prisión perpetua, debe tener respuesta desde la jurisdicción pues de lo contrario se vulneraría el principio de legalidad ejecutivo. Es en este tipo de casos en los que se produce la relación complementaria entre el principio de legalidad y el de judicialización, explicado anteriormente, sin que la resolución del problema se pueda diferir a los otros poderes del Estado (v. gr. Conmutación). Siendo así, el juez debe establecer cuál es el vencimiento concreto de las penas de prisión perpetua. Sin embargo (...) es que según la interpretación literal de las normas, aquél estaría supeditado a la concesión de la libertad condicional (veinte años —art. 13— más los cinco años de sujeción a dicho instituto). Por lo tanto, una exégesis incorrecta de este tipo supuestos, nos llevaría a concluir que, si no se concede la libertad condicional o fue declarado reincidente la pena impuesta no se extinguirá. Este tipo de interpretación, resultaría violatoria, insisto, del principio de legalidad ejecutivo. A su vez, tampoco puede olvidarse que la falta de vencimiento de pena también impediría gozar del instituto de la libertad asistida. Si bien el art. 54 primer párrafo, de la ley 24.660, hace mención a que el egreso se producirá seis meses antes del ‘agotamiento de la pena temporal’, la distinción nominativa que realiza el Código Penal sobre ‘penas temporales y perpetuas’ queda de lado pues, fijado el vencimiento, la sanción perpetua se transformará técnicamente en temporal y acorde a los principios constitucionales vigentes durante la ejecución de las penas privativas de la libertad (...) una interpretación armónica y constitucional de la pena de prisión perpetua, por lo menos respecto a la ley aplicable a este caso, no puede exceder de los 25 años de prisión (arts. 13 y 16 del CP). Para ello, no resulta necesario realizar una comparación con el máximo de las penas temporales previstas en el Código Penal o con la reclusión por tiempo indeterminado, pues estaríamos comparando situaciones distintas a la aquí presentada. Esta propuesta, a mi entender, soluciona los problemas constitucionales que trae aparejados este tipo de sanción (pena inhumana art. 5.2 CADH) y el vacío legal que presenta el Código Penal y, al mismo tiempo, posibilita que en los supuestos en que la persona condenada fuese declarada reincidente, acceda a la libertad asistida, instituto que fue pensado a los efectos de evitar que los condenados cumplan la totalidad de la pena sin egresar en libertad definitiva por un tiempo determinado (...) aún para quienes sostienen que la declaración de reincidencia es constitucional, la combinación de esta última con la prisión perpetua, de no encontrar una solución distinta, resulta un claro supuesto de ‘inconstitucionalidad manifiesta’. Al respecto se ha dicho que ‘cuando esta limitación se relaciona con una de prisión o reclusión perpetua, se torna manifiestamente inconstitucional, por cuanto transforma a la sanción en una condena de relegación absolutamente eliminatória, sin posibilidad alguna de vencimiento no reintegro definitivo al medio libre, en flagrante contradicción con los principios contenidos en los compromisos internacionales asumidos por nuestro país”.

Debemos resaltar también que la CFCP, Sala IV, en “Soto Trinidad, Rodolfo”, causa 675/2013 del 20/12/2013, nos muestra cómo trabajan algunos jueces con el art. 56 bis de la ley 24.660 que veda las salidas transitorias y la semilibertad a varios delitos sancionados con pena perpetua (arts. 80, inc. 7º, 124, 142 bis anteúltimo párrafo, 165 y 170 anteúltimo párrafo del Código Penal). La sala declaró la inconstitucionalidad del art. 56 bis de la ley 24.660 porque vulnera los principios constitucionales

de igualdad ante la ley, razonabilidad de los actos republicanos de gobierno, el fin resocializador de la pena privativa de la libertad y el sistema progresivo para la consecución del fin preventivo. Manifestó que:

“se vulnera el principio de progresividad en la ejecución de la pena si las salidas transitorias son denegadas con fundamento en la exclusiva circunstancia de que la persona ha sido condenada por un delito en particular, ya que en ese caso no importarían el esfuerzo personal de una persona detenida, su evolución en el tratamiento penitenciario, ni las calificaciones de conducta y concepto que alcance con base en su comportamiento intramuros”.

También debe tenerse presente la labor de la Sala II del Tribunal de Casación Provincial en la causa “L. Q. J. A.” n. 33711 (17/12/2009), en el marco de la cual declaró la inconstitucionalidad de la reincidencia por combinación con la pena perpetua impuesta, señalando, que se veía afectada la determinación de la pena al constituir una sanción a eternidad, capaz de duplicar y hasta triplicar la que correspondería a la magnitud del injusto, a la culpabilidad del condenado y a sus posibilidades de resocialización; violando los principios de proporcionalidad, humanidad y racionalidad.

Luego de leer tantos precedentes, seguimos teniendo más interrogantes que respuestas, seguimos preguntándonos sobre el modo adecuado de legitimar la pena perpetua y el tiempo que tendrá que cumplir un penado a una pena perpetua con más reincidencia, para que opere su vencimiento.

Continuamos sin comprender por qué algunos jueces admiten la constitucionalidad de la pena perpetua con reincidencia, recostándose en las posibilidades liberatorias que ofrece el avance por el régimen progresivo de la ley 24.660 (que augura salidas transitorias y semilibertad), cuando el propio Código Penal y dicha Ley excluyen de tales beneficios a varios delitos conminados con pena perpetua (arts. 80, inc. 7º, 124, 142 bis anteúltimo párrafo, 165 y 170 anteúltimo párrafo del Código Penal).

Es obvio que ningún problema de fundamentación, tendrán aquellos que crean que la reincidencia es inconstitucional (7) o que declaren inconstitucional la reincidencia por combinación con la pena perpetua (8), o que dicten la inconstitucionalidad del art. 14 del CP (9). Pero quienes no comulguen con alguna de esas ideas, no pueden recurrir sin más, para sostener la viabilidad de las penas perpetuas, al argumento de la progresividad del régimen carcelario en pos de los restantes beneficios liberatorios ante la limitación del art. 56 bis de la ley 24.660, ello salvo que complementen su argumento con la declaración de inconstitucionalidad de tales normas.

Así nos atrevemos a decir, que las posibilidades fundantes de la pena perpetua, pueden ser las siguientes (y poseen como denominador común a la chance de egreso, en algún momento de la estadía en la cárcel): 1) la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia que permitirá al condenado a perpetua la obtención de la libertad condicional; 2) el empleo de la reincidencia pero con la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 del CP posibilitando el beneficio de la libertad condicional; 3) el empleo de la reincidencia pero con la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 56 bis de la ley 24.660, que dejará habilitados al condenado a perpetua y reincidente los beneficios de la progresividad del régimen (tendrá salidas transitorias y semilibertad); 4) la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia y del art. 56 bis de la ley 24.660 que dejará expeditos los beneficios de la libertad condicional, salidas transitorias y régimen de semilibertad; 5) el empleo de la detención domiciliaria para el condenado a perpetua y reincidente con más de 70 años y 6) la remota posibilidad de indulto. Posibilidades que generan interrogantes e inquietudes, que deben ser canalizados y capitalizados en una reforma penal que indique una única forma de respuesta.

(7) Por ejemplo la Sala III de la CFCP en la causa “Argañaraz, Pablo Ezequiel”, n. 13.401, 08/05/2011, en la cual la mayoría —jueces Slokar y Ledesma— se inclinó por la inconstitucionalidad de los arts. 50 y 14 del CP, temperamento avalado por el fiscal ante casación.

(8) Como lo instrumentó la Sala II del TCPBA, “L. Q. J. A.”, causa 33711, 17/12/2009.

(9) CFCP, “Argañaraz, Pablo Ezequiel”, Sala II, causa 13.401, 08/05/2011.

III. Anteproyecto de reforma (10)

En el Proyecto de reforma, conforme su art. 17, el circuito cerrado de penas queda dispuesto de este modo: prisión, multa e inhabilitación y, en su caso, las alternativas (previstas en el art. 22: detención domiciliaria, detención de fin de semana, obligación de residencia, prohibición de residencia y tránsito, prestación de trabajos a la comunidad, cumplimiento de las instrucciones judiciales y multa reparatoria). El art. 21 enuncia que “la pena de prisión consiste en la privación de la libertad ambulatoria del condenado, en establecimientos adecuados destinados al efecto. Tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de treinta años”. Ninguna disposición contempla la pena de reclusión, ni tampoco la pena perpetua.

IV. Conclusión

El estado de las cuestiones tratadas amerita procesos de homogenización interpretativas y una legislación puntual, certera y clara, que nos diga cuales son las clases de penas vigentes, y en el caso que contemple penas perpetuas, indique con claridad su vencimiento concreto, constituyendo una brújula eficaz de circulación, que ofrezca una bandeja de opciones claras y perfectamente delimitadas. Es indispensable, que podamos hablar en términos unívocos sobre el sistema punitivo que nos rige. La senda de la innovación legislativa, sea el proyecto aquí aludido u otro, es la única que nos puede llevar a buen puerto, ya que como vimos la tarea judicial sigue navegando sin rumbo fijo, y las disímiles interpretaciones del bloque legal actual nos alejan cada vez más de la tan ansiada y preciada certeza.

V. Bibliografía

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN (2014). Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1ª ed., marzo.

Legislación consultada

Ley 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de la libertad, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 16/07/1996.

Ley 26.200. Corte Penal Internacional, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 09/01/2007.

Jurisprudencia consultada

CIDH, 14/05/2013, “Mendoza y otros c. Argentina”, Serie C 260 [online] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/> [Fecha de consulta 04/03/2014].

Corte Sup., 22/02/2005, “Méndez, Nancy Noemí”, Fallos 328:137, M. 447 XXXIX.

Corte Sup., 17/10/2007, “Esquivel Barrionuevo, Víctor Carlos”, Fallos 330:4465, E. 475 XLI.

Corte Sup., 07/12/2005, “Maldonado, Daniel Enrique”, Fallos 328:4343, M. 1022 XXXIX.

Corte Sup., 04/07/2006, “Giménez Ibáñez, Antonio Fidel”, Fallos 329:2440, G. 239 XL, 04/07/2006.

Fallos [on line] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/> [Fecha de consulta 04/03/2014].

Corte Sup., 11/09/2007, “Gorosito Ibáñez, Carlos Ángel”, G. 1711. XLI.

Corte Sup., 05/11/2013, “Spósito, Oscar Edelmiro”, S. 783, XLVIII.

(10) La Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por decr. 678/2012 del 7 de mayo de 2012, comenzó a desarrollar sus trabajos a partir de mediados de ese mes, y concluyó su labor con la firma del Anteproyecto el día 10 de diciembre de 2013.

Corte Sup., 01/07/2008, “Equitanti, Jorge Raúl”, E. 253, L. XLII.

Corte Sup., 04/08/2011, “Somohano, Gastón Javier y otros”, S. 15. XLIV.

Corte Sup., 20/08/2014, “Bachetti, Sebastián Alejandro”, B. 327 XLVII.

Los fallos de la Sup. Corte Bs. As. y del TCPBA se consultaron [on line] Disponibles en: <http://juba.Sup.Corte.Bs.As.gov.ar/Busquedas.aspx> [Fecha de consulta 04/03/2014].

Sup. Corte Bs. As., 08/08/2012, “Moretti, Alejandra Marcela - Fiscal Adjunto”, P 117.108.

Sup. Corte Bs. As., 16/07/2014, “Acevedo, Miguel Ángel”, P. 99.586 y acumuladas “Dávalos, Miguel Ángel”, P. 100.465 y “Gorosito, Ibáñez Carlos”, P. 101.886.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2006, “Giménez Ibáñez, Antonio Fidel”, P. 84.479.

TCPBA, sala I, 20/04/2006, “C. M. E.”, causa 9638.

TCPBA, sala III, 16/08/2012, “M., R. E.”, causa 46.374.

TCPBA, sala I, 20/04/2006, “C., M. E.”, causa 9638.

TCPBA, sala II, 19/03/2009, “Vargas Ramírez, Honoria”, causa 34188/34764.

TCPBA, sala II, 17/12/2009, “L. Q. J. A.”, causa 33711.

TCPBA, sala II, 09/06/2011, “J. C. Ch.”, causa 41.204.

TCPBA, sala III, 16/08/2012, “M., R. E.”, causa 46.374.

TCPBA, sala IV, 27/02/2013, “D. M. R. S.”, causa 56.573.

TCPBA, sala VI, 31/07/2013, “V. L. F.”, causa 55.384.

TCPBA, sala IV, 10/10/2013, “L. G., A.”, causa 58.331.

CFCN, sala I, 11/11/2002, “Castro, Miguel A.”, La Ley Online: AR/JUR/5580/2002.

CFCN, sala I, 20/04/2009, “Ríos, Jorge Rubén”, La Ley Online: AR/JUR/23530/2009.

CFCP, sala II, 26/10/2012, “Montiel A. Héctor”, causa 13.924. Boletín electrónico, Ministerio Público de la Defensa, mayo 2014, cita web, www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/4452.

CFCP, sala III, 08/05/2011, “Argañaraz, Pablo Ezequiel”, causa 13.401. La Ley Online.

CFCN, sala II, 23/04/2014, “Acosta, Jorge Eduardo”, causa 15496. La Ley Online.

CFCP, sala IV, 20/12/2012, “Soto Trinidad, Rodolfo Ricardo”, causa 675. La Ley Online.

CFCP, sala IV, “Equitanti, Jorge Raúl”, causa 12815. La Ley Online. ♦

Fecha de recepción: 13-04-2015

Fecha de aceptación: 14-09-2015

La impunidad del estado en la violación de derechos humanos perpetrada por sus agentes

POR CECILIA N. FANESSI (*) y MANUEL L. RUIZ-MORALES (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Concepto de impunidad.— III. Medios favorecedores de la impunidad y la respuesta internacional.— IV. Impunidad de los agentes del estado en violaciones de los Derechos Humanos. Introducción.— V. Explicación hermenéutica a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.— VI. Explicación hermenéutica a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.— VII. Conclusión.— VIII. Bibliografía.

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo abordar la impunidad consagrada por el Estado, mediante mecanismos de iure o de facto que impiden la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por agentes estatales. Se tratará los delitos violatorios de los derechos humanos, excluyendo los que se configuran dentro del concepto de Lesa Humanidad. Comenzaremos analizando la noción de impunidad, estudiando el alcance de los mecanismos que incurren en tal finalidad, así leyes de amnistía, prescripción, indultos, cosa juzgada fraudulenta, la justicia militar, entre otros. Para terminar, se estudiarán los parámetros establecidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en tales temáticas.

Palabras clave: impunidad - derechos humanos - agentes estatales - corte interamericana de derechos humanos - tribunal europeo de derechos humanos.

Impunity of the state in violation of human rights by its agents perpetrated

Abstract: *This article has as objective to address the enshrined impunity by the State, which through de jure or de facto mechanisms prevent the inquiry, the prosecution and the penalty for offences committed by official agents. Special attention will be placed on crimes against human rights, but excluding those included in the concept of crimes against humanity. We will start analyzing the notion of impunity, the facilitators whereof impunity prevails, as amnesty laws, the prescription regime, pardon, the fraud of the res judicata, the military justice, etc. To sum up, the established parameters by the recent jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights will be studied.*

Keywords: *impunity - human rights - state agents - inter-american court of human rights - european court of human rights.*

I. Introducción

Desde antaño, los juristas se han preocupado por estudiar y desarrollar distintas temáticas que a la actualidad crearíamos asuntos superados, y sin embargo lejos estamos de alcanzar tal estado de cosas. La Impunidad es una de ellas.

Piénsese en los grandes ejemplos de los últimos tiempos, en personas ligadas a los regímenes autoritarios, autoras de aberrantes violaciones de los derechos humanos que nunca se han aproximado a una prisión; en agentes del Estado, que amparan su actuar delictivo en la protección y complicidades

(*) Prof. Adscripta a la Cátedra de Derecho Penal I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Colaboradora jurídica Asamblea por los derechos humanos de Neuquén, Proyecto de Extensión, Universidad Nacional de Comahue.

(**) Prof. Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz.

que las instituciones les brindan; en los grandes empresarios que destruyen y devastan todo ecosistema donde ubiquen sus intereses económicos; en políticos que cometen actividades ligadas a corruptelas; pero aun así en no demasiadas ocasiones son llevados frente a los Tribunales de Justicia.

De este modo, no es sólo reprochable la participación que haya podido tener el Estado en tales delitos; la falta de acción integral consecuente determina la complicidad y el resguardo de la perpetuidad de los intereses en juego, dejando en claro los roles esperados —o no— del Poder Judicial, Legislativo y Ejecutivo en los Estados modernos.

Debe quedar plasmado, a los fines de determinar los objetivos del presente trabajo, que la concepción de impunidad que abordaremos, no se relaciona con los hechos delictivos entre ciudadanos que no resultan investigados, juzgados ni sancionados; sino que, nos direccionamos al estudio de la impunidad en los ilícitos que cuentan con la intervención directa o indirecta del Estado.

II. Concepto de impunidad

En relación a su conceptualización existen dos definiciones bastantes clarividentes e intuitivas, a los fines de visualizar las consecuencias que se producen cuando el infractor que comete un acto delictivo queda indemne de sanción alguna, fundamentalmente en la esfera de los Derechos Humanos.

La primera, más general, suele explicarse como la ausencia de pena, la no punibilidad, o ausencia de castigo, los cuales son una clara oposición a los conceptos ampliamente conocidos de impunidad, imputabilidad e inmunidad (Ambos, 1997: 29).

La segunda, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, Corte IDH—, específica en la protección de los Derechos Humanos, manifiesta que la impunidad es:

“la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares (1)”.

Esta definición va más allá, aproximándose de una manera más loable a las pretensiones últimas del presente artículo.

No obstante, esta consideración no es novísima, como se podría creer, sino todo lo contrario, si nos remontamos en el tiempo, nos encontramos que ya en 1764 Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, se encargó de observar la importancia de que existan penas ciertas, esto es, “el castigo del delincuente debe ser inexorable” (Fraile, 1987:25), afirmando que son mejores las condenas moderadas, más que sean infalibles, reduciendo al mínimo exponente la idea de quedar impune en la mente del que pretenda cometer un ilícito, desalentando la comisión del crimen. En palabras del propio Marqués: “La fuerza de las leyes debe seguir a cada ciudadano como la sombra que sigue a su cuerpo (...), ya que la impresión de la pena consiste más en lo indubitable de encontrarla que en su fuerza” (Beccaria, 1993:148). Se observa que tanto en el concepto de la Corte IDH como en el pensamiento de Beccaria, se acentúa la importancia de los efectos preventivos generales positivos que conlleva evitar la impunidad.

III. Medios favorecedores de la impunidad y la respuesta internacional

Con base en la Teoría de los Bienes Jurídicos los sistemas legales implementados por los Estados se han dirigido a la protección de los valores/bienes fundamentales para el ser humano, tanto en su esfera individual, como en su actuación en sociedad. Desde ésta óptica filosófica, se ha hablado de los principios básicos, universales, comunes a todas las culturas (Castaño, 2007:90) lo que desde Tomás

(1) Corte IDH. Caso de la “Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) c. Guatemala.” Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173, entre otras muchas.

de Aquino se denominaba “Primeros Principios Comunes e Indemostrables de la Razón Práctica”, y que Andrés de Exea —jurista del siglo XVI— explicaba respecto de ellos, que “llamamos derecho natural a aquellos principios que existen naturalmente en todos los hombres, que se descubren no mediante un esfuerzo, sino como por un instinto natural y una inclinación a lo que es verdadero y bueno” (Carpintero, 2004:41). Entre ellos, se puede mencionar la vida, la libertad, la integridad psicofísica, la justicia, entre otros.

Por ello, es una obligación impuesta por la Ley Natural que el Derecho Penal debe proteger los bienes jurídicos fundamentales e irrenunciables, estructurando un sistema procesal de plena vigencia en orden a la investigación efectiva, el juzgamiento imparcial y sanción justa. Así las cosas, se observa que la verdadera —y única, probablemente— manera que posee el Derecho Penal de proteger y garantizar la vigencia de tales bienes jurídicos, es erradicando la impunidad. En el conocimiento del delincuente debe existir la certeza que no le va a ser posible eludir a la justicia.

Así, como se viene observando, siempre ha existido esta preocupación por tutelar estos bienes más absolutos, y sin los cuales los hombres verían peligrar su propia existencia. Por ello, fundamentalmente tras el fenecimiento de la Segunda Gran Guerra, la Comunidad Internacional comienza a hacer un especial hincapié en la necesidad de crear sistemas, mecanismos, procedimientos y normativas que teleológicamente erradiquen toda posibilidad de que triunfe la impunidad. Para atender a dicha menesterosidad, empiezan a proliferar instrumentos en el seno interno de los estados, e indudablemente y de manera preeminente también de índole internacional, que velan por la prevención de las conductas violadoras de los Derechos Humanos y por la persecución efectiva de las mismas. Esto es lo que se viene a llamar normas inderogables de derecho internacional, ampliamente conocidas como *ius cogens*. Este derecho imperativo o perentorio contiene la proscripción de atentar contra la población ciudadana, las torturas y tratos degradantes, las desapariciones forzadas, o las ejecuciones de carácter arbitrario extrajudiciales y/o sumarias, por mencionar algunas de estas modalidades delictivas.

Debe tenerse en cuenta que la impunidad se traduce en la imposibilidad de iure o de facto, de hacer responder a sus autores por hechos delictuales en las instancias correspondientes; es decir que por una u otra razón, estas personas no pueden ser investigadas, juzgadas y/o condenadas. Es de esta manera que los distintos mecanismos, sean de orden político o procesal, tenderán a consagrar la impunidad actuando sobre alguna de las etapas señaladas: investigación, juzgamiento o sanción.

Dentro de los instrumentos utilizados para obstaculizar el juzgamiento y permitir que prospere la impunidad, se encuentran las leyes de amnistía —con su variante en la autoamnistía—, la prescripción, la cosa juzgada fraudulenta, la justicia militar, el indulto y cualquier otro mecanismo direccionado a la exclusión de responsabilidad. Previo a realizar un breve análisis del significado de cada uno de ellos, debe advertirse que tales mecanismos y/o institutos pueden tener su razón de ser legítima —o no— en procesos entre particulares, pero en cuanto se trate del Estado y sus agentes, intentando hacerlos valer para rehuir la acción de la justicia en violaciones a los derechos humanos, genera un mayor reproche, puesto que los que debieran ser los garantes de tales derechos fundamentales, se convierten intencionadamente en el principal adversario para que los mismos prevalezcan.

Centrémonos ahora en cada supuesto particular.

Las leyes de amnistía como medida de gracia nacieron con el fin de que los gobiernos olvidaran, por medio de un perdón anticipado los delitos de índole política ejecutados por la oposición. Técnicamente las leyes de amnistía impiden toda investigación que pueda proceder sobre las personas amnistiadas. Una variante de éste mecanismo político con el que cuentan los poderes “legiferantes”, y que se ha puesto en boga con la finalización de las últimas Dictaduras Latinoamericanas han sido las “Autoamnistía”, es decir, que previo a la salida de tales gobiernos de facto, los mismos se dispongan a activar tal dispositivo de impunidad en el intento de impedir que en la vuelta a la democracia sean juzgados por los delitos cometidos. Como ejemplos de estas leyes se pueden citar el dec.-ley 22.924 de Pacificación Nacional de 22 de septiembre de 1983 en Argentina; el dec.-ley 2191 de 1978 chileno; o la ley 26.479, de 14 de junio de 1995, aprobada en Perú por Alberto Fujimori.

La prescripción, conjuntamente con la dilación indebida, fue considerada como un mecanismo que genera impunidad cuando a través de la interposición de articulaciones y recursos procesales, se provoca que el proceso no culmine en su tiempo natural. Téngase en cuenta que con el paso del tiempo las valoraciones y la memoria se debilitan, existe la dificultad de recolectar pruebas evidentes sobre los hechos, y así mismo, se podrían avivar nuevas discordias y escisiones en la sociedad que ya habían quedado latente en la conciencia social. Igualmente, en materia de graves violaciones a los derechos humanos, los Convenios que se han firmado en los últimos años contemplan dentro del articulado la imprescriptibilidad de los mismos, como es el caso de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, o la Convención Americana de Derechos Humanos —en adelante, CADH—, que concretamente en su art. 8° se encarga de estructurar las garantías judiciales y el debido proceso.

La cosa juzgada fraudulenta, se configura en la absolución por sentencia firme de quien debió ser condenado por la comisión delictual, basados generalmente en el incumplimiento de las reglas del debido proceso, o en la falta de independencia e imparcialidad de los tribunales. Instituto que debe ser analizado cuidadosamente por el juzgador toda vez que está en juego la garantía de *ne bis in ídem*.

Por otro lado, la Justicia Militar no suele cumplir con los parámetros necesarios de imparcialidad e independencia en su rol, sea de investigación y/o juzgamiento, cuando quienes se encuentran imputados son agentes del Estado. Es que al volverse juez y parte, el proceso se dirige a la absolución de los procesados, con la posible pérdida, manipulación y ocultación de las pruebas necesarias, como así también de la dilación en el tiempo consecuente en el traspaso de la causa a la justicia ordinaria.

En el caso del indulto, este afecta al cumplimiento de la pena establecida, por lo que de igual modo, aun cuando se haya investigado, juzgado y condenado, si la sentencia no se efectiviza, la impunidad persiste.

Por ello, y como consecuencia de todas y cada una de estas prácticas, la Comunidad Internacional reaccionó instaurando mecanismos de protección, tales como el respeto a los Derechos Humanos (2) y las garantías consecuentes (3), por medio de las diversas Convenciones Internacionales que tratan esta materia, puesto que de otro modo, las víctimas se verían completamente desprotegidas, al no poder acceder efectivamente a la justicia y a la verdad en su causa, ni tampoco podrían, a mayor abundamiento, ser reparadas del daño provocado por la acción delictiva.

IV. Impunidad de los agentes del estado en violaciones de los Derechos Humanos. Introducción

Una vez se ha ofrecido una perspectiva de la noción de impunidad, los mecanismos articulados a tales fines y la importancia de los bienes jurídicos en riesgo, se debe continuar hacia el nudo gordiano del presente artículo.

La situación que buscamos plantear se ubica en los delitos cometidos por organismos estatales, es decir, por funcionarios o agentes públicos que en calidad de tales perpetran los actos delictivos. Determinando que tales actos, en principio, no forman parte de una política estatal general y sistemática direccionada a ejecutar un plan global de ilícitos. Por el contrario, en tiempos de democracia, tal esquema se perfila en la existencia de hechos delictivos de carácter selectivo y restringido llevado adelante por agentes y/o funcionarios estatales, donde el rol del Estado como garante de la tutela judicial efectiva resulta angular para determinar su responsabilidad penal.

(2) En virtud del cual los Estados deben abstenerse de interferir en el ejercicio de tales derechos, y deben proporcionar una tutela efectiva.

(3) De acuerdo a esta garantía, el Estado debe adoptar medidas necesarias para el aseguramiento en el ejercicio de los derechos humanos, así como crear un aparato gubernamental que sea eficaz en la prevención, investigación, sanción y reparación de la víctima.

A tales efectos, intentaremos abordar tal dilema a la luz de los distintos parámetros dispuestos por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así observaremos la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos; investigando, juzgando y sancionando las perpetraciones violatorias de los mismos de la mano de agentes estatales y/o funcionarios públicos.

V. Explicación hermenéutica a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Llegados a este punto y habiéndose analizado en mayor medida la obligación de los Estados de respetar los Derechos Humanos de manera que el aparato gubernamental adquiera un comportamiento que posea un cariz negativo, esto es, de dejar hacer, de no actuar en su menoscabo, de abstenerse en infringir y violentar esos derechos que se estiman con sumo esmero al considerarse fundamentales; se debe continuar nuestra andadura cronológica con la Jurisprudencia emanada en el “Caso Velásquez Rodríguez” (4) (1988), puesto que en su párrafo 166 enuncia el alcance del deber de garantizar los derechos consagrados en la CADH, cuando expone:

“La segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (5)”.

De esta forma a través del deber de garantizar, se impone al Estado la realización de una actividad positiva y activa en la estructuración del poder público en orden a investigar, juzgar y sancionar todo hecho delictivo atentatorio de los derechos humanos. Sin embargo, la Corte avanza un poco más, introduciendo otro aspecto sumamente importante, esto es, la Responsabilidad Internacional del Estado por los ilícitos cometidos por sus agentes, párrafo 170:

“(...) todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención y según el Derecho Internacional general. Es un principio de Derecho Internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia”.

Una interpretación más detallada se realizará cerca de dos décadas después, en el “Caso Masacre de Puerto Bello” (6) (2006), párrafo 112, al indicar que “la responsabilidad internacional del Estado se funda en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana”, añadiendo que se producirá una violación de dicha Convención cuando el Estado haya incumplido algún deber al que estaba obligado.

Así, tras el “Caso Velásquez Rodríguez” en 1988, se debe proseguir nuestro camino en el 2001, con la Sentencia del “Caso Barrios Altos” (7), ya que en ella se aborda integralmente la cuestión que estamos

(4) Sentencia de la Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras”, de 29 de julio de 1988.

(5) Esta afirmación queda completada en la Sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006 en el “Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile”, cuando razona “Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”.

(6) “Caso Masacre de Puerto Bello c. Colombia”. Sentencia de la Corte IDH de 31 de enero de 2006.

(7) “Caso Barrios Altos c. Perú”. Sentencia de la Corte IDH de 14 de marzo de 2001.

tratando en este artículo. Así, es en Barrios Altos, cuando la Corte IDH declara que son incompatibles con la CADH algunos de los medios usados recurrentemente por el Estado a efectos de no identificar a los responsables de una violación de los derechos humanos, sostiene:

“Esta Corte considera 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” (8).

Criterio reafirmado (9) y defendido en el ya mencionado “Caso Almonacid Arellano”, incluyendo además en su basamento, la fuerza de las normas imperativas (*ius cogens*) amparadas por el derecho internacional general, de carácter universal, al ofenderse con estas conductas graves e ilícitas a toda la humanidad.

Por lo que siguiendo a Pablo Parenti, se puede afirmar que “la referencia a las disposiciones de prescripción se refiere no solo a leyes específicamente dictadas con el objeto de impedir o limitar el proceso penal, sino también a la imposibilidad de aplicar las normas ordinarias de prescripción en casos de graves violaciones de los derechos humanos” (Parenti, 2010:214).

No obstante, y así las cosas, no será hasta la Sentencia de la Corte IDH, de 18 de septiembre de 2003, “Caso Bulacio c. Argentina”, donde se produce una gran innovación interpretativa de la Convención. En este particular se hace referencia únicamente a violaciones de derechos humanos, desapareciendo el calificativo de la gravedad, y su configuración como de lesa humanidad, al no aparecer en el particular los caracteres de sistematicidad y/o generalidad requeridos por el tipo. Por ende, en la muerte del joven Walter Bulacio por parte de los agentes policiales parece —debido a que no ofrece claramente los razonamientos a los que obedece la dilatación o alargamiento en la protección de bienes jurídicos elementales— que se origina una ampliación en la dimensión de los mecanismos que previenen la impunidad, ya que se extendería a todo atentado de los derechos reconocidos en la Convención. Mas tampoco, se puede conocer realmente el sentido que se ofrece en esta Sentencia, porque aunque la Corte declara la culpabilidad del Estado Argentino, ofrece distintos argumentos dispares, como que

“la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad (10) y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La investigación que el Estado lleve a cabo en cumplimiento de esta obligación debe tener un sentido y ser asumida por el [mismo] como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad” (11).

Por otro lado, en la siguiente argumentación jurídica, se alude a que la defensa usó una serie de estratagemas jurídicas para prolongar el proceso y después poder verse favorecido por la prescripción de la acción penal, por lo que pudiera entenderse que se trataría de un castigo a la defensa que usa esos métodos dilatorios, cuando en realidad, el deber de impulso recae en los órganos judiciales, los cuales deben asegurar el debido proceso (permitiendo la defensa del acusado), pero también, el que se desarrolle en tiempo razonable, asegurando los derechos de la víctima o de sus familiares, y sancionando a los autores de aquellos hechos.

(8) *Ibidem*, párr. 41.

(9) “Caso La Cantuta c. Perú”, Sentencia de la Corte IDH de 29 de noviembre de 2006, párrafo 226.

(10) En el Párrafo 256 de la Sentencia de la Corte IDH “Caso Penal Miguel Castro Castro c. Perú”, de 25 de Noviembre de 2006, se declara que la seriedad de una investigación implica que ésta “debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, el castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están involucrados agentes estatales”.

(11) Sentencia de la Corte IDH, “Caso Bulacio c. Argentina”, de 18 de septiembre de 2003, párr. 112.

Por todo ello, termina arguyendo el párrafo 115 “el derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”.

La Sentencia del “Caso Bulacio” fue receptada por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, mas dio lugar a sendos votos particulares de Petracchi y Zaffaroni (12), que criticaban que fuera el imputado el que pagara las consecuencias de la desidia de los órganos jurisdiccionales.

Esta amplitud concedida en Bulacio, es limitada —y con razón creemos— por la Corte Interamericana, a través de la Sentencia de 22 de noviembre de 2007, en el Caso “Albán Cornejo y otros c. Ecuador”, puesto que según el Tribunal, un caso de mala praxis médica, aun cuando el Estado ecuatoriano haya exhibido un abandono manifiesto en sus responsabilidades en relación al impulso de las investigaciones, no puede ser considerado como violatorio del derecho penal internacional, y por ende, podrían entrar en juego las normas jurídico penales habituales. De esta forma, se deja en claro la existencia de un elemento extra necesario, es decir, de un plus de lesividad, al ser, como en el “Caso Bulacio”, el mismo Estado quien se beneficia del transcurso del tiempo, al haber sido sus agentes quienes cometieron el ilícito.

Ahora bien, es evidente que no es igualmente reprochable la actitud del Estado de no cumplir con sus labores de prevención, investigación, sanción y reparación, cuando el hecho cometido se realiza por un particular, que cuando la violación de los derechos humanos se lleva a cabo por una persona investida de cierto poder, que representa al Estado, o que le sirve a éste como su instrumento, toda vez que el aparato gubernamental, puede ostentar mayor interés en el oscurecimiento de las piezas judiciales. De ahí, que estos casos estén protegidos por el Derecho penal internacional, y puedan encontrar el amparo en las instancias internacionales, que por no deberse a los intereses puramente estatales, son los que pueden socorrer de su situación de indefensión a la víctima sobre la que recaen estos actores delictuales, salvaguardando sus derechos cuando se ha producido un yerro intencional en el actuar de los tribunales nacionales.

Para finalizar, haremos referencia a una sentencia reciente, del 27 de noviembre de 2013 de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, caso denominado la “Masacre de Wilde” (13). En dicha sentencia, se declara que la jurisprudencia de la Corte Interamericana sirve de guía a la interpretación de la CADH, por tanto, aunque no debe aplicar las mismas soluciones a todas las violaciones en atención a la similitud, sostiene que:

“En caso de vulneración grave a derechos humanos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite a la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado” (14).

Para concluir:

“En consecuencia, apreciadas bajo esa perspectiva las implicancias de la doctrina emergente de los casos ‘Bulacio’ y ‘Bueno Alves’, y pudiendo considerarse el cuádruple homicidio de autos como una “grave vulneración de derechos humanos” en el contexto allí establecido, que impone extremar la diligencia judicial en procura de la identificación y sanción de sus responsables, la decisión puesta en crisis (los sobreseimientos definitivos) debe ser revocada”.

Por ello, y ante la escasa diligencia judicial en procura de la sanción de sus responsables, en el asunto conocido como Masacre de Wilde, se opta por revocar el sobreseimiento definitivo, motivo por el cual se dictó mencionada sentencia.

(12) En “Caso Espósito, Miguel Ángel”, de 23 de diciembre de 2004.

(13) Se trata de un cuádruple homicidio por parte de agentes policiales bonaerenses, que se dilata en el tiempo debido a un afanoso embrollo procesal.

(14) Párrafo 87 del “Caso Bueno Alves y otros c. Argentina”, Sentencia de la Corte IDH de 11 de mayo de 2007.

VI. Explicación hermenéutica a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En este apartado, se analizara de manera similar a lo realizado hasta el momento, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Ahora bien, se debe hacer referencia a que las sentencias emitidas por este órgano jurisdiccional internacional, no han sufrido apenas oscilaciones, aunque sí han ido completando el sentido que se le debe dar a la normativa del Convenio para la protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), puesto que no existe discusión alguna sobre la gravedad de la violación de los derechos humanos, sino que si se prueba fehacientemente las deficiencias en la instrucción en el ámbito puramente interno, se considerará a ese Estado responsable de los defectos intencionales o no en la fase investigadora.

Nuestro trayecto se iniciará con la Sentencia del “Caso Mc Cann y otros c. Reino Unido” (15). En lo que a nosotros nos interesa, se debe aludir al Fundamento 161 que dice:

“(...) el Tribunal se limita a constatar que una Ley que prohíbe de manera general a los agentes del Estado proceder a homicidios arbitrarios sería en la práctica ineficaz si no existiera un procedimiento que permitiera controlar la legalidad del recurso a la fuerza mortífera por parte de las autoridades del Estado. La obligación de proteger el derecho a la vida que impone el art. 2º, en relación con el deber general que incumbe al Estado en virtud del art. 1º del Convenio de `reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el (...) Convenio´, implica y exige conducir una forma de encuesta eficaz cuando el recurso a la fuerza, en concreto por parte de agentes del Estado, ha tenido como consecuencia la muerte de un hombre”.

En consecuencia, declara el TEDH que será el aparato gubernativo el que deberá llevar a cabo una investigación eficaz, para dilucidar los sucesos, más si cabe cuando se debe a la actuación mortífera de fuerzas militares.

Posteriormente, en el “Caso Kaya c. Turquía”, (16) el Tribunal de Estrasburgo viene a mencionar la misma solución que en Mc Cann, pero en su Argumento 87 añade que la investigación deberá revestir una forma “independiente y pública”, dando mencionada Corte de Justicia motivos por los cuales la fase de averiguación presentaba lagunas (17), arguyendo que

“ni la frecuencia de los violentos conflictos armados ni el gran número de víctimas tiene incidencia en la obligación de efectuar una investigación eficaz (...) sobre los fallecimientos sobrevenidos en enfrentamientos con las fuerzas de seguridad, más aun cuando, las circunstancias carecen en muchos aspectos de claridad”. En este sentido se arguye en el ‘Caso Sergey Shevchenko c. Ucrania’ (18), al mencionar “las personas encargadas de la investigación deben ser independientes de los implicados en los hechos. Esto significa independencia jerárquica o institucional, así como la independencia práctica”.

En el “Caso Labita c. Italia”, (19) el Tribunal en orden similar pero con mayor profundidad, considera:

“que cuando un individuo afirma de forma defendible haber sufrido, a manos de la policía o de otros servicios del Estado, tratos contrarios al art. 3º, dicha disposición, combinada con el deber general impuesto al Estado por el art. 1º del Convenio de `reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos (...) [en el] Convenio´, requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial eficaz. Dicha investigación, a ejemplo de la resultante del art. 2º, debe poder llegar a identificar y castigara los responsables. Si no fuera así, la prohibición general de

(15) STEDH, “Caso Mc Cann y otros c. Reino Unido”, de 27 de septiembre de 1995.

(16) STEDH, “Caso Kaya c. Turquía”, de 19 de febrero de 1998.

(17) Como por ejemplo, no verificar la existencia de cartuchos vacíos o ver si existía pólvora en las ropas y manos del fallecido.

(18) STEDH, “Caso Sergey Shevchenko c. Ucrania”, de 4 de abril de 2006.

(19) STEDH, “Caso Labita c. Italia”, de 6 de abril de 2000.

tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes sería ineficaz en la práctica, y sería posible que, en algunos casos, los agentes del Estado pisotearan, gozando de cierta impunidad, los derechos de los sometidos a su control”.

Esta definición de cómo debe cumplirse la obligación de investigar se continúa en “Makaratzis c. Grecia” (20) al explicar en el Basamento 74:

“La investigación debe ser capaz, en primer lugar, de averiguar las circunstancias en que se produjo el incidente y, en segundo lugar, de conducir a la identificación y castigo de los responsables. Esto no es una obligación de resultado, sino de medios. Las autoridades deben haber tomado las medidas razonables a su alcance para asegurar la evidencia sobre el incidente, incluyendo entre otras cosas el testimonio de testigos de ojos y las pruebas forenses. Un requisito de prontitud y celeridad razonables está implícito en este contexto. Cualquier deficiencia en la investigación que socava su capacidad de establecer las circunstancias del caso o la persona responsable es susceptible de vulnerar el nivel exigido de eficacia” (21).

De la misma forma reza la mencionada Sentencia del “Caso Sergey Shevchenko c. Ucrania”, incluyendo la actuación conforme a una diligencia ejemplar, la obligación de las autoridades de iniciar la investigación de oficio e indicando que además de conocer las circunstancias del incidente, también se debe dilucidar sobre las deficiencias en el funcionamiento del sistema de regulación. Por último, al referirse a la identificación de los responsables, sustituye este último término por el de funcionarios del Estado o autoridades involucradas.

VII. Conclusión

En el presente artículo, se analizó cómo el Estado intenta salvaguardar sus intereses, protegiendo con todos los medios a su disposición a las personas que forman parte de su aparato de funcionamiento, ya sean o posean la consideración de funcionarios o agentes estatales. Por ello, cuando uno de estos sujetos comete un ilícito vulnerando los derechos fundamentales de los ciudadanos propios, comienzan a engranarse y a operar los mecanismos de distracción y ocultamiento de los responsables de mencionados delitos.

Por ello, en este comentario jurídico, se ha mostrado como a un lado y al otro del Atlántico, en el ámbito comparado, en lo que a impunidad se refiere, el actuar de los órganos estatales es bastante similar. Ahora bien, de igual modo, la respuesta jurídica ofrecida también es muy parecida, ya que la solvencia de los mismos traspasa las fronteras nacionales.

De este modo, ante la situación en la que se halla la víctima, a la cual se le han vulnerado sus derechos humanos, circunstancia en las que no recibe amparo judicial efectivo por parte de los Tribunales nacionales, puesto que del Estado —en estos casos— emana una actitud corruptiva —cuasi delictual de desidia en su labor jurisdiccional— provocando una doble vulneración de los más básicos derechos cívico y humanos, éste, el Estado, se convierte en responsable del delito que cometió el agente estatal, como consecuencia de su posición de garante para con sus ciudadanos, respondiendo del actuar de sus fuerzas de seguridad, aunque también como pseudo culpable en el no esclarecimiento “doloso” del primer delito.

Para evitar el resultado de este desamparo venida de la propia mano del que atesora el deber de tutela, se crea un apósito jurídico consistente en acudir a los Tribunales Internacionales, cuyas sentencias obligan y someten al Estado, y en cuyas instancias el damnificado puede ser definitivamente reparado de la dejadez intencional del Estado, evitando de esta manera, que triunfe la impunidad.

(20) STEDH, “Caso Makaratzis c. Grecia”, de 20 de diciembre de 2004.

(21) Casi todas las características citadas que debe presentar la investigación, aparecen también en el “Caso Isayeva c. Rusia”, STEDH de 24 de febrero de 2005.

VIII. Bibliografía

AMBOS, Kai (1997). *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina*. 1ª ed. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

BECCARIA, Cesare (1993). *Tratado de los delitos y de las penas*. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco (2004). *Justicia y ley natural. Tomás de Aquino, y los otros escolásticos*. 1ª ed. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense-Facultad de Derecho.

CASTAÑO, Sergio Raúl (2007). “La imprescriptibilidad de ciertos delitos como valor jurídico absoluto. Una reflexión desde el derecho natural clásico”, EN: *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Madrid, p. 8, 87-113.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor (1999). “Derecho internacional, impunidad y responsabilidad del Estado”, EN: *Nueva Sociedad*. Buenos Aires, p. 161, 103-118.

FRAILE, Pedro (1987). *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*. 1ra ed. Barcelona: Ediciones del Serbal.

NINO, Carlos Santiago (1997). *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*. 1ra ed. Buenos Aires: Emecé Editores.

PARENTI, Pablo (2010). “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, EN: Gisela Elsner (Coord.). *Sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (1ra. Ed.). Montevideo: Mastergraf, p. 211-228.

PARRA VERA, O (2012). “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, EN: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Buenos Aires, 1, Año 13, p. 5-51.

Legislación

Convenio para la protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales y sus posteriores protocolos. Roma, 04/11/1950.

Resolución 2391 (XXIII). Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Asamblea General ONU, Nueva York, 26/11/1968.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. San José, 22/11/1969.

Dec.-ley 2191. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 19/04/1978.

Ley 22.924. Ley de Pacificación Nacional. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 22/09/1983.

Ley 26.479. Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 14/06/1995.

Jurisprudencia

Jurisprudencia en Iberoamérica

Corte IDH, 29/07/1988, “Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras”. [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. [Fecha de consulta: 11/11/2014].

Corte IDH, 08/03/1998, Caso de la “Panel Blanca” (“Paniagua Morales y otros) c. Guatemala”. [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_esp.pdf. [Fecha de consulta: 15/11/2014].

Corte IDH, 27/11/1998, “Caso Loayza Tamayo. Reparaciones” (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf. [Fecha de consulta: 15/11/2014].

Corte IDH, 22/01/1999, “Caso Blake. Reparaciones” (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_48_esp.pdf. [Fecha de consulta: 15/11/2014].

Corte IDH, 25/11/2000, “Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala” [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf. [Fecha de consulta: 15-11-2015].

Corte IDH, 31/01/2001, “Caso del Tribunal Constitucional c. Perú” [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf. [Fecha de consulta: 15-12-2014].

Corte IDH, 06/02/2001, “Caso Ivcher Bronstein c. Perú” [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf. [Fecha de consulta: 15-12-2015].

Corte IDH, 14/03/2001, “Caso Barrios Altos c. Perú” [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. [Fecha de consulta: 10-10-014].

Corte IDH, 18/09/2003, “Caso Bulacio c. Argentina” [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf. [Fecha de consulta: 11-10-2014].

Corte Sup., 23/12/2004, “Caso Espósito, Miguel Ángel s/ prescripción acción penal” [on line]. Disponible en: <https://tambussi6427.files.wordpress.com/2014/04/fallo-esposito.pdf>. [Fecha de consulta: 11-11-2014].

Corte IDH, 22/11/2004, “Caso Carpio Nicolle y otros c. Guatemala” [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf. [Fecha de consulta: 12-11-2014].

Corte IDH, 31/01/2006, “Caso Masacre de Puerto Bello c. Colombia” [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf. [Fecha de consulta: 12-11-2014].

Corte IDH, 26/09/2006, “Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile” [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. [Fecha de consulta: 12-11-2014].

Corte IDH, 25/11/2006, “Caso Penal Miguel Castro Castro c. Perú” [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. [Fecha de consulta: 12-11-2014].

Corte IDH, 29/11/2006, “Caso La Cantuta c. Perú” [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. [Fecha de consulta: 08-12-2014].

Corte IDH, 11/05/2007, “Caso Bueno Alves y otros c. Argentina” [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf. [Fecha de consulta: 10-12-2014].

Corte IDH, 22/11/2007, “Caso Albán Cornejo y otros c. Ecuador” [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf. [Fecha de consulta: 10-12-2014].

SCJBA, 27/11/2013, “Caso la Masacre de Wilde”. [on line]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/NovidadesSCBA.asp?expre=&date1=&date2=&id=1&cat=0&pg=7>. [Fecha de consulta: 10-12-2014].

Jurisprudencia en Europa

STEDH, Gran Sala, 27/09/1995, “Caso Mc Cann y otros c. Reino Unido” [on line]. Disponible en: [http://0aranzadi.aranzadidigital.es.diana.uca.es/maf/app/document?tid=&docguid=If9d54f50f432-11dba7bd01000000000000&base-guids=TEDH\1995\30&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007a0000014c6b9a27933b736f09&src=withinResuts&spos=1&epos=1](http://0aranzadi.aranzadidigital.es.diana.uca.es/maf/app/document?tid=&docguid=If9d54f50f432-11dba7bd010000000000&base-guids=TEDH\1995\30&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007a0000014c6b9a27933b736f09&src=withinResuts&spos=1&epos=1). [Fecha de consulta: 21-10-2014].

STEDH, Gran Sala, 19/02/1998, “Caso Kaya c. Turquía”. [on line]. Disponible en: <http://0-aranzadi.aranzadidigital.es.diana.uca.es/maf/app/document?tid=&docguid=Ic5b9c200f4cd11dbb56401000000-0000&base-guids=TEDH\1998\6&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007a0000014c6b9e7b1425873715&src=withinResuts&spos=2&epos=2>. [Fecha de consulta: 21-10-2014].

STEDH, Sala, 6/04/2000, “Caso Labita c. Italia”. [on line]. Disponible en: <http://0-aranzadi.aranzadidigital.es.diana.uca.es/maf/app/document?tid=&docguid=I30e0f5a0f47211dba7bd010000000000&base-guids=TEDH\2000\120&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007a0000014c6ba0b55bb5574e85&src=withinResuts&spos=1&epos=1>. [Fecha de consulta: 11-11-2014].

STEDH, Gran Sala, 20/12/2004, “Caso Makaratzis c. Grecia”. [on line]. Disponible en: <http://0-aranzadi.aranzadidigital.es.diana.uca.es/maf/app/document?tid=&docguid=Ia937e390fd431-1db8c96010000000000&base-guids=JUR\2005\4575&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad600790000014c6ba3c4ef19ae41c7&src=withinResuts&spos=1&epos=1>. [Fecha de consulta: 09-12-2014].

STEDH, Sección Segunda, 04/04/2006, “Caso Sergey Shevchenko c. Ucrania”. [on line]. Disponible en: <http://0-aranzadi.aranzadidigital.es.diana.uca.es/maf/app/document?tid=&docguid=I5f131900fa0111dbb5b0010000000000&base-guids=JUR\2006\116670&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007a0000014c6ba74ee840855e59&src=withinResuts&nivelClas=tribunal-nivel1&spos=30&epos=30>. [Fecha consulta: 14-11-2014]. ♦

Fecha de recepción: 11-03-2015

Fecha de aceptación: 29-09-15

La exigibilidad judicial de los derechos reproductivos

POR **MARÍA CELESTE LEONARDI** (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos del caso “F. A. L.”— III. Participación de la sociedad civil en el caso “F, A. L.”— IV. El rol de la Corte Suprema en la exigibilidad de los derechos reproductivos.— V. Cuadro de los casos analizados.— VI. Conclusiones.— VII. Bibliografía.

“Las mujeres pobres sufren abortos mal practicados, y la señora Schalaflly trabaja por regresar a 1973 cuando el aborto ilegal era la causa principal de muerte y mutilación materna.”
Catherine MacKinnon (1987) (1)

Resumen: En la Argentina, el aborto está tipificado por el Código Penal como un delito contra la vida y las personas. El artículo 86 del Código Penal establece determinadas excepciones en las que el aborto no es punible cuando es practicado por un médico diplomado y con el consentimiento de la mujer, cuando existe peligro para vida o la salud de la mujer, y cuando el embarazo provino de una relación sexual no consentida. Durante décadas se discutió si el artículo 86.2º del Código Penal permitía el aborto para todos los casos de mujeres violadas, o sólo cuando la mujer violada era, además, una persona con discapacidad intelectual/mental. El 13 de marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “F, A. L. s/ medida autosatisfactiva” ratificó la constitucionalidad del artículo 86 del Código Penal y efectuó una serie de recomendaciones para remover los obstáculos que restringen el acceso al aborto no punible en el país.

Palabras clave: aborto - derechos reproductivos - exigibilidad judicial.

The judicial enforcement of reproductive rights

Abstract: *In Argentina, abortion is criminalized by the Penal Code as a crime against life and people. Article 86 of the Penal Code sets forth certain exceptions by which abortion is not punishable when performed by a licensed physician and with the consent of the woman when The life or health of the woman is in danger, and when the pregnancy came from an intercourse without consent. For decades, it has been discussed whether Article 86.2º of the Penal Code allowed abortion in all cases of women who had been raped, or only when the raped woman was also a person with intellectual / mental disabilities. On March 13, 2012, the Supreme Court issued the case entitled “F, A. L. s/ medida autosatisfactiva” through which it upheld the constitutionality of Article 86 of the Penal Code and made a number of recommendations to remove barriers that restrict the access to legal abortion in the country.*

Keywords: *abortion - reproductive rights - judicial enforcement.*

I. Introducción

Los derechos reproductivos son, desde no hace mucho tiempo, una cuestión de política pública en la gestión del Estado nacional y en la mayoría de las provincias del país. Este avance de los derechos reproductivos en la agenda de las políticas públicas de salud ha sido concomitante con una creciente judicialización de nuevas y viejas discusiones sobre el aborto en nuestro país (Faerman, 2009).

(*) Prof. adscripta a Derecho Penal I, Cátedra II. Prof. del seminario de grado “Accesibilidad de los niños, niñas y adolescentes para el reconocimiento de sus derechos”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

(1) Catharine MacKinnon debatió con la Señora Schalaflly, una líder conservadora opositora, en los últimos días del último intento de ratificar la Enmienda de Igualdad de Derechos en los Estados Unidos.

En la Argentina, el aborto está tipificado por el Código Penal —CP— como un delito contra la vida y las personas y por el cual se establece reclusión o prisión para quien lo efectúa y para la mujer que se causara o consintiera esa práctica. El artículo 86 del CP establece determinadas excepciones en las que el aborto no es punible cuando es practicado por un médico diplomado y con el consentimiento de la mujer, cuando existe peligro para vida o la salud de la mujer, y cuando el embarazo provino de una relación sexual no consentida, es decir en los supuestos de abortos terapéuticos y sentimentales.

Con relación al segundo supuesto, el artículo 86.2° del CP dice:

“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible: (...) 2°) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Durante décadas se discutió si el artículo 86.2° del CP permitía el aborto para todos los casos de mujeres violadas, o sólo cuando la mujer violada era, además, una persona con discapacidad intelectual/mental. Esta polémica, sumada a muchas otras relativas al alcance del artículo 86, en cuanto a los permisos para abortar en caso de peligro para la salud o la vida de la mujer, determinaron una situación de inaccesibilidad sistemática a los abortos no punibles (Cavallo y Amette, 2012) y provocaron que muchas mujeres recurran a procedimientos inseguros para interrumpir un embarazo. En ese sentido, en la Argentina mueren alrededor de 80 mujeres por año a consecuencia de complicaciones de abortos inseguros. Aproximadamente la mitad de esas mujeres son adolescentes (Ministerio de Salud de la Nación, 2010). Estas complicaciones han estado entre las primeras causas de mortalidad materna en los últimos veinte años, representando un 21% de esas muertes en 2010 (Ministerio de Salud de la Nación, 2010). Como la práctica del aborto es en múltiples ocasiones una práctica clandestina, no se dispone de datos precisos sobre el número de abortos inducidos que se producen en el país. Una investigación revela que en el país se practican entre 486.000 y 522.000 abortos clandestinos al año (Pantelides y Mario, 2007). Asimismo, según el Fondo de Población de las Naciones (UNFPA) el embarazo adolescente representa el 15% del total de nacimientos y el 69% de madres adolescentes no planearon ese embarazo (UNFPA, 2013).

El 13 de marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2) en el fallo “F, A. L. s/ medida autosatisfactiva” ratificó la constitucionalidad y convencionalidad del artículo 86 del Código Penal y efectuó una serie de recomendaciones para remover los obstáculos que restringen el acceso al aborto no punible (ANP) en el país.

El presente trabajo tiene como objetivo general, analizar la exigibilidad de los derechos reproductivos de las mujeres a partir del caso “F, A. L.”. En primer lugar, me propongo indagar en las estrategias del movimiento feminista para lograr la tramitación del caso “F, A. L.” y la reacción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ese sentido, Bergallo propone varias estrategias para promover la exigibilidad judicial, entre ellas: 1. coordinación de organizaciones de mujeres, 2. formación de operadores jurídicos comprometidos en la lucha contra la discriminación por sexo y 3. *amicus curiae* (Bergallo, 2009). Como objetivo específico, intentaré analizar la participación de abogadas/os comprometidos con la defensa de los derechos humanos de las mujeres y la presentación de *amicus curiae* en la causa bajo estudio.

Asimismo, con el fin de analizar la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema y su incidencia en la formulación de políticas públicas en materia de salud, analizaré comparativamente dos fallos anteriores a “F, A. L.”: se trata de los casos “T, S. v Gobierno CABA” y “Portal de Belén v. Ministerio de Salud”.

(2) En adelante, indistintamente, Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Corte o la Corte Suprema.

II. Los hechos del caso “F. A. L.”

En diciembre de 2009, A. G., una adolescente de 15 años, denunció haber sido violada por la pareja de su madre. Al confirmar su embarazo producto de la violación, A. G. y su madre solicitaron al juez penal que investigaba el delito que autorizara la interrupción del embarazo en el Hospital Zonal de la Ciudad de Comodoro Rivadavia. El magistrado y la fiscalía rechazaron el pedido, aludiendo razones de competencia. Entonces, A. G. y su madre presentaron ante la justicia de familia una medida autosatisfactiva solicitando la interrupción del embarazo. La solicitud fue rechazada. La negativa se produjo luego de imponer a A. G. una serie de entrevistas, dictámenes de diversos comités, estudios médicos y psicológicos, y otros requisitos burocráticos. Ante la apelación de la decisión de primera instancia, la Cámara confirmó la denegación. Finalmente, luego de más de dos meses, el 8 de marzo de 2010 el Tribunal Superior de Justicia de Chubut, por acuerdo unánime de su sala Civil, autorizó la práctica del aborto no punible en los términos del inc. 2º, primera parte del artículo 86 del Código Penal. Dicha interrupción se concretó el día 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil de Trelew.

Para así decidir, el Tribunal Superior de Justicia de Chubut consideró que:

“i) el caso encuadraba en el supuesto de ‘aborto no punible’ previsto en el inciso 2º, primera parte del artículo 86 del Código Penal; ii) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y iii) que, pese a la innecesariedad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso” (Trib. Sup. Just. Chubut, 2010).

Contra esta sentencia, el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de tutor *ad-litem* interpuso un recurso extraordinario federal, alegando la violación del derecho a la vida del niño por nacer, recurso que fue concedido por el Tribunal Superior, entendiendo que se trataba de un supuesto de gravedad institucional y sobre la base de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece que dada la rapidez con que se produce el desenlace de este tipo de situaciones, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Alto Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas.

El recurrente se agravió por entender que al no haberse restringido la procedencia de la autorización al caso de la víctima violada *idiota o demente*, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción. Así, fundamentó postura en las siguientes normas:

— Constitución Nacional, artículo 75, inciso 23: “Corresponde al Congreso: (...) Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental (...)”.

— Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1º: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

— Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3º: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y artículo 4.1º: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

— Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3º: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, y artículo 6º: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

— Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6º: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

— Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo: “El niño (...) necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, artículo 1°: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, y artículo 6°: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.

El expediente llegó a la Corte Suprema el 30 de junio de 2010 y, posteriormente se dio vista a la Defensoría Oficial y al Procurador General de la Nación. El 14 de abril de 2011, el Procurador Fiscal ante la Corte en materia penal, Dr. Eduardo Casal, opinó que correspondía declarar improcedente el recurso extraordinario por considerar que la cuestión devino abstracta en tanto la práctica del aborto ya se ha efectivizado.

III. Participación de la sociedad civil en el caso “F, A. L.” (3)

El caso “F, A. L.” despertó una inusitada atención y su importancia se vio reflejada en la cantidad de *amicus curiae* presentados solicitando que se garantice el derecho a la vida y la salud de las mujeres. La promoción de *amicus curiae* impulsa la intervención de la ciudadanía en la toma de decisiones. Así, Pereira sostiene que:

“Promover la participación ciudadana es una forma, entre varias, de solucionar la crisis de las instituciones representativas, ya que permite al ciudadano ser el portavoz de sus propios intereses en el proceso de toma de decisiones públicas, y acortar la distancia entre los ciudadanos y este proceso. En tal sentido, bajo esta idea el ciudadano ya no cumple el rol pasivo que el paradigma de la democracia representativa le otorga al establecer el voto como una forma de autorizar, delegar o expresar un mandato hacia sus representantes. Por el contrario, tiene la posibilidad de interactuar con sus representantes a fin de asegurar que sus intereses sean atendidos debidamente. Los mecanismos participativos ubican al ciudadano en el centro del proceso de toma de decisiones públicas y le otorgan un espacio de encuentro con sus propios representantes” (Pereira, 2011: 253).

La participación ciudadana en la justicia, cobra gran importancia si se tiene en cuenta que el Poder Judicial es el Poder que cuenta con menor legitimidad democrática: sus miembros no son elegidos directamente por la ciudadanía y permanecen en su cargo, en principio, de por vida (Gargarella, 2009). Por eso, esta forma de participación resulta clave para garantizar mayor legitimidad en las decisiones judiciales.

Se ha definido al *amicus curiae* como “una presentación ante el tribunal donde tramita un litigio judicial de terceros ajenos a esa disputa que cuenten con un justificado interés en la resolución final del litigio, a fin de ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso en torno a la materia controvertida” (Courtis, 2009: 321).

Con relación a los beneficios que trae aparejados esta práctica en el Poder Judicial, se ha señalado que:

“(...) genera un espacio evidente para la participación ciudadana (sea a través de ONG, asociaciones profesionales o instituciones académicas) y la apertura de las discusiones jurídicas para la presentación de argumentos ‘externos’ contribuye de manera decisiva a incrementar la transparencia de la labor judicial” (Herrero y López, 2009: 51).

En esa línea, la Corte Suprema, en la acordada 7/13 que reglamenta el instituto, sostiene que su finalidad es “(...) procurar una mayor mejor intervención de [los] actores sociales y, con ello, de alcanzar los altos propósitos perseguidos de pluralizar enriquecer el debate constitucional, así como de fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales dictadas por esta Corte Suprema en cuestiones de trascendencia institucional” (Corte Suprema, 2013: 1).

(3) Para la realización de este capítulo tuve una entrevista con abogadas de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) quienes me facilitaron el acceso a los *amicus curiae* ante mi solicitud para la elaboración de este trabajo.

El caso “F, A. L.” involucró derechos e intereses colectivos de todas las mujeres y de allí su relevancia tanto a nivel local como internacional. En ese sentido, se presentaron *amicus curiae* por organizaciones de derechos humanos y prestigiosos expertos de Latinoamérica, Estados Unidos, Canadá y Europa. Entre las instituciones y referentes que se presentaron en calidad de *amicus curiae* solicitando se confirme la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Chubut se encuentran: la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), la Asociación Civil por el Derecho a Decidir, Católicas por el derecho a decidir, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Centro de Pesquisas em Saúde reproductiva (CEMICAMP) (Brasil), la Comisión de la Mujer de la Universidad Nacional de Salta, el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), el Consorcio Latinoamericano Contra el Aborto Inseguro (CLACAI), Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), Human Rights Watch (Estados Unidos), el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR), el Programa Internacional de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva, Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto (Canadá), la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, The Irish Family Planning Association (Irlanda) y Women’s Link Worldwide (Colombia) (4).

También, se presentaron varias organizaciones solicitando que se revoque la sentencia del Superior Tribunal, cuyas consideraciones exceden el análisis de este trabajo.

Los *amicus curiae* previamente citados, argumentaron a favor de una interpretación del Código Penal que admita el aborto en todos los casos de violación, y así garantizar el derecho a la vida y la salud de las mujeres. En ese sentido, consideraron que la obstaculización al acceso al aborto permitido por ley en condiciones de seguridad, tanto en el sistema público como privado de salud y la sistemática judicialización de estos casos que no son punibles, vulneran derechos fundamentales tales como la igualdad-no discriminación, la salud, la autonomía, la privacidad y, en algunos casos, la vida de las mujeres (ADC y CELS, 2010).

Asimismo, algunas instituciones presentantes consideraron que muchos operadores de salud de nuestro país solicitan autorización judicial para llevar adelante un aborto en los casos permitidos por ley, generando una carga desproporcionada y un efecto disvalioso que pesa sobre las mujeres que buscan legítimamente acceder a esta intervención. Por esto, entendieron que “la Corte Suprema de Justicia debía declarar innecesaria la autorización judicial en los supuestos de aborto no punible contemplados en el artículo 86 del Código Penal” (ADC y CELS, 2010).

Por su parte, el Consorcio Latinoamericano Contra el Aborto Inseguro (CLACAI) sostuvo:

“(...) factores como la ausencia de protocolos, la escasa información que tienen las mujeres sobre las condiciones para acceder al procedimiento, el desconocimiento de la norma jurídica por parte de los profesionales de la salud, y la prevalencia de mitos y prejuicios, se conjugan para restringir este servicio, exponiendo a las mujeres a penosas consecuencias para su salud al sobrellevar embarazos riesgosos o al buscar abortos clandestinos inseguros, cuando en muchas ocasiones se trata de un aborto que se encuentra previsto como legal por el ordenamiento jurídico argentino” (CLACAI, 2010: 4).

Muchas de estas consideraciones sobre el derecho a la salud de las mujeres y las medidas que debía adoptar el Estado para garantizar el acceso a la práctica del ANP fueron tenidas en cuenta por la Corte Suprema al dictar la sentencia, tal como veremos a continuación.

IV. El rol de la corte suprema en la exigibilidad de los derechos reproductivos

A. El fallo “F, A. L. s/ medida autosatisfactiva”

En “F, A. L.”, la Corte aclaró que, no obstante que el aborto ya se había realizado, se configuraba uno de los supuestos de excepción que, según su jurisprudencia, la autorizaba a pronunciarse. Esto teniendo en cuenta: a) que el tiempo que implica el trámite judicial de cuestiones de esta naturaleza excede

(4) Ver Asociación por los Derechos Civiles.

el que lleva su decurso natural, b) que era necesario el dictado de un pronunciamiento que pudiera servir de guía para la solución de futuros casos análogos y c) estaba comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

La Corte argumentó la primera parte de la sentencia sobre la constitucionalidad del artículo 86 del CP —y de la interpretación amplia del inciso segundo de dicha norma— a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales de derechos humanos.

La Corte señaló que del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional resulta imposible extraer una base para sustentar la inconstitucionalidad del aborto no punible o de una interpretación restrictiva del artículo 86.2º del CP. Esto así, porque un marco normativo que asegura protección social al niño, desde el embarazo refiere al supuesto específico de políticas públicas en materia de seguridad social y no en materia de política criminal. Por ende, no sería relevante en ningún sentido para estudiar la interpretación o constitucionalidad del aborto no punible (Corte Suprema, 2012).

Luego, la Corte expresó que las previsiones establecidas en el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no establecen una prohibición del aborto no punible, ni tampoco una obligación de que el permiso para abortar en casos de abuso deba restringirse a mujeres con discapacidad intelectual. En efecto, la Corte Suprema afirma: “las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos” (Corte Suprema, 2012: 9).

Asimismo, la Corte manifestó que, de la previsión contemplada en el artículo 3º de la Convención Americana —en cuanto estipula el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica—, tampoco se puede derivar la incompatibilidad del aborto no punible con la Convención Americana. De hecho, la Corte afirmó que el artículo 3º de la Convención no puede ser interpretado de forma aislada del artículo 4º, que establece las formas concretas en que el bien jurídico “vida” es amparado por la Convención. Así, el artículo 4º establece que el derecho a la vida es protegida por ley, en general, desde el momento de la concepción. La Convención Americana, incluyó la expresión “en general”, porque, en palabras de la Corte, “no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste” (Corte Suprema, 2012: 10).

La Corte estableció que la alegada incompatibilidad del aborto no punible tampoco puede encontrar sustento en las disposiciones de los artículos 3º y 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran, respectivamente, el derecho a la vida y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Así, el Máximo Tribunal afirmó que una interpretación coherente de la normativa, los artículos 3º y 6º deben leerse a la luz del artículo 1º del mismo documento, que establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. La Corte sostuvo que de la interpretación de estos tres artículos, y “atento los claros términos en que está formulado este enunciado, resulta imposible concluir en la aplicabilidad de las normas invocadas para fundar la tesis restrictiva del supuesto de aborto no punible previsto en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal” (Corte Suprema, 2012: 10). Por otra parte, afirmó que la alegada incompatibilidad tampoco encuentra cabida en el deber que emana del artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ese sentido, el Tribunal consideró lo manifestado por el Comité de Derechos Humanos, el cual al examinar la situación particular de la Argentina, ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal. Por ende, la Corte concluyó que “no es posible derivar de este tratado un mandato para interpretar restrictivamente la norma, sino que, inversamente, en atención a lo expuesto, se arriba a la conclusión contraria” (Corte Suprema, 2012: 11).

Asimismo, la Corte consideró que tampoco es posible sostener que la interpretación amplia del artículo 86.2º del CP colisione con la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello así porque, de los antecedentes que precedieron a la sanción de la Convención, se observó que, ante una variedad de

alternativas propuestas, se decidió no hacer una interpretación restrictiva que impida el aborto en casos de violación. Esto se advierte con más claridad en las observaciones finales que el Comité de los Derechos del Niño ha hecho a los algunos Estados Partes —que en su normativa no admiten el aborto para los casos de embarazos derivados de violaciones— donde los exhortó a reformar sus normas legales incorporando tal supuesto. Respecto de nuestro país, que sí prevé la causal abuso, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal (Corte Suprema, 2012).

Finalmente, con el objeto de hacer efectivo lo decidido y asegurar los derechos de las víctimas de violencia sexual, la Corte exhortó a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos y a disponer un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio (Corte Suprema, 2012).

Asimismo, atendiendo a la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada en el caso, los mencionados jueces señalaron la necesidad de que tanto en el ámbito nacional, como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva y el asesoramiento legal del caso.

También, sostuvieron que se consideraba indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación y que se capacite, en este sentido, a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que brinden a toda víctima de violencia sexual la orientación del caso (Corte Suprema, 2012).

De este modo, la Corte asume un papel activo en la formulación de las políticas públicas sobre los derechos reproductivos de las mujeres. Abramovich, al referirse a la exigibilidad de los derechos sociales, sostiene que:

“Aquí la esfera judicial no aparece tan sólo como un espacio de resguardo o de preservación de derechos amenazados, sino también como un campo de demandas activas de transformación social. Así, es precisamente a través de la instancia judicial que ciertos actores sociales demandan al Estado, fiscalizan o impugnan sus decisiones y dialogan o confrontan con sus diferentes agencias e instancias. El acceso a la jurisdicción actúa de ese modo como un mecanismo de participación en la esfera política, que complementa otros canales institucionales propios del clásico juego democrático” (Abramovich, 2009: 4).

En esa línea, el fallo “E. A. L.” constituye, como indicamos anteriormente, una sentencia de carácter estructural al involucrar derecho de todas las mujeres, y, como señaló el mismo Tribunal, pretende terminar con una “práctica *contra legem*” (práctica contraria a la ley) consistente en judicializar, entorpecer y/o demorar el acceso al aborto no punible (ADC y otro, 2014). Gargarella descarta que este rol activo del Poder Judicial en la implementación de derechos sociales vulnere la división de poderes y sostiene que:

“Los jueces no sólo se encuentran institucionalmente bien situados para enriquecer el proceso deliberativo y ayudarlo a corregir algunas de sus indebidas parcialidades. Ellos poseen, además, una diversidad de herramientas a sus disposición, capaces de facilitar esa tarea, y hacerlo de un modo respetuoso de la autoridad democrática. Los jueces pueden, por ejemplo: i) ‘establecer que un derecho constitucional ha sido violado, sin demandar derechos específicos’; ii) ‘declarar que un derecho constitucional ha sido violado, y pedirle al Estado que provea el remedio’ (...) iii) ‘establecer que un derecho constitucional ha sido violado, exigirle al gobierno la provisión de remedios, y especificar qué clase de remedios pueden usarse, cómo y cuándo’” (Gargarella, 2009: 969).

La incidencia de este fallo en la política pública de salud se refleja en aprobación de varios protocolos hospitalarios que garantizan el acceso a los ANP. En agosto de 2012 y en diciembre de 2012, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) sistematizó los distintos protocolos existentes en las 24 jurisdicciones del país, más la jurisdicción nacional, a cuatro y a nueve meses del dictado de la sentencia, respectivamente. En efecto, analizó las reacciones de los poderes ejecutivos, legislativos y judiciales de las distintas jurisdicciones ante el fallo “F, A. L.” y estudió su nivel de cumplimiento. En diciembre de 2013, la ADC actualizó su investigación, de la cual surge que:

— Ocho jurisdicciones poseen protocolos que son compatibles con lo establecido por la Corte. Se trata de Chubut, Santa Fe, Tierra del Fuego, Jujuy, Chaco, La Rioja, Santa Cruz y Misiones (ADC y otro, 2014).

— Ocho jurisdicciones regulan protocolos que pueden dificultar el acceso a los abortos no punible. Se trata de Neuquén, Provincia de Buenos Aires, Salta, Entre Ríos, La Pampa, Córdoba, Ciudad de Buenos Aires y Río Negro (ADC y otro, 2014).

— Nueve jurisdicciones (once provincias más la jurisdicción nacional) carecen de protocolos. Se trata de Mendoza, San Luis, Santiago del Estero, Tucumán, Formosa, Corrientes, Catamarca, San Juan y el Estado Nacional (ADC y otro 2014).

En febrero de 2014, cuatro organizaciones de la sociedad civil solicitaron a la Corte Suprema que convoque a una audiencia pública para supervisar el cumplimiento de la sentencia dictada en el caso “F, A. L.” sobre aborto no punible, ya que más de la mitad de las jurisdicciones del país no cuenta con protocolos hospitalarios que aseguren el ejercicio de un derecho que las mujeres tienen desde 1921 (ADC, 2014).

La Corte Suprema rechazó el pedido en tanto consideró que su competencia quedó íntegramente agotada con el fallo que confirmó el pronunciamiento del Superior Tribunal y sostuvo que no había caso judicial en trámite que permita abrir juicio sobre la índole y los alcances de las exhortaciones formuladas en la sentencia (Corte Suprema, 2014).

Por otra parte, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, en 2007 el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (en adelante, el Programa) elaboró la primera versión de la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles (en adelante, la Guía Técnica), la que fue actualizada en 2010. Tomando en cuenta que, como se dijo, muchas jurisdicciones no han emitido normas sobre ANP y dada la diversidad de regulaciones vigentes, el Programa está actualizando la Guía Técnica a fin de definir criterios a nivel federal para uniformar estándares sanitarios y legales reconocidos por la Constitución y normas afines.

Es preciso destacar, que a la fecha de cierre de este trabajo, no es posible realizar un diagnóstico sobre la incidencia del fallo “F, A. L.” en la disminución de muertes maternas por abortos inseguros en tanto los últimos datos oficiales y disponibles datan de 2012 (OPS, 2015).

No obstante, el caso “F, A. L.” constituye un precedente clave sobre los derechos reproductivos de las mujeres y sobre la regulación y aplicación de guías de actuación sanitaria frente a los casos de ANP.

B. Los fallos “T, S. v. Gobierno CABA” y “Portal de Belén v. Ministerio de Salud”

B.I. El contexto institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de la Nación dictó los fallos “T, S. v Gobierno CABA” y “Portal de Belén v. Ministerio de Salud” el 11 de enero de 2001 y el 5 de marzo de 2002, respectivamente. Durante los años noventa y hasta 2003, el Máximo Tribunal se encontraba desprestigiado por la falta de independencia de sus miembros.

Entre 2003 y 2005 seis de los nueve jueces de la Corte Suprema dejaron el tribunal. Los magistrados Eduardo Moliné O’Connor y Antonio Boggiano fueron removidos mediante juicio político. Por su

parte, Julio Nazareno, Adolfo Vázquez y Guillermo López renunciaron para evitar ser enjuiciados. Poco tiempo después, Augusto Belluscio renunció por haber llegado al límite de 75 años de edad que establece la Constitución. Dadas las vacantes por la salida de los jueces mencionados, el presidente Kirchner postuló a Raúl Zaffaroni, Elena Highton de Nolasco, Carmen Argibay y Ricardo Lorenzetti para integrar el Máximo Tribunal (Herrero, 2011).

A los fines de analizar los fallos “T, S. v Gobierno CABA” y “Portal de Belén v. Ministerio de Salud”, la integración de la Corte Suprema tiene relevancia, al menos, por dos motivos: en primer lugar, hasta ese momento el procedimiento político de designación de los jueces de la Corte no contaba con ninguna instancia de participación ciudadana. De acuerdo al mecanismo constitucional, el Presidente propone al candidato y el Senado, con el voto de los 2/3 de sus miembros, aprueba el pliego de la persona propuesta. Ante dicha Corte Suprema desacreditada, el entonces presidente Kirchner implementó por medio del Decreto 222/2003 una serie de medidas de publicidad y transparencia para las designaciones, limitando sus facultades en dicho procedimiento. Este sistema ayuda a la selección de candidatos que satisfagan los requisitos de idoneidad, profesionalismo, experiencia técnica y compromiso con los valores democráticos y la defensa de los derechos políticos (Herrero y López, 2009) y, consecuentemente, con los derechos humanos de las mujeres.

En segundo lugar, todos los integrantes de la Corte Suprema, al dictar estos fallos, eran varones. La participación de las mujeres en el ejercicio de los poderes políticos es indispensable para alcanzar estas metas y asegurar una verdadera democracia. En ese sentido, el Comité CEDAW señaló que:

“(…) es indispensable hacer que la mujer participe en la vida pública, para aprovechar su contribución, garantizar que se protejan sus intereses y cumplir con la garantía de que el disfrute de los derechos humanos es universal, sin tener en cuenta el sexo de la persona. La participación plena de la mujer es fundamental, no solamente para su potenciación, sino también para el adelanto de toda la sociedad” (Comité CEDAW, 1997, párrafo 17).

Por eso, consideramos que el contexto institucional del Máximo Tribunal no favoreció la adopción de fallos acordes a los estándares internacionales sobre los derechos de las mujeres.

B.II. El caso “T, S. v. Gobierno CABA”

Una mujer argentina, de 35 años, casada y con una hija de 12 años, solicitó, en su séptimo mes de embarazo, al Hospital Materno Infantil “Ramón Sardá” que le realizara un parto inducido, en la medida en que había establecido que el feto carecía de masa encefálica y calota craneana lo que implicaba su inviabilidad fuera del seno materno. El hospital se negó a practicarlo sin autorización judicial y la mujer acudió ante el Juzgado nro. 7 Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para obtener autorización.

El asesor tutelar, en calidad de representante de los derechos humanos del niño, argumentó que, en virtud del artículo 2º de la ley 23.849 aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño, la condición de persona se alcanza desde la concepción. Solicitó la prohibición de cualquier tipo de práctica abortiva. La jueza de primera instancia se declaró incompetente.

Apelada tal decisión por la fiscal, la jueza no concedió el amparo solicitado por no quedar acreditado que la no interrupción del embarazo pusiera en grave peligro la salud de la mujer.

La mujer en estado de embarazo interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que autorizó al centro hospitalario a inducirle el parto o, eventualmente, a practicarle una cesárea. Afirmó este Tribunal que la negativa del hospital era ilegítima, al exigir a la mujer una autorización judicial que no correspondía. El Tribunal descartó que en el caso se dieran los elementos típicos de un delito de aborto. Entendió que en la colisión de derechos en juego: una vida indefectiblemente destinada a cesar y el daño psicológico que pueda sufrir la mujer, debe prevalecer el de la mujer.

El asesor general de incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación por estimar que la sentencia nada decía del derecho a vivir por el tiempo de la gestación. En este sentido, argumentó que se lesionaba el derecho a la vida de la persona por nacer, ya que, con independencia de su viabilidad extrauterina, tiene personalidad humana desde el momento de su concepción. Se está, en su opinión, ante un supuesto de aborto encubierto calificándolo incluso de eutanasia involuntaria.

Si bien la Corte Suprema confirma la sentencia del Tribunal Superior, de las consideraciones realizadas en el voto mayoritario se advierte un desconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres. En efecto, el centro de la argumentación del voto mayoritario giró en torno a la viabilidad del feto fuera del vientre materno. Así, la Corte sostuvo que:

“Que debe exponerse (...) que no se trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es —para excluir la protección de su vida— persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida. En efecto, tales acciones aparecen identificadas con una acción humana enderezada a provocar la muerte del niño durante su gestación. Por el contrario, lo que aquí se autoriza es la inducción de un nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegura —dentro del margen de toda situación vital— el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir” (Corte Suprema, 2001: 8).

El voto mayoritario prácticamente no tiene referencias al derecho de la mujer a su salud. Solamente, el considerando 10 alude al “(...) sufrimiento psicológico de su madre y de su familia entera, que ve progresivamente deteriorada su convivencia en función de un acontecimiento dramático” (Corte Suprema, 2001: 5).

El voto concurrente del juez Bossert va un poco más allá y se refiere al grave daño psíquico de la actora representa una lesión a su derecho a la salud que se encuentra protegido por tratados de rango constitucional (conf. artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), artículo 12, incs. 1º y 2º, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que impone a los estados partes adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres el acceso a servicios de atención médica y el artículo 12, inc. 2º, del mismo tratado, en cuanto dispone que los estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario.

B.III. Caso “Portal de Belén v. Ministerio de Salud”

La Asociación Civil sin Fines de Lucro Portal de Belén promovió acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a fin de que se le ordene revocar la autorización y se prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco de Laboratorios Gabor S.A., cuyo nombre comercial es “Inmediat”, al considerar que se trataba de una píldora con efectos abortivos (“anticoncepción de emergencia”).

La Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, al hacer lugar a la apelación deducida por el Estado demandado, dejó sin efecto el fallo de la instancia anterior, que ordenó revocar la autorización conferida y prohibir la fabricación, distribución y comercialización del fármaco mencionado. Contra tal pronunciamiento, la actora dedujo el recurso extraordinario, el cual fue concedido trayendo el asunto a conocimiento de la Corte Suprema.

En “Portal de Belén”, la Corte reafirmó el derecho a la vida desde la concepción y consideró que los pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. En efecto, el Máximo Tribunal señaló que el artículo 4.1º del Pacto de San José de Costa Rica establece: ‘Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.’ Además consideró que todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la

vida (artículos 6.1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2º de la ley 23.849 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) (Corte Suprema, 2002).

Según la Corte, la normativa internacional sobre derechos humanos, reconoce el derecho a la vida desde la concepción, lo cual, tal como se ilustró en “F, A. L.”, no es cierto ya que la Convención Americana, incluyó la expresión “en general”, porque no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida del feto. En “Portal de Belén”, tampoco hay referencias a los derechos reproductivos de las mujeres y el acceso a los servicios de salud en condiciones de igualdad.

En este lamentable precedente, la Corte Suprema ordenó al Estado Nacional —Ministerio Nacional de Salud y Acción Social—, que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación distribución y comercialización del fármaco “Imediat”.

V. Cuadro de los casos analizados (5)

Fallo	Demanda	Intervención de la Corte Suprema
T, S v. Gobierno CABA	Una mujer solicita autorización para que se le realice un parto inducido, en tanto el feto carecía de masa encefálica, lo que implicaba su inviabilidad fuera del seno materno.	<ul style="list-style-type: none"> - La Corte confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la CABA por la cual admite la inducción del parto. - Los argumentos principales se centraron en la inviabilidad del feto fuera del vientre materno, desconociendo normativa fundamental sobre el derecho a la salud de las mujeres.
Portal de Belén v. Ministerio de Salud	Promoción de una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a fin de que se le ordene revocar la autorización y se prohíba la fabricación, del anticonceptivo de emergencia “Imediat. Inmediat,	<ul style="list-style-type: none"> - La Corte ordenó que se deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación distribución y comercialización del fármaco “Imediat”. Inmediat, - Reafirmó el derecho a la vida desde la concepción y consideró que los pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción.
F, A. L. s/ medida autosatisfactiva	El Tribunal Superior de Justicia de Chubut autorizó la práctica de un ANP, respecto de una adolescente embarazada producto de una violación. Luego de la realización del ANP, el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut interpuso un recurso extraordinario federal alegando la violación del derecho a la vida del por nacer.	<ul style="list-style-type: none"> - Determinó el alcance del aborto no punible establecido en el artículo 86.2 del CP. - Estableció la constitucionalidad del artículo 86 CP -y de la interpretación amplia del inciso segundo de dicha norma- a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales de derecho humanos. - Exhortó a las nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios para atender los casos de ANP.

VI. Conclusiones

El fallo “F, A. L.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sienta un valioso precedente sobre los derechos reproductivos de las mujeres. En ese sentido, marcó el fin de una antigua discusión interpretativa que daba lugar a múltiples violaciones de derechos humanos. La Corte, tomando como fundamento estándares interamericanos e internacionales, despejó las dudas en cuanto al alcance del artículo 86.2º del CP.

(5) Fuente: elaboración propia en base a los casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “T, S. v Gobierno CABA”, “Portal de Belén v. Ministerio de Salud” y “F, A. L. s/ medida autosatisfactiva”.

Asimismo, la sentencia constituye un claro ejemplo de la incidencia de las decisiones judiciales en la formulación políticas públicas. En ese sentido, la Corte efectuó una serie de recomendaciones para remover los obstáculos que restringen el acceso al ANP en el país.

Entre las exhortaciones, el tribunal resaltó la importancia de contar con regulación de guías de actuación sanitaria frente a los casos de ANP. Ello dio lugar a la aprobación de protocolos hospitalarios en muchas de las jurisdicciones provinciales y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Al mismo tiempo, destacamos la importancia de la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones, en este caso, a partir de la presentación de *amicus curiae*. Así, muchas de las consideraciones de los escritos se encontraron en el texto de la sentencia: por ejemplo, la necesidad de contar con protocolos de atención médica para garantizar el acceso a la práctica médica. También, se destacó que el monitoreo de la sentencia “F, A. L.” se realiza por organizaciones de la sociedad civil. Con lo cual, estos actores pueden cumplir un rol activo tanto al momento previo de las decisiones como al momento posterior, a modo de fiscalizadores de la política pública adoptada.

Finalmente, nos referimos a dos lamentables fallos de la Corte Suprema sobre los derechos reproductivos y los comparamos con el fallo “F, A. L.” Concluimos, además, que los procedimientos de designación de jueces/zas deben garantizar la transparencia, la participación ciudadana y la perspectiva de género a fin de que las decisiones sean compatibles con los valores democráticos y la defensa de los derechos humanos.

Si bien, no contamos con datos para afirmar que la mortalidad materna por abortos realizados en condiciones riesgosas e inseguras ha disminuido, el fallo “F, A. L.” implica un gran paso para garantizar el respeto y la garantía de los derechos reproductivos de las mujeres en la Argentina.

VII. Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor (2009). “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, EN: ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura (comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires: Editores del Puerto.

ADC. ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (2014). Disponible en: <http://www.adc.org.ar/ong-piden-a-la-corte-suprema-una-audiencia-publica-sobre-aborto-no-punible/> (fecha de consulta: 25/3/2015).

ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES. *La Corte ante una oportunidad histórica para resolver controversia sobre abortos no punibles*. Disponible en http://www.adc.org.ar/806_la-corte-ante-una-oportunidad-historica-para-resolver-controversia-sobre-abortos-no-punibles/ (fecha de consulta: 25/3/2015).

ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES y WOMEN’S LINK WORLDWIDE (2014). *Manual para el ejercicio, respeto y garantía del derecho al aborto no punible en la Argentina* (online), Buenos Aires: ADC y Women’s Link Worldwide. Disponible en: <http://www.adc.org.ar/2013/wp-content/uploads/2014/08/ManualAbortoNoPunible.pdf> (fecha de consulta: 25/3/2015).

BERGALLO, Paola (2009). “Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial”, EN: GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y Crítica de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires: AbeledoPerrot, ps. 559-600.

CAVALLO, Mercedes y AMETTE, Roberto (2012). “Aborto no punible. A cuatro meses de ‘F, A. L.’ s/ medida autosatisfactiva. ¿Qué obtuvimos y qué nos queda por obtener?”, EN: *Revista Cuestión de Derechos* (online), nro. 2. Disponible en <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero2/09-Aborto-no-punible.pdf> (fecha de consulta: 28/2/2015).

COURTIS, Christian (2009). "Sobre el *amicus curiae*", EN: GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica de Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires: Abeledo Perrot, ps. 321-346.

FAERMAN, Romina (2009). "Algunos debates constitucionales sobre el aborto", EN: GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires: Abeledo Perrot, ps. 659-692.

GARGARELLA, Roberto (2009). "Justicia y derechos sociales: lo que no dice el argumento democrático", EN: GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires: Abeledo Perrot, ps. 965- 970.

HERRERO, Álvaro (2011). "La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino", EN: *Revista de Ciencia Política* (online), nro. 49, Santiago de Chile, ps. 71-106. Disponible en <http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/viewFile/16311/16917>.

HERRERO, Álvaro y LÓPEZ, Gaspar (2009). *Acceso a la información y transparencia en el Poder Judicial* (online) Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/PSGLP/Resources/accesoalainformacionytransparencia.pdf> (fecha de consulta: 20/3/2015).

MACKINNON, Catherine (2014). *Feminismo inmodificado: Discursos sobre la vida y el derecho*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

OPS - ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2015). Disponible en: http://www.paho.org/arg/images/gallery/indicadores/indicadores_2014_opsarg.pdf?ua=1 (fecha de consulta: 25/3/2015).

PANTELIDES, Edith Alejandra y MARIO, Silvia (2007). "Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina", EN: *Notas de población* (online), nro. 87, Santiago de Chile. Disponible en http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/36501/lcg2405-P_4.pdf (fecha de consulta: 20/3/2015).

PEREIRA, Gabriel (2011). "Inclusión política, participación ciudadana y grupos desaventajados", EN: GARGARELLA, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

UNFPA (2013), *Maternidad en la niñez* (online), New York: UNFPA. Disponible en http://www.unfpa.org.ar/sitio/index.php?option=com_content&view=article&id=178%3Amaternidad-adolenscente-un-desafio-mundial-y-local&catid=41%3Asalud-sexual-y-reproductiva&Itemid=62 (fecha de consulta: 20/3/2015).

Legislación

Ley nro. 11.922, Código Penal. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 16/1/1985.

Acordada 7/13, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 26/4/2013.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/1/2001, "T. S. v Gobierno CABA s/ amparo" (online). Disponible en: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=496963> (fecha de consulta: 25/3/2015).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5/3/2002, "Portal de Belén v. Ministerio de Salud" (online). Disponible en: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=516601> (fecha de consulta: 25/3/2015).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/3/2012, “F, A. L. s/ medida autosatisfactiva” (online). Disponible en: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verAnalisisDocumental&id=13517> (Fecha de consulta: 25/3/2015).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6/3/2014, “F, A. L. s/ medida autosatisfactiva” (online). Disponible en: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verAnalisisDocumental&id=709422> (fecha de consulta: 25/3/2015).

Tribunal Superior de Justicia de Chubut, 8/3/2010, “F, A.L. s/ medida autosatisfactiva”, Revista La Ley, AR/JUR/390/2010.

Otros documentos consultados

ADC y CELS (2010). *Amicus curiae* presentado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “F, A.L. s/medida autosatisfactiva”.

COMITÉ CEDAW (1997). Recomendación General nro. 23 “Vida política y pública” (16º período de sesiones, 1997).

CONSORCIO LATINOAMERICANO CONTRA EL ABORTO INSEGURO (2010). *amicus curiae* presentado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “F, A. L. s/ medida autosatisfativa”. ♦

Fecha de recepción: 15-03-2015

Fecha de aceptación: 21-09-2015

Política criminal y enfoque de derechos: la incidencia de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en el ejercicio de la violencia estatal

POR LISANDRO OZAFRAIN (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La política criminal como política pública: ubicación, objeto, fines generales y medios específicos.— III. Enfoque de derechos y estándares en materia de políticas públicas.— IV. Incidencia de los estándares del enfoque de derechos en la política criminal.— V. Conclusiones: los límites al poder penal derivados del enfoque de derechos.— VI. Bibliografía.

Resumen: La política criminal, como toda política pública —y con mayor razón aún por lidiar con el empleo de medios violentos—, debe ceñirse a estrictos estándares de diseño, ejecución y evaluación. Ello significa, entre otras cosas, mirarla desde la perspectiva de los derechos humanos. Este “enfoque de derechos” ha generado el desarrollo de estándares que, en materia de políticas sociales, se han transformado en herramientas tangibles de evaluación de los avances realizados y que pueden trasladarse, sin mayor esfuerzo, a la política criminal. En el presente trabajo se procurará caracterizar a la política criminal en tanto política pública —indicando su ubicación en este campo, relación con otras políticas, fines generales y medios específicos—, analizar esa especial política pública a través del prisma del “enfoque de derechos”, considerar las implicancias particulares que los estándares de este enfoque tienen para la política criminal y establecer cuáles son los límites al poder penal que estos estándares imponen.

Palabras clave: política criminal - derechos humanos.

Criminal policy and approach of rights: the impact of standards of international law of human rights in the exercise of state violence

Abstract: *As any other public policy, criminal policy should abide by strict design, execution and evaluation standards —and even more so because such a policy deals with the use violent means—. Among other things, this implies that a human rights perspective is in order. This “rights-based approach” has helped develop social policy standards that have evolved into tangible evaluative tools of the rapid progress made and can easily be adjusted to criminal policy. The aim of this paper is to characterize criminal policy as a public one —defining its place within the field, its relations to other policies, general objectives and specific means—, to analyze this policy through the glasses of a “rights-based approach”, to consider the specific implications this approach has for criminal policy; and to establish the limits these standards set on punitive power.*

Keywords: *criminal policy - human rights.*

I. Introducción

Tal como señala Alberto Binder (2011), el poder penal siempre se ha ejercido con algún nivel de organización. Su ejercicio nunca ha sido accidental ni azaroso, sino, antes bien, ha asumido la forma de violencia estatal organizada o, lo que es lo mismo, de *política criminal*.

(*)Prof. Adscripto a la Cátedra Derecho Penal II, Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales, UNLP.

No obstante ello, existe una cierta resistencia a asumir a la política criminal como una verdadera política pública de administración de la violencia estatal. Acaso dicha resistencia —que ha redundado en un estudio fragmentario de este fenómeno— provenga de la idea de que admitir esta facticidad del poder penal implica el reconocimiento de legitimidad en su ejercicio, pero ello en modo alguno es así. Asumir este ejercicio organizado del poder punitivo es indispensable para entender que esta, como toda política pública —y con mayor razón aún por lidiar con el empleo de medios violentos—, debe ceñirse a estrictos estándares de diseño, ejecución y evaluación. En una palabra: rechazar la concepción del ejercicio de violencia estatal en términos de política pública solo habilita la discrecionalidad, la incontinencia y la expansión de esa violencia.

Asumido entonces que la política criminal es una política pública, se impone a su vez mirarla desde el prisma de los derechos humanos, esto es, a través del llamado “enfoque de derechos”. Este enfoque, ya lo veremos más adelante, ha generado el desarrollo de estándares que, en materia de políticas sociales, se han transformado en herramientas tangibles de evaluación de los avances realizados. Si bien, como ya dijéramos, estos estándares han nacido para el análisis de políticas con incidencia en derechos económicos, sociales y culturales, lo cierto es que —en virtud del principio de interdependencia de los derechos humanos— pueden ser trasladados sin mayor esfuerzo a la política criminal, generando una importante serie de consecuencias prácticas.

En lo que sigue, procuraremos: caracterizar brevemente a la política criminal en tanto política pública —indicando su ubicación en este campo, relación con otras políticas, fines generales y medios específicos—, analizar esa especial política pública a través del prisma del “enfoque de derechos”, considerar las implicancias particulares que los estándares de este enfoque tienen para la política criminal y establecer, cuando ello fuera posible, cuáles son los límites al poder punitivo que estos estándares imponen.

II. La política criminal como política pública: ubicación, objeto, fines generales y medios específicos

Si bien el ejercicio del poder penal organizado tiene antiguas y profundas raíces, el concepto de política criminal —y la elaboración teórica en torno a dicho concepto— tiene una historia relativamente corta. Con independencia de alguna discusión en cuanto a su paternidad (1), la voz “política criminal” fue popularizada por Franz Von Liszt, para quien, según refiere Mariano Ciafardini, “se reducía al arte de elaborar y sancionar normas punitivas o de algún modo coercitivas como instrumento concebible para la prevención y control del delito. Tal era la visión imperante en la Europa desde fines del siglo XIX” (2009: 257).

El concepto de política criminal, su contenido y funciones han sido objeto de crítica, reformulación y reflexión fragmentaria a lo largo de la historia. Sin desconocer la existencia de las muy diversas ópticas que han surgido en este devenir —cuya mera reseña excedería por mucho el objeto de este trabajo— nos limitaremos a exponer, sucintamente, las ideas de Alberto M. Binder —a nuestro criterio, quien mayores y mejores esfuerzos ha hecho para vincular la idea de política criminal a los desarrollos generales hechos en la teoría de las políticas públicas—.

Binder empieza por afirmar que la existencia de conflictos en una sociedad es necesaria —en el sentido de inevitable— y que ello no tiene por qué ser percibido como algo malo. La valoración negativa del conflicto es producto del así llamado “paradigma del orden” —siempre emparentado con concepciones autoritarias de la sociedad y opuesto a la sociología conflictivista de la que el autor parte—. No obstante ello, advierte:

(1) Como señala Mariano Ciafardini, “el término política criminal está indefectiblemente asociado, no en cuanto a su nacimiento sino a su divulgación, al profesor alemán Franz Von Liszt, quien a su vez señala como padre del concepto kriminalpolitik a otro profesor alemán, Heinke (1823), aunque hay quien dice que el término fue originalmente utilizado por Kleinsrod ya en 1793 en una obra titulada Desarrollo sistemático de los conceptos y verdades fundamentales del Derecho Penal” (2009: 257).

“la existencia obvia de la conflictividad, y el hecho de que no debamos asumir un prejuicio negativo respecto de ella, no significa que debamos convertirnos en meros observadores de su desarrollo. Al contrario, una sociedad que no se preocupa por su conflictividad, es decir, que la deja librada a su propia suerte, lo único que consigue es que se imponga la ley del más fuerte, de aquél que puede desequilibrar el conflicto en su favor” (2011: 154).

Por esto es que, si bien ninguna política puede razonablemente aspirar a eliminar la conflictividad social, lo que sí puede —y debe— es gestionarla para que se desarrolle sin resolverse a través del abuso de poder o de la violencia. Éste es el objeto de lo que Binder denomina Política de Gestión de la Conflictividad (PGC), que es una política básica del Estado, juntamente con otras como “la económica, la educativa, la de salud y la de relaciones exteriores, bajo su doble modalidad de la defensa y la diplomacia” (2011: 161).

El autor identifica diversos modos de operar de la PGC, y diversos niveles, con grados crecientes de intervención estatal (2). El último nivel lo constituye el empleo de los medios violentos del Estado, que no es otra cosa que la política criminal. Desde esta perspectiva, la política criminal se define como “el segmento de la PGC que organiza el uso de los instrumentos violentos del Estado para intervenir en la conflictividad, sobre la base de los objetivos y metas generales que ésta fija, es decir, para evitar de un modo general la violencia y el abuso de poder como forma de solucionar los conflictos” (Binder, 2011: 202).

Como se ve, la política criminal es un segmento de la política pública de gestión de conflictos, que no puede entenderse sino en conexión con los otros estamentos de esa misma política, y como nivel último de intervención (principio de *ultima ratio*). Y si bien puede proponerse metas específicas propias, sus objetivos generales son comunes con las otras áreas de la PGC, a saber: gestionar la conflictividad para evitar la violencia y el abuso de poder.

III. Enfoque de derechos y estándares en materia de políticas públicas

El llamado enfoque de derechos, en palabras de Víctor Abramovich, “considera especialmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional, capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas” (2007: 255), que, en lo que aquí interesa, sirven de directriz para la formulación, ejecución y control de las políticas públicas.

Los órganos de protección internacionales —tanto del sistema universal (en su doble carácter convencional y extraconvencional) como de los diversos sistemas regionales—, en el ejercicio de sus funciones, han definido una serie de criterios interpretativos a fin de dotar de contenido efectivo a las obligaciones asumidas por los Estados en materia de Derechos Humanos. Se han establecido así verdaderos parámetros que permiten cotejar, desde este enfoque de derechos, la adecuación —o falta de ella— de las políticas públicas de los Estados a estos estándares de protección. Estos estándares “refieren a una definición legal que incluyen principios que son el resultado del proceso de interpretación de una norma o de un tratado internacional... son declaraciones fundamentales sobre el resultado deseado (...)” (Pautassi, 2010: 14).

Esta tarea de los órganos de protección ha sido particularmente relevante en materia de DESC, como forma de batallar esa falsamente proclamada debilidad intrínseca de los DESC que ha llevado

(2) Binder (2011) identifica tres modalidades y cinco niveles de intervención en la conflictividad. Las modalidades son: 1. la preventiva —que busca evitar que un determinado conflicto nazca o que una manifestación de ese conflicto o un modo de desarrollo de él no aparezca—; 2. la disuasiva —que también pretende evitar que un conflicto o manifestación del conflicto no se produzca pero, a diferencia de la modalidad preventiva, no de un modo permanente, sino sólo y en tanto se desarrolla la acción disuasiva—; y 3. La reactiva —que responde a una manifestación previa del conflicto para provocar algún efecto—. En cuanto a los niveles de intervención —en orden progresivo de participación estatal—, identifica los siguientes: 1. Coordinación con organizaciones sociales; 2. Fortalecimiento de la autogestión mediante la elaboración de modelos ejemplares; 3. Creación de ámbitos de autogestión; 4. Organización de autoridades de resolución y tribunales; y 5. Uso de la violencia. Cada nivel, por su parte, puede acudir a diversas combinaciones de modalidades de intervención.

durante años a considerarlos como derechos “programáticos” o de “segunda generación”, siempre por detrás de los DCP.

En el estado actual de evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los principales estándares utilizados para precisar el contenido de los DESC son los que a continuación se enumeran: 1) contenido mínimo de los derechos, 2) utilización al máximo de los recursos disponibles; 3) progresividad y no regresividad, 4) igualdad y no discriminación; 5) acceso a la justicia y mecanismos de reclamo, 6) producción de información y acceso, y 7) participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas públicas (Pautassi, 2010:16).

Ahora bien, el hecho de que la formulación de estándares, y el enfoque de derechos en general se haya desarrollado teniendo en miras, principalmente, a las políticas sociales, no quita que el desenvolvimiento de toda actividad estatal deba ser respetuosa de los derechos humanos (3). Ello, sumado al principio de interdependencia, consagrado de manera definitiva en el primer artículo de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 (4), lleva a la necesidad de aplicar el enfoque de derechos como sistema de evaluación de toda política pública, social o no.

Así, tras haber definido a la política criminal como uno de los sectores de la política estatal de gestión de conflictos, no puede ya caber duda que las elaboraciones realizadas en materia de derechos humanos, aún cuando hayan sido pensados en relación a políticas sociales, pueden —y deben— aplicarse a esta especial política pública. En este sentido, con la posible excepción del principio de “utilización al máximo de los recursos disponibles” —que, por su especificidad normativa (5), sólo aplicaría a las políticas de DESC—, todos los estándares elaborados a partir de los DESC permiten enfocar la política criminal de una manera compatible con las obligaciones asumidas convencionalmente. Y, aún cuando no existe un modelo único de política criminal —como no hay un modelo impuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para ninguna política—, de esta perspectiva pueden extraerse consecuencias concretas en cuanto a la formulación y ejecución de la política criminal, que ponen un coto, en muchos casos, al empleo de la violencia estatal.

IV. Incidencia de los estándares del enfoque de derechos en la política criminal

Veamos ahora cómo han sido definidos estos estándares y cuál puede ser su incidencia en términos de política criminal.

IV.1. Contenido mínimo de los derechos

En relación a este estándar, se ha dicho que “se trata de una obligación mínima pero ineludible, de contenido universal, que apunta a asegurar la satisfacción de por lo menos niveles básicos de cada uno de los derechos e incluye obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado” (Pautassi, 2010:17).

La paradoja de la política criminal es que, en virtud de los especiales medios (violentos) que emplea y que ya hemos definido, es propio de su naturaleza restringir derechos antes que aumentar su umbral

(3) La jurisprudencia de los órganos de protección ha dejado más que claro que cualquier agente estatal en ejercicio de sus funciones, se trate de quien se trate, puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional ante eventuales violaciones a los mismos.

(4) Art. I.5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

(5) Tanto el PIDESC, como la CADH —aunque con una redacción bastante más liviana— y el Protocolo de San Salvador establecen expresamente la obligación de los Estados de ir logrando progresivamente el cumplimiento de sus obligaciones en materia de DESC empleando para ello “hasta el máximo de los recursos disponibles” (arts. 2.1 PIDESC, 26 CADH y 1º del Protocolo de San Salvador). No existen fórmulas semejantes en los instrumentos de protección en materia de DCP.

de disfrute. Cobra sentido aquí la afirmación de Pautassi en relación a que: “la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos obliga al Estado a no afectar ese contenido mínimo al restringirlos” (2010: 18). En efecto, la pena privativa de libertad, herramienta predilecta de la política criminal es, en el mejor de los casos, una severa restricción al derecho de libertad personal, cuando no una clara afectación de la integridad psicofísica (6). De este modo, la idea de respeto a un contenido mínimo de derechos no es en materia de política criminal una invitación a la profundización de la política, sino antes bien un límite a ella.

En primer lugar, el concepto mismo de dignidad humana —sea cual sea el contenido que se le atribuya— implica, entre otras cosas que, por más importantes que sean las finalidades perseguidas hay determinados medios que no pueden nunca ser considerados herramientas lícitas de la política criminal. Si en el estado actual de evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos la pena de prisión resulta aún admisible y lícita —siempre dentro de principios de humanidad, necesidad y proporcionalidad (7)—, la política criminal podrá servirse de ella, pero no, por ejemplo, de los tormentos (8), los trabajos forzados (9) o las detenciones secretas (10).

Esto que puede parecer una obviedad no lo es tanto a poco que se analiza el actual estado de la cuestión en el mundo, en que la lucha contra el terrorismo y el narcotráfico son la excusa predilecta de los Estados para justificar el empleo de medios radicalmente incompatibles con los parámetros desarrollados por los organismos de protección.

De modo que este contenido mínimo de derechos que debe respetarse implica, en términos de política criminal que, sin importar cuál sea el objetivo buscado, existen límites insusceptibles de ser trasvasados que impiden el empleo de determinados medios violentos.

IV.2. Progresividad y no regresividad

Según Pedro Nikken, “el reconocimiento de los derechos humanos como atributos inherentes a la persona, que no son una concesión de la sociedad ni dependen del reconocimiento de un gobierno, acarrea consecuencias” (1994: 21).

Entre las consecuencias de la inherencia, menciona Nikken dos que son de vital importancia y de íntima relación recíproca:

a. Principio de progresividad. Señala Nikken que “como los derechos humanos son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma” y que ello se manifiesta, por ejemplo, en una cláusula que suele repetirse en diversos ordenamientos constitucionales según la

(6) Los efectos deteriorantes de la prisionización han sido abundantemente estudiados por la sociología y la criminología. Aún en condiciones ideales, la cárcel genera en el prisionizado angustia, inquietud, ruptura de las relaciones afectivas; fija, además, roles desviados —aumentando, antes que disminuyendo, las posibilidades de reincidencia—. Si a ello se le suman los defectos de nuestros sistemas carcelarios latinoamericanos —superpoblación, falta de atención médica y alimenticia, violencia institucional, aumento dramático de las probabilidades de muerte violenta—, no queda sin concluir que la integridad personal del prisionizado se encuentra en permanente riesgo durante el tiempo que permanece encarcelado (Zaffaroni, 2012).

(7) Ver, por ejemplo, el fallo “Kimel c. Argentina” de la Corte IDH, párrs. 72 a 95.

(8) La prohibición de tortura tiene hoy carácter de norma *ius cogens*. Ver, por ejemplo, el voto concurrente del Juez Cancado Trindade en el fallo “Maritza Urrutia c. Guatemala”, párrs. 6º y 8º.

(9) Art. 3.8.a. PIDCP, entre otros instrumentos.

(10) La prohibición de las detenciones secretas se desprende, entre otras normas, de lo dispuesto en los arts. 17.3 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y XI de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.

cual “la enunciación de derechos contenida en la Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella” (1994: 25) (11).

b. Principio de irreversibilidad. Este principio, denominado también como prohibición de regresividad, es la contracara lógica del principio de progresividad y supone que “una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada”. Consecuencia de ello es que “sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental” (Nikken, 1994: 24).

De este carácter inherente de los Derechos Humanos —de expresa consagración en numerosos instrumentos internacionales (12)—, resulta que el reconocimiento de derechos es un ámbito de constante ampliación histórica y respecto del cual no cabe, por principio general, el retroceso. Y aunque Nikken no lo diga, puede seguirse de su lógica que tal principio de progresividad se refiere no sólo al catálogo de derechos —aspecto cuantitativo—, sino al contenido mismo de tales derechos —aspecto cualitativo—, de modo que el reconocimiento de un determinado ámbito de ejercicio de un derecho debiera considerarse *a priori* como irrevocablemente integrado, una vez reconocido.

Hemos ya señalado que la política criminal es una política cuyo medio implica, de mínima, la restricción del derecho a la libertad personal (13). Por ello es que todo cambio en esta política tendiente a la aceptación de nuevas conductas como punibles, al incremento de los montos de las penas o, en general, a restringir un ámbito de libertad previamente reconocido a los individuos supone, en principio, un retroceso en materia de contenido y de disfrute del ejercicio de este derecho a la libertad.

¿Implica ello que todo cambio en la política criminal debe ser, siempre y necesariamente, en pos de la reducción del poder punitivo? Aunque puede sostenerse con firmes fundamentos que ello podría ser lo deseable, no necesariamente resulta así: puede que una medida en particular, de aparente carácter regresivo, se encuentre justificada en el contexto de lo que la política criminal pretende lograr en términos de disfrutes de otros derechos. Pero si este fuera el caso “el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos (...)” (Pautassi, 2010: 35) (14).

Así, no es descabellado concebir que toda política criminal inflacionaria pueda ser calificada como “categoría sospechosa” (15), que, por ello, debe presumirse inválida, y someterse al escrutinio estricto de legalidad.

Desde esta perspectiva surge la obligación ineludible de los órganos estatales de explicitar los motivos en virtud de los cuales se avanza con una política de restricción violenta de derechos, cuáles son

(11) En el sentido referido por Nikken, dice el art. 33 de nuestra CN: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

(12) Preámbulo DUDH, 1º párr.; Preámbulo DADDH, 2º párr.; Preámbulo CADH, 2º párr.; Preámbulo PIDESC, 2º párr.; Preámbulo PIDCP, 2º párr.; entre otras normas convencionales.

(13) Arts. 9º PIDCP y 7º CADH, entre otras disposiciones convencionales.

(14) En este mismo sentido se ha expedido el CDESC en su O.G. n. 3, párr. 3º: “Cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos que se dispone”.

(15) El concepto de categoría sospechosa, refiere a la presunción de invalidez que recae sobre ciertas categorías, que trae como consecuencia la necesidad de probar acabadamente lo contrario, y, asimismo, el sometimiento de la misma a un escrutinio estricto de legalidad. Todo ello se explica más profundamente en el punto IV.3 del presente trabajo, en relación al estándar de igualdad y no discriminación.

los objetivos que se persiguen con ella, y cómo es que el avance sobre las libertades individuales se encuentra en este caso justificado.

IV. 3. Igualdad y no discriminación

El principio de no discriminación ha sido aceptado en prácticamente la totalidad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y, a la luz de la reiterada jurisprudencia internacional de los órganos de protección de los derechos humanos tanto universales como regionales, se ha erigido en norma de *ius cogens* (16). Tal principio impone, como es obvio, que cualquier diferencia de trato en cuanto a disfrute de derechos no puede tener por fundamento, entre muchas otras variables, la raza, la nacionalidad, la condición social, o el género.

En este contexto, existen algunas formas de distinción que resultan *per se*, fuertemente sospechosas de ilegalidad, lo que implica que “la norma o la política que lo utiliza será observada bajo un criterio de escrutinio intenso o estricto” (Abramovich, 2007: 237) (17).

Pero en materia de política criminal los ejemplos de desigual empleo de la violencia estatal en perjuicio de determinados grupos son tristemente abundantes. Nos referimos aquí al fenómeno de la “selectividad penal”, que todos los criminólogos modernos han señalado, y que básicamente refiere a la tendencia generalizada de orientar el ejercicio del poder penal en perjuicio de determinados grupos —en el caso latinoamericano, varones jóvenes de clase baja—, al tiempo que la comisión de delitos por individuos de otros grupos sociales —el conocido “*white collar crime*”— queda invisibilizada o es captada por el sistema penal sólo en casos de extrema grosería o retiro de cobertura. A punto tal ello es así que algunas corrientes criminológicas han sostenido con firmeza que la selectividad no es una cuestión accidental o susceptible de ser corregida, sino una característica estructural del poder punitivo y de su ejercicio. Desde esta óptica, toda la política criminal estaría fuertemente sospechada de ilegalidad.

Pero aún sin adentrarse en planteos tan profundos, es indudable que el principio de no discriminación impone claros límites al ejercicio del poder punitivo.

Implica, por ejemplo, que la sanción penal no puede agravarse por la sola circunstancia de la nacionalidad de quien comete la conducta reprimida. La aclaración no es ociosa, pues en nuestro país sigue vigente aún la ley 12.331 de año 1937, que en su art. 17 sanciona a “quienes sostengan, administren o regenteen, ostensibles o encubiertamente casas de tolerancia”, previendo como sanción —además de una pena de multa— la expulsión del país para aquellos extranjeros que resulten infractores de esta norma, y la pérdida de ciudadanía y posterior expulsión para los extranjeros naturalizados. Normas penales como esta son, a la luz del principio de no discriminación, lisa y llanamente inadmisibles.

Pero el principio de no discriminación no sólo supone la obligación del Estado de abstenerse de discriminar a partir de sus normas o sus políticas si no que, a veces, implica la adopción de decisiones que privilegien a determinados grupos históricamente discriminados, y especialmente protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos. La adopción de acciones afirmativas “no sólo se consideran compatibles con el art. 24 de la Convención [Americana de Derechos Humanos], sino en ocasiones serán el tipo de acción de garantía indicado para asegurar el acceso y ejercicio de ciertos derechos por sectores que son víctimas de situaciones de desigualdad estructural o procesos históricos de exclusión” (Abramovich, 2007: 239).

En lo que a acciones afirmativas se refiere, no podemos dejar de señalar la obligación ineludible de nuestros Estados de reconocer, fortalecer y respetar los sistemas de justicia de los pueblos indíge-

(16) Así lo ha establecido expresamente, la Corte IDH en su O.C. n. 18, relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (ver párr. 101).

(17) En relación al concepto de categorías sospechosas, y sus consecuencias, la Corte IDH ha abierto camino en su jurisprudencia a partir del fallo “Morales de Sierra”. En nuestro país, podemos mencionar los conocidos fallos “Repetto”, “Calvo”, y “Gottschau” de la Corte Sup. entre otros.

nas. En efecto, estos sistemas de justicia, en tanto manifestación de su propia cultura, implican, por principio general, que el sometimiento de un miembro de un pueblo indígena a la justicia criminal común —de raigambre europea occidental— y, en particular, a la pena de prisión, implica a las claras un trato discriminatorio.

Tal como señalan Gomiz y Salgado:

“muchos pueblos indígenas continúan aplicando sus métodos tradicionales para resolver los conflictos o faltas entre sus miembros, alcanzando incluso a conductas que para el derecho de Estado figuran en el código penal como delitos. Tanto el texto del Convenio como el de la Declaración, en su art. 35, aluden al tema especialmente, reconociéndose el derecho a mantener dichos sistemas. Se trata de una aplicación concreta del derecho a la libre determinación, que incluye el mantenimiento de las propias instituciones y modos de resolución de conflictos” (2010: 158).

De este modo, y conforme lo prescriben los arts. 9 y 10 del convenio 169 de la OIT (18) (a la luz de los arts. 5, 33 y 35 —entre otros— de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), al momento de diseñar e implementar su política criminal, los Estados deben: respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos al momento de pronunciarse sobre cuestiones penales y dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Queda claro que lo que se busca no es promover la impunidad de los delitos cometidos por miembros de pueblos indígenas, sino tan solo procurar que su juzgamiento y la eventual imposición de sanciones se canalice a través de instituciones que el individuo en cuestión pueda sentir propias y reconocer como justas.

En materia de discriminación resulta además esencial tener en cuenta la cuestión de género, tanto en el diseño de la política criminal como, especialmente, en su ejecución. En este sentido, debe tenerse presente los diversos modos en que la prisión en tanto institución total habilita formas de violencia disímiles a las personas de acuerdo a su género, cuestión que no puede pasar desapercibida ni invisibilizarse. A mero título de ejemplo, el estudio de la realidad carcelaria demuestra que la falta de consideración de la población *trans* en el sistema penal expone a las personas de este grupo —que, dentro o fuera de la prisión, son sujetos de discriminación estructural— a situaciones de violencia física psíquica y, en particular, sexual de mucha mayor intensidad aún a la que sufren el resto de las personas prisionizadas.

Estas cuestiones no sólo no son tenidas en cuenta por los diseñadores de política criminal, sino que ni siquiera existen datos fiables de lo que significa la realidad carcelaria en perspectiva de género, al menos en nuestro país.

En efecto, los estudios realizados hasta el año 2012 por el SNEEP —Sistema nacional de estadísticas sobre ejecución de la pena, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación—, sólo distinguen a las personas encarceladas por “sexo”, no por género, y dentro de esta categoría, apelan a la clasificación binaria masculino/femenino. A su vez, la única distinción que se hace en cuanto a los datos receptados respecto de las “internas” es si tienen con ellas hijos o no. Tal como se ve, no sólo no hay siquiera relevamiento de datos en cuanto a población *trans*, sino que la única información específica que se produce en relación a las mujeres tiene que ver pura y exclusivamente con su rol de madre. El sesgo machista de la política criminal en su faz ejecutiva queda, de este modo, evidenciado.

IV.4. Acceso a la justicia y mecanismos de reclamo

En términos de acceso a la justicia y mecanismos de reclamo, se ha dicho que:

“la obligación de los Estados no es sólo negativa de no impedir el acceso al uso de los recursos judiciales, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos

(18) Ratificado por la Argentina y por la mayor parte de los países de la región.

los individuos puedan acceder a esos recursos, para lo cual los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia como también a otros mecanismos de reclamo” (Pautassi, 2010: 52).

En materia de política criminal, el derecho a peticionar se manifiesta en la posibilidad real de formular denuncias y activar para el caso particular la ejecución del plan político criminal. Pero al analizar la operatividad real de este derecho de petición, pronto se ve que la selectividad no sólo opera en perjuicio de los criminalizados, sino también de aquellos que peticionan. En efecto, la experiencia de denunciar de quienes menos recursos tienen resulta harto frustrante ante la falta de respuesta por parte de quienes tienen a su cargo el poder de investigación y prosecución de la acusación. No es ocioso recordar aquí que el Ministerio Público Fiscal —en la mayoría de nuestros ordenamientos provinciales— es uno de los órganos más importantes de impulso y ejecución de los planes político criminales. Por eso es que las normas penales aprobadas parlamentariamente pueden tener objetivos muy claros pero en la medida en que los órganos encargados de la persecución penal no orienten su actividad en torno a la consecución de dichos objetivos, escaso valor tendrá la letra de la ley.

La experiencia demuestra que el esfuerzo político criminal no es igualmente intenso en todas las áreas de intervención en que se ha autorizado el ejercicio poder penal. Ello, claro, es entendible: pretender que todos los delitos cometidos en todo momento y en todo lugar sean castigados resulta imposible. Lo grave es que, muchas veces, esta distribución del esfuerzo no es producto de una decisión deliberada del modo en que deben orientarse los recursos. Y, peor aún, resulta que muy frecuentemente los reclamos desoídos son los de las personas pertenecientes a los extractos más vulnerables.

La cuestión aquí señalada cobra especial gravedad cuando lo que se denuncia son casos de violencia institucional (que, paradójicamente, son se aquellos que más interés político criminal debieran tener) (19). Si se analiza el esfuerzo político criminal en relación a la persecución de delitos como torturas, severidades, y apremios ilegales, los estudios realizados en torno a esta cuestión demuestran a las claras la marcada ineficacia generalizada de la justicia penal para esclarecer este tipo de hechos e individualizar a los responsables, circunstancia que le ha valido a nuestro país reiterados llamados de atención por parte de los órganos de protección internacional (20).

El estándar de acceso a la justicia impone entonces a los Estados la obligación de agotar los esfuerzos para revertir la selectividad penal, procurando la remoción de cualquier tipo de obstáculos al reclamo de acción político criminal por parte de los sectores más vulnerables y evitando la impunidad de los casos de violencia institucional.

IV.5. Producción de información y acceso

La producción y el acceso a la información no son solo cuestiones deseables en todas las instancias de diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de una política pública, sino, antes bien, obligaciones ineludibles. Como acertadamente se ha señalado, “es imposible pensar en formular una política sin el acceso a información de calidad y de manera suficiente, ya que sin datos empíricos no se puede conocer fehacientemente sobre cuál situación o campo busca actuar la futura política” (Pautassi, 2010: 55).

Pero además de esta etapa previa que permite conocer el estado de situación anterior a la implementación de una política, la información es esencial para conocer su impacto, es decir, si los objetivos conseguidos coinciden o no con los buscados. En términos de política criminal, ello no es diferente a lo que ocurre con las políticas sociales. Una vez determinado un ámbito de conflictividad social sobre el que se busca incidir, es ineludible la realización de investigaciones que provean de información

(19) Aun quienes postulan la necesidad de una política criminal minimalista, contenida y autorreductora entienden que, si en algún supuesto se justifica el empleo de los medios violentos del estado son casos como estos, en los que se plasma con indudable evidencia el abuso de poder.

(20) Ver, por ejemplo, las Observaciones finales del Comité contra la tortura de noviembre de 2004, párrs. 6º y 7º, y las Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño de junio de 2010, párrs. 42 y 80.

sobre dicho ámbito, y el diseño de un plan político criminal que explicita los modos de intervención y los resultados que se esperan. Dice Binder al respecto que:

“la determinación de los objetivos requiere estudios básicos que puedan señalar el punto que se ha de tomar como de partida en un proceso social en marcha y las razones para ello; debe explicar qué acciones pasadas condujeron al estado de situación, tanto en los aspectos positivos y negativos (para no repetir errores, para no modificar lo que funciona). Se deben examinar, en consecuencia, tendencias, que hayan sido tanto producto de factores sociales como de la propia acción política; en fin, el tipo de estudio necesario difiere mucho de una simple descripción de lo que ‘aconece’ en una determinada área de intervención” (2011: 289).

Sólo teniendo esta información, es admisible abocarse al diseño de un plan político criminal. Y sólo una vez que exista este plan, debe procurarse la habilitación parlamentaria a través de una norma penal.

Como bien señala Binder (2011), la apelación a una presunta función simbólica del derecho penal en virtud de la cual cualquier preocupación social más o menos generalizada se traduce sin solución de continuidad en nuevas normas penales o en penas más altas —sin saberse por qué, qué se busca con ello ni cuál es el verdadero estado de situación en relación a dicho ámbito de conflictividad— resulta, lisa y llanamente, inaceptable. De allí que estemos de acuerdo con la propuesta del autor en relación a que debería ser una exigencia de técnica parlamentaria que toda aprobación de una ley penal deba estar acompañada del pertinente plan de política criminal. Lo que es más, ese plan debería fijarse objetivos concretos en términos de gestión de la conflictividad social y reducción de la violencia, con tiempos para el cumplimiento de esos objetivos —a corto, mediano y largo plazo— y con la enunciación de los indicadores que pretenden emplearse para medir el cumplimiento de los mismos. Nada de ello es, claro, lo que se acostumbra en nuestro medio al momento de proponer reformas penales, por lo que el cumplimiento de este estándar está lejos de ser satisfecho.

Pero además de ser una exigencia para la elaboración de un plan político criminal serio que acompañe el requerimiento de la autorización legislativa para el empleo de poder penal, la información resulta necesaria para controlar el ejercicio de ese poder punitivo a través de la implementación de la política, y para evaluar la consecución de los objetivos propuestos —o falta de ella— en los plazos fijados en el programa.

Ello resulta de vital importancia pues, como ya hemos dicho, la política criminal implica la restricción violenta de derechos de los ciudadanos de formas que es mejor evitar por todos los medios. Si un determinado plan político criminal se muestra claramente inefectivo a los fines de incidir favorablemente en un ámbito de conflictividad social, la prosecución de ese plan resulta injustificada y susceptible de hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos. Pero si la derogación de ese plan o su modificación son necesarias, sólo podrá determinarse en la medida en que exista información precisa en relación a los efectos del plan durante su ejecución.

De ese modo, la producción de información veraz, precisa y actualizada —y el acceso a la misma por todos, para su control— es lo que distingue a un plan político criminal de la mera violencia estatal injustificada.

IV.6. Participación en el diseño de las políticas públicas

El diseño de la política criminal es una cuestión que no debe ser tomada a la ligera. Ya hemos mencionado cómo los legisladores, en un esfuerzo superficial por presentarse interesados en los problemas que preocupan a la ciudadanía, traducen todo conflicto social en un ámbito de incidencia del poder penal con las ya clásicas respuestas de creación de nuevos tipos penales, endurecimiento extendido de las penas y manodurismo en general.

Estas débiles apelaciones a la voluntad popular con fines autoritarios que Gargarella con todo acierto ha denominado “populismo penal” no son reflejo de lo que significa una política criminal democrática. Entiéndase bien: el hecho de que una determinada problemática afecte más o menos intensamente

a un grupo determinado de personas que reclame en virtud de ello no quiere decir que este reclamo sea expresión de los deseos de la mayoría. Como bien señala Gargarella:

“uno de los principales dramas de la Argentina contemporánea tiene que ver, justamente, con la negación de la palabra a secciones enteras de la comunidad. Tomar en serio lo que quiere `la gente`, en materia penal por ejemplo, debiera llevarnos a recuperar —con urgencia— las voces no escuchadas y silenciadas, antes que a dar autoridad a los reclamos de sus repentinos voceros o profetas” (2009).

Pero tan peligroso como este populismo penal resulta el elitismo penal, esto es, poner en manos de unos pocos elegidos la suma del poder para el diseño de la política criminal. En palabras de Gargarella “si las elites del caso no se abren al franco (re)conocimiento de las `voces ausentes` —las voces más débiles de la sociedad— la reforma comienza a sesgarse, imperceptiblemente, hacia territorios más cercanos al interés de sus autores, y más alejados de las necesidades de la población” (2014).

En síntesis: es tan peligroso traducir cualquier preocupación social más o menos generalizadas en normas penales más duras —el populismo penal de las Leyes Blumberg— como acometer reformas punitivas que nadie ha pedido ni representan los intereses ciudadanos —el elitismo penal que nos trajo la Ley penal antiterrorista (ley 26.734)—.

Esta cuestión resulta de especial interés en nuestro país en este momento en el que se discute un proyecto de reforma integral al Código Penal realizado por un grupo de expertos. Sin desconocer las virtudes de los integrantes de la Comisión, lo cierto es que, a fin de que la eventual reforma penal tenga legitimidad, el proyecto debe abrirse al debate en todos los ámbitos posibles, y no sólo en el parlamento (21). El estándar de participación en el diseño de la política criminal requiere un diálogo democrático realmente abierto a todos y todas, y, en especial, a quienes históricamente se han visto impedidos de participar en estos debates. Se impone entonces redoblar esfuerzos a fin de abrir vías de comunicación y diálogo a toda la ciudadanía —sean ONG, grupos de interés, o meros particulares— para que conozca el proyecto, pueda dar a conocer sus opiniones, y, especialmente, lograr que las mismas tengan efectiva incidencia en la norma que finalmente se apruebe.

V. Conclusiones: los límites al poder penal derivados del enfoque de derechos

En apretada síntesis, estas son algunas de las conclusiones que pueden deducirse de la aplicación de los estándares del enfoque de derechos a la política criminal en sus distintas etapas:

1. Resulta inadmisibles la aplicación de toda herramienta político criminal incompatible con la dignidad humana, por caso, los tormentos, los trabajos forzados, las detenciones secretas.

2. Toda política criminal inflacionaria puede ser calificada como “categoría sospechosa”, con la lógica presunción de invalidez y sometimiento al escrutinio estricto de legalidad que ello acarrea. Ello acarrea la obligación ineludible de los órganos estatales de explicitar los motivos en virtud de los cuales se avanza con una política de restricción violenta de derechos, cuáles son los objetivos que se persiguen con ella, y cómo es que el avance sobre las libertades individuales se encuentra justificado en el caso concreto.

3. Toda norma penal que prevea penas más duras en función de la raza, nacionalidad, género, condición social o cualquier otra circunstancia discriminatoria resulta incompatible con los estándares de igualdad y no discriminación y, por ello, inadmisibles.

(21) Tal como señala Gargarella, “el sufragio resulta, todavía, una herramienta demasiado `torpe` para contribuir al establecimiento de un diálogo entre los representantes electos y sus electores. La riqueza de las demandas, reproches y elogios presentes en cualquier acto electoral resultan inmediatamente opacados por la rigidez de los resultados de los comicios” (2002). El hecho de votar representantes cada dos años para el parlamento no es en sí mismo suficiente para garantizar la participación de la ciudadanía en actos de tan alta trascendencia como la formulación de la política criminal.

4. Estos estándares imponen también la necesidad de respetar y reforzar los sistemas de justicia de los pueblos indígenas, aún en el juzgamiento y sanción de delitos.

5. Existe una necesidad ineludible de investigación y consideración especial de las cuestiones de género y de la incidencia diversa del poder penal en función de ellas.

6. Los Estados están obligados, en virtud del principio de no discriminación, a agotar los esfuerzos para revertir la selectividad penal —tanto de los criminalizados como de las víctimas—, procurar la remoción de obstáculos al reclamo de acción político criminal por parte de los sectores más vulnerables y evitar la impunidad de los casos de violencia institucional.

7. Existe la obligación estatal de producción seria de información relativa a los ámbitos de intervención de la política criminal en todas las etapas de esta —desde el diseño hasta la evaluación—.

8. Es necesario acompañar todo proyecto de reforma penal con el correspondiente plan político criminal informado que así lo justifique.

9. Existe la obligación estatal de evitar los peligros tanto del populismo como del elitismo penal y de reforzar el verdadero diálogo democrático con la ciudadanía, garantizando que la voz de todos los sectores, y en especial la de aquellos históricamente desoídos, se vea representada en la norma penal.

VI. Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor (2007). “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, EN: ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto, y COURTIS Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.

BINDER, Alberto Martín (2011). *Análisis político criminal*. Buenos Aires: Astrea.

CIAFARDINI, Mariano (2009). “Política Criminal y Prevención social del Delito ¿Qué cosa es la política criminal?”, EN: AA.VV., *La Cultura Penal, Libro Homenaje al Prof. Edmundo S. Hendler*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.

GARGARELLA, Roberto (2002). “Piedras de papel y silencio: La crisis política argentina leída desde su sistema institucional”. Disponible en http://www.cels.org.ar/common/documentos/2002_dossier1.pdf, [fecha de consulta: 29-03-2015].

— (2009). “Populismo penal y democracia”. Disponible en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2009/04/populismo-penal-y-democracia.html> [fecha de consulta: 29-03-2015].

— (2014). “Contra el elitismo penal”. Disponible en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2014/01/contra-el-elitismo-penal.html> [fecha de consulta: 29-03-2015].

GOMIZ, M. M. y SALGADO, J. M. (2010). *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*. Neuquén: Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas.

NIKKEN, P. (1994). “El concepto de Derechos Humanos”, EN: *Estudios Básicos I*, San José, Costa Rica: Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

PAUTASSI, L. (2010). “Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición”, EN: Abramovich V., Pautassi L. (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.

ZAFFARONI, E. R. (2012). *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ed. Ediar.

Legislación consultada

Código Penal Argentino.

Ley 12.331.

Ley 26.734.

Jurisprudencia nacional e internacional consultada

Corte IDH, 02/05/2008, “Kimel c. Argentina”. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf [fecha de consulta: 29-03-2015].

Corte IDH, 27/11/2003, “Maritza Urrutia c. Guatemala”. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf [fecha de consulta: 29-03-2015].

Comisión IDH, 19/01/2001, “Morales de Sierra c. Guatemala”. Disponible en <http://cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm> [fecha de consulta: 29-03-2015].

Corte Sup., 24/02/1998, “Calvo y Pesini, Rocío c. Córdoba, Provincia de s/ amparo” (Fallos 321:194).

Corte Sup., 08/08/2006 “Gottschau, Evelyn Patrizia c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo” (Fallos 329:2986).

Corte Sup., 08/11/1988, “Repetto, Inés María c. Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad de normas legales”, (Fallos 311:2272).

Otros documentos consultados

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas. Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html> [fecha de consulta: 29-03-2015].

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionCED.aspx> [fecha de consulta: 29-03-2015].

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm [fecha de consulta: 29-03-2015].

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312314, [fecha de consulta: 29-03-2015].

Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> [fecha de consulta: 29-03-2015].

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf [fecha de consulta: 29-03-2015].

Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> [fecha de consulta: 29-03-2015].

Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf [fecha de consulta: 29-03-2015].

Informe anual República Argentina SNEEP 2012. Disponible en <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2012/InformeSNEEPARGENTINA2012.pdf> [fecha de consulta: 29-03-2015].

Informe anual Servicio Penitenciario Federal SNEEP 2012. Disponible en <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2012/InformeSNEEPSPF2012.pdf> [fecha de consulta: 29-03-2015].

Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño de junio de 2010. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.OPSC.ARG.CO.1_sp.doc [fecha de consulta: 29-03-2015].

Observaciones finales del Comité con.tra la Tortura de noviembre de 2004. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3369.pdf?view=1> [fecha de consulta: 29-03-2015].

Observación General n. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en <http://www2.fices.unsl.edu.ar/~prosoc/material/14bOG3.pdf> [fecha de consulta: 29-03-2015].

Opinión Consultiva n. 18 relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados de la Corte IDH. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf [fecha de consulta: 29-03-2015].

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0015> [fecha de consulta: 29-03-2015].

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> [fecha de consulta: 29-03-2015].

Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador". Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> [fecha de consulta: 29-03-2015]. ♦

Fecha de recepción: 01-06-2015

Fecha de aceptación: 26-09-2015

La necesidad de una reforma integral de la justicia colectiva

POR LEANDRO J. GIANNINI (*)

Sumario: I. Introducción. La necesidad de una reforma integral de la justicia civil y de la justicia colectiva. Subsistencia del estado de “mora legislativa” en la materia.— II. El problema de los presupuestos de admisión de los procesos colectivos.— III. El discutible recaudo de la “afectación al derecho de acceso individual a la justicia” como condición para admitir un proceso colectivo.— IV. La frustrada recepción de aspectos fundamentales de la tutela de derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial unificado.— V. La versión corregida por el Poder Ejecutivo, aprobada por el Congreso. El nuevo Código Civil y Comercial unificado.— VI. A modo de conclusión.

Resumen: El trabajo explica las razones, por las que es necesaria una reforma integral de la justicia colectiva (es decir, de los mecanismos procesales para la defensa de derechos de incidencia colectiva) en la República Argentina. Dentro de dicha reforma integral, discute especialmente la problemática de la determinación de los requisitos de admisibilidad de los procesos colectivos, que constituye una de las deudas pendiente en la legislación argentina respecto de este tipo de litigios. Si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema ha intentado remediar esta falencia, ha incorporado un criterio disfuncional para determinar la admisibilidad de los procesos colectivos, como la necesidad de demostrar la “afectación al derecho de acceso individual a la justicia”. Finalmente, se aborda la frustrada recepción de algunas instituciones relevantes de la tutela colectiva en el reciente Código Civil y Comercial (2014), criticando las razones dadas por el Poder Ejecutivo para dejar fuera del texto de dicho ordenamiento las normas que preveía el Anteproyecto original en esta materia.

Palabras clave: procesos colectivos - acciones de clase - tutela usuarios y consumidores.

The need for reform collective integral justice

Abstract: *This paper explains the reasons of the necessity of a comprehensive reform of class actions in Argentina. Within this comprehensive reform, it especially discusses the problem of determining the admissibility requirements of class proceedings, which is one of the outstanding debt in Argentinian legislation regarding this type of litigation. While Supreme Court’s case law has tried to remedy this shortcoming, it has incorporated a dysfunctional criterion for determining the admissibility of collective proceedings such as the need to demonstrate the “violation of access to justice” in case of rejection to certify the class action. Finally the paper analyzes the frustrated reception of some relevant institutions of collective protection of rights in the recent Civil and Commercial Code (2014), criticizing the reasons given by the executive branch to keep out some interesting rules provided in the original draft on this matter.*

Keywords: *class actions - collective procedures - complex litigation - consumer’s judicial protection.*

(*) Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP). Prof. Titular Ordinario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Secretario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

I. Introducción. La necesidad de una reforma integral de la justicia civil y de la justicia colectiva. Subsistencia del estado de “mora legislativa” en la materia

Mucho se ha argumentado sobre la necesidad de reformar integralmente la justicia civil (*lato sensu*) en la República Argentina. Es sabido que nuestro país ha demorado demasiado las discusiones de política pública que lleven a una revisión global del modo de hacer justicia en las materias que más frecuente e intensamente afectan la vida de la ciudadanía, como son los conflictos que versan sobre sus derechos y obligaciones civiles y comerciales, sus relaciones de familia, los vínculos laborales, las controversias con el Estado, de vecindad, sobre derechos reales, etc. Una reforma de esta índole debe enfocarse fundamentalmente en la implementación efectiva de la garantía del debido proceso en su fisonomía actual, que no se contenta con el reconocimiento a los ciudadanos de una razonable posibilidad de ser oídos, ofrecer y de producir prueba, sino que impone asegurarles el acceso igualitario al sistema de justicia, la presencia de un tribunal independiente e imparcial que entienda en la litis, la preservación del principio de transparencia de los actos judiciales y la culminación del litigio mediante una sentencia fundada, dictada en un plazo razonable y útil; es decir: eficaz e idónea para cambiar la realidad en sintonía con la declaración de derechos contenida en el fallo (1). Tal cometido no puede descuidar elementos como: a) la remoción de los obstáculos materiales que impiden el ejercicio efectivo del derecho de acceder a la justicia; b) la modernización, eficiencia e implementación de instrumentos de gestión; c) la mejora en la calidad del debate (con implementación definitiva de la oralidad para los procesos de conocimiento), la modificación del despacho judicial y de la estructura de los juzgados y la transparencia de los procesos jurisdiccionales; d) el diseño de mecanismos adecuados para asegurar la eficacia de las decisiones judiciales que provisoria o definitivamente se dictan en el curso del proceso.

Estas preocupaciones son las que colocaron a la reforma de la Justicia en el eje de discusión del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Jujuy, 2015).

Uno de los temas que deben convocar especialmente a la reflexión a la hora de elaborar cualquier reforma de la justicia, es indudablemente, la previsión de mecanismos para abordar la litigiosidad plural que se desata en toda sociedad moderna frente a conflictos de escala masiva. Siendo que la reforma constitucional del año 1994 ha contemplado la necesidad de tutelar efectivamente los *derechos de incidencia colectiva* y que desde hace tiempo se ha advertido que el litisconsorcio, la acumulación de procesos y la intervención de terceros legislados en nuestros ordenamientos no son instrumentos adecuados a tal fin, se muestra imperiosa la necesidad de introducir reformas integrales y significativas en este campo.

En líneas generales, una reforma de este tenor debe concebir como objetivo básico, la adopción de sistemas eficaces para enfrentar conflictos plurales o grupales; es decir, controversias que afectan a una pluralidad relevante de personas y que comparten cuestiones comunes de hecho o de derecho, imponiendo o haciendo conveniente su resolución concentrada. Un diseño de este tipo debe estar orientado a prevenir flagelos como: a) la potencial sobreexposición del servicio de justicia a una demanda imposible o muy difícil de afrontar (por ejemplo, la ocurrida en nuestro país con la zaga de litigios derivada de la emergencia económica desatada a fines de 2001; o la que en la actualidad tiene lugar con los reclamos de los jubilados por la insuficiencia de los mecanismos de movilidad previsional); o b) la privación del acceso a la justicia de los múltiples integrantes del grupo damnificado, derivada de los conocidos obstáculos materiales que condicionan la vigencia *efectiva* de dicha garantía fundamental (por ejemplo: el desconocimiento de los derechos por parte de ciertos sectores postergados de la ciudadanía, el desequilibrio de las partes respecto del acceso a la información idónea para remediar esa ignorancia, la ausencia de recursos económicos necesarios para afrontar un litigio complejo o, en general, la falta de estímulos suficientes para defender derechos que se saben conculcados, pero que no serán llevados a juicio a título individual por la inadecuada relación costo-beneficio que tendría dicha decisión).

(1) Hemos explorado estos fundamentos de la reforma procesal en Giannini, 2013.

Los procesos colectivos constituyen una de las principales vías previstas en el derecho comparado y reconocidas en nuestro país para afrontar esta problemática, aunque no la única. A través de los mismos se busca solucionar concentradamente conflictos como los descriptos anteriormente, mediante un resorte “representativo” atípico, consistente en permitir que una persona pública o privada gestione los intereses de la totalidad de los integrantes del grupo que comparten una posición común, sin que estos últimos le hayan conferido poder suficiente para actuar en su nombre. Esta atribución excepcional, conocida como legitimación colectiva o extraordinaria, acarrea una serie de inconvenientes que deben ser precisamente regulados por el legislador e inteligentemente afrontados por la judicatura; teniendo como norte dos premisas básicas del sistema, que se encuentran en permanente tensión: a) la necesidad de concentrar la discusión dotando así de eficiencia al debate, evitando la reiteración de actos procesales relativos a cuestiones comunes; y b) la exigencia de respetar la garantía del debido proceso de los miembros del grupo ausentes en el debate, que no podrán ejercitar personalmente el derecho de obtener su “día en la Corte”, sino que lo tendrán a través de la actuación del legitimado colectivo. De esta tensión se deriva la casi totalidad de los problemas e instituciones típicas del litigio colectivo.

Además de los procesos colectivos, acciones de clase o modelos “representativos” de solución de conflictos plurales, existen otros sistemas “no representativos”, en los que se intenta gestionar más eficientemente el trámite y resolución de litigios individuales análogos o conexos, mediante instrumentos que a veces son más “invasivos” que la mera constitución de litisconsorcios o acumulación de procesos. Así ocurre con modelos como los basados en la resolución de “casos testigo” (Alemania), los incidentes de demandas o recursos repetitivos (Brasil) y las potestades especiales reconocidas en ordenamientos como el norteamericano para que la acumulación de los procesos (*consolidation*) sea acompañada de la concentración adicional de ciertas fases relevantes de los litigios, como el requerimiento de “demandas maestras” o la realización de un *discovery* unificado (American Law Institute, 2014: 38).

Como fuera anticipado, en este trabajo nos enfocaremos en el primero de los modelos de abordaje de los conflictos grupales. Pese a que una reforma integral en este campo debería contemplar las distintas variantes para enfrentar este tipo de controversias, permitiéndoles a los jueces aplicar uno u otro subsistema en la medida en que se demuestre su mayor eficacia y eficiencia relativa en cada caso concreto, los límites impuestos a esta ponencia nos llevan a optar por concentrarnos en el principal de los mecanismos referidos: el proceso colectivo propiamente dicho. Si bien el legislador podría ampliar el menú de remedios para enfrentar la conflictividad masiva, no podría dejar de contemplar en ese elenco aquel instrumento reconocido por la Constitución a tales efectos (art. 43, 2º párrafo, Constitución Nacional), como son los procesos colectivos o acciones de clase.

El estudio de los procesos colectivos o acciones de clase ha arribado en la Argentina a un grado de madurez destacable, que difiere del estado de avance parcial que, en paralelo, evidencian las concreciones legislativas en la materia. Desde hace décadas, y especialmente a partir de la feliz introducción de la categoría de los “derechos de incidencia colectiva” con la reforma constitucional de 1994, la doctrina ha desarrollado progresivamente un *corpus* calificado de contenidos fundamentales para el estudio adecuado de la problemática de estos mecanismos de enjuiciamiento grupal.

Sin embargo, la *legislación* sigue manteniendo una *tendencia fragmentaria* en la materia, que se exhibe especialmente: i) al avanzar, sin vocación de sistema, sobre la reglamentación de algunos de sus aspectos controvertidos (típicamente: la enunciación de los sujetos legitimados para accionar colectivamente o la previsión de algunas variantes de regulación de los alcances subjetivos de la cosa juzgada), descuidando otros temas relevantes (vg., la representatividad adecuada, la litispendencia, la interacción de las acciones colectivas e individuales, etc.); ii) al continuar sancionando normas relativas al trámite de este tipo de conflictos en cuerpos normativos aislados por materia (vg., leyes de defensa del consumidor o del medio ambiente; leyes de amparo, etc.), desconociendo la regla de buena técnica legislativa que impone simplificar, en la medida de las posibilidades, los instrumentos de tutela, cuando no existen razones de peso que justifiquen un trato dispar entre controversias que comparten cualidades análogas, como en gran medida ocurre con los procesos colectivos.

Frente a este panorama, la jurisprudencia ha avanzado notablemente en la materia, partiendo de la idea, consagrada desde hace tiempo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, que la omisión del legislador procesal no puede condicionar la eficacia de una garantía constitucional (como la contemplada en el art. 43, 2º párrafo de la Constitución Nacional). Las garantías previstas en la Ley Suprema tienen fuerza normativa e imperativa por el sólo hecho de estar consagrada en su texto, sin que dependa de su eficacia de una decisión discrecional del legislador, ya que lo contrario importaría subvertir el principio de supremacía establecido en el art. 31 de la Constitución.

Esta doctrina, históricamente utilizada por la Corte Suprema en el célebre caso “Siri” (2) (dando carta de ciudadanía al amparo en nuestro régimen constitucional en ausencia de una ley que lo contemplara como un “tipo” procesal), fue revivida plenamente en el citado caso “Halabi” (2009) (3). Del mismo modo que lo había hecho con el amparo en “Siri”, la Corte responde positivamente frente a la omisión del legislador en el caso “Halabi”, afirmando que la “mora” del legislador no puede ser obstáculo para reclamar ante nuestros tribunales la tutela efectiva de derechos de incidencia colectiva.

Además de denunciar dicho cuadro de demora parlamentaria, la Corte se pronunció allí, con mayor claridad que la sostenida hasta ese momento, acerca de los alcances de los procesos colectivos, los presupuestos de admisión de una pretensión grupal y ciertas exigencias formales que deben atenderse para desarrollar válidamente un juicio de estas características. Inauguró así, una nueva etapa en la evolución histórica de este tipo de procesos en nuestro país, que lejos está de ser la última a juzgar por los desafíos aún vigentes en la materia.

Al momento de elaborar el presente trabajo, se cumplieron 6 años de dicho fallo, lapso adecuado para hacer un balance sobre el modo en que el litigio colectivo evolucionó a partir del mismo.

No corresponde analizar todos y cada uno de los aspectos que componen la problemática de los procesos colectivos, ya que dicha empresa desbordaría los límites propios de este trabajo. Nos enfocaremos en dos de los aspectos más relevantes de la tutela colectiva de derechos: la definición de su objeto y los presupuestos de admisión de este tipo de pretensiones. Ambos capítulos fueron especialmente alcanzados por dicho precedente, mostrando ulteriormente líneas de evolución a veces positivas y a veces negativas al ser aplicadas por la misma Corte Suprema y por otros tribunales del país.

II. El problema de los presupuestos de admisión de los procesos colectivos

Uno de los principales aspectos para resolver en una reforma integral del sistema de justicia colectiva, es indudablemente el de la previsión y precisión de los requisitos de admisibilidad de las pretensiones colectivas.

¿Qué recaudos deben cumplirse para que una persona pública o privada pueda reclamar la tutela de derechos total o parcialmente ajenos, sin contar con la autorización expresa de los restantes miembros del grupo para actuar en su nombre?, ¿en qué situaciones es dable permitir esta suerte de limitación a la garantía de acceder a la justicia personalmente transformándola en el más limitado derecho de estar en juicio “a través de un representante adecuado” probablemente no escogido por él?

Se trata de uno de los principales dilemas a analizar y, seguramente, una de las lagunas más evidentes de nuestro ordenamiento positivo en materia de procesos colectivos.

Ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de cubrir este silencio legal, construyendo un grupo de recaudos que deben ser analizados antes de la promoción de este tipo de litigios.

(2) Corte Sup., Fallos 239:459 (1957).

(3) Corte Sup., Fallos 332:111 (2009).

II.1. Planteo general. Repaso de los requisitos definidos por la Corte Suprema de la Nación in re “Halabi” y por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires in re “López”

Tanto la Corte Suprema de la Nación —Corte Sup.— como la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires —Sup. Corte Bs. As.— se han pronunciado acerca de los recaudos necesarios para admitir una pretensión colectiva.

El caso “Halabi”, del año 2009 —complementado por una zaga posterior de varios precedentes entre los que puede destacarse el fallo “Padec” (4)—, es indudablemente la línea jurisprudencial más conocida e influyente en esta materia, por haber inaugurado una nueva etapa en materia de justicia colectiva. La influencia de este fallo, no solo responde a que proviene del Máximo Tribunal del país, sino además por la vocación de docencia e integralidad con la que busca remediar la inconstitucional omisión legislativa de prever esta clase de remedios en nuestro ordenamiento positivo. Se trata, de una aspiración no siempre satisfecha por la Corte, que no puede en uno o en una serie de fallos solucionar la totalidad de los múltiples aspectos que conciernen a esta clase de litigios. Sin embargo, la importancia del precedente lo ha transformado en un verdadero *leading case* en la materia, que debe ser permanentemente releído en busca de dar solución efectiva a muchos de los interrogantes que el mismo fallo deja sin respuesta (5).

Algo menos divulgado, pero de lectura imprescindible, es el criterio sentado en el año 2014 por la Sup. Corte Bs. As. en el caso “López” (6). En dicho precedente, que bien puede ser calificado como el “Halabi de la Provincia de Buenos Aires”, la Corte admitió igualmente, la posibilidad de que un afectado reclame colectivamente frente a la lesión de derechos individuales homogéneos de naturaleza patrimonial (cese de aplicación de conceptos indebidamente incorporados en la factura por una cooperativa de servicios eléctricos de Pehuajó). El fallo transitó por un carril similar al sostenido por la Corte Sup. en “Halabi”, aunque posee una sistematización más sencilla de los recaudos de admisibilidad de este tipo de procesos colectivos, como veremos a continuación.

En líneas generales, para que un conflicto sea susceptible de enjuiciamiento colectivo, bastaría con que exista:

- a) una lesión jurídica que afecte a una pluralidad relevante de personas, haciendo imposible o gravemente dificultoso constituir entre ellas un litisconsorcio (o acumular la totalidad de los reclamos individuales iniciados o a iniciarse por el mismo tema);
- b) cuestiones comunes de hecho o de derecho que permitan concentrar el debate colectivo en tales cuestiones homogéneas;
- c) en el caso de los derechos individuales homogéneos, tales cuestiones comunes deben predominar frente a los aspectos individuales de la lesión padecida por cada particular, transformando así a la solución colectiva en un instrumento más adecuado para resolver la contienda, que las clásicas soluciones procesales utilizadas para tramitar procesos con partes múltiples (vg., litisconsorcio, acumulación de acciones, intervención de terceros);

(4) Corte Sup., causa P.361.XLIII, “PADEC”, sentencia del 21/08/2013.

(5) Quedan muchos problemas por resolver en materia de procesos colectivos aun luego de “Halabi”, como la posibilidad de reconocer legitimación a otros sujetos no contemplados en la Constitución, los criterios rectores para juzgar la representatividad adecuada del legitimado, la oportunidad y efectos de la decisión sobre dicha representatividad, las formas de notificación de los miembros ausentes de la clase, la litispendencia, la relación entre los procesos colectivos y las acciones individuales, una solución coherente a la problemática de los alcances de la cosa juzgada, la posibilidad de condenas genéricas y ordenar modalidades de liquidación especiales (*fluid recovery*), el régimen de honorarios profesionales, etc. De alguna manera, la Corte denunció algunos de dichos problemas y dio ciertas pautas para que los tribunales encargados de tramitar una causa colectiva los remedien, en ejercicio de las potestades de saneamiento y dirección del proceso que, especialmente en este tipo de causas, le corresponde utilizar. Pero —como fuera anticipado— es indudablemente tarea del legislador avanzar sobre estos interrogantes, responsabilidad que debería haber ejercido desde hace un tiempo.

(6) Sup. Corte Bs. As., causa C. 91.576, “López” (2014). V. un comentario del mismo en: Verbic, 2014.

d) la legitimación y representatividad adecuada de quien actúa en juicio en defensa de los intereses del grupo o clase;

e) desde una perspectiva formal, pueden añadirse recaudos como la identificación concreta del grupo (7), la previsión de mecanismos de *publicidad* y *'opt out'* (derecho de autoexclusión de quienes no deseen quedar comprendidos en el reclamo grupal, siempre que ello sea posible) (8).

En general, esta sistematización de los requisitos tiende a asegurar que: 1) en este tipo de pleitos *el debate se concentre en las cuestiones comunes a todo el grupo* (o a los subgrupos en los que aquél se divida para una administración más eficiente de la contienda), dato cuya ausencia transformaría a los procesos colectivos en una herramienta más compleja e ineficiente que la prosecución del caso en la tradicional forma individual o litisconsorcial; y 2) se preserve la *garantía del debido proceso de los miembros del grupo ausente*, se logra fundamentalmente exigiendo la capacidad del legitimado colectivo y el vigor de su actuación en el pleito —representatividad adecuada— y permitiendo, en ciertos casos, que dichos integrantes de la clase se autoexcluyan de las consecuencias del juicio —*opt out*—(9).

Pese a que la síntesis precedente constituye una simplificación de la problemática de los requisitos de admisibilidad de los procesos colectivos en nuestro país y en el derecho comparado, entendemos que capta la esencia del problema y resume los principales aspectos a considerar para intentar una sistematización útil en este campo. Además, evita ciertas redundancias y discusiones estériles que se presentan en nuestro medio y en el derecho comparado, cuando se intentan abordar las condiciones para habilitar el enjuiciamiento colectivo de derechos.

A continuación abordaremos cómo se reflejan estos recaudos en nuestra jurisprudencia, tomando a las dos líneas referidas previamente, provenientes de la Corte Suprema de la Nación y de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

II.1.1. Sistematización de los requisitos de admisibilidad explicitados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación a partir del caso "Halabi"

En el citado caso "Halabi", la Corte Sup. comenzó por distinguir la existencia de "derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos", de los "derechos de incidencia colectiva

(7) En un caso en el que se reclamaba colectivamente los daños ocasionados por conductas contrarias a Ley de Defensa de la Competencia (abuso de posición dominante de una empresa líder en el mercado del cemento portland), la Corte destacó que, a esta altura, constituye una carga de quien acciona colectivamente la identificación precisa del grupo afectado por la conducta ilícita: "Habiendo ya transcurrido más de cinco años desde el dictado del precedente "Halabi", resulta razonable demandar a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase, lo cual exige caracterizar suficientemente a sus integrantes de forma tal que resulte posible a los tribunales corroborar, en la etapa inicial del proceso, tanto la existencia de un colectivo relevante como determinar quiénes son sus miembros" (Corte Sup., causa A.566.XLVIII, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur", 2015).

(8) Fácil es advertir la analogía de dicha sistematización con la contenida en el régimen de las acciones de clase norteamericanas contempladas en la Regla Federal 23. En dicha regla, los recaudos en cuestión son conocidos tradicionalmente como: a) "numerosidad o impracticabilidad del litisconsorcio" (*numerosity o impracticable joinder*); b) "comunidad" o "cuestiones comunes de hecho y de derecho" (*commonality*); c) "predominio" (*predominance*) de las cuestiones comunes y "superioridad" (*superiority*) de la tutela colectiva; d) representatividad adecuada (*adequacy of representation*); e) notificación (*notice*) y *optout*. Hemos analizado estos recaudos, juntos con otros presupuestos exigidos en la conocida Regla Federal 23 (EEUU), en Giannini, 2007:79-99 y 101-108. En cuanto al requisito de la representatividad adecuada, v. Giannini, Leandro, 2006 a: 179-214. En atención a la limitación de esta clase de trabajos, remitimos a dichos desarrollos y, especialmente, a las fuentes de consulta allí citadas.

(9) Cabe destacar que los procesos colectivos en sí mismos tienen finalidades más diversas y significativas que las enunciadas en el texto (como el acceso a la justicia, la participación ciudadana, el estímulo hacia el cumplimiento voluntario del derecho por parte de los agentes masivos de daños —que cuentan con un límite más realista en los procesos colectivos que en las acciones individuales— o la economía procesal). Los fundamentos referidos en el texto (concentración, eficiencia y preservación del debido proceso de los miembros del grupo ausente), no agotan la tésis de los procesos colectivos, sino que simplemente justifican los recaudos de admisión impuestos para su procedencia. La diferencia es importante, para que no se confundan los fundamentos de la institución (los procesos colectivos), como los de uno de sus componentes (la sistematización de sus recaudos de admisibilidad).

individuales homogéneos”. Permittiéndonos cierta simplificación de la aludida clasificación. La nota fundamental que permite distinguir ambas categorías es la *divisibilidad o indivisibilidad* de la pretensión deducida. En los “derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos” (o, como también se los ha denominado: “derechos difusos”), cada uno de los miembros del grupo son titulares indivisibles del derecho invocado, siendo imposible concebir una solución material distinta para cada uno de ellos al cierre del pleito (por ejemplo: la remediación de un curso de agua degradado por vertidos contaminantes, la remoción de una publicidad engañosa, etc.). En los “derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos”, se busca tutelar colectivamente derechos de naturaleza individual, que permitirían, en caso de no accederse a una respuesta concentrada, una solución material distinta para cada uno de los afectados, lo que pone en evidencia la *divisibilidad* de su objeto (siguiendo los ejemplos anteriores, el resarcimiento de los perjuicios sufridos en su persona o en sus bienes por los vecinos ribereños al curso de agua contaminado, la anulación de las cláusulas contractuales aceptadas por cada consumidor al amparo de la publicidad ilícita y/o la reparación de los daños y perjuicios correspondientes) (10).

La referida distinción ha tenido cierto impacto en la sistematización jurisprudencial de los recaudos de admisibilidad de los procesos colectivos. Así, en el caso “Halabi”, la Corte entendió que cuando se trata de derechos difusos (o “derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos”), bastan dos recaudos para que sea avalada la prosecución de este tipo de trámites: 1) que la petición tenga por *objeto la tutela de un bien colectivo* (es decir, sintetizando sus palabras: un bien que “pertenezca indivisiblemente a toda la comunidad”); y 2) que la *pretensión* esté “*focalizada en la incidencia colectiva del derecho*” y no en los aspectos patrimoniales derivados de su afectación.

Como puede advertirse, ambos recaudos pueden ser prácticamente fusionados y permiten afirmar que siempre que haya una pretensión enfocada en la tutela indivisible de un bien colectivo, será admisible esta variante procesal. Ninguna otra exigencia se hace explícita en el citado fallo, aunque —a nuestro juicio— es indudable que hay dos aspectos que deberían haber sido contemplados y no lo fueron (o lo fueron imprecisamente). En primer lugar, que no es necesario que un “bien” pertenezca “a toda la comunidad” para permitir un debate grupal. Para ello basta que la lesión de sustancia indivisible alcance a una pluralidad relevante de personas (por ejemplo, la acción de remoción de una publicidad engañosa colocada en las calles o autopistas de una región). Puede iniciarse colectivamente sin que necesariamente se demuestre que pueda llevar a confusión a todo un país, a toda una provincia o a toda una ciudad. En segundo lugar, cabe señalar que no basta la mera indivisibilidad de la pretensión (o del “objeto tutelado” en la terminología citada) para justificar el andamiaje de este tipo de procesos. Ello es así porque cuando la lesión no afecta indivisiblemente a una pluralidad relevante de personas, la solución del conflicto podría encontrarse a través de la constitución de un litisconsorcio necesario entre todos ellos.

Más compleja es la articulación de los recaudos necesarios para admitir un proceso colectivo en defensa de *derechos individuales homogéneos* en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En este supuesto, los recaudos a los que se refiere el Máximo Tribunal Federal son: 1) la “*causa fáctica homogénea*” (11), esto es, la existencia de un “hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales” (12); 2) el *predominio de las cuestiones comunes sobre*

(10) En más de una oportunidad nos hemos dedicado a analizar esta distinción: v. Giannini, 2007: 29-65; íd., 2005: 40-63. Nuevamente nos vemos forzados a remitir a los conceptos allí desarrollados y a las fuentes que se citan, para no exceder los límites de este trabajo. De todos modos, volveremos sobre el tema al analizar la propuesta frustrada de incorporación de provisiones sobre tutela colectiva de derechos individuales homogéneos en el nuevo Código Civil y Comercial unificado (v. *infra*, ap. III).

(11) En una afirmación incorporada al pasar en el considerando 12° del fallo “Halabi”, la homogeneidad requerida parece ampliarse desde lo fáctico hacia lo normativo (se refiere allí la Corte a la necesidad de demostrar una “homogeneidad fáctica y normativa” en el caso). Sin embargo, dicha incorporación no es mantenida al explicarse con más detenimiento el requisito en cuestión en el apartado 13° de la misma sentencia, donde se define a este primer elemento del modo en el que se lo señala en el texto.

(12) Analizando casuísticamente la aplicación de dicho recaudo por la Corte, encontramos casos en los que la presencia de esta “causa fáctica común” es analizada y aceptada expresamente, como ocurriera en el caso “Halabi”. En este último

las individuales (o, según la Corte: la “concentración de la pretensión en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar”) y 3) la constatación de que *el ejercicio individual no aparece plenamente justificado*, afectando así el acceso a la justicia. Asimismo, se contemplan algunos recaudos de tipo formal, como son: la precisa *identificación del grupo afectado* y la previsión de mecanismos de *notificación, publicidad y ‘optout’* (derecho de autoexclusión de quienes no deseen quedar comprendidos en el reclamo grupal, siempre que ello sea posible).

Respecto de la *legitimación* en el citado precedente se enfatiza la necesidad de contar con un grado de afectación suficiente, como para permitir a las personas particulares iniciar una acción de este tipo, ya que de lo contrario no se estaría en presencia de un “caso” en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional —CN—, ni se respetaría la previsión del art. 43 CN, que considera legitimados para la promoción de este tipo de acciones al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propenden a esos fines. En múltiples oportunidades la Corte ha enfrentado el dilema de determinar si la persona pública o privada que inició la demanda colectiva constituye uno de los sujetos habilitados legalmente para hacerlo, desestimando la acción de oficio en dicha instancia, cuando advierte la falta de ese recaudo.

Respecto de la *representatividad adecuada*, en el fallo “Halabi” no se hace demasiado hincapié en la calidad de la gestión llevada a cabo por el actor, pareciendo sugerirse que no correspondía ser muy riguroso en la materia dada la novedad del criterio jurisprudencial que se sentaba. Sin embargo, concluyó que en el caso estaba cubierta dicha exigencia (consid. 14, párrafos 7 y 8). De todos modos, en el considerando 20° del fallo queda claro que la “idoneidad de quien pretenda asumir la representación” es un recaudo necesario para resguardar el derecho de defensa en juicio de los miembros del grupo ausentes en el pleito.

II.1.2. Sistematización de los requisitos de admisibilidad definidos por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires a partir del caso “López”

En el citado fallo “López c. Cooperativa Eléctrica de Pehuajó” (2014), la Suprema Corte también enfrentó la problemática de relativa a si los derechos individuales homogéneos son una especie dentro del género de los derechos de incidencia colectiva y si, en caso afirmativo, un afectado particular puede transformarse en el representante del grupo de personas lesionadas por la misma conducta ilícita.

La Corte bonaerense respondió afirmativamente a ambos interrogantes, dando así acogida a una hermenéutica amplia en esta materia, que a nuestro juicio incluso supera la sostenida por la Corte Sup. a partir del caso “Halabi”.

precedente, la presencia de una ley que permite la intervención de comunicaciones telefónicas y por internet, sin imponer una justificación adecuada a las autoridades encargadas de dicha invasión a la privacidad (Ley 25.873 y su decreto reglamentario —Dec. 1563/2004—), era —a juicio de la Corte— la fuente unívoca de la lesión denunciada (Corte Sup., “Halabi”, cit. consid. 14°, cuatro párrafo). En “Padec”, la asociación actora requirió la declaración de ineficacia de ciertas cláusulas contractuales que permitían a las empresas de medicina prepaga aumentar unilateralmente las cuotas mensuales. La Corte encontró la homogeneidad necesaria al tratarse de cláusulas de un contrato tipo utilizado por la demandada (Corte Sup., causa “Padec”, 2013, ya citada, la cursiva es propia). En similar sentido, puede citarse el caso “Consumidores Financieros Asociación Civil”, en el que una asociación de defensa del consumidor demandó a una compañía de seguros para hacer cesar la práctica de esta última de cobrar a sus clientes, en los contratos de seguro con cobertura patrimonial, intereses sobre las cuotas de la prima que no se encontraban vencidas al momento del siniestro. Para reforzar el origen común de la lesión, consideró la Corte que la conducta reprochada habría sido sistemática, es decir, que se trataría un comportamiento del demandado que se repite en situaciones similares” (Corte Sup., C.519.XLVIII. “Consumidores Financieros”, sentencia del 24/06/2014). Como ejemplo de la hipótesis contraria (ausencia de homogeneidad en la causa de la lesión alegada), puede citarse la causa “Cavaliere”, en el que un cliente de una obra social privada demandó a esta última por no acceder a la provisión de un equipamiento necesario para el tratamiento de la afección que padecía. La Corte desestimó el reclamo de una ONG de dar alcances colectivos a la pretensión afirmando no se advertía en el caso, ni siquiera de manera indiciaria, la intención de la prepaga de negarse sistemáticamente atender planteos semejantes a los del actor individual (Corte Sup., causa C.36.XLVI., “Cavaliere”, sent. del 26/06/2012, consid. 7°).

Rodolfo López era un usuario del servicio eléctrico prestado en la ciudad de Pehuajó por una cooperativa. Dada su condición jurídica, la Cooperativa Eléctrica Pehuajó incorporó a la factura de los usuarios que no eran socios de la misma, un plus diferencial. Para justificar ese cargo adicional, la demandada se amparaba en una resolución del Instituto Nacional de Acción Cooperativa (Res. 110/1976) que permite a las cooperativas, con carácter general, prestar servicios a quienes no son sus socios, pudiendo aplicar a estos usuarios un recargo o tarifa diferencial. Dicho régimen, según lo planteó el actor, afectaba el marco regulatorio del servicio eléctrico, que no contempla la posibilidad que las cooperativas del sector dispongan unilateralmente un cuadro tarifario especial. La demanda fue acogida por las instancias de grado, pero únicamente con alcance individual, sin reconocerse alcances colectivos a la sentencia para beneficiar al resto de los usuarios no asociados a la misma cooperativa.

Frente al recurso de ambas partes, la Suprema Corte confirmó la interpretación sostenida por la Cámara en cuanto al fondo del asunto (declarando la ilegitimidad de los cargos adicionales así aplicados), pero la revocó en lo referido a los alcances de la sentencia. La decisión pasó así a tener alcances colectivos para todos los usuarios que se encontraban en similar posición, de acuerdo a lo peticionado por el actor. Para resolver esto último, la Corte consideró fundamentalmente que los derechos individuales homogéneos son una especie dentro del género de los “derechos de incidencia colectiva”, a los que se refiere el artículo 43 de la Constitución Nacional, por lo que están legitimados para procurar su defensa grupal el afectado, el Defensor del Pueblo y las ONG.

Sostuvo en tal sentido que:

“la noción ‘derechos de incidencia colectiva’ (art. 43 CN) no se limita a la más tradicional de sus versiones (es decir, los llamados intereses “difusos”), sino que abarca otras situaciones en las que el bien tutelado pertenece de modo individual o divisible a una pluralidad relevante de sujetos, la lesión proviene de un origen común, y las características del caso demuestran la imposibilidad práctica o manifiesta inconveniencia de tramitar la controversia a través de los moldes adjetivos tradicionales (litisconsorcio, intervención de terceros, acumulación de acciones, etc.)” (Sup. Corte Bs. As., 2014, causa cit., voto del Dr. Hitters, al que adhirieron los Dres. Kogan, Genoud, de Lazzari y, en lo sustancial, el Dr. Negri).

Ahora bien, al referirse a los recaudos de admisibilidad de este tipo de procesos, la Suprema Corte de Buenos Aires articula una sistematización propia, similar pero no idéntica a la seguida por en “Halabi” por la Corte Sup., para determinar en qué casos puede ser reclamada grupal y concentradamente la defensa de derechos de incidencia colectiva en cualquiera de sus especies.

En este campo, pueden identificarse en el criterio del Alto Cuerpo provincial: a) los requisitos para que se configure un caso colectivo en cualquiera de sus variantes y b) los recaudos especiales que deben verificarse en las hipótesis de tutela de derechos individuales homogéneos.

a) Requisitos de los procesos colectivos en general

La Sup. Corte Bs. As. expresa que el caso o controversia de alcances colectivos tiene lugar cuando: i) varios afectados comparten su lesión con otros que se encuentran en similar situación, a consecuencia de un acto y serie de actos que constituyen la fuente común del daño padecido; y ii) resulta prácticamente inviable o muy dificultosa o disfuncional la constitución entre todos ellos de un litisconsorcio. En tales situaciones, sostiene la Corte, estamos frente a los derechos de incidencia colectiva.

Dentro de dichas prerrogativas (derechos de incidencia colectiva), pueden distinguirse dos categorías fundamentales: a) las caracterizadas por la indivisibilidad de su objeto (también denominados derechos difusos); y b) las situaciones en las que el bien tutelado pertenece divisiblemente a una pluralidad relevante de personas, provenientes de un origen común (derechos individuales homogéneos). Nada en la expresión “derechos de incidencia colectiva” —sostiene la Corte— impone restringir el alcance de la tutela grupal a los derechos difusos o colectivos *stricto sensu*.

Volviendo sobre las condiciones de admisibilidad de las pretensiones grupales, la Corte marca dos recaudos fundamentales que se presentan en todo caso colectivo: la fuente común del daño y la imposibilidad o grave dificultad de tramitar el conflicto mediante los mecanismos tradicionales de acumulación procesal (litisconsorcio, acumulación de acciones, intervención de terceros). Si se dan estos recaudos, sostiene la Corte, estamos en presencia de derechos de incidencia colectiva.

b) Recaudos especiales para la tutela colectiva de derechos individuales homogéneos

Cuando se trata de la defensa de derechos individuales homogéneos, a las exigencias previas (la fuente común e impracticabilidad del litisconsorcio) se agregan otros dos recaudos (13): i) el *predominio* de las cuestiones comunes sobre los particulares de cada afectado y ii) la *superioridad* de la solución colectiva frente a las alternativas tradicionales de enjuiciamiento.

Se trata de dos condiciones que —como vimos— están presentes en la sistematización de la Regla Federal 23 norteamericana, y que tienden, en general, a dejar fuera del litigio colectivo aquellas situaciones en las que no se vislumbra una uniformidad sustancial que haga conveniente la prosecución colectiva.

La regla del *predominio* no implica la ausencia de toda diferencia entre los afectados o incluso que esas diferencias prevalezcan en alguna fase del proceso (por ejemplo, en la liquidación individual de los daños posterior a la finalización del debate colectivo). Como lo explica Gidi, el recaudo en cuestión “no significa que las cuestiones comunes deban predominar en toda la controversia colectiva y no pueda haber algunos aspectos en que las cuestiones individuales predominen sobre las cuestiones comunes”. Agregando que lo que se exige en definitiva en este campo es que “la diversidad de situaciones individuales no comprometan el tratamiento uniforme de la cuestión común” (Gidi, 2007:166).

Por su parte, el recaudo de *superioridad* impone la comparación entre las potencialidades que *prima facie* y en un caso determinado demuestran las dos grandes formas de enjuiciar un caso de alcances multisubjetivos: el trámite colectivo propiamente dicho y los demás instrumentos de resolución de conflictos: el litigio individual, el litisconsorcio necesario o facultativo, la intervención obligada o facultativa, la acumulación de procesos (14).

III. El discutible recaudo de la “afectación al derecho de acceso individual a la justicia” como condición para admitir un proceso colectivo

Prestaremos ahora especial atención al último de los recaudos referidos en el considerando 13° del caso “Halabi”, relativo a la necesidad de demostrar las dificultades del acceso a la justicia en términos individuales como condición para actuar colectivamente.

En efecto, al exteriorizar las condiciones que deben cumplirse para habilitar el trámite colectivo de una pretensión de tutela de derechos individuales homogéneos, la Corte incluyó una exigencia final: que *el ejercicio individual de la acción “no aparezca plenamente justificado”, afectando así el acceso a la justicia; o que, en su defecto, exista un “fuerte interés estatal” en la protección de los derechos en juego, por tratarse de “grupos tradicionalmente postergados”*.

(13) En puridad, al arribar la Sup. Corte Bs. As. al análisis de los presupuestos de admisión de los procesos colectivos en defensa de derechos individuales homogéneos, se hace especial hincapié en la explicación de aquello que constituye el “origen común” de la lesión. Se refiere a este recaudo afirmando que el mismo se presenta “toda vez que el conjunto de lesiones individuales provengan de un mismo hecho o serie de hechos que actúen como fuente causal de las afectaciones particulares y/o compartan los fundamentos jurídicos sustanciales que definen su procedencia”. Pese a la importancia que se da a la explicación de aquello que constituye el origen común en el ámbito de la defensa de los derechos individuales homogéneos, lo cierto es que esta condición es propia de la definición de cualquier variante de derecho de incidencia colectiva (es decir, que también rige para situaciones de indivisibilidad). Es por ello que en el texto nos referimos sólo a los recaudos especiales de la tutela de derechos individuales homogéneos.

(14) La comparación exigida para analizar la satisfacción de este estándar, debería contemplar, como se lo hace en muchos ordenamientos comparados, la eficiencia relativa de los mecanismos de abordaje de demandas repetitivas o los test cases, que nuestro ordenamiento debería legislar expresamente, como uno de los capítulos centrales de la reforma procesal.

Siguiendo esta formulación, parecería, que no todos los casos de defensa grupal de derechos individuales homogéneos han sido considerados por la mayoría de la Corte como amparados en la legitimación extraordinaria prevista en el art. 43, 2ª parte de la Constitución.

De acuerdo con dicho entendimiento, deberían distinguirse inicialmente dos variantes de derechos individuales homogéneos: los de índole extrapatrimonial —como, por ejemplo, los que subyacían en el caso “Halabi”, en las infracciones de objeto divisible denunciadas en las causas “Verbistky” (15), “Asociación Benghalensis” (16), etc. (17)— y los de naturaleza patrimonial (vg., la pretensión de resarcimiento de los daños masivos sufridos por la contaminación de los recursos naturales, por una explosión o una tragedia en el transporte público, por la introducción de cláusulas abusivas o por conductas que hubieran infringido las previsiones protectorias de usuarios y consumidores, etc.).

Una vez formulada esa subdivisión (y siempre de conformidad con los lineamientos aplicados en el citado precedente), los primeros estarían incluidos lisa y llanamente en los limbos de la tutela colectiva.

Los segundos (derechos individuales homogéneos patrimoniales), a su turno, deberían ser distinguidos en dos sub-categorías:

a) aquellos en los que se presentan obstáculos materiales que, en la práctica, dificultan el reclamo individual de los afectados (vg., ausencia de información veraz y adecuada, relación costo-beneficio desfavorable del accionar individual, etc.) o en los que la lesión recae sobre “grupos tradicionalmente postergados” y, como tales, revelan un “fuerte interés estatal en su protección”, entendido como el interés de la “sociedad en su conjunto” (vg., usuarios, consumidores, vecinos afectados por la contaminación ambiental, comunidades originarias, trabajadores, jubilados y pensionados, discapacitados, menores, grupos discriminados, etc.) (18);

b) aquellos en los que no se advierten dichos óbices materiales y, en consecuencia, es razonable esperar que los titulares del derecho inicien un juicio por su parcela de afectación, a título particular (como sucediera típicamente con la insólita sobreexposición a la que se vieron sometidos los tribunales federales del país, a consecuencia de la retención y “pesificación” de los depósitos a plazo fijo

(15) Corte Sup., Fallos 328:1146 (2005) en el que la Corte habilitó la vía del hábeas corpus colectivo por aplicación extensiva del art. 43 de la Constitución Nacional para la defensa plural de los detenidos de la Provincia de Buenos Aires afectados por las condiciones carcelarias verificadas en dicha jurisdicción. Como hemos intentado demostrar en otra oportunidad (Giannini, 2007: 330 y ss.), algunos de los puntos reclamados en la demanda del CELS —Centro de Estudios Legales y Sociales— podían ser considerados divisibles o fraccionables entre los miembros de la comunidad carcelaria lesionada. Sin embargo, hallándose en juego una categoría especial de derechos fundamentales y un encuadre fáctico grave, la distinción entre intereses de objeto divisible e indivisible no fue materia de mayor preocupación para el Tribunal.

(16) Corte Sup., Fallos 323: 1339 (2000), acción iniciada para lograr el suministro gratuito de reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento del virus del HIV.

(17) Puede citarse más recientemente el fallo de la Corte Sup. en la causa “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos” (2015), relativo a la protección del derecho a salud de niños, jóvenes y adultos con discapacidad, titulares de pensiones no contributivas, afectadas por conductas y prácticas que se denunciaron en el caso como lesivas del derecho a obtener el acceso igualitario a las prestaciones integrales de salud a cargo del instituto demandado.

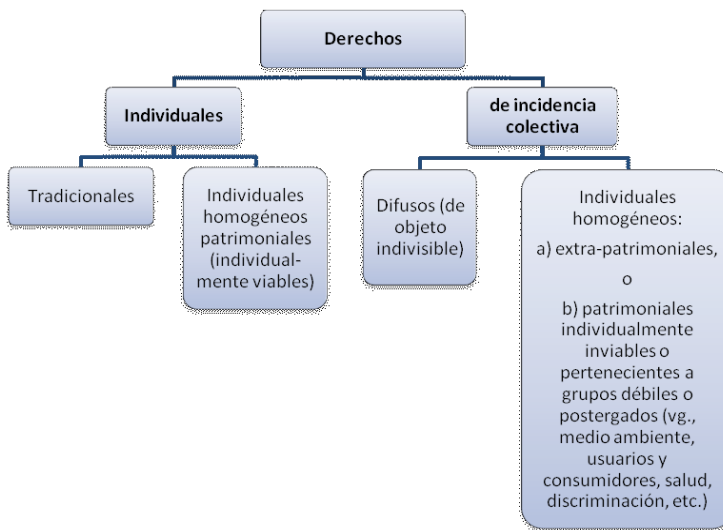
(18) La Corte aplicó este criterio, considerando que aun cuando pudiera sostenerse que los intereses individuales tutelados en el caso, justificarían la promoción de demandas individuales, no era posible soslayar el “incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional)” Agregando que: “La protección de los derechos que invocan hacen a la satisfacción de necesidades básicas y elementales a cargo del Estado. Estos aspectos cobran preeminencia por sobre los intereses individuales de cada afectado, al tiempo que ponen en evidencia, por su trascendencia social y las particulares características del sector involucrado, la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto” (Corte Sup., “Asociación DE.FE.IN.DER.”, cit., consid. 9º).

y demás imposiciones bancarias, en virtud de la legislación de emergencia económica posterior a la crisis desatada a fines de 2001) (19).

La opción que pareció adoptarse por la mayoría en el caso “Halabi”, es la de entender que las primeras de dichas sub-especies podrían ser enjuiciadas colectivamente, mientras que las segundas no. Y ello es así, porque en las últimas no se daría la condición establecida en el considerando 13°, *in fine*, del fallo *sub examine*, es decir, no se verificaría la inviabilidad del ejercicio individual de la acción ni el “fuerte interés estatal” en la protección de los derechos en juego.

Puede expresarse gráficamente la tesis seguida por la Corte en el caso “Halabi” acerca de la definición de los derechos de incidencia colectiva, del siguiente modo:

Gráfico 1. Los derechos de incidencia colectiva según “Halabi”



Fuente: Gráfico de elaboración propia basado en la categorización sostenida por la CSN en “Halabi”.

No compartimos dicha visión. A nuestro juicio, basta con calificar a los derechos individuales homogéneos como derechos de incidencia colectiva, para hacer caer la distinción referida. Como fuera anticipado, los derechos individuales homogéneos deben ser incluidos en la categoría de los derechos de incidencia colectiva, sin importar que se trate de prerrogativas patrimoniales o extrapatrimoniales. Tampoco interesa como condición definitoria de dicha noción constitucional, que la cuantía de la lesión

(19) La Corte Suprema ha aplicado este estándar para desestimar una acción colectiva iniciada en defensa de los clientes de una compañía de seguros que coloca en su pólizas cláusulas predispuestas que determinan exclusiones de cobertura por parentesco (es decir, que impiden al damnificado por un accidente reclamar a la compañía de seguros cuando tiene una relación de parentesco directa con el asegurado, con el conductor o con el titular registral del automotor siniestrado). Para denegar la admisibilidad del reclamo en clave colectiva, la Corte sostuvo que fallaba el requisito que venimos analizando el texto, entendiéndose que, de conformidad con las particularidades del caso, los afectados por dicha cláusula de exclusión podrían reclamar en cada juicio individual su nulidad, contando con estímulos suficientes para hacerlo (Corte Sup., causa C.161.XLIX, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa”, sent. del 27/11/2014). A la crítica general de este criterio desarrollada en el texto, cabría agregar que en el caso “Consumidores Financieros...” recién citado, no se llega a comprender la razón por la que se excluye a los usuarios y consumidores de la categoría de “grupos tradicionalmente postergados” identificada en el caso “Halabi” como hipótesis en las que este recaudo se presume. La misma razón de ser del régimen especial de tutela sustancial y procesal de esta categoría de individuos parte del evidente desequilibrio de fuerzas que existe entre los productores y los consumidores en las relaciones de consumo (Corte Sup., “Halabi”, consid. 13°, ya citado, énfasis agregado).

individual o la existencia de otros obstáculos materiales al acceso a la justicia, impidan materialmente accionar a título individual.

En todas las hipótesis de derechos individuales homogéneos se presenta un tipo de lesión que incide de modo divisible sobre una pluralidad relevante de personas, tornando inviable o seriamente dificultosa la constitución entre todos ellos de un litisconsorcio o la acumulación subjetiva de las pretensiones correspondientes.

Es cierto que frente a reclamos “individualmente inviables” o que afecten a grupos “tradicionalmente postergados”, el desconocimiento de la legitimación colectiva generaría una lesión al derecho de acceso a la justicia y, además, incentivaría la reiteración de conductas ilícitas de pequeña escala individual pero de gran repercusión global. En otras palabras: una interpretación que deje fuera del proceso colectivo a las hipótesis de daños masivos de escasa cuantía, provocaría una alteración constitucional no ya del art 43 de la Ley Suprema exclusivamente, sino también del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 18 Constitución Nacional; art 8º, Convención Americana de Derechos Humanos).

Sin embargo, dicha lectura (que determina el “piso mínimo” por debajo del cual la interpretación del art. 43 de la Constitución se tornaría insostenible desde la perspectiva del derecho de acceso a la justicia), no es óbice para sustentar una interpretación diversa, más sencilla y funcional, del concepto de “derechos de incidencia colectiva”. Es que para interpretar el sentido de la expresión contenida en ese art. 43 no es necesario condicionar su ámbito de aplicación a la configuración de una hipótesis de lesión al acceso a la justicia. Como fuera anticipado, una interpretación que no contemple esta última hipótesis como susceptible de enjuiciamiento grupal, además de apartarse del precepto referencial, sería violatoria del art 18 de la misma CN. Pero nada en la expresión “derechos de incidencia colectiva” permite suponer que esa sea la única posibilidad en la que corresponde admitir la tutela concentrada de derechos que afectan de modo homogéneo a una pluralidad relevante de personas.

La interpretación que sustentamos busca dotar de un sentido literalmente más acertado y funcionalmente más eficaz a la tutela de los derechos de incidencia colectiva. Dicha institución contemplada en el artículo 43 de la Constitución Nacional, no sólo sirve para garantizar a los grupos débiles contra todo intento de limitar la protección judicial efectiva de sus derechos, sino también para evitar que se sobreexponga a la judicatura a repetir ineficientemente actuaciones costosas y dilatorias para abordar una multiplicidad infinita de causas sobre cuestiones homogéneas.

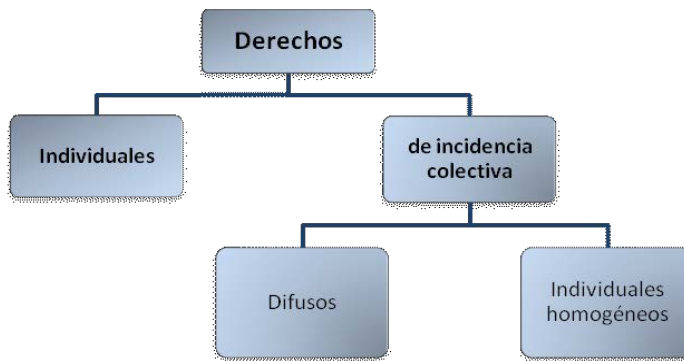
Como lo venimos sosteniendo desde hace un tiempo (Giannini, 2007: 77-78), no contemplar la tutela colectiva de derechos individuales homogéneos puede tener dos consecuencias igualmente disfuncionales (la primera por *ineficiencia* en el esquema de enjuiciamiento, la segunda, por *ineficacia* del mismo como instrumento garantizador de los derechos sustanciales): a) o se produce una sobreexposición en el sistema de justicia, por la multiplicidad de los reclamos deducidos por una misma cuestión (situación que se presentaría especialmente cuando la ecuación costo-beneficio del accionar individual resultase favorable para el afectado); o b) se priva a los afectados de una tutela judicial real y efectiva, asegurándose la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas consumadas (con el consecuente estímulo que toda gratuita irresponsabilidad genera para el futuro), debido a las ya explicadas dificultades materiales para acceder a la justicia (ignorancia, soledad, dispersión, dificultosa coordinación de la masa afectada, deficitaria relación entre el costo y la utilidad de la acción singular, etc.) (20).

(20) Este balance se explicita con claridad en el fallo de la Sup. Corte Bs. As. in re “López”, al que hemos hecho referencia previamente (v. supra, ap. II.1.2). Sostiene la Corte sobre este punto que “(...) una hermenéutica dinámica y funcional de dicho concepto impone tener en cuenta diversos factores de la realidad de los que el judicante no puede ser fugitivo. Entre ellos, debe tenerse presente que desconocer las posibilidades de enjuiciamiento colectivo de esta clase de asuntos, podría ocasionar dos resultados igualmente indeseables: i) o se acentúa el colapso del sistema de justicia fomentando la multiplicidad de reclamos por una misma cuestión (situación que se presentaría especialmente cuando la ecuación costo beneficio del accionar individual resultase favorable para el afectado); o ii) se genera la indefensión y se fomenta la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas debido a las conocidas dificultades materiales que el acceso individual al servicio de justicia plantea en diversas hipótesis (v.g., ausencia de relación costo beneficio del litigio individual,

Al exigir la presencia del requisito que analizamos en este apartado, la Corte Suprema sólo presta atención a la segunda de las consecuencias disfuncionales que tendría una interpretación restrictiva (lesión al acceso a la justicia), descuidando la primera de ellas. Lo hace, además, sin advertir que el colapso judicial y la sobreexposición de la judicatura a trámites repetitivos, onerosos y dilatorios, son patologías también incompatibles con el buen servicio de justicia y, como tales, lesivas de la garantía de la tutela judicial efectiva (art. 18, Constitución Nacional; 8º, CADH).

En resumen, consideramos criticable la exigencia analizada, propiciando una lectura literalmente más aceptable y funcionalmente más eficaz del art. 43 de la Constitución, posición que puede exteriorizarse gráficamente del siguiente modo:

Gráfico 2. Los derechos de incidencia colectiva



Fuente: elaboración propia en base a la opinión del autor.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte local parece inicialmente no caer en ese error. En efecto, en la primera parte del citado fallo “López” dicho tribunal señala que los derechos individuales homogéneos son una especie dentro del género de los derechos de incidencia colectiva y, como tales, susceptibles de ser enjuiciados por esta vía grupal, bajo ciertas condiciones. Estos recaudos apuntan a concentrar la atención del juicio en los temas comunes (origen común de la lesión, predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales, superioridad del debate en clave colectiva). Al precisar los fundamentos de esta interpretación que califica de “dinámica y funcional”, expresa la mayoría de la Corte, en sintonía con lo explicado previamente, que una hermenéutica restrictiva podría provocar colapso o indefensión según que —respectivamente— existan o no estímulos para el ejercicio individual del derecho de acción (v. *supra*, nota al pie 23). Consecuentemente, si el proceso colectivo no sólo está pensado para evitar la privación del acceso a la justicia, sino también para impedir la sobrecarga y multiplicación ineficiente de trámites reiterativos, sería innecesario analizar dentro de las condiciones de admisibilidad de esta clase de trámites, el recaudo de la “lesión al acceso a la justicia” pergeñado en “Halabi”.

Sin perjuicio de ello, siendo que el caso “López” fue sentenciado con posterioridad a “Halabi”, la Sup. Corte Bs. As. hace referencia a los estándares fijados en este último fallo por la Corte Sup. y, al referirse a las circunstancias especiales de la cuestión debatida, expresa: “(...) finalmente, también se advierte que la escasa significación económica respecto de cada usuario (...) no justificaría la promoción de procesos individuales”. Es decir, que si bien la Sup. Corte Bs. As. parece sugerir inicialmente que no es condición necesaria la demostración de una eventual lesión al acceso a la justicia (ya que

dificultad en la coordinación de las acciones respectivas, desigualdad de recursos materiales entre los protagonistas de la controversia, la dispersión de los múltiples afectados, etc.)” (Sup. Corte Bs. As., causa C. 91.576, “López”, cit.).

también sería procedente el debate colectivo cuando la iniciación de múltiples reclamos produzca una sobrecarga del sistema), con posterioridad explica que en el caso concreto se da la primera de las situaciones mencionadas; es decir: que se trata de reclamos de escasa cuantía que, de no tramitarse colectivamente, seguramente no llegarían a tribunales.

Sería correcto —a nuestro juicio— que la Sup. Corte Bs. As. se desentienda del requisito analizado en este apartado, que restringe injustificadamente el ámbito de acción de los procesos colectivos a hipótesis de privación del acceso a la justicia, manteniendo la interpretación dinámica y funcional ya referida.

En síntesis, consideramos incorrecta toda limitación del ámbito de actuación de los procesos colectivos basada en la necesidad de demostrar: i) que el accionar individual no se encuentre “plenamente justificado”, generándose así una “hipótesis de indefensión”; o que ii) exista un “fuerte interés estatal” en la tutela requerida. Ello así, dado que —como ya se expresara— la tutela colectiva (en particular, cuando se trata de derechos individuales homogéneos) no sólo procede frente a una eventual indefensión, sino también en el caso opuesto, es decir, cuando los particulares se vieran incentivados a iniciar su reclamo individual, produciendo así una sobreexposición de la judicatura a trámites repetitivos, onerosos y dilatorios, incompatibles con el buen servicio de justicia, que también es una manifestación de la garantía de tutela judicial efectiva.

IV. La frustrada recepción de aspectos fundamentales de la tutela de derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial unificado

En varias oportunidades y desde distintos sectores se han presentado proyectos de ley para avanzar sobre esta materia (21), pero los mismos no han prosperado (lo que, en algunos casos, no es de lamentar). Recientemente, el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado para la República Argentina elaborado originalmente por una Comisión integrada por destacados juristas tales como Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci (22), había incorporado previsiones significativas en la materia (arts. 1746 y ss. del Código Civil). Pero al ser elevado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la Nación, dichas previsiones fueron removidas, por lo que se mantiene al día de la fecha el cuadro de situación referido en el apartado I de este trabajo.

Recordemos en qué consistían las previsiones del Anteproyecto original, finalmente desvirtuadas en el Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo y aprobado por el Congreso de la Nación.

IV.1. El texto original del Anteproyecto

La versión original del Anteproyecto comentado, incorporaba en el art. 14 una clasificación tripartita de derechos:

a) los derechos individuales;

b) los derechos individuales homogéneos, que son —en el sentido de la iniciativa— derechos individuales que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, en los que existe una pluralidad de afectados particulares, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común (23);

(21) V. Giannini, “Apuntes...”, 2012a: 15-50; Verbic, 2013; Salgado, 2013:211-252.

(22) V. Giannini, 2012b: 89; Verbic, 2014a.

(23) En sintonía con la definición del art. 14 del Anteproyecto, el art. 1746 de dicha propuesta (en su versión original) determinaba que existirían “daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o provenientes de una causa común, fáctica o jurídica”. Asimismo se preveía en dicha norma que tendrían legitimación para reclamar su defensa el afectado, el Defensor del Pueblo de la jurisdicción que corresponda y las asociaciones destinadas a la defensa de esta categoría de derechos.

c) los derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. Respecto de estos últimos, el anteproyecto dispone que el afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, “tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”.

Una nota destacable de esta sistematización es la *explícita incorporación de los derechos individuales homogéneos dentro del ámbito de protección de los procesos colectivos*, aunque sin englobarlos dentro de la categoría de “derechos de incidencia colectiva”. Al señalarse que determinados derechos “individuales” pueden ser enjuiciados colectivamente, se agota, al menos en el ámbito civil y comercial, el debate acerca de la posibilidad de accionar grupalmente para la defensa de prerrogativas individuales, puramente patrimoniales, provenientes de un origen común. En ese sentido, como fuera anticipado, la iniciativa era plenamente compatible.

Otro aspecto favorable de la propuesta, era la incorporación de los explicados estándares del *predominio* de las cuestiones comunes y *superioridad* del debate en clave colectiva, a los que nos referimos *supra*. Se determinaba en tal sentido en el Anteproyecto original que:

“Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados” (art. 1747, Anteproyecto) (24).

También merece ser destacada la incorporación de los parámetros tendientes a analizar el recaudo de la *representatividad adecuada* del legitimado colectivo, en el art. 1747 del Anteproyecto, otro de los problemas centrales del litigio de grupo, indebidamente descuidado hasta el momento por el legislador nacional (25). Asimismo esta interesante parcela del texto original ha quedado desarticulada en el proyecto definitivo presentado ante el Congreso de la Nación, que suprimió toda referencia a dicho instituto fundamental de los procesos grupales.

En lo que hace a la sistemática utilizada en la clasificación de los “derechos de incidencia colectiva”, hay un punto que merece algún reparo y que puede tener consecuencias relevantes en el futuro, que debieran ser anticipadas y remediadas. Nos referimos a la posible reedición de la discusión sobre la utilización exclusiva de la voz “derechos de incidencia colectiva”, para referirse a aquellas prerrogativas de objeto *indivisible* y de uso común. No compartimos dicha exclusividad.

Según hemos explicado, los derechos individuales homogéneos también son derechos de incidencia colectiva, pese a que su objeto sea divisible. La indivisibilidad no es una nota definitoria de la aludida categoría constitucional, por lo que reservar tal denominación sólo para los derechos tradicionalmente llamados “difusos”, importa debilitar notablemente la noción de *marra*s.

La observación —vale remarcarlo— no se agota en una opción terminológica, sino que tiene un impacto significativo en la definición del ámbito constitucional de tutela colectiva. Es que la definición

(24) La fuente de esta previsión se encuentra en el proyecto elaborado por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, aprobado y hecho propio por la Asociación Argentina de Derecho Procesal, en reunión del día 19 de septiembre de 2006. La redacción inicial del anteproyecto nos fue encargada, junto con el profesor de la misma casa de estudios Leandro K. Safi, y debatido en el seno del citado Instituto, con intervención de destacados docentes de esa Casa de Estudios, entre ellos, Roberto O. Brizonce, Eduardo Oteiza, Pablo Grillo Ciochini, Patricia Bermejo, Paula Buffarini, Francisco Verbic, Juan C. Copani y Carlota Ucin. Finalmente fue presentado y reimpulsado sucesivamente como proyecto de ley ante ambas cámaras del Congreso de la Nación. Se encuentra publicado en La Ley Actualidad, del 26/12/2006. Para un comentario del mismo, véase Verbic, 2009; Giannini, 2009:105-169.

(25) Por desbordar el cometido específico de este trabajo, consiéntase nuevamente la remisión a lo expresado en Giannini, 2006 a; 2006 b. La fuente de la previsión original del Anteproyecto es idéntica a la referida en la nota al pie anterior.

de aquello que corresponde considerar “derechos de incidencia colectiva” determina los alcances de la garantía constitucional de protección colectiva de derechos. Es decir, que una reglamentación restrictiva de dicha noción, contenida en una ley de la importancia del Código Civil y Comercial, podría generar la idea de que en nuestro ordenamiento sólo pueden remediarse grupalmente lesiones de alcances indivisibles, salvo que el legislador amplíe los alcances de ese “piso” supralegal, permitiendo —por ejemplo— la defensa de derechos individuales homogéneos.

Proponemos partir de una lógica inversa. Si se entiende, como ha sido postulado previamente, que la categoría constitucional de los “derechos de incidencia colectiva” incluye expresamente a las hipótesis de lesión pluri-individual divisible y de origen común (derechos individuales homogéneos), el legislador no podría sino reconocer que esa forma de enjuiciamiento está amparada por la legitimación extraordinaria contemplada en el art. 43, 2ª parte, de la Constitución Nacional. Por lo que, respecto de los derechos individuales homogéneos, sólo correspondería al parlamento organizar el mecanismo de debate, reglamentando los interesantes matices que requieren dilucidación en este campo. Lo que no podría hacer es tomar la decisión liminar de no prever un sistema de enjuiciamiento grupal para este tipo de conflictos.

En síntesis, la propuesta de identificar a los derechos individuales homogéneos como una categoría de derechos autónoma de los de “derechos de incidencia colectiva” merece ser objetada, por más que el proyectista haya correctamente contemplado la posibilidad de tutelar colectivamente a ambos tipos de prerrogativas.

V. La versión corregida por el Poder Ejecutivo, aprobada por el Congreso. El nuevo Código Civil y Comercial unificado

Lógicamente, el problema subsiste si, como ha ocurrido sobrevinientemente en el anteproyecto de referencia, se decidiera directamente suprimir la categoría de los derechos individuales homogéneos del elenco del art 14 y remover los arts. 1746 y siguientes del cuerpo *sub examine*, que se referían a importantes institutos concernientes a la tutela colectiva de derechos.

En lo que aquí interesa, la última versión del art. 14 está contenida en el Proyecto de Ley finalmente presentado por el Poder Ejecutivo y aprobado por el Congreso, que reza:

“Art 14. Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva”.

Como puede advertirse, el Poder Ejecutivo ha simplificado el elenco desde dos puntos de vista: en primer lugar, removiendo la categoría de los derechos a los que el texto original denominaba “derechos individuales enjuiciables colectivamente” (o individuales homogéneos) y, en segundo término, suprimiendo cualquier parámetro que permita definir qué debe entenderse por “derechos de incidencia colectiva”.

En cierto sentido, la modificación atenúa el problema referido en la última parte del acápite anterior. Es decir, que se remueve el criticable antecedente que dejaba la versión original, uniformando la categoría de los “derechos incidencia colectiva”. Sin embargo, a partir de esta versión corregida de la iniciativa, subsiste la incertidumbre en torno a la inclusión o no de los derechos individuales homogéneos patrimoniales, dentro del género aludido, debate que —como expresáramos— ni el fallo “Halabi” parece haber terminado de dirimir.

En los fundamentos del mensaje de elevación del Proyecto, presentado el 6 de junio de 2012, el Poder Ejecutivo parece indicar que los derechos individuales homogéneos han quedado comprendidos entre las variantes de intereses tutelados en el nuevo código. Así se lo señala en el párrafo 41 de dicha exposición de motivos:

“En materia de responsabilidad civil, *el Proyecto resulta innovador al articular los diferentes tipos de derechos*: aquéllos que recaen sobre la persona, el patrimonio, como derechos individuales, los *derechos*

individuales homogéneos y los derechos de incidencia colectiva, con las funciones preventiva, punitiva y resarcitoria” (Exposición de Motivos del Proyecto de Código enviado por el Poder Ejecutivo, párrafo 41 —énfasis agregado—).

Dos lecturas pueden darse a esta parcela de la fundamentación con la que el Poder Ejecutivo acompañó la iniciativa ante el Senado de la Nación:

— O el proyectista ha entendido que los derechos individuales homogéneos integran la categoría de los derechos de incidencia colectiva (única variante incluida —como advertimos— en el art. 14 del Proyecto, en contraposición de los clásicos derechos civiles y comerciales individuales).

— O se ha incurrido en un error en los fundamentos del mensaje de elevación, al mantener dicha referencia a la incorporación “innovadora” de los derechos individuales homogéneos, sin advertir que la categoría contenida en el art. 14, inc. b) del Anteproyecto original, ha sido removida en el Código Civil y Comercial finalmente aprobado.

La primera lectura podría basarse en la conocida regla hermenéutica según la cual no cabe presumir la desidia del legislador. En tal caso, si ése ha sido el entendimiento del Poder Ejecutivo y del Congreso de la Nación, coincidimos plenamente con la definición adoptada.

Ello así, dado que, como fuera reiteradamente expresado en estas líneas, los derechos individuales homogéneos forman parte de la categoría de situaciones contempladas en el art. 43, 2º párrafo, de la Constitución Nacional. Por lo que cuando el art. 14 del nuevo Código se refiere a los “derechos de incidencia colectiva”, debe considerarse que incluye a las hipótesis de lesión plural, de origen común y de naturaleza divisible (derechos individuales homogéneos).

La segunda lectura posible (que se apoya en un posible defecto técnico del mensaje de elevación del proyecto), encuentra respaldo en la decisión del Poder Ejecutivo de remover los arts. 1746 y siguientes del Anteproyecto original de la Comisión (Lorenzetti - Highton de Nolasco - Kemelmajer de Carlucci). En dichos artículos, como observamos, la iniciativa prístina regulaba con buena técnica algunos aspectos de la acción de resarcimiento grupal de los daños a los derechos individuales homogéneos. Por lo que el intérprete podría válidamente preguntarse: ¿por qué el Poder Ejecutivo removería el art. 1746 del Anteproyecto original, si su intención era mantener la categoría de los derechos individuales homogéneos como objeto de tutela colectiva?

Para evitar estas vacilaciones, haría bien el legislador en tomar cartas en el asunto y remediar el dilema hermenéutico, de tan relevantes consecuencias para el futuro de la tutela de los derechos de incidencia colectiva. La mejor forma de hacerlo, a nuestro juicio, sería mantener el art. 14 del Código tal como está, pero reinstalando los arts. 1746 y 1747 del texto original del Anteproyecto (removidos por el Poder Ejecutivo y por el Congreso), que se refirieran a las condiciones de admisibilidad de la tutela colectiva de derechos individuales homogéneos.

Ello importaría volver en buena medida a la técnica del anteproyecto inicial de la Comisión, aunque con una diferencia fundamental: tanto los derechos transindividuales de objeto indivisible (“difusos”), como los “derechos individuales homogéneos”, quedarían incluidos dentro del género de los “derechos de incidencia colectiva”.

VI. A modo de conclusión

1) Es imperioso avanzar en una reforma integral de la justicia civil en la Argentina, haciendo foco fundamental en la implementación efectiva de la garantía del debido proceso en su fisonomía actual. Tal cometido no puede descuidar elementos como: a) la remoción de los obstáculos materiales que impiden el ejercicio efectivo del derecho de acceder a la justicia; b) la modernización eficiencia e implementación de instrumentos de gestión; c) la mejora en la calidad del debate (con implementación definitiva de la oralidad para los procesos de conocimiento), la modificación del despacho judicial y de la estructura de los juzgados y la transparencia de los procesos jurisdiccionales; d) el diseño de

mecanismos adecuados para asegurar la eficacia de las decisiones judiciales que provisoria o definitivamente se dictan en el curso del proceso.

2) Sea como parte de dicha mutación integral o como línea de reforma autónoma, deben contemplarse pronta pero no precipitadamente mecanismos idóneos para abordar la litigiosidad plural que se desata en toda sociedad moderna frente a conflictos de escala masiva.

3) Dichos dispositivos procesales incluyen modelos “representativos” (como los procesos colectivos propiamente dichos) y “no representativos” (como los modelos basados en la resolución de “casos testigo”, los incidentes de demandas o recursos repetitivos o la ampliación de las potestades judiciales respecto de los efectos de la acumulación de procesos individuales).

4) En lo referido a los procesos colectivos, la *legislación* argentina sigue manteniendo una *tendencia fragmentaria* en la materia, que se exhibe especialmente: i) al avanzar, sin vocación de sistema, sobre la reglamentación de algunas de sus instituciones; ii) al continuar sancionando normas relativas al trámite de este tipo de conflictos en cuerpos normativos aislados por materia, desconociendo la regla de buena técnica legislativa que impone simplificar, en la medida de las posibilidades, los instrumentos de tutela, cuando no existen razones de peso que justifiquen un trato dispar entre controversias que comparten cualidades análogas.

5) Uno de los principales aspectos a resolver en una reforma integral del sistema de justicia colectiva, es la previsión y precisión de los requisitos de admisibilidad de las pretensiones colectivas.

6) En líneas generales, para que un conflicto sea susceptible de enjuiciamiento colectivo, debe bastar con que existan: a) una lesión jurídica que afecte a una pluralidad relevante de personas, haciendo imposible o gravemente dificultoso constituir entre ellas un litisconsorcio (o acumular la totalidad de los reclamos individuales iniciados o a iniciarse por el mismo tema); b) cuestiones comunes de hecho o de derecho que permitan concentrar el debate colectivo en tales cuestiones homogéneas; c) en el caso de los derechos individuales homogéneos, tales cuestiones comunes deben predominar frente a los aspectos individuales de la lesión padecida por cada particular, transformando así a la solución colectiva en un instrumento más adecuado y eficiente para resolver la contienda, que las clásicas soluciones procesales utilizadas para tramitar procesos con partes múltiples (vg., litisconsorcio, acumulación de acciones, intervención de terceros); d) la legitimación y representatividad adecuada de quien actúa en juicio en defensa de los intereses del grupo o clase; e) desde una perspectiva formal, la identificación concreta del grupo y la previsión de mecanismos de *publicidad* y *'opt out'* (derecho de autoexclusión de quienes no deseen quedar comprendidos en el reclamo grupal, siempre que ello sea posible).

7) Una sistematización adecuada de recaudos de admisibilidad de los procesos colectivos debe tender en general a asegurar: a) *la concentración del debate en las cuestiones comunes a todo el grupo* (o a los subgrupos en los que aquél se divida para una administración más eficiente de la contienda) y b) la preservación de la *garantía del debido proceso de los miembros del grupo ausente*.

8) En líneas generales, la identificación de los recaudos de procedencia de los procesos colectivos identificados por la jurisprudencia de nuestros superiores tribunales (como ocurre con la Corte Sup. a partir del caso “Halabi” y con la Sup. Corte Bs. As. a partir del fallo “López”), es compatible con los presupuestos referidos, aunque deberían ser mejor sistematizados. Dicha mejora de los estos estándares referidos deberá implementarse cuando se logre finalmente la recepción legal de este proceso especial.

9) El recaudo pergeñado en el caso “Halabi”, que no encuentra una explicación aceptable en nuestro medio, es el que impone al legitimado grupal la demostración de que *el ejercicio individual de la acción “no aparezca plenamente justificado”, lesionando así el acceso a la justicia, o que —en defecto de lo anterior— exista un “fuerte interés estatal” en la protección de los derechos en juego, por tratarse de grupos tradicionalmente postergados*. Dicha exigencia debería ser revisada por la jurisprudencia y no debería ser incluida en futuras iniciativas parlamentarias sobre el punto.

10) El Código Civil y Comercial unificado (2014), perdió la oportunidad de incorporar previsiones fundamentales en esta materia, que habrían clarificado aspectos significativos de la tutela de los derechos de incidencia colectiva y que resultaban necesarios para dotar de eficacia al tipo de derechos materiales reconocidos en los art. 14, inc. b) y ccs. de dicho cuerpo normativo. Si bien el Anteproyecto de la Comisión Redactora de la reforma había incorporado normas acertadas en este campo, el Poder Ejecutivo las suprimió al elevar el proyecto ante el Congreso Nacional. La supresión se basó en motivos discutibles, que no parecen conciliarse con la fisonomía del resto del articulado finalmente aprobado.

VIII. Bibliografía

AMERICAN LAW INSTITUTE [Reporter: Samuel Issacharoff] (2014). *Principios del derecho de los procesos colectivos* [trad: Francisco Verbic]. México: UNAM [Original: *Principles of the law of aggregate litigation*, 2010].

GIANNINI, Leandro (2005). “Tipología de los derechos de incidencia colectiva”, EN: *Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados*, XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Mendoza: La Ley, p. 40-63.

— (2006 a). “La representatividad adecuada en los procesos colectivos”, EN: *VVAA: Procesos Colectivos* (Eduardo Oteiza —coord.—). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 179-214.

— (2006 b). “Legitimación en las acciones de clase”, EN: *Revista La Ley*. Buenos Aires: La Ley, t. 2006-E, p. 916.

— (2007). *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*. La Plata: Librería Editora Platense.

— (2009). “Los procesos colectivos en la Ley General Ambiental. Propuestas de reforma”, EN: *VVAA* (Coord.: Berizonce, Roberto O.), *Aportes para una justicia más transparente*. La Plata: Librería Editora Platense, p. 105-169.

— (2012 a). “Apuntes para el tratamiento de los proyectos de ley sobre procesos colectivos y acciones de clase”, EN: *Revista de Derecho Procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, vol. 2012 (Número Extraordinario), p. 15-50.

— (2012 b) “Los derechos de incidencia colectiva en el proyecto de Código Civil y Comercial (aportes para su redefinición)”, EN: *Doctrina Judicial*. Buenos Aires: La Ley, p. 89.

— (2013). “Los fines de la reforma a la justicia civil. ¿Para qué debemos cambiar la forma de hacer justicia?”, EN: *Voces en el Fénix*, Revista del Plan Fénix, n° 30, noviembre. [on line] http://www.vocese-nelfenix.com/sites/default/files/pdf/6_5.pdf

GIDI, Antonio (2007). *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

VERBIC, Francisco (2009). “El proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente 25.675. En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la República Argentina”, EN: *Revista de Processo*, n. 157. Brasil: Revista dos Tribunais.

— (2013). *Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva de derechos en la República Argentina*, [on line]. <https://unlp.academia.edu/FranciscoVerbic> (consultado abril de 2014).

— (2014 a). “Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina”, EN: *Erreiison line*. [on line] www.erreiison.com/

— (2014 b). “La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires recibe a “Halabi” en su doctrina legal”, [on line]. <http://classactionsargentina.com/2014/04/13/la-suprema-corte-de-la-provincia-de-buenos-aires-recibe-a-halabi-en-su-doctrina-legal-ba> [último acceso abril de 2014].

SALGADO, José María (2013). “Legislar los procesos colectivos”, EN: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, n. 1, p. 211-252.

Jurisprudencia

Corte Sup., 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.

Corte Sup., 27/12/1957, “Siri, Ángel s/ interpone recurso de habeas corpus”. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 1957-239, 459-467.

Corte Sup., 01/06/2000, “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo”, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 2000-323, 1339.

Corte Sup., 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.

Corte Sup., 03/05/2005, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación*, Buenos Aires, 2005-328, 1146.

Corte Sup., 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c. PEN —Ley 25.873 Dec. 1563/2004- s/ amparo”. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación*, Buenos Aires, 2009-332, 111.

Corte Sup., 26/06/2012, “Cavaliere Jorge c. Swiss Medical S.A. s/Amparo”. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación*, Buenos Aires, 2012-335, 1080.

Corte Sup., 21/08/2013, “PADEC c. Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”.

Corte Sup., 24/06/2014, “Consumidores Financieros Asociación Civil p/s Defensa c. La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario”.

Corte Sup., 27/11/2014, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales S.A. s/ordinario”.

Corte Sup., 10/02/2015, “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y Otros s/ordinario”.

Corte Sup., 10/02/2015, “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Amparo”.

Sup. Corte Bs. As., 26/03/2014, C. 91.576, “López, Rodolfo Osvaldo c. Cooperativa Eléctrica de Peñajó. Sumarísimo”. ♦

Fecha de recepción: 09-03-2015

Fecha de aceptación: 19-09-2015

La justicia municipal de faltas en la provincia de Buenos Aires

POR VICENTE S. ATELA (*) y JUAN MANUEL CAPUTO (**)

Sumario: I. Introducción.— II. La recepción constitucional del municipio.— III. La república municipal.— IV. La Justicia Municipal de Faltas en el Derecho Constitucional de las provincias argentinas.— V. La Justicia Municipal de Faltas en la provincia de Buenos Aires.— VI. Marco legal reglamentario (dec.-ley 8.751).— VII. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.— VIII. Conclusiones.— IX. Bibliografía.

Resumen: El régimen de la Constitución Nacional acerca del municipio (arts. 5° y 123) recepta el principio de organización de gobierno local autónomo, sobre la base del principio representativo y republicano, con división tripartita de las funciones (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), en donde la Justicia Municipal de Faltas se constituye en la expresión del poder jurisdiccional en el ámbito local.

Palabras claves: municipio - Justicia Municipal de Faltas - aspectos constitucionales - justicia municipal - Régimen Justicia Municipal de Faltas en la Provincia de Buenos Aires.

The municipal justice fouls in the province of Buenos Aires

Abstract: *The regime of the Constitution about the municipality (arts. 5° to 123) embodies the principle of local self-government organization on the basis of the representative and republican principle, with tripartite division of functions (Executive, Legislative and Judicial) in where the Municipal Justice Fouls becomes the expression of jurisdictional power at the local level.*

Key words: *municipality - Municipal Justice Fouls - constitutional issues - municipal justice - Regime Province of Buenos Aires.*

I. Introducción

El presente artículo efectúa una aproximación acerca de la naturaleza, organización y funcionamiento de la “Justicia Municipal de Faltas” de la que no se encuentra mucha literatura jurídica al respecto.

La organización estadual del gobierno local, y su profundización a partir de las reformas de las constituciones provinciales con el retorno a la plena vigencia del Estado de Derecho en 1983 y el reconocimiento de su carácter de “gobierno autónomo” (1), profundizaron la trascendencia que tiene el municipio para el modelo federal argentino.

(*) Prof. Titular Ordinario de Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP; Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Constitucional II, Departamento de Ciencias Económicas y Jurídicas, UNNOBA; docente de postgrado en curso “El Sistema Constitucional Bonaerense” y la especialización en Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

(**) Auxiliar Docente de Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

(1) Las constituciones provinciales a partir de la provincialización de los últimos territorios nacionales comenzaron a receptor en sus textos el principio de la autonomía de los municipios, con un sentido amplio (institucional, político, económico-financiero y administrativo).

Para ello debemos entender que producto de los principios emergentes en los arts. 1° y 5° de la Constitución Nacional, toda organización estadual infra Estado Federal y Estado Provincia deben resguardar en su organización los principios de “gobierno representativo” y “forma republicana”.

Así cabe entender cómo se hace realidad el principio republicano en el ámbito municipal, entendiendo que la misma se caracteriza por la figura del Intendente (poder ejecutivo), Concejo Deliberante (poder legislativo), y Poder Judicial (justicia municipal de faltas).

Este trabajo está destinado a analizar la figura de la justicia municipal de faltas, su naturaleza y alcance, misiones y funciones.

II. La recepción constitucional del municipio

La constitución federal de 1853 su única referencia a lo municipal estaba dada en el art. 5° (garantía federal) en cuando impone a las provincias —entre otros deberes— la obligación de establecer el gobierno municipal, garantizando una mayor descentralización política en el territorio.

Desde antaño los Cabildos tuvieron gran trascendencia en la organización de las ciudades, teniendo una gran significación, acuñándose la frase “cabildo, justicia y regimiento”, teniendo un abanico amplio de atribuciones.

El Cabildo equivalía a la cabeza de la ciudad, teniendo atribuciones en materia de ornato, servicios públicos, sanidad, y toda forma directa o indirecta vinculada al progreso local. Además tenía funciones de justicia, entendiendo en cuestiones justiciables de menor cuantía y regimiento que en su concepción amplia comprendía el ejercicio del poder de policía.

Esta forma de organización del Cabildo fue trascendente para lo que hoy conocemos como municipio y el germen de la organización de las actuales provincias, siendo que el movimiento revolucionario de 1810 en el Cabildo de Buenos Aires luego se trasladó hacia el interior dando independencia e importancia política. Tal fue así que las funciones del Cabildo eran múltiples hasta que se llevó a su disolución en Buenos Aires por ley del 24 de diciembre de 1821, que inspirado en las ideas de Bernardino Rivadavia promovía una mayor centralización y la idea de limitar sus atribuciones (2).

Comenzada la organización con la sanción de la Constitución Nacional (1853), recepta a la institución municipal en el art. 5°, al imponer como obligación en la organización de las provincias que establezcan la estructura de los municipios.

El antiguo régimen colonial del cabildo es el antecedente directo de la justicia municipal, donde la administración de justicia, el cuidado y ejercicio del poder de policía eran atribuciones propias de lo local. Desde el origen de Buenos Aires, la justicia y la policía fueron vecinales, y ello se originaba en el acta legal del 11 de junio de 1580, que confería a los fundadores la facultad de organizar la justicia y su elemento auxiliar que era la policía. Las actas jurisdiccionales establecen atribuciones amplias y comprenden materias que en nuestros días corresponden a la justicia ordinaria y otras que corresponden a la materia contravencional.

Alberdi al realizar el proyecto de constitución para la provincia de Mendoza, establece un poder municipal que opera como cuarto poder dentro de la estructura gubernativa, con atribuciones judiciales, tomando como fuente los antecedentes de los cabildos coloniales.

Con la sanción de la Constitución de 1853 la idea del poder judicial municipal quedó desplazada, empezando a entender al municipio como una organización de “delegación”, sin poderes propios, como mera concesión y revocables de los poderes provinciales, siendo al decir de Sagüés un municipio arrinconado entre la nación y las provincias.

(2) Se alteró así el sistema comunal de origen español que, a su vez, provenía de derecho romano y con objetivos no centralistas, y se adoptó un modelo opuesto (centralizado) de los prefectos franceses del tiempo del imperio napoleónico. El eje político en las Provincias comienza a ser quién detentaba la función de Gobernador.

Así se comenzó a delinear una línea de interpretación del municipio como un “ente autárquico” que se mantuvo durante largo tiempo en la doctrina (al menos hasta la aparición de las doctrinas municipalistas hacia la década de 1920-1930) y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con sus vaivenes, hasta el fallo “Rivademar, Ángela c. Municipalidad de Rosario” (1989) (3), cuestión que definitivamente quedó superada con la reforma constitucional de 1994 al incorporarse el art. 123.

III. La república municipal

Al decir de Antonio María Hernández, no caben dudas que con la introducción del art. 123 (4) en la constitución nacional reformada, al establecer el principio de “autonomía” en la organización de los municipios, complementa y aclara lo establecido en el art. 5º, prescribiendo que para el ejercicio del poder constituyente por las provincias uno de los requisitos establecidos es el de asegurar un régimen municipal autónomo, entendiéndose que en la organización del gobierno local debe ser respetado el principio de división de poderes.

Debe entenderse que al municipio de nuestros días, la constitución federal le impone la carga político institucional de receptor en sus cartas orgánicas o las Leyes orgánicas que sancionen las legislaturas, una organización republicana para lo cual entre otros principios debe establecer los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial).

Desde antaño la Escuela Municipalista de La Plata a través de su máximo exponente, Adolfo Korn Villafañe, en su doctrina de la “república representativa municipal” sostiene que los gobiernos locales deben ser reflejo y semejanza a lo que impone la constitución nacional para las provincias, ya que el Municipio es la máxima descentralización política en la organización federal, respetando el principio republicano de división de los poderes en un órgano ejecutivo (Intendente), legislativo (Concejo Deliberante) y judicial (Justicia Municipal de Faltas).

La teoría de la república representativa municipal al bregar por la autonomía, dando rango de poder de estado, de gobierno, al “régimen municipal”, institucionaliza la independencia funcional de las municipalidades con todas sus implicancias: vigencia de los derechos cívicos y electorales, elección popular de las autoridades o magistraturas comunales, periodicidad en las funciones, responsabilidad de los mandatarios, publicidad de los actos y de la gestión gubernativa, alternabilidad, división de los poderes. Precisamente con referencia a la división de los poderes, independientes entre sí pero armonizados e integrados, la teoría de la república representativa prevé para el ámbito comunal el respectivo poder judicial (5).

Significa hacer efectivo la imposición constitucional que tiene toda forma de organización política dentro del orden federal de establecer la forma de gobierno representativa y republicana (6).

IV. La Justicia Municipal de Faltas en el Derecho Constitucional de las provincias argentinas

Si bien las provincias argentinas a lo largo de su historia institucional no tienen un denominador común en cuanto al encuadre jurídico de la justicia municipal de faltas, en cuanto importa materia de legislación local acerca de su organización, competencias y funcionamiento, no es menos que empieza a tomar relevancia en las Constituciones Provinciales más modernas y en las cartas orgánicas municipales.

(3) Hasta el año 1989 la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sostenido que los municipios constituían entes autárquicos territoriales de las provincias, definidas como delegaciones de los mismos poderes provinciales, circunscriptos a fines y límites administrativos (“Ferrocarril del Sud c. Municipalidad de La Plata” del año 1911, Fallos 114:282), pero que luego en 1989 en el caso “Rivademar, Ángela c. Municipalidad de Rosario” (Fallos 312:326) se pronunció por la autonomía municipal, señalando claramente la diferencia entre un ente autárquico y un ente autónomo.

(4) 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.

(5) Bernard, Tomás Diego en su libro Régimen Municipal Argentino, p. 101. En el mismo sentido se expresa Rossatti, Horacio, en su Tratado de Derecho Municipal, t. II, p. 247.

(6) Este análisis surge de relacionar los arts. 1º, 5º y 22 de la Constitución Nacional.

En un primer período se reconoció la existencia de la materia contravencional local pero se ponía en cabeza del Intendente su ejercicio, quien a su vez lo delegaba en oficinas de sumarios o con competencia en faltas, en las que claramente respondían a organizaciones administrativas con alguna función jurisdiccional. Esto respondía a la idea de órganos administrativos con funciones jurisdiccionales.

Más a nuestros días, en la necesidad de dotar mayor estabilidad e independencia de los órganos de administración (órgano ejecutivo Intendente), se comenzó a crear estructuras denominadas Justicia Municipal que a cargo de “jueces letrados” se los inviste de independencia del Ejecutivo, se establecen reglas para el procedimiento y juzgamiento, marcando la incorporación al proceso municipal de faltas del resguardo de las garantías constitucionales del debido proceso, consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional.

La clásica concepción del municipio como un ente autárquico, y no como un verdadero orden de Estado, con descentralización del poder y con funciones propias, entendieron que la justicia municipal respondía a la idea de tribunales administrativos. Así entendía que realizan funciones cuasi judiciales pero sin reconocerlo como poder judicial municipal. Sus precursores entienden que todo organismo legalmente dependiente del poder ejecutivo en el ámbito nacional, provincial o municipal aun cuando desempeñe funciones coercitivas similares a las judiciales, no puede ser considerado poder judicial pues siempre es un ente subordinado al Ejecutivo.

A partir de 1957 se inicia un proceso constituyente provincial caracterizado por el expreso reconocimiento del principio de la autonomía municipal en tus textos constitucionales, receptando dentro de las atribuciones de gobierno local la de establecer juzgados de faltas. En este sentido podemos citar la constitución de Corrientes de 1960 en su art. 163 inc. 15; Chaco del año 1957 en su art. 192; Neuquén del año 1957 en su art. 204 inc. k; en todas ellas se establece la atribución de crear una justicia municipal de faltas, remitiendo a una Ley general la reglamentación de su funcionamiento.

Aún cuando no existía ese reconocimiento en el texto constitucional, no ha sido obstáculo para que haya sido creada y organizada la justicia municipal de faltas mediante normativa infra constitucional como ha sido los casos de la provincia de Buenos Aires, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe y La Pampa.

Recién a partir del año 1983 resurge un movimiento reformista de los textos de las constituciones provinciales con amplio reconocimiento de la autonomía municipal y la generalizada incorporación en los textos constitucionales de la justicia de faltas y el deber de dictar los códigos de la materia y los procedimientos de actuación ante dichos órganos (7).

A poco que se indaga sobre sus textos constitucionales se observa que establecen como principio de organización municipal la forma “representativa y republicana” pero cuando se establecen los órganos sólo reconocen al Departamento Ejecutivo (Intendente) y Departamento Deliberativo (Concejo Deliberante), haciéndolo en cuanto a la justicia municipal de faltas no como un tercer órgano de poder sino como ente de naturaleza administrativa con función jurisdiccional, siendo un error por cuanto desconoce el mandato constitucional de una república municipal.

Así podemos citar la Constitución de Corrientes que en el art. 233 dice “Los municipios pueden crear juzgados administrativos de faltas para el juzgamiento de las infracciones a las normas municipales y a aquellas en las que el municipio sea autoridad de aplicación (...)”. Otras en cambio, tampoco reconociendo la existencia de un poder judicial reconocen la institución justicia municipal pero lo derivan a su reglamentación por ordenanza, como ser Córdoba en su art. 187 que dice “Las disposiciones orgánicas municipales y las ordenanza que en su consecuencia se dicten pueden autorizar a las autoridades a imponer multas (...). Las disposiciones orgánicas pueden establecer Tribunales de Faltas”; Entre Ríos en su art. 240 dice “Los municipios tienen las siguientes competencias: (...) 8) Establecer los órganos

(7) Salta (art. 176 inc. 20), San Juan (art. 251 inc. 5º), Jujuy (art 190 incs. 13 y 14), La Rioja (art. 157 inc. 1º), Córdoba (art. 187), Catamarca (art. 252 inc. 13), Tucumán (art. 111) y Tierra del Fuego (art. 175 inc. 4º).

que intervendrán en el juzgamiento y sanción de las infracciones municipales, organizando un régimen jurisdiccional a cargo de jueces de faltas, fijando una instancia de apelación (...); Jujuy en el art. 189 dice “Es competencia de los municipios, en los términos de la Constitución y la Ley, lo siguiente: (...) 14) Crear tribunales para el juzgamiento de las faltas municipales (...)”; San Juan en su art. 251 dice “Son atribuciones comunes a todos los municipios, con arreglo a los principios de sus cartas y la Ley orgánica, los siguientes: (...) 5) Crear Tribunales de Faltas y Policía Municipal”; Neuquén en su art. 273 reza “Son atribuciones comunes a todos los municipios, con arreglo a sus cartas y Leyes orgánicas (...) Crear tribunales de falta y policía municipal (...)”; Tierra del Fuego en el art. 175 dice que “La Provincia reconoce las siguientes competencias sólo a los municipios con autonomía institucional: (...) 4) Establecer el procedimiento administrativo y organizar la justicia de faltas (...)”; Salta en su art. 176 “Compete a los municipios sin perjuicio de las facultades provinciales, con arreglo a las cartas orgánicas y Leyes de Municipalidades: (...) La facultad de crear órganos de control y tribunales de faltas de conformidad con las respectivas Cartas Orgánicas (...)”.

Aquellas provincias que receptan la autonomía plena de los municipios, y que permiten el dictado de su propia carta orgánica, al momento de reglamentar sus órganos, reconocen la existencia de una justicia municipal de faltas, estableciendo sus principios organizacionales y competencias, derivando al dictado de una ordenanza su implementación. En la comparación de algunas cartas orgánicas se observa su expreso reconocimiento como “justicia municipal de faltas” (carta orgánica de la ciudad de San Juan y la de Neuquén), en cambio otras como “justicia administrativa de faltas” (carta orgánica ciudad de Viedma) o “tribunales administrativos de faltas” (carta orgánica de la ciudad de Córdoba y de la ciudad de Salta). También receptan la justicia municipal de faltas en su carta orgánica las ciudades de San Luis, Jujuy, San Carlos de Bariloche, General Roca, entre otras.

Ya sea en su recepción en la Constitución Provincial o en las Cartas Orgánicas todas al momento de establecer sus principios de organización establecen los siguientes: a) Justicia de faltas con plena autonomía institucional y administrativa, b) Juez letrado, c) Procedimiento que asegure el derecho de defensa en juicio y debido proceso, d) La mayoría recepta el carácter de cargo vitalicio, e) Procedimiento basado en la celeridad, inmediatez, sencillez de procedimiento y su carácter oral y público.

Entendemos que en la actualidad, a partir de los principios organizacionales y autonómicos que emergen de los arts. 5º y 123 de la Constitución Nacional, serán las provincias en sus constituciones o los municipios al dictar su carta orgánica, quienes ejerciendo su “poder constituyente” plasmen el principio republicano de división de poderes, debiendo establecer un auténtico poder judicial municipal con competencia en el juzgamiento de materia local y eminentemente en materia derivada del ejercicio del poder de policía o contravencional. No habrá autonomía municipal plena si no se reconoce la división tripartita de los poderes en la organización del Estado Municipal (8).

Así podemos sostener que la justicia municipal de faltas de cualquier municipio de la Argentina deberá respetar los siguientes principios organizacionales: a) órgano creado por Ley u ordenanza (organización y funcionamiento), b) a cargo de Juez letrado, c) inamovilidad del funcionario Juez, d) independencia de los otros poderes locales, e) se asegure el debido proceso y garantías constitucionales, f) intangibilidad de la remuneración del Juez de Faltas, g) demás garantías constitucionales que aseguren la independencia del órgano judicial; bajo éstas premisas corresponde dejar superada la idea de que se trata de organizaciones administrativas jurisdiccionales por cuanto se constituye en “Poder Judicial Municipal” en el marco de las competencias locales (9).

(8) Gordillo, Agustín (Introducción al Derecho Administrativo) rescata a la Justicia Municipal de Faltas de la Capital Federal de la calificación de “tribunales administrativos”, y con identidad similar en razón a la materia y territorio, a la que ejerce la justicia provincial dentro de sus jurisdicciones. Los jueces de faltas como jueces locales.

(9) El “IV Congreso Nacional de Jueces de Faltas Municipales” celebrado en Posadas en octubre de 1988 estableció la eliminación del término administrativo de los Códigos de Faltas de distintas provincias y de cualquier otro ordenamiento que así lo denomine, no admitiendo en el ámbito municipal ningún organismo administrativo con facultades y funciones de jerarquía superiora a del cuerpo judicial.

Aun cuando el alcance funcional y de las competencias municipales están limitadas por la Constitución nacional y por el modelo municipal que recepte la constitución provincial (determinación de las competencias municipales) nada impide que sean las propias leyes orgánicas o cartas orgánicas municipales que al momento de reglamentar los poderes-órganos aseguren la división republicana de los poderes, reconociendo un poder judicial local que tendrá como misión esencial juzgar las controversias que se susciten como derivación de la competencia local. Y esta última es la única interpretación posible a partir del principio de autonomía que impone el art. 123 de la Constitución Nacional, dado que no hay autonomía posible, sin un poder judicial propio del municipio.

V. La Justicia Municipal de Faltas en la provincia de Buenos Aires

El régimen constitucional de los municipios en la provincia de Buenos Aires se encuentra en la Sección Séptima de su Carta Magna, estableciendo en su art. 190 que: “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 (...)”.

Aun cuando la propia constitución nacional impone en carácter de garantía política constitucional la forma de organización republicana, tanto para las provincias como para los municipios (10), no recepta explícitamente el principio de autonomía. Así se observa que desde la constitución local, y luego en la Ley Orgánica de las Municipalidades (dec.-ley 6.769/1958), sólo reconoce como poderes en el municipio al Intendente (poder ejecutivo) y al Concejo Deliberante (poder legislativo), nada dice acerca de la función jurisdiccional.

La justicia municipal de faltas no contemplada en el régimen constitucional bonaerense histórico, recién la reforma del año 1994 (11), hace una referencia indirecta cuando se reglamenta el poder judicial, al sostener en el art. 166 que “La legislatura (...) Asimismo podrá establecer una instancia de revisión judicial especializada en materia de faltas municipales (...)”, por lo que pareciera negar la posibilidad de existencia de un poder judicial municipal con funciones jurisdiccionales *stricto sensu*.

Esta disposición no puede ser interpretada de manera aislada a lo que manda los arts. 5º y 123 de la constitución nacional, máxime cuando la provincia de Buenos Aires no adaptó su régimen constitucional municipal hacia el principio de autonomía, lo que lleva a algunos constitucionalistas a sostener que la carta bonaerense padece de inconstitucionalidad por omisión. Partiendo de ello, no puede privar y negar al “Estado municipal” la existencia de un poder judicial propio, máxime cuando el citado art. 166 dice “asimismo podrá establecer una instancia de revisión”, preguntándonos qué ocurriría si la legislatura no cumple con esa manda o decide no establecer una instancia de revisión judicial. En este último caso, nos permite afirmar la autonomía municipal jurisdiccional ya que si la legislatura no establece la revisión judicial, si podrá en cambio reglamentar en la propia Ley Orgánica de las municipalidades la justicia municipal competente en materia local.

En la actualidad nos encontramos lejos de esta situación, siendo que el régimen municipal bonaerense reconoce una autonomía muy devaluada, con clara tendencia hacia la concentración y dependencia institucional, política y financiera de los gobiernos locales hacia el poder provincial.

VI. Marco legal reglamentario (dec.-ley 8.751)

La justicia municipal de faltas en el ámbito bonaerense no emerge ni de la Constitución ni de la ley orgánica de los municipios, sino de una ley especial (dec.-ley 8.751) que lo rige.

(10) 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 estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

(11) Si bien la Ley declarativa de necesidad de la reforma de la constitución bonaerense habilitaba la modificación de la sección destinada al gobierno municipal, no hubo modificación por cuanto no se reunió la mayoría agravada que se exigía para su reforma.

El marco de competencias de esa Justicia Municipal de Faltas se aplica al juzgamiento de las normas municipales dictadas en el ejercicio del poder de policía y a las normas nacionales y provinciales cuya aplicación corresponda a las municipalidades (art. 1º), siendo competente en nuestros días en materia de tránsito, salubridad, espectáculos, edilicia, derecho consumidor, etc.

Aun cuando el dec.-ley 8.751/1.977 reglamenta el funcionamiento del órgano justicia municipal de faltas, dispone que la jurisdicción para el conocimiento y juzgamiento de los casos puede darse mediante dos mecanismos (12): a) Por los Jueces de Faltas en aquellos municipios en los que el Concejo Deliberante los hubiere creado por Ordenanza o b) El Intendente en los casos que no hubiere sido creado el órgano justicia municipal de faltas, o en caso de excusación de los Jueces de Faltas. Se observa que no resulta imperativo para todos los municipios de la provincia de Buenos Aires el establecimiento de una justicia municipal, sino que responde a una decisión política local y que debe ser expresada en una Ordenanza.

En la actualidad grandes ciudades tienen creada y organizada la justicia municipal luego de su creación por Ordenanza, como son las ciudades de Bahía Blanca, Junín, La Plata, Mar del Plata, en cambio otras —aun cuando la densidad poblacional y niveles de conflicto lo recomiendan— persisten en mantener la función en cabeza de los Intendentes, como el caso de La Matanza (13), Chascomús y Berazategui. Esta última posibilidad, amén de estar prevista normativamente, incurre en una grave inconstitucionalidad por cuanto el Intendente se convierte en “juez y parte”, ya que la autoridad administrativa de comprobación de la infracción resulta un empleado municipal dependiente del órgano ejecutivo y al mismo tiempo éste se constituye en juez del caso, todo ello violenta la garantía constitucional de “juez imparcial o tercero imparcial” (art. 18 Constitución Nacional). En los términos actuales del régimen constitucional federal y la recepción del principio de autonomía, debería modificarse el dec.-ley 8.751/1977 y establecer que todos los municipios hoy en día tengan organizada una justicia municipal independiente del órgano ejecutivo.

Si bien como sostuviéramos en párrafos anteriores que los únicos órganos reconocidos en el ámbito municipal bonaerense son el Intendente y el Concejo Deliberante, se observa que la Justicia Municipal —en los casos que son creados por Ordenanza— se encuentran revestidos de ciertas garantías que son propias de los magistrados *strictu sensu* como ser la designación del Intendente con previo acuerdo del Concejo Deliberante (14), inamovilidad en el cargo (15), órgano ad hoc y específico para su remoción (16), intangibilidad de las remuneraciones (17), procedimiento verbal, sencillo y actuado (18), siendo

(12) Art. 19, dec.-ley 8.751/1977 y modificatorias.

(13) En este caso se ha mantenido sin justicia municipal de faltas hasta diciembre de 2014 que se ha creado por ordenanza municipal.

(14) Art. 21, dec.-ley 8.751/1977 “Los jueces de faltas serán designados por el Intendente Municipal, previo acuerdo del Concejo Deliberante, que será prestado por simple mayoría de votos de los miembros que integran dicho cuerpo”.

(15) Art. 22, dec.-ley 8.751/1977 “Los jueces de faltas gozarán de estabilidad en sus funciones desde su designación y únicamente podrán ser removidos por algunas de las siguientes causas: a.- Retardo de justicia; b.- Desorden de conducta; c.- Inasistencias reiteradas no justificadas; d.- Negligencia o dolo en el cumplimiento de sus funciones; e.- Comisión de delitos que afecten su buen nombre y honor; f.- Ineptitud; g.- Violación a las normas sobre incompatibilidad”.

(16) Art. 23, dec.-ley 8.751/1977 “La remoción de los jueces de faltas, sólo procederá, previo juicio que deberá sustanciarse ante un jurado de siete [7] miembros, que podrá funcionar con un número no inferior a cuatro [4], integrado por un [1] Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Penal con jurisdicción en el partido al que el Municipio corresponda, quien será designado previo sorteo entre los integrantes de la Cámara, que lo presidirá; tres [3] abogados inscriptos en la matrícula del Colegio Departamental al que corresponda el Municipio y residentes en él; que serán desinsaculados por el Concejo Deliberante de una lista que deberá confeccionar anualmente el Colegio de Abogados a los fines de ser remitida a cada Municipio que integre el Departamento Judicial, y tres [3] Concejales de los cuales uno [1], de existir en el cuerpo, deberá poseer el título de abogado”.

(17) Art. 26 dec.-ley 8.751/1977 “Los gastos que demande el sostenimiento de la justicia de faltas estará a cargo del presupuesto municipal. Los sueldos de los jueces de faltas no podrá ser inferiores a los de Directores del Departamento Ejecutivo. Estos sueldos no podrán ser disminuidos mientras permanezcan en funciones”.

(18) Art. 46 dec.-ley 8.751/1977 “Dentro de las cuarenta y ocho [48] horas de recibidas las actuaciones o labradas las denuncias, se citará al imputado para que comparezca ante el Juez de Faltas en la audiencia que se señalará, al efecto de

casi todas ellas notas características tendientes a resguardar la independencia y ajenidad hacia los poderes políticos de la organización de la justicia municipal. Estas notas características, sumado al deber constitucional de adoptar la forma republicana de gobierno en el ámbito municipal, nos animan a sostener que decididamente la Justicia Municipal de Faltas debe necesariamente constituirse en el Poder Judicial en el ámbito local.

Lamentablemente ésta no es la postura asumida por el legislador bonaerense y la interpretación de la Suprema Corte Provincial, quienes entienden que se trata de un órgano administrativo de cuyas decisiones —aun cuando el art. 51 dice “sentencia” y art. 54 dice “de las sentencias definitivas”— deben ser revisables o controlables en una instancia judicial. En un inicio se pensó que las resoluciones que dicten los juzgados de faltas sean revisables por el fuero contencioso administrativo, no obstante la ley 12.008 (19) exceptuó de conocimiento del fuero aquellas decisiones del órgano judicial previsto en el art. 166 de la constitución de la provincia de Buenos Aires, quedando vigente lo establecido en el dec.-ley 8.751/1977 que establecen comoalzada la justicia en lo criminal y correccional, hoy la justicia correccional (20).

También debe superarse la visión legislativa que permite asumir al Intendente la función de la justicia municipal de faltas en aquellos municipios que no hubieren sido creados por Ordenanza Municipal, siendo que ello claramente quiebra la garantía constitucional de ser enjuiciado por “un tercero imparcial” al revestir el Intendente una doble condición, autoridad de constatación de la infracción —el inspector o empleado municipal es un dependiente del Intendente— y órgano del juicio municipal de faltas, claramente inconsistente a la luz de la citada garantía. Así resulta necesario que la legislatura modifique el dec.-ley 8.751/1977 y torne obligatorio para todos los municipios de la provincia de Buenos Aires el establecimiento en el ámbito de su competencia el órgano Justicia Municipal de Faltas.

VII. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires

La Suprema Corte de Justicia bonaerense sostiene en numerosos precedentes, y siguiendo el criterio de la Corte Federal en lo relativo a su naturaleza, definiéndolos como órganos de la administración municipal con funciones jurisdiccionales, lo que excluye su inserción dentro del poder judicial y priva a sus decisiones del carácter de sentencias. Entendiendo que ejercen función administrativa es que la Corte de Justicia de la Nación ha dispuesto la aplicación de su doctrina sobre el “control judicial suficiente” a las decisiones que dictan éstos órganos (21).

Sin embargo en el precedente “Sebey” (Causa B 57.454 del año 2004) en voto mayoritario del Juez Negri sostuvo: “(...) La actual organización de la justicia de faltas en la Provincia de Buenos Aires ha sido instituida por el dec.-ley 8.751/1977 —enmendado posteriormente por ley 10.269— norma que modificó sustancialmente la escasa reglamentación que sobre el punto traía el dec.-ley 6.769/1958 (arts. 162 a 164). El llamado Código de Faltas Municipales establece que el juzgamiento de éstas estará a cargo de la justicia de faltas “(...) cuya organización, competencia, régimen de sanciones y procedimiento se regirán por la presente Ley”. También dispone que la jurisdicción en materia de faltas será ejercida por los jueces de faltas en aquellos partidos en los que el Departamento Deliberativo hubiese dispuesto la creación de juzgados de faltas; por los Intendentes, en los partidos en donde no hubieren juzgados de faltas o donde los hubiere en los casos de excusación de éstos y, en grado de apelación, por los jueces de primera instancia en lo penal —actualmente en lo criminal y correccional— (art.

que formule su defensa y ofrezca y produzca en la misma audiencia la prueba de que intente valerse, bajo apercibimiento de hacerlo conducir por la fuerza pública y que se considere su incomparecencia injustificada como circunstancia agravante. En la notificación se transcribirá este artículo. La audiencia se fijará para una fecha comprendida entre los cinco [5] y diez [10] días de la resolución que lo ordena y se notificará al imputado con una antelación mínima de tres [3] días”.

(19) Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires, en vigencia desde el 01/06/1999 según ley 12.162.

(20) Art. 19 dec.-ley 8.751/1977 y modificatorias.

(21) Corte Sup., in re “Derna” Fallos 301:1160; “Lococco” Fallos 310:674; “Di Salvo” Fallos 311:334, entre otros.

19). El mismo ordenamiento, tras consagrar los requisitos para ser juez de faltas, prevé que éstos serán designados por el Intendente municipal, previo acuerdo del Concejo Deliberante (art. 21), determina expresamente su inamovilidad del cargo y regla procedimiento especial de remoción (arts. 22 a 25), así como aspectos vinculados con la remuneración que no podrá ser disminuida mientras permanezcan en las funciones (art. 26). Como ha sostenido el Tribunal —por mayoría— en la causa B 57.912 citada, sea cual fuere la naturaleza de la Justicia de Faltas desde el punto de vista de la organización institucional de los municipios de la provincia de Buenos Aires, el citado ordenamiento legal (Código de Faltas: dec.-ley 8.751 y ley 10.269) ha instaurado un órgano dotado de alguna autonomía funcional y cierta independencia en relación a los dos departamentos que componen la municipalidad. Y principalmente, en lo que respecta al tema de debate en autos, a que, enmarcado en tal propósito, se ha previsto claramente que su creación sólo puede ser dispuesta por el Concejo Deliberante (art. 19, inc. “a”) y que para la designación de los jueces es necesario el concurso de ambos departamentos (art. 21). La misma finalidad, evidentemente, persiguen las normas recordadas ut supra, que consagran su inamovilidad y la intangibilidad de sus remuneraciones (...).”

Este precedente contemporáneo, reafirma y mantiene el criterio sostenido en la causa B 57.912 “Concejo Deliberante de Coronel Suárez”, siendo que posteriormente han llegado a conocimiento del Superior Tribunal Bonaerense numerosos casos vinculados a la temática justicia municipal de faltas, utilizando diferentes tipos de procesos como han sido la acción contencioso administrativa, acción de amparo y conflicto de poderes. A continuación realizaremos una apretada síntesis de la doctrina judicial emergente en diferentes casos llegados a conocimiento del máximo tribunal:

Causa B 57.912 “Concejo Deliberante de Coronel Suárez c. Municipio de Coronel Suárez s/ conflicto de Poderes” del año 1997

El Presidente del Honorable Concejo Deliberante del Municipio de Coronel Suárez plantea y denuncia conflicto de poderes contra el Ejecutivo Municipal por cuanto éste mediante acogimiento a la ley provincial de emergencia económica y racionalización administrativa dispuso la supresión de la Justicia Municipal de Faltas. Sostuvo que la actual organización de la Justicia de Faltas en la provincia de Buenos Aires ha sido instituida por el dec.-ley 8.751/1977, siendo que una vez creados no pueden válidamente suprimirse, ello sólo podría hacerlo, en el marco normativo actualmente vigente y en virtud del principio de paralelismo de las competencias, el Concejo Deliberante. Sea cual fuere la naturaleza de la Justicia de Faltas desde el punto de vista de la organización institucional de los municipios de la Provincia de Buenos Aires, del análisis de los arts. 19, 21/26 del dec.-ley 8.751/1977 se permite inferir que el legislador bonaerense —ya en período *de iure*— ha querido instaurar un órgano dotado de alguna autonomía funcional y cierta independencia en relación a los dos departamentos que componen la municipalidad. La creación de la justicia de faltas sólo puede ser dispuesta por el Concejo Deliberante y para la designación de los jueces es necesario el concurso de ambos departamentos. Las atribuciones invocadas por el Departamento Ejecutivo, que son las que excepcionalmente le ha otorgado la ley 11.685 (22) (de reorganización de estructuras administrativas en las municipalidades y sus entes descentralizados), no autorizan el dictado de un acto que disponga el cese del Juzgado Municipal de Faltas, la extinción de la relación de empleo público de su personal jerárquico y la reasunción por su parte, del juzgamiento de las faltas municipales. La Suprema Corte Bonaerense dicta sentencia haciendo

(22) La Ley Provincial 11.685 (prorrogada su vigencia por Ley 11.907) dispuso en su art. 1º “Declarase de interés provincial la reorganización de las estructuras administrativas y la racionalización y ordenamiento eficaz de los recursos humanos de las municipalidades de la Provincia, sus entes descentralizados, organismos desconcentrados y todo otro ente en el que los Municipios o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria de capital o en la formación de sus decisiones”, art. 3º “Los titulares de los Departamentos Ejecutivos Municipales podrán disponer la extinción, supresión, transformación, escisión o fusión de unidades o dependencias orgánicas cualquiera sea su denominación o ubicación estructural, asignándoles incluso a las subsistentes las misiones, funciones, acciones y objetivos y ámbitos de competencia que estime corresponder. La reorganización estructural así dispuesta comprenderá las modalidades previstas en los artículos siguientes con todos sus alcances y efectos”. La citada normativa habilitaba la posibilidad de establecer la disponibilidad del personal con o sin obligación de prestar servicios, jubilación obligatoria, jubilación anticipada, retiro voluntarios, entre otras medidas de emergencia.

lugar al conflicto de poderes, dejando sin efecto el Decreto del Intendente Municipal que disponía la disolución del Juzgado Municipal de Faltas de Coronel Suárez y el cese de su titular.

Causa B 57.761 "Striebeck, Federico Augusto c. Municipalidad de Coronel Pringles s/ demanda contencioso administrativa" del año 2001

El actor en su condición de Juez Municipal de Faltas del Municipio de Coronel Pringles promueve demanda contencioso-administrativa, impugnando el acto administrativo de reducción salarial y se le restituya la categoría salarial asignada por dec. 217/1995, como así el pago de las diferencias salariales devengadas. Mediante dec. 329/1995 se dispuso la quita salarial, siendo que el salario percibido era el correspondiente a la categoría de Secretario y pasó a revestir la de Director. Sostuvo que la actual organización de la Justicia de Faltas de la Provincia de Buenos Aires ha sido instituida por el dec.-ley 8.751/1977, norma que modificó sustancialmente la escasa reglamentación que sobre el punto traía el dec.-ley 6.769/1958 (arts. 162-164). El llamado Código de Faltas Municipales (art. 18) establece que el juzgamiento de aquellas estará a cargo de la Justicia de Faltas, "(...) cuya organización, competencia, régimen de sanciones y procedimiento se regirán por la presente Ley". También dispone que la jurisdicción en materia de faltas será ejercida por los Jueces de Faltas en aquellos partidos en que el Departamento Deliberativo hubiere dispuesto la creación de los juzgados de faltas; por los Intendentes, en los partidos donde no hubieren Juzgados de Faltas o donde los hubiere en los casos de excusación de éstos y, en grado de apelación, por los jueces de primera instancia en lo penal (art. 19). El mismo ordenamiento, tras consagrar los requisitos para ser Juez de Faltas, prevé que éstos serán designados por el Intendente Municipal, previo acuerdo del Concejo Deliberante (art. 21), determina expresamente su inamovilidad del cargo y regla un procedimiento especial de remoción (arts. 22 a 25), así como aspectos vinculados con la remuneración que no podrá ser disminuida mientras permanezcan en funciones (art. 26). Sea cual fuere la naturaleza de la Justicia de Faltas desde el punto de vista de la organización institucional de los municipios de la provincia de Buenos Aires, el citado ordenamiento legal ha instaurado un órgano dotado de alguna autonomía funcional y de cierta independencia en relación a los dos departamento que componen la municipalidad, consagrándose su inamovilidad y la intangibilidad de sus remuneraciones. La actitud del municipio no encuentra debido fundamento en la situación económico financiera ni en la situación de endeudamiento de la comuna, como tampoco la rebaja salarial se encuentra prevista dentro del cúmulo de atribuciones establecidas en la ley provincial 11.685 a las municipalidades. La citada norma puso en ejercicio el poder de policía en la emergencia, propendiendo al mejoramiento de la organización administrativa municipal y regirán hasta el 31 de diciembre de 1996 (art. 2º), acordando una autorización legal genérica de reorganización estructural así como, entre otras, la facultad de decretar la disponibilidad y el cese de los agentes comunales, todo ello en el marco de una política de racionalización y ordenamiento de recursos humanos (arts. 1º, 2º, 3º y ss.). El Intendente no se encuentra habilitado para aplicar una rebaja de las remuneraciones que venía percibiendo el Juez de Faltas, resolviendo la Suprema Corte bonaerense reconociendo el derecho a percibir las diferencias salariales desde que operó su reducción y hasta diciembre de 1995 en que presentó la renuncia al cargo el actor.

Causa B 62.266 "Andrenacci, Roberto Enrique c. Municipalidad de Bahía Blanca s/ demanda contencioso administrativa" del año 2008

El actor en su condición de Juez Municipal de Faltas del Municipio de Bahía Blanca promueve acción contencioso administrativa procurando la anulación del dec. 777/2000 suscripto por el Intendente, en el que dispone su cese en el cargo de Juez Municipal a efectos de iniciar trámite jubilatorio. En el caso resuelto por mayoría, se argumentó que los Jueces de Faltas ejercen función administrativa como órganos administrativos jurisdiccionales, pero siendo funciones municipales no se les aplica el régimen general del empleado público, sino su norma específica que es el dec.-ley 8.751/1977, el que establece un procedimiento especial para su designación como remoción. No existe en el ordenamiento legal un límite temporal a la inamovilidad de los Jueces de Faltas por razón de la edad. El Decreto del Intendente resulta un acto viciado de incompetencia por no haber sido adoptado por el órgano creado por el dec.-ley 8.751/1977, al que se le ha confiado con exclusividad la competencia para la remoción.

En su sentencia la Suprema Corte resuelve por mayoría anular los actos impugnados y condenar a la Municipalidad de Bahía Blanca a reincorporar en forma definitiva (23) al actor en el cargo de Juez Municipal de Faltas y abonar los salarios impagos.

Causa B 63.590 “Saisi, Griselda c. Municipalidad de General Rodríguez s/ acción de amparo” del año 2011

La actora promueve acción de amparo contra el Municipio de General Rodríguez por entender que la sanción de la Ordenanza 2813/2011 que suprime el Juzgado Municipal de Faltas y el dec. 1.097/2011 que dispone su cese como Juez Municipal de Faltas. Luego de la supresión no se designa a otro Juez de Faltas sino que mediante el dec. 231/2011 el Intendente ad referendum del Concejo Deliberante crea el cargo de Jefe de Departamento de Instrucción Sumarial de Faltas, no existiendo reproche de ilegitimidad por paralelismo de las formas por cuanto la Justicia Municipal de Faltas en General Rodríguez ha sido creado por Ordenanza y por el mismo procedimiento ha sido suprimido. En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, el art. 11 de la ley 10.430 se refiere a la situación de disponibilidad absoluta en la cual queda el agente cuando un cargo ha sido suprimido como consecuencia de la reestructuración de una dependencia y no podrá ser inferior a doce [12] meses. El agente que se hallare en esas condiciones deberá ser reubicado, en el tiempo que al efecto fije el Poder Ejecutivo con prioridad absoluta, en cualquier vacante de igual clase, si reúne las condiciones exigidas para la misma. En el interín no prestará servicios, percibiendo la totalidad de las retribuciones y asignaciones que le correspondan. Si la reubicación no procediere o no resultare posible, cumplido el plazo de disponibilidad, se operará el cese en forma definitiva, oportunidad en la que se acordará una indemnización (arts. 24 y 30 ley cit.). Asimismo el decreto del intendente número 1.097/2001 dispuso la cesantía, si bien sobre la base de la supresión del cargo resuelto por la Ordenanza 2813/2001, sin declarar el estado de disponibilidad de la actora, a lo que se debe sumar la ausencia del procedimiento legalmente fijado para ello. La Suprema Corte en su sentencia por mayoría dispone hacer lugar a la acción de amparo, anulando el dec. 1.097/2001 y condenar a la Municipalidad de General Rodríguez para que designe en la planta permanente del Departamento Ejecutivo Municipal a la actora, a partir del día siguiente a su cese como Jueza Municipal de Faltas, manteniendo su remuneración y demás condiciones reconocidas para el otrora cargo desempeñado.

Causa B 58.302 “Guimarey, María del Carmen c. Municipalidad de Morón s/ demanda contencioso administrativa” del año 2011

La actora promueve demanda contencioso-administrativa contra la Municipalidad de Morón y contra el entonces Intendente Juan Carlos Rousselot, solicitando la anulación del dec. 90/1995 por el que se suprimió el Juzgado Municipal de Faltas n. 4 a su cargo y por la que se la cesó en sus funciones. El citado decreto dispuso el cese de la actora y supresión del Juzgado Municipal, originado en la “reorganización de la estructura de la Justicia Municipal de Faltas” con fundamento en la vigencia de la ley provincial 11.610 (24) de partición del Partido de Morón y 11.685 de reorganización administrativa. La ley provincial 11.685 declaró de interés provincial la reorganización de las estructuras y la racionalización y ordenamiento eficaz de los recursos humanos de las comunas de la provincia (art. 1º). Transitoriamente (art. 2º) facultó a los titulares de los Departamentos Ejecutivos municipales a disponer la extinción, supresión, transformación, escisión o fusión de unidades o dependencias orgánicas cualquiera sea su denominación o ubicación estructural (art. 3º). A su vez, autorizó a los Intendentes a mantener en situación de disponibilidad y a disponer el cese, por razones de buen servicio y con indemnización, al personal de sus dependencias (arts. 4º a 11). La sanción de la ley 11.685, sólo habilitó temporaria y excepcionalmente, la supresión de dichos cargos mediando razones de emergencia administrativa. Así, sólo por el período de vigencia de la emergencia —hasta el 31 de diciembre de 1997— y en las condiciones prescriptas en la normativa de excepción, el Departamento Ejecutivo Municipal contaba con las facultades para separar de sus cargos a los jueces de faltas municipales, sin que mediara otra causa

(23) Durante el proceso se dispuso en el carácter de medida cautelar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

(24) Normativa de creación de los municipios de Hurlingham e Ituzaingó.

más que la existencia de la situación administrativa extraordinaria. Vencido el plazo de la habilitación legal para llevar a cabo las reorganizaciones fundadas en la emergencia, el único procedimiento legal específicamente dispuesto para adoptar medidas segregativas respecto de aquellos funcionarios es el previsto en el dec.-ley 8.751/1977. La sentencia de la Suprema Corte por mayoría resuelve rechazar la demanda por entender que no resulta ilegítimo el dictado del dec. 90/1995.

Causa B 65.697 "Neuman, Diana y Otros c. Municipalidad de General San Martín s/ demanda contencioso administrativa" del año 2013

La actora promueve demanda contencioso-administrativa contra la Municipalidad de San Martín solicitando se declare la nulidad de la resolución del 28/10/2002 y dec. 391/2003 por la que se dispuso la reducción salarial del personal superior municipal. Sostiene que en todo lo atinente a las remuneraciones, el dec.-ley 8.751/1977 en su art. 26 dispone que los sueldos de los Jueces de Faltas "(...) no podrán ser inferiores a los Directores del Departamento Ejecutivo (...)". Asimismo establece que tales retribuciones "(...) no podrán ser disminuidas mientras permanezcan en sus funciones (...)". La norma es categórica en este punto. De acuerdo a sus claros términos, la comuna no podía aplicar descuentos a los sueldos de los Jueces de Faltas sin incurrir en un comportamiento contrario a derecho. La municipalidad demandada omitió acompañar la Ordenanza 7822/2001 a través de la cual la municipalidad habría adherido a la ley provincial 12.727 que declaró la emergencia económica financiera en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, por lo que cabe juzgar que los descuentos resultan ilegítimos, debiendo ser dejado sin efecto los actos que lo dispusieron. La sentencia de la Suprema Corte hace lugar a la demanda y condena a la Municipalidad de San Martín a reintegrar las sumas descontadas indebidamente.

VIII. Conclusiones

A modo de conclusión podemos decir que el municipio en su actual visión constitucional, y a partir de la manda establecida por los arts. 5º y 123 de la constitución federal, deben establecer en su organización los principios de un sistema de organización política "representativo y republicano", en donde exista una democracia de representación y una estructuración a partir de la división de los poderes. Así reconocer la clásica tripartición: poder ejecutivo (intendente), poder legislativo (Concejo Deliberante) y poder judicial (Justicia Municipal).

En lo que hace a la justicia municipal de faltas la misma tiene materia y competencias propias vinculadas a lo local, debiendo erigirse como un verdadero poder judicial independiente.

En su organización la justicia municipal de faltas debe estar resguardada de todos los principios constitucionales que aseguran su independencia organizacional y funcional: inamovilidad y estabilidad en el cargo de Juez Municipal, designación por acto político complejo, remoción por órgano especial, intangibilidad de remuneraciones, actuación orientada en respeto a las garantías constitucionales del debido proceso (Juez tercero imparcial, debido proceso, defensa en juicio, etc.).

El régimen constitucional bonaerense omite reconocer a la justicia municipal de faltas como un órgano —poder, haciendo sólo mención— introducido en la reforma de 1994 en el art. 166 sección destinada al Poder Judicial Provincial al establecer una manda a la legislatura en la que indica que "podrá" establecer un procedimiento judicial de revisión en materia de faltas municipales, siendo la única mención en todo el texto constitucional bonaerense.

Entendemos que ese término de "podrá establecer", no sólo implica delegar a lo que disponga la legislatura en una ley específica, sino que la misma no puede ser aislada y ajena a los principios que impone la supremacía de la constitución nacional (arts. 5º, 31 y 123), fortaleciendo la institución municipal y no subordinando sus decisiones al control del poder judicial provincial, sino reconociendo una justicia municipal con facultades jurisdiccionales en materia local propia. El control de las decisiones de la justicia municipal de faltas por parte del poder judicial provincial genera una subordinación impropia a la luz del principio de autonomía e independencia institucional-política que reconoce nuestra Constitución.

En este sentido, el legislador bonaerense debe seguir los lineamientos de otras provincias que además de “asegurar” explícitamente en sus constituciones la autonomía de los municipios, también aseguran la existencia republicana de un poder judicial local.

El juzgamiento de las faltas, por la especialización técnica que requiere y por la naturaleza materialmente jurisdiccional de la actividad, reclama su separación de la función política, de gobierno y administración, que corresponde al Intendente municipal. Desde ya, los derechos de los ciudadanos, a una instancia jurídica independiente, corroboran esta posición.

El fortalecimiento de los municipios ha sido uno de los hechos auspiciosos de la doctrina y la jurisprudencia en los últimos años. La consideración del municipio como una entidad política con autonomía permite replantear y profundizar el análisis de las características de los mismos, entre los cuáles la administración de justicia es un pilar fundamental, sobre todo a la luz de un derecho que aspira a modernizarse en función de más democracia, más control y más descentralización de poder hacia un auténtico modelo federal para la Nación Argentina.

IX. Bibliografía

- ARAMOUNI, Alberto (1999). *Derecho Municipal*. Buenos Aires: Némesis.
- BERNARD, Tomás Diego (1975). *Régimen Municipal Argentino*. Buenos Aires: Depalma.
- GELLI, María Angélica (2008). *Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada*, 4ª ed., Buenos Aires: La Ley.
- HERNÁNDEZ, Antonio María (1997). *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*. Buenos Aires: Depalma.
- LOSA, Néstor Osvaldo (1991). *Justicia Municipal y Autonomía Comunal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- LOSA, Néstor Osvaldo y Otros (1992). *Justicia Municipal de Faltas*. Buenos Aires: Imprenta Congreso de la Nación.
- MONTBRUN, Alberto (1996). *Justicia Municipal de faltas: su perfil en el derecho argentino*. Buenos Aires: LL 1996-A-1126.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel y CENICACELAYA, María de las Nieves (2009). *Derecho Constitucional Argentino*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto (1995). *Constitución de la Provincia de Buenos Aires comentada y con notas de jurisprudencia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- ROSATTI, Horacio (2006). *Tratado de derecho municipal*. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Fallos de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires*
- Sup. Corte Bs. As., 1997, “Concejo Deliberante de Coronel Suárez c. Municipio de Coronel Suárez s/ Conflicto de Poderes”. Causa B 57.912.
- Sup. Corte Bs. As., 2001, “Striebeck, Federico Augusto c. Municipalidad de Coronel Pringles s/ demanda contencioso administrativa”. Causa B 57.761.
- Sup. Corte Bs. As., 2004, “Sebey, Carlos Alberto c. Municipalidad de Olavarría s/ demanda contencioso administrativa”. Causa B. 57.454.
- Sup. Corte Bs. As., 2008, “Andrenacci, Roberto Enrique c. Municipalidad de Bahía Blanca sobre demanda contencioso administrativa”. Causa B 62.266.

Sup. Corte Bs. As., 2011, “Saisi, Griselda c. Municipalidad de General Rodríguez sobre acción de amparo”. Causa B 63.590.

Sup. Corte Bs. As., 2011, “Guimarey, María del Carmen c. Municipalidad de Morón sobre demanda contencioso administrativa”. Causa B 58.302.

Sup. Corte Bs. As., 2013, “Neuman, Diana y Otros c. Municipalidad de General San Martín sobre demanda contencioso administrativa”. Causa B 65.697. ♦

Fecha de recepción: 01-03-2015

Fecha de aceptación: 16-09-2015

La situación del municipio en la provincia de Buenos Aires —crónica de una involución—

POR RICARDO PABLO RECA (*)

Sumario: I. Palabras previas.— II. Un inevitable cuestionamiento.— III. El lenguaje del desaliento.— IV. Algo sobre la ciudad.— V. Un sistema público predominante.— VI. Palabras finales.

Resumen: El presente trabajo trata sobre la constante involución del gobierno local en nuestra provincia. Con este objetivo formulamos una serie de interrogantes que intentan revelar algunos aspectos sustanciales exponentes de este injustificado atraso. Desarrollamos el tema de una manera coloquial y directa, esperando que esta modalidad permita al lector interiorizarse sobre esta situación. Esta grave omisión al explícito mandato constitucional afecta las políticas sobre nuestro territorio, el desenvolvimiento que en la actualidad le correspondería al municipio, como sujeto federal y responsable primario de nuestras necesidades comunitarias. Un panorama complejo que también afecta la relación dialógica entre ciudadano y autoridad estatal desatendiendo el inalienable *derecho a la ciudad*.

Palabras clave: municipio - involución - derecho a la ciudad.

The situation of the municipality in the province of Buenos Aires. Chronicle of an involution

Abstract: *This work is about the constant involution of the local government in our Province. With this objective, we formulate a series of questions that aims to reveal some of the substantial aspects exponentes of this unjustified delay. We develop the theme in a colloquial and direct way, hoping that this method allows the reader to know more about this situation. This serious omission to the explicit constitutional mandate, affects the policies on our territory, the development that at present would be appropriate for the municipality, as a federal subject and primary responsible for our community needs. A complex panorama that also affects the dialogic relationship between the citizen and the state authority, neglecting the inalienable right to the city.*

Keywords: *municipality - involution - right to the city.*

I. Palabras previas

Esta nueva entrega de la revista *Anales* me permite compartir con los distintos autores y el futuro lector algunas preguntas sustanciales vinculadas al tema del gobierno local de nuestra provincia de Buenos Aires.

Tan ajustado cometido se asienta en la reciente publicación del libro *Reflexiones sobre el régimen municipal bonaerense*, ocasión en la que reuní una serie de escritos, ensayos y charlas, que expuse durante estos últimos veinte años.

Por un momento, supuse que no tenía mucho más que decir que no fuera remitirme a lo ya desarrollado o, en todo caso, reciclar alguno de estos aportes con ligeras modificaciones.

Pero tal propósito competiría en equivalentes criterios con la referida edición; generando una prematura fatiga en la natural motivación que exigen este tipo de tareas.

(*) Prof. titular de Derecho Público Provincial y Municipal. Director del Instituto de Gestión Pública, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

La palabra tiene que gozar de buena salud, es decir, de una frescura que esté vinculada al asombro, a la denuncia o a la claridad de algo que se pretende observar, modificar o mejorar. De lo contrario, los ríos de frases se ofrecen como una letanía que poco inquietan la disposición del interesado.

Por eso, en esta convocatoria sólo insistiremos en algunos enunciados que reflejen la pavorosa situación de nuestra realidad local bonaerense. Con esta disposición nos detendremos preliminarmente en dos iniciativas que el año pasado han tomado estado público con singular repercusión.

Por un lado, *el Proyecto de la Policía Comunal* (1) (que fundía la letra del Poder Ejecutivo con la impronta del Frente Renovador) planteaba una organización preventiva para los municipios que tuvieran más de setenta mil habitantes, reproduciendo en escala federal la competencia local en el delicado campo de la seguridad.

Ahora bien, tan necesaria iniciativa ofrecía en su formulación distintas reservas respecto a su efectiva operatividad. Los cálculos más sensatos ponderaban su implementación una vez definidos los establecimientos formativos y los respectivos cursos de dos años. Sin perjuicio de otros datos, no menos prioritarios, como el uso y alcance de la portación de armas, las facultades de intervención de sus agentes, la integración de los cuadros con la policía bonaerense, y naturalmente su financiación.

Sobre este tema nos hemos referido con exhaustividad en una jornada organizada por el Colegio Público de Abogados y la Facultad de Derecho de Mar del Plata, muy poco antes que el intendente de esa localidad tuviera previsto el llamado a un plebiscito que finalmente no se concretó.

Se trata naturalmente de una *política de Estado*, cuyo análisis requiere un enfoque interdisciplinario que justifique la participación de todos los sectores interesados, contemplando los distintos factores asociados al tema.

Desde ya, la propuesta constituía un primer paso desde el momento que ubicaba en la agenda de las prioridades un área que no se podía soslayar e invitaba a sus perentorias respuestas. Pero no podemos con ello vivir en el terreno de los ensayos, que no hacen más que nutrir las polémicas que esgrimen las distintas fuerzas políticas, con indisimulable vocación electoral.

En fin, dicho esto con el propósito enunciativo que signa este trabajo, no parecía el proyecto la expresión de una reforma que permitiera reivindicar definitivamente el papel del municipio sobre estos temas, y menos aún, que promoviera el más inmediato anhelo de la ciudadanía sobre tan gravitante cuestión.

No bastará con la Jefatura del intendente, si el concepto de *mando* no responde a una estructura de pertenencia que esté ajena a la indefinición de los mandatos electivos y los personalismos que promueve; y sin una justicia local que también modifique sus competencias para integrar este nuevo esquema.

Varios artículos tendrían que haberse replanteado para dar luz a un cambio tan sustancial, que montado sobre el histórico instituto del *poder de policía de seguridad e higiene*, pudiera reflejar estas nuevas exigencias y misiones en el presente contexto local.

El primer dato de ese relevamiento debería dar cuenta de nuestro anquilosado régimen municipal y favorecer la conciencia que cualquier actualización (más allá de la urgencia que la incite) tendrá el condicionamiento de esta patología irreversible.

Un panorama que expone, una vez más, las severas dificultades de articular modernas e inaplazables funciones con estructuras organizacionales vetustas, forzando una realidad institucional imposibilitada de otorgar soluciones de fondo.

(1) Nota del autor. Finalmente, ante la imposibilidad de traducir legislativamente el tema en estudio, el gobernador dictó el decreto 373/2014 por el cual se delega en el Ministerio de Seguridad los aspectos organizativos y funcionales de las Unidades de Policía de Prevención local, dilatando, en nombre de la emergencia, el análisis y tratamiento de tan sensible e imperiosa cuestión.

En el mismo orden de ideas, si bien con menor premura, también se presentó un *proyecto sobre la necesidad de limitar la reelección indefinida de los intendentes de nuestra provincia*. Esta indispensable cuestión se ofrecía con la fuerza de una originalidad que, sin duda, reflejaba nuestra aletargada vocación republicana.

Efectivamente, hace más de veinte años que nuestros constituyentes definieron al gobierno local como un nuevo sujeto federal en el esquema de representatividad pública que presume nuestro sistema de gobierno. La hermenéutica del artículo 123 debe interpretarse con la letra y espíritu del artículo 5º, es decir, asumiendo al *municipio autónomo* como un inexcusable actor de nuestra garantía federal.

Fue por ese mismo período que nuestra Constitución Nacional y la provincial establecieron una sola reelección, emulando los plazos del mandato (4 años), como una definitiva consagración. Esta pauta fundacional nos indica el criterio predominante que debería ser incorporado sin más por los municipios, como responsables primarios de un mismo orden jurídico institucional.

Pero no nos debería llamar la atención, porque esta tendencia por la reelección indefinida (propia de las provincias más rancias como La Rioja) ha sobrevivido con una deliberada complacencia hasta asumir la forma semántica de "*barones*" o "*caciques*", como se suele denominar en la jerga comunicacional a los titulares del departamento ejecutivo de los municipios del Conurbano.

Aún más, con naturalidad observamos que esta alta función se declina definitiva o temporariamente para asumir distintos cargos en otras jurisdicciones (secretarías, ministerios, etc.), creyendo que esta honrosa representación, que se consagra en una fórmula unipersonal y goza de la legitimidad de la ciudadanía, pudiera alternarse como si fuera un derecho más, de los contemplados en el régimen de empleo de nuestra administración pública.

Como intentamos señalar en estos ejemplos, ninguna modificación estructural se presenta bajo el horizonte de estas ofertas. Mientras tanto, los dirigentes reiteran sus diagnósticos como si dieciséis millones de habitantes fuéramos sólo espectadores de un modelo inexplicable.

II. Un inevitable cuestionamiento

Así estamos, en este vertiginoso siglo XXI y cuatro lustros después de nuestra reforma constitucional nos encontramos ante una madeja de insinuaciones, que evita pronunciarse sobre algunas de las siguientes preguntas:

Deberíamos cavilar por qué ningún protagonista, se ha manifestado para explicar las razones sobre esta insólita claudicación constituyente, que omitió —en un hecho de una irregularidad manifiesta— reformar el capítulo sexto de nuestra Constitución bonaerense.

Nada se ha escrito ni dicho sobre la cuestión, fortaleciendo una conjetura que se desvía en múltiples e inoperantes matices. Tampoco se conoce que un conjunto de intendentes hayan interpuesto un *amparo por omisión constitucional*; voluntad que hubiera permitido a la Suprema Corte de Justicia manifestarse al respecto.

Como sabemos, se desoyó lo mandado por nuestro artículo 123 y peor aún lo taxativamente definido por la ley 11.488 que declaraba, entre otros puntos, la necesidad de la reforma del capítulo municipal. Esta doble omisión constituye un oscuro antecedente, que hasta el día de hoy no ha merecido ningún tipo de justificación o reparo.

El episodio de una alta gravedad institucional pareciera haber extraviado su relevancia en aquella conflictiva convención. No está de más recordar que después de sesenta años (la última reforma fue en el año 1934), esa excepcional instancia dilató sus propósitos discutiendo el alcance de su reglamento interno, judicializó sus cometidos y terminó realizando un plebiscito, en un acuerdo con Rico, por la cláusula de la reelección.

En definitiva, cualquier estudioso de la materia debería iniciar sus investigaciones, profundizando los hechos y antecedentes que han conformado este inconcebible *pecado original*.

Otra cuestión que debería avergonzarnos, es cómo podemos sostener un capítulo municipal, que como expone claramente nuestra génesis constituyente, data de fines del siglo XIX.

Deberíamos preguntarnos cómo puede mantenerse el mismo régimen de la constitución de 1889 (artículo 202: “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 [...]”), que nació cuando esta provincia no llegaba al millón de habitantes, recién conformaba su embrionario perfil industrial, abría sus puertas a la inmigración europea y acababa de resolver el tema de su capitalidad.

Pensemos solamente que La Matanza por aquella época no llegaba a los cinco mil habitantes y que en la localidad de Avellaneda recién se entubaba el Riachuelo y se iniciaba la expansión de la producción frigorífica.

Cómo podemos conciliar aquel Estado de Buenos Aires, que con ímpetu extendía sus vías férreas e inauguraba las primeras líneas telefónicas, con esta provincia globalizada y telemática.

Cualquier interesado se asombraría que todavía perviva este absurdo régimen municipal, que expone por sí mismo, la decadencia que estamos comentando.

Panorama que se agrava con una ley orgánica municipal, que fue dictada por el entonces interventor de la provincia de Buenos Aires el 29 de abril de 1958.

Pronto van a cumplirse seis décadas de su sanción y más de la mitad ha transcurrido desde la instauración democrática.

Aún más, en esta última etapa todas las reformas han estado vinculadas a *aspectos instrumentales* del quehacer municipal. Se ha hecho hincapié en el tema de “*suspensión y destitución del intendente*”, modificando sus alcances y definiendo la línea sucesoria ante la acefalía temporaria o definitiva del mismo.

También se pueden citar, aspectos vinculados a recursos y gastos, sueldos, presupuesto, compensación de deudas de servicios anteriores y ejecución de obras públicas.

Por el contrario, no se han tratado *aspectos sustanciales*, que se contemplaban en distintos proyectos presentados. Entre ellos la potestad de los municipios para dictar su Carta Orgánica, la regulación de los institutos de democracia semidirecta, o la creación de comunas, que indefectiblemente fueron perdiendo estado parlamentario.

Como podemos observar, persiste un texto normativo, cuyos casi 300 artículos fueron concebidos bajo la autocrática disposición de un decreto ley, uniformando sus alcances y contenidos.

Una legislación que no refleja de ningún modo la versatilidad de la provincia y menos aún las características de sus gobiernos locales.

Qué pueden tener en común, por citar algunos ejemplos, la densidad demográfica del municipio de Tordillo con la Matanza; o la extensión de Vicente López con Carmen de Patagones.

Evidentemente, estamos ante a un régimen absurdo y anquilosado, que insiste en asumir al municipio como un mero prestador de servicios, y en tiempos de plena conciencia ambiental sólo atribuirle el cuidado del *ornato* y la *salubridad*.

La situación aludida también se refleja en la base territorial de nuestro municipio. El *sistema de partido* constituye uno de sus elementos más polémicos. En su jurisdicción hoy se congregan numerosos asentamientos, poblados y ciudades, que por sus propias características, tendrían que ser sede de un gobierno local o una comuna.

Sabemos que esta modalidad territorial estuvo íntimamente vinculada a la conformación de nuestra provincia de Buenos Aires, generando pueblos alrededor de parroquias y fuertes, en los que se fueron ubicando las sedes del poder eclesiástico, militar y civil.

Esos pueblos de campaña alrededor de una *parroquia* (v.gr., Arrecifes, Magdalena, Morón, San Andrés de Giles o San Antonio de Areco), fueron constituyéndose en cabeceras de partido y asiento de los representantes del poder civil. Ya sea de los alcaldes y a partir de 1821 de los jueces de paz.

Una ligera reseña nos indica que una vez fijada la frontera en Maipú y fundado Dolores en 1817, se reglamentó la donación de tierras, con el explícito requisito de poblarlas en cuatro meses y con obligación de defender el territorio.

Que la campaña de 1823 fue corriendo las fronteras, fundando los partidos de La Flores, Saladillo y Tapalqué, cuyos pueblos se levantaron años después. Que a mediados de 1840 se creó el partido de Chivilcoy —el pueblo nueve años después— y avanzando hacia el oeste el fuerte de Bragado. Mientras frente a la costa de los ríos se fundaron los pueblos de Zárate y Barracas del Sur (Avellaneda).

Que en 1860 se generaron nuevas divisiones administrativas de la provincia, creándose, entre otros, los partidos y pueblos de Almirante Brown, Ayacucho, Balcarce, Benito Juárez y Lomas de Zamora. También fue importante la fundación de pueblos cuyos partidos se designaron después, como Alberti, Escobar, Campana y Florencio Varela.

Como podemos observar, el *sistema de partido* constituye una división espacial imaginaria, que tomando como eje una cabecera, tuvo como finalidad establecer los límites, promover la defensa del territorio, el intercambio económico y la consolidación de las fronteras del interior. Se trataba de fomentar la propiedad para aquellos que se asentaran en los confines de los dominios porteños, ya sea a partir de la venta de terrenos de propiedad pública o concediéndolos mediante enfiteusis.

Es decir, el corrimiento permanente de una línea de fronteras, a través de distintas leyes de creación de pueblos y cesión y venta de tierras públicas, junto a otros factores como el trazado del ferrocarril, fueron conformando la fisonomía de la provincia.

Sólo así puede explicarse que se hayan creado partidos y recién años más tarde se hayan formado sus pueblos o se hayan constituido pueblos cuyos partidos se designaron después.

Lo dicho nos revela que este forzado sistema es herencia de una política, que consolidando *el territorio* desplazó *la ciudad* y en esta paradoja se desnaturalizó la esencia del propio municipio.

Así lo demuestra la ley 10.806, al determinar que la *declaración de ciudad a pueblos o localidades de la provincia*, se realizará por ley, debiendo cumplimentarse previamente distintos requisitos.

Con esta finalidad, establece que las localidades de partidos integrantes del Conurbano bonaerense o el Gran La plata, deberán contar con una población no inferior a treinta mil habitantes, y los restantes partidos de la provincia, deberán contar como mínimo con una población de cinco mil habitantes.

Entre otros recaudos, exige la traza del ejido de la ciudad de acuerdo a las pautas del plan de ordenamiento territorial del partido y diversos equipamientos socio-administrativos y de infraestructura física de servicios.

Pautas todas ellas, que deberán ser acreditadas fehacientemente por el Ministerio de Gobierno, quien elevará el respectivo informe a la Honorable Legislatura.

Lo irracional de estas previsiones es que no generan ningún efecto jurídico, y como si se tratara del festejado film *“Luna de Avellaneda”*, la categoría de ciudad a una localidad o pueblo apenas reivindica el atávico sentimiento de una declaración huérfana de derechos.

Donde otras Constituciones (como el caso de Córdoba) atribuyen a esta condición una “autonomía plena”, nosotros apelamos a un inocuo reconocimiento que solamente supone modificar el cartel de bienvenida de la localidad.

Ley que, dictada en agosto de 1989, refleja una vez más, la triste congruencia de todo el tejido normativo vinculado a nuestro régimen municipal.

Pensemos por un momento la cantidad de ciudades que se nuclean en un partido y cuyo único destino, en algunos casos, es contar con un delegado municipal.

Por nombrar algunas localidades, en el partido de *La Plata*, se encuentran: Abasto, Ángel Etcheverry, Arana, Arturo Seguí, City Bell, Gorina, José Hernández, José Melchor Romero, La Cumbre, Lisandro Olmos, Los Hornos, Manuel B. Gonnet, Ringuet, Tolosa, Villa Elisa, Villa Elvira.

En *La Matanza*: Aldo Bonzi, Ciudad Evita, González Catán, Gregorio de Laferrere, Isidro Casanova, La Tablada, Lomas del Mirador, Rafael Castillo, Ramos Mejía, San Justo, Tapiales, Villa Eduardo Madero, Villa Luzuriaga, Virrey del Pino.

En *Lomas de Zamora*: Banfield, Llavallol, Temperley. En *Quilmes*: Bernal, Don Bosco, Ezpeleta, San Francisco Solano.

Parece innecesario señalar que *Temperley* no es una estación, sino una orgullosa localidad que fundada en 1870, ostenta su condición de ciudad desde hace casi 50 años, y congrega más de 150 mil habitantes en una intensa y definida interacción social. Tampoco *Los Hornos* es una fábrica de ladrillos, su origen (en un rasgo de necesaria simultaneidad a la fundación de La Plata) data de 1883 y tiene en la actualidad cerca de 100 mil habitantes con rasgos inequívocamente propios.

Tampoco existe en nuestra provincia de Buenos Aires un concepto de región y aisladamente podemos ponderar pocas experiencias, como algunos consorcios municipales o corredores productivos, que se han ensayado en los últimos años, con finalidades puntuales.

Quizás de estas iniciativas una de las más significativas sea el Consejo de Desarrollo del Noroeste de la provincia de Buenos Aires —CODENOBA— (integrado por los Municipios de Alberti, Bragado, Carlos Casares, General Viamonte, Hipólito Yrigoyen, Nueve de Julio, Bolívar, Rivadavia, Trenque Lauquen, Tres Lomas, 25 de Mayo y Daireaux), que tiene por finalidad gestionar ante distintas autoridades (v.gr., Estado provincial y nacional, organismos de créditos nacionales e internacionales, entidades académicas nacionales o regionales) el desarrollo e implementación de políticas, programas y proyectos destinados a mejorar aspectos productivos, ambientales, culturales y sociales de la región.

Pero estas aisladas iniciativas, lejos están de aunar las afinidades que nos ofrecen nuestra extensa y variada geografía bonaerense.

Nuestro derecho público y las experiencias de otros países, demuestran el desarrollo de estas formas intermunicipales, que adquieren rasgos específicos en su organización y funcionamiento.

Asociativismo que permite articular competencias, servicios y recursos para favorecer el cumplimiento de objetivos comunes. Una práctica sustancial que adquiere las modalidades de acuerdos, consorcios o mancomunidades, conforme sus necesidades y formas constitutivas.

Numerosas obras han analizado las diversas modalidades de estas entidades plurijurisdiccionales que, vale señalar, expresan una figura típicamente federativa.

Desde una compra de insumos hasta una obra pública de impacto territorial o un plan de localización industrial, invitan a este tipo de comportamientos comunes.

Para ello, no se requiere otra cosa, que un ordenamiento jurídico que favorezca estas prácticas y la voluntad coincidente de los municipios y sujetos involucrados.

Pero esta voluntad tiene que manifestarse como una *atribución de plenitud política*, capaz de resolver sobre la conveniencia y alcances de su actuación.

No es el caso de nuestros municipios, que por las razones expuestas, deben contentarse con agrupamientos aislados o contingentes, generalmente inducidos por el gobierno provincial.

Así lo demuestran los últimos ensayos y en particular el Proyecto de “Ley Marco para la Regionalización de la Provincia de Buenos Aires”, que inspirado, bajo la recurrente motivación de reformar el estado provincial, aspiraba —entre otros cometidos— a fortalecer y ampliar la autonomía municipal fomentando su asociatividad.

Ya nos hemos referido al tema en diversas instancias, valga solamente reiterar, que no se puede *fortalecer* una capacidad que no se tiene y por cierto, mucho menos *ampliarla*.

El criterio rector que debemos considerar es lo preceptuado en el artículo 124 de nuestra Constitución Nacional, al expresar: “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines (...)”.

Esta manda —incorporada por el constituyente en la reforma del año 1994— es el inequívoco principio que debe orientar estos procesos.

Para ello debemos comenzar con el reconocimiento de nuestra autonomía municipal, porque es imposible promover una propuesta de “asociación” sobre estructuras huérfanas de su propia decisión.

En este mismo sentido, también deberíamos preguntarnos por qué una de las áreas metropolitanas más importantes del mundo carece de la más absoluta regulación.

No hay un caso equivalente en toda América Latina; fenómenos similares gozan en todos los países de una regulación y organización especial que comprende las jurisdicciones involucradas y los temas típicamente comunes.

En nuestro país todavía no nos ponemos de acuerdo sobre temas tan gravitantes como el depósito y tratamiento final de los residuos, la coordinación del transporte público de pasajeros o los criterios ambientales.

Nada ni constitucional ni legislativamente se ha previsto en esta materia, permitiendo frente a nuestros ojos el crecimiento exponencial del fenómeno metropolitano (que ocupa el 1,2% del total del territorio bonaerense) sin haber asumido una política que reencauce su desarrollo, atienda su singular complejidad y fomente su redistribución poblacional.

Es decir, no bastará con administrar el fenómeno consolidado, también es necesario atenuar, orientar y dirigir los efectos que el mismo genera. Ello exigirá un sistema de planeamiento que ubique esta excepcional tipología espacial, en el marco de una política urbana-ambiental, que conciba las distintas regiones del país y una determinada estrategia de crecimiento.

Mientras tanto, resulta imprescindible consagrar un modelo organizativo para el área, que otorgue eficiencia y calidad a la gestión común, sin amputar los ámbitos de resolución que hacen a los genuinos intereses de los municipios que la integran.

Para cumplir estas finalidades, se requiere *institucionalizar el área*, como una manera de reconocerla en el mundo jurídico con la singularidad que la misma proyecta y asumir los *temas típicamente metropolitanos* que tengan la inobjetable condición de tales, definiendo su marco de competencias.

Como lo desarrolláramos en un trabajo específico (año 2002), debemos proponer con urgencia una autoridad metropolitana, que esté de acuerdo a nuestro sistema federal, a la complejidad jurisdiccional y demográfica que presenta la región y los condicionamientos económicos y financieros que exija su actuación.

III. El lenguaje del desaliento

Como se puede observar, hemos decidido escribir esta ligera sinopsis, sin citas, referencias doctrinarias o ejemplos contemplados en otras legislaciones.

No nos guía otra motivación, que contribuir con un lenguaje llano y directo que permita ser leído por cualquier interesado.

Sabemos que ello corre el riesgo de acotar contenidos y de alguna manera transitar un estilo que pueda señalarse como insinuante o insatisfactorio. Pero este propósito intenta a su vez, revelar el profundo desaliento que genera esta involución sin descanso.

A lo largo de todas estas décadas, muchas propuestas, proyectos y estudios, han caído en la más absoluta orfandad. Por lo tanto, no se trata de convocar a la razón, a la aptitud exponencial o al discurso para reiterar un diagnóstico que, en su recurrencia, pudiera asemejarse a la inofensiva cadencia que suele enarbolar la buena voluntad.

El tema es compartir una indignación que estimule una conciencia sobre este pavoroso retraso y nos permita preguntarnos una vez más:

* ¿Puede nuestro municipio —el más embrionario y decisivo sujeto federal— regirse en sus funciones y cometidos por un capítulo constitucional del siglo XIX?

* ¿Puede una localidad en esta época de derechos colectivos y humanos, estar reclamando su *identidad política*, como si se tratara de una aspiración quimérica e infecunda?

* ¿Puede una ley provincial (luego de establecer exigencias, evaluaciones e informes) otorgar un status de ciudad, para que esa catalogación no tenga el más mínimo efecto jurídico?

* ¿Puede nuestra extraordinaria “Área Metropolitana” seguir siendo llamada “Conurbano”, como si tratara de un incipiente apiñamiento de poblados alrededor de un polo de atracción?

Interrogantes que nos llevan a reflexionar, cuál puede ser el sentido de la tal mentada “*aldea global*”; si quien está llamado a cumplir sus alcances, no puede garantizar la participación, el control, ni la descentralización.

¿Cómo puede una ley constituirse en un mero enunciado, con una apariencia de legalidad que desautoriza su propia razón de ser y burocratiza sus finalidades?

¿A qué se debe la pobreza conceptual con que denominamos el AMBA, que sólo parece adquirir su jerarquía, cuando se manipula su densidad demográfica para vertebrar el destino del país?

Por cierto, si compartiéramos un simposio con especialistas de otras provincias, cuyas voces se refirieran a las muchas particularidades que en todo el país ofrece nuestro derecho público local analizaríamos la naturaleza sociológica del municipio, su poder constituyente, sus nuevas competencias, sus recursos y coparticipación, su asociativismo y regiones.

En fin, constataríamos la forma en que se fortaleció sobre nuestro territorio la decisiva letra constitucional, al consagrar en sus respectivas Cartas la plena autonomía local.

¿Qué podríamos decir desde nuestra Buenos Aires a estos autores y estudiosos?

¿Qué podríamos rescatar en esta materia, que no sea nuestro anquilosamiento institucional y la absorbente intromisión del gobierno provincial?

Acaso es necesario enfatizar, que el municipio es el inexcusable ámbito de una comunidad que en su organización refleja su historia, idiosincrasia y destino.

Que esa vecindad es el sustento vívido y material de su existencia y por ende debe intervenir en su gobierno, como expresión del más hondo y sentido ejercicio de pertenencia.

Que esa participación, entre otros cometidos, debe manifestarse:

En el ámbito representativo de su poder constituyente.

En la consagración de sus instituciones.

En la plena jurisdicción de su territorio.

En el cuidado y desarrollo urbano-ambiental.

En la preservación de su patrimonio cultural y edilicio.

En sus reglas y procedimientos electorales.

En los organismos locales o regionales que fiscalizan sus cuentas.

En su capacidad de asociarse con otros municipios o contraer empréstitos.

En definitiva, en el primigenio e insustituible “*derecho a la ciudad*”.

IV. Algo sobre la ciudad

Parece innecesario recordar, que la ciudad es el origen de nuestra filosofía (Grecia), de nuestro poder expansivo y fundante (Roma), de la contrarrevolución a los sistemas de señorío dominante (Feudalismo), el espacio de la desacralización de lo divino (Renacimiento), la cuna de la racionalización (Ilustración), la máquina a vapor (Industrialismo) o la aldea de la globalización.

La ciudad es el monasterio o el príncipe, el genio o la burguesía, el señor o el proletario.

Todos los fenómenos de nuestra civilización se han producido en su seno, en sus calles, en sus torres amuralladas, en las puertas de los jardines reales, o en sus suburbios.

Nuestra historia no escapa —aun tardíamente— a esta inexorable razón; la tensa conformación como país, fue antes que nada una disputa de ciudades, desarrolladas por nuestras comunidades autóctonas e impulsadas al poder por el virreinato y las luchas de la emancipación.

La propia Ciudad de Buenos Aires, fue la protagonista de un trabajoso consenso que se materializó recién en 1880, en un proceso largo y sincopado de siete décadas desde nuestro Cabildo Abierto.

Lo aludido no es un dato pretencioso; es una referencia insoslayable para asumir una realidad socio-cultural, morfológica, territorial y política, imbuida de un sentido de pertenencia e identidad, donde se desarrollan todas las actividades y aspiraciones de sus habitantes.

Pero esa ciudad, para ser denominada tal, exige una vocación autosuficiente; capaz de prestar los servicios esenciales, de planear su territorio, de financiar sus recursos, de favorecer la integración social, de garantizar sus espacios públicos (verdes, recreativos, circulatorios) de afianzar su singularidad, de resguardar su identidad, de generar un desarrollo sustentable y una calidad de vida digna.

No es la declaración de una ley la que determina su condición, sino el reconocimiento a su naturaleza preexistente.

Pero esta afirmación encuentra en la actualidad un llamativo desfasaje.

Nos referimos a la crisis estructural que afecta con matices a todas las urbes. A esa explosión que supuso la aparición de las megalópolis, como hito inevitable de la definitiva conversión urbana; al fenómeno de la globalización, que nos des-referencia con su dinámica financiera y comunicacional; a la deconstrucción que propugna el posmodernismo con sus “no-lugares” y la celebración volátil del presente; o a este mundo que se congrega en bloques, desinhibiendo el concepto de soberanía para regionalizar sus intereses y competitividad.

Una inestabilidad epocal que relativiza todos los valores con la fuerza de una tensión irrevocable, como si el pasado que construye nuestra personalidad colectiva, fuera sólo el reposo nostálgico que nos deja la emoción.

Ahora bien, debemos admitir que estos fenómenos que nos condicionan y sobrevuelan, se vuelcan sobre nosotros con distintos alcances y nos impregnan culturalmente, incitando una forma de *individualismo*, frente a este vertiginoso escenario.

V. Un sistema público predominante

En este marco, la provincia de Buenos Aires inspira nuestras más apremiantes preocupaciones, porque entendemos que nuestra *crisis municipal* responde a un sistema público predominante, que usufructuando el *aislamiento* aludido, acentúa nuestra condición de *espectadores*.

Así, hemos repasado signos inequívocos de ese deterioro; la inerte ley de ciudades, nuestra compulsiva base territorial, los injustificados déficits de nuestro régimen local, la falta de una política de regionalización o la abulia frente al área metropolitana.

En una palabra, un profundo centralismo (al que podríamos denominar “feudalismo posmoderno”) que no es un conjunto de casualidades, sino la expresión más acabada de un estilo político y de una manifiesta intención sobre nuestra preponderante jurisdicción.

Una forma de colonización que parece inscripta en un propósito determinista, que toma a la pobreza de nuestro territorio (en todos sus matices y manifestaciones) como una redención a su protagonismo pretérito y una agobiante ficción a nuestro federalismo funcional.

Una Buenos Aires que sólo parece apelar a su envergadura para producir y votar, mientras se detiene repasando los hitos de ayer y las palabras nuevas de sus promesas cíclicas.

Una provincia que tiene ahogada su energía social en un asistencialismo paternalista, que condena cualquier iniciativa creativa o liberalizadora y nos priva de una ciudadanía plena y activa.

Nos despoja de la ciudad, de su ágora, de su fraternidad, de su compromiso y nos repliega en los barrios cerrados, en los ciberespacios, en los “*homo-videns*”, en los shoppings, o en una cotidianeidad que se presenta imprevisible y fragmentada.

¿Dónde está la ciudad?, nos preguntamos.

No se trata de lucirnos en un inventario que poco agregaría a lo conocido por todos, sino acercar un criterio conductor que nos permita compartir su sentido.

Una ciudad es territorio, comunidad y gobierno; pero es también su singularidad productiva y su identidad patrimonial.

Singularidad como el rasgo predominante de su quehacer, de su definida competitividad (turística, agropecuaria, industrial, de servicios, etc.). *Identidad* en su trazado, en su conjunto arquitectónico, en su trama, en sus bulevares, en sus plazas y café, en las huellas del tiempo, en las cicatrices de su evolución, en el resguardo de su historia; en un hoy que, como la vida, preserve los rastros del que fuimos.

Naturalmente, no basta con catalogar con apremio fachadas, residencias y manuscritos para su inmolación escenográfica o para el testimonio de un grupo de eruditos.

La preservación es inmanente, es el cuidado de nuestro yo colectivo y transgeneracional. Son los ámbitos culturales tangibles o intangibles, que nos enorgullecen y proyectan con la imperceptible vocación de aquello que nos pertenece y contiene. Una puesta en valor que toma diversas formas y se conecta con la actualidad en una interacción vívida y contagiosa.

Esta genuinidad sólo puede proveerla la ciudad.

VI. Palabras finales

Sin embargo, ninguna de estas apreciaciones es considerada. Por el contrario, en distintas jornadas y congresos donde se aborda la situación del municipio bonaerense, algunos funcionarios con tono

complaciente, dicen coincidir con los postulados de la *Escuela Municipalista de La Plata* y apelan a principios generales, como si se tratara de una añeja partitura.

Con ello dan a entender un conocimiento que homologa su pragmática e interesada mirada; poniendo de manifiesto una actitud, que poco ayuda al intercambio de ideas, a una seria confrontación de posiciones o a una perspectiva amplia y definida sobre las cuestiones en tratamiento.

Se desvirtúa así el análisis de quienes tienen el deber de afianzar y mejorar la calidad del debate político y en su defecto, sólo se exponen insinuaciones y promesas, con el único objetivo de dilatar el reclamo hasta un próximo encuentro.

Esta *crisis de la argumentación pública*, está en íntima relación con la fragilidad de los vínculos entre ciudadanos y autoridad estatal, favoreciendo una modalidad pulsiva, que se manifiesta como una de las formas de ejercicio del poder.

Característica que va unida a la ausencia de ejemplaridad, a los inconsistentes recursos expositivos y a una multiforme manera de recrear lo dicho, encontrando en ello nuevas y variadas interpretaciones. *Banalización de la palabra* que describe este tiempo y significa por mucho, uno de los síntomas más constatables de nuestro comportamiento democrático.

Basta con observar la insuficiencia de los debates públicos, las apremiadas sesiones parlamentarias o colegiadas, los anuncios incumplidos, y una especie de espectáculo, *que sólo concibe lo que se ve*, como la única fuerza fundante de la acción.

El ciudadano pareciera que ha dejado de creer y lejos está de entablar un acercamiento dialógico, que no sea bajo las circunstancias de una eventual judicialización o alguna forma corporativa o mediática de presión.

En esta tendencia, es difícil cuando no imposible, abrir una brecha reflexiva que se desvele por dar vida a lo que todavía no lo tiene o aspire a liberar institucionalmente aquello que se presenta compacto y aferrado.

Ante esta situación, lo más decisivo para promover ciudadanía e intensificar las relaciones humanas, es la vinculación cercana, tangible y definida con la *cosa pública*, para que esa articulación fluya y se consolide en el tiempo con la naturalidad de un hábito.

Sin duda, es en el gobierno local autónomo donde se encontrará la matriz para reactivar esta energía colectiva adormecida.

Es en su ámbito donde se discutirán los límites del desarrollo, las frecuencias y recorridos del transporte público, su seguridad, su código de edificación, su zonificación y los usos asignados, los espacios públicos, el emplazamiento de sus barrios privados, su patrimonio urbano, forestal o paisajístico, entre otros temas.

En ese compromiso, en ese relevamiento, en ese *pensar lo público*; nos encontraremos con asociaciones, clubes e infinidad de rincones que nos ofrecerán sus relatos y vivencias.

De esto estamos hablando; de la necesidad que la relación entre ciudadano y autoridad pública disminuya su distancia y volatilidad; que su fuerza se conjugue desde una integridad territorial propia y común, que permita en la escala más palpable y definida, una cohesión entre el gobierno democrático y la calidad que lo sustenta.

Para ello resulta urgente e indispensable consagrar la potestad constituyente de nuestros municipios y reformular su arcaico tejido normativo. Una deuda inaplazable que nos compromete a todos. ♦

Fecha de recepción: 28-03-2015

Fecha de aceptación: 18-09-2015

De la *patria potestas* romana a la responsabilidad parental en Argentina: evolución de la obligación alimentaria

POR PAOLA E. ZINI HARAMBOURE (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Evolución de la *patria potestas* en el derecho romano.— III. Concepto de la *patria potestas* en el Código Civil argentino.— IV. Nuevo Código Civil y Comercial: la responsabilidad parental.— V. Surgimiento de la obligación alimentaria en Roma y proyección en la actualidad.— VI. Conclusiones.— VII. Bibliografía.

Resumen: Este artículo tiene como propósito exponer la evolución del concepto de patria potestad en el derecho romano y en el derecho argentino —con especial atención a la noción de responsabilidad parental introducida en el nuevo Código Civil y Comercial— y analizar el surgimiento de la obligación alimentaria en Roma estableciendo un paralelo con su regulación en la actualidad. En principio, se describe a la *patria potestas* romana desde el derecho primitivo hasta el período justiniano, examinando sus prerrogativas originales plasmadas en la Ley de las XII Tablas así como sus posteriores limitaciones, reflejadas tanto en la legislación y jurisprudencia imperial como en la expresión del *officium pietatis*. A continuación, se estudia la recepción de la institución en el Código Civil, desde la redacción de Vélez Sarsfield y sus fuentes a las modificaciones de la ley 23.264, para luego detallar la transición a la noción de responsabilidad parental del nuevo Código Civil y Comercial y su vinculación con la Convención de los Derechos del Niño. Por último, se explica el nacimiento de la obligación alimentaria en Roma y se realiza la comparación con la normativa actual —incluyendo las últimas reformas— en la intención de demostrar la vigencia conceptual de los principios rectores del derecho romano.

Palabras clave: *patria potestas* - derecho romano - obligación alimentaria - responsabilidad parental - nuevo Código Civil y Comercial argentino.

De la patria potestas romaine à la responsabilité parentale en Argentine: évolution de l'obligation alimentaire

Resumé: Cet article a comme propos exposé l'évolution du concept de puissance paternelle en droit romain et en droit argentin —avec spéciale attention à la notion de responsabilité parentale introduite au nouveau Code Civil et Commercial— et puis analyser l'apparition de l'obligation alimentaire à Rome en dressant un parallèle avec sa régulation aujourd'hui. D'abord on décrit la *patria potestas* romaine du droit primitif jusqu'à la période justinienne, en examinant ses prérogatives originales prévues à la Loi des XII Tables ainsi comme ses postérieures limites, traduites autant dans la législation et jurisprudence impériale comme dans l'expression «*officium pietatis*». Ensuite on étudie la réception de l'institution au Code Civil, depuis la rédaction de Vélez Sarsfield et ses sources jusqu'aux modifications de la Loi 23.264, pour après détailler la transition à la notion de responsabilité parentale du nouveau Code Civil et Commercial et son lien avec la Convention des Droits de l'Enfant. Pour conclure, on explique la naissance de l'obligation alimentaire à Rome et on fait la comparaison avec la réglementation actuelle —y comprises les dernières réformes— dans le but de démontrer la vigueur conceptuelle des principes fondamentaux du droit romain.

(*) Prof. de Derecho Romano Cátedra I. Investigadora Categorizada V, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Docente e Investigadora en Derecho Romano y Enseñanza del Derecho, UBA.

Mots-Clés: *puissance paternelle - droit romain - responsabilité parentale - obligation alimentaire - nouveau Code Civil et Commercial argentin.*

I. Introducción

“La patria potestad debe consistir en la piedad, no en la atrocidad” (Marciano, Digesto 48.9.5).

En el siglo II a.C., Terencio (1966: 113-114) presta las siguientes palabras a su personaje Mición, en la reconocida comedia *Los hermanos*:

“Comete un grave error, a mi parecer, quien se imagina que es más firme y duradera la autoridad fundada en el rigor que la hermanada con el cariño (...). Esto es lo propio de un padre: acostumar al hijo a portarse con rectitud por convicción propia más que por miedo a los demás; ahí está la diferencia entre un padre y un amo”.

En dicha obra se debaten dos modelos de crianza, uno riguroso basado en las costumbres primitivas y otro fundado en la confianza y el cariño, con fuerte influencia de la cultura griega y del espíritu de la “*humanitas*” romana. Se podrían mencionar otros ejemplos de las letras latinas: la figura inspiradora de Anquises en la Eneida, los elogios de Horacio a su padre por el esfuerzo invertido en su educación, la pena de Ovidio en el exilio por estar distanciado de su hija y tantos más; todos ellos coincidentes en esta apreciación del ejercicio del rol parental en Roma como una construcción gradual y profundamente humana.

Así entonces vemos que tanto en las fuentes jurídicas como literarias romanas se dan pruebas evidentes de la evolución del concepto de patria potestad, y su interpretación en la compilación justiniana como un deber parental de afecto y protección. Sin embargo, se suele observar en parte de la doctrina civilista actual una visión parcializada y reduccionista de los orígenes romanos de nuestras instituciones —en este caso las de derecho de familia— sin considerar que no se puede acotar a una única expresión la sabiduría de un sistema legal de doce siglos de historia (1).

Por ello, en este trabajo se tratará de analizar la evolución y los sentidos de la noción de patria potestad, tanto en el derecho romano como en el derecho argentino, a fines de brindar una perspectiva amplia y documentada sobre esta cuestión. En complemento, se examinará el surgimiento y regulación de la obligación alimentaria en la legislación romana, realizando una comparación con las últimas reformas introducidas en el nuevo Código Civil y Comercial.

II. Evolución de la *patria potestas* en el derecho romano

Se podría describir a la *patria potestas* como el poder que el *paterfamilias* tenía sobre sus hijos y descendientes, potestad propia de los ciudadanos romanos, surgida en la estructura familiar arcaica. Así lo expresa Gayo en sus *Institutas* (Di Pietro, 1967: 27): “Gayo I.55 — Están sometidos a nuestra *potestas* nuestros *liberi* que hemos procreado en justas nupcias. Este derecho es propio de los ciudadanos romanos, ya que casi no hay hombres que tengan sobre sus descendientes una potestad análoga a ésta que nosotros tenemos”. Sobre esta afirmación de Gayo, cabe aclarar que no implica que en los otros pueblos los padres carecieran de poder sobre sus hijos, sino que alude a las características especiales de la patria potestad romana, notoriamente diferentes a las costumbres de otras regiones en relación al vínculo paterno-filial (Di Pietro, 1999).

En efecto, se trataba de un poder absoluto e ilimitado, de carácter vitalicio, que consistía en una serie de facultades conocidas como: el *ius vitae et necis* (poder de vida o muerte sobre sus descendientes), el *ius exponendi* (derecho de abandonar a sus hijos recién nacidos), el *ius vendendi* (derecho de venderlos) y el *ius noxae dandi* (derecho de entregarlos a otro *pater* para liberarse por los actos ilícitos cometidos

(1) Incluso esta afirmación podría resultar reduccionista, ya que estos doce siglos meramente abarcarían la llamada “primera vida” del derecho romano, mientras que la disciplina romanista vigente sostiene la pervivencia y trasmutación de los fundamentos legales romanos hasta nuestros días (Costa, 2012).

por el hijo). Lo expuesto queda evidenciado en la tradicional Ley de las XII Tablas: “Tabla IV-2. Poder del *pater* sobre sus hijos: derecho a encerrarlos, azotarlos, tenerlos encadenados en los trabajos rústicos, venderlos o matarlos, aun cuando desempeñen elevados cargos en la República” (Mojer, 1994: 29).

La *patria potestas* se adquiría sobre los hijos nacidos en justas nupcias, sobre aquellos adoptados y adrogados —más adelante sobre los legitimados— y se extinguía sólo por la muerte o *capitis deminutio* del *pater*, por la muerte o *capitis deminutio* del *filius*, por su entrada en órdenes sacerdotales o por la emancipación. Este poder era ejercido por el *paterfamilias* —lo que excluía naturalmente a las mujeres— por lo cual podía suceder que el padre biológico de un niño no tuviera ningún margen de decisión respecto al menor, al ser él mismo *filiusfamilias*.

Esa situación era bastante frecuente en la Roma antigua, donde las familias eran numerosas y el *pater* tenía bajo su poder a varias generaciones. Se podía dar asimismo la situación inversa —que un *pater* fuera impúber y no tuviera familia a cargo— ya que la categoría “*paterfamilias*” era jurídica, no biológica.

Para comprender esta *potestas* tan peculiar, es necesario abordar el rol del *pater* en la familia romana, entendido como el jefe político-religioso (Mojer, 2009) representante de la misma ante la sociedad, sujeto *sui iuris*, juez, sacerdote y soberano. Diversos autores explican el alcance de este poder, ya sea fundándolo en la religión, en el carácter político de la primitiva familia romana, o en el surgimiento de la familia agnaticia. En este sentido Fustel de Coulanges lo basa en la importancia del culto familiar:

“Gracias a la religión doméstica, la familia era un pequeño cuerpo organizado, una pequeña sociedad con su jefe y su gobierno (...). En esa antigüedad, el *pater* no es sólo el hombre fuerte que protege y que también posee la facultad de hacerse obedecer, es el sacerdote, el heredero del hogar, el continuador de los abuelos, el tronco de los descendientes, el depositario de los ritos misteriosos del culto y de las fórmulas sagradas de la oración. Toda la religión reside en él” (2007: 80).

Por otro lado, Bonfante explica esta *potestas* asociándola a la naturaleza política de la familia romana: “El poder del *paterfamilias* sobre los *filiifamilias* tiene la misma naturaleza que la soberanía en los cuerpos políticos (...). Dado el carácter de la familia romana, limitar los poderes del *paterfamilias* hubiera sido violar la autonomía de la familia” (1929: 160). Así entonces el *pater* ejercería sus facultades como un soberano, en un plano paralelo a la *civitas*, pero con un poder semejante al que tiene el magistrado sobre los ciudadanos (Iglesias, 1965: 506). En un profundo estudio sobre la potestad del *pater*, Amunátegui Perelló contradice esta teoría, afirmando que:

“es insostenible la concepción bonfantina de la familia romana como un Estado en miniatura independiente de la autoridad pública. La ciudad intervino en la regulación de la familia y de las facultades del *pater* desde los tiempos más antiguos, limitando no sólo su *necis potestas*, sino también su *vitalis potestas*. La actuación del *pater* no es asimilable a aquélla de la *civitas*, sino que se encuentra subordinada a ésta” (2006: 111).

En realidad, de acuerdo con este autor los poderes del *pater* surgen con el auge de la familia agnaticia, en tiempos de decadencia de las *gentes*, y desde ese momento estuvieron limitados por las leyes de la ciudad, sobre todo a partir de la Ley de las XII Tablas. Así lo expresa el prestigioso investigador chileno: “En fin, las XII Tablas, al consagrar al *pater* como eje de la vida familiar, lo independiza de la autoridad de la gens, y consecuentemente, lo vincula directamente a la ciudad” (Amunátegui Perelló, 2006: 142-143).

A partir del siglo I d.C. comenzaron a surgir otras limitaciones a las facultades del *Pater*, en parte por resultado de la evolución de las costumbres sociales y por la progresiva influencia del cristianismo, como igualmente por la injerencia legislativa en las cuestiones de familia. También, incidió en esta moderación de la *patria potestas*, según lo indicado por Mayr (1941), el contacto con los derechos nacionales en especial en la parte oriental del Imperio (sobre todo a partir del siglo III) ya que en esas regiones se consideraba al padre como un protector de los hijos y no tanto como el titular de un poder sobre los mismos. En el plano económico, la aparición de los peculios *castrense* y *cuasicastrense*

confirió una cierta independencia a los *filifamilias* socavando la autoridad absoluta del *pater*. Por último, la emancipación femenina —evidenciada entre otras medidas en la progresiva desaparición del matrimonio *cum manu*, en las reglas relativas a la dote y en la posterior eliminación de la *tutela mulierum*— contribuyó asimismo de manera indirecta a reconfigurar los roles familiares y debilitar el poder paterno.

Entre las limitaciones introducidas en la etapa imperial, cabe mencionar lo dispuesto por Trajano cuando obliga a emancipar al hijo maltratado por el *pater*, la decisión de Adriano de deportar a aquel que había abusado cruelmente del *ius vitae necisque* contra su *filius*, la pena de parricidio impuesta por Constantino a quien mata a su propio hijo, hasta llegar a la época de Justiniano, que da por abolido el *ius vitae et necis* y el *ius noxae dandi*, admitiendo el *ius vendendi* sólo en casos de extrema necesidad, y estableciendo la pena capital para el *pater* que ejerza el *ius exponendi* (Bonfante, 1929: 163; Volterra, 1986: 103).

Justamente, el caso que motiva la deportación en tiempos de Adriano hizo surgir una de las expresiones más relevantes en materia de *patria potestas* romana, que hoy conocemos gracias a un fragmento del jurista Marciano contenido en el Digesto (2):

“D. 48.9.5 Marciano, Institutas, Libro XIV — Dícese que el Divino Adriano, habiendo uno matado en una cacería a su hijo, que cometía adulterio con su madrastra, lo deportó a una isla, porque lo mató más bien como ladrón que con el derecho de padre; porque la patria potestad debe consistir en la piedad, no en la atrocidad” (García del Corral, 1889: 757).

Esta afirmación nos da cuenta del verdadero sentido y contenido de la *patria potestas* romana a partir del siglo II d.C., al vincularla con la “*pietas*” como deber de afecto del *pater* hacia sus hijos, y en un alcance más amplio, como principio rector de las relaciones de familia. Esa noción de *pietas* implica, de acuerdo con Clemente:

“un ‘amor debido’ del hombre hacia los padres, los dioses, la patria, lo que pone en evidencia una respetuosa conducta, un sentido del deber, en definitiva, una actitud de veneración que no sólo se espera sino que también se exige, a tenor de los más antiguos mores, al buen romano” (2012: 248).

En el derecho de familia romano esto se va a reflejar en una resignificación de la *patria potestas* expresada en el conocido “*officium pietatis*”:

“Este noble sentimiento de *pietas* se traduce, en el campo con trascendencia jurídica, en el deber del *paterfamilias* de actuar conforme a tal noción, obligándose en virtud del *officium pietatis* a tener un trato moderado con sus hijos” (Clemente, 2012: 244).

Este deber impuesto por el *officium pietatis* se trasladará asimismo al derecho hereditario, como protección para los hijos y parientes legítimos que hubieran sido desheredados o preteridos de los testamentos por causas injustificadas, generando así la querrela por testamento inoficioso (3). En un hermoso trabajo sobre el tema la romanista mexicana Ramírez Arce sostiene: “El *officium pietatis* constituye un principio de carácter moral y ético que motiva el origen de figuras jurídicas que tiene como objetivo fundamental imponer la justicia y el afecto de sangre incluso frente al derecho mismo de la libertad de testar” (2009: 241-242).

Como bien explica Carcopino (1939) las leyes se modelaron sobre los sentimientos de la sociedad, rechazando las atroces severidades del pasado. Así es que en el derecho justiniano se consolida una

(2) Nota de la autora: todas las citas del Código y Digesto justiniano incluidas en el presente trabajo fueron tomadas de la edición y traducción del Corpus Iuris Civilis realizada por García del Corral (1889).

(3) Sobre el testamento inoficioso: “Se dice que un testamento que excluye a los hijos del patrimonio hereditario es un testamento contrario al *officium (inofficiosum)* es decir, contrario al deber de “afección” que el padre tenía hacia sus hijos, ello atendiendo a las condiciones de la sociedad romana, como lo confirma la siguiente cita: Séneca. De la Clemencia 1.14. ¿Acaso alguien que esté cuerdo deshereda a su hijo a la primera ofensa?” (Ramírez Arce, 2009: 240).

nueva concepción de la *patria potestas*, entendida como un derecho y deber del *pater* de criar y educar a sus hijos y descendientes, con un poder moderado de corrección y disciplina. En este sentido afirma Arangio Ruiz:

“En el derecho justiniano, la insistencia en afirmar el vigor de la *patria potestas* es más bien un obsequio a la tradición que a la expresión del derecho vigente, la potestad justiniana se identifica más bien con la función del progenitor de educar y proteger a la prole” (1973: 533).

Este nuevo rol legal claramente está basado en la *pietas*, y de esta manera, en términos de Iglesias “la norma ética se convierte en imperativo jurídico” (1965: 507).

III. Concepto de la patria potestad en el Código Civil argentino

Se aborda ahora en forma breve, la evolución del concepto de patria potestad en el Código Civil argentino —sin pretender profundizar en la regulación específica de dicho instituto— tomando en cuenta la elección de palabras empleadas para categorizarla legalmente.

En el Código Civil argentino de 1869 se define a la patria potestad como “el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos en la persona y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados” conforme a la redacción original del artículo 264. Esta formulación se complementa con lo establecido en el artículo 265, el cual dispone que los hijos menores de edad están “bajo la autoridad y el poder” de sus padres, y que ellos tienen la obligación y derecho de criar a sus hijos, elegir la profesión que han de tener, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna. Se mencionan como fuentes del artículo 265 tanto las Partidas, el Código Francés y distintos fragmentos del Digesto romano, en especial aquel que equipara la reverencia hacia Dios con la obediencia a los padres y la patria (4).

En el Código velezano la titularidad de la patria potestad correspondía a ambos progenitores, pero, su ejercicio estaba limitado al padre, como se desprendía de la mayoría de las legislaciones civiles de aquel momento. Sin embargo, en una nota al artículo 305 sobre la situación de la madre viuda el mismo codificador expresaba: “el derecho ha marchado también, y acabará por ser reconocida en los países cultos la necesidad y conveniencia de poner a la madre en sus relaciones de derecho a la par del padre”. A continuación Vélez Sarsfield ensaya una explicación ligada a la evolución del derecho romano (5) —en el cual históricamente la madre era apenas una “hija de familia” bajo potestad de su marido y luego de una lenta progresión se le otorgó la posibilidad de ser tutora y velar legalmente por el bienestar de sus hijos— para finalizar afirmando que la tendencia contemporánea era dar a la madre viuda la misma autoridad, poder y derechos sobre sus descendientes que los que tenía el marido (6).

En 1919 se modifica el artículo 264 a través de la ley 10.903 y se incluye en la definición de patria potestad la palabra “obligaciones”. Le atribuye explícitamente el ejercicio de la misma al padre y sólo en caso de muerte o pérdida del derecho por parte de éste, a la madre.

Más adelante, si bien la ley 17.711 representó un adelanto en relación a los derechos de la mujer, consagrando su plena capacidad civil y regulando desde un plano más igualitario las relaciones patrimoniales en el matrimonio, omitió realizar cambios significativos en lo relativo a patria potestad.

(4) Nota artículo 265: “(...) La Ley romana decía: ‘Veluti erga Deum religio ut parentibus et patriae pareamur’ (...). Esta cita alude a D.1.1.2. Pomponio, Manual Libro único — Como la religión para con Dios, como que obedecemos a los padres y a la patria. Otros fragmentos romanos incluidos en la nota son D.25.3.4, D.25.3.5, D.27.2.4 y D.37.10.16” (Schipani, 2007: 115).

(5) Se sabe que estas alusiones a las normas romanas son frecuentes en nuestro primer codificador, en efecto sólo en el Título III sobre Patria Potestad —incluido en el Libro I Sección Segunda del Código Civil— se encuentran más de 15 referencias a la compilación justiniana, ya sean fragmentos del Digesto, constituciones imperiales o novelas.

(6) Lo peculiar de esta nota es que el codificador cita la expresión “non minorem curam erga filiorum utilitatem mates constat (fréquenter impubère)” como surgida de la Ley Romana, mientras que la fuente tomada para este artículo —el Proyecto de García Goyena— sostiene que dicha frase aparece recién en el Fuero Juzgo (García Goyena, 1852: 174).

La siguiente reforma a dicha figura llegaría recién en 1985 con una nueva visión de este instituto, introducida por la ley 23.264, a partir de la cual se define de esta manera:

“Artículo 264— La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

Se observa la alusión a “deberes y derechos” resaltando los deberes al inicio, invirtiendo así el orden del articulado anterior, en una sincronización de deber-derecho propia de las relaciones de familia (Gowland, 1986: 1159). Por otro lado, se agrega que el objetivo del instituto es la protección y formación integral de los hijos —sin hacer distinciones respecto a la legitimidad de los mismos— correspondiendo su ejercicio en forma conjunta a ambos padres en tanto no estén separados o divorciados. Asimismo en el artículo 265 se elimina el vocablo “poder” reemplazándolo por el de “cuidado” en consonancia con el artículo 264 y se suprime la facultad de los progenitores de elegir la profesión de los menores, en una intención de otorgar mayor autonomía a estos últimos. Entre otros, se modifica también el artículo 278, referido al poder de corrección de los padres, estableciendo que debe ejercerse moderadamente, excluyendo los malos tratos, castigos y actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los niños.

Como correlato a esta evolución, la jurisprudencia también aportó su mirada definiéndola como una verdadera función social, en este caso a través de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

“(…) modernamente la noción misma de patria potestad se define más allá de los derechos de los padres (...). La patria potestad es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado. En esa línea, no sólo condiciona el modo en que debe desplegarse el *officium* paterno. También obliga al intérprete —urgido por esta directiva jurídica de particular peso axiológico en el derecho contemporáneo— a dar, en cada caso individual, respuestas realmente coherentes con una acción protección bien entendida. Y, por lo mismo, lo conmina a prestar especial atención a los niños como personas, enteramente revestidas de la dignidad de tales; titulares —ahora mismo— de unos derechos, cuyo ejercicio actual se proyectará ineludiblemente en la calidad de su futuro” (Corte Sup., 29/4/2008, “M. D. H c/ M. B. M. F.”).

En el fallo citado, que representa una interpretación valiosa e incuestionable de la institución “patria potestad” en el siglo XXI —ligada al pleno respeto de los derechos del niño—, se observa asimismo la descripción de este rol como un *officium* —en concordancia con sus orígenes romanos— lo cual evidencia que la tradición jurídica-cultural no está reñida con la evolución de las leyes, sino que por el contrario se pueden complementar de la mejor manera.

En resumen, en las reformas previas al nuevo Código Civil y Comercial se actualiza el enfoque sobre el contenido y el ejercicio de la patria potestad en múltiples aspectos, conservando sin embargo la denominación y el sentido ligados a la tradición romana. Lo expuesto se confirma claramente en las conclusiones de la Comisión de Derecho Romano de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil donde se coincide por unanimidad en: “destacar la pervivencia de la figura de la *patria potestas* como fundacional antecedente de las actuales relaciones de familia vigentes en el derecho argentino” (2013: 26).

IV. Nuevo Código Civil y Comercial: la responsabilidad parental

El Proyecto de Código Civil y Comercial fue presentado en junio 2012, como resultado del trabajo desarrollado por la Comisión de Reformas designada por el Decreto 191/11 sumado a las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional. De acuerdo con los Fundamentos del Proyecto, se trata de un Código con identidad cultural latinoamericana, que recepta la constitucionalización del derecho privado, tomando en cuenta los tratados internacionales incorporados a nuestra Carta Magna, que busca la igualdad y se basa en un paradigma no discriminatorio, con una regulación pensada para una sociedad multicultural.

Luego de su elevación al Congreso, el Proyecto fue analizado por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización e Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, obteniendo media sanción por el Senado en noviembre 2013 y siendo convertido en ley por Diputados el 1º de octubre de 2014. Fue publicado en el Boletín Oficial una semana después como ley 26.994 para regir a partir de 2016, posteriormente la fecha inicial de su vigencia se adelantó al primero de agosto de 2015 por ley 27.077 de diciembre de 2014.

En este marco se sustituye la expresión “patria potestad” por la de “responsabilidad parental” alegando el fuerte valor pedagógico y simbólico del lenguaje (7), así como los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. Acorde a lo expuesto se explica en los Fundamentos:

“La palabra ‘potestad’, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la ‘*potestas*’ del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo ‘responsabilidad’ implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente” (2012: 61).

Por su parte, la doctrina justifica esta nueva figura remitiéndose a las conclusiones de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en el 2001, donde se declaraba *de lege ferenda* que:

“el conjunto de responsabilidades, derechos y deberes de los progenitores respecto de sus hijos, no debe mantener la denominación latina de ‘patria potestad’, que debe ser reemplazada por términos más adecuados a la naturaleza de las relaciones jurídicas intra y extrafamiliares que comprende” (Mizrahi, 2013: 2).

Incluso quienes critican la expresión adoptada por la Comisión de Reformas, se empeñan en marcar la diferencia con el origen romano de la institución:

“(…) consideramos que la denominación ‘patria potestad’ por sus remotos orígenes y su recepción social, excede el mero marco de su sentido literal para individualizar la institución en sus verdaderos alcances y que el instituto lejos estaba de asemejarse a la potestad del *paterfamilia* de Roma. Por ello pretender sustituirla por la mención ‘responsabilidad de los padres’ resulta injustificado, por la falta de arraigo de la expresión en la sociedad para la cual se legisla, además que tal denominación puede reflejar la errónea idea de la responsabilidad de los padres por los daños y perjuicios de los hijos menores la que evidencia una limitación excesiva” (Medina, 2014: 2).

Según lo manifestado en el Proyecto, esta innovación terminológica se adopta tomando como fuentes el Reglamento del Consejo Europeo nro. 2201/03 llamado Nuevo Bruselas II —a nivel internacional— y la Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes del año 2005 la cual habla de “responsabilidad familiar” en su artículo 7º (8).

(7) En este punto, cabe realizar una aclaración sobre cuestiones terminológicas en instituciones de origen romano: dado su remota procedencia todas las expresiones derivadas del latín nos conducirían a un contexto social muy diferente, eso no excluye su valor ni la evolución que han transitado a lo largo de siglos; por el contrario se resignifican convirtiéndose en tradición jurídica y cultural. Para brindar un ejemplo, se tomará el vocablo de derecho público conocido como “sufragio” el cual se refería en su inicio a la aclamación mediante el fragor de las armas (Lapieza Elli, 1975: 58) ya que aquellos que votaban eran los ciudadanos convocados al ejército. En este sentido sería un verdadero oxímoron hablar de “sufragio universal” ya que la sociedad en la cual surge el “suffragium” excluye del voto a los esclavos y a las mujeres, entre muchos otros. Sin embargo, nadie negará el fuerte anclaje y vigencia de dicha expresión en el lenguaje jurídico constitucional, y así también se podría trazar un paralelo con el valor de la denominación patria potestad en el derecho de familia.

(8) Ley 26.061: “Artículo 7º— Responsabilidad familiar. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. “El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. “Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones”.

Cabe señalar que dicha ley recepta los principios y criterios establecidos por la Convención sobre Derechos del Niño, sancionada en Nueva York en 1989, suscripta por nuestro país a través de la ley 23.849 y que posteriormente obtuvo rango constitucional en la reforma de 1994 por medio del artículo 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna. Sin dudas la citada Convención resulta fundamental en la orientación y contenido del nuevo instituto, destacando en su Preámbulo que la familia —como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros— debe asumir sus responsabilidades para que el niño alcance el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y sea preparado para una vida independiente en sociedad. Así entonces, en el articulado del nuevo Código Civil y Comercial se define a la responsabilidad parental como:

“Artículo 638 — *Responsabilidad parental. Concepto.* La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

En esta formulación se subraya el cambio del término “padres” por el de “progenitores” y la adición de “desarrollo” del hijo, entre los objetivos de la responsabilidad parental. Por otro lado, se aplica la coparentalidad tanto en la titularidad como en el ejercicio de esta función (artículos 640 y 641); y se sustituye el vocablo “tenencia” por uno más apropiado al derecho de familia designado “cuidado personal”, el cual como regla general —en caso de progenitores no convivientes— será compartido e indistinto (artículos 648 a 651). El antiguo “régimen de visitas” toma un enfoque más integral y se convierte en “plan de parentalidad” en el cual se toman en cuenta las necesidades del hijo y su participación en el diseño del mismo (artículo 655).

Resulta muy interesante, la inclusión de los principios rectores de esta responsabilidad en el artículo 639, destacando sobre todo el interés superior del niño:

“Artículo 639— *Principios generales. Enumeración.* La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

“a) el interés superior del niño;

“b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;

“c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

Este criterio del “interés superior” surge del artículo 3. 1º de la Convención de Derechos del Niño (9) (en adelante CDN) y fue consagrado en varias oportunidades en la jurisprudencia argentina; ha sido descripto en nuestra legislación como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la misma (10). La doctrina lo ha conceptualizado de la siguiente manera:

“Se podría decir que objetivamente se satisface el llamado interés superior del niño cuando se lo reconoce en todos los ámbitos —incluso en el familiar— como sujeto de derecho pleno; si es oído y su opinión se tiene en cuenta; si se respeta su vida privada e intimidad; cuando puede expresar y practi-

(9) Convención sobre Derechos del Niño: “Artículo 3. 1º— En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. “Artículo 18. 1º— Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

(10) Ley 26.061: “Artículo 3º— Interés superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

car sus propias ideas y creencias; si está habilitado a participar activamente en el proceso judicial que lo involucra; si no se le impide ejercer por sí sus derechos personalísimos; cuando se le brindan las condiciones para desarrollar una vida digna, haciendo realidad sus derechos económicos, sociales y culturales; si se atiende a su identidad y dignidad en todos los órdenes de la vida; si se respeta su derecho a crecer y desarrollarse en el seno de su propia familia en tanto y en cuanto se preserve su centro de vida, resguardándolo de cortes abruptos; si se le enseña a convivir en el respeto al principio de la solidaridad familiar —y el cumplimiento de los deberes que ello implica—, vedando las conductas abusivas, sean del propio niño o de los restantes miembros del grupo familiar” (Mizrahi, 2011: 908).

De lo expuesto se desprende claramente que este principio incide en toda la regulación de la responsabilidad parental al reconfigurar las relaciones entre padres e hijos, reconociendo al niño como un pleno sujeto de derecho y priorizando su bienestar frente a los intereses de los adultos. Así, lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo relevante (11):

“La atención principal al interés superior del niño a que alude el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos por lo que, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño” (“S. C. s/ adopción”, del 2/8/2005).

Se observa, por otra parte, que el principio de interés superior del niño se incluye no sólo en lo referente a responsabilidad parental sino en diversas secciones del nuevo Código Civil y Comercial: derechos personalísimos —artículo 26—, derecho al nombre —artículo 64—, tutela —artículos 104 y 113—, adopción —artículos 595, 604, 621 y 627—, procedimientos de familia —artículos 706—, reproducción asistida —artículo 2634—, adopción internacional —artículos 2637 y 2639— y restitución internacional de menores —artículo 2642—.

En armonía con lo antedicho se encuentra la enumeración de los deberes de los progenitores en el artículo 646, consistentes con los principios rectores de la responsabilidad parental, en especial con el respeto a la autonomía progresiva del hijo:

“Artículo 646— *Enumeración*. Son deberes de los progenitores:

- a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo;
- b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo;
- c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos;
- d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos;
- e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo;
- f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo”.

De la presente redacción se deriva entre otros el derecho del niño a ser oído —acorde a lo estipulado por el artículo 12 CDN (12)— tanto en los procedimientos de familia que lo comprenden

(11) Otro fallo notable sobre el principio de interés superior: Corte Sup., “A. F. s/ protección de persona”, del 13/3/2007.

(12) Convención de Derechos del Niño: artículo 12: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se

(artículo 707) como en lo relativo a sus derechos personalísimos y las decisiones sobre tratamientos médicos (artículo 26). Asimismo se promueve el esfuerzo de los progenitores en contribuir al desarrollo madurativo del niño y a incentivar por ende su autonomía progresiva, en coincidencia con lo establecido por el artículo 27 CDN (13). En complemento con lo anterior, se presume la madurez del adolescente —aquel mayor de 13 años y menor de 18— para variadas situaciones: la participación en procesos judiciales (artículo 677) el ejercicio de la responsabilidad parental (artículo 644) y el desempeño de algún empleo o profesión en el caso de los mayores de 16 (artículos 682 y 683). Por último, se deroga el “usufructo paterno” en razón de considerar al menor un sujeto titular de derechos —incluidos los patrimoniales— y se establece la obligación para los progenitores de rendir cuentas por la utilización de las rentas de los bienes del hijo, si éste lo requiriese (artículos 697 y 698).

En resumen se encuentran numerosos aspectos positivos en la regulación incluida en el Proyecto; no obstante desde el enfoque asumido en el presente trabajo no se coincide plenamente con esta supuesta contraposición entre denominaciones, es decir entre “patria potestad” y “responsabilidad parental”. En efecto tanto en los Fundamentos como en la doctrina, se asocia la “patria potestad” exclusivamente con la noción de poder, de autoridad; mientras que la “responsabilidad” vendría a reflejar la idea de deber, resignificando el rol de los padres. De acuerdo con lo que expresa Mizrahi:

“(…) mientras la autoridad se conecta con el poder, la responsabilidad —palabra que aparece como la más adecuada— es inherente al deber. El poder, que evoca la potestad romana, pone el acento en la dependencia del niño, al par que el deber, cumplido adecuadamente, subraya el compromiso paterno de orientar a su hijo en el camino de la autonomía” (2013: 2).

Sin embargo, desde el prisma del derecho romano se comprende claramente que la *patria potestas* propia del período justinianeo, basada en la *pietas*, se concibe también como un deber parental, como una conducta responsable del *paterfamilias* hacia sus descendientes, traducida en el “*officium pietatis*”. Una vez más resulta útil recuperar el concepto de *pietas* en la precisa caracterización realizada por Clemente: “*Pius* y *pietas* representan la conducta del hombre que cumple con todos sus deberes hacia la deidad y su prójimo humano completamente y con todo respeto” (2012: 244). Esto implica ante todo una actitud de lealtad, de compromiso hacia el otro, de honor a la confianza depositada en el sujeto. Desde esta perspectiva, se podría inferir entonces que la “responsabilidad parental”, al parecer tan alejada de la *patria potestas* romana, no es otra cosa que el *officium pietatis* reinterpretado para nuestros tiempos.

Dicho esto, se admite una distinción fundamental: en el derecho romano el *filius* no era sujeto de derecho, debido a su carácter de *alieni iuris* (14). Por tal motivo, quizás se asoció a la noción de patria potestad la idea de los hijos como objeto de protección, y en contraste con la misma, el concepto de responsabilidad parental representa una diferencia muy significativa al considerar a los niños como sujetos de derecho en crecimiento. El cambio de denominación incorporado en el Código Civil y Comercial conllevaría así un nuevo ejercicio de rol parental ligado a una tarea de orientación, cuidado y respeto por la autonomía progresiva del hijo en pos de su pleno desarrollo y formación integral.

V. Surgimiento de la obligación alimentaria en Roma y proyección en la actualidad

En el derecho actual, se entiende a la obligación de alimentos hacia los hijos menores de edad como uno de los efectos derivados de la patria potestad.

dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la Ley Nacional”.

(13) Convención de Derechos del Niño, artículo 27: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”.

(14) Los *alieni iuris* eran todos aquellos sometidos a la potestad del *paterfamilias*: la mujer *in manu*, los *filius* y los esclavos.

En la Roma primitiva se la consideraba como un deber ético emanado de la *patria potestas*, sin que el mismo tuviera un sustento legal determinado (Albuquerque Sacristán, 2007: 9).

Quizás uno de los primeros antecedentes de esta obligación sea el Senadoconsulto Planciano, dictado en tiempos del emperador Vespasiano (69-79 d.C.). Por medio del mismo, la mujer divorciada de un ciudadano romano, en el caso de estar embarazada, debía notificarle su estado a su exmarido dentro de los treinta días de efectuado el divorcio. Ante dicha notificación, el sujeto aludido podía negar su paternidad o bien enviar personas de su confianza a comprobar la situación de su exesposa; si no respondía a la intimación la mujer podía interponer un reclamo sumario ante el pretor por el cual se lo convocaría al ciudadano a reconocer el parto (*agnoscere partum*) y como consecuencia del mismo, a cumplir con el deber alimentario.

“D.25.3.1. Ulpiano, Comentarios al Edicto, Libro XXXIV — El Senadoconsulto, que se hizo sobre el reconocimiento de los hijos, comprende dos casos, uno, relativo a los que reconocen, y otro, que supone un parto falso.

1— En su consecuencia permite a la mujer, o al ascendiente bajo cuya potestad está, o a aquel a quien por ellos se le mandó, si se creyera embarazada, que se lo haga saber, dentro de treinta días contaderos a partir del divorcio, al mismo marido, o al ascendiente bajo cuya potestad está, o que lo manifiesta a la casa, si no tuviera posibilidad de hacérselo saber a ninguno de éstos”.

“D.25.3.3.1. Ulpiano, Comentarios al Edicto Libro XXXIV — Como el Senadoconsulto Planciano se refiere a los partos, que son dados a luz después del divorcio, se hizo en tiempos del Divino Adriano otro Senadoconsulto, para que también si el parto hubiera sido dado a luz durante el matrimonio, se proceda respecto a su conocimiento”.

Por ello se ha afirmado que no obstante su esfera de aplicación limitada, el Senadoconsulto Planciano tuvo un impacto profundo en la historia del derecho romano de familia, ya que consagró al principio según el cual un niño tenía el derecho a reclamarle alimentos a su padre (Gerken, 1996: 16). En efecto, si bien era costumbre en Roma que la madre o la nodriza amamantaran al niño hasta los tres años, a partir de esa edad el infante contaba con una acción para exigirle alimentos a su progenitor, tal como permite constatar una constitución imperial de la época de Diocleciano (Tafaro, 2009: 190):

“C.8.47.9. — Los mismos Augustos y Césares a Nicagora — Los senadoconsultos sobre reconocimiento del parto, la pena establecida, y también la acción prejudicial fijada en el Edicto Perpetuo, y el remedio de los alimentos concedido ante el presidente al mayor de tres años que lo pide, declaran con manifiesto derecho que nadie es libre de desconocer a un hijo (Sancionada en Sirmio, a 5 de las calendas de Mayo, bajo el consulado de los Césares, 294-305)”.

La figura legal de obligación de alimentos entre parientes —entre ellos del padre hacia los hijos— pareciera que surge entre los principados de Antonino Pío (138-161) y de Marco Aurelio (161-180), en base a ciertos rescriptos contenidos en el Código justiniano. No es casual que esta figura haya sido regulada durante la dinastía de los Antoninos, ya que en este período la influencia estoica incidió en la moderación de la *patria potestas* y en la implementación de varias políticas sociales —entre ellas las instituciones alimentarias para la niñez—, lo cual demuestra una notable humanización del derecho. A continuación, se citan dos constituciones imperiales relativas a esta obligación:

“C. 5.25. De la obligación de dar alimentos a los hijos y a los padres.

C.5.25.1. El emperador Antonino Pío, Augusto, a Basso — Es justo que los hijos presten socorro a las necesidades de los padres (sin fecha ni cónsul).

C.5.25.4. Los emperadores Severo y Antonino, Augustos, a Sabino — Si con el debido comportamiento te hubieres granjeado el cariño de tu padre, no te denegará su paternal piedad. Pero si no lo hiciere espontáneamente el juez competente al que hubieres recurrido mandará que se te presten alimentos con arreglo a las facultades. Más si él negare que fuera tu padre, el mismo juez examinará ante todo esta cuestión” (publicada en las nonas de febrero, bajo el consulado de Laterano y Rufino, 197).

El rescripto mencionado de Severo resulta de mucho interés al hacer alusión a la piedad paternal —como deber indiscutido— y a la potestad del juez de ordenar que se presten alimentos de acuerdo con las facultades del *pater*.

Esta obligación fue contemplada también por los juristas clásicos, entre ellos Ulpiano, Paulo y Gayo, como se evidencia en los *iusas* incluidos en el Libro 25 Título 3 del Digesto “Del Reconocimiento y de los Alimentos de los descendientes, o de los ascendientes, o de los patronos, o de los libertos”. En un texto de Paulo, proveniente de su Libro de Sentencias —tomado luego como fuente por Vélez Sarsfield para el artículo 265— se equipara al padre que niega alimentos con el que mata a su hijo:

“D.25.3.4. Paulo, Sentencias Libro II — Se considera que lo mata, no solamente el que sofoca el parto, sino también el que lo arroja, y el que le niega los alimentos, y el que expone en lugares públicos por misericordia que él no tiene”.

Se observa entonces que los romanos consideraban la obligación de alimentos como derivada tanto del principio de protección a la vida (Ramírez Arce, 2009: 247) como del compromiso ineludible impuesto por el deber parental de afecto —en general surgido a través de un vínculo de sangre— por lo cual era severamente penado su incumplimiento.

Respecto a la obligación de alimentos entre padres e hijos el Digesto señala:

“D 25.3.5.1. Ulpiano, del Cargo de Consul, Libro II — Si alguien pretendiese ser alimentado por sus hijos, o que los hijos sean alimentados por los padres, el juez conocerá de esta cuestión.

1-Pero se ha de ver si uno está obligado a alimentar solamente a los hijos que están bajo su potestad, o si también a los emancipados, a los constituidos por derecho propio por otra causa. Y más bien creo, que aunque los hijos no estén bajo su potestad deben ser alimentados por sus padres, y que recíprocamente deben ellos alimentar a sus padres”.

Con el fragmento anterior queda claramente establecido la obligación alimentaria de los padres hacia los hijos, estén o no en su potestad, como recíprocamente las de los hijos hacia los padres. En D.25.3.5.2 se plantea la duda si dicha obligación alcanza sólo a los parientes por el lado paterno o debe comprender también a los del lado materno, y la solución preferida por Ulpiano es que el juez se pronuncie a favor de ambas líneas, ya sea “para socorrer fácilmente las necesidades de unos, o las enfermedades de otros; y como quiera que esto provenga de la equidad, y de la caridad de la sangre, conviene que el juez examine atentamente las pretensiones de cada uno”. Este argumento se revela muy valioso, ya que brinda otros de los criterios en los cuales se funda la obligación de alimentos, junto con la *pietas* (15): la equidad y la caridad de la sangre (16) —entendida como el cariño entre parientes—. Por ello Biondi sostuvo la existencia de un verdadero *favor alimentorum* en el derecho romano que incluso se extendió a políticas sociales:

“(…) las ideas cristianas que invocan a la *caritas sanguinis*, a la *aequitas*, a la *pietas* y a la *ratio naturalis* en este ámbito, influyeron de forma importante en el reconocimiento de un *favor alimentorum* en época postclásica y justiniana, que no se limitó al ámbito familiar sino que llegó a convertirse en un deber público” (1934: 296).

La relevancia que este sistema jurídico le asignó a la institución de alimentos se evidencia también en el trámite extraordinario y abreviado previsto para su reclamo, llamado *summaria cognitio*; ya que como explica Costa los romanos advirtieron que:

(15) La *pietas* no sólo se demuestra en el deber de los padres hacia los hijos, sino también a la inversa, como prueba D.25.3.5.15: Una razón de piedad estima que también por el hijo militar, que tenga recursos, deben ser alimentados sus padres (García del Corral, tomo II, 1889: 217).

(16) “Caritas lleva en sí el sentido de amor o afecto, nacido de forma espontánea, y que se despliega de manera natural” (Clemente, 2012: 243).

“(…) el procedimiento civil en un juicio por alimentos no puede llevar el mismo régimen procesal que cualquier otro pleito, fundamentalmente por el hecho de que un problema de alimentos requiere una solución inmediata o, al menos, lo más rápido, ya que lo contrario el principio primordial del derecho alimentario se ve conculcado” (2012: 309).

Posteriormente este trámite sumario, simplificado y de una sola instancia, será el modelo para adoptar un nuevo esquema de procedimiento civil denominado *cognitio extraordinem*, que a su vez sentará las bases del sistema procesal actual. Así expresa el Digesto:

“D.25.3.5.8. — Si el padre negase que aquel sea su hijo, y por lo mismo sostuviese que no debe alimentarlo, o si el hijo negara que aquel fuese su padre, conviene que los jueces conozcan sumariamente de este asunto; y si constare que aquel era su hijo o su padre, entonces mandarán que se le den alimentos, pero si no constare, no decretarán alimentos”.

Por otro lado, se insiste en distintos supuestos en que los alimentos deberán ser prestados conforme a las facultades del alimentante, pero en D.23.5.10 se aclara que si el mismo se negare, se podrá tomar en prenda y vender sus bienes para cumplir con la obligación.

“D.25.3.5.10. — Si alguno de éstos se negare a dar alimentos, se señalarán los alimentos con arreglo a sus facultades; pero si no se prestasen se le obligará a dar cumplimiento a la sentencia tomándole prendas y vendiéndolas”.

Un caso muy especial, relatado en el Libro 37 Título 9 del Digesto, es el de la mujer embarazada, en el caso de una *bonorum possessio ventris nomine*. En esta situación se indica que se ha de designar un curador para aquel que está en el vientre materno y que el mismo ha de ocuparse de las necesidades de la mujer embarazada:

“D. 37.9.1. 19 — Ulpiano, Comentarios al Edicto XLI — Y para esto se ha de nombrar curador, que le dé a la mujer comida, bebida, vestido y habitación con arreglo a los bienes del difunto, y a la dignidad de este y de la mujer”.

En esta cita de Ulpiano se destaca no sólo el criterio de proveer los alimentos de acuerdo con los bienes del alimentante —en este caso el difunto— sino de hacerlo acorde a su “dignidad” (17), noción muy justa para caracterizar a la obligación alimentaria y que da cuenta de los valores presentes en el sistema jurídico romano.

Respecto al contenido de la obligación de alimentos, se desprende claramente de un fragmento ubicado en el Digesto Libro 50 Título 16 “Del Significado de las palabras”:

“D.50.16.43. Ulpiano, Comentarios al Edicto, Libro LVIII — En la palabra ‘alimento’ se comprenden las cosas que son necesarias para la comida y la bebida y para el ornato del cuerpo, y las que el hombre necesita para vivir. Labeon dice que también el ‘vestido’ hace las veces de alimento”.

“D.50.16.44. Gayo, Comentarios al Edicto Provincial, Libro XXII — Y con esta denominación se significan las demás cosas que se usan para proteger o cuidar nuestro cuerpo”.

Así entonces quedarían comprendidas la comida, bebida, vestido, las cosas que el hombre necesita para vivir y según lo que se infiere de Gayo, también podría incluir los gastos en caso de enfermedad; configurando un concepto amplio (18) que luego será tomado como fuente por nuestro codificador.

(17) “Dignitas: Dignidad, respeto y consideración del que gozan los magistrados en el pueblo. C 12.1.8” (García Garrido, 2000: 104). En la cita de Ulpiano parece apuntar a que los hijos sean alimentados acorde a la dignidad de sus padres.

(18) El vocablo “alimentar” deriva del verbo latino “alere” que, de acuerdo con fuentes jurídicas y literarias, significaba nutrir, sustentar, proveer alimentos. A principios de la época clásica este término toma otra dimensión y así “el verbo alere no solamente viene a significar nutrir, proveer alimentos, sino que el concepto implica indudablemente abastecer de todo lo necesario para la vida” (Albuquerque, 2005: 15-16).

En efecto, en la redacción original del Código Civil argentino se define lo comprendido en la obligación de alimentos (19) en el artículo 267: “Artículo 267.— La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, vestido, habitación, asistencia y gastos por enfermedades”.

Como se ha dicho, la nota de este artículo remitía al Digesto romano, a las Leyes de Partidas, y a Zacharie. En la reforma de la ley 23.264 se incluye lo relativo a la educación y esparcimiento (20): “Artículo 267.— La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad”.

En el nuevo Código Civil y Comercial se introducen varias innovaciones relativas a la obligación alimentaria, en general previamente reconocidas en el plano doctrinal y jurisprudencial. En los Fundamentos se explicita asimismo la vinculación con la Convención sobre Derechos del Niño —específicamente con el artículo 27 ya citado— la cual enmarca el deber de asistencia a los menores en cuatro ejes fundamentales: “el interés superior del niño, el contenido integral de la prestación, la universalidad de la obligación asistencial en cabeza de todos los que sean responsables de los niños y la participación del niño en los asuntos en los que estén sus derechos en juego” (Pitrau, 2014: 391).

En este sentido un sector de la doctrina propuso inclusive que se suplantara la expresión “alimentos” por la de “prestación asistencial familiar integral” en la intención de “promover una transformación de la concepción actual del instituto alimentario” (Pitrau, 2014: 394-395).

Las razones esgrimidas para sostener dicha postura, se orientaban a las características tradicionales de la obligación alimentaria, entendiéndola como una cuestión eminentemente patrimonial —o más aún dineraria—, de enfoque individual y paternalista, en ocasiones de naturaleza meramente resarcitoria, en la que el niño queda excluido como sujeto de derechos y no se lo escucha ni facilita su participación en el proceso judicial que lo involucra. Por el contrario, conceptualizarla como una prestación familiar integral no sólo se adaptaría mejor a lo enunciado por la Convención sobre Derechos del Niño sino que además propiciaría una mejor comprensión de la misma por parte de todos los obligados, alentando el voluntario cumplimiento en un clima de solidaridad y afectividad, en el cual cubrir las necesidades para el desarrollo pleno del menor se convierta en el principal objetivo.

Más allá de las denominaciones, se observa en el articulado una profunda evolución del instituto que, como se tratará de demostrar, se vincula más que nunca con sus raíces romanas.

A tal fin, se analizarán las reformas introducidas en el nuevo Código en relación con la obligación de alimentos, explorando su correlato tanto con el derecho romano como con la jurisprudencia reciente. En primer lugar cabe contemplar la definición prevista en el artículo 659:

“Artículo 659.— *Contenido.* La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado”.

Se destaca en ella el concepto amplio ya esbozado en el Digesto romano (D.50.16.43, D.50.16.44, D.25.3.5.12) y el equilibrio entre las necesidades de los alimentados y los recursos de los alimentantes, relación que en las fuentes justinianeas se manifestaba habitualmente con la expresión “pro modo

(19) La obligación en sí surgía del artículo 265, que establecía: “Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y poder de sus padres. Tienen éstos obligación y derecho de criar a sus hijos, elegir la profesión que han de tener, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de ellos o de la madre, sino con los suyos propios”.

(20) Cabe mencionar respecto al articulado vigente del Código Civil (marzo de 2015) que a través de la ley 26.579 se actualizó el artículo 265, disponiendo que si bien se fijó la mayoría de edad a los 18 años, la obligación alimentaria se extiende hasta los 21 años en razón ya no de la patria potestad, sino del vínculo filial.

facultatum” (D.25.3.5.10, C.5.25.4). Este criterio ya había sido manifestado numerosas veces en el ámbito judicial, entre ellas se cita:

“Comenzamos por señalar que el derecho alimentario de los hijos deriva de los deberes que impone la responsabilidad parental en cabeza de los progenitores. El mencionado compromiso implica proveer a los hijos de lo necesario para la cobertura de todos aquellos rubros tradicionales y que hacen a una subsistencia en condiciones de decoro, adecuadas a las circunstancias personales relevantes de las partes en litigio, tratando de mantener el nivel social y económico del cual gozaban hasta el surgimiento del conflicto entre sus padres. Es por ello que, para determinar una suma razonable en concepto de alimentos, deben ponderarse no sólo los ingresos del alimentante, sino también la condición social de las partes y sus modalidades de vida” (C. Nac. Civ., “K., D. c/ L., L.”, del 21/4/1997).

Dicha ponderación se enlaza igualmente con el interés superior del niño y con el evidente dinamismo que debe asumir el quantum de la cuota alimentaria, siempre orientada a asegurar el desarrollo pleno e integral del hijo (artículo 646), en coincidencia con lo declarado en los siguientes fallos:

“Es sabido que la determinación del quantum de la cuota de alimentos debe contemplar la edad de los alimentados, necesidades de su desarrollo físico y socio-cultural, vivienda, vestimenta, enseres personales, esparcimiento y salud; sin perjuicio de tener en cuenta la capacidad económica del alimentante. En definitiva, se trata de equilibrar —prudencial y equitativamente— las necesidades de los niños, las posibilidades del demandado y la importancia del deber alimentario que deriva de la responsabilidad parental” (C. Nac. Civ., “F. C. A. c/ M. G. M. s/ alimentos”, del 2/10/2013).

La jerarquía constitucional que la obligación alimentaria ostenta, incluye la consideración de la fijación de un quantum en atención al interés superior del niño y su derecho al sustento y nivel adecuado de vida —artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional y los artículos 3º, 6º, 24, 27, 28 y 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño— siendo responsabilidad del progenitor la de garantizar las condiciones de vida necesarias para el desarrollo integral de los hijos (C. Civ. y Com. Pergamino, “A. P. M. c/ B. P. J. s/ Incidente”, del 11/2/2014).

Adicionalmente, se incluye en la presente formulación los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio (tal como se estipulaba en D. 37.10.6.5) a la par que se reconoce en el artículo 663 la obligación de alimentos hacia el hijo mayor que se capacita —hasta los 25 años— receptando así lo establecido en la jurisprudencia en relación con el apoyo para el cursado de carreras universitarias (Solari, 2012: s. 706-707). Por otro lado se expresa en el artículo 660 que las tareas de cuidado personal tienen un valor económico y constituyen un aporte a la manutención del hijo, así como se había señalado en diversas sentencias:

“la obligación alimentaria está a cargo de los dos progenitores, debiendo cada uno de ellos contribuir para lograr satisfacer las necesidades de sus hijos en común. Sin embargo, dicho aserto no autoriza a olvidar que en este caso la madre convive con los niños de modo exclusivo y permanente; lo que hace presumir que es ella quien se hace cargo de las necesidades cotidianas de T. y A. de un modo directo, a través de la cotidiana atención de los requerimientos de los niños, lo que implica una inversión de tiempo al que no debe restársele valor susceptible de apreciación pecuniaria. En concreto, la conclusión a la que se arriba es que el aporte en especie de la madre es significativo y, en esa inteligencia, resulta indiscutible que la mayor contribución económica deba encontrarse a cargo del padre no conviviente” (C. Nac. Civ., sala B, “F., R. M. y otro c/ M., A. F. s/ Alimentos”, del 16/4/2012).

En cuanto a la legitimación para iniciar el reclamo (artículo 661) se habilita tanto al otro progenitor (como se podría inferir del caso de Antonia Montana en D.25.3.5.14 y el de Ticiania en C.5.25.3) como al hijo con grado de madurez suficiente y la debida asistencia letrada, permitiendo inclusive la intervención subsidiaria de cualquier otro pariente o representante del Ministerio Público.

En una decisión muy loable, se consagra el derecho alimentario provisorio del hijo no reconocido —artículo 664— como también el de la mujer embarazada —artículo 665— durante la sustanciación

del juicio de filiación (al igual que lo preveía detalladamente el Digesto en D.37.10.5.3, D.37.9.1.2 y D.37.9.1.19) adoptando lo resuelto por la jurisprudencia en anteriores ocasiones:

“Debe decirse que los alimentos provisionales tienen por objeto subvenir sin demora a las necesidades imprescindibles, elementales y urgentes de quien los reclama. La ínsita urgencia de la prestación radica en la necesidad evitar que la demora propia del desarrollo del juicio —en este caso de filiación— hasta su finalización, pueda privar a la alimentista de los recursos imprescindibles para afrontar los rubros esenciales que hacen a su subsistencia. Su fijación se realiza con un conocimiento apenas superficial y somero del marco fáctico que —una vez probado— permitirá, en el proceso pertinente y con un mayor debate, el establecimiento de la pensión definitiva” (C. Nac. Civ., sala H, “L. A. N. c/ F. M. H.” del 23/12/2010).

Se determina asimismo la universalidad en la prestación de alimentos, al admitir el reclamo en forma simultánea a progenitores y abuelos en el artículo 668 —si bien con algunas limitaciones—, de una manera similar a lo que parecía indicar la legislación romana en D.25.3.5.2 y D.25.3.5.3 basándose en la *caritas sanguinis*. Este carácter universal del deber alimentario ya fue subrayado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un pronunciamiento del 2005:

“debe revocarse la sentencia que rechazó la demanda por alimentos interpuesta por la madre, en representación de sus hijos menores, contra el abuelo paterno a raíz del incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del progenitor, si la actora ha demostrado la insuficiencia de medios para hacer frente a la manutención de sus hijos y la ejecución de alimentos no ha podido llevarse a cabo porque el padre carece de trabajo fijo y de bienes a su nombre, pues, al resolver del modo indicado, el a quo desvirtuó el derecho al sustento alimentario de los reclamantes amparado por el artículo 367 del Código Civil, desatendiendo las directivas sentadas por la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto ha colocado a los menores en una situación de grave peligro al no poder cubrir sus necesidades más elementales” (Corte Sup., “F. L. c/ L. V.”, del 15/11/2005).

Todas las innovaciones estudiadas en el presente trabajo (21) permiten concluir, tal como sostiene Pitrau y en plena sintonía con los orígenes romanos de la institución, que:

“la prestación alimentaria no es una simple obligación dineraria, ni es un tributo, una tasa o un impuesto, que se nos impone a disgusto, sino que es la expresión material de un grupo familiar, y este grupo puede transformarse en el tiempo, y pasar de la convivencia a la separación, pero aquella prestación permanece inalterable en las necesidades de sus integrantes” (2014: 412).

VI. Conclusiones

En suma, las modificaciones introducidas en el nuevo Código Civil y Comercial argentino redefinen el alcance, contenido, supuestos y extensión de la obligación alimentaria; en lo que pareciera a priori una diferencia notoria respecto a la legislación vigente y tanto más en relación a la romana. Sin embargo, cuando se hace referencia a un sistema jurídico, es indispensable comprenderlo como un todo y analizar su evolución, ya que en caso contrario se podría caer en interpretaciones erróneas.

Por ello se afirma que persiste en las innovaciones propuestas el espíritu del derecho romano, aún de modo indirecto, en el deber de alimentos hacia la mujer embarazada y el hijo no reconocido, en la proporcionalidad entre necesidades del alimentado y los recursos de los alimentantes —tan presente en las fuentes justinianeas—, en la universalidad de la prestación, e incluso en la contribución de los progenitores a la profesión de los hijos —un elemento implícito en la estructura familiar romana, así como la dote de las hijas—.

(21) Por una razón de brevedad, no se han explorado en este texto ciertas incorporaciones muy interesantes en lo que atañe a obligación alimentaria: el deber alimentario subsidiario del progenitor afín (artículo 676), la situación del hijo que se encuentra fuera del país (artículo 667), las reglas de competencia en proceso de alimentos priorizando el centro de vida del niño (artículo 716), entre otras.

Así pues, como idea final de este trabajo, se demuestra una vez más la vigencia conceptual de los principios que guiaban las leyes romanas, tanto en lo relativo a la responsabilidad parental —según lo manifestado anteriormente, una reinterpretación del *officium pietatis*— como en la reforma prevista de la obligación de alimentos, que le da pleno cauce a la *dignitas y caritas* del Digesto romano.

VII. Bibliografía

ALBUQUERQUE SACRISTÁN, Juan M. (2007). “Aspectos de la prestación de alimentos en Derecho romano: especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes”, EN: *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nro. 15, Madrid, ps. 9-32.

ALBUQUERQUE SACRISTÁN, Juan M. (2005). “Aproximación a la perspectiva jurisprudencial sobre el contenido de la prestación de alimentos derivada de una relación de parentesco”, EN: *Anuario da Faculta de de Dereito da Universidade da Coruña*, nro. 9, La Coruña, ps. 13-37.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos F. (2006). “El origen de los poderes del *paterfamilias*, II: El *paterfamilias* y la *patria potestas*”, EN: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, tomo XXVIII, Valparaíso, ps. 37-143.

ARANGIO RUIZ, Vincenzo (1973). *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires: Depalma.

BIONDI, Biondo (1934). *Il diritto romano cristiano*. Citado en QUINTANA ORIVE, Elena (2000), “En torno al deber legal de alimentos entre cónyuges”, EN: *Revue Internationale des Droits des Antiquités XLVII*, Bélgica: Universidad de Lieja, ps. 179-192.

BONFANTE, Pietro (1929). *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid: Reus.

CARCOPINO, Jérôme (1939). *La Vie Quotidienne à Rome a l'apogée de l'Empire*, Paris: Hachette.

CLEMENTE, Ana Isabel (2012). “Dilucidando conceptos: *pietas* y *caritas*”, EN: *Revista Internacional de Derecho Romano* (online), nro. 9, Madrid. Disponible en <http://ridrom.uclm.es> (fecha de consulta: 21/4/2013).

COMISIÓN DE REFORMAS (2012). *Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires. Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com> (fecha de consulta: 26/3/2013).

COSTA, José Carlos (2012). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

DI PIETRO, Alfredo (1967). *Traducción y notas a las Institutas de Gayo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

DI PIETRO, Alfredo (1999). *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires: Depalma.

FUSTEL DE COULANGES (2007). *La Ciudad Antigua: Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*, México: Porrúa.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona: Jaime Molinas.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús (2000). *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Madrid: Dykinson.

GARCÍA GOYENA, Florencio (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, tomo I, Madrid: Sociedad Tipográfico-Editorial. Disponible en <http://books.google.com> (fecha de consulta: 26/3/2013).

GERKENS, Jean-François (1996). “De la *patria potestas* a l'autorité parentale”, en *L'enfant, avenir des droits de l'homme* (online), Lieja: Universidad de Lieja. Disponible en <http://hdl.handle.net/2268/57952> (fecha de consulta: 6/12/2014).

GOWLAND, Alberto J (1986). “Patria potestad. Notas a la ley 23.264”, EN: LL 1986-D-1156.

- IGLESIAS, Juan (1965). *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Barcelona: Ariel.
- LAPIEZA ELLI, Ángel E. (1975). *Historia del Derecho Romano*, Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- MAYR, Robert V. (1941). *Historia del Derecho Romano*, tomo II, Barcelona: Labor.
- MEDINA, Graciela (2014). “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación”, EN: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* (online), noviembre de 2014. Disponible en <http://www.laleyonline.com.ar> (fecha de consulta: 6/12/2014).
- MIZRAHI, Mauricio L. (2011). “Interés superior del niño. El rol protagónico de la Corte”, EN: *La Ley del 13/9/2011* (online). Disponible en <http://www.laleyonline.com.ar> (fecha de consulta: 21/4/2013).
- MIZRAHI, Mauricio L. (2013). “La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código”, EN: *LL del 18/3/2013* (online). Disponible en <http://www.laleyonline.com.ar> (fecha de consulta: 21/4/2013).
- MOJER, Mario A. (1994). *La Ley de las XII Tablas*, La Plata: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- MOJER, Mario A. (2009). “Significado político y jurídico de la familia romana”, EN: *Revista de ADRA*, año 9, volumen V, General Roca: PubliFadecs, ps. 221-232.
- PITRAU, Osvaldo F. (2014). “Alimentos para los hijos: el camino desde la Convención de los Derechos del Niño hasta el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, EN: HERRERA, Marisa y GRAHAM, Marisa (comps.), *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* (online), 1ª ed., Buenos Aires: Infojus. Disponible en <http://www.infojus.gob.ar> (fecha de consulta: 6/12/2014).
- RAMÍREZ ARCE, Bertha Alicia (2009). “El *officium pietatis*. Una reflexión de justicia para los preteritos en materia testamentaria, en la legislación civil mexicana”, EN: CUEVAS GAYOSSO, José Luis (comp.), *Estudios en Homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, México: Universidad Veracruzana Facultad de Derecho.
- SCHIPANI, Sandro (coord.) (2007). *Código Civil de la República Argentina: con la traducción de Ildelfonso García del Corral de la Fuentes Romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en la Notas*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- SOLARI, Néstor E. (2012). “Los alimentos en el Proyecto de Código”, EN: *LL 2012-E 703*.
- TAFARO, Sebastiano (2009). “Los derechos de los niños en la experiencia jurídica romana”, EN: *Revista de Derecho Privado*, nro. 17, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, ps. 177-202.
- TERENCIO (1966). *Comedias: Hecira y Adelfos*, Barcelona: Alma Mater.
- VOLTERRA, Edoardo (1986). *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid: Civitas.
- XXIV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (2013). Conclusiones de la Comisión de Derecho Romano. Buenos Aires: Facultad de Derecho, UBA. Disponible en www.jndcbahablanca2015.com (fecha de consulta: 6/12/2014).
- Legislación*
- Código Civil argentino. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Zavalía, 2011.
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Ley 26.994. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014.

Ley 23.849. Aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 22 de octubre de 1990. Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar> (fecha de consulta: 18/7/2013).

Ley 26.061. Ley de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 26 de octubre de 2005. Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar> (fecha de consulta: 18/7/2013).

Ley 27.077. Adelantamiento de la vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 19 de diciembre de 2014. Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar> (fecha de consulta: 8/2/2015).

Decreto 191/2011. Creación de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28 de febrero de 2011. Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar> (fecha de consulta: 26/3/2013).

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2/8/2005, “S. C. s/ adopción”. Disponible en <http://www.csjn.gov.ar> (fecha de consulta: 23/10/2013).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/11/2005, “F. L. c/ L. V.”. Disponible en <http://www.csjn.gov.ar> (fecha de consulta: 23/10/2013).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/3/2007, “A. F. s/ protección de persona”. Disponible en <http://www.csjn.gov.ar> (fecha de consulta: 23/10/2013).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29/4/2008, “M. D. H. c/ M. B. M. F.”. Disponible en <http://www.csjn.gov.ar> (fecha de consulta: 23/10/2013).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 21/4/1997, “K., D. c/ L., L.”. Disponible en <http://www.laleyonline.com.ar> (fecha de consulta: 23/10/2013).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala 23/12/2010, “L. A. N. c/ F. M. H.”. Disponible en <http://www.laleyonline.com.ar> (fecha de consulta: 23/10/2013).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 16/4/2012, “F., R. M. y otro c/ M., A. F. s/ Alimentos”. Disponible en <http://www.laleyonline.com.ar> (fecha de consulta: 23/10/2013).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 2/10/2013, “F. C. A. c/ M. G. M. s/ alimentos”. Disponible en <http://www.laleyonline.com.ar> (fecha de consulta: 6/12/2014).

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino, 11/2/2014, “A. P. M. c/ B. P. J. s/ Incidente”. Disponible en <http://www.infojus.gov.ar> (fecha de consulta: 6/12/2014). ♦

Fecha de recepción: 23-04-2015

Fecha de aceptación: 02-09-2015

El concepto de derecho del trabajo

POR ADOLFO N. BALBÍN (*)

Sumario: I. Introducción: generalidades y conceptualización.— II. Opinión de los autores.— III. El Derecho del Trabajo como Derecho Social. Significados y alcances.— IV. Su carácter ambivalente.— V. Conclusiones.— VI. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar la delimitación conceptual de la rama del conocimiento denominada como Derecho del Trabajo, estudiándola en el universo de las ciencias sociales como un campo cuyo estudio trata especialmente el fenómeno del trabajo humano subordinado. En esta investigación, se trata de exponer la una opinión científica sobre puntos que consideramos relevantes a los fines de comenzar a estudiar esa parte de las ciencias jurídicas.

No solamente se brinda una delimitación conceptual cerrada sino que se trata en la mayoría de los momentos, de arribar a reflexiones críticas sobre el tema en debate, y construir así una herramienta cognitiva mucho más sólida útil.

Palabras clave: concepto - derecho - trabajo.

The concept of the labour law

Abstract: *This paper aims to analyze the conceptual delimitation of the branch of knowledge known as labor law, studying in the universe of social science as a field whose study specifically addresses the phenomenon of subordinate human labor. In this research, it is exposing a scientific opinion on points that we consider relevant in order to begin studying that part of legal science.*

Not only a closed conceptual definition is provided, but it is in most times, arriving in critical reflections on the subject under discussion, and build a much stronger cognitive tool useful.

Keywords: *concept - law - laboral.*

I. Introducción: generalidades y conceptualización

El presente trabajo tiene por objeto brindar un marco conceptual general acerca de una de las disciplinas de las ciencias jurídicas y sociales: el Derecho del Trabajo (DT).

Como primera aproximación terminológica, podemos decir que el DT es la rama de las ciencias jurídicas que estudia el fenómeno social del trabajo subordinado, en el marco de un sistema económico que le sirve de fundamento y justificación (capitalismo) y cuyos protagonistas básicos son un trabajador y un empleador (relación individual del trabajo) y el sindicato o asociación sindical (relación colectiva de trabajo).

Como se advierte de lo anterior, si bien partimos del análisis de una rama jurídica, es destacable mencionar que para un correcto y útil estudio de la misma, no debemos centrarnos en un puro análisis jurídico sino que, más bien, resultará fructífero deshacer nuestras ideas y posibles conclusiones de ataduras provenientes de la letra fría de la ley, para adentrarnos en fin al significado último que sirve de sustento a toda la disciplina elegida en esta investigación.

(*) Prof. Adjunto Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

Con lo anterior queremos significar que, más allá del estudio que podemos hacer de la norma legal (de la que nos ocuparemos brevemente en líneas posteriores), en este punto resulta clave comprender desde donde se debe partir para comprender el objeto bajo análisis.

Como muy bien lo expresaba Gatti (2014) (1), el DT no está íntegramente comprendido en las expresiones normativas, sino también en las bases reales que subyacen a las relaciones sociales de producción. Es decir que para encarar el estudio de esta rama del conocimiento debemos comprender que su significado no encuentra resguardo solamente en la norma entendida en el sentido positivo kelseniano, sino también en la materialidad de su realización, es decir, en el desenvolvimiento de las sociedades, y esto último se avizora sobre todo si analizamos qué ocurre en la base humana de nuestro sistema imperante de producción.

Lo anterior se refiere sobre todo a la vinculación habida entre trabajadores y empleadores, en el marco de un contrato de trabajo en el que la desigualdad se convierte en su carácter fundamental, contrariamente a lo que se desprende de la teoría y práctica de los contratos civiles y comerciales definidos por el tríptico de libertad-igualdad y autonomía de la voluntad.

Y es que el significado primero del DT lo debemos ubicar allí en donde destaca el fenómeno social-económico de la dependencia, resultando ésta su componente más peculiar.

Como bien lo destaca Fernández Madrid (entre otros muchos autores), la dependencia es un componente elemental a la hora de analizar el fenómeno del trabajo subordinado, clasificándose la misma en dependencia técnica, económica y jurídica (1989:592).

La primera de ella (técnica), refiere a las instrucciones que el empleador dirige o bien puede dirigir a su contratado, y que enmarca la forma de realizar el trabajo.

En cuanto a la dependencia económica, hace alusión a la importancia del salario como forma de sustento y motivación del trabajador a lo largo de todo el curso de la relación.

Por último, la dependencia jurídica, hace referencia al poder que tiene el empleador para reemplazar la voluntad del trabajador por la suya propia. Es este último elemento el que no puede faltar en una relación de trabajo (al menos con el alcance que actualmente se le otorga a esa figura jurídica).

En efecto, si analizamos a groso modo algunas de las formas de la vinculación entre trabajadores y empleadores, advertiremos que en ciertas ocasiones permanecen ausentes algunas de las clases de dependencia mencionadas *supra*, sin que por ello pierda vigencia la relación de trabajo en sí.

Por ejemplo, en la relación laboral entre un médico y una clínica, no podríamos hablar en principio de la existencia o mediación de la impartición de instrucciones precisas acerca de la forma de realizar las tareas profesionales. O en el contrato de trabajo que une a un club de fútbol con un futbolista profesional, catalogados muchas veces por el exagerado tamaño de las cláusulas económicas. Pues bien, aún en estos ejemplos contractuales, tenemos que hablar de una vinculación laboral pues —y principalmente—, la dependencia que no puede faltar en el DT es la jurídica.

Y es que, como lo destacan Capitant y Couche (2), la naturaleza del trabajo poco importa al momento de describir su esencia fundamental, destacando De Ferrari (1968: 291) (con cita de Sinzheimer y Jacobi) que en definitiva, la subordinación a que estamos haciendo referencia es un poder que faculta al empleador a dar cierto sentido y dirección a la actividad ajena.

Ocurre que el Derecho del Trabajo supone, antes que una vinculación de intercambio económico, una relación de poder, es decir que la clásica definición dada en Derecho Político y que hace hincapié

(1) Gatti, Ángel Eduardo: clases de grado impartidas en su Cátedra 1 de Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP (primer cuatrimestre del año 2014).

(2) Citados por De Ferrari (1968: 293).

en la presencia del mando y la obediencia, adquiere en el DT contornos particulares, en tanto el mismo actúa como marco jurídico en que se encauzan dos voluntades diferenciales, tendientes a aceptar el engranaje de sistema de producción que beneficia menos a la generalidad de la sociedad que a los bolsillos del propietario de los medios de producción.

II. Opinión de los autores

Sobre el marco general vertido en el apartado anterior, resulta necesario hacer un breve recorrido por algunas obras jurídicas en este camino emprendido para llegar a definir el DT.

Así, Ernesto Krotochin expresa que:

“derecho del trabajo es el conjunto de los principios y normas jurídicas destinados a regir la conducta humana dentro de un sector determinado de la sociedad el que se limita al trabajo prestado por los trabajadores dependientes, comprendiendo todas las consecuencias que en la realidad social surgen de ese presupuesto básico, y cuyo contenido intencional apunta a lo jurídico” (1955: 5).

Walker Linares lo define como:

“el conjunto de teorías, normas y leyes destinadas a mejorar la condición económico social de los trabajadores de toda índole; esto es, de las clases económicamente débiles de la sociedad compuestas de obreros, empleados y trabajadores intelectuales e independientes” (3) (Cabanelas, 1949: 315).

De Ferrari dice que es “el conjunto de normas que gobiernan las relaciones jurídicas nacidas de las prestación remunerada de un servicio cumplido por una persona bajo la dirección de otra”. Agrega que: “puede decirse, acaso con mayor fundamento y precisión que esta rama del derecho en realidad está constituida por el grupo de normas que rigen el trabajo subordinado en general y, particularmente, la situación del hombre considerado como miembro de una profesión y de ciertas comunidades que integra como trabajador” (1968: 223).

Por su parte, Fernández Madrid dice que “derecho del trabajo constituye un conjunto sistemático de normas que regulan un tipo especial de relaciones que tienen su centro o punto de referencia en un trabajo personal infungible que se define por las notas de libertad, ajenidad y dependencia” (1989: 113).

Borrajo Dacruz, dice que “el derecho del trabajo vigente aparece como un conjunto sistemático de normas que tratan de realizar o servir la idea de la justicia; se integra pues en esa gran corriente ideológica o en individuo histórico-jurídico que se conoce con el nombre de Derecho Social (individualismo social - personalismo)”. Prosigue exponiendo que: “en segundo lugar el Derecho del Trabajo es el conjunto sistemático de normas que regulan las relaciones sociales que tienen presupuesto en la prestación de servicios privados por cuenta ajena”. Finaliza diciendo en resumen que “al unir los resultados de la caracterización ideológica y los de la materia Derecho del Trabajo, este se presenta como el conjunto sistemático de normas que de acuerdo con la idea social de justicia, regulan las relaciones sociales que tiene su presupuesto en la prestación de servicios profesionales privados por cuenta ajena” (4) (Fernández Madrid, 1989: 113, nota).

Pérez menciona que el DT sería el:

“conjunto de principios y normas que regulan las relaciones entre empresarios y trabajadores y de ambos con el Estado, derivados tanto de la prestación individual del trabajo como de la acción gremial organizada en defensa de los intereses profesionales” (Pérez, 1983: 72).

Sin ánimo de extender en demasía las definiciones que sobre el punto se han vertido, mencionaremos una última, cual es la dada por Pozzo en su *Manual*, exponiendo éste que como tal habría de enten-

(3) Walker Linares, *Panorama del Derecho Social Chileno*, Santiago de Chile 1937, p. 14, citado por Cabanelas.

(4) Borrajo Dacruz, Efrén (1988). *Introducción al Derecho del Trabajo*. 5ª ed. Madrid: ed. Tecnos, 37, citado por Fernández Madrid (1989).

derse “el conjunto de principios y normas que rigen las relaciones del trabajo subordinado y retribuido entre empleados y empleadores, ya sean estas relaciones de carácter individual o colectivo” (1961: 83).

Como se advierte de las anteriores definiciones, podríamos partir de una doble base a la hora de considerar los fundamentos ónticos del DT, es decir, al momento de delimitar su objeto de estudio.

Por un lado, eligiendo un punto de vista objetivo, se daría más importancia al marco jurídico que viene a dar significado a esa especie de contrataciones, entendiendo como DT el conjunto de normas y principios, etc.

Pues bien, a pesar de la notoriedad del aspecto antes mencionado, y aún frente al notable poder de los principios del DT en cuanto a su construcción, esencia e interpretación, creemos que en este momento más valdría reconocer a esta rama de las ciencias jurídicas y sociales por los sujetos en ella involucrados, pues, en definitiva, son ellos los protagonistas esenciales y sin los cuales el tipo especial de conflicto habido en la relación laboral no necesitaría mayor encauce.

En este punto, proponemos tener en cuenta pues a la conflictiva vinculación entre dos sujetos, y que pueden tener una doble proyección (o que de hecho la tienen): por una lado el trabajador y el empleador, quienes en un inicio van a entablar relación jurídica en base a un contrato de trabajo, para luego proyectar la misma al ámbito colectivo, en donde hallamos a otros sujetos importantísimos de la materia: el sindicato o asociaciones profesionales de trabajadores (5), las asociaciones de empleadores o instituciones que hagan sus veces (6). En cuanto al Estado, sin bien no podemos dejar de mencionarlo como un sujeto de importancia en ciertos momentos a lo largo del transcurso de la vinculación tanto individual como colectiva (ejemplo, en tanto guardián de la plena vigencia del de los principios del DT o en cuanto a su papel destacado en el proceso de homologación del convenio colectivo de trabajo a los fines de proyectar los efectos de una primera negociación cuasi privada a toda una categoría profesional), entendemos que no puede ser considerado como un protagonista de la relación sustancial que da origen a la disciplina bajo estudio.

De lo anterior se desprende que adoptamos pues la teoría subjetiva en momento de enmarcar conceptualmente la materia bajo análisis.

En el estadio actual de la evolución de nuestra materia, consideramos ya superado el momento histórico en que se denominó al DT como “el nuevo derecho” (Palacios, 1945) pues la madurez alcanzada por esta disciplina y su grado de evolución nos permiten concluir en tal sentido, reafirmando una vez más el carácter autónomo que cualifica a la disciplina, dado esto último por su particular objeto de estudio y sus principios elementales.

En cuanto al objeto, debemos dejar en claro que el DT solo se ocupa como regla del trabajo prestado en relación de dependencia, sin que entre dentro de su campo de estudio las formas de trabajo denominadas autónomas o independientes (7) (ejemplo, desempeño libre de la profesión de abogado, obligaciones de realizar determinada obra o brindar algún servicio profesional) pues, en todo caso, mejor cabida pueden encontrar esas situaciones —dependiendo de cada una de ellas—, en figuras existentes en el derecho civil clásico o comercial (8).

(5) Haciendo la aclaración respecto de la segunda definición propuesta —esto es, “asociaciones profesionales”—, no adoptamos la crítica expuesta por Krotoschin en su Manual de Derecho del Trabajo, quien entendió en su momento bajo la vigencia de la ley 14.455 (posteriormente reemplazada por la actual ley 23.551, de asociaciones sindicales), que si bien las asociaciones profesionales tendrían cabida en el sistema legal de mención, en la práctica prevalecían las asociaciones tanto de trabajadores o empleadores construidas más sobre la idea de actividad que de profesión. Ver del autor (1973: 123).

(6) Cámaras empresariales.

(7) En contra: Barassi, Ludovico, quien —desde el derecho italiano de mediados del siglo XX— también hacía mención, como parte del DT, al trabajo autónomo, en relación a la organización de la empresa en su faz externa en decir en sus vinculaciones con los terceros (adjudicación, transporte, contrato de obra, entre otros). Ver Barassi (1953), versión castellana de Miguel Sussini con prólogo y notas de Mario L. Deveali, p. 24.

(8) Ver: Deveali, Mario (1964), t. 1, Cap. 1, ps. 13-14.

Aquí no debemos dejar de mencionar una idea que consideramos elemental. Al momento de definir al contrato de trabajo, usualmente se resalta el carácter libre de esa vinculación (Fernández Madrid, Argentina), o bien haciendo alusión —creemos en el mismo sentido—, al elemento de la independencia respecto del trabajador (Walker Linares, Chile).

Pero, en este punto: ¿cómo ubicamos en esta teoría las notas de dependencia y subordinación referenciadas anteriormente?

Para responder al anterior interrogante, debemos incursionar por breve rato en la historia.

Desde Grecia con Aristóteles y partiendo de la clásica división de la vida en contemplativa y activa, se diferenciaba el ocio y la teoría del trabajo manual, entendiendo este último como medio para alcanzar aquellas. Es decir, el ocio y la teoría resultaban (como fines en sí mismos), el ámbito de la espontaneidad superior del espíritu, es decir, la actividad considerada más libre; en tanto que la actividad laboriosa estaba sellada por la dura necesidad, es decir, no tenía un valor inmanente sino que su función se detenía en servir como medio para el logro de la plena libertad (Fernández Madrid, Centeno, y López, 1977: 45-46). Pues bien, en esa sociedad —como en otras tantas de la antigüedad—, la esclavitud era el principal instrumento de mecanización del ocio.

Bíblicamente, se dice respecto del trabajo que “ganarás el pan con el sudor de tu frente”

Avanzado un poco en el tiempo, nos encontramos con que en la Edad Media, la riqueza provenía de la propiedad de la tierra y la acumulación de materiales preciosos. Aquí el vasallo —casi en la misma línea que el esclavo del modelo anterior—, no valía por sí mismo sino como medio para darle valor a los bienes inmuebles y cuidar de su propiedad frente a posibles invasiones enemigas.

Y en lo que en el punto más interesa, nos encontramos en una época posterior con el mercantilismo, sistema en que el trabajo se va a convertir por sí mismo en fuente autónoma de riqueza. Decía de Coppins: “Desde hace mucho tiempo se busca la piedra filosofal; se ha encontrado, es el trabajo” (9).

Y es que al modelo capitalista naciente por entonces, le convenía crear aunque más no sea ficticiamente una apariencia de libertad insita en el proceso de apropiación de la energía de trabajo del obrero por el patrón industrial, pues de esa manera se evitaría el desorden y el monopolio, los que podrían conllevar en su caso, a la ruina del Estado y, sobre todo, a la ruina del propietario de los medios de producción (Castel, 2009: 170 y ss.).

Esto también tuvo una justificación económico-filosófica en grandes personalidades de la época como fueron Locke y Smith. Para el primero, la libertad aunque fuese meramente un artificio, significaría una forma de justificar la propiedad privada, en tanto que para el segundo la teoría de la libertad como ley natural, significaría una herramienta fundamental en el proceso de intercambio económico.

En Francia, Turgot ávido intelectualmente de los objetivos económicos arriba señalados, trató de justificar de la misma manera el sistema aboliendo a fines del siglo XVIII las corporaciones de oficio (10).

(9) De Coppins, R. en *Des Moyens de détruire la médicité en France en rendant les mediats utiles sans les rendre malheureux*, citado por Castel (2009: 170, nota 33).

(10) Expresaba el Ministro del Luis XIV: “Dios, al dar a los hombres necesidades y al imponer como forzoso el recurso del trabajo, al hecho del derecho de aquel la propiedad de todo hombre, y esta propiedad es a primera, la más sagrada, la más imprescindible de todas”. Y es que como bien lo describe Cabanellas, “la revolución Francesa fue, en la práctica, la negación de los derechos de la clase trabajadora; pues si bien los reconoció de orden político, se los quitó en el económico, inaugurando el reinado del liberalismo económico que, partiendo de la libertad individual como intangible y de la leu mecánica de la oferta y de la demanda para regular el precio del trabajo, abrió la puerta para la impune explotación del obrero considerándose a éste como una especie de máquina que bastaba alimentar con pan en vez de hulla, y esto último en la menor cantidad posible”. Ver: Cabanellas, *Tratado*, ps. 254 y 255, así como también su obra *La Revolución Social*, Madrid, 1933, p. 81.

Era preciso eliminar las viejas y cerradas instituciones del antiguo régimen, a los fines de dejar circular libremente las aguas de capitalismo justificante de la creciente propiedad del titular capitalista, así como también del aumento en el nivel de explotación de los hombres, mujeres y niños, sometidos todos sin restricciones a un proceso de producción salvaje y avasallante, en medio de una marea de notable individualismo y alienación en perjuicio de la clase proletaria.

Se recurrió de esa manera a figuras tales como el contrato de compraventa, el de locación de servicios, al de obra, entre otras, todas como forma de justificación del sistema de apropiación imperante, y en cuyo marco el Estado cumplía un rol aparentemente pasivo. En efecto, coincidiendo en el punto con Javier Azzali (2014: 26 y ss.), el proclamado rol del Estado ausente resulto y resulta ser nada más que una forma de mistificación mediante la cual se beneficia a los dueños de los grandes capitales, agregando con Arturo Sampay que en definitiva la no intervención resultaba muchas veces en una intervención implícita en favor de los más poderosos (11).

Es decir, si hoy en día se habla del trabajo libre como objeto de estudio de esta rama del derecho, es porque se está haciendo alusión más que a un hecho concreto, a una ficción creada y justificada por el propio sistema, pues en definitiva el DT es una creación casi inédita del sistema económico capitalista, así como también lo han sido las varias formas de Estado: liberal o gendarme, social o benefactor, neoliberal.

Lo cierto es que en rigor de verdad, y a ciencia cierta, es la necesidad lo que perfecciona del lado del trabajador la celebración del contrato de trabajo dejando para otra ocasión la discusión relativa a la verdadera naturaleza de la figura jurídica que nutre el vínculo entre el obrero y empleador.

III. El Derecho del Trabajo como Derecho Social. Significados y alcances

Como se ha analizado supra, el DT en cuanto tal no solo es el conjunto simple de disposiciones normativas, sino que es una rama de las ciencias jurídicas que viene a regular el fenómeno del trabajo humano prestado en relación de dependencia, con consecuencias individuales y colectivas, y cuyo análisis no se limita pura y exclusivamente a estudiar el contenido de lo que a él refiere la denominada letra fría de la ley, sino que más bien su objetivo excede esos deshidratados límites, y se adentra a un ámbito en que también cumplen especial papel otras fuentes del derecho, como los principios especiales y generales, la jurisprudencia, la doctrina, por señalar solamente las de mayor trascendencia.

Y es que desde el tránsito de lo que ya se señaló líneas anteriores como el “nuevo derecho”, hasta su actual configuración, el DT ha atravesado un conjunto variado de denominaciones. Así, se construyeron, entre otras, las siguientes: derecho industrial, derecho obrero, derecho laboral, legislación de clase, derecho económico, organización del trabajo, etc. (12).

Sin perjuicio de las anteriores formas de designación, aquí centraremos el estudio de una que no ha sido referenciada anteriormente, como es la de Derecho Social.

Como se sabe, nuestra Facultad adopta esa denominación para identificar al Derecho del Trabajo, agregando en su plan académico, además del estudio del DT propiamente dicho (tanto en su contenido individual como colectivo, es decir contrato de trabajo, convenciones colectivas y demás), el estudio de la Previsión Social, y de allí su denominación completa: Derecho Social (del Trabajo y la Previsión).

(11) Citado por Azzali (2014: 29). En este punto es interesante también hacer mención de la cita que el autor referido realiza de una opinión vertida por Williams Cooke quien, en ocasión de presentar la Ley de Precios Máximos, explicaba que: “Los hasta ayer valores eternos del librecambio revisten hoy carácter de mito (...) El libre juego de la demanda no es libre ni es juego (...) Queremos dejar constancia que intervención ha habido siempre en este país y sobre todo en los gobiernos anteriores a la revolución. El intervencionismo no es nuevo, Lo que es nuevo es el intervencionismo en favor de la clase necesitada y el intervencionismo por medio de la planificación”.

(12) Para un estudio exhaustivo de cada una de ellas, consultar Cabanellas (1949: 293 y ss.), así como también su Compendio de Derecho Laboral, t. 1, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires 1968, p. 147 y ss. De Ferarri (1968: 230 y ss.), entre muchas otras.

Actualmente esa forma de denominar a esta rama del derecho está muy difundida. No obstante, resulta interesante analizar aunque más no sea brevemente el origen de la expresión “Derecho Social”.

Según nuestros estudios, la mencionada construcción terminológica corresponde inicialmente a Gierke, quien la utilizó para hacer referencia a la idea de socialización del individuo inmerso en una institución intermedia entre el Estado hegemónico del siglo XVIII y su poder avasallante, y el puro individualismo naciente con el proceso de industrialismo económico de la misma época. Desde el derecho alemán y su análisis histórico, refiere al desenvolvimiento del individuo en medio de las corporaciones como componentes de una supra estructura que se eleva por sobre el individuo, al que llama a asociarse a la misma con un fin colectivo. Esa es su manera de comprender por ejemplo al Estado (13).

Como se advierte de lo anterior, la teoría de Gierke apunta más bien a realizar un análisis sociológico antes que jurídico de la expresión que estamos analizando, a pesar de lo cual sus ideas nos sirven para lo posterior.

El sendero anterior fue nutrido posteriormente por Gurvich, quien estudiaba al derecho social como una disciplina de integración, en diferencia al puro derecho individual en tanto el mismo se basaba en la idea de jerarquía, y del derecho público, que se estructuraba según su opinión más que nada en la subordinación del individuo (De Ferrari, 1968:233). Coincidiendo con esta idea y complementándola, encontramos a Legaz y Lacambra para quien en el Derecho Social las normas tendrían carácter de inordinación, aclarando el mismo que la relación jurídica surgida del marco jurídico bajo estudio, comenzaría como una coordinación y finalizaría como un sistema de subordinación en virtud de una norma impuesta para el caso (14). Geny expresaba que era “imposible desconocer el postulado imperioso de un Derecho Social que cada vez refrena más y hace fracasar los excesos del individualismo, sin que ninguna medida más o menos exacta haya podido hasta ahora ser fijada a su acción” (15).

En otro grupo de autores encontramos a Rodríguez Cárdenas para quien el Derecho Social constituiría “el conjunto de teorías, normas y leyes destinadas a mejorar la condición económica y social de los trabajadores de toda índole, buscando el equilibrio entre las fuerzas del poderoso y la debilidad del trabajador”. Dana Montaña, por su parte, expresa que la legislación social comprende las leyes correspondientes a la asistencia social, y lo relativo a la legislación obrera o legislación del trabajo. Géngel Polanco argumenta que es:

“el conjunto de leyes, instituciones actividades, programas de gobierno y principios destinados a establecer un régimen de justicia social, a través de la intervención del Estado en la economía nacional, del mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad y de medidas para garantizar el disfrute de la libertad y el progreso general del pueblo” (16).

En medio de las dos corrientes antes mencionadas —es decir, aquellas que identifican al DS más con el conjunto de normas que procuran mejorar una clase social en base a una acción positiva del Estado, y aquellas que lo relacionan más en oposición a la idea del individualismo—, encontramos la postura de Cesarino Jurio, quien reconoce la existencia de dos Derechos Sociales, uno de contenido amplio y el otro restringido. El primero lo define como el conjunto de normas y principios que tienen por objeto la adaptación de las formas jurídicas y la realidad social, considerando al hombre en su individualidad concreta, y comprendiendo dentro de este grupo el aspecto social de varias ramas del derecho, como el civil, comercial, procesal, entre otros. Por su parte, el DS en su sentido restringido, lo entiende más bien asociado a la realidad de salariado, y su situación de subordinación y necesidad

(13) Ver para mayor desarrollo De Ferarri (1968: 231 y ss.).

(14) Ver: Deveali (1953: 61 y ss.) Se cita el ejemplo del convenio colectivo de trabajo, que nacería como un contrato de derecho privado —en apariencia—, para convertirse luego en una normativa de mayor alcance, en semejanza a lo que ocurre con la ley. Cuerpo de contrato y alma de ley.

(15) Del autor referenciado: Science et technique en Droit Positif Privé, Paris 1926, vol. IV, p. X y XI, citado por Cabanellas (1949: 308 y 309).

(16) Ver Cabanellas (1949: 308 y notas 53, 54 y 55).

permanente, y como forma de protegerlo frente a esa condición de desamparo (17). En similar posición podemos citar a Ripert, para quien el DS tendría dos vertientes con alcances similares a la doctrina de Cesarino Junior (18).

En la vereda opuesta, encontramos a Cabanellas y De Ferrari, quienes desde el derecho argentino y uruguayo —respectivamente—, refieren en sus trabajos sobre la inconveniencia de llamar al Derecho del Trabajo como Derecho Social, entendiendo estos autores que todas las ramas de las ciencias jurídicas tienen algo de contenido social en sus estructura, sin que ninguna de ellas pueda reservarse el derecho de tal designación. Así, el primero expone que “decir que nuestro derecho es social por dirigirse a la protección de todos los individuos económicamente débiles, no resulta correcto; por cuanto en el presente el Derecho Civil también se orienta, en varias de sus instituciones, en este sentido, y no por ello cambia su carácter ni su denominación” (Cabanellas, 1949: 310). Por su parte De Ferrari expone que ni por su naturaleza ni por sus fines el DT puede ser individualizado como un Derecho Social, remarcando el carácter de integración que para él lo cualifica en tanto da prevalencia en su contenido de la materia al carácter colectivo de la vinculación, como su fuente primordial (1968: 235 y ss.).

No obstante la cita de las anteriores dos tesis negativas, alguna importancia debe tener la designación de la materia como Derecho Social, en tanto la misma, además de recibir expreso reconocimiento en algunos panes de estudio (entre los cuales —se reitera—, encontramos al de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la UNLP), tuvo también reconocimiento desde la máxima jerarquía interna, como ocurrió con la Constitución de 1949, cuyo art. 68 inc. 11 refería a la sanción de un Código de “Derecho Social”, criterio que sin embargo fue abandonado por la restauración de la constitución denominada histórica (1853-60) ocho años después, momento en el cual la sistemática anterior fue reemplazada en el mismo artículo e inciso por la expresión “Códigos (...) del Trabajo y la Seguridad Social”, criterio que a su vez fue aún más limitado con la reforma de 1994, momento en que se suavizó la obligación del Congreso de la Nación de dictar un código de la materia tras la incorporación de la frase “*en cuerpos unificados o separados*” (luego de mencionar antes de la coma los diversos códigos a dictarse), como si la idea propia y jurídica de “código” pudiese familiarizarse con una construcción positiva dispersa y con ausencia total de sistematicidad. Claramente la ausencia actual de un código de la especialidad responde a intereses económicos y políticos de la clase empresarial (de los detentadores de poder), más que complicidades académicas.

Volviendo a la época de la Constitución de 1949, agregamos que el primer Plan Quinquenal también contemplaba la creación de una Sala de Casación que sería la encargada de tatar las controversias surgidas al abrigo de la expresión constitucional “Derecho Social”. Como se me mencionó supra, desdichado fue el final de esa idea.

Resulta interesante en esta parte de la investigación, hacer referencia a las aclaraciones vertidas a la luz de la nueva expresión en estudio, por un miembro informante de la Convencional de 1949, el Dr. Sampay. Una de las primeras cosas que ese autor aclara es que se le había dado a la expresión “Derecho Social” una acepción técnica convencional, y explica en esto que si hubieran tenido que atenerse al significado real de los vocablos, era innegable concluir que toda norma del derecho era por esencia social. Detalla además que el contenido de la cláusula constitucional rebasaba el propio derecho del trabajo, pues dice que si no hubiera resultado redundante otorgarle al estudio de su objeto una designación que sobrepasare sin fundamentos la idea original. Aclara que se abarcaría en esa disciplina el contenido tanto del contrato como norma individual —y de las normas de policía que controlarían su cumplimiento—, así como también las necesidades derivadas de la relación colectivo-laboral (organización de sindicatos, conflictos entre trabajadores y empleadores, entre otros), adicionándole a los dos anteriores núcleos, el régimen de la previsión social (Convención Nacional Constituyente, 1949: 444).

(17) Ver Cabanellas (1949: 63) y Deveali (1953: 62 y 63). Se analiza en ambas citas la obra de Cesarino, Junior, Tratado de Direito Social Brasileiro, una de las primeras creaciones latinoamericanas doctrinales completas que llevan el nombre de Derecho Social.

(18) Ver: De Ferrari (1968: 234 y 235).

Dentro de las corrientes que han aceptado plenamente la denominación de “Derecho Social”, se ha preferido hablar más que de un nuevo derecho, de una nueva concepción del hombre por el derecho.

Las doctrinas anteriores parten, en su construcción, de un fundamento eminentemente histórico, y analizan la situación de real explotación en que se encontraba la clase obrera durante el auge del industrialismo, refiriendo al mismo no tanto como fenómeno económico, sino más bien humano o de consecuencias humanas tan degradantes. La explotación del hombre por el hombre mismo, como miseria máxima que nos ha colocado y aún nos coloca al límite de la idea de civilización, definiendo al progreso mercantil también desde su cara opuesta, en un relato contado esta vez por los castigados del sistema.

Debemos recordar que por entonces el modelo de Estado imperante era de neto contenido liberal, a la luz de los principios difundidos por las doctrinas Malthus, David Ricardo, Adam Smith (entre muchos otros), este último explicando especialmente que el motor del desarrollo económico y social se encontraba en la denominada mano invisible del mercado, mano seguramente de guantes aterciopelados, pues la única llave que facilitaba era la del desarrollo del propietario industrial, fundamentando desde la teoría una herramienta de explotación humana sin precedentes.

Se hablaba por entonces del denominado Estado Gendarme, el modelo del “dejar hacer, dejar pasar”, es decir de teórica pasividad frente a las principales áreas de la economía; no obstante esta idea, en líneas superiores se hizo mención a que en verdad esta supuesta pasividad era reemplazada (aunque más no fuera indirectamente), por una firme decisión intervencionista en favor de los más poderosos, de los dueños de las fábricas y de la vida del obreros industriales.

Es una paradoja como la forjada máquina de apropiación industrial de los siglos XVIII y XIX fue sufriendo importantes grietas que, con el correr de los años, abrieron camino a una nueva realidad social y jurídica, en detrimento progresivo de los iniciales principios cualificantes del sistema.

En este proceso, la colectivización de intereses y necesidades jugó un papel fundamental. La fábrica como institución total contemporánea, sirvió de nexo en esta capítulo de la historia del movimiento obrero, al permitir la socialización de trabajadores de todos los niveles y el intercambio de ideas que permitieron advertir críticamente en cierto momento la real condición de explotación en que el sistema los había introducido, a la vez que les permitió forjar con el paso del tiempo, nuevas instituciones de defensa de los intereses profesionales.

Nacen en este ámbito los primeros sindicatos, herederos de una vieja tradición de agrupación profesional que tuvo sus frutos tanto en la antigüedad como así también en la propia edad media, aunque con muy variadas aristas y naturaleza.

En esta época encontramos las primeras manifestaciones de los que se conoce como la conciencia de clase es decir, la racionalización de la verdadera situación de miseria y explotación en que quedó sumergida la clase obrera en tanto que paralelamente se desarrollaba en sentido inverso el progreso continuo del capital económico en manos de la clase empresarial.

Como señala Castel, la teoría de Durkheim tuvo notoria influencia en la reconfiguración de la denominada cuestión social al explicar que la sociedad industrial aportó para el surgimiento de otra forma de colaboración entre los individuos que distaba de las primeras formas de relación y ayuda: se pasó de una solidaridad primaria o mecánica, a una forma de solidaridad orgánica. Esta última de base objetiva —pues partía de una desigualdad social y económica idéntica en toda la clase trabajadora—, tuvo por función principal generar un nuevo vínculo entre los obreros al aunar sus intereses ante el inicial reconocimiento de su situación misérrima, a los fines de evitar el total desmembramiento social a que conducía en definitiva el industrialismo, instrumentalizando la división técnica de producción en beneficio de la clase explotada (Castel, 2009: 278).

Nota elemental en esta parte de la investigación es el surgimiento de lo que los doctrinarios más lúcidos han identificado como propiedad social, es decir, el reconocimiento normativo de la situación de necesidad de los trabajadores, a la par que, sobre esta nueva reacción, se fueron consagrando los

primeros derechos profesionales para la clase obrera. Así, por una lado teníamos la propiedad de los medios de producción en cabeza de los empresarios, en tanto que se fue reconociendo paulatinamente otro tipo de titularidad, traducida en un nuevo tipo de derechos que cumplirían en la historia y desarrollo de la sustituciones contemporáneas un papel fundamental; la misma no se adhería a los bienes materiales ni a los lujos o suntuosidades, sino que más bien era inmanente a la condición misma de trabajador (Castel, 2009: 302-303) (19).

El proceso de lucha social, las primeras huelgas, los grandes reclamos y revueltas (y con ellas la muchas veces lamentable represión del poder económico), han cumplido en la cimentación de estas nuevas instituciones un papel fundamental. Es decir, la colectivización de los intereses de la clase trabajadora, ocupó desde mediados del siglo XIX la primera fila en el joven espectáculo capitalista.

Paulatinamente al decir de Castel, el salariado se fue convirtiendo en un estatuto por derecho propio, superando su vieja consideración como un estado provisional de poca monta del que se trataba de salir mediante el acceso a la propiedad, pues, como quedó dicho en los párrafos anteriores, la nueva realidad social y jurídica que comenzó a avizorarse hacia fines el siglo XIX comienzos del XX un nuevo rumbo en el desarrollo de la sociedad capitalista, dado sobre todo con la superación del primer modelo del Estado, que, atravesando su inicial formulación liberal, inscribe sobre todo desde los años 20 del siglo pasado, un rol eminentemente social.

Este panorama histórico es el que nos permite hablar propiamente de Derecho Social, no como una rama autónoma de las ciencias jurídicas, sino como una nueva reacción del Estado (al decir Estado nos estamos refiriendo a toda la argamasa de instituciones públicas creadoras de derechos) frente a la clase obrera y sus necesidades; se adiciona a ello también, una nueva reacción de los individuos, de la nueva clase social.

Debemos preguntarnos en este punto que se incluye dentro del concepto de Derecho Social. En nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional de La Plata), dentro de esa asignatura se estudian contenidos pertenecientes tanto el DT (individual y colectivo), como así también temas pertenecientes a la Seguridad Social. Como se sabe a esta altura del desarrollo jurídico, ambas disciplinas por sí mismas son consideradas autónomas, y como tal, tienen un objeto de estudio claramente delimitado, así como también principios específicos, más allá de que con alguno de ellos podamos hacer en ambos campos de estudio una especie de doble adaptación (hablamos del principio de progresividad).

Así, el Derecho del Trabajo considera al fenómeno humano desde el punto de vista de la relación de dependencia observada tanto a partir del contrato de trabajo, y con incidencias tanto en el plano individual como colectivo. Desde ambos puntos de vista, se analizan medios de racionalización del conflicto laboral, afirmando —al menos desde la teoría—, como norte elemental la protección indeclinable de la clase trabajadora.

La Seguridad Social tiene por su parte objetivos que escapan sobradamente a la clase trabajadora (los excede) y se adentra mucho más al fondo de la sociedad, alcanzando con su función aún a los no trabajadores, que por su mera condición de persona —y desde el paradigma actual del art. 14 bis de la CN—, merecen también la máxima tutela.

No obstante lo anterior, seguimos teniendo presente la noción de Derecho Social. ¿De qué tratará esa disciplina que de la que tanto se menciona?

(19) El autor refiere a la opinión vertida por Harmand, en los debates que precedieron a la sanción de la Constitución de 1793 en Francia, quien dijo en relación a la propiedad social: "Los hombres que quieran ser veraces admitirán conmigo que, después de haber obtenido la igualdad política de derecho, el deseo más actual el más activo, es el de la igualdad de hecho. Y digo más, digo que sin el deseo o la esperanza de esa igualdad de hecho, la igualdad de derecho sólo sería una ilusión cruel que, en lugar de los goces que prometió, sólo haría experimentar el suplicio de Tántalo a la porción más útil y más numerosa de los ciudadanos".

Desde ahora aclaramos que aceptamos esa forma de denominar a una asignatura académica o también a una carrera de pos grado, pero reiterando que con la misma no nos referimos a una nueva rama autónoma de las ciencias jurídicas sino a una noble forma de analizar un conflicto social, un conflicto que atañe —como tal— a las ciencias jurídicas pero que lo excede.

A nuestro entender el Derecho Social se utiliza como noción jurídica identificadora de una reacción tanto pública como privada que comenzó a actuar no solo en relación con la situación de explotación creciente de la clase trabajadora, sino a la par que se constituía rápidamente como un nuevo modelo institucional del Estado, que resguardara bajo una reluciente amalgama de derechos y consagraciones constitucionales el maduro y conocido paradigma capitalista sobre el que se hubieron de asentar las bases del desarrollo industrial, teniendo en cuenta el mismo fenómeno humano aunque con diversos objetivos.

Y es que la mirada con que el derecho observa y analiza el fenómeno humano jamás resulta neutra en valor, sino que trata de absorber los resultados de la pesquisa social efectuada.

Desde una mirada general todos los derechos son sociales pues al decir de Cossio el objeto de las ciencias jurídicas y sociales es la conducta humana en relación (20).

Desde una mirada especial, aceptamos la asimilación del DT al Derecho Social, pero con todas las anteriores aclaraciones.

IV. Su carácter ambivalente

La búsqueda del término ambivalencia en el diccionario de la Real Academia española nos arroja estos resultados: “a) condición de lo que se presta a dos interpretaciones opuestas; b) *Piscol*: estado de ánimo, transitorio o permanente, en el que coexisten dos emociones o sentimientos opuestos, como el amor y el odio” (21).

Como se desprende de la definición transcripta, la palabra ambivalencia haría referencia a un binomio de interpretaciones o significados opuestos, aunque relacionados básicamente con un mismo fenómeno o elemento.

Si nos adherimos a la definición con faceta psicológica antes mencionada, bien podríamos citar aquella afamada frase de algún autor desconocido que dice que del amor al odio hay sólo un paso. Pues bien, lo interesante aquí sería analizar dicha terminología en el marco de investigación propuesto.

Y así nos encontramos con que una de las características más sobresalientes —aunque quizá algo extraña o más bien llamativa— del DT, es propiamente su carácter de ambivalente. Lo interesante es advertir las consecuencias teóricas y prácticas de dicha cualificación, además de su alcance particular.

Como se ha mencionado ya en este esbozo, la misma palabra trabajo remite a significaciones bastante divergentes. Así, se la puede relacionar tanto con la idea de dolor o sufrimiento así como también con la de creación, es decir, dos componentes básicos de la esencia humana.

Con la idea de dolor, se asemejan los trabajos de parto de la mujer embarazada, así como también el alcance que en el texto de la biblia se ha otorgado a la misma denominación: “Por ti será maldita la tierra; con trabajo comerás de ella todo el tiempo de tu vida; te dará espinas y abrojos y comerás las hierbas del campo. Con el sudor de tu rostro comerás el pan hasta que vuelvas a la tierra, pues de ella has sido tomado; ya que polvo eres, y al polvo volverás” (Génesis 3: 17-19).

En relación a la idea de creación, podemos citar dos alcances, uno humano y otro religioso. En cuanto al primero, la creación hará referencia a la propia energía corporal e intelectual de las personas, como

(20) Para este punto resulta interesante ver: Cossio (1959).

(21) Diccionario online de la Real Academia española: <http://lema.rae.es/drae/?val=ambivalente>.

motor en el nacimiento de un producto o una idea. En cuanto al segundo significado, la biblia también nos proporciona en una serie de pasajes algunos acercamientos interesantes, en cuanto se hace referencia tanto al nacimiento del universo, como al paralelismo entre la persona de carne y hueso creado a imagen y semejanza de Dios, el hombre recibe, a su vez, la misión de ser creador (Génesis 1: 27-28), y la idea del Dios todo poderoso. En cuanto a esto último leemos en el Génesis una frase que relaciona la creación con el primer descanso, el del séptimo día: “Y bendijo el día séptimo y lo santificó, porque en él el descanso Dios de cuanto había creado y hecho” (Génesis 2, 3).

Hasta aquí se hizo breve mención al doble y diferente significado de la palabra trabajo, es decir, a su carácter ambivalente, aunque no se habló propiamente del DT.

Según nuestras investigaciones, la teoría de la ambivalencia fue tratada por primera vez por Jeammaud y Lyon-Caen, para ser recogida posteriormente por el grupo francés “Critique du droit” (22).

Es importante advertir que la ambivalencia se traduce tanto en la teoría como en la práctica, en una protección y desprotección frente al sujeto trabajador, que caminan en paralelo, y que definen desde el principio hasta el final el marco actual del DT.

Sobre el punto, ha escrito con gran lucidez Alain Supiot que: “El trabajo evoca a la vez la constricción, el padecimiento de una actividad que no constituye su propio fin, y la libertad, el acto creador con que se realiza el hombre. Tanto servidumbre de las personas a las cosas, como servidumbre de las cosas a las personas, el trabajo hace tanto de demiurgo como de esclavo” (1996: 19-20).

Trasladadas las anteriores interpretaciones a la persona del trabajador, y reiterando nociones que ya hemos expuesto supra (en relación con la aparente libertad que cualifica la conducta del mismo dentro del tracto laboral), observamos como el sistema legítima de manera permanente la apropiación continuada de su energía corporal, en una relación que sólo en apariencia puede reunir los caracteres básicos de todo contrato que se tilde de tal, facilitándose al empleador herramientas suficientes para que su objetivo meramente comercial se lleve a cabo sin mayores tropiezos, haciendo sombra muchas veces a las resultas que el ejercicio arbitrario de su voluntad puede tener para el sujeto dependiente.

El DT nace y se desenvuelve —al menos teóricamente— como una disciplina de carácter tuitivo (23) y sentido unidireccional, es decir, teniendo como norte la protección del sujeto trabajador.

Pero lo anterior es una idea general que se repite de manera permanente en los cursos introductorios a la materia. No es incorrecta, aunque necesariamente debe ser matizada con las interpretaciones que en este apartado se vierten, y que aluden expresamente a su carácter ambivalente.

Desde este punto de vista, bien podríamos llegar a la conclusión de que el DT a la vez que tiene a crear y consolidar los instrumentos necesarios para la mejor protección de los trabajadores (de ahí el carácter tuitivo mencionado supra), legítima el poder omnímodo del empresario sobre aquel, facilitándole también importantes cartas en tal sentido.

(22) Jeammaud, Antoine (1980) en su contribución a “Le Droit capitaliste du Travail” Collection Critique de droit, Presses Universitaires de Grenoble. También, G. Lyon-Caen en su: “Le droit du travail. Une technique réversible”; allí el autor expresa que “(...) le droit du travail est donc constitué de règles et d’institutions à double sens et toutes réversibles, qui peuvent coïncider avec les intérêts des entreprises ou des salariés selon qu’on les présente sous une face ou une autre (...)” (el derecho del trabajo se compone de reglas e instituciones de doble sentido y todo reversible, que puede coincidir con los intereses de las empresas o empleados como los presentamos en un lado u otro).

(23) Sobre este carácter se expresa De Ferrari, en un sentido opuesto. Para él, el carácter eminentemente tuitivo se dio con las primeras huellas de esta rama jurídica, de cuando la misma no reunía las exigencias para poder ser aceptada por la comunidad científica como disciplina autónoma, apareciendo inicialmente entonces como un todo abstracto, legalista y asistencial; y que el elemento tuitivo irá desapareciendo tan pronto como la inicial fuente mater de la materia fuere sustituida —aunque paulatinamente—, por otras de extracción más bien corporativa, etapa en la que aparecen por primera vez los sindicatos, las cooperativas, el paritarismo, entre otras, en un ámbito en que la sociedad intensifica y completa su proceso de integración (1968: t. 1, 8 y 9).

Sobre la anterior base, no sería errado entrar a dudar respecto del verdadero significado del DT, es decir, una necesaria respuesta a la pregunta acerca de a quién protege en verdad, o a quién protege mejor.

Surge interesante relacionar el tema tratado en este apartado con la idea de contrato, y brindar una breve reflexión acerca de su verdadero alcance jurídico y práctico.

Así, creemos oportuno hacer alusión a la opinión de Goldín (2014) quien expresa que: “El Derecho del Trabajo ha de partir, pues, de esta notable contradicción que nace con el advenimiento del contrato; conviven en él el contrato-libertad junto al contrato-sometimiento. El contrato implicó, como queda dicho, el luminoso reconocimiento del trabajador como persona libre, habilitada para decidir sobre la puesta a disposición de su capacidad de trabajo, pero al mismo tiempo lo colocó en condiciones de sometimiento”.

Fíjese como en el párrafo transcripto se cuelan algunas palabras cuya importancia es primera al momento de entender el verdadero alcance de esta relación base del DT (el contrato), y su incidencia en momentos en que se estudia el carácter ambivalente de la disciplina.

Sin ánimo de reiterar nociones ya expuestas en apartados anteriores, vemos como el autor cualifica al vínculo apropiativo como contrato libertad y sometimiento, idea esta última que resulta a todas luces extraña a la noción de contrato, figura jurídica reservada para ámbitos en donde más bien es la autonomía de a voluntad la que prevalece.

Aquí entonces tenemos una contradicción, de otras tantas que se pueden mencionar en el DT. Surge la ocasión para decir que a nuestro entender no existe tal contrato de trabajo, pues por más que se utilice dicha figura con ánimo protectorio —tratar de nivelar al menos teóricamente la relación entre trabajador y empleador—, lo cierto es que la realidad responde a otros parámetros, y es necesario desmitificar esa supuesta especie peculiar de contrato, cuando en realidad el mismo nunca ha existido. Como bien lo dice Goldín (citando la calificada opinión de Supiot), el trabajador se *somete* a una voluntad que le es extraña, únicamente sobre la base de la necesidad. Es decir, no es un contrato, ni siquiera con características especiales, pues, si a cada instituto del derecho lo comenzamos a matizar con exageradas excepciones que escapan a la idea inicial, entonces más que ciencia tendríamos un híbrido conceptual.

Lo que verdaderamente existe entre trabajador y empleador, a nuestro entender, es una relación jurídica, una relación de poder concreta. Al respecto, Ackerman (2007) sostuvo en un artículo que la relación de dependencia laboral, escapa notoriamente de la clásica idea acreedor-deudor propia del derecho de las obligaciones; que el trabajador es un sujeto mediatizado, pues al vincularse económicamente con un empresario, deja de cumplir una función para sí o la colectividad, y pasa a ser un sujeto de lo ajeno, en beneficio exclusivamente de ello.

Ni siquiera sirve en favor de la tesis contractualista, el argumento extremadamente positivista de citar la denominación de la Ley de Contrato de Trabajo, pues la misma en su propio texto entra en contradicciones más que destacables.

“El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Solo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley”, reza el segundo párrafo del art. 4º de la ley 20.744. En tanto que el art. 15 de mismo cuerpo legal enuncia una de sus principales reglas: *“El trabajo no se presume gratuito”* (los destacados nos pertenecen).

¿Acaso el fin económico no era secundario al propio de la creación o producción humana?

Nuestra Constitución Nacional enuncia en su art. 14 bis el derecho de todo trabajador a la protección contra el despido arbitrario. Mientras tanto, la LCT en su art. 245 coloca en manos del empleador la posibilidad de matar en cualquier momento y sin expresión de causa el vínculo que lo une con el trabajador.

La Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales en su art. 1º trata de anticipar una gran protección al principio de la libertad sindical, vinculándolo, además, con el denominado interés de los trabajadores, en cuanto a todo lo que se relacione con sus condiciones de vida y trabajo. Mientras tanto, a poco de andar en el mismo cuerpo legal, el sistema hace ver su columna vertebral, dispuesta ésta sobre el sistema de la asociación más representativa (asociación con personería gremial, art. 25 y ss.), sentando las bases a uno de sus principios: unidad promocionada.

El art. 17 bis de la Ley de Contrato de trabajo dice que: “Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes solo se entenderán como forma de compensar otras que de por si se dan en la relación”.

Sin duda este último artículo transcrito es una señal más de las contradicciones que se dan dentro de la sistemática legal y general de la relación individual de trabajo, configurando una importante grieta a la denominada teoría del contractualismo laboral que trata de entender, defender y analizar desde la academia y la praxis la relación entre empleador y trabajador a partir de un prisma de símil igualdad.

Desde el vamos, la LCT reconoce abiertamente la desigualdad entre los contratantes, dejando entrever la insuficiencia legislativa a la hora de esmerilar lo que nunca ha dejado de ser una verdadera relación de poder, en beneficio mayormente del empleador en cuya cabeza el sistema legitima el uso indiscriminado del marcapasos que le da vitalidad al vínculo laboral, abriendo las puertas a un sistema de creciente inestabilidad laboral.

Todas las anteriores citas son para comenzar a entrever la ambivalencia de la disciplina, no para asimilarla y aceptarla sin ningún reparo, sino más bien para sembrar en todos un espíritu crítico y constructivo que nos permita construir conocimiento en base a la lectura de este particular meta lenguaje jurídico.

Antonio Baylos Grau (2013), a propósito de la actual crisis europea, refirió también a este teje y maneje del sistema —y con él su carácter contrapuesto—, en un artículo titulado “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012” (24).

El mismo en un pasaje de su trabajo explica que: “Situados ya en los parámetros que ponen en relación las reformas legislativas del ‘mercado de trabajo’ y la constitución democrática, la situación actual puede definirse acudiendo a una noción empleada con cierta frecuencia por los expertos en derecho constitucional, el concepto de desconstitucionalización. Se ha manejado como sinónimo de un proceso compuesto por decisiones de los poderes públicos —y en especial de las autoridades de gobierno— que disuelven el orden institucional previsto mediante graves y continuas violaciones de la letra y del espíritu de la constitución. Se trata de un proceso que afecta a las constituciones nacionales, aunque es un término que también se ha empleado respecto del proceso europeo que ha rodeado la firma del Tratado de Lisboa de 2007 y la reconfiguración que éste efectúa del proyecto constitucional europeo”.

El autor expone con enorme hidalguía la actual situación del DT en Europa, a momentos en que tenemos que dejar muy atrás ese ejemplo académico de Estado Social y protector de la estabilidad laboral plena, para pasar a referenciar el modelo jurídico de aquella zona geográfica como una adaptación lamentable a las nuevas necesidades del sistema capitalista, a la vanguardia del desenvolvimiento de las fuerzas económicas desde hace décadas.

Quizá resultó impensado para la doctrina marxista del siglo XIX que un sistema económico pudiese auto renovarse, reformulando sus postulados exteriores, siguiendo la corriente a que han conducido varias de las mayores crisis económicas mundiales. Y todo a la luz de diferentes (o aparentemente diferentes) modelos de Estado.

(24) Una primera versión oral de este texto sirvió de base a la intervención en las XXIV Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 21 de febrero de 2013, con el título “Los derechos constitucionales y la reforma laboral”.

Con esto queremos decir que tanto el modelo del Estado Gendarme de siglo XIX, el Social de principios hasta mediados del siglo XX, y el Neoliberal que nos gobierna actualmente, han tenido como denominador común el construir en conjunto una respuesta y fundamentación al modelo económico capitalista.

Baylos hace alusión en su trabajo a las reiteradas violaciones a principios del DT consagrados tanto en constituciones como en acuerdos de superior jerarquía, y cómo esas fuentes de supuestos derechos inviolables han sido avasallados si piedad por las nuevas reformas generales que desde la Unión Europea han sido tomadas para salvaguardar en definitiva el interés del modelo económico en perjuicio del salariado, olvidando ciertamente que su condición de sujeto de preferente tutela constitucional impide retrotraer a nivel de derechos adquiridos tras la lucha de generaciones enteras.

De esta manera el autor mencionado expresa que: “El incremento de la arbitrariedad y el despotismo en los lugares de trabajo es un hecho cotidiano, y se generaliza la actitud de considerar el empleo como un trabajo sin derechos” (2013:11).

En este entramado, la figura del Estado aparece más que desdibujada, respondiendo en definitiva a ese denominador común que se mencionó anteriormente, olvidando casi todo lo que tenía de social y quizá volviendo a su matriz única y original.

A modo de colofón podemos decir entonces, que como lo sostuvo Lyon-Caen, el DT se compone estructuralmente de instituciones de doble sentido, a veces en protección del trabajador, otras en mayor medida del empleador. Creemos que esto responde a que como la propia disciplina nació en medio de la gran pujanza del capitalismo de fines del siglo XIX, y recibió importantes abonos en la medida en que el mismo sistema lo necesitó (aquí nace el Estado Social y con él los primeros grandes reconocimientos de los derechos obreros), no se alejó sin embargo, de la idea de libre empresa y con ella de los derechos de los propietarios de los medios de producción cuyo proceso económico de apropiación y explotación se trataba de legitimar, claro es, para contribuir a su reproducción y evitar la caída.

Entonces, luego de todo el análisis anterior se podrán divisar algunas de las notas más sobresalientes de este carácter insoslayable del DT. Claro que lo dicho hasta aquí de ninguna manera tratar de echar por tierra el fundamento científico de la materia; todo lo contrario, el objeto es más bien opuesto, persiguiendo como norte el conocimiento crítico de una realidad cuyo sentido escapa al ámbito estricto de la norma positiva, y se adentra a todo cuanto de significado humano y social tiene esa particular relación de intercambio.

V. Conclusiones

Se han tratado de exponer en el presente trabajo algunos pocos pero importantes tópicos a tener en cuenta para comenzar a analizar críticamente al DT.

Más allá de la pasión académica que a nosotros nos despierta, creemos que esta es una de las ramas de las ciencias jurídicas con mayor compromiso social e importancia histórica.

Si de lucha de derechos se trata, décadas enteras atestiguan sobre el sufrimiento de millones de trabajadores, en este afán legítimo de lograr la mayor cantidad de reconocimientos para los de su tiempo y la posteridad.

Esta es una disciplina cuyos contenidos o desarrollos muchas veces han sufrido el manoseo de una clase dirigente empresarial ajena a sus verdaderas estructuras, con repercusiones lamentables en el más alto nivel institucional.

Hoy día, incluso, advertimos que a nivel constitucional aún se sigue discutiendo sobre el verdadero alcance de los derechos consagrados en el art. 14 bis, de si son operativos o bien programáticos, cuando es sabido que dicho tema no fue más que un artificio para aletargar el verdadero alcance que el constituyente del 57 trató de darle al mismo.

La aprobación con posterioridad de tratados con jerarquía constitucional así lo comprueban.

Se sigue dejando de lado la obligación del Congreso Nacional de codificar la materia, siendo desde hace décadas relegada también en dicho aspecto trascendental. En 1994 se trató de superar esta inconstitucionalidad por omisión con la inclusión de la frase “en cuerpos unificados o separados”, como si leyes dispersas —con el sentido ambivalente incluido—, alcanzaran para regular tal realidad compleja.

Pero a pesar del todo, el DT tiene como principal fuente la constante lucha de los trabajadores.

Lo interesante a esta altura de la discusión no es cerrar las puertas en la academia, sino más bien realizar la mayor cantidad de aportes para una disciplina de tan hondo compromiso social como es el Derecho del Trabajo.

La visión crítica que hemos tratado de seguir en el presente trabajo, da cuenta de ello y de la necesidad permanente de construir conocimiento en tal línea, pues creemos que de eso se trata el estudio en las ciencias sociales.

El fenómeno del trabajo a todos nos convoca, tanto dentro como fuera de la vida universitaria. Por tanto, le debemos dar la importancia que entonces merece, sin importar los intereses sectorizados o conveniencias políticas de momento.

Quizá aquello de que el trabajo dignifica tenga algo de cierto, no en cuanto a la dignidad ínsita en todas las personas por el solo hecho de ser tales (que reafirmamos), sino en cuanto forma de realización individual y pertenencia grupal.

Y si del trabajo viven las naciones, o más propiamente si del trabajo vivimos todos, pues bien, resulte éste un pequeño grano de arena para el engrandecimiento de una noble disciplina.

VI. Bibliografía

ACKERMAN, Mario (2007). “El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo”, EN: *Revista de Trabajo* [on line] disponible en: http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/revistaDeTrabajo/2007n04_revistaDeTrabajo/2007n04_a04_meAckerman.pdf. [Fecha de consulta 15/03/2015].

AZZALI, Javier (2014). *Constitución de 1949. Claves para una interpretación latinoamericana y popular del constitucionalismo argentino*. Buenos Aires: Edit. Punto de Encuentro.

BARASSI, Ludovico (1953). “*Tratado de Derecho del Trabajo*.” Buenos Aires: Editorial Alfa.

BAYLOS GRAU, Antonio (2013). “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, EN: *Revista de Derecho Social* n. 61 [on line] Disponible en: http://www.celds-uclm.es/celds/resources/source/02.%20Antonio%20Baylos_rds61.pdf.

CABANELLAS, Guillermo (1949). “*Tratado de Derecho Laboral*.” Buenos Aires: Edit. Bibliográfica Argentina.

CASTEL, Robert (2009). “*Las metamorfosis de la cuestión social - una crónica del salariado*” 5ª. Reimpresión. Buenos Aires: Paidós.

CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE (1949). *Diario de Sesiones*. 8 de marzo.

COSSIO, Carlos (1959). “*El derecho en el derecho judicial*” 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

DE FERRARI, Francisco (1968). “*Derecho del Trabajo*” 2ª ed. Buenos Aires: Depalma.

DEVEALI, Mario (1953). *Lineamientos del Derecho del Trabajo*. 2º ed. Revisada. Buenos Aires: Tipográfica Editorial Argentina.

— (1964). “Concepto de Derecho del Trabajo”, EN: Deveali, Mario (Dir.) *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos (1989). *“Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”* t. I, 1ª ed. Buenos Aires: La Ley.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, CENTENO, Norberto y JUSTO LÓPEZ (1977). *“Ley de Contrato de Trabajo Comentada”*. Buenos Aires: Contabilidad Moderna. Tomos I.

GOLDÍN, Adrián (2014). “Algunos rasgos definitorios de un Derecho del Trabajo en proceso de cambio”, EN: *THEMIS-Revista de Derecho* 65. [on line]. Disponible en revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/10847/11353. [Fecha de consulta 15/03/2015].

KROTOSCHIN, Ernesto (1955). *“Tratado de Derecho del Trabajo”*, t. I. Buenos Aires: Depalma.

— (1973). *“Manual de Derecho del Trabajo”*. Buenos Aires: Depalma.

PALACIOS, Alfredo (1945). *El nuevo derecho*. 4ª ed. Buenos Aires.

PÉREZ, Benito (1983). *“Derecho del Trabajo”*. Buenos Aires: Astrea.

POZZO, Juan D. (1961). *“Manual teórico práctico de Derecho del Trabajo”*, t. I. Buenos Aires: Ediar.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario online. Disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=ambivalente> [Fecha de consulta 15/03/2015].

SUPIOT, Alain (1996). *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. ♦

Fecha de recepción: 02-03-2015

Fecha de aceptación: 05-09-2015

Es tiempo de hacer justicia

POR RUBÉN M. GARATE (*)

Sumario: I. Norma, derechos y valores.— II. La clásica distinción de la justicia.— III. Aspectos prácticos de la justicia.— IV. Sobre el positivismo.— V. Fundamentos de una axiología jurídica.— VI. Un momento por favor.— VII. Conclusión: El derecho como una cuestión de tiempo.— VIII. Bibliografía.

Resumen: Uno de los problemas más importantes del derecho, tiene que ver con su relación con la justicia. Si bien, resulta complejo lograr una única definición de justicia, nos parece que una forma de aproximarnos a ella tiene que ver con generar la discusión y preocuparnos por la mejora del tiempo que se toman los órganos judiciales para resolver las cuestiones particulares. La lentitud de los procesos judiciales, pone en riesgo no solo la seguridad jurídica, sino también, el acceso a la justicia. Esta es una forma concreta de hacer efectivos los derechos humanos.

Palabras clave: justicia - axiología - tiempo.

It's time to do justice

Abstract: *One of the main problems of Law is associated with its relationship with justice. Although it is very difficult to define what justice is, we believe that we should tackle this issue by trying to open up spaces of debate in order to speed up the time the judicial system takes to solve particular cases. The slowness of the proceedings risks not only legal security but also access to justice. This is a way to make human rights effective.*

Keywords: *justice - axiology - time.*

I. Norma, derechos y valores

Entendemos que las normas se relacionan con los valores. Ellas nos hablan de valores, como la vida, la propiedad o la integridad personal y tantos otros. Esto, parece razonable en la medida que un *deber de hacer algo*, señala a ese “algo”, como valioso puesto que de otra forma el deber carecería de sentido.

Cuando la norma selecciona y determina qué conductas son jurídicas o antijurídicas, está positivizando algunos valores. Así, el sometimiento a los valores reconocidos por el ordenamiento jurídico, define en mayor o menor medida una identidad comunitaria y el sentido de pertenencia de los individuos a la sociedad.

Pero, aquí no termina ni el problema, ni la importancia de los valores, porque interpretar nos obliga a acoger una posición filosófica, ya sea de forma implícita o explícita, en la medida que tratamos de desentrañar su sentido de las normas. La forma de hacer justificables nuestros juicios y hacer razonable las decisiones, depende de la realización de una valoración que sea aceptable no sólo en un sentido formal, sino también, en un sentido material. El canal por el que transita dicho proceso tiene que ver con la acción discursiva, en el que se intenta desarrollar un conjunto de argumentos sobre los cuales se apoya la justificación. Esta construcción nos permite hablar de la racionalidad del discurso, que pretende legitimar

(*) Prof. de Introducción al Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

una decisión intentando lograr aceptabilidad social, fundándose en un conjunto de argumentos jurídicos, empíricos y morales, que se relacionan indefectiblemente con un sistema de valores (Arnio, 2003: 231).

Podemos reconocer la existencia de una moral positiva, que las propias normas jurídicas se encargan de enunciar. Pero además no podemos dejar de observar la relación existente entre hechos, valores y normas desde un sentido netamente jurídico.

Esta triple perspectiva no solo nos lleva a pensar en el aspecto lógico formal, relacionado con la validez de las normas, pero al mismo tiempo que incluya una visión empírica del ordenamiento jurídico, poniendo énfasis en una dimensión sociológica que nos permita conocer su eficacia.

Werner Goldschmidt entiende, que el aspecto funcional del derecho tiene que ver atribuir “repartos”, adjudicando, potencias e impotencias. La actividad jurisdiccional tiene que ver con la atribución de beneficios y perjuicios, obligaciones y cargas. En esta distribución de tareas la justicia se relaciona con la atribución de derechos y facultades (Goldschmidt, 1987: 47). Cada reparto, provoca una complejidad axiológica, que comienza con la tarea de justificación de las decisiones judiciales y termina con la búsqueda de la justicia. Porque la justificación del reparto, provoca seguridad cuando se reconoce a cada individuo, la esfera de libertad necesaria para el desarrollo pleno.

En esta perspectiva es indispensable entender que toda norma del ordenamiento tiene un carácter estratégico, que es necesario conocer si se ejerce la función jurisdiccional. Las normas son proyectos a futuro y requieren de nuestra capacidad estratégica en la búsqueda del logro de objetivos jurídicos (Ciuro Caldani, 2005: 30).

Si la interpretación implica otorgar un sentido atribuyendo una significación al objeto a interpretar, existe una relación dialéctica entre inteligibilidad y sentido, en la medida que conocer implica interpretar (Herrera Figueroa, 1955: 103).

En un sistema democrático, la justificación de las decisiones tienden que ver con la priorización del principio de igualdad.

II. La clásica distinción de la justicia

La justicia dentro del ámbito jurídico, puede ser comprendida como un principio. Así, lo hace Finnis quien la concibe como una exigencia básica de razonabilidad práctica, entendiéndola desde un aspecto metodológico, relacionada con los principios morales que favorecen y promueven el bien común de la comunidad (Massini Correas, 2001: 946).

La presencia de una justicia general, depende de la existencia de tres elementos: a) alteridad o preocupación por el otro; b) reconocimiento de las exigencias deóntica u obligaciones existentes y, c) igualdad o proporcionalidad del débito de justicia.

En consecuencia, se debe explorar las exigencias de la razonabilidad práctica, en la medida que vivir en comunidad nos enfrentan a problemas relacionados con la justicia y los derechos. La solución de los conflictos sociales, reclama decisiones racionales fundadas en criterios prácticos, que excedan los meros intereses políticos. Soluciones que puedan hacerse extensiva a todos los sujetos, a fin de obtener como logro su plenitud humana.

Desde la antigüedad Aristóteles ha realizado una clasificación de la justicia (Finnis, 2000: 195), que ha perdurado a lo largo del tiempo:

1. Justicia distributiva: esta exige la razonabilidad práctica. Solo se realiza con la colaboración efectiva entre las personas y una coordinación de políticas sociales. Si existen problemas de distribución de recursos, oportunidades o beneficios, la solución razonable pasa por asignar algo común en favor

de los individuos particulares. En este caso deben existir dos condiciones: a) objeto común (lo que se debe repartir) y b) la voluntad de los individuos a colaborar para mejorar su situación.

El problema de la justicia distributiva, se encuentra en determinar a quién y bajo qué condiciones, se puede hacer esta asignación necesaria de lo común a un individuo en particular, para lo cual se proponen distintos criterios:

- a. Reconocer la *necesidad* entendiendo por tal, situaciones de urgencia, indigencia, prioridad.
- b. Determinar la *función*, definiendo los roles y responsabilidades en la comunidad.
- c. Considerar la *capacidad*, respecto no sólo de los roles en las empresas comunes sino también de las oportunidades para el progreso individual.
- d. Establecer *méritos y aportes*, que pueden derivar del sacrificio propio o del uso meritorio del esfuerzo y la habilidad.
- e. *Prever o aceptar riesgos*, en la medida que algunos miembros de la comunidad pueden evitar el riesgo, mientras que otros tienen imposibilidad de hacerlo.
- f. *Exigencia de razonabilidad* en sentido práctico, a fin de considerar a las personas que en el pasado se pudieron ser beneficiadas o asumieron un compromiso voluntario.

2. Justicia correctiva o sinalagmática: Aristóteles formula una subdivisión en justicia *conmutativa* y *judicial*, teniendo por fin rectificar o remediar las desigualdades que surgen en los tratos entre los individuos. Santo Tomás, amplifica su función, explicando que la justicia conmutativa es lo relativo a los intercambios, proyectándola de esta forma sobre los distintos tipos de relaciones individuales.

3. Justicia legal: la ley no puede dejar de tener en cuenta el orden político democrático, por lo que se considera a todos los ciudadanos iguales entre sí, atendiendo a lo justo relativo (Aquino, 1946: 188). La justicia legal da sustento a los otros tipos de justicia, es la base de las obligaciones distributivas y conmutativas, regulando el campo de interacción humana.

No obstante, para Santo Tomás, lo justo legal se relaciona con el problema de la equidad, en la medida que las circunstancias particulares de cada caso son infinitamente disímiles. Esto provoca que el órgano jurisdiccional determine razonablemente lo que resulta equitativo según dichas particularidades. Sin ir más lejos, Kant entiende que la equidad se sustenta en la máxima que dice: “el derecho muy estricto es una injusticia muy grande”.

Este problema de la dureza del derecho no puede corregirse por medio del propio derecho, porque el reclamo de equidad cobra fuerza en la conciencia del propio juzgador (Kant, 1962: 59). No obstante, el propio legislador puede dejar librada al juez, la aplicación de la mayor o menor dureza de la sanción, conforme criterios de razonabilidad que tomen en cuenta las valoraciones en juego.

III. Aspectos prácticos de la justicia

La justicia como valor nunca puede ser captada en su integridad, sin embargo, mantiene su pretensión en los diversos sistemas sociales, mostrándose en cada época y en cada sociedad variable y diversa como la vida humana (Laclau, 1999a: 112). Porque se encuentra sujeta, a las variaciones estimativas propias del desarrollo histórico, en la medida que la concebimos en relación a los hechos, por el cual no puede ser intuida como un valor independiente de la misma realidad.

Si bien, algunos han pensado en la posibilidad de un sistema jurídico invariablemente justo, confundiendo la inmutable aspiración del hombre por la justicia con el medio para lograrla dicho cometido. Como aspiración, tiene una función motivacional para el espíritu humano, a pesar que se encuentra condicionada por las circunstancias siempre nuevas e irreversibles del devenir histórico.

No obstante, el derecho como ordenamiento social se estructura en base a un criterio de justicia, en tanto que permite visibilizar determinadas finalidades.

Generalmente se ha dicho que “es justo” aquel ordenamiento que se funda en criterios de *igualdad jurídica, seguridad jurídica y bien común* (Catenacci, 2001: 159).

La búsqueda de la igualdad, tiende a asegurar la igualdad ante la ley y el acceso a la administración de justicia. Ya que no solo como ciudadanos debemos ser iguales en lo que hace a los derechos y obligaciones, sino que también nos merecemos la posibilidad de ser tratados igualitariamente. Todo ciudadano pueda ejercer sus derechos y reclamar su aplicación, como en así lo reconocen las convenciones internacionales sobre derechos humanos.

El segundo aspecto, referido a la seguridad jurídica, se relaciona con la posibilidad de llevar a la práctica los derechos que nos asisten por medio de los distintos caminos procesales existentes. Caso contrario, significaría caer en una pura declaración idealizada de derechos irrealizable y carente de sentido. No obstante, también se encuentra relacionado con la estabilidad del derecho vigente, que encuentra en la “duración” de las normas, sin fecha de vencimiento, la generación de confianza en el sistema jurídico.

Por último, entender al otro no como alguien aislado, sino como miembro de una comunidad, permite que no se busque el beneficio particular, sino el interés general. Esto es posible siempre que se reconozca a la sociedad, como un cuerpo orgánico que posee finalidades propias.

Heinrich Henkel, sostiene que es posible distinguir dos dimensiones de este bien, una se identifica con el bienestar material de toda la sociedad y sus miembros, mientras que la otra dimensión, tiene que ver con lo ideal. Así, el bien común, es presentado como el punto de orientación y como medida de evaluación del obrar.

IV. Sobre el positivismo

Hans Kelsen, plantea la relatividad de la justicia, sosteniendo su posición en dos aspectos claves. Formula dos tesis (1) que dan fundamento a la teoría pura:

1. *Tesis de la separación*: el derecho positivo debe tratarse independientemente de otros sistemas normativos como la moral (en oposición al iusnaturalismo).
2. *Tesis de la normatividad*: los mandamientos del derecho positivo se consideran normas, que ordenan determinadas conductas (en oposición al realismo jurídico).

No es posible mostrar a través de medios racionales una única norma de conducta justa que tenga validez absoluta. Todo conflicto de intereses nos enfrenta a dos soluciones posibles: satisfacer a uno de los términos a costa del otro o establecer un equilibrio entre ambos. En consecuencia, solo podremos alcanzar una justicia relativa que nos acerque a una situación de equilibrio con el fin de lograr los supuestos necesarios para que se mantenga la paz social, valor supremo de todo orden jurídico. Dicha relatividad se basa en la constatación, de las distintas condiciones de vida de cada sociedad humana, que se modifican constantemente, aunque sus cambios resulten imperceptibles. Así, el progreso de las ciencias, los avances de la tecnología, la difusión de nuevas doctrina filosóficas, políticas, jurídicas, económicas y hasta el heterogéneo desarrollo de las relaciones humanas van generando sin cesar nuevas concepciones, nuevas formas y estilos de vida, nuevos problemas existenciales. Cada época, cada sociedad, cada generación tiene su propio concepto de lo real, de lo necesario y de lo oportuno. Lo útil tiene que ver con las tradiciones y las costumbres que nos permiten afrontar y resolver las nuevas cuestiones que suscita el presente. Los ideales y paradigmas se renuevan. Las actitudes prácticas se oponen unas a otras buscando nuevos apoyos y nuevos sentidos. Esta incesante transformación se

(1) Ambas tesis son recodidas por Robert Walter y Stanley Paulson como fundantes de la teoría pura.

traduce también con niveles e intensidad variables, en concomitantes modificaciones de los esquemas axiológicos que pueden ser observados en los juicios de valor más difundidos (Smith, 1999: 19).

No obstante, quienes consideran la relatividad de los valores reconocen como principio ético fundamental subyacente la *tolerancia*. Siguiendo una idea relativista, este principio nunca puede ser afirmado de forma absoluta. Ya que solo podemos tolerar dentro de un orden positivo, aquello que permita garantizar la paz. La que solo puede ser asegurada en un régimen de tipo democrático, dado que su naturaleza se caracteriza por la libertad. En este sentido podemos recordar las palabras de Cicerón, contra quien quiera pretenda anular determinados derechos: “Logré al fin lo que me proponía; poner de manifiesto a todos vosotros la existencia de una conjuración contra la República; porque no habrá quien suponga que los parecidos a Catilina dejan de obrar como él. Ya no cabe la indulgencia” (Cicerón, 1984: 163).

Para Bobbio, la *tolerancia* por un lado es un valor que implica una crítica a las posiciones dogmáticas y por el otro, consolida una actitud abierta al pluralismo de verdades. Desde esta perspectiva los juicios de hecho y juicios de valor, guardan relación dialéctica, al considerar que los valores deben ser puestos en estrecha conexión con el conocimiento de los hechos. Porque es el hombre, sujeto de todo el proceso dialéctico, el que construye sus propios valores sobre la base de los hechos que vive.

La tolerancia liberal, es entonces el medio a través del cual se pueden formar históricamente los valores humanistas (Ghezzi Morris, 2007: 108). Porque los valores no aparecen como ciertos e indiscutibles y solo pueden ser sostenidos teniendo presente la posibilidad de dudar. Coincide en algún sentido con Carlos Cossio cuando este afirma que el juicio de valor presupone una conducta valiosa, en tanto que los valores son inmanentes a las normas y ellas no hacen más que representar conceptualmente a la conducta en su libertad (Cracogna, 1996: 99).

La regla de oro establecida por la teoría del derecho natural, establece que: “se debe dar a cada uno lo que es debido” o mejor aún, “dar a cada uno lo suyo” (Tale, 2005: 116). Así la validez de un orden normativo, se haya determinado en definir qué es lo suyo respecto de lo que es debido. Tiene en sí misma el peligro de ser fácilmente mal usada, pues cada orden político le es dable conceptuar que se debe atribuir a “cada quien”. Para esta posición el contenido de una norma jurídica debe de ajustarse al contenido de la moral (Farrell, 1996: 1), siendo ella la que determina la regulación positiva.

Kant formula una nueva ley fundamental fruto de la razón práctica, que dice: “obra de tal modo, que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal” (Kant, 1984: 50). Cabe recordar que para Kant, la convicción valorativa, por medio de la cual discernimos el “deber ser”, es una categoría común a todo hombre como parte de su moralidad. Entendiendo que si se *puede* “hacer algo” esto es, la realización de la acción concreta, si existen posibilidades para hacer lo que se *debe hacer*, al entender que se debe actuar en función de una obligación asumida como tal; según el principio de autonomía de la voluntad.

Para Kelsen en cambio, diferenciándose de la posición kantiana, es un problema de conciencia predicar la justicia o injusticia, ya que solo es posible alcanzar una justicia subjetiva injusticia (Walter, 1998: 45).

Esto no quita que conciba a la justicia como una virtud ética, que se predica sobre diferentes objetos y se expresa en las conductas alcanzando un sentido social (Villar Borda, 2004: 48). Sin embargo, el positivismo jurídico se equivoca cuando en nombre de la pureza del derecho insiste en excluir consideraciones de naturaleza moral. Claro que lo legal y lo moral no se identifican, no obstante esta última, nos permite desarrollar un criterio de corrección que nos permite considerar las decisiones de los jueces (von Wrighth. 1997: 108).

Cuando el derecho positivo se considera como justo o injusto, se determina su validez objetiva, en base a múltiples principios y concepciones morales. Esto nos evidencia, que detrás de todo sistema normativo hay una concepción determinada de justicia, que el legislador o el constituyente tuvieron en mente para la creación del derecho.

V. Fundamentos de una axiología jurídica

Para los neokantianos, el problema axiológico, sólo cobra su verdadera dimensión frente a los acontecimientos humanos que expresan una singularidad única e irrepetible. Rickert sostiene que la reflexión sobre la naturaleza, nos ofrece una *continuidad heterogénea*, en tanto que se establecerán generalizaciones. Mientras que cuando el pensamiento percibe una *discontinuidad heterogénea*, el método utilizado es individualizador, hallándose constituido por conceptos de conteniendo singular, cuyos objetos se encuentran relacionados o referidos a valores.

El deber ser expresa una finalidad aun, cuando no tiene una realización acabada en el mundo de los hechos. Los valores no constituyen entes, ni son especies de cosas dotadas de una realidad superior sino que su modo de ser, se da en el *sollen* —deber ser— (Laclau, 1999b: 83). El valor se nos presenta como un dato originario en nuestra relación con el mundo. No sólo imprime su huella a nuestra captación de la realidad sino, que también fija las pautas conforme a las cuales actuamos. Una actividad que se valora, nos pone en contacto con un objeto valioso, no porque exista una identificación entre bienes y valores, sino porque los valores constituyen el carácter cualitativo de las cosas.

En consecuencia, entendemos que el orden jurídico vigente entraña una específica valoración jurídica de la realidad social en la que vivimos. Por lo que tanto la conducta, como la norma y el valor, son niveles que se complementan dentro de una única realidad. De suerte, que los valores jurídicos no han de ser entendidos como entidades separadas de las normas positivas, sino como cualidades objetivas, que en ellas buscan su realización.

La última etapa del siglo XX supuso, en el ámbito *metodológico jurídico*, un progresivo abandono del método positivista. Así, Karl Larenz ha señalado como notas caracterizadoras de los empeños metodológicos de ese período, la vuelta a una jurisprudencia axiológica y a un derecho natural de los valores experimentados históricamente.

El positivismo jurídico, pretendió una aproximación purificada al fenómeno jurídico, dando por resultado un análisis puramente formal, considerando al derecho como la norma emanada del estado, independiente de los valores puestos en juego. El solo hecho de pensar en un análisis hermenéutico de la ley implica pensar en la necesidad de confrontar valores, conductas y normas. Resulta lógico pensar que quien interpreta la norma, necesita poner de relieve los elementos axiológicos que se le presentan, a fin de contrastarlos con la realidad.

La exposición de motivos de una sentencia, sustentada en el eco de la interpretación doctrinaria, fija un horizonte axiológico estableciendo criterios jurisprudenciales.

Ricardo Guastini, por su parte sostiene que los juicios de valor a diferencia de los juicios hecho, se encuentran enunciados por el lenguaje normativo, porque el discurso prescriptivo también es valorativo. Esto le permite hablar de una jerarquía de axiológica entre normas, no porque pertenezcan a un determinado ordenamiento, sino porque se encuentran instituidas por las intérpretes judiciales. Así, cuando una norma no está de acuerdo con un principio, se hace valer la jerarquía axiológica, cosa de inducir el juicio de legitimidad para declarar inválida una ley contraria a los principios fundamentales (Gimeno Presa, 2001: 47). En consecuencia el problema de la axiología, no puede dejar ser analizado sino, dentro de la teoría del derecho, en tanto que el juez como cualquier operador jurídico, inevitablemente, tiene delante de sí, una conducta que requiere ser valorada jurídicamente.

En el fondo la justicia, debe ser la finalidad de las instituciones sociales y del derecho, en atención que nadie de por sí, soportaría vivir en situaciones de injusticia.

La justicia, considerada desde su aspecto formal, perfecciona las realidades jurídicas, constituyendo aquello que es debido. Platón, en el Libro I de la República la concibe como una virtud que tiene que ver con lo mejor e indefectiblemente ligada paz y a la felicidad (Negri, 2003: 92). Desde esta perspectiva, se debe dar prioridad a los derechos fundamentales, como base de una justicia distributiva cuando se pretende garantizar la igualdad de oportunidades y respeto a todos los ciudadanos.

VI. Un momento por favor

La reflexión desarrollada por la filosofía sobre el problema del tiempo, es un tema que ha surgido con el pensamiento contemporáneo. Fueron los existencialistas quienes comenzaron a comprender que la existencia se encuentra limitada por la duración temporal. Sin embargo, desde los comienzos del pensamiento en una etapa prefilosófica, los mitos griegos nos hablan sobre el tema del tiempo. Es Hesíodo quien en las *Teogonías*, dice con relación al dios Kronos que era impiadoso por ser capaz de comerse a sus propios hijos nacidos de su matrimonio con la diosa Rea su fiel esposa, quien al ver tal espanto logra salvar al último de sus hijos, Zeus quien logra para sí la eternidad al poder escapar de sus garras (Hesíodo, 1984: 24). El relato, no hace más que resaltar la crueldad del tiempo que no perdona, devorando cada instante de nuestras vidas haciendo del hoy un pasado, mientras que nuestra condición de simples mortales nos hace una presa fácil. Solo quien escapa del tiempo puede lograr la inmortalidad.

Los filósofos presocráticos, reflexionaron sobre el tiempo analizando el problema del cambio. Parménides parte de la identificación entre *pensar y ser*, estableciendo que lo inmutable tiene que ver con las ideas. En cambio, para Heráclito todo es cambio y mutación, por lo que el ser es concebido como *devenir*.

Posteriormente con los comienzos del cristianismo San Agustín retoma la reflexión sobre el problema explicando que no es un tema simple, sino de compleja interpretación, es por eso que dice: “¿Qué es el tiempo? Si nadie me lo pregunta lo sé; si me preguntan y lo quiero explicar, no lo sé”. (San Agustín, 1979: 17). Concibe al tiempo, como la medida de los movimientos, por tanto no hay tres tiempos, sino tres dimensiones del presente, el presente que fue, el presente actual, el presente que vendrá. Solo en la conciencia del hombre se da el presente. “En el fluir del tiempo, la atención de una conciencia se extiende hacia atrás (memoria) y hacia delante (futuro)” (Camilloni, 1991: 156). La actualidad, no es más que el resultado de lo que hicimos y de lo que esperamos hacer con nuestra propia vida, porque cada instante deja de ser “lo que es” rápidamente para hacerse pasado.

Ya hacia finales del siglo XIX Henri Bergson siguiendo la reflexión kantiana reconoce que el tiempo es una sucesión de estados de la conciencia, pues todo transcurre pero solo hay algo que permanece, mi propio “yo”. Vivir es *durar*, (Castex, 1987: 36), en un continuo progreso del pasado que va hinchando al progresar. El futuro es una proyección de lo que se percibe del pasado. En definitiva somos lo que hacemos, nos creamos continuamente a nosotros mismos, cambiamos y maduramos indefinidamente (Bergson, 1985: 20).

Por otro lado, Nicolai Hartmann reconoce que el tiempo se transforma en una categoría decisiva que nos permite superar lo ideal (lo que tiene que ver con lo atemporal). En consecuencia, todo individuo real es único, existe solo una vez, en tanto que el tiempo es irrepetible. Por eso el individuo es la determinación más elevada de su perfección, en tanto que el presente es la creación actual del futuro posible (Hartman, 1957: 96).

VII. Conclusión: el derecho como una cuestión de tiempo

Las normas jurídicas son simples medios para la consecución de fines y valores sociales, según el contexto situacional en el que pueda producirse el conflicto en cuestión. Ellas, tienen por fin, modelar normativamente ciertas situaciones reales para satisfacer necesidades o urgencias sociales o resolver problemas humanos, que se presentan en un lugar y en un tiempo determinado. Por lo tanto, el derecho no puede ser algo petrificado, sino que variable, conforme las circunstancias, a fin de responder a los cambios evolutivos y revolucionarios de la sociedad. En este sentido no podemos dejar de alentar toda reforma normativa que incorpore nuevos aspectos existenciales que son de interés social. Sobre todo si tenemos en cuenta que la aceleración histórica, provocada por los progresos científicos y tecnológicos suscitan beneficios, y protagonizan nuevos conflictos y dilemas (Tinant, 2015: 23).

Las posiciones relativistas en torno a los valores, implican una renuncia a la razón teórica, pero una fuerte apelación a la razón práctica. En la medida que, se hace imposible verificar lo que es justo, pero si se puede establecer lo que es jurídico. Por este motivo, es necesario analizar al derecho vivo desde

la práctica jurídica, considerando las maneras de actuar de quienes establecen, aplican o imponen las normas jurídicas. Es claro que el derecho es un instrumento del poder social, por medio del cual se imponen un conjunto de prescripciones y directivas que determinan un tipo de organización jurídico-política. Pareciera que ha quedado relegada a planos extra-sistemáticos la consideración de algunas cuestiones jusfilosófica. Sin embargo, debemos tener en cuenta el eterno anhelo de la búsqueda de la Justicia. (Smith, 1989: 1). La cual permanecen insatisfechas, en la medida que en ninguna época, ni en ninguna comunidad se ha podido alcanzar un estado social que diera respuestas definitivas. No obstante, las distintas condiciones de vida, generan problemas y conflictos diversos.

Sin embargo, siempre debemos tener presente que el derecho no contiene una sola solución correcta y justa para todos los casos particulares. 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. Se piensa en la única solución posible, sin embargo, también hay otras soluciones sin duda sostenibles desde algún punto de vista. Por ello, el fenómeno jurídico, siempre necesita de la reflexión filosófica que permita considerar las normas desde una visión pantónoma.

El derecho como fenómeno cultural, es una manifestación histórica fruto de un acontecimiento social. Es una parte de la experiencia vital de una comunidad, que nos presenta la posibilidad de cambiar y madurar. Nos otorga una identidad social que permite reconocernos, en tanto que la cultura como producto social se construye en base a una historia común.

Bien, podemos decir que, las normas conforman categorías *a priori*, en la medida que determinan futuras conductas, que tienen que ver con las aspiraciones sociales.

Si medimos el derecho en términos de duración, las normas que lo componen, o las instituciones que las aplican construyen aquello que se ha dado en llamar derecho vigente. Esto nos permite observar que la realidad histórica produce la adaptación del sistema jurídico, a los requerimientos de su tiempo, en la medida que las normas cumplan con su función social.

Por eso afirmamos, que las normas determinan un *deber ser existencial*, en tanto que tienen una relación con el pasado, pero contienen una previsión del futuro. Las instituciones jurídicas como la caducidad o la prescripción, en sus dos formas adquisitiva o liberatoria, se relacionan directamente con la temporalidad del derecho. Asimismo, la sentencia, como el acto jurisdiccional por excelencia, es parte central de la dinámica jurídica, ya que tiene que ver con el *porvenir*. Somos fruto de los hechos que acontecieron a lo largo de nuestra propia historia personal y de las conductas que libremente elegimos hacer. El futuro se transforma en la previsión de lo nuevo, de lo que vendrá. Sin embargo, existencialmente este futuro guarda relación con el presente.

En el derecho los tiempos se miden en términos o plazos, el vencimiento de una obligación, el perfeccionamiento de la prescripción, o el cumplimiento de la condena o los días que corren para contestar la demanda. Nos enfrentan a la conjugación entre el tiempo y el derecho, en tanto que el transcurso del primero, genera la evolución del segundo, al crear facultades y obligaciones (Copello, 1955: 62).

Si creemos que en el presente encontramos semillas del futuro, debemos preguntarnos si nuestro presente normativo es el vínculo de acceso a una sociedad más justa o si por el contrario dista de llegar a tal fin.

Si nos acostumbramos a que el tiempo cronológico difiera del tiempo existencial caeríamos en el error de desinteresarnos por el retardo de justicia. Distintos tipos de problemas aquejan actualmente al derecho, uno de ellos tiene que ver con los tiempos judiciales y la necesidad de la pronta resolución de los conflictos. Los ciudadanos esperan de los magistrados, que protejan sus derechos y les provean de paz y seguridad, con independencia de las ideas que tengan. Otro de los problemas tiene que ver con el cambio arbitrario de las reglas de procedimiento. Esta no es solo una cuestión teórica, en tanto que resulta de fundamental importancia en la vida cotidiana, porque afecta el plano de la confianza. Si no se puede planificar porque la respuesta de hoy resulta insatisfactoria mañana, se logra un serio deterioro institucional, porque no existen

marcos de referencia y criterios de previsibilidad. La tardanza de los procesos judiciales, la falta de seguridad jurídica y la exclusión social, son problemas urgentes que deben ser atendidos (Lorenzetti, 2014: 49).

Por otro lado, es posible observar que el tiempo y el derecho se encuentran inevitablemente entrelazados en lo que se denomina *contingencia reflexiva*. Situaciones vitales, que si bien resultan ser cotidianas, nos llaman a la reflexión comprometiéndonos en la búsqueda de alguna solución. Las injusticias sociales son un problema que requiere una urgente solución por parte del derecho. En este contexto, los derechos humanos forman una categoría especial de derechos, aplicables a toda sociedad en la medida sus posibilidades espacio-temporales. No obstante esto, la vigencia de los derechos humanos, se relaciona no solo con la autonomía del derecho como sistema, sino también con la efectiva independencia del juez frente al interés estatal (Radbruch, 1992: 4).

Cuando pensamos el derecho como un modo de encontrar algún tipo de corrección práctica, estamos valorando la posibilidad de una solución, que mejor convenga a las partes sin dejar de tener en cuenta la seguridad jurídica. Por eso creemos que es necesario, la profundización del alcance de los derechos humanos y del logro de su concreción. Sobre todo, porque entendemos que la eficacia de los derechos humanos tiene que ver con la conquista de la justicia.

Algunas teorías sostienen la imposibilidad de definir o determinar en qué consiste la justicia. Sin embargo, las distintas posiciones jusfilosóficas, no dejan de considerar aquellas cosas que consideran plausibles o en todo caso mejor para la vida del derecho, en función de las finalidades que la sociedad política intenta perseguir. Estos fines tienen que ver no solo con el sentido de la vida jurídica, sino también con los valores que ponderamos. En caso contrario, si se negara dichas finalidades, entre las cuales debe incluirse a la justicia, se creería que el derecho es un fin en sí mismo que tiene como objetivo el orden y no se lo reconocería como un mero instrumento social. Por eso, más allá de la idea de justicia que se abrigue, parece conveniente discutir y consensuar que objetivos pretendemos lograr, considerando las capacidades que el sistema de jurídico debe fortalecer en este tiempo crucial. Actividad que tiene que ser realizada desde una lectura de los problemas que resultan inquietantes, a fin de establecer posibles soluciones, que nos permitan construir acciones concretas de mejoras del poder judicial y de las actividades de los operadores.

En definitiva, el derecho como manifestación de la vida humana, expresa la conciencia que se proyecta hacia el futuro. La reflexión que proponemos hoy, tiene la intención que el mañana sea mejor y, esta idea de lo mejor también tiene que ver con lo que creemos justo. Como ya sabía decir Cossio, la vida del derecho, debe ser vivida con la emoción de la justicia.

VIII. Bibliografía

ARNIO, Aulis (2003). "Algunas observaciones sobre la justificación jurídica". EN: Enrique Zuleta Puceiro (comp.) *Interpretación de la Ley*. Buenos Aires: La Ley.

BERGSON, Henri (1995). *La evolución creadora*. Barcelona: Planeta Agostini.

CAMILLONI, Calixto (1991). *Visión del hombre*. Córdoba: Casa de Loreto.

CASTEX, Adelina (1987). *Metafísica del tiempo*. Buenos Aires: Lohlé.

CATENACCI, Imerio Jorge (2001). *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Astrea.

CICERÓN, Marco Tulio (1984). *Catilinarias. Segundo discurso, pronunciado ante el pueblo*. 5ª. ed. México: Porrúa.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2005). "Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces". *Jurisprudencia Argentina*. Doctrina. Nro. 13. Pág. 30.

COPELLO, Mario Alberto (1995). "El tiempo en el Derecho". *El actual pensamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Arayú. p. 116-127.

- CRACOGNA, Dante (1996). *Teoría y realidad del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- FARRELL, Martín. (1997). *¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?* EN: XVII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y de la Filosofía Social. IVR. AAFD. p. 1.
- FINNIS, John (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GHEZZI, Morris Lorenzo (2007). *La distinción entre hechos y valores en el pensamiento de Norberto Bobbio*. Colombia: Universidad del Externado de Colombia.
- GIMENO PRESA, María Concepción. (2001). *Interpretación y derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GOLSCHMIDT, Werner (1987). *Introducción filosófica al Derecho*, 6a. ed., 5a. reimp. Buenos Aires. Depalma.
- HARTMANN, Nicolai (1957). *Líneas fundamentales para una metafísica del conocimiento*. Buenos Aires: Losada.
- HERRERA FIGUEROA, Miguel (1955). *Justicia y sentido*. Tucumán: Richardet.
- KANT, Manuel. (1992). *Principios Metafísicos del Derecho*. Puebla: Cajica.
- (1994). *Crítica de la razón práctica*. 3ra. ed. Madrid: Espasacalpe.
- LACLAU, Martín (1999). *Conducta, norma y valor*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- LORENZETTI, Ricardo (2014). *El arte de hacer justicia*. Buenos Aires: Sudamericana.
- MASSINI CORREAS, Correas Carlos (2001). “El derecho y la justicia”, EN: *El Derecho*, Vol. 190. Buenos Aires: El Derecho, p. 944-952.
- NEGRI, Héctor (2003). *La justicia en el Libro I de “La República”*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- RADBRUCH, Gustav (1992). “*Relativismo y derecho*”. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- SAN AGUSTÍN (1979). “*Confesiones*” XI 14, 17. 8ª ed. Madrid: Espasa Calpe.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO (1946). *La Justicia, comentarios al libro quinto de la ética a Nicómaco de Aristóteles*. Buenos Aires: Curso de Cultura Católica. Lección 2da.
- SMITH, Juan Carlos (1989). “La dimensión social de la filosofía del derecho”. EN: *El derecho*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina. Año XXVIII, p. 1-2.
- (1999). “La moral social contemporánea”. EN: *Revista Función Pública*. Doctrina. Buenos Aires, p. 17-22.
- TINANT, Eduardo Luis. *Sobre la dimensión temporal del hombre y el derecho*. Disponible en www.revistapersona.com.ar/Persona55/55Tinant.htm (Consulta: 3 abril 2015)
- VILLAR BORDA, Luis (2004). *La justicia en la filosofía del derecho de Hans Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Von WRIGHT, Georg Henrik (1997). “Ser y deber ser”, En: Aulis Aarnio (comp.). *La normatividad del derecho*. Barcelona. Gedisa.
- WALTER, Robert (1998). *Kelsen, la Teoría Pura del Derecho y el problema de la justicia*. Colombia: Universidad del externado de Colombia. ♦

Fecha de recepción: 13-05-2015

Fecha de aceptación: 29-08-2015

Buscando articulaciones posibles: puntos de encuentro y encrucijadas

POR MANUELA G. GONZÁLEZ (*) e HILDA G. GALLETI (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Los Juzgados Protectorios vistos por las entrevistadas.— III. Discursos, hegemonías y antagonismos.— IV. El discurso médico, jurídico y psicológico como constructores de subjetividades.— V. La violencia contra la mujer desde la representación de los/as profesionales.— VI. Antes de la ley...— VII. Las víctimas vistas desde los discursos médico y psicológico.— VIII. La adecuación de la ley 12.569 a la Ley Nacional de Violencia contra la Mujer 26.598.— IX. Conclusiones.— X. Bibliografía

Resumen: Este artículo forma parte de la investigación en curso de ejecución, *Las violencias contra las mujeres, los discursos en juego y el acceso a la justicia*, de la que ambas autoras formamos parte. Surge como respuesta a las inquietudes producidas en el proceso de análisis de los resultados del trabajo de campo, puesto en relación con la teoría incorporada. Nuestro trabajo se nutre de los testimonios de las mujeres, con las que venimos trabajando, más allá de este proyecto desde hace veinticuatro años, las entrevistas a funcionarios (1) de la administración de justicia y del Poder Ejecutivo provincial, realizadas en el marco de este proyecto de investigación. Los interrogantes que motivan este trabajo son: ¿frente al aumento de denuncias sobre violencia contra la mujer, la respuesta debe ser sólo crear instancias judiciales cada vez más específicas? ¿Qué medidas producen las instituciones que intervienen en esta problemática para articular sus acciones?

Afirmamos que, para materializar la articulación entre los fueros judiciales, el resto de los organismos estatales y las organizaciones de la sociedad civil los actores deben realizar prácticas, de tal naturaleza, que posibiliten establecer relaciones entre elementos de manera que, parte de sus identidades sean modificadas como resultado de dicha articulación y posibilite el nacimiento de nuevas prácticas.

Palabras clave: acceso a la justicia - violencia contra la mujer - articulaciones.

Looking for possibilities of cooperation meeting points and crossroads

Abstract: *The authors of this article are members of an ongoing research project under the title Violence against women, the discourse at play, and access to justice and the paper reflects on the advances in the field work. It is written in response to the questions arising throughout the process of analysis of the results of field work within the corresponding theoretical framework.*

The women's testimonies are the raw material for the analysis. For a period of over 24 years the victims, the officers in the administration of justice and the members of the executive power in the province of

(*) Prof. Titular de Sociología Jurídica. Directora del Instituto de Cultura Jurídica y de la Especialización en Violencia Interpersonales y de Género. Co-Directora de la Maestría en Sociología Jurídica. Investigadora y Directora de Proyectos de Investigación, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

(**) Licenciada y profesora en Psicología (UNLP). Diplomada en género y políticas públicas (FLACSO). Maestranda en género, sociedad y políticas públicas (FLACSO). Investigadora, integrante del Instituto de Cultura Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Integrante del CINIG, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación.

(1) Las autoras adherimos a la política de no discriminación de género, en virtud de la convicción de que el uso del lenguaje no neutral constituye un sesgo sexista, sin embargo, en este artículo respetamos las normas editoriales.

Buenos Aires have been interviewed. There are two major questions: 1- Is there a need for the creation of more specific judicial instances, in the light of the ever growing increase in the number of reports filed by victims of familiar violence? 2- Which are the concrete measures taken by the institutions involved in this complex problem in order to join their efforts?

In sum, the cooperation between the different judicial bodies, the national organizations and civil society is of paramount importance in order to modify their usual practice. The changes will, in turn, will give birth to new and different ways of facing the issue.

Keywords: *access to justice - violence against women - joint work-cooperation.*

I. Introducción

Este trabajo surge como respuesta a las inquietudes producidas en el proceso de análisis de los resultados del trabajo de campo, de la investigación en curso de ejecución, puesto en relación con la teoría incorporada.

En La Plata, contamos con abundante legislación para abordar este tema, leyes provinciales (2), nacionales (3) e internacionales (4). Asimismo, en el año 2013 se elaboró un formulario para denuncia de violencia familiar para ser utilizado, por todos los organismos oficiales de la provincia, en el momento de tomar la denuncia a las víctimas de violencia (5).

La sanción de la ley 11.453 en noviembre de 1993 puso en marcha el proceso de autonomización del fuero de familia en la provincia de Buenos Aires (6). Los dos primeros tribunales se constituyeron en la ciudad de La Plata en el mes de abril de 1995 y la primera Ley de Violencia Familiar, nro. 12.569, fue sancionada en diciembre de 2001.

Desde esa fecha hasta la actualidad, los Tribunales de Familia han recibido una serie de modificaciones en su conformación hasta llegar a la situación actual: seis Juzgados de Familia dos de los cuales se han transformado en protectorios y, recién con esta nueva composición ha sido posible que la violencia contra la mujer encuentre respuesta desde la administración de justicia. Aunque, a veces la misma no sea satisfactoria para las mujeres y/o sus representantes legales, entre otras razones, por la falta de articulación de los fueros que intervienen y/o de las instancias administrativas involucradas.

Los Juzgados nros. 4 y 5, llamados "Protectorios", son específicos para causas de violencia familiar, salud mental y niñez. Aún no se ha replicado la experiencia en el resto de la provincia, lo que sí se realizan es una serie de capacitaciones tendientes a unificar criterios con respecto a cómo deberían actuar los jueces frente a esta compleja problemática que, desde nuestro punto de vista, excede una respuesta binaria, individual de condena.

Así como los Tribunales de Familia nunca se terminaron de crear en todos los departamentos Judiciales de la provincia, el proceso de transformación en Juzgados y ahora el proyecto piloto de Juzgados Protectorios sólo se completa en la cabecera judicial.

(2) Ley sobre Violencia Familiar 12.569/2001 y decreto reglamentario 2875/2005 y su modificatoria ley 14.509 publicada el 3 de junio de 2013, Boletín nro. 27.078.

(3) Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollan sus Relaciones Interpersonales 26.485, de 2009, y decreto reglamentario 1011/2010.

(4) Todos los Tratados Internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional con la reforma del año 1994 en el artículo 75, inc. 22, y reformas posteriores.

(5) A través de un convenio firmado entre la Corte de la Provincia de Buenos Aires y el Ministerio de Seguridad los funcionarios policiales y judiciales utilizan un formulario para la toma de las denuncias y se está implementando en 2013-2014 una capacitación en los 18 Departamentos Judiciales que integran la provincia a fin de unificar criterios sobre su utilización y poder aspirar a construir una base de datos sobre las denuncias.

(6) Para ampliar este tema, ver Salanueva, O., González, M. y Cardinaux, N. (2003), Familia y Justicia: Un estudio socio-jurídico de los conflictos familiares, volumen I, Argentina: Editorial de la Universidad de La Plata (ISBN 950-34-0255-7).

Sin embargo, esta cantidad y versatilidad de instrumentos no han impactado, como se esperaba, en la calidad de vida de las mujeres que padecen violencia.

Es por ello que nuestro análisis se nutre de los testimonios (7) de las mujeres, con las que venimos trabajando, más allá de este proyecto, desde hace veinticuatro años (8), las entrevistas a funcionarios de la administración de justicia y del Poder Ejecutivo provincial, realizadas en el marco de este proyecto de investigación.

Los interrogantes que motivan este trabajo son: ¿frente al aumento de denuncias, la respuesta debe ser crear instancias judiciales cada vez más específicas? O también debemos revisar las prácticas de las instituciones y preguntarnos ante el aumento de las denuncias. ¿Qué medidas producen las instituciones que intervienen en esta problemática para articular sus acciones?

II. Los Juzgados Protectorios vistos por las entrevistadas

Se reciben 60 denuncias diarias (9) en los Juzgados Protectorios (10), provenientes de diferentes fuentes que agrupamos en función de los testimonios: 1. denuncias en las Comisarías del Departamento Judicial de La Plata registradas en los formularios (11); 2. Juzgados de Paz (12); 3. Fiscalías de turno de la ciudad de La Plata (13); 4. presentaciones realizadas por establecimientos escolares o cualquier testigo presencial de un hecho de violencia; 5. profesionales particulares; 6. Defensoría APUR (14).

No incluimos la opción, que establece la normativa, acerca de la presentación espontánea de la víctima por considerar que esta situación se torna inviable debido a las dificultades institucionales y personales de llevarla adelante (15).

En el caso de que sea necesario dictar una medida de restricción al agresor, se toma en cuenta la urgencia de la medida apoyada en la evaluación previa que realiza el Cuerpo Técnico en función de la elaboración del Informe de riesgo que debe realizarse con la mayor celeridad posible. En este informe debe evaluarse el nivel de riesgo —alto, medio o bajo—, el tipo de violencia —simétrica o asimétrica, directa hacia la mujer y/o hacia los hijos (16)— y la historización acerca de cómo se fue construyendo la situación de violencia. De estas acciones derivará la medida cautelar contra el agresor.

Frente a esta cantidad de denuncias, la respuesta del sistema ha sido abrir nuevas instancias judiciales, hecho que ocurre desde 1994, año en que se crearon los Tribunales de Familia en este departamento

(7) Entendemos por testimonio el escrito que elabora el profesional en base a los dichos de las mujeres, las preguntas realizadas por él, atravesado por su saber profesional y compromiso ético con la problemática. Todo ello constituye un discurso nuevo que excede los dichos de la mujer y la perspectiva profesional construyendo un nuevo entramado que permitiría la movilización subjetiva.

(8) Comenzamos a trabajar el tema en diferentes Proyectos de extensión e investigación.

(9) En todos los casos el juez debe emitir resolución en el plazo de 48 horas de acuerdo con la ley 12.569 y sus modificatorias.

(10) De acuerdo con las afirmaciones de una integrante de la prueba piloto.

(11) En un trabajo anterior presentado en el Congreso Internacional Violencia de Género: Intersecciones; bajo el título Intersecciones entre violencia de género, pobreza y acceso a la Justicia. El caso de la ciudad de La Plata, organizado por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, la Universidad de Manchester, la Asociación Internacional de Criminología dentro del Programa de Cursos de Verano de la UPV/EHU en Oñati-España del 10 al 12 de julio de 2013, nos referimos al origen del formulario para denuncias, sus dificultades y características de implementación.

(12) Según la gravedad del caso se dicta una primera medida.

(13) Según la gravedad del caso se dicta una primera medida, si hay niños/as en la escena interviene también el Ministerio Público.

(14) APUR Defensoría General de Procesos Urgentes. Creada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

(15) Con frecuencia en estos casos se orienta a la mujer a concurrir a la Defensoría y/o la Fiscalía de acuerdo con la gravedad de la presentación.

(16) Muchas veces la violencia sobre la niñez tiene el propósito del agresor de hacer sufrir a la madre.

judicial, hasta la actualidad. Podemos observar que cada vez son más específicas las dependencias que se ocupan del tema y, siempre resultan insuficientes la cantidad de recursos humanos con que cuentan (17).

III. Discursos, hegemonías y antagonismos

Las distintas concepciones, provenientes de la sociología jurídica y la psicología sobre el tema permiten interrogarnos sobre las articulaciones, encuentros y desencuentros que se producen en el seno de la administración de justicia (18), cuando las mujeres peticionan ante situaciones de violencia.

Consideramos que toda práctica social se encuentra estructurada en un sistema de significaciones y, desde allí podemos afirmar que no hay nada en la vida social que no sea discursivo (Lacan, 1999 y Laclau, 1998), a esta afirmación no escapan las prácticas jurídicas.

El discurso es una totalidad que integra el lenguaje hablado y los actos a los que está ligado. En este sentido, el discurso jurídico es performativo (19), donde las mujeres son habladas desde lógicas patriarcales y también ellas hablan e interpelan desde un lugar de subordinación internalizado culturalmente.

Esta subordinación aprehendida se construye desde diversos lugares, entre los cuales juega un papel importante el poder simbólico que es "(...) este poder invisible que sólo puede ejercerse con la complicidad de quienes no quieren saber que lo sufren o que incluso lo ejercen" (Bourdieu, 2001: 88).

Pensamos con Laclau (1998), que la categoría de discurso se refiere a la estructuración misma del discurso social. Lo exterior al discurso es constitutivo al discurso. En nuestro caso, lo exterior a lo sociales constitutivo de lo social.

El discurso es co-extensivo con lo social, inscribe las identidades sociales como posiciones diferenciales dentro de un horizonte de significado y acción, sin fundamento propio. El fundamento está dado por la pertenencia a determinada cultura, estrato, franja etaria y/o una pertenencia de género.

Las relaciones e identidades al interior de un discurso son necesarias y están condicionadas las unas con las otras. Así, la formación de un discurso es siempre resultado de una serie de articulaciones.

El discurso de los funcionarios judiciales es diferente al de las mujeres, que van en busca de resolución de sus conflictos, por lo tanto es esencial trabajar esas articulaciones necesarias para entender qué se reclama y por qué.

Entendemos por articulación, cualquier práctica que establezca relaciones entre elementos de manera que sus identidades sean modificadas como resultado de dicha articulación. Ejemplos: la mujer sale a trabajar, estudia, no siempre se casa.

La articulación además de ser una práctica y una estructura discursiva, implica una fijación parcial de sentido, que construye y organiza las relaciones sociales. Estas fijaciones parciales son necesarias porque —dada la imposibilidad de fijación última de sentido— sin ellas el flujo mismo de las diferencias sería imposible (Lacan, 1999).

Desde esta mirada podemos pensar que la identidad está sometida al menos a dos lógicas distintas: la lógica de la diferencia y la lógica de la equivalencia. Es por ello que la sistematicidad del sistema es

(17) Cada Juzgado Protectorio cuenta con: tres Auxiliares Letrados, tres empleados de categoría 1 a 4 que se ocupan de canalizar los reclamos.

(18) Entendemos por administración de justicia el lugar donde las mujeres van a peticionar en busca de resolución de un conflicto, reservamos la palabra justicia como un valor que recibe diferentes ponderaciones por los distintos actores.

(19) Siguiendo a Austin (1998) en el enunciado performativo no se describe un hecho, sino que se realiza la acción mediante la enunciación misma.

imposible. El sistema, en tanto tal, es imposible. La única condición de su posibilidad es la representación de ese objeto imposible a partir de una relación hegemónica.

Una práctica se convierte en hegemónica cuando logra subvertir las prácticas opositoras que compiten con ella por la articulación de lo social (cristaliza el rol de la mujer y del hombre, genera relaciones binarias). Al decir de Kuhn (1971) (20), se materializa en un paradigma dominante.

Así, se define a la hegemonía como aquel intento de extender un conjunto relativamente unificado de discursos, como el horizonte dominante de lo social, a partir de la articulación de elementos —diferencias no articuladas discursivamente— en momentos parcialmente fijados, en un contexto atravesado por fuerzas antagónicas.

El antagonismo social se evidencia cuando el otro, su presencia, me impide ser yo mismo (relación hombre/mujer). Implica la exclusión de identidades sociales cuya identidad diferencial se pierde en las cadenas de equivalencia.

La exclusión de las condiciones de paridad en las relaciones hombre/mujer es lo que queda forcluido (21), el límite, la evidencia, la imposibilidad de introducir la negatividad radical que implica la condición de igualdad de derechos entre ambos géneros. Esta negatividad radical es la que provee la posibilidad a las fuerzas hegemónicas de desplazar la no-sutura, que implica la no integración de aquello que esta por fuera, y que queda delimitado siempre en el exterior, lo que es vivenciado como el enemigo responsable de todo mal.

En otras palabras, la negatividad radical: es en el espacio psíquico aquello que tiene el estatuto de “lo que no es”, el no-vínculo, la no-experiencia, las figuras de lo blanco, lo incógnito, lo vacío, el no-ser. No obstante esta representación no puede ser pensada por el pensamiento, comprende la relación de contacto del pensamiento con lo que no es, con lo imposible de pensar, lo refractario a toda ligazón (Castoriadis, 2007).

IV. El discurso médico, jurídico y psicológico como constructores de subjetividades

El discurso médico, jurídico y psicológico actúa en las vidas de las personas que acceden a la organización judicial como parte de los elementos que intervienen en la construcción subjetiva. En el caso de las mujeres se observa de qué manera operan estos tres discursos para habilitar y/o obturar la palabra de las víctimas (22).

Por otra parte, estos tres discursos adquieren diferente fuerza que depende desde dónde se enuncien. Por ejemplo al interior de la administración de justicia, el discurso jurídico subordina al discurso médico y al psicológico (23). En todas las instancias judiciales los discursos médico y psicológico quedan sometidos bajo el rótulo de cuerpos técnicos y/o auxiliares de la justicia, sus saberes quedan condicionados y, muchas veces cuestionados por la autoridad del juez basada en ideologías y/o saberes vetustos.

Si bien es cierto, que esto se ha modificado mucho en la actualidad, todavía quedan resabios del viejo lugar de poder donde el juez se sentaba en la soledad de su oficina a decidir sobre las vidas de los otros. En los Juzgados Protectorios, se notan los cambios en ese sentido, las sentencias judiciales se fundan en las aseveraciones del equipo interdisciplinario y se intenta respetar la pertinencia de cada uno de los saberes provenientes de las distintas disciplinas.

(20) Kuhn define a los paradigmas como realizaciones científicas universalmente reconocidas que durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones legitimados por la comunidad científica.

(21) Entendemos, de acuerdo con la definición del Diccionario de Psicoanálisis (1996), por forclusión el olvido del olvido.

(22) Usamos el concepto de víctima, desde el reconocimiento del sufrimiento de las mujeres pero no lo homologamos a víctima pasiva, sino reconocemos que aún en ese lugar de dolor y vulnerabilidad, hay estrategias que se despliegan por parte de ellas, conscientes e inconscientes, sobre las que debe trabajarse para acompañarlas en la salida de las violencias.

(23) Lo mismo ocurre con el discurso médico en el ámbito de la salud y, con el discurso psicológico en la terapia.

Sin embargo, no siempre esto es tan sencillo, es difícil trabajar juntos y producir saberes que superen lo interdisciplinario para arribar a constructos teóricos transdisciplinarios que podrían ser respuestas innovadoras para una problemática tan compleja y siempre en movimiento.

Esto implica renunciar a la exclusividad de la preeminencia de un discurso sobre otro y por lo tanto a su jerarquización en pos de una respuesta integral para el problema de las mujeres.

V. La violencia contra la mujer desde la representación de los/as profesionales

Tomamos los insumos del primer y segundo conversatorio (24) y de 11 entrevistas en profundidad a profesionales que trabajan en diferentes ámbitos de la administración provincial para ampliar nuestra mirada sobre el tema, con la intención no de reemplazar nuestras propias preconiciones por las reflexiones de otros sino de construir en conjunto una mirada más abarcadora sobre un tema complejo que cada vez adquiere mayor gravedad y las respuestas son más débiles.

La técnica del conversatorio persiguió el objetivo de analizar los discursos que socialmente legitiman y propician la persistencia de la subordinación de las mujeres a través del ejercicio de las violencias.

La propuesta fue crear un espacio de diálogo respetuoso entre expertos que aporten nuevas miradas en torno a concepciones y problemáticas asociadas a las violencias contra las mujeres.

En ese sentido, Alejandro (25) se refirió a la relación entre derecho y cultura, y cómo la ley puede ser violada desde lo cultural, quien afirmó que no es sólo mostrando a una mujer en una bolsa de basura, hay formas más sutiles en el discurso, que constituyen la apología de la impunidad machista sostenida por hombres y mujeres desde una cultura patriarcal que los impregna consciente e inconscientemente.

En otro nivel de análisis se discutió acerca de que el imaginario social construye una regla, en la cual, aparece una mujer que ayuda a otra mujer. Los participantes del conversatorio a través de su experiencia en la temática, confrontan con este imaginario, afirmando que muchas veces son las mujeres madres y/o familiares, amigas quienes con su palabra sostienen la situación: ¿cómo vas a mantener los nenos?, ¿dónde vas a vivir? Donde la intencionalidad de estas preguntas está construida desde el imaginario patriarcal que en lugar de ayudar sostiene un sistema jerárquico de dominación que favorece la reproducción de relaciones de violencia.

Romina (26) afirmaba en el conversatorio que hay operadores que creen que existe la mala víctima y algunos encima la culpan. Entonces, decía el problema radica que quienes aplican la ley, reciben un sueldo, de una institución que muchas veces avala las acciones y los dichos de sus funcionarios. Expresaba: “Yo en la militancia me he comportado mal un montón de veces y aprendo de la práctica. Cuando un funcionario del Estado se equivoca está avalado por la institución” y, nosotras agregamos pueden ser muchas las mujeres víctimas del resultado de esa mala práctica.

Asimismo, Romina también sostiene que “la mujer que acude a la institución judicial está buscando una respuesta del Estado, no es simple, para esas mujeres. El Estado se tiene que hacer cargo, no estoy diciendo que sea simple”.

En otras instituciones del Estado como la policía, muchas veces se privilegia la resolución burocrática a la solución del problema. Ejemplo de ello, es el relato de una informante clave (27) quien nos contaba que a una señora no le tomaron la denuncia porque no había un médico que pudiera revisarla y constatar las heridas.

(24) El conversatorio es una instancia investigativa, se realizó por segunda vez en el marco de la investigación el día 19 de marzo de 2015 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

(25) Filósofo integrante del conversatorio.

(26) Militante feminista integrante del conversatorio.

(27) Informante clave entrevistada en la Investigación realizada por las autoras durante el trabajo de campo en el año 2014.

VI. Antes de la ley...

Preguntados los integrantes del conversatorio (28) acerca de cómo trabajaban antes de la existencia de la ley 12.569 narraban: “No teníamos la legislación pero nosotras trabajamos con la mujer para que ella pudiera salir, armando los grupos y de esa manera se fue armando el movimiento de mujeres”.

Cuando se sanciona la ley, el imaginario femenino se modifica: “Con la ley se creen que tiene todo, que le tiene que solucionar todo y no la ven como un trayecto para transitar para poder salir de la situación, entienden que la ley les puede solucionar todo y eso es muy complejo. Hablamos de una burocratización, y hoy viene la mujer y le explicamos la ley provincial y no su problemática ubicada en una situación mucho más amplia que hace que los constructores institucionales entren en el sistema que sostiene la hegemonía patriarcal a que la mujer siga siendo subordinada pero ahora con el aval de una ley”, afirmaba Lucía (29).

A su vez, Alejandro expresaba que: “La ley es una herramienta pero a la vez se fetichiza (30) cuando se reproduce la idea de que la ley determina lo real”. Coincidimos con el filósofo, que la ley no determina lo real sin embargo, el discurso jurídico es performativo, en determinados contextos configura subjetividades, otorga la razón, privilegia los dichos de una persona por sobre la otra.

En este punto, la afirmación de Cárcova (2006: 18) nos ayuda a pensar acerca del lugar de lo jurídico: “Existe, pues una opacidad de lo jurídico. El derecho, que actúa como una lógica de la vida social, como un libreto, (...) no es conocido o no es comprendido por los actores en la escena. Ellos cumplen ciertos rituales, imitan algunas conductas, reproducen ciertos gestos, con escasa o nula percepción de sus significados y alcances”. Y, en el caso de la violencia contra la mujer, se agrava la situación cuando son las propias actrices quienes quedan atrapadas en estos actos.

Alejandro agrega: “La gente hace lo que hace más allá de lo que diga la ley, ejemplo del aborto, la gente aborta porque aborta, la ley cambia las condiciones o las consecuencias, o los imaginarios, en el caso de la violencia, de la sexualidad, incluso la droga. Lo que la gente hace no tiene que ver con la ley ni dejamos de hacerlo por ella, es decir no matamos personas porque es delito, por eso ahí hay un problema cuando la ley intenta regular algo común, cuando hablamos de lo común, como la masculinidad y del género algo está inscripto en la cultura y ahí la ley puede ser muy impotente”.

Muchas veces la cultura se aparta de la ley y sostiene viejas prácticas fundadas en mitos y prejuicios que impregnan las interpretaciones que algunos operadores realizan desde “la ley” y, es muy difícil que ésta permeee ese núcleo duro del imaginario social.

Por su parte, Mónica (31) decía: “Quiero que volvamos a la ley como herramienta. Cuando no teníamos ley luchábamos para que saliera, pero no me detuvo a mí en la búsqueda de alternativas. La manera que se posiciona uno ante lo que no hay, la ausencia que hay, digo con la relación profesional con la mujer, que puedo encontrar o hacer. A veces que tengamos recursos o herramientas nos lleva a un uso contrario, y el proceso de cambio tiene que ver con el cambio de la persona, determinaciones para salir del problema, sino no hay cambio, es un posicionamiento y un protagonismo que tiene que asumir, un cambio que tiene que surgir y el profesional tiene que acompañar”.

La ley 14.509, modificatoria de la ley 12.569, da cuenta de esta necesidad en el artículo 6º ter: “En cualquier instancia del proceso se admitirá la presencia de un/a acompañante como ayuda protectora de la mujer, siempre que quien padece violencia lo solicite y con el único objeto de preservar la salud física y psicológica de la misma”.

(28) Primera desgravación realizada por la becaria Karina Andriola integrante del Proyecto.

(29) Participante del segundo conversatorio. Psicóloga integrante del equipo de una Comisaría de la mujer de la provincia de Buenos Aires.

(30) Desde el psicoanálisis el concepto de fetiche remite al objeto ausente.

(31) Participante del segundo conversatorio. Psicóloga integrante del equipo de la OVD (Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de la Nación).

En todas las intervenciones, tanto judiciales como administrativas, deberán observarse los derechos y garantías mínimas de procedimiento enumeradas en el artículo 16 de la ley nro. 26.485.

En el transcurso del diálogo en el conversatorio esto decía Lucía: “Uno debe tratar de ofrecer seguridad psicológica, ayudarla a que pueda tomarse un micro para ir a tribunales, que pueda salir a la esquina y caminar tantas cuadras, sin que nadie la tenga que orientar, porque hay mujeres que no salen de sus cuatro cuadras, no saben tomar colectivos más allá de no disponer de dinero porque no tienen esos permisos. Esta seguridad se construye desde un acompañamiento, el psicólogo, el antropólogo, el médico, debe ayudarla para devolverle algo que perdió o construir algo que nunca tuvo”.

Por lo general, las mujeres violentadas provienen de familias violentas que generan personalidades con poca capacidad de toma de resoluciones y autonomía que pasan de la tutela de su familia de origen a la tutela de sus parejas (Hirigoyen, 2009).

En la antigüedad a la mujer, el *paterfamilias* la vendía por conveniencia, contratos comerciales. En la actualidad, en las familias pobres, “la necesidad de tener una boca menos para alimentar y salir de esta familia”, termina siendo el peor calvario, donde se repiten desplazadas las violencias padecidas en el hogar, sin capacidad de lograr cambios subjetivos que impliquen re posicionamientos y la salida de las violencias (Fernández, 2009).

Tal como afirma Cárcova (2006: 19), “grandes contingentes sociales padecen una situación de postergación, de pobreza o de atraso que produce marginalidad y anomia. Ello implica, entre otras cosas, que el mensaje del orden jurídico estatal no llega materialmente a la periferia de la estructura social. Pensemos este tipo de fenómeno como una de las fuentes del desconocimiento”.

Acordamos con el autor acerca de la gravedad de estos desconocimientos, pero incorporamos con Mónica las consideraciones producto de la historia familiar que también afectan a estas mujeres, quienes padecen de múltiples desconocimientos de lo legal. Y, que sin embargo una vez adquiridos, esto tampoco alcanza. Sin autonomía psicológica, no hay posibilidad de utilizar la ley como herramienta, por más que se la conozca, y esa autonomía no se construye de un día para el otro, ni se logra por sí sola, ya que se necesita de un otro/a que acompañe el proceso, que escuche respetuosamente, que no censure, que habilite la palabra y que permita advenir al sujeto perdido.

En los conversatorios se pudo dialogar desde diferentes disciplinas e historizar este complejo entramado que muchas veces termina decepcionando también al profesional comprometido que termina atrapado en la estructura burocrática que debería contenerlo.

VII. Las víctimas vistas desde los discursos médico y psicológico

Con respecto a la víctima visibilizada por los especialistas, esto decía Lucía(32): “Las víctimas son como son y no son como nosotros queremos que sean, hay buenas víctimas y malas víctimas, algunas responden a las recomendaciones y otras no; no hacen las denuncias como corresponden, no llevan la denuncia, vuelven con el victimario”.

Como señala Lucía la burocracia de las instituciones y de sus actores es otro problema mencionado con insistencia en este ámbito como escollo para la solución de los problemas.

Los discurso médicos y psicológicos tienen su propia mirada sobre las víctimas, fundados en saberes disciplinares que se jerarquizan y que obturan la mirada, la evaluación y la escucha.

El viejo refrán decía “Después de Dios, el médico”; en la actualidad, sino al mismo nivel pero en un lugar de reconocimiento social creciente de sus saberes y haceres, podríamos agregar en el podio de los dioses o semidioses a los psicólogos.

(32) Segundo conversatorio.

Entonces nos preguntamos: ¿cómo tratan los médicos, psicólogos a las víctimas? ¿Cómo las interrogan? ¿Cómo las revisan? Y ¿desde dónde las escuchan?

Las respuestas son múltiples, sin embargo, para aquellos que se ubican en los lugares tradicionales adquiridos en su formación académica, y sin conocimiento específico de la temática de la violencia contra la mujer, sin desarrollar las capacidades necesarias para dejarse sorprender con cada mujer, y no obtener la escucha, buscan un remedio universal para “todos los casos”, y entonces no dan respuesta a ninguno, y lo del remedio es literal en el caso de los médicos.

Las mujeres tienen hoy más lugares donde denunciar sus conflictos. Este hecho tangible parecería mostrar que el acceso a la justicia se ha ampliado, pero es una ruta que tiene *que ser balizada*, la víctima sabe de ese *balizamiento que debe cumplirse*, y se transforma en una mala víctima cuando no lo cumple.

Lucía, que realiza estas afirmaciones, se refiere a que no siempre los profesionales que intervienen (psicólogos, médicos, entre otros) están en condiciones de proveerles ese balizamiento, por múltiples razones: por desconocimiento, por resistencias de formación conscientes o inconscientes, por falta de compromiso con la tarea, por apuro en resolver y/o por desconocimiento del texto de la ley vigente por el profesional interviniente. A esto se suma las resistencias de la propia persona violentada y sus límites para producir cambios que la saquen de la situación en que se encuentra.

VIII. La adecuación de la ley 12.569 a la Ley Nacional de Violencia contra la Mujer 26.598

La diputada provincial Claudia Prince decía lo siguiente acerca de la ley 14.509 (33), modificatoria de la ley 12.569 de “Violencia Familiar”:

“Se trata del cuerpo normativo más completo, específico y actualizado con el que contamos para enfrentar la resolución del problema público, que es la violencia basada en género, la violación más frecuente de los derechos humanos de las mujeres.

Es de orden público y se dictó como consecuencia de las obligaciones contraídas por nuestro país como Estado parte de convenios internacionales de derechos humanos, incorporados con jerarquía constitucional”.

Sobre la base de las líneas directrices y con la finalidad de guardar coherencia con el régimen procesal nacional, las modificaciones que se incorporan se basan fundamentalmente en la experiencia acopiada durante más de 10 años de aplicación de la ley provincial. Numerosas disposiciones nacionales ya estaban incorporadas a la ley de la provincia, producto del proceso participativo de construcción; algunas de ellas fueron actualizadas; otras se agregaron. De la comparación de los textos, podrá advertirse que se trata de asegurar el acceso a la justicia en términos de gratuidad, inmediatez, respuesta oportuna y rápida.

Asimismo, se añaden otras medidas preventivas urgentes que pueden adoptar cualquiera de los órganos judiciales ante los cuales se radique la denuncia, independientemente de su competencia, tendientes a brindar protección, en materia económica, a preservar los bienes gananciales o los comunes de la pareja conviviente: inventario de los bienes conyugales y de los bienes propios; y la prohibición de enajenar, disponer, destruir, ocultar o trasladar los mismos. También otorga el uso exclusivo a la mujer por el período que estime conveniente, del mobiliario de la casa.

Se incorpora la figura de asistencia protectora de la víctima, al permitir la presencia de un acompañante durante todo el proceso, como ya lo mencionamos más arriba en este trabajo.

Por su parte, queda definitivamente aclarada la característica de la audiencia a la que debe convocar el juez o jueza interviniente: debe tomarse personalmente bajo pena de nulidad y quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación.

(33) Esta es la primera modificación que se introduce, ante la necesidad de adaptar el procedimiento a los preceptos de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, sancionada en el año 2009 y reglamentada en el año 2010.

En cuanto a prueba, principios y medidas, rige el principio de la amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados y la evaluación, de acuerdo con el principio de la sana crítica.

En cuanto a los recursos, queda precisado su carácter y efectos; los organismos judiciales están obligados al seguimiento de la causa para controlar la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas, ya sea por la comparencia de la persona víctima de violencia o por la intervención del equipo interdisciplinario.

Todas estas medidas incorporadas en la reforma resultan altamente positivas sólo falta la voluntad política de ponerlas en funcionamiento articulando el trabajo en las diferentes instancias intervinientes, dotando a las mujeres pobres, que resultan las más perjudicadas, de recursos suficientes para solventar su autonomía y difundiendo el carácter novedoso de las medidas.

IX. Conclusiones

Retomamos en estas conclusiones los interrogantes que formulamos al inicio de este trabajo, esbozando después de este recorrido algunas respuestas posibles.

Ante la pregunta ¿frente al aumento de denuncias, la respuesta debe ser crear instancias judiciales cada vez más específicas?, consideramos que no alcanza con esta solución, la creación de instancias diferenciadas para la atención de la violencia contra la mujer es una respuesta a medias, que cubre una parte de las demandas sociales pero que en la práctica se ha visto superada, por la gravedad y aumento cuantitativo de casos, de mujeres asesinadas y/o heridas gravemente provenientes de distintos estratos sociales, de distintas edades y con distintos trayectos vitales.

Es decir que es una repuesta necesaria pero no suficiente, hacen falta otras respuestas que completen esta iniciativa.

Tal como afirmamos al principio de este trabajo, desde la creación de los primeros Tribunales de Familia, en la década de 1990, se han creado instancias cada vez más específicas y esto no ha dado todo el resultado esperado. Las denuncias aumentan y, se invierte poco en recursos para sostener las decisiones de las mujeres (vivienda, salud, educación) y para el trabajo con los hombres maltratadores, ya sea en terapia individual, grupos de reflexión, formación de terapeutas en este tema tan complejo y, el seguimiento para sostener el compromiso en el trabajo y en las violaciones a medidas urgentes como la restricción perimetral.

El trabajo con los hombres violentos, es uno de los puntos más débiles, en nuestro país, son muy pocos los expertos en estos temas. Muchos de los especialistas dedican sus esfuerzos al empoderamiento de las mujeres. La mayoría de las veces se visibiliza a la mujer como víctima, a veces considerada como víctima pasiva a la que hay que educar en el conocimiento de la ley y acompañar en desarrollo personal y autonomía, pero no se tiene en cuenta por ejemplo que la violencia es relacional y sólo puede entenderse al interior de ese vínculo donde se desarrolla la violencia simbólica entre otros tipos de violencias.

Las mujeres víctimas no son pasivas, como el imaginario social ha construido, sino que desarrollan estrategias de respuesta al interior de ese vínculo violento. Los hombres también generan mecanismos de poder y sostenimiento de la violencia a los que es necesario llegar, con el apoyo de profesionales que acompañen el trayecto de estos hombres por la administración de justicia.

El problema no es sólo de la víctima sino de todo el conjunto social, y es de modo directo un problema que está en relación con las modalidades vinculares que estos hombres sostienen con las mujeres.

Es necesario dar respuestas institucionales, revisar las prácticas para que incluyan el trabajo sobre estos temas, superando obstáculos de diferente orden: los personales que están relacionados con las trabas culturales que se transmiten generacionalmente y los institucionales, que se asientan sobre los andamiajes de la burocracia institucional; la falta de articulación entre instancias, fueros y actores de la administración de justicia y la carencia en la formación básica de los profesionales sobre estos temas, entre otros.

Los profesionales consultados, dejaron en claro sus posicionamientos que hemos agrupados en los siguientes ejes:

- Importancia del equipo interdisciplinario.
- Mitos y/o prejuicios propios de los operadores jurídicos y de las propias mujeres.
- Registros y elaboración de estadísticas.
- Conocimiento del ciclo de la violencia con especial atención al momento crítico en el que la mujer hace la denuncia.
- Formación y/o capacitación del profesional así como alfabetización jurídica de las mujeres.
- Necesidad de acompañamiento externo de la mujer.

Todas estas cuestiones ratifican que, con la sanción de normas y la creación de juzgados cada vez más especializados, se da un importante paso en la visibilización de la temática y en la intervención profesional, pero que debe ser complementado con la articulación de políticas públicas dotadas de recursos económicos para apoyar las decisiones de las mujeres, inspiradas en posicionamientos ideológicos cuestionadores de mitos y prejuicios androcéntricos y patriarcales.

¿Qué medidas producen las instituciones que intervienen en esta compleja problemática para articular sus acciones? ha sido la otra pregunta que nos efectuamos al comienzo de este trabajo.

En parte está respondida por las sugerencias de los profesionales desarrolladas en el párrafo anterior agrupadas en ejes.

Y apoya estos dichos el texto de la normativa vigente, cuando sugiere la asistencia del agresor a programas reflexivos, educativos y/o terapéuticos para la modificación de las conductas violentas.

Sin embargo, estas medidas no han sido practicadas con la debida programación desde las dependencias públicas y sin control se deriva a profesionales particulares que muchas veces no están formados en violencia y en lugar de retener, expulsan al agresor del sistema o lo retienen haciendo un *como si* se tratara el tema. El hombre maltratador concurre a las sesiones, sin poder comprometerse en lo personal ni interrogarse sobre sus acciones y, por ejemplo, sólo espera el certificado de asistencia al final de la sesión de psicoterapia.

Otro punto, mencionado por los entrevistados y aún no suficientemente abordado en la práctica judicial, es la articulación entre los fueros de familia y penal.

Esto se podría realizar en por ejemplo en organizar medidas tendientes a articular trabajo comunitario para el agresor y establecer una instancia entre ambos fueros para que las mismas sean efectivamente llevadas a cabo.

Otro ejemplo podría ser el caso de situaciones previas de violencia contra la mujer, seguidas por los Juzgados de Familia, donde se producen hechos de violencia física con agresiones graves, que deben ser derivadas a los Juzgados Penales o agresiones a los hijos en la línea de la violencia contra la mujer, llegando en algunos casos al abuso sexual.

En estos ejemplos, caracterizados por la gravedad y la necesidad de tomar medidas urgentes, la articulación entre los fueros debe ser una práctica, de tal naturaleza, que posibilite establecer relaciones entre elementos de manera que sus identidades sean modificadas como resultado de dicha articulación.

Otra deuda pendiente es el trabajo articulado entre provincia, municipio, administración de justicia y organizaciones de la sociedad civil tendientes a sostener las resoluciones judiciales que terminan perjudicando a las mujeres pobres especialmente, por la falta de recursos con que cuentan para acceder a una vivienda y un trabajo digno.

Sintetizando lo expuesto, podemos afirmar la necesidad de una articulación entre instancias del proceso judicial: actores y fueros con organismos municipales, provinciales y nacionales y organizaciones de la sociedad civil que se ocupan de esta temática, trabajando mancomunadamente, con el propósito de erradicar patrones y valores estereotipados que perpetúan la dominación, discriminación y desigualdad de las mujeres; la naturalización de la subordinación y objetivación de la mujer en la sociedad en relación a los varones; la falta de independencia económica de la población femenina, en gran parte asociada a la desigualdad y discriminación que les impiden acceder al mercado laboral en condiciones dignas e igualitarias; el desconocimiento de sus derechos. Así como el desarrollo de campañas que permitan, con la utilización de los medios de comunicación disponibles, trabajar en valores que sensibilicen a los ciudadanos acerca de la gravedad y las consecuencias sociales negativas de este fenómeno.

X. Bibliografía

- AUSTIN, J. L. (1998). *Cómo hacer cosas con las palabras*, Barcelona: Paidós.
- BOURDIEU, P. (2001). *Poder, Derecho y Clases Sociales*, 2ª ed., Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer.
- CÁRCOVA, C. M. (2006). *La opacidad del derecho*, Madrid: Editorial Trotta.
- CASTORIADIS, C. (2007). *La institución imaginaria de la sociedad*, Colección Ensayos. Buenos Aires: Tusquets Editores.
- FERNÁNDEZ, A. (2009). *Lógicas sexuales, amor, política y violencias*, Buenos Aires: Paidós.
- GONZÁLEZ, M. G. y GALLETTI, H. G. (2013). “Tras los pasos de una administración de justicia proactiva” (cap. 1); “Las violencias contra las mujeres pobres en la pareja: el caso de la ciudad de La Plata” (cap. 2); “Conflictos familiares y administración de justicia: interrogantes, búsquedas y respuestas posibles” (cap. 3), EN: *Acceso a la Justicia y conflictos intrafamiliares. Marginación y pobreza en el ámbito Judicial*, La Plata: Editorial Imas.
- HIRIGOYEN, M. (2009). *Mujeres maltratadas, los mecanismos de violencia en la pareja*, Buenos Aires: Paidós.
- KUHN, T. (1971). *La estructura de las revoluciones científicas*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- LACAN, J. (1999). *Las formaciones del inconsciente*, Buenos Aires: Paidós.
- LACLAU, E. (1998). “Deconstrucción, pragmatismo y hegemonía”, EN: MOUFFE, Chantal (comp.), *Deconstrucción y Pragmatismo*, Buenos Aires: Paidós.
- LAPLANCHE, J. y PONTALIS, J. (1996). *Diccionarios de Psicoanálisis*, Madrid: Paidós Ibérica.
- Leyes*
- Decreto reglamentario 2875/2005. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 30/1/2006.
- Ley 12.569 sobre Violencia Familiar. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 2/1/2001.
- Ley 14.509 modificatoria de la ley 12.569. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, nro. 27.078, 3/6/2013 (suplemento). Decreto de promulgación nro. 150/2013.
- Ley 26.485. Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollan sus Relaciones Interpersonales. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 20/7/2010. ♦

Fecha de recepción: 13-05-2015

Fecha de aceptación: 20-08-2015

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE DICIEMBRE DE 2015
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

